

nativos o económicos de sus provincias» (art. XIV). El artículo LXIV sacó luego las consecuencias de esta prohibición en términos concluyentes, que merece la pena por ello transcribir aquí: «Quedando como quedan por la Constitución y esta Ley inhibidas las Audiencias de todo conocimiento acerca de los asuntos gubernativos o económicos de sus provincias, cuantos se hallasen pendientes en los acuerdos y fuesen por su naturaleza contenciosos se distribuirán por repartimiento en las salas respectivas del Tribunal para su despacho; y los gubernativos o económicos se pasarán luego a las Diputaciones Provinciales para que éstas, de acuerdo con los Gefes Políticos superiores los examinen y clasifiquen, den curso a aquellos en que deban intervenir las mismas Diputaciones, Gefes y Ayuntamientos, según sus respectivas facultades y avisen exactamente de todo lo demás por el conducto de las Secretarías de Despacho a que correspondan, según la clasificación hecha por el Decreto de 6 de Abril último (Decreto CXLV sobre clasificación de los negocios que pertenecen a las Secretarías de Despacho) y promoviendo lo que consideren más convenientes».

Y es que antes de decidir quién puede o debe juzgar a la Administración, si los tribunales o alguna organización especial o especializada pero inserta en el Poder Ejecutivo, en la mentalidad de la época es imprescindible precisar qué es lo que puede someterse a juicio. Sólo lo que está regido por normas, lo que resulta de una potestad ordinaria o *regulata*, *reglée en justice*, reglada como decimos hoy, puede ser sometido a juicio; lo que procede de una potestad *ab (lege) soluta* extraordinaria, libre de la ley, queda a la discreción de la autoridad.

Así fue desde los inicios del Estado moderno en el siglo XIII, así era en la España de 1812 y así seguía siendo cuando en 1845 las Leyes de 2 de abril que implantaron la jurisdicción contencioso-administrativa abandonaron la opción judicialista hecha en Cádiz para adoptar el sistema francés. En ellas se reguló un incidente de admisión con la finalidad de decidir si el asunto era gubernativo o contencioso, es decir, a quién correspondía la competencia para decidir, la *primary jurisdiction* del Derecho norteamericano, si a la Administración activa o a los

Consejos, Real o Provinciales, en su calidad de órganos jurisdiccionales —vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Civitas, Madrid, 1998; y los textos de las Leyes de 1845 y sus Reglamentos en la obra, del mismo autor, *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2007—.

De esta rémora no nos hemos liberado hasta la Ley de lo Contencioso de 27 de diciembre de 1956, que no sólo judicializó el sistema, en la línea del constitucionalismo gaditano y de la reivindicación de los liberales progresistas que intentaron hacerlo en 1868, sino que puso fin también a la exención de control, de todo control, de los actos discrecionales.

Como más atrás destaqué, el Derecho norteamericano se encuentra todavía en un estadio intermedio de evolución, por lo que hace muy bien CASSAGNE en combatir a quienes lo asumen en bloque, sin distinguir lo bueno, que es mucho, de lo que no lo es tanto.

Razones de peso tiene para ello, como las tiene, sin duda, para afirmar al final del primero de los trabajos que integran el capítulo segundo del libro que «si el objetivo principal de la división de poderes radica en la defensa de las libertades y en asegurar el funcionamiento republicano y democrático (cuya base está en el consentimiento del pueblo) de las instituciones, la médula del sistema es el mantenimiento de la independencia de los jueces como garantía y contrapeso de los demás poderes del Estado» (pág. 75). Así lo creo yo también.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA  
Universidad Complutense

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009, 155 págs.

La trayectoria bibliográfica de Gabriel DOMÉNECH bien podría considerarse que

desmiente una de las hipótesis que subyacen al trabajo que ahora es objeto de comentario, dado que, en su caso, la calidad no está reñida con la cantidad. Autor prolífico, ha abordado tanto temas clásicos (la invalidez de los reglamentos) como más novedosos (el bienestar animal como posible elemento restrictivo del ejercicio de los derechos fundamentales). El libro que recientemente ha sido publicado pertenecería a la segunda de las categorías, si bien guarda una estrecha relación con la primera, toda vez que el análisis de los famosos «módulos» de los jueces (o sistema de retribuciones variables en función de la productividad) enlaza con una reflexión nada halagüeña y muy crítica sobre la peligrosa deriva de la justicia en nuestro país.

La monografía es uno de los frutos de un «trabajo en proceso» presentado en diversos foros y es sucesora de otras publicaciones de menor dimensión sobre cuestiones anejas. Además, debe entenderse en un contexto metodológico concreto que viene preocupando a DOMÉNECH desde hace algún tiempo y que otras voces en nuestra doctrina han abrazado también: me refiero al análisis económico del Derecho y, más extensamente, a la preocupación por conocer el alcance *real* y *práctico* de las normas jurídicas, sus efectos, sus consecuencias y sus posibles disfunciones. En esta línea, por otra parte, entiendo se sitúa un reciente Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre lo que este Comité denomina «legislación proactiva» (DOUE C 175/27, 28.7.2009), por oposición a lo que se considera una «legislación reactiva» tradicional. Este dictamen, de tintes marcadamente italianizantes (es difícil sustraerse al recuerdo de Santi ROMANO o Massimo Severo GIANNINI en algunos de sus párrafos), afirma de forma categórica en el apartado 1.4 que «[e]l CESE propugna un cambio de paradigma. Ha llegado el momento de abandonar el secular enfoque reactivo del Derecho y adoptar un *planteamiento proactivo*. Es hora de considerar el Derecho de una forma diferente: mirar *hacia adelante* y no *hacia atrás*, centrarse en *cómo se utiliza* y *cómo actúa el Derecho* en la vida diaria y cómo es recibido en la comunidad que pretende regular. (...)» (las

cursivas son del original). Éste es el marco que encuadra también el trabajo objeto de comentario.

El libro se divide en diez capítulos, que podrían integrarse a su vez —conceptualmente— en dos partes. En la primera se expone la gestación del sistema de módulos en el seno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ o Consejo), su suerte en los recursos interpuestos por las asociaciones de jueces y magistrados y la reacción del Consejo. En la segunda se realiza una aproximación explicativa a las consecuencias del sistema de módulos sobre la base de un «rumor» (*sic*): el que sostiene que la remuneración variable produce efectos perversos sobre el sentido de las decisiones judiciales. Realizaré una breve mención a la primera de las partes, para a continuación centrarme con mayor detenimiento en la segunda.

El punto de partida del sistema de módulos es la masificación de la Justicia, un concepto éste —el de masificación— con connotaciones peyorativas, pero que denota un positivo cambio de cultura ciudadana, fruto, como es lógico, de un cambio político y jurídico de primer orden. Así, el incremento de los derechos y la consolidación de la democracia han comportado un aumento de la litigiosidad y de las reclamaciones en general. Que en ocasiones pueda incurrirse en excesos, abusos o malas prácticas no ha de llevar a perder de vista el eje del sistema, cual es un adecuado modelo de administración de justicia, que responda de forma diligente en forma, fondo y tiempo a las pretensiones formuladas. El establecimiento de un modelo tal no es sencillo y comporta unos costes difícilmente asumibles a corto plazo, razón por la cual el órgano de gobierno de los jueces consideró oportuno acudir a una técnica quasi-taylorista de organización del trabajo. En efecto, de la descripción minuciosa y documentada de Gabriel DOMÉNECH se deduce que —con los módulos— el trabajo de los jueces se cuantifica y se pondera de manera (podría afirmarse sin rubor) metodológicamente equivalente a la valoración del trabajo de los obreros de Taylor. Sin embargo, la organización científica del trabajo que propuso este autor se basaba en un

cronometraje riguroso y estricto de una actividad manual repetitiva en la que los procesos mentales carecían del lugar destacado que sí poseen en la función jurisdiccional. Así, esta función incorpora elementos de complejidad intelectual que no la hacen idónea para este tipo de mediciones. Pero, además, las mediciones realizadas por el Consejo para sustentar el sistema de módulos carecen de un mínimo atisbo de cientificidad o —por no entrar en los complicados vericuetos de la ciencia— de rigurosidad necesarios para organizar un modelo de estas características. Éste es, de hecho, uno de los argumentos que en su momento adujo el Tribunal Supremo —a quien no vinculan estos módulos— para anular por ilegal el Reglamento del Consejo que regulaba esta materia (no estimó, sin embargo, los argumentos sobre su inconstitucionalidad).

El sistema de retribuciones variables de los jueces en función de su productividad fue gestándose a lo largo de varios años, primero de forma silenciosa y escurridiza, para más adelante consolidarse con sonoridad y estruendo. Así, ya en 1989 el Pleno del CGPJ aprobó unos baremos que teóricamente reflejaban el volumen razonable de trabajo de los órganos jurisdiccionales. A esta iniciativa le siguieron otras en 1998 y en 2000, si bien hasta 2003 no se anudaron consecuencias retributivas al modelo, ahora incluso más «perfeccionado». Gabriel DOMÉNECH abunda en los pormenores de cada una de las «regulaciones» y ello le permite reflexionar sobre cuestiones capitales del Derecho administrativo clásico y moderno: ello es así porque, de un lado, el sistema de módulos ha puesto en solfa durante largo tiempo el principio de legalidad de la actuación administrativa. Y, de otro, porque los instrumentos técnicos empleados originalmente en la implementación del sistema (que carecían de efectos en la retribución, pero que sí tenían influencia en la promoción de jueces y magistrados o en las concesiones de compatibilidad, *ad ex*) no pertenecen a la esfera de las normas jurídicas en sentido clásico, sino que podrían reconducirse a la inasible categoría del *soft law*.

Pese a las sentencias del Tribunal Supremo que declararon ilegal el sistema de

módulos, el Consejo General del Poder Judicial continuó su plan de acción acudiendo a un subterfugio técnico de dudosa legalidad, a saber: el artículo 11 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, que prevé el posible establecimiento de unos «programas de actuación por objetivos», se tomó como base legal para el desarrollo reglamentario del sistema. Si bien los programas del artículo 11 no aparecen definidos con claridad, sí puede deducirse que la idea subyacente es afrontar situaciones concretas derivadas de un incremento extraordinario del número de asuntos o de otras circunstancias de idéntico carácter extraordinario. Lo que no parece admitir, sin embargo, es su uso para el establecimiento de un sistema permanente de organización del trabajo y de retribución en consecuencia. Más allá de la adecuación de esta técnica a los principios siquiera básicos de nuestro ordenamiento jurídico, interesa adentrarse ahora en la segunda parte del libro, en el contenido del «rumor» que reproduce DOMÉNECH al que me refería más arriba y que reitero en su literalidad: la remuneración variable produce efectos perversos sobre el sentido de las decisiones judiciales.

Una vez presentada la gestación y desarrollo del sistema, el autor emprende una valiente andadura por caminos que tradicionalmente no han sido recorridos por los juristas. Se aventuran diversas hipótesis que vendrían a confirmar el rumor expuesto y se presentan distintos campos de acción desde un prisma analítico que atiende a las estadísticas como elemento importante pero no decisivo en la obtención de conclusiones. Ello se hace con la honestidad de quien concede a los números el valor de su objetividad pero siendo consciente de que su aplicación en el ámbito de las relaciones humanas ha de realizarse con suma cautela. Esta actitud quizás contrasta con la deriva reciente de la ciencia económica, ámbito que nutre el contexto explicativo del libro comentado, toda vez que en la misma los modelos matemáticos y el intento por encorsetar la realidad en rígidos parámetros numéricos se han convertido en los faros guía de una gran legión de eco-

nomistas. Es cierto que no todos han seguido esta trayectoria y es posible, además, que el actual marco de la economía pueda influir en el método de la ciencia económica —también de otras—, en la medida en que los modelos matemáticos quizás se han podido mostrar insuficientes para predecir la crisis y responder a la misma de una manera satisfactoria.

Desde la economía se han estudiado los modelos o sistemas de retribución variable y, aunque remito al trabajo de DOMÉNECH para conocer los pormenores particulares, sí me interesa subrayar algunas conclusiones, a saber: a) el análisis de los sistemas se ha realizado (y ha ofrecido resultados interesantes para la construcción de un posible «modelo») atendiendo al desempeño de tareas «simples», entendidas por tales las de realización automática, como pudiera ser la instalación de parabrisas en automóviles; b) no se ha de perder de vista el hecho de que el sistema de salario fijo es el elegido por los empresarios con carácter mayoritario en todo el mundo, circunstancia que permite intuir que es probable que resulte el sistema más beneficioso para cualquier empleador; y c) el grado de motivación «intrínseca» parece disminuir a medida que aumenta la motivación «extrínseca». Realizando un apretado resumen de lo expuesto en el libro (sobre la base, entre otros elementos, de estudios procedentes de la psicología), puede señalarse que a medida que aumentan las recompensas externas (como son, en lugar destacado, las monetarias) por el desempeño de una actividad, disminuye el grado de motivación personal, interna o genuina del sujeto que ha de realizar la misma. Esta ecuación comportará consecuencias más perjudiciales cuanto mayor sea el grado de dedicación, interés, agrado y compromiso del sujeto, y menoscabará por tanto la adecuada realización de la actividad. En este contexto el autor menciona la «ética del servicio público», que disminuiría en función de las recompensas externas, y que en los jueces y magistrados desempeña un papel primordial. Se me ocurren otros ejemplos además de los señalados en la obra mencionada, como pudiera ser el de los profesores de universidad. Las posibilidades

de obtener una mayor remuneración por su trabajo y de promocionarse profesionalmente dependen, como es de sobra conocido, cada vez más de «motivaciones externas». Léase por tales los complementos de investigación, los complementos de calidad docente (más novedosos y hasta la fecha más cuantiosos que los tradicionales «complementos de méritos docentes»), las acreditaciones de diversa índole, las evaluaciones asimismo de diverso tipo, las encuestas, y otras modalidades por venir; dado que en esta dinámica entiendo es admisible dar por sentado que llegarán.

El balance entre los beneficios y los peligros que comporta el sistema de retribuciones variables arroja un resultado favorable a estos últimos, es decir, aun cuando dicho sistema pueda servir de estímulo para un mejor (en el sentido de «eficiente») desempeño de la actividad, existen unos riesgos que ponen en entredicho la bondad o adecuación del modelo. De hecho, comprometen el núcleo duro de la función jurisdiccional, a saber: la imparcialidad de jueces y magistrados. Si en el capítulo VIII se realizan unas reflexiones conclusivas sobre esta materia, los elementos que permiten extraerlas se avanzan ya en el capítulo VI. Así, en el mismo se muestran algunos ejemplos de comportamientos judiciales que podrían estar condicionados por el sistema de retribución, que no necesariamente redundan en beneficio de un servicio prestado de forma más eficiente y que ponen en tela de juicio la mentada imparcialidad. Entre ellos destacaría ahora la posibilidad de cobrar más o menos en función del sentido de la decisión adoptada. En efecto, y a título de ejemplo, las decisiones del juez de instrucción de elevar o no el procedimiento penal abreviado tras haberlo instruido reciben distinta puntuación en función del sentido (elevar tiene más peso en el sistema retributivo) y, por lo tanto, el juez no cobra lo mismo en ambos supuestos. Este supuesto particular, que resulta de especial gravedad por cuanto conlleva en cualquier caso la denominada «pena de banquillo», es analizado con minuciosidad en el capítulo VII, junto a otros dos de singular importancia: la acumulación de asuntos y el retraso en la ejecución

de sentencias penales, un retraso potencial o hipotéticamente imputable al hecho de que no puntúan en el sistema de retribuciones variables. En este contexto no puedo dejar de mencionar un sector al que he dedicado algo de atención, como es la tutela cautelar. Las deficiencias de tal «tutela» en nuestro país son conocidas, las dificultades para obtener la medida cautelar solicitada —bien la suspensión, bien otro tipo de medida— son notorias y los autos que conocen de estas pretensiones son manifiestamente deficitarios, toda vez que —por lo general— se limitan a señalar que no concurren los requisitos legales para la adopción de la medida, sin abundar en las razones que justifican tal apreciación. Resultaría muy interesante continuar el estudio del profesor DOMÉNECH en este sector (y en tantos otros), dado que quizás podría arrojar algo de luz sobre los motivos que determinan la casi inexistente concesión de medidas cautelares, explicaría quizás también la ausencia de celo por elaborar autos que respondan a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales y quizás permitiría concluir que la función directiva que el CGPJ ha emprendido respecto de la actividad jurisdiccional en el día a día no alcanza a la tutela cautelar, porque ésta no se encuentra en la agenda. Quizás.

La injerencia en el desempeño de la función jurisdiccional que comporta el sistema de retribuciones variables parece clara, si bien Gabriel DOMÉNECH prudentemente alude de forma continua a las «hipótesis». Éstas quedan sustentadas, insisto, con datos estadísticos que las fortalecen y de su trabajo se desprende que existe, al menos, una fuerte sospecha, una duda más que razonable, respecto de la influencia perniciosa del sistema de retribuciones variables en el sentido de las decisiones jurisdiccionales. Incluso el único de los beneficios que se derivaría del sistema, la eficacia, tampoco es claro que se haya conseguido, ya que simplemente parece que se han alterado los tiempos y se ha distribuido el trabajo de otra forma. El juez artesano ha dejado de serlo ante la necesidad imperiosa de aumentar la producción a cualquier costo. Pero el problema, como es obvio, presenta una dimensión mayor,

ya que junto a la artesanía se ha perdido el Derecho.

Susana DE LA SIERRA  
Universidad de Castilla-La Mancha

ESTEVE PARDO, José: *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante la incertidumbre de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, 211 págs.

Consecuencia de la actual crisis económica, son muchas las preguntas que nos hacemos los ciudadanos, sobre todo aquellas que afectan a los resortes de control del Estado, máxime cuando el retroceso económico se produce por los mismos motivos que el *crack* del 29 en Wall Street, es decir, la sobrevaloración artificial de los activos financieros: ¿cómo ha sido posible?; ¿dónde estaban los poderes públicos?; ¿por qué el Derecho ha permitido la realización de tantas operaciones de riesgo?, y, sobre todo, ¿dónde está la seguridad jurídica?...

Pues bien, justo cuando nos hacíamos estas preguntas hemos encontrado un sorprendente y extraordinario libro del catequético de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona, José ESTEVE PARDO, que ahora recensionamos, y del que adelantamos, *prima facie*, que es un trabajo donde el lector no cesará de pensar una y otra vez en las numerosas incógnitas que se presentan a lo largo de su interesante lectura; y que, de la misma forma que hemos hecho en esta introducción, al circunscribirnos a las materias económicas, igual puede suceder con las ondas electromagnéticas o la aplicación de la biotecnología, por citar algunos ejemplos, materias ante las cuales el Derecho tiene que decidir: bien con una autorización administrativa o a través de las decisiones de los tribunales, anulando o confirmando las resoluciones de los órganos administrativos.

Estamos ante un libro no sólo para juristas de estilo fino y pulcra pluma, sino también para filósofos, físicos, químicos, eco-