

UECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

J. R. Capella, Responsabilidad política hoy. **A. Jorge Barreiro**, Prisión provisional: una reforma, para qué. **J. A. Estévez Araujo**, Razón de Estado y lucha por los derechos. **R. La Valle**, Hipótesis para una convocatoria. **C. Rodríguez Aguilera de Prat**, Los políticos ante la judicatura. **A. Cuerda Riezu**, Despenalización de las drogas. **F. Cuenca Boy**, Derecho y sistema. **V. Abramovich-Ch. Courtis**, Transformaciones del derecho. **A. del Moral**, Anotaciones al proyecto de ley del Jurado. **I. Perelló Domech**, Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional. **M. Atienza**, Argumentación en materia de hechos. **P. Andrés Ibáñez**, Motivación de los hechos. **R. Muhm**, Dependencia del fiscal del ejecutivo en la RFA. **O. Afonso**, El Consejo Superior de la Magistratura en Portugal. **O. Correas**, Derecho indígena y cultura jurídica dominante de los jueces. **L. Rosa de Andrade**, Brasil: magistratura y guerra de posición.

En este número: Abramovich, Víctor, *profesor*, Facultad de Derecho de Buenos Aires (Argentina).
Afonso, Orlando, *magistrado*, miembro del Consejo Superior de la Magistratura (Portugal).
Andrés Ibáñez, Perfecto, *magistrado* Audiencia Provincial (Madrid).
Atienza, Manuel, *catedrático de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante.
Capella, Juan Ramón, *catedrático de Filosofía del Derecho*, Universidad de Barcelona.
Correas, Oscar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM (México).
Cuenca Boy, Francisco, *catedrático de Derecho Romano*, Universidad de Cantabria (Santander).
Cuerda Riezu, Antonio, *catedrático de Derecho Penal*, Universidad de León.
Del Moral, Antonio, *fiscal*, Secretaría Técnica, Fiscalía General del Estado (Madrid).
Estevez Araujo, José Antonio, *catedrático de Filosofía del Derecho*, Universidad de Barcelona.
Jorge Barreiro, Alberto, *magistrado*, Audiencia Provincial (Madrid).
La Valle, Raniero, *periodista*, Roma (Italia).
Muhm, Raoul, *fiscal*, Munich (Alemania).
Perelló Domenech, Isabel, *magistrada*, *letrada del Tribunal Constitucional* (Madrid).
Rodríguez Aguilera de Prat, Cesáreo, *profesor de Ciencia Política*, Universidad de Barcelona.
Rosa de Andrade, Ledio, *juez en Brasil*.

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Carlos LOPEZ KELLER, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE, Mario PESTANA PEREZ. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 MADRID.
Suscripciones EDISA, apartado 549 F. D. 28080 MADRID.

Precio de este número: 1.000 ptas. (IVA INCLUIDO).

Suscripción anual: 2.500 ptas. (3 números).

Extranjero: 3.000 ptas.

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

Pág.

Debate

- *La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves*, Juan Ramón Capella 3
- *Prisión provisional: una reforma, para qué*, Alberto Jorge Barreiro 8
- *Razón de Estado y lucha por los derechos (a propósito de los GAL)*, José Antonio Estévez Araujo 14
- *Hipótesis para una convocatoria de los ciudadanos interesados en la paz, la justicia y los derechos*, Raniero La Valle 17
- *Reacciones de los políticos ante la judicatura*, Cesáreo Rodríguez Aguilera de Prat 22
- *La despenalización de las drogas: tres parábolas históricas y una conclusión*, Antonio Cuerda Riez 25

Estudios

- *Derecho y sistema, observaciones críticas sobre el sistema jurídico*, Francisco Cuenca Boy 29
- *Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo*, Víctor Abramovich y Christian Curtis 54

Teoría/práctica de la jurisdicción

- *Anotaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Antonio del Moral García .. 65
- *Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional*, Isabel Perelló Domenech . 76
- *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, Manuel Atienza 82
- *De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza*, Perfecto Andrés Ibáñez 87

Internacional

- *Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)*, Raoul Muhm 93
- *Notas sobre el Consejo Superior de la Magistratura en Portugal*, Orlando Afonso 97
- *El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces*, Oscar Correas 102
- *Brasil: magistratura y guerra de posición*, Ledio Rosa de Andrade 108

Apuntes

- *No era el mejor día* 117
- *Puede que Dios no los haya criado, pero...* 117
- *Un caso de indefensión* 117
- *Otro* 118
- *Y otro* 118
- *Y dos conclusiones* 118
- *No hay equipo* 118
- *Los 'conversos' de la prisión provisional* 118
- *De jueces y democracia* 119
- *¡Pobre ley!* 119
- *¿Prejuzgador prejuzgable?* 119
- *Roldán: ¿Extradición a la medida? ¿De quién?* 119



▶ ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA

CUARTA EDICION 1995

Obra de gran utilidad para el jurista práctico, pues le permite tener a mano, perfectamente sistematizada, toda la legislación de esta extensa y complicada materia jurídica; con el rigor jurídico y la proximidad al último momento jurisprudencial de los Textos Legales de Colex:

- Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con comentarios explicativos de sus preceptos.
- Textos legales precedentes (Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y Real Decreto-Ley 2/1985) acompañados de la jurisprudencia más reciente aplicable a los mismos
- Legislación complementaria. Esta se extiende desde los preceptos pertinentes de la Constitución, Leyes Civiles, Procesales y Tributarias, hasta una exhaustiva recopilación de todas las disposiciones dictadas en esta materia, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico.

Luis Román Puerta Luis
Magistrado Sala II del Tribunal Supremo

José M. Martínez-Pereda Rodríguez
Magistrado Sala II del Tribunal Supremo

994 págs.

8.100 ptas.

▶ LEGISLACION SOBRE TRAFICO, CIRCULACION DE VEHICULOS A MOTOR Y SEGURIDAD VIAL

NORMAS BASICAS Y COMPLEMENTARIAS SOBRE ESCUELAS Y CENTROS DE RECONOCIMIENTO DE CONDUCTORES, I.T.V., SEGUROS, CARRETERAS, TALLERES DE REPARACION DE VEHICULOS Y TRANSPORTES TERRESTRES

Vicente Gimeno Sendra
Catedrático Derecho Procesal Magistrado T.C.
Nicolás González-Cuellar Serrano
Catedrático Derecho Procesal

José Garberí Llobregat
Catedrático Derecho Procesal

1.040 págs.

7.995 ptas.

▶ LEGISLACION CIVIL FORAL

ARAGON, CATALUÑA, BALEARES, GALICIA, NAVARRA Y PAIS VASCO
Compilaciones, Códigos y Leyes

Los principales textos legales de nuestro ordenamiento foral, actualizados a finales de 1994. Concordancias básicas y extensos índices analíticos. Todo el Derecho Civil Foral reunido en una sola obra de gran utilidad y fácil consulta par el jurista práctico, el estudiante universitario y el opositor (notarios, jueces, fiscales...).

José Ignacio Fonseca-Herrero Raimundo
Abogado

778 págs.

5.275 ptas.

▶ LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO Y DEL SANITARIO

SEGUNDA EDICION 1994

El autor recoge la responsabilidad penal del médico. "Desde los errores", a las falsedades documentales con trascendencia en el Registro Civil. Se acompaña un estudio de la doctrina y la jurisprudencia actualizada sobre la materia

José Manuel Martínez-Pereda
Magistrado Sala II del Tribunal Supremo

586 págs.

5.480 ptas

▶ LA TECNICA DE RESOLUCION DE CASOS PENALES

SEGUNDA EDICION 1995. Corregida y actualizada

La obra se refiere a la utilización de conocimientos jurídicos por los juristas noveles. Se señala una senda que recoge una larga experiencia acumulada por la ciencia moderna en su aplicación a la práctica. Y el trabajo es apropiado para el segundo ejercicio de las oposiciones al Centro de Estudios Judiciales.

Enrique Bacigalupo Zapater
Magistrado Sala II del Tribunal Supremo

178 págs.

3.090 ptas

▶ PSIQUIATRIA LEGAL Y FORENSE

IMPRESINDIBLE PARA FORENSES, PSIQUIATRAS, PSICÓLOGOS, JUECES, FISCALES, ABOGADOS Y PROFESIONALES AFINES

Cerca de 80 AUTORES de reconocido prestigio de la Universidad y la praxis ante los Tribunales de Justicia, en un lenguaje claro abordan de forma multidisciplinar la temática de las Ciencias Forenses y el Derecho. Más de 5 000 REFERENCIAS bibliográficas, anexos múltiples, glosario terminológico, clasificación CIE-10 y DSM-IV, doctrina y jurisprudencia entre otras. TEMAS ESENCIALES como tratamiento jurídico de los trastornos mentales, imputabilidad, sexología, violencia familiar, drogodependencia, sida, victimología y aspectos técnicos y jurisprudenciales de la psicología y psiquiatría entre otros muchos.

Constituye una obra única en lengua castellana. 97 capítulos en dos volúmenes lujosamente encuadernados.

DIRECTOR:
Santiago Delgado Bueno

COORDINADORES:
Enrique Esbec Rodríguez
Francisco Rodríguez Pulido
José Luis González de Rivera y Revuelta

3.310 págs.

27.750 ptas.

▶ EL CONCEPTO DE ACCION EN LA DOGMATICA PENAL

La acción, elemento fundamental del tipo penal, constituye el objeto de estudio de esta nueva obra del autor. Consta de dos partes: en la primera se analizan, entre otros, los conceptos causal y final de acción, de los que se han derivado consecuencias fundamentales para la teoría del delito, y en la segunda se estudian los conceptos de acción que actualmente dominan en la dogmática penal. La obra incluye una amplia bibliografía, así como un pequeño apéndice de jurisprudencia y de casos, que pretende facilitar la comprensión de la materia objeto de esta obra

Manuel Jaén Vallejo
Profesor titular de Derecho Penal Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

112 págs.

2.125 ptas.

▶ LOS PROCESOS DE AMPARO ORDINARIO, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Esta obra constituye la primera monografía en nuestro país que analiza la totalidad de los procesos de protección de los derechos fundamentales. La primera parte se dedica al estudio exhaustivo de los procesos de amparo ordinario civil (tutela del honor, del derecho de rectificación...), penal (con especial referencia al "habeas corpus"), administrativo (procesos electorales incluidos) y laboral. Especial relevancia adquiere el minucioso análisis que se efectúa del recurso de amparo constitucional, sin olvidar una puntual referencia a los procedimientos ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finaliza el libro con un completo apéndice legislativo al que se incorporan las más importantes normas sobre tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Vicente Gimeno Sendra
Catedrático Derecho Procesal Magistrado T.C

José Garberí Llobregat
Catedrático Derecho Procesal

386 págs.

4.325 ptas.

▶ LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

SEXTA EDICION 1994. Totalmente actualizada y revisada

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS A LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIO Y ABREVIADO. JURISPRUDENCIA Y LEYES COMPLEMENTARIAS. INCLUYE SEPARATA CON EL TEXTO INTEGRO DE LA L.O. 19/1994 DE 23 DE DICIEMBRE DE PROTECCION A TESTIGOS Y PERITOS

A. González-Cuellar García
Prof. titular de la UAM. Fiscal excedente

José J. Hernández Guizarro
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Tomé Paule
Secretario Judicial del T.S., excedente.
Doctor en Derecho y Prof. titular de la UNED

Luis Rodríguez Ramos
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

José María Paz Rubio
Fiscal del Tribunal Supremo

1.344 págs.

8.990 ptas.

DEBATE

La responsabilidad política hoy: cuatro apuntes breves

Juan Ramón CAPELLA

INTRODUCCION

La exigencia de responsabilidad es una *función* específica objetiva de cualquier sistema político.

La *responsabilidad política* tiene que ver con la *legitimidad* del sistema político. Con su capacidad para ser aceptado e interiorizado como válido por las conciencias de los gobernados por él. Si las autoridades políticas son irresponsables respecto de un criterio de legitimidad dominante —cualquiera que sea éste—, esa irresponsabilidad implica que el sistema de legitimación se debilita: esto es, que cuando menos *cambia*.

Supóngase un sistema de legitimación basado en un fundamentalismo teológico: si las autoridades políticas realizan actos reprobables desde el punto de vista de ese fundamentalismo sin que ello tenga consecuencias políticas, forzoso es concluir que la legitimación *cambia*, que ese fundamentalismo deja de ser el criterio de legitimidad realmente existente.

En la legitimación específicamente democrática la *responsabilidad política* no es meramente un concepto *constitucional*, sino sobre todo —y en parte muy fundamental— *cultural*. Varía de una institucionalización a otra, de una cultura política a otra, de una cultura a otra y de una historia a otra. El caso del monarca inglés —irresponsable jurídicamente y *al parecer* también políticamente— que abdica para casarse con una divorciada ilustra el carácter *cultural* de esta función del sistema político, de inopinadas exigencias. Como los ejemplos a veces se vengan, si no bastara el mencionado cabe apuntar otros: así, los deberes de «comportamiento sexual normalizado» forman parte de la *dignidad pública* culturalmente indispensable para el puritanismo anglosajón, y su inobservancia implica responsabilidad política; en las sociedades mediterráneas, en cambio, todo esto aparece más bien como un aspecto privado del comportamiento individual.

La configuración de la responsabilidad política en un sistema político dado y sus modalidades no se pueden transportar sin más a otro sistema aunque los dos compartan idénticos criterios de legitimidad y tampoco son exportables las «teorías» —o las doctrinas, dicho con más modestia y realismo— de la responsabilidad política acuñadas al hilo de connotaciones experimentadas al respecto por cada siste-

ma. (Nixon, Giscard, Andreotti y Craxi, González, por mencionar sólo algunos espectaculares y recientes).

La brevísima historia de legitimación democrática del sistema político existente en España hace que la cultura sobre la responsabilidad política sea embrionaria, y que las convenciones constitucionales y sobre todo las institucionales sean aún insuficientes. Conviene tomarlo en consideración, pues aunque *nada* puede impedir que la responsabilidad política se convierta en arma de lucha política, sí cabe en cambio diferenciar la *exigencia política de responsabilidad* de algo completamente distinto: el *linchamiento político* —que puede llegar a producirse cuando no hay consenso, convenciones, acerca de lo admisible—.

Se debe destacar una cuestión más: el debate actual acerca de la responsabilidad política se produce en una situación particularmente enrarecida: cuando al descrédito de la política convencional y de las instituciones políticas —pertinazmente incapaces de solventar problemas sociales graves y endémicos— se añade el renovado poder real para configurar la vida en común de poderes *de naturaleza privada*, extrainstitucionales, que no se presentan como públicos sino como instituciones mercantiles. El *debilitamiento de la responsabilidad política democrática* puede ser un indicio de *cambio en el sistema de legitimación*.

CUESTIONES DE CONCEPTO

Las funciones políticas se desempeñan sobre la base de dos principios que se han de satisfacer a la vez para no incurrir en responsabilidad: el principio de la *confianza* y el principio de la *dignidad*.

La *confianza* es depositada en alguien por quienes conceden autoridad política, y la traición a esa confianza implica obviamente responsabilidad. La *dignidad* es concepto más cultural: al faltar la dignidad exigida en una cultura política se incurre en responsabilidad aunque no se haya traicionado la confianza depositada.

La *responsabilidad política* es una responsabilidad adicional de las personas que desempeñan funciones políticas respecto de la que tienen quienes de-

sempeñan cualesquiera otras funciones. Ello es así porque el comportamiento de las personas que desempeñan funciones políticas no las afecta solamente a ellas mismas como actores políticos, sino que afecta además a la credibilidad y a la confianza en las instituciones públicas.

La *sanción* de quien incurre en responsabilidad política no consiste en los sistemas representativos en ningún mal, ni en privar al sancionado de un bien esencial: consiste simplemente en el cese en la función de autoridad política. El cese: entendido como *resultado* de la exigencia de responsabilidad, siendo relativamente indiferente que se produzca como consecuencia de una destitución o de una dimisión, etc. La *estigmatización* del sujeto puede verse como la antesala del cese o como consecuencia de los hechos que implicaron la responsabilidad, pero en sí no constituye una sanción política al no ser un hecho institucional; afecta, efectivamente, a la persona, y a su credibilidad política futura, pero desde el punto de vista institucional esto es irrelevante; y la responsabilidad política es —hay que insistir en ello— un hecho institucional, relativo a la funcionalidad del sistema político en su conjunto.

El cese no es ningún mal. Puede incluso ser un *bien* o una necesidad vital. Al menos, así lo entienden los que cesan voluntariamente en su cargo político para disociarse de indignidades y comportamientos incorrectos que no pueden impedir o de responsabilidades no atendidas.

No se incurre en responsabilidad política por hechos ajenos, pero la responsabilidad puede nacer de hechos ajenos cuando de ellos se deriva espontáneamente desconfianza e indignidad. Así, la responsabilidad de un «cargo de confianza» no exigida por quien le designó se extiende a éste; la del electo, a quien le propuso a la elección; la del gobierno de un partido al partido mismo, etc. Como se verá más adelante, la responsabilidad política se exige en diferentes *sedes*, según el sujeto en entredicho político.

La medida de la responsabilidad política por hechos ajenos depende de las relaciones entre quien se comporta incorrecta o indignamente y la autoridad política de la que depende. En este caso la responsabilidad es proporcional a los beneficios obtenidos por la autoridad política y a la proximidad de la relación (por 'beneficio' no hay que entender, obviamente, sólo el económico, sino cualquier aportación significativa a la posición política y social de los responsables últimos).

La responsabilidad política se suscita a partir de *hechos* —entre los que cabe incluir la manifestación de opiniones—. El *conocimiento* de los hechos que suscitan la responsabilidad política es el propio de las diferentes sedes o instancias en las que ha de dirimirse la imputación de responsabilidad.

Con una única salvedad: la judicial. La responsabilidad política es enteramente distinta de la responsabilidad criminal, como se verá (enteramente distinta, esto es: *distinta en todo*). Se trata de responsabilidades compatibles y eventualmente agregables sin que por ello pierdan su respectiva identidad. Pero como el primer objetivo de quien incurre en responsabilidad política es eludirla, y el mecanismo ya clásico de elusión es negar su autonomía, confun-

dirla con la responsabilidad criminal, y remitir el juicio político al resultado de un proceso judicial penal, aquí será necesario, de una parte, establecer claramente la imposibilidad de tal confusión, y, por otra, poner de manifiesto la lógica objetiva de confrontación entre poderes del Estado inevitable cuando la responsabilidad política no queda sustanciada en las sedes que le son propias.

Veamos, como cuestión previa, el listado de estas sedes y las modalidades de la responsabilidad.

TIPOLOGIA DE LA RESPONSABILIDAD POLITICA

El concepto de *responsabilidad política* es muy amplio, y conviene inventariar sus diferenciadas modalidades. Un criterio diferenciador puede ser el que atiende al ente *ante quien se responde*.

Está, en primer lugar, la responsabilidad política *ante la soberanía popular*. Que puede ser la responsabilidad inespecífica *normalizada u ordinaria*, la electoral en los sistemas de legitimación democrática, y la *excepcional o extraordinaria*, ante la opinión pública (manifestada en ágoras diversas) cuando otros mecanismos más específicos de exigencia de responsabilidad política fallan o se postpone su funcionamiento.

En segundo lugar, se puede responder políticamente *ante las instituciones* políticas: ante el poder legislativo —responsabilidad parlamentaria—, ante el poder ejecutivo y ante las instituciones de mediación (partidos políticos).

Pero es incorrecto sostener, como hace cierta doctrina italiana, que la responsabilidad política es competencia específica de los políticos: esta tesis supone: a) que los políticos están interesados en reforzar la relación de confianza entre ciudadanos e instituciones, cuando en realidad su interés en esto, si existe, es subalterno respecto de sus prioridades políticas, la primera de las cuales es durar, y b) que sólo ellos tienen ese interés. En realidad los principalmente interesados en la responsabilidad política —o sea, en la existencia de instituciones merecedoras de confianza servidas por personal digno— son los ciudadanos.

El parlamento es la institución donde puede representarse la exigencia de una responsabilidad política menos genérica que la que se dirime en las urnas. La exigencia de responsabilidad política ante la institución parlamentaria es de dos tipos: normada o no normada. La normada (moción de censura, moción de confianza) da lugar a consecuencias jurídico-políticas preestablecidas constitucionalmente. La exigencia no normada de responsabilidad, con mociones que pudieran inventarse (de «reprobación», «desconfianza», «censuras personales») o retirada de apoyo político en tal o cual caso, etc., es *indirecta*: no busca directamente el cese de quien ha incurrido en responsabilidad política mediante el funcionamiento de un mecanismo jurídico, sino por la actuación de un mecanismo cultural, de cultura política.

Un par de observaciones: 1) la responsabilidad parlamentaria normada es más amplia o más reducida según los sistemas políticos: es reducida en los

Diccionario
Jurisprudencia
Penal

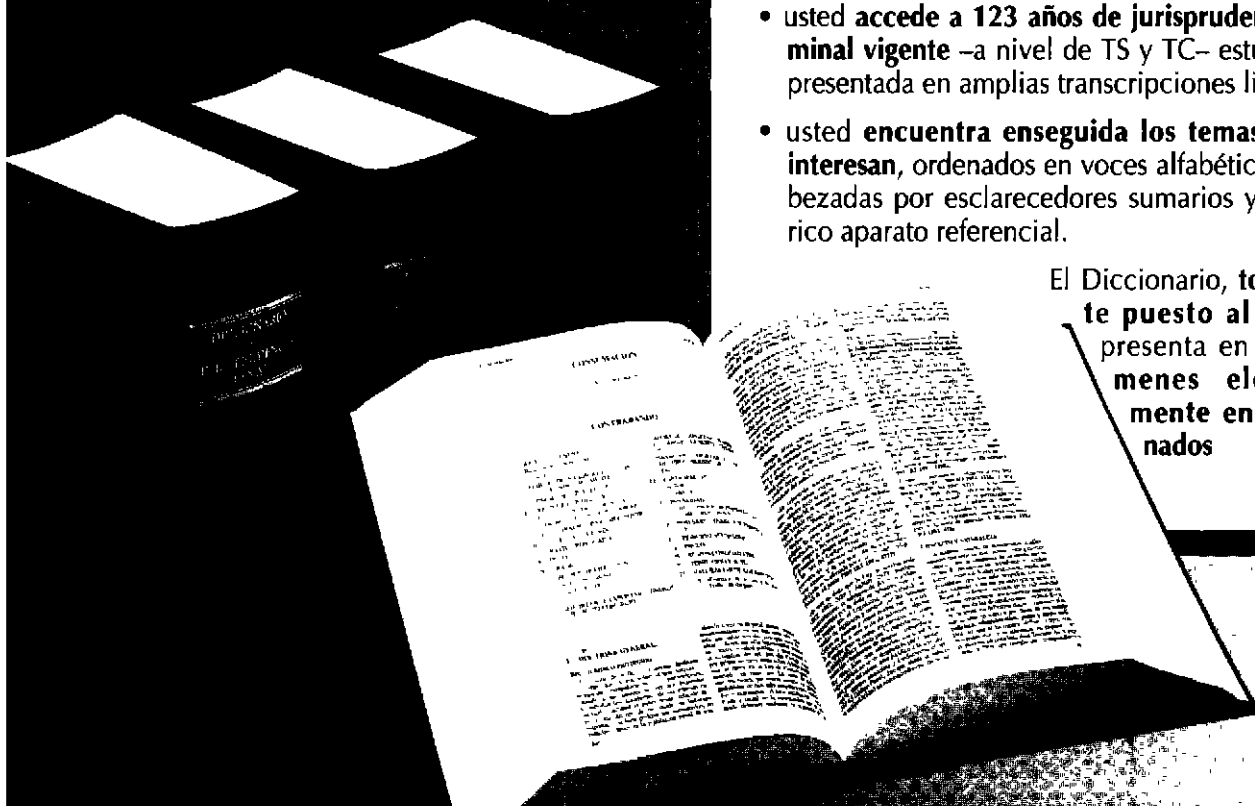
obra necesaria en su
biblioteca de trabajo

La obra de Derecho Penal que necesita todo jurista

Este Diccionario es muy útil a todo profesional del Derecho, porque es el modo más fácil y rápido de llegar al conocimiento y solución de cualquier problema jurídico desde la óptica del Derecho Penal:

- usted accede a 123 años de jurisprudencia criminal vigente –a nivel de TS y TC– estudiada y presentada en amplias transcripciones literales
- usted encuentra enseguida los temas que le interesan, ordenados en voces alfabéticas encabezadas por esclarecedores sumarios y con un rico aparato referencial.

El Diccionario, totalmente puesto al día, se presenta en 4 volúmenes elegantemente encuadernados



Pídale ya por: tfno. (948) 33 18 11 - 33 02 26,
o por fax (948) 33 08 45 - 33 09 19

Nombre y Apellido:

Calle:

C.P.:

Ciudad:

Provincia:

País:

El Arzobispo, Casperea de Aolz, Km. 3,5, 31400 El Celler, Zaragoza.
 Me envíen a la dirección arriba indicada un ejemplar del Diccionario del Derecho Penal
 pendiente al precio que figura en el cuadro, en la modalidad de pago:
 1. pago al contado de 88.065 ptas. (85.500 más 2.565 de IVA)
 2. 6 pagos mensuales de 15.412 ptas. (14.983 más 429 de IVA)
 3. 12 pagos mensuales de 7.920 ptas. (7.695 más 225 de IVA)
 en el pago por el procedimiento siguiente: pago adelantado pago diferido

	Precio		
	sin IVA	IVA	con IVA
contado	90.000	3.600	93.800
6 pagos mensuales	15.900	636	16.536
12 pagos mensuales	8.260	330	8.580

sistemas alemán y español (donde la moción de censura ha de ser, insólitamente, «constructiva»), más amplia en los sistemas francés e italiano, y más amplia aún —curiosamente— en los sistemas israelí e iraní. 2) La responsabilidad parlamentaria no normada se basa en el componente *cultural* de la responsabilidad; resulta llamativo que la cultura exclusivamente politicista de los parlamentarios y de los periodistas políticos españoles —o sea, su estrecha concepción reduccionista de la política— ha cegado sus ojos a las posibilidades de exigencia de responsabilidad por la vía no normada, que prácticamente no se ha desarrollado.

Ante el poder ejecutivo visto como institución responden los denominados «cargos de confianza», esto es, cargos ejecutivos no cubiertos por elección sino por designación. La responsabilidad puede ser ordinaria o extraordinaria. Por último, ante las instituciones de mediación política, ante los partidos, responden sus asociados.

Por supuesto, la responsabilidad política se exige a veces ante varias instancias a la vez o sucesivamente.

Los funcionarios públicos como tales están exentos de responsabilidad política: en su caso, sólo les es exigible la administrativa (y, como a cualquier persona, la penal por supuesto).

Desde otros puntos de vista: la responsabilidad política puede ser, naturalmente, individual o colegiada. Por otra parte se trata de una responsabilidad *pegajosa*: exhibe una fuerte tendencia a la asociación por lo que a continuación se dirá. La tipología muestra los caminos que puede seguir una exigencia de responsabilidad: si no se dirige ante una instancia —la que fuere— queda planteada en aquella otra ante la que la primera debe rendir cuentas constitucional o políticamente. Pero en este caso la instancia que no hace valer la responsabilidad pudiendo exigirla queda asociada, pegada por su omisión, a la exigencia original de responsabilidad.

La responsabilidad política ordinaria dirimida ante la soberanía popular puede no resultar decisiva: de una parte, ante el pueblo soberano no se dirimen sólo responsabilidades sino al mismo tiempo proyectos políticos de futuro (o quizá habría que decir, con más realismo, que se decide entre equipos de políticos profesionales), de modo que un resultado electoral determinado no constituye una respuesta tan inequívoca y decisiva que impida el replanteamiento de una vieja cuestión de responsabilidad (a la luz de nuevos datos o en circunstancias cambiadas).

RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RESPONSABILIDAD POLITICA

Se ha señalado ya que los políticos tratan de inmunizarse contra la responsabilidad política tratando de convertirla en una consecuencia de la responsabilidad penal, lo que en principio aplaza la exigencia de la primera y además le niega autonomía.

Hay que añadir que también se recurre a conceptos jurídicos procesales y penales como «respetar el secreto del sumario» o «respetar la presunción de inocencia», etc., con el mismo fin de eludir una responsabilidad política.

Pero todo son diferencias entre la responsabilidad penal y la política. Caracterizan a la responsabilidad criminal la legalidad estricta, la materialidad y la tipicidad de los hechos delictivos y de las sanciones; la irretroactividad de la ley penal y la prohibición de la interpretación analógica; el carácter personal de la responsabilidad por los propios actos; la competencia exclusiva de una única jurisdicción; las garantías y las formas preestablecidas del proceso penal.

En cambio se puede incurrir en responsabilidad política no sólo por ilícitos penales, sino también por ilícitos meramente civiles y por actos lícitos pero impropios, sin que sea posible tipificar todas las causas de esta específica responsabilidad, cuyo catálogo no se puede cerrar (como tampoco cabe cerrar la historia política). Las *mores* políticas, por otra parte, pueden cambiar, de modo que esta responsabilidad puede ser retroactiva; y faltan en su exigencia, que puede formular cualquiera, en realidad, las garantías y las formas del proceso penal.

¿Por qué tales diferencias? Porque la responsabilidad penal puede conllevar —en contraposición a la responsabilidad política— la pérdida temporal de bienes *básicos* para cualquiera, como la libertad individual. Por ello sólo se determina esta responsabilidad a través de procedimientos que tienden a *garantizar* que no será condenado un inocente.

Esos procedimientos garantistas implican una extraordinaria, singular, *ritualización de la prueba de los hechos*. Dicho de otro modo: los requisitos de la prueba en un proceso penal son superiores a los que un científico cualquiera solicita para considerar probado un hecho. En el proceso penal la prueba ha de satisfacer las exigencias normales de la prueba científica y *además* debe producirse en el *momento* procesal oportuno con las *formalidades* debidas.

Esto significa —como el público percibe y entiende mal en los procesos por narcotráfico, por ejemplo— que ciertos hechos pueden ser indiscutibles desde el punto de vista científico y del común de las gentes, y sin embargo no pueden aparecer como probados para la reprensión penal: es el precio que hay que pagar por un bien más importante y común a todos, cual es la garantía de los inocentes frente a las deficiencias —normales en toda obra humana— de las instituciones policiales y del poder judicial.

Pero la sanción política —*el cese*—, que no es un mal, no puede pretender ampararse en un sistema probatorio exorbitante. Ciertos hechos son manifiestos y reprobables políticamente aunque sus autores, por las razones que fuere, sean absueltos en un proceso penal. Y tampoco la sanción política —*el cese*— presupone la responsabilidad criminal.

Nota de arqueología política: la responsabilidad política se entendía más duramente en la Atenas de Pericles. Los atenienses ostracitaban. Y hasta procesaban penalmente a quienes habían propuesto a la Asamblea aprobar una ley o una política que luego resultaba mala.

Por su parte, el uso de conceptos del derecho penal y procesal, como «presunción de inocencia» y «secreto sumarial» para eludir la responsabilidad política o diferirla es, obviamente, un mero recurso de la retórica política, de la técnica en que son especialistas los profesionales del dominio político.

Salvo que olvidemos la navaja de Occam, la «presunción de inocencia» no tiene sentido en cualquier contexto discursivo: no se presume inocencia de los perflumados, los enfermos, los cristianos o los ciudadanos; la «presunción de inocencia» cobra sentido cuando existen «indicios racionales de criminalidad» a juicio de la autoridad competente y solamente en relación dialéctica con ellos. Sirve para mantener la cuestión de la culpabilidad alejada o suspendida, a pesar de los indicios, durante un proceso en que ha de dilucidarse si hay *prueba suficiente* (en el sentido antes apuntado).

Como cuestión de hecho, los «indicios racionales de criminalidad», pese a contrapesarse con la «presunción de inocencia» de un procedimiento penal, no pueden dejar de afectar a la *confianza* política (y acaso también a la *dignidad*) en mayor o menor grado. Pues la presunción de inocencia es un concepto procesal penal que por mucho que se quiera no puede exportarse fuera de ese ámbito. Pertenece sólo a su propio universo discursivo. Al Capone sólo fue condenado penalmente por evasión fiscal, mas no por eso le suponemos inocente de todo lo demás.

Afirmar que ciertos hechos que afectan a la responsabilidad política son intratables por hallarse bajo «secreto sumarial» es un argumento retórico análogo, ciertamente humorístico por otra parte. Lo que se declara secreto es un sumario, esto es, lo que documenta el estado de una investigación y las medidas adoptadas judicialmente para desarrollarla. Obviamente, lo secreto es el contenido documental —ni siquiera todo él, pues algún fragmento puede haberse divulgado antes de ser declarado secreto—, pero no los hechos documentados, pues los *hechos* no son un *documento*. En otras palabras: no se puede poner puertas al campo; no se puede convertir en *innombrable*, en indiscutible, al amparo del secreto sumarial, todo lo que tiene que ver con un caso (ni lo pretende el secreto sumarial, que tutela un bien específico: la *investigación de la verdad* acerca de ciertos hechos).

RESPONSABILIDAD Y DINAMICA FUNCIONAL DE LOS PODERES DEL ESTADO

El poder judicial es la única instancia del sistema estatal donde no puede dirimirse la responsabilidad política. Y fuera del poder judicial no puede dirimirse una responsabilidad criminal. Estos axiomas se derivan de la estructuración de los sistemas representativos según el principio de la división de poderes.

Si las instancias adecuadas para dirimir la responsabilidad política no actúan, en un primer momento se produce únicamente una erosión de esas mismas instancias y del principio de legitimación de las instituciones: el principio democrático en el caso de su débil encarnación en los sistemas representativos.

Parece claro que en un sistema como el instaurado en España la sede institucional central para di-

rimir la responsabilidad política es la instancia parlamentaria. El sistema político cuenta con varias de ellas, además del parlamento del Estado. Sin embargo no hay institucionalización parlamentaria bastante de mecanismos más o menos automáticos de *investigación de hechos*. Las comisiones parlamentarias de investigación son trofeo de la lucha política. No se ha producido consenso suficiente para su funcionamiento normalizado: un funcionamiento que aporte suficientes *garantías políticas* al sistema. [Como si los jugadores de póker se hubieran sentido a jugar sin establecer previamente las reglas del envite.] Si no se quiere tal consenso, en lo tocante a la responsabilidad política, se quiere la ley de Lynch.

La exigencia de responsabilidad criminal y su agente, el poder judicial, que tiene sus propios ritmos y sistema probatorio, y, como se ha señalado, su sistema de garantías, son arrastrados al centro de un escenario y a un debate ajeno, el político, cuando se utilizan como escudo elusivo de la responsabilidad política (cuando se postpone la dilucidación de ésta al resultado de un proceso penal). Nada puede hacer el poder judicial para impedirlo. No está en su mano.

Pero esta *escenificación* política del poder judicial tiene consecuencias que pueden verse como desastrosas si se adopta un punto de vista institucional. Los magistrados y sus actuaciones pasan a tener, por obra de la lógica política —y con independencia de su talante, de sus capacitaciones profesionales y por supuesto de su voluntad— *peso político*. Las decisiones procesales —incluso las milimétricas— se convierten en *hechos políticamente relevantes*. Esta lógica no está originada por el poder judicial, el cual tampoco puede eludirla; en cambio, cuando se dirime la responsabilidad política, el hipotético proceso penal relacionado con el caso avanza con normalidad y despierta en la opinión pública un interés histórico-cultural normal y no un interés político vivo.

Se erosiona así —se daña— la precaria independencia del poder judicial (la cenicienta del Estado, con escasos medios materiales, que lo fía casi todo —al menos así es visto desde fuera— en las cualidades de sus medios personales; que no está estructurado para combates políticos).

El poder judicial no puede quedar al abrigo de la crítica: pero la que principalmente le corresponde no es la de la tiza política, sino la de la cultura jurídica. Políticamente debe responder, eso sí, del funcionamiento de sus mecanismos de control institucional.

La magistratura puede funcionar con corrección y sin embargo quedar erosionada por la actuación de otras instituciones del sistema político. Esto es: le salpica también a ella el descrédito de la política convencional, de las instituciones políticas y del modo tradicional de hacer política. En mi opinión ha de buscar, por su parte, una nueva cultura judicial que la vincule más de cerca a las gentes del común; ya que el sentido de la justicia de las gentes del común probablemente contribuirá a resguardar al poder judicial —frente al mercado massmediático y el mercado político— más que cualquier otra cosa.

Prisión provisional: una reforma, para qué

Alberto JORGE BARREIRO

I. LAS PARADOJAS DE LA PRISION PROVISIONAL

Parece evidente que la prisión provisional es una institución muy cuestionada, y tampoco se descubre nada nuevo si se afirma que la conflictividad de ese instituto procesal es intrínseca a su propia naturaleza contradictoria.

En efecto, a pesar de que el adjetivo *provisional* pretende aligerar la carga represiva e inquisitiva que contiene el sustantivo *prisión*, es difícil que con un mero vocablo se lenifique la grave contradicción que supone el hecho de que una persona esté en prisión sin haber sido juzgada. Pues, a fin de cuentas, el imputado que se halla privado de libertad lo está debido a la existencia de meros indicios y no de auténticas pruebas, y su caso no ha sido sometido a un juicio oral contradictorio en el que haya podido ejercitar con todas las garantías su derecho de defensa ni obtenido una resolución definitiva.

En ese contexto se hace sumamente difícil justificar una medida que, si bien se la adorna con los calificativos de *cautelar* y *provisional*, constituye, eufemismos aparte, una auténtica pena de efectos irreversibles, toda vez que la privación de libertad que conlleva ya no resultaría solventable en la hipótesis de que el inculcado fuera absuelto.

Así las cosas, no puede extrañar que los procesalistas hayan insistido en el cercenamiento esencial que la prisión provisional irroga al derecho fundamental a la presunción de inocencia, que, ante una medida cautelar de esa índole, desaparece como garantía nuclear del proceso penal al resultar, *de facto*, desplazada por la presunción de culpabilidad.

Es cierto que la propia dinámica del proceso penal requiere en algunos supuestos la adopción de una medida cautelar de tanta gravedad, y así lo vienen a corroborar la propia Constitución (art. 17) y la Ley Procesal Penal (arts. 503 y 504). Sin embargo, no siempre se opera con ella como una medida de naturaleza procesal encaminada sustancialmente a garantizar el resultado del proceso. De forma que, a los motivos de índole propiamente procesal, como pudieran ser la posible fuga del imputado y la ocultación de pruebas, se le suman otros de carácter sustantivo penal, centrados en concepciones preventivas y de defensa social, para lo cual se acude al concepto de *peligrosidad*. En este sentido, el propio texto procesal da pie a una evolución contra natura de la prisión provisional al utilizar los criterios de la alarma social y de la frecuencia delictiva para apoyar la medida cautelar (art. 503.2º de Ley Enj. Crim.).

Toda esta compleja problemática del instituto ha

vuelto a salir a colación, con más intensidad si cabe, en los últimos tiempos con ocasión de los macroprocesos que invaden los medios de comunicación (casos «GAL», «Conde», «De la Rosa», «Roldán», etc). A ello ha de sumarse el debate en las Cortes del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Jurodo, cuya disposición final segunda incorpora un nuevo artículo 504 bis.2 en la Ley Procesal Penal.

Es precisamente la introducción de esta norma en nuestro ordenamiento procesal penal la que nos sugiere algunas reflexiones que, dada la relevancia de la reforma, nos parece oportuno plasmar por escrito.

Para ello, es imprescindible comenzar por la exposición literal del propio precepto, que dice así:

«Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste convocará a audiencia, dentro de las 72 horas siguientes, al Ministerio Fiscal, partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer.

En dicha audiencia podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 24 horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las 72 horas indicadas.

Si en la audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales. Si ninguna de las partes lo instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado.

Si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes 72 horas, adoptando las medidas disciplinarias a que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia.

Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial».

La novedad que aporta el nuevo texto se cifra, pues, en convocar para una audiencia judicial al detenido, nada más ser puesto a disposición del juez, citándose también al ministerio fiscal y a las demás partes personadas. En esta audiencia podrán hacer las alegaciones que estimen pertinentes con respecto a la prisión y a la libertad provisional del imputado, así como proponer para su práctica los medios de prueba realizables en un tiempo que no puede rebasar las 72 horas. Ejecutado este trámite, el juez decidirá sobre la prisión o libertad provisional del im-

putado. Pero —y aquí está la mayor innovación del nuevo precepto— el juez o tribunal no podrán decretar la prisión provisional ni tampoco la libertad provisional si ninguna de las partes lo instase.

Por consiguiente, si no media instancia de parte el juez o tribunal sólo podrá acordar la libertad sin fianza, sin obligación apud acta de comparecencia ante el juzgado o tribunal que entienda de la causa y sin ninguna otra medida restrictiva o privativa de derechos relacionada con la libertad del imputado.

La nueva norma distingue así las tres situaciones de prisión provisional, libertad provisional y libertad sin restricción alguna, y limita la aplicación de las dos primeras a la solicitud de las partes acusadoras.

La reforma se complementa con la modificación del artículo 539, que queda redactado en los siguientes términos:

«Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa.»

En su consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.

Para acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 504 bis.2.

No obstante, si a juicio del Juez o Tribunal concurriere riesgo de fuga, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia.

Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte».

II. LOS MOTIVOS DE LA REFORMA

La exposición de motivos de la ley fundamenta su innovación en el principio acusatorio y agrega que, de esta forma, «la limitación de la iniciativa judicial se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio».

Los redactores del proyecto de ley —que, por cierto, sólo está ya pendiente de su aprobación por el Senado— reconocen, pues, que se limitan las facultades del juez instructor y lo justifican en virtud de la acentuación o potenciación del principio acusatorio. Ello nos obliga a efectuar un breve excursus acerca del principio acusatorio en la fase de investigación judicial y la imparcialidad del juez instructor.

Como es sabido, la doctrina procesal concibe el proceso como una relación triangular entre tres sujetos: la acusación, la defensa y el juez. Las dos primeras que actúan como partes contrarias y el tercero que dirime como árbitro las pretensiones acusatoria y exculpatoria de aquéllas. También es de conocimiento común en el ámbito procesal que esta estructura triádica constituye la esencia del sistema

acusatorio, al que se ajusta el ordenamiento procesal español en la fase de juicio oral.

Ahora bien, en el conocido como proceso mixto, a cuyo ámbito pertenece el nuestro, la fase de instrucción se lleva a cabo por un juez instructor de acuerdo con los principios de legalidad y de investigación de oficio, con aplicación del principio inquisitivo, si bien notoriamente atemperado por las últimas reformas posconstitucionales. De modo que es un juez el que inquiriere e investiga los hechos y va preparando el material que ha de fundamentar la inculpación del imputado, ya sea por el propio juez (sumario ordinario) ya por las acusaciones (procedimiento abreviado).

En este contexto de investigación procesal, se pone en entredicho la pertinencia de una instrucción de naturaleza judicial, especialmente por dos motivos.

En primer lugar, se cuestiona la adopción de medidas cautelares limitadoras de derechos fundamentales por el propio juez investigador debido a una posible falta de imparcialidad. En efecto, se afirma, no sin razón, que el juez que inquiriere en busca de una hipótesis inculpatoria se haya notoriamente precondicionado por su propia función investigadora, lo que le hace perder imparcialidad para adoptar medidas cautelares de graves consecuencias para los derechos del imputado. Por ello se considera —utilizando un lenguaje ecologista— que aparece *contaminado* por la propia instrucción, que aminora su objetividad. Esto puede llevarle a desnaturalizar las medidas cautelares aplicándolas abusivamente, de modo que, orillando el principio de proporcionalidad, acabe otorgando una excesiva prioridad a los fines del resultado sin ponderar el coste de los medios de que se vale.

En segundo término, se afirma también que las instrucciones realizadas por un juez contribuyen a enfatizar en demasía la trascendencia procesal del sumario y a devaluar el contenido probatorio del juicio oral, que en muchos casos se reduce a una mera ratificación de las declaraciones judiciales del sumario.

Sobre estas objeciones atribuibles a la instrucción judicial es preciso efectuar alguna matización. La primera, en el sentido de que la dilación de la fase instructora obedece en no pocos supuestos a la petición de diligencias por las partes, especialmente las defensas, que hacen todo lo posible para evitar una inculpación o la apertura del juicio oral contra el encausado. Ello tiene su lógica si se piensa que, debido a la presencia de los medios de comunicación, la celebración del propio juicio implica una pena aflictiva para el acusado de no mayor entidad, en algunos casos, que la pena propiamente dicha.

De otra parte, es importante subrayar que las instrucciones judiciales en la actualidad, sobre todo cuando el hecho delictivo tiene cierta complejidad, se practican a presencia de diferentes partes personadas. Así, no resulta nada extraño que en las diligencias ejecutadas ante el instructor estén presentes varios letrados, configurándose una escena procesal más propia de un juicio oral que de una instrucción, y que desde luego tiene poco que ver con una investigación inquisitiva.

En lo que se refiere al valor de las declaraciones

sumariales, el Tribunal Constitucional ha venido configurando una doctrina, ya muy asentada, en el sentido de que las declaraciones sumariales sólo podrán ser ponderadas en sentencia si han sido debidamente contrastadas en la vista del juicio oral.

Por último, no puede olvidarse que la naturaleza de la fase de instrucción, dada su naturaleza y los fines que pretende (art. 299 de la Ley procesal Penal), siempre ha de estar configurada con algunos tintes inquisitivos, intrínsecos a la propia función de averiguación del delito y de su autor, por lo que la contradicción, la publicidad y la oralidad nunca alcanzarán la cota establecida para la fase de plenario.

III. UNA SOLUCION INADECUADA

Para solventar las objeciones que se atribuyen al modelo de investigación judicial se acude al derecho comparado —en concreto al derecho angloamericano y a su reciente recepción continental—, y se busca como salida el convertir al ministerio fiscal en instructor. De esa forma, se dice, el fiscal llevaría la carga de la instrucción y el juez adoptaría las medidas cautelares que afectaran a derechos fundamentales, resolviéndose así los problemas anteriormente indicados.

Sin embargo, el optimismo desaparece cuando se repara en que la parte a la que se confiere la iniciativa en el procedimiento investigador carece de independencia, pues la cúspide del ministerio fiscal se nombra a propuesta del Gobierno y el instituto se rige en su funcionamiento interno por el principio de dependencia jerárquica.

Así las cosas, en los procedimientos en que aparecen implicados miembros del aparato del Estado —situación nada extraordinaria en los estados modernos de economía intervencionista, con elevados presupuestos y un número importante de funcionarios— la parte acusadora depende de la acusada. Se transforma, pues, la estructura triádica propia del procedimiento acusatorio en una de naturaleza diádica, y al proyectado triángulo procesal se le cae uno de sus lados.

Puede decirse, entonces, que la solución que se nos ofrecía como una potenciación del principio acusatorio aparece, en cierto modo, trucada, al menos en lo que atañe a los procesos de corrupción, en los que está en juego el Estado de derecho y el equilibrio de poderes constitucionales. Lo que se nos presenta como acusatorio y triádico no lo es realmente.

La decepción que ello nos produce es similar a la que padecemos cuando nos mitificaron el proceso penal norteamericano como proceso paradigmático de efectos miríficos, y después, cuando llegaron a nuestras manos algunas estadísticas sobre el nuevo paradigma, pudimos enterarnos de que, en realidad, en el país del *supramodelo* un noventa por ciento de los casos no llegaban a juicio oral, sino que se resolvían por *consenso*, operando como *partitura* para el acto unas diligencias policiales. Es decir, que el nuevo proceso paradigmático consistía, por un juego consensuado de magia jurídica, en lograr la exclusión del auténtico proceso.

La asignación de la función instructora al ministe-

rio fiscal encontró numerosos críticos en nuestro país, pues se vio en ello la posibilidad de que el principio de oportunidad, insito en el ámbito político, se trasladara a la instrucción penal al hacerse cargo de ella un instituto que no es independiente del poder ejecutivo. Y como es sabido, una buena instrucción es requisito imprescindible para el desarrollo del proceso penal, hasta el punto de que sin ella no resulta factible, al menos en los delitos de cierta complejidad, obtener una inculpación o una acusación que permita acceder a la fase del juicio oral.

Ante las reticencias encontradas, se abandonó provisionalmente el nuevo modelo. Pese a lo cual, no se renunció a ir introduciendo en la ley procesal algunos matices *acusatorios* a la espera de una futura reforma más profunda. Y así, con motivo de la instauración del procedimiento abreviado (año 1988), se abrió una vía para que el fiscal practicara diligencias extrajudiciales de investigación.

En esta misma dirección de control de la instrucción por el ministerio fiscal han de entenderse los nuevos artículos 25 y 26 del proyecto de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, que cercenan la iniciativa del juez instructor en la investigación de oficio al someterla a instancia previa de parte. Es decir, a la solicitud del fiscal, que es la única parte que está presente en la incoación del procedimiento, toda vez que es poco frecuente la intervención de acusaciones particulares o populares al inicio mismo de la causa. Con lo cual es factible la paralización de la investigación en los primeros momentos del procedimiento, generándose unas secuelas irreparables para el éxito de la instrucción en el caso de que se reabriera posteriormente a instancia de otra parte ajena a la acusación pública.

Se condiciona, de este modo, la investigación de oficio de un órgano que se rige realmente por el principio de estricta legalidad a la previa solicitud de otro cuya vinculación al mismo principio no es tan clara ni tan estricta, al menos en la práctica, dado que no goza de independencia con respecto a otro de los poderes del Estado.

Los argumentos que se aportan para esa limitación resultan, además, muy poco convincentes. En efecto, no parece muy sólido el argumento consistente en la necesidad de preservar la imparcialidad del órgano que va a acordar, en el nuevo procedimiento, la apertura del juicio oral fijando específicamente los hechos enjuiciables. Y entendemos que carece de enjundia porque, en primer lugar, la imparcialidad del juez instructor no se ve menoscabada primordialmente por el hecho de que el procedimiento se desarrolle sobre un hecho específico que se le haya denunciado o sobre otros que hayan ido apareciendo en el curso de la investigación. La imparcialidad sufre realmente por la práctica misma de las diligencias sumariales y el contacto directo con los avatares de la propia investigación, independientemente de que el hecho central investigado siga siendo el mismo o aparezcan otros nuevos. De hecho, muchos procedimientos se incoan en virtud de una querrela con hechos muy pormenorizados, que se mantienen sustancialmente en el curso del proceso, y, pese a ello, la *contaminación* que afecta al instructor después de practicar múltiples diligencias es exactamente igual que en otros supuestos en el

que los hechos aparecen más dispersos o confusos.

No se puede hablar tampoco de una incoación inquisitiva del procedimiento cuando el juez la inicia previa denuncia o querrela, como es lo habitual. Por lo tanto, carece de fundamento el celebrar una comparecencia para formalizar técnicamente una imputación por un fiscal o un letrado cuando la imputación ya ha sido formulada por un tercero, policía o particular, en un escrito de denuncia.

Por lo demás, el que sea el juez instructor el que dicte un auto de apertura del juicio oral en el enjuiciamiento por jurado carece de la relevancia que se le pretende dar. Y ello porque, a fin de cuentas, para que pueda acordar la apertura del juicio oral se precisa una acusación en toda regla del ministerio fiscal o de otras partes personadas en la causa. Por consiguiente, no tiene la iniciativa en este trámite el juez instructor, sino que la detentan las partes acusadoras, que son las que pueden dar pie o no a que el juez abra el juicio oral. No se comprende, entonces, la tortuosa preocupación del prelegislador y del legislador en un supuesto donde se cumplimentan con exquisitez el principio acusatorio.

Ante la endeble solidez de los argumentos que se exponen en la nueva ley para cercenar la investigación de oficio por el juez instructor ha de pensarse en otros motivos. Pues no se entiende muy bien que el aparato policial goce de unas amplísimas facultades de investigación, y que, en cambio, a un juez que se rige por el principio de estricta legalidad y que tiene un estatuto que le otorga independencia —aquí puede estar el quid de la cuestión— se le coarten, una vez que se le presenta una denuncia o una querrela, sus posibilidades de instrucción.

Escudriñando entre los posibles motivos de fondo que pudieran haber generado la medida de control, y puesto que cada vez que en nuestro país se instruyen delitos con relevancia política o socioeconómica se anuncian cambios legislativos para *mejorar* el ordenamiento jurídico, me vienen a la mente dos asuntos de esa índole en los que se trató el tema de la iniciativa en la instrucción y la actuación de oficio del juez instructor.

El primero de ellos es el caso *Filesa*. En él recayeron dos resoluciones del Tribunal Supremo —autos de 21-IX-1992 y 18-XI-1992— en los que se trataron las quejas de los imputados sobre la dispersión de la investigación, que afectaba a las finanzas del partido político en el Gobierno. Parece ser que la instrucción no se ceñía a unos hechos concretos sino que se dispersaba en exceso. En ello pudieron influir diferentes factores, como la complejidad del tema y las disfunciones que generan los procedimientos para aforados, al atribuir la instrucción a un órgano judicial colegiado que carece de infraestructura para desarrollar esa labor.

El segundo proceso de relevancia en que se trató el tema de las instrucciones que podemos llamar *difusas* es el caso *Juan Guerra*, en el que el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 32/1994. Se trata en ella de los peligros de las inquisiciones generales y de la delimitación de la investigación, si bien deja claro que el principio acusatorio no rige al inicio de la instrucción.

Ciertamente, es factible que un juez se exceda en el ámbito de la instrucción, pero, ante un abuso de

esa índole, siempre cabe la posibilidad de un recurso, y, desde luego, no concurre una alarma social sobre este punto debido a excesos judiciales que fundamente una medida que afecta notablemente al contenido y eficacia de la instrucción judicial.

No parece, pues, justificado que casos como los expuestos desencadenen una reforma de tan importante calado sobre las facultades del instructor, máxime cuando en el segundo supuesto referido el imputado acabó siendo enjuiciado en seis procesos diferentes y por distintos delitos, señal inequívoca de que la dispersión estaba más en la conducta investigada que en la instrucción de los jueces.

Todo deja entrever, por lo expuesto, que el fundamento de la reforma no está en el principio de imparcialidad del juez instructor, sino en la limitación de su labor investigadora en un fase decisiva para la instrucción y cuando tiene delante la denuncia de un ciudadano, momento en el que se le encorseta con un trámite procesal de difícil justificación.

Por lo demás, el fijar los hechos por las partes acusadoras al inicio de una investigación resulta una empresa difícil y complicada, y el limitar la instrucción a los hechos estrictamente imputados bloquea y obstaculiza en exceso las facultades del instructor y condiciona el resultado de su labor. Estamos, pues, ante una formalización del principio acusatorio al comienzo de la instrucción que casa muy poco con la flexibilidad de esta fase procesal y con la naturaleza de la misma. Y que, desde luego, genera justificadas suspicacias al imponerse solamente en los procedimientos ante jurado, en cuyo ámbito quedan comprendidos precisamente los delitos relativos a la corrupción.

Pues bien, desde la misma perspectiva ha de verse la reforma de la prisión provisional establecida en la disposición final segunda del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Jurado, cuyos inconvenientes examinamos a continuación.

IV. OBJECIONES A LA NUEVA REGULACION

El nuevo sistema de prisión provisional a instancia de parte distorsiona la propia configuración de la prisión provisional como medida cautelar, lo que no puede extrañar, dado que se impone su previa solicitud por quien no conduce la investigación.

El distorsionamiento se genera, lógicamente, al introducir un matiz acusatorio en manos de las partes que no dirigen de oficio la investigación. Ello no ocurriría, por supuesto, si la condujera de oficio el ministerio público. Pero al no haberse implantado ese modelo debido a las razones antes expuestas y limitarse a recoger sólo un elemento del mismo se produce una evidente disfunción.

En efecto, el juez instructor sigue dirigiendo de oficio la investigación, marca las líneas de la misma y los pasos que ha de seguir para alcanzar una base fáctica inculpatória. Por lo tanto, es quien tiene en mente el boceto de toda la investigación y conoce las consecuencias de la fuga de un imputado y las posibilidades de que suceda, así como los efectos que puede producir una ocultación o alteración de pruebas y las expectativas de que tenga lugar. Pues bien, a pesar de ello, no es él quien puede acordar

la prisión provisional de oficio ni tampoco quien la solicita, sino que ha de ser una de las partes que no dirigen la investigación la que, con su solicitud, dé pie para que el juez la acuerde.

En la práctica esto supondrá que el instructor, a pesar de ser juez *inter partes*, se dirija al fiscal postulando que solicite la prisión provisional para que él pueda acordarla por estimarla imprescindible para el éxito de la instrucción. Y en caso de que el ministerio público no la instare, tendría que acudir al convencimiento de las restantes acusaciones, si las hubiere, para que éstas interesaran la prisión de un imputado. Se crea de esta forma la figura del juez *postulante*.

En otro orden de cosas, de la lectura del nuevo artículo 504 bis.2 parece desprenderse que la audiencia del fiscal y de las partes es obligada incluso en los supuestos en que el juez entendiera que procedía la libertad provisional con una mera obligación de comparecencia ante el juzgado. Si así fuera, cabría la posibilidad de que el imputado estuviera privado de libertad por un período de hasta 72 horas cuando, en realidad, procedía su libertad. Ello resultaría inconstitucional al oponerse al artículo 17 de la ley suprema, según el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 71/1994, que argumenta en el sentido de que la situación de libertad o pérdida de la misma se encuentra en manos del juez, a disposición, por tanto, de una autoridad judicial. Por lo cual, concluye declarando la inconstitucionalidad del artículo 504 bis de la Ley Procesal Penal, toda vez que permitía que una orden de libertad decretada judicialmente no fuera inmediatamente ejecutable.

Es cierto que el último párrafo del nuevo artículo 539 dispone que siempre que el juez o tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte. Sin embargo, este precepto se está refiriendo siempre al acuerdo de la libertad sin restricciones o a la transformación de una libertad provisional concreta en otra de índole más favorable, pero no al acuerdo que convierte una detención en una libertad restringida.

Una interpretación sistemática y teleológica de ambas normas pudiera solventar el problema y proporcionar una lectura constitucional del artículo 504 bis.2, pero es obvio que la nueva norma en ese punto no resulta suficientemente clara y precisa.

Otro interrogante que suscita la lectura de los nuevos preceptos es el relativo a qué sucedería si el fiscal, después de que el juez hubiera acordado la prisión por habérselo instado, rectificara su postura y presentara un escrito solicitando la libertad. Y la misma cuestión puede plantearse con respecto a la acusación particular cuando la prisión haya sido decretada sólo a instancia de esa parte.

A la vista de la redacción de ambos preceptos, parece claro que en esos casos el juez debería decretar de inmediato la libertad, aunque estimara que no procede.

La solución, sin embargo, puede originar en esos supuestos algunas situaciones procesales poco edificantes, pues al quedar *de facto* en poder de las par-

tes el conseguir la libertad provisional cabe la posibilidad de que afloren casos de cierto *mercadeo* procesal. Sin ir más lejos, en algunos delitos económicos en que la prisión se fundamentara únicamente en la petición de los perjudicados, la acusación particular tendría en su mano un instrumento de prisión importantísimo contra el imputado que, probablemente, derivaría en pactos extrajudiciales que podrían comprometer el resultado del proceso, convirtiendo algunas defraudaciones en delitos meramente privados.

Desde una perspectiva más pragmática, se advierte que la audiencia que imponen los nuevos preceptos puede crear no pocos problemas operativos para su celebración, especialmente en las grandes capitales. En efecto, en las ciudades donde existen juzgados de guardia que reciben un importante número de detenidos no es descartable que se presenten graves dificultades para legalizarlos con la celebración previa de una audiencia, especialmente si, como da a entender la ley, es preceptiva siempre que se acuerde la prisión o la libertad provisional.

Los problemas surgirán principalmente cuando las defensas, con el fin de evitar una situación de prisión, insten la práctica de pruebas que permite la ley. Por poner un ejemplo, que se solicite que comparezcan a declarar dentro de las 72 horas los testigos de cargo de un atraco, de una violación, de unas lesiones o de una estafa. Teniendo en cuenta que esos juzgados suelen permanecer cerrados durante las 24 horas siguientes a la guardia, podrían surgir, pues, insalvables dificultades para celebrar esas comparecencias probatorias.

También pueden surgir obstáculos que dificulten el trámite de legalización cuando el juzgado de guardia no sea el competente para conocer de la causa, hipótesis en la que la comparecencia habría de señalarla y celebrarla el juzgado al que corresponde instruir el procedimiento.

Por último, en los juzgados de las pequeñas localidades donde no reside un fiscal permanentemente, también es factible que las audiencias relativas a las legalizaciones de detenidos tengan problemas de infraestructura que dilaten su celebración.

V. LA REFORMA PENDIENTE

El prelegislador y el legislador fundamentan la implantación del requisito de la instancia de parte para acordar la prisión en la necesidad de potenciar el principio acusatorio, así como en la imparcialidad del instructor que va a dictar el auto de apertura del juicio oral y del juez o tribunal que va a enjuiciar el hecho.

Este criterio apareció ya recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional 106/1989. Se trataba de un recurso de amparo interpuesto contra un auto que inadmitió la recusación de un juez al que se achacaba falta de imparcialidad para enjuiciar, por haber dictado anteriormente la prisión provisional del encausado y por haberlo interrogado en la fase de instrucción. El TC sienta como doctrina que el acordar la prisión provisional no tiene por que erigirse necesariamente en causa de abstención o de recusación a los efectos de preservar la imparcialidad del

juzgador. Dicha pérdida de imparcialidad —sigue diciendo— tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el juez de instrucción adopte de oficio esta medida cautelar sin la previa instauración del contradictorio. Y como en el caso enjuiciado la prisión había sido acordada de oficio, sin que lo instara parte alguna, acuerda estimar el amparo.

Esta doctrina resulta poco convincente, habida cuenta que no garantiza la imparcialidad del juzgador, según se constata con una mera referencia a los datos empíricos de psicología judicial extraíbles de la práctica diaria. Y decimos esto porque cuando un juez tiene que dictar una sentencia contra un acusado que se halla en prisión por auto dictado por el juzgador, lo que le preconditiona sustancialmente es que el enjuiciado esté privado de libertad por una resolución previa del propio juez.

Se considera, pues, de escasa trascendencia que la prisión se dictara de oficio o a instancia de la acusación, lo importante es que la prisión la dicta uno como juez y ello es lo que genera responsabilidad y preconditiona. No descarga esencialmente de responsabilidad al juez el que la haya o no pedido una parte, como tampoco aligera el peso que conlleva el dictar un fallo condenatorio el hecho de que la acusación la formule el fiscal. Si un juez yerra juzgando no se siente liberado de su responsabilidad por la existencia de una acusación previa.

Así las cosas, si el legislador quiere implantar un proceso con todas las garantías que salvaguarde realmente el principio de imparcialidad ha de reformar el régimen de la prisión provisional en el sentido que no pueda acordarla el juez que sentencia. Todo lo demás son palabras huecas y juegos de lenguaje.

Hasta que ello sea una realidad los jueces seguirán sentenciando con la carga y la preterminación que supone el tener al acusado preso en los meses precedentes al juicio, y se seguirá operando con el resabio procesal de las penas adaptadas al período de prisión preventiva.

La preocupación expuesta aparece avalada por la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues, en sentencia de 24-V-1989 (caso HAUSCHILDT), apreció violación del artículo 6.1 del Convenio por falta de imparcialidad de uno de los miembros de un tribunal danés que había ratificado la prisión provisional del acusado.

Por consiguiente, ni los tribunales ni los jueces de lo penal deben acordar prisiones provisionales si lo que el legislador pretende es garantizar el principio de imparcialidad.

Y en lo que atañe a los jueces de instrucción, estimamos que carece de excesiva relevancia el hecho de que dicten un auto de apertura de juicio oral o de procesamiento contra el encausado en prisión provisional. Pues, a fin de cuentas, el control de la apertura del juicio oral corresponde a las partes mediante la formulación de la acusación, y, además, no dictan la sentencia ni dirimen la causa ni en primera ni en segunda instancia. A mayor abundamiento, es sumamente difícil que con respecto a un imputado que se halla en prisión provisional no concurren indicios para procesarlo o dictar en su contra un auto de apertura de juicio oral.

En cambio, estimamos mucho más preocupante el hecho mismo de que dicte la prisión provisional, dados los efectos irreversibles que ésta produce, el propio juez que se encuentra embebido en la investigación y preconditionado por ella, pues se corre el riesgo de que se desnaturalice e instrumentalice la medida, perdiendo así su carácter restrictivo y cautelar.

Ante ello, y mientras que la regulación estatutaria del ministerio fiscal no ofrezca garantías para que se le asigne la instrucción, sólo cabría desdoblarse las funciones actuales que competen al juez instructor, atribuyéndole la adopción de la medida cautelar a un órgano judicial diferente, y, como solución provisional, mejorar, desde luego, el sistema de recursos.

Sobre ese último extremo, resulta inadmisibles que un recurso de apelación o de queja contra un auto de prisión tarde un período de tres meses en resolverse. Se precisa con urgencia una reforma que agilice el trámite en concordancia con la importancia del control de la prisión provisional.

En este sentido, debiera generalizarse el recurso de apelación y acordarse en la misma providencia que lo admite a trámite deducir testimonio de lo actuado y remitirlo al tribunal competente, ante el que se emplazará a las partes. Y una vez que se reciban en la sala las actuaciones, señalar de inmediato la vista oral del recurso para que se celebre en los siete días siguientes. De esta forma, un recurso de apelación de esa índole no tendría por que dilatarse más de quince días. Esto no supone un objetivo inalcanzable, por cuanto hay audiencias provinciales que están resolviendo los recursos de apelación dentro del plazo de los diez días que señala la ley, y las impugnaciones contra autos de prisión requieren siempre prioridad.

Para finalizar, estimamos que debió aprovecharse la reforma para introducir como supuesto motivador de la prisión provisional el peligro de ocultación o de alteración de pruebas. De hecho, los jueces lo están aplicando en la práctica con no poca asiduidad, pese a que no aparece recogido específicamente en nuestra legislación procesal. Ello puede acarrear problemas y suscitar dudas, pues el principio de legalidad procesal es imperativo y conlleva una interpretación restrictiva de la norma cuando se trata de limitar derechos fundamentales. De tal forma que sólo cabe acordar la prisión provisional en los casos admitidos por el legislador.

Es cierto que de la regulación de la prisión incommunicada pudiera inferirse la admisión del riesgo de ocultación de pruebas como motivo de la prisión provisional, y también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deja entrever en alguna resolución la posibilidad de aplicarlo de acuerdo con el Convenio (STEDH de 16-VII-1971, caso RINGEISEN). Sin embargo, parecía imprescindible recoger ese supuesto en nuestra legislación, tal como se hace en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (Francia, Italia, Alemania, Portugal y Austria).

Ajeno a ello, el legislador regula como único supuesto en que cabe, excepcionalmente, acordar la prisión provisional de oficio el de riesgo de fuga, convocándose la comparecencia para las 72 horas siguientes.

Razón de Estado y lucha por los derechos (a propósito de los GAL)

José A. ESTEVEZ ARAUJO

En sus orígenes, el Estado de Derecho liberal pretendió —entre otras cosas— ofrecer una solución al dilema que planteaba el reconocimiento del carácter soberano del poder político y la necesidad de imponer límites al ejercicio de ese poder. Bodin, el primer teórico del moderno concepto de soberanía fue incapaz de establecer unos límites que no fueran exclusivamente morales. Con el Estado de Derecho liberal los límites que el poder político no debía transgredir se identificaron con los derechos del hombre y del ciudadano y se pusieron en marcha una serie de ingeniosos mecanismos (división de poderes, imperio de la ley, atribución del poder legislativo a un órgano representativo, exigencia de que las leyes fueran generales y abstractas...), que debían permitir establecer frenos al ejercicio del poder estatal sin negar su carácter soberano.

La arquitectura del Estado de Derecho no permite, sin embargo, eludir el problema del ejercicio del poder en circunstancias excepcionales. De acuerdo con los teóricos liberales, la existencia de un poder político era necesaria para garantizar la efectividad real de los derechos del hombre. Los derechos humanos eran, por consiguiente, fuente de legitimidad del poder político y, a la vez, objetivo a garantizar por ese mismo poder. Pero si el Estado es la única institución que puede garantizar el efectivo respeto de los derechos humanos, ¿qué ocurre cuando el poder de ese mismo Estado se encuentra amenazado? ¿Está justificado que el Estado viole los derechos humanos en una situación de crisis para poder así conservar su poder y volver a cumplir su misión de garantizar esos derechos una vez restablecida la normalidad? Se trata, dicho en otras palabras, del problema clásico de la «razón de Estado», que podría definirse en términos generales de la siguiente manera: la apelación a la «razón de Estado» se da en los casos en que el poder político viola alguno de los fundamentos de su propia legitimidad, justificando esa actuación en aras de la conservación y mantenimiento del propio poder, que se considera excepcionalmente amenazado.

El reconocimiento de que el Estado de Derecho no escapaba al problema de la razón de Estado llevó a la constitucionalización de la posibilidad de suspender derechos y garantías, contando para ello con la aprobación del Parlamento. Aparecieron, así, los estados de excepción, de sitio y sus variantes. En tiempos mucho más recientes se dio un paso más en favor del reconocimiento de la razón de Estado con la «normalización» del estado de excepción. En países como Italia o Alemania, los «años de plomo» llevaron a la instauración de mecanismos excepcio-

nales paralelos (policiales, judiciales, carcelarios) de carácter permanente destinados a combatir el fenómeno terrorista. Estos mecanismos excepcionales que violaban numerosos derechos y garantías fundamentales, pusieron de manifiesto una capacidad de expansión incontrolable que los convirtió, en realidad, en instrumentos de represión de la disidencia política.

La instauración de un Estado de Derecho en España tras cuarenta años de dictadura fue el resultado de un proceso de transición que tuvo elevados costes. Uno de ellos fue que ese Estado de Derecho nació lastrado desde sus inicios por una legislación excepcional antiterrorista contra la que los mecanismos de defensa de la Constitución fueron incapaces de reaccionar. De ese modo, la excepción se incardinaba en la propia normalidad. Existían unos derechos y libertades, pero había objetivos que permitían «justificar» que el Estado los violase.

La utilización por parte del Estado de los mismos medios que el «enemigo interior» al que combate supone un paso más en la normalización de la excepcionalidad. Hay, desde luego, un salto cualitativo entre la legislación excepcional y el terrorismo de Estado, pero la experiencia histórica reciente de países cercanos ha puesto de manifiesto hasta qué punto una cosa puede favorecer las condiciones para que se dé la otra. El intento de justificar el terrorismo de Estado en un Estado de Derecho sería, en ese sentido, la forma más brutal e inconsistente de apelación a la razón de Estado que pensarse pueda.

La reapertura de uno de los sumarios relativos a las actividades de los GAL ha puesto en primer plano de la actualidad el tema del terrorismo de Estado en un Estado que se dice «de Derecho» como el español. Este tema ha surgido en una situación política caracterizada por una crisis en el interior del partido gobernante, un ascenso en las expectativas de voto de la derecha, una cadena de actos de corrupción que han ido saliendo a la luz y una incertidumbre acerca de la gobernabilidad del país a corto plazo. La mezcla de todos estos elementos, unida a la peculiar trayectoria del juez que instruye el sumario configura un estado de cosas confuso que a veces lleva a mezclar problemas de distinto carácter. Por eso es importante subrayar que respecto a la investigación acerca de los GAL de lo que se trata es de determinar quiénes fueron los responsables de reclutar, organizar y financiar un grupo terrorista que cometió 26 asesinatos entre 1983 y 1987 y, en particular, si entre esos responsables se encontraban o no determinados miembros del Gobierno y el minis-

terio del Interior. Dicho de otra manera: se trata de dilucidar si en aras de la «razón de Estado», o, —dicho en términos reiterados recientemente por el señor Vera—, por la necesidad de introducirse en las cloacas para garantizar la seguridad del Estado, el poder político recurrió al terrorismo entre los años 1983-1987.

Si nos situamos en ese contexto, cabe preguntarse si a la «razón de Estado» puede contraponerse una «lucha por los derechos» que pudiera justificar lo que otras ocasiones serían considerados «excesos». Obviamente este planteamiento genera un ámbito de incertidumbre, un peligro de apelaciones extrajurídicas a las exigencias de la lucha por los derechos en contra de la razón de estado. Pero este peligro resulta ineludible. Los debates en torno a temas cuyo trasfondo último es lo que genéricamente podríamos denominar «dilema entre libertad y seguridad» parecen poner de manifiesto siempre que quienes discuten parten de una opción fundamental: o prefieren que se garantice la seguridad a costa de la libertad o, por el contrario consideran que la libertad debe ser garantizada aunque se ponga en peligro la seguridad. Se trata de una opción fundamental en el sentido de que constituye el punto de referencia último de las propias valoraciones. Dicha opción suele condicionar también el grado de amenaza para la libertad o para la seguridad que se atribuye a determinados comportamientos. Por ello resulta difícil que en estos debates se dé un auténtico diálogo entre las partes. No sólo existe una contraposición entre los valores últimos que sirven de pautas de juicio, sino que unos atribuyen un mayor peso relativo a los peligros para la seguridad y otros un mayor peso relativo a los peligros para la libertad, con lo que tampoco puede producirse acuerdo sobre los términos de la ponderación.

Teniendo en cuenta esas dificultades para el diálogo y partiendo de una opción fundamental en favor de la libertad, cabe señalar que en este caso uno de los términos de la ponderación debe ser la vulneración de derechos fundamentales básicos como el derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal de las víctimas de las actuaciones de los GAL. La ponderación de los posibles «excesos» cometidos en la investigación debe realizarse por relación al valor que se atribuya a esos derechos fundamentales vulnerados.

El primer «exceso» que se ha denunciado es que el juez que instruye la causa haya ocupado previamente un alto cargo en el Ministerio del Interior. En relación a este tema se ha señalado que el viaje de ida y vuelta de la judicatura a la política —permitido por la ley—, debe ser considerado inconstitucional, que el paso por el ministerio del juez puede haber dado lugar a circunstancias que sean motivos de recusación y que esta peculiar situación daña la imagen y prestigio de la justicia.

Sobre el tema de la recusabilidad del juez hay instancias competentes para decidir que, en el momento de escribir esto (4 de febrero de 1995) se han pronunciado en contra de la existencia de motivos de recusación. El viaje de ida y vuelta a la política se considera inconstitucional porque no se corresponde con la figura del juez independiente diseñada por

la Constitución. Es cierto que la Constitución establece limitaciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales por parte de los jueces, pero el caso es que ésta en particular no la señala y que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales deben interpretarse, en principio, restrictivamente. Por otro lado, podría dudarse de la independencia del juez si el viaje de vuelta de la política a la judicatura tuviera como objetivo echar tierra sobre un asunto acerca del que el ejecutivo no tiene el más mínimo interés en que se hable. Como parece que lo que pretende el juez es justamente lo contrario, su independencia respecto a las posibles directrices de otros poderes del estado parece que queda meridianamente demostrada.

Por tanto, parece que el único exceso que podría haberse cometido aquí es el de haber dañado la imagen de la justicia. Es de suponer que este supuesto daño consistiría fundamentalmente en la extensión de la sospecha entre la ciudadanía de que el juez que instruye el caso no actúa movido por el «puro sentido del deber», sino por motivaciones de carácter más personal e inconfesable. Si fuera cierto que tal sospecha se ha extendido y que, por consiguiente, se ha lesionado la imagen de la justicia al poner de manifiesto que los jueces también son seres humanos con sus intereses y pasiones, habría que ponderar tal daño con el valor que se atribuya a las lesiones de los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad causados por la actuación de los GAL. Y en ese caso, la balanza debe inclinarse claramente de un lado. Incluso aunque fuera cierto que el juez actúa por motivos «inconfesables», podría afirmarse que en este caso el fin justifica los medios dada la gravedad del problema que se investiga. En cualquier caso —y este es un elemento a considerar en la ponderación—, hay que tener en cuenta que son precisamente los sospechosos quienes más han contribuido a poner en cuestión las motivaciones del juez, por lo que el «daño» que se hubiera podido causar a la imagen de la justicia hay que atribuírselo fundamentalmente a estas personas, que son parte interesada en el asunto.

Otro «exceso» que se ha denunciado sería la violación del principio de la presunción de inocencia. Esta denuncia parte de una confusión entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal fomentada desde el ejecutivo por su actitud de negarse a exigir responsabilidades políticas mientras no haya condenas judiciales. Por otro lado, la efectividad de la responsabilidad política en nuestro país se encuentra con el obstáculo de la falta de referentes culturales claros que hagan posible determinar cuándo un cargo público ha superado los límites de lo tolerable políticamente y debe dimitir. Las causas próximas de esta confusión acerca de lo que en política puede hacerse y lo que no hay que identificarlas con la actitud que se ha adoptado desde el poder respecto a los casos de corrupción o las referencias que se han hecho a las cloacas del Estado. Sus causas remotas, en especial por lo que respecta a las exigencias de la razón de Estado, hay que identificarlas con el obstáculo a la difusión de una cultura garantista entre la población que supuso la

imbricación de la legislación antiterrorista en la normalidad constitucional.

Desde luego, los agentes principales de la lucha de los derechos contra la razón de Estado deberían ser los propios ciudadanos, mediante protestas, denuncias, movilizaciones, etc. Sin embargo, aunque en este caso se han dado iniciativas ciudadanas, quizá esa situación de confusión ha impedido que la sociedad civil tomase a su cargo el papel primordial en la denuncia. Este papel lo ha asumido la prensa —o alguna prensa—, que es la que ha logrado el objetivo de introducir el tema en la agenda política. Y es en relación al papel de determinados medios de comunicación que se ha denunciado el «exceso» de un juicio paralelo en la prensa y de la violación del principio de «presunción de inocencia».

En realidad, el papel de la prensa ha sido en este caso el de difundir informaciones que constituyen indicios de culpabilidad y, sobre todo, que han convertido el tema en centro de atención de la opinión pública, de manera que cualquier intento de darle «carpetazo» constituya un escándalo. Por otro lado,

no parece adecuado hablar de violación del principio de presunción de inocencia en este contexto sino, en todo caso de lesiones al honor y a la imagen de las personas imputadas y sospechosas. De nuevo aquí hay que utilizar el mecanismo de la ponderación y considerar si dada la gravedad de los derechos fundamentales vulnerados por la actuación de los GAL, estos excesos están justificados. Quizá no lo estarían en caso de que los perjudicados fueran ciudadanos «de a pie», pero hay que recordar que se trata de ex cargos públicos que en su día obstaculizaron la investigación acerca del destino de los fondos reservados.

Si se plantea la cuestión en estos términos como una ponderación entre las consecuencias de un presunto terrorismo de Estado y unos supuestos «excesos» que se han denunciado, parece claro que estos últimos tienen un carácter nimio frente a la magnitud de los derechos lesionados por la actuación de los GAL. La lucha por los derechos en contra de la razón de Estado permite justificar esos «excesos», e incluso otros más que pudieran llegarse a cometer.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la

Asociación Pro Derechos Humanos de España
José Ortega y Gasset, 77, 2^a - 28006 Madrid.



Hipótesis para una convocatoria de los ciudadanos interesados en la paz, la justicia y los derechos

Raniero LA VALLE

1. El nuevo sistema electoral mayoritario, introducido de forma imprevista en Italia, ha cambiado profundamente la vida política y la condición política de los ciudadanos. Debería, en perspectiva, conducir a un gobierno eficaz; pero por el momento ha llevado a concentrar toda la lucha política sobre el objetivo de la conquista del poder, induce a las fuerzas políticas a desleír la propia identidad, y a la asimilación de sus mensajes respectivos para adjudicarse el electorado intermedio, hace del centro un mítico ave fénix que además quiere cortarse las alas, a derecha e izquierda, privilegia la comunicación espectacularizada, solicita el consenso de los ciudadanos, pero no pide sino que más bien evita su participación. Las esperanzas, las necesidades, los deseos, los valores, las opiniones, las manifestaciones y las luchas de millones de ciudadanos, que ayer animaban el contraste político, hoy han perdido el pulso y se han disuelto en las muestras de unos pocos centenares de personas seleccionadas con criterios estadísticos por las encuestas.

La desaparición o la crisis de los partidos tradicionales, el ocaso de las viejas formas de militancia, la prevalencia de las estrategias de la persuasión sobre la elaboración de los contenidos y la pasión por el bien común, producen un creciente desafecto por la política, la retirada de muchos a lo social o a lo privado, la acentuación del fenómeno de la delegación, sin control y a menudo sin mandato.

2. La derrota de cualquier alternativa creíble al sistema social y económico dominante ha marcado el triunfo del mercado a nivel mundial. Pero esta victoria es más que un signo. El mercado, insustituible lugar de comunicación y de intercambio de bienes y servicios, está incorporándose a todos los ámbitos de la vida personal y social, del trabajo a la salud, la enseñanza, la cultura, la información, el medio ambiente, haciendo de todo mercado. La política misma pierde su autonomía y su función de coordinar y ordenar los intereses particulares al bien común.

Con la explosión del mercado, también la empresa, que es la gran protagonista del mercado, se carga de tareas que desbordan su naturaleza y su competencia. Y del mismo modo que en el plano mundial las grandes transnacionales determinan las condiciones mismas de la vida y del desarrollo del planeta, débilmente mediadas o corregidas por los poderes políticos nacionales e internacionales, así en Italia una empresa asume directamente y sin mediaciones el poder político.

3. El mercado, como cualquier otra institución, no es omnipotente. Hay cosas que el mercado pro-

duce o puede producir naturalmente, en orden a la creación de la riqueza y al funcionamiento del sistema económico, pero existen otras que el mercado por sí mismo no puede producir, ni siquiera rindiendo al máximo de sus posibilidades. Entre las cosas que no produce el mercado, o, dicho de otro modo, que no son el fruto de automatismos naturales, están la paz y los derechos, sobre todo los de los débiles. La paz y los derechos, para existir, deben ser queridos y perseguidos como objetivos específicos; esta tarea la desempeña la política. Si la política está impedida para hacerlo o desiste de perseguir estos objetivos, la paz no se alcanza y los derechos desaparecen. Con el avance de la organización moderna de la sociedad, este papel de la voluntad política no se debilita, sino que se hace cada vez mayor. En efecto, muchas cosas que ayer eran «naturales», hoy son artificiales, es decir, deben ser queridas. Entre estas cosas está la vida misma. En las viejas economías de subsistencia era «natural» para los pobres sobrevivir, aunque con una limitada calidad y duración de su vida. Hoy, en la modernidad, no es natural sobrevivir, la vida de cada uno depende directamente del consenso y de la aportación de los demás, y en particular los pobres (como bien se advierte a escala mundial) no pueden sobrevivir si alguien no decide que deban hacerlo. Entonces, todos, en este sentido, pueden ser pobres, porque todos pueden llegar a encontrarse en una condición en la que no podrían vivir sin la voluntad y la ayuda de los demás. ¿Quién habría dicho, antes de la última guerra mundial, que los más pobres de todos serían los judíos? La tarea de promover y realizar la voluntad colectiva de que todos puedan vivir, y vivan en paz y en la plenitud de sus derechos, es la propia del poder político.

4. El giro producido en Italia al desarmar a los ciudadanos de las garantías previstas para la protección del trabajo, el salario, la salud, la previsión social y la calidad de vida, haciendo inútiles años de luchas y de conquistas sindicales y políticas, sustrayendo instrumentos y recursos al servicio público y confiando todo el tejido de las relaciones sociales de manera exclusiva a las leyes del mercado, prepara una sociedad violenta y produce nuevas pobreza.

Ahora mismo, al crear un estado de inseguridad y de temor por el futuro, al poner en discusión derechos adquiridos y expectativas legítimas, ha dado lugar a que todos se encuentren más pobres, desvelando la pobreza que permanecía oculta tras de un reciente y todavía precario bienestar. Y hoy, mientras el Estado social camina hacia su disolución, de no intervenir una voluntad política que de-

tenga esta deriva y relance la construcción de un Estado de justicia, el riesgo es que el retroceso lleve al retorno del «estado de naturaleza», en el que el conflicto es permanente y la riqueza y la fuerza soberanas; estado de naturaleza o «sociedad de lobos» que la edad moderna, con la constitución misma del Estado, había creído superar, y que hoy haría la vida imposible a muchos.

A esta condición de violencia interna producida por el Estado no podría sino corresponder una recuperación de su violencia externa; la transformación de las Fuerzas Armadas de defensivas en ofensivas, el paso al ejército profesional, la inclusión de las mujeres en la milicia armada ya preparan los instrumentos; la interpretación ilimitadamente extensiva de la «defensa de la patria» como «defensa de los intereses» prepara su anticonstitucional legitimación.

5. La característica más preocupante de la nueva sociedad que está tomando forma tanto en el plano interno como en el plano mundial, es que al crecer su eficiencia, se restringe cada vez más su base social; si antes la medida de la solidez y del desarrollo del sistema productivo estaba en su capacidad de crear puestos de trabajo, hoy, en cambio, está en su aptitud para reducirlos y rebajar la incidencia del factor trabajo respecto de los demás factores productivos; en consecuencia, se reduce el número de las personas que el sistema económico es capaz de sostener y que la sociedad considera necesarias; las otras se convierten en sobrantes y con una nueva palabra son consideradas «excedentes»; son excedente los trabajadores en las fábricas y en los servicios, son superávit los pensionistas, culpables de dejar el trabajo muy pronto y de morir demasiado tarde, son excesivos los enfermos en relación con los recursos del servicio sanitario, sobreabundantes y no acogibles los emigrantes, pueblos enteros del Sur del mundo están de más para un desarrollo sostenible y gran parte de la población mundial es excedentaria y está fuera de la lista, mientras que se hacen políticas y se paga para destruir cultivos y eliminar ganados, considerados, paradójicamente, también ellos excedentes. Al mismo tiempo, los «planes de ajuste estructural» impuestos por las grandes instituciones monetarias y financieras internacionales a los países del Sur del mundo, recortan o alimentan islas de economía protegida, poniendo fuera del mercado y arrojando por debajo de la línea de la pobreza a millones de personas.

Esta nueva discriminación entre necesarios y superfluos, entre elegidos y excedentes es más grave que las viejas y recurrentes discriminaciones raciales, étnicas, religiosas, sexuales; en efecto, es tal el modo como la sociedad alimenta procesos de marginación y de exclusión que se traducen también en una marginación y una exclusión, de derecho o de hecho, de la representación política. Y del mismo modo que se promovieron luchas y se movilizaron saberes por la universalidad de los derechos y la igualdad de los excluidos, también hoy tendría que hacerse otro tanto para que todos los seres humanos sean vistos como necesarios, ninguno sea considerado fuera de la casta o de la lista, para que sean reconocidos y honrados los derechos exclu-

dos y para que no acabe creándose una sociedad de los que sobran.

Precisamente por esto es necesario trabajar, como dice querer hacer la derecha, para dotar nuevamente de eficiencia al sistema económico, incrementar su capacidad de producción de riqueza, e impedir el empobrecimiento generalizado representado por la inflación. Pero esto deberá hacerse dimensionando el sistema económico de acuerdo a la vida y las necesidades de todos, sin que ninguna persona, clase o nación sea puesta o considerada fuera del mercado.

6. Es por eso hoy más necesario que nunca que los ciudadanos se pongan en movimiento, retomando la iniciativa y la participación política, por la paz y por la justicia; paz que quiere decir papel que cumplir en la fundación de nuevas relaciones internacionales, justicia, como tarea peculiar del orden político, que si hace suyo y tutela el derecho del débil, tanto más garantizará y reforzará el derecho de todos. En efecto, paz y justicia son los dos objetivos fundamentales del bien común, mientras la libertad, como decía Croce, es la premisa y la condición de todo.

Podría pensarse en una suerte de *Convocatoria permanente por la paz y los derechos*, comenzando por los derechos excluidos. *Convocatoria* quiere decir que todos son convocados, por el sólo hecho de ser personas, al conocimiento y a la comprensión de la realidad, a perseguir la felicidad, a la participación política, al compromiso por los derechos, a las urnas electorales, a la fiesta de la solidaridad y de la liberación. *Convocatoria* indica también una variedad de formas de participación, intervenciones, acción comunes. Se puede convocar y ser convocados para fines y luchas de carácter general, o para iniciativas y ocasiones específicas; se puede convocar y sentirse convocados como individuos o como grupos, asociaciones, fuerzas organizadas; se puede responder a una convocatoria, considerada apropiada y necesaria, y no responder a otra. Este movimiento amplio y dúctil podría tener, sin embargo, en algún lugar una forma de estabilidad y de continuidad, constituyéndose en *Convocatoria permanente*, con contenidos reconocibles y claros, con un principio organizativo y asociativo, con inscritos y militantes, con una comunicación interna y una visibilidad externa.

7. Esta *Convocatoria permanente por la paz y los derechos*, en la medida de su credibilidad y eficacia, podría llegar a asumir las formas de un verdadero y propio sujeto político comprometido en participar, de las maneras más variadas, tradicionales y no tradicionales, pero siempre democráticas y pacíficas, en las luchas civiles y políticas.

Entre estas luchas están las competiciones electorales, frente a las que habría que decidir qué papel asumir. La opción podría ser la de no intervenir directamente, sino ofreciendo la contribución de específicas propuestas programáticas a las fuerzas y a las listas en presencia, o bien la intervención con una identidad autónoma, y una autónoma decisión de participación en una u otra formación.

En favor de esta última opción milita el hecho de que propuestas programáticas avanzadas desde fuera a las fuerzas políticas en competición, en es-

pecial en tema de paz y derechos, no suelen tener éxito, y más en general el hecho de que hoy, también por efecto de la cultura política dominante y de los mecanismos electorales, la paz y los derechos, y sobre todo los derechos de los pobres y excluidos, y por ello los propios pobres y excluidos, no tienen verdadera y directa representación política. Por eso precisamente, la tarea de un sujeto político de nuevo cuño sería suscitar esa representación.

Pero para que en el momento en que se tome esa decisión, el nuevo sujeto político por la paz y los derechos no asuma la figura de un partido tradicional, y por eso mismo se haga superfluo, deberían hacerse algunas otras opciones posteriores, dirimentes y decisivas.

8. La primera es no aceptar la reducción de la política a mercado, y por ello no considerar la propuesta política como un producto de consumo, asimilando el programa y el personal político en liza a la mercancía objeto de los «consejos para la compra». En la actual sociedad, la máxima expresión de semejante mercantilización es la promoción televisiva del producto político, mediante la cual las televisiones comerciales «venden» a las listas y a los candidatos sectores más o menos amplios de espectadores, que estas televisiones han adquirido con entretenimientos y espectáculos quizá válidos, pero que corresponden a demandas, gustos y preferencias que no tienen nada que ver con la política. La opción consecuente sería, por tanto, no el rechazo arcaico del medio televisivo, sino el rechazo a pagar cualquier suma de dinero, fuera de los puros y simples gastos de producción, para «comprar» o «alquilar» pequeños o grandes patrimonios de «audiencias» o «contactos». En la sociedad que queremos las «almas sencillas» no están en venta. En este sentido el nuevo sujeto político tendría ya en su naturaleza algo diverso de un partido televisivo; no sería tanto una renuncia como una elección: si todo no se dice y no se decide a través de la televisión pagada, es necesario volver al contacto directo, a los coloquios, a las asambleas, a los mítines, a las plazas, a las palabras que no descienden de lo alto, sino que van y vienen como diálogo en una y otra dirección. Y más allá de la modalidad de la comunicación, cambia también la figura y la composición de una fuerza política; porque a un partido televisivo le basta el líder, que habla a todos de una vez con un buen maquillaje y una buena prueba con las luces apagadas; pero para una fuerza política, para una Convocatoria no televisiva, hacen falta miles y miles de líderes.

9. La otra opción definitoria sería la de un modo específico de concurrir, como dice el artículo 49 de la Constitución italiana, «a determinar la política nacional»; son muchas las maneras en que, en la mente de la Constitución y en la realidad misma, se determina la política nacional: la legislación, la jurisdicción, la interpretación de la Constitución y de las leyes, las decisiones económicas, la gestión de la información, la educación escolar, las orientaciones culturales, el contraste de opiniones, el desplazamiento del consenso, etc. Uno de los momentos más relevantes de la determinación de la política coincide sin duda con su ejecución, que es tarea del gobierno; sin embargo, que el gobierno sea, precisa-

mente, denominado «el ejecutivo» indica que debería no tanto presumir de determinar, y menos totalmente, cuanto sobre todo seguir la política del país; en esto consiste su servicio, su «ministerio». Nadie negaría hoy el papel en todo caso «determinante» del gobierno; pero no es correcto que éste haya acabado por identificarse, en la imaginación popular, con el poder, y que sobre él, para su conquista y conservación, haya acabado por concentrarse toda la lucha política, con una reducción de la política a poder que no es menos grave que la reducción del pensamiento a la ideología que lo funda. Restablecer la distinción entre gobierno y poder, y entre poder y política, aún en su unidad, es una gran operación cultural y política. Por esta razón se puede pensar en una fuerza política que concorra a determinar la política nacional, pero no en la forma de una participación en el gobierno; y que se presente, pues, bajo la forma no tradicional del sujeto político no gubernativo, y como tal inmune a la obsesión del poder. Hacer esto en nombre de la paz y de los derechos débiles o perdidos, significaría reconocer que la prioridad y el objetivo inmediatamente posible es dar voz, representación e incidencia política a estos intereses primarios e irrealizados; mientras el hecho de que la paz y la justicia estén de verdad en el gobierno de la sociedad, y con ellas los más débiles, los excedentes, los pobres y los excluidos, sería el punto de llegada de un proceso, sería el signo de una sociedad ya transformada; figurárselo o prometerlo como puro y simple efecto de un acceso al gobierno, sería ilusión o demagogia.

10. Esto no quiere decir que una tal formación política se lanzaría a la oposición. Al contrario, significaría proponerse como el ala y el alma no gubernativa de una formación de gobierno, y obligarse a hacer uso, tanto estando en el área de la mayoría como si se forma parte del de la oposición, de todos los instrumentos disponibles, y no sólo del gobierno, para hacer avanzar la paz y la justicia en la sociedad y en el ordenamiento.

11. Muchas son las razones teóricas y políticas que justificarían esta opción. La primera es que, en el pasado, en nombre de la paz, la justicia y otras grandes palabras, en el se han perpetrado corrupciones y abusos de poder; es necesario, pues, usarlas con discreción y con la garantía de que no se las esgrimirá como simples cartas a jugar para llegar al gobierno, y no serán subordinadas ni sacrificadas a la razón política de la conquista y la conservación del poder.

12. Es necesario restablecer y hacer revivir en la conciencia popular la idea de que la política afecta a todos los ámbitos de la vida asociada y es la dimensión y la responsabilidad permanente de toda persona como ciudadano, pero que no se concentra, no se agota y no tiene su único fin en el gobierno. En efecto, todos quieren un buen gobierno, y luchan por tenerlo, pero no todos quieren gobernar. Y como ya existe una distinción de personas y de vocaciones entre quien ejerce la función jurisdiccional y la política, del mismo modo puede hacerse una distinción de personas y de vocación en el ámbito de la función política, entre quien ejerce la legislación y el control de confianza sobre el gobierno, y quien se ofrece para gobernar. Esta distinción puede afec-

tar a las personas pero también a una fuerza política en cuanto tal. Por lo demás, un partido de masas no gubernativo ya existe, aunque sea de modo implícito; es el formado de todos los que trabajan en el ámbito de lo social, en el voluntariado, la cooperación, las relaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, en la educación de base, y desarrollan una función pública, y por ello política, con gran interés por la legislación, el mejoramiento de las instituciones y el desarrollo del ordenamiento, pero no concurren ni aspiran a ejercer funciones de gobierno. En tiempos de emergencia, como los nuestros, esto puede adquirir visibilidad y valor institucional.

13. Es necesario tomar conciencia y poner de manifiesto que el poder real que determina la vida de la sociedad no coincide sino en parte con el poder de gobierno. Son mucho más complejos el juego y la influencia de los poderes, poder económico y monetario, poder de la información y de la tecnología, poder militar y judicial, poder de las religiones y de las iglesias, de los sindicatos, de las instituciones internacionales, etc. A todos estos planos debe llevarse, pues, la acción y la lucha para que la paz, la justicia y los derechos prevalezcan y sean puestos en la base de la vida social.

14. El gobierno mismo, como máximo símbolo del poder, está bajo el signo de una ambigüedad. De un lado, tiene un altísimo valor como instrumento para realizar el bien común y guiar el camino de una sociedad libre y justa, a tal punto que hoy todavía se repite la afirmación del apóstol de que la autoridad viene de Dios; por otro, está sumamente expuesto al riesgo de la prevaricación del poder, y es el lugar en torno al cual se aglomeran los apetitos, las corrupciones, los carrerismos, los egoísmos personales y de grupo. Ser distintos del gobierno y, al mismo tiempo, seguirlo de cerca para que todo gobierno se esfuerce en ser «buen gobierno», es una forma de responder positivamente a esta ambigüedad.

15. Para muchos ciudadanos, escaldados por la experiencia del viejo régimen político y desilusionados por el nuevo, la política se encuentra bajo el signo de un desvalor. Muchos que con conciencia honesta han vivido en las grandes tradiciones políticas de los viejos partidos históricos, se sienten hoy defraudados en una parte de su pasado, y no saben como retomar un compromiso político, sin volver a encontrarse nuevamente envueltos en los mismos errores de ayer y en las mismas desilusiones. En particular, muchos cristianos, caídos la coartada y el forzamiento a la unidad política de los católicos, están confundidos, por un lado, por la invitación a recorrer los viejos caminos de un modo que carece ya del atractivo original, por otro, por la falta de interés de las nuevas propuestas. Para ellos, como para los herederos de otras tradiciones políticas que se fueron degradando en el ejercicio del poder, el redescubrimiento de la positividad y del valor de la política puede alcanzarse a través de la práctica de una política no coyunturalista; entiendo por coyunturalismo la ideología que pone el poder por encima de

todo y que sacrifica por él, cabe que con la disculpa de nobles fines, el derecho y también la conciencia («París bien vale una misa»). El gubernamentalismo es una de las formas modernas del coyunturalismo. Por su causa se puede llegar a cambiar de nombre, identidad, símbolos y banderas, e incluso normativas electorales y políticas para conservar o llegar al gobierno, por lo demás, sin conseguirlo.

Hacer cuentas con el coyunturalismo es pues la gran cuestión, no sólo de las religiones históricas y sus brazos seculares, sino también de las ideologías políticas y de las fuerzas que se inspiran en ellas. Distinguir la lucha y la militancia política de la lucha por el ejercicio del poder de gobierno puede, al menos en una fase, hacer emerger este problema y permitir entrever la solución.

16. En fin, la vía de una acción política no gubernativa encuentra su razón más decisiva en el hecho de que hoy, en este salto de época, si es importante gobernar la sociedad, es aún más importante pensar la sociedad, refundar las formas económicas y sociales que se encuentran en un nivel crítico y mirar su futuro no sólo como una previsión sino como un proyecto. Esta exigencia es ampliamente percibida: la Conferencia de El Cairo sobre la población no fue un acto de gobierno, sino un acto cognoscitivo y proyectual; por el contrario la cumbre de los G7 en Nápoles no pudo expresar una línea de gobierno para la economía mundial, porque careció de toda capacidad de conocimiento y de proyecto.

La función de conocer y proyectar ha sido siempre esencial arte de gobierno. De aquí la distinta relación de las clases políticas con los intelectuales o la práctica, representada hoy, sobre todo en América, por las agencias de pensamiento encargadas de proporcionar indicaciones al poder. Estas soluciones ya no bastan. Es la propia comunidad de los ciudadanos la que debe elaborar el pensamiento adecuado a las transformaciones sociales necesarias; es el pensamiento popular que igual que da fundamento y conserva la sociedad existente, así puede también producir su transformación. Es profundamente reaccionario llamar al pueblo a la acción o al consenso y no llamarle al pensamiento.

Este pensamiento no puede producirse separado de la acción, ni de otra forma que en la participación política. Pero si la participación política no tiene otro fin que el de gobernar, el pensamiento no se produce e incluso resulta inhibido como contraproducente y dañoso.

Un sujeto político popular, no gubernativo, sería pues un sujeto que lucha por la paz, por la justicia y los derechos, y al mismo tiempo piensa y proyecta las vías para realizarlos en las instituciones, en el ordenamiento y en la sociedad.

En conclusión, ésta propuesta es la de un gran regreso a la política, pero a una política liberada del destino de la pura y simple reducción a una lucha por el poder.

Es a esta política, alta y otra, a la que sobre todo están llamadas las generaciones jóvenes.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ).

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROCESO ANTE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Eladio Escusol Barra

*Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
Doctor en Derecho. Fiscal de Sala del Tribunal
Supremo (en excedencia)*

Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

*Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.
Letrado del Consejo de Estado. Profesor de Derecho
Constitucional (en excedencia)*

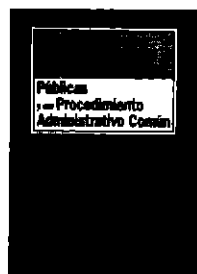
Prólogo de **Pascual Sala Sánchez**

*Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo
General del Poder Judicial*



**Una exposición sistemática de lo que es la Administración Pública,
el procedimiento de elaboración de actos administrativos y las
garantías del administrado, tanto en el ámbito del actuar
administrativo como en el ámbito de los procesos.**

o t r a s n o v e d a d e s



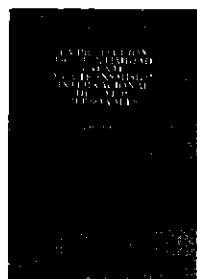
**Legislación general de Régimen Jurídico de las
Administraciones Públicas y del Procedimiento
Administrativo Común. 3ª Ed.**
Ed. de Jesús Leguina Villa

Ley Orgánica del Poder Judicial. 9ª Ed.
Ed. de Víctor Moreno Catena



**La protección de la intimidad frente a la transmisión
internacional de datos personales**
Olga Estadella Yuste

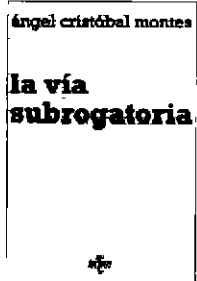
**Éticas de la información
y deontologías del periodismo**
Ed. de Enrique Bonete Perales



La vía subrogatoria
Ángel Cristóbal Montes

tecnos

JUAN IGNACIO LUCA DE TENA, 15
28027 MADRID
Tel: 91/393 86 86 - Fax: 91/742 66 31



DISTRIBUYE:

ANAYA RED DE VENTAS - GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL

Reacciones de los políticos ante la judicatura*

Cesáreo RODRIGUEZ AGUILERA DE PRAT

Desde los inicios de la transición política el colectivo judicial apareció como el menos afectado por la corrupción de la etapa franquista y ello pese a su tradicional subordinación al poder de la dictadura. Es más, pese al genérico comportamiento conservador de la *corporación* judicial, resultó muy importante la contribución renovadora de un pequeño núcleo activo de jueces progresistas¹. Sin embargo, el advenimiento del régimen democrático pluralista con la Constitución de 1978 no ha modificado en lo esencial el modelo del juez-funcionario, jerárquicamente encuadrado y políticamente sumiso. Estructura que se remonta formalmente a 1915 al consagrarse entonces el tradicional sometimiento judicial al Ministerio de Gracia y Justicia que siempre actuó como máximo órgano encargado de la disciplina, los nombramientos y, por supuesto, la administración material de los tribunales.

Este sistema *administrativo* de la justicia ha hecho que en España los jueces no hayan sido verdaderos titulares de un auténtico «poder» político independiente, todo ello sin considerar la crónica insuficiencia de medios materiales y personales. El gran triunfo electoral del PSOE en 1982 no supuso un vuelco radical de la situación anterior, sino un continuismo moderado en aras del pragmatismo político. En consecuencia, los jueces han tenido bien poco poder decisorio real a la hora de perseguir y castigar los abusos en la lucha antiterrorista o anticorrupción, con pocas excepciones. Dicho de otro modo: el peso del ejecutivo sigue siendo excesivo en el ámbito judicial, ahora incluso reforzado tras la reciente fusión de los Ministerios de Justicia e Interior. Por lo demás, aunque los tribunales se han renovado de forma apreciable durante los años ochenta, tanto desde el punto de vista del reclutamiento personal (rejuvenecimiento, feminización, pluralidad social) como de medios materiales (informática, infraestructura), siguen sin culminar el proyecto constitucional de configurar un genuino *poder judicial*.

En efecto: muchos juzgados están saturados, los procedimientos suelen ser exasperantemente lentos, las resoluciones judiciales distan de ser siempre eficaces, la responsabilidad judicial real es tan

sólo teórica, es muy insatisfactorio el modesto alcance competencial del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), no existe una verdadera policía judicial y no hay forma de poner en práctica el jurado². Por una parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), pese a sus novedades, ha resultado ser bastante continuista al confirmar la inspiración funcionarial-administrativa y «no-política» de la actividad judicial. Por otra, mucho más decepcionante es el balance del CGPJ, el órgano de gobierno de la judicatura. Tras el sonado conflicto entre éste y las Cortes Generales por el cambio del modo de elección de los vocales judiciales —íntegramente parlamentario desde 1985— el CGPJ no sólo ha perdido competencias, sino que ha sufrido una *lottizzazione* en la que han intervenido los principales partidos políticos para repartirse sus puestos en proporción a su fuerza. Es evidente que el predominio de los criterios de lealtad política ha repercutido en la pérdida de protagonismo y de impulso de este órgano que no responde a ninguna de las características de tan ambiciosa denominación ya que, en su actuación, se ha conseguido que: «sirva para poco más que para exhibir una afonía preocupante ante quienes esperamos un cierto ejercicio de exigencia de la "tutela efectiva de jueces y tribunales" que proclama nuestra Constitución»³.

Con el advenimiento del PSOE al Gobierno central en 1982 se ha intensificado el fenómeno de la «jurisdiccionalización» del conflicto político: la mayoría absoluta parlamentaria desplazó en buena medida la resolución de muchas cuestiones a los jueces. Al margen del uso obstruccionista que los conservadores de Alianza Popular hicieron del anterior recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para bloquear leyes orgánicas importantes a la hora de concretar el programa socialista (aborto, educación, sindicatos), ha resultado ser habitual entre los políticos acudir a los jueces ordinarios o amenazar con ello. Se trata de una mera operación de imagen pues, por una parte, el *poder judicial* es «sacralizado» como instancia neutral y, por otra, resulta casi siempre ineficaz en la práctica por su lentitud, la dificultad de probar los asuntos y la es-

* Comunicación presentada en las Jornadas sobre *Justice et pouvoir politique* organizadas por el *Institut des Hautes sur la Justice* en París, 29 y 30 de septiembre de 1994.

¹ A. Doñate, «Los jueces están de moda», *Cuatro Semanas y Le Monde Diplomatique*, 2, 17, jun. 1994. R. Tijeras, *La revolución de los jueces*, eds. Temás de Hoy, Madrid, 1994.

² El número de jueces en España es poco superior a los dos mil y el presupuesto del Estado dedicado a justicia ha rondado el 1 por 100 durante la década de los ochenta. En todo el siglo veinte hasta hoy sólo en tres ocasiones han sido condenados jueces en activo (1917, 1949 y 1988). Varios, «La justicia en el banqui-

llo», *Temas de nuestra época. El País*, VII, 276, 18 febr. 1993 y varios, «La reforma de la justicia», *Temas de nuestra época. El País*, VIII, 312, 17 febr. 1994.

³ M. A. Aparicio, *Introducción al sistema político y constitucional español*, Ariel, Barcelona, 1989, pág. 135. C. R. Aguilera de Prat, «Acerca del conflicto de atribuciones entre el Consejo General del Poder Judicial y las Cortes Generales en materia electoral», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 19, enero-abril 1987. Asimismo, J. Cortezo y otros, «Modernizar la justicia», *El debate sobre el poder judicial, El País*, 28 oct. 1984.

casa predisposición de los políticos a colaborar realmente con los Tribunales. Recurso, pues, del que han abusado algunos dirigentes políticos a fin de conseguir una legitimación formal en lo inmediato y una dilatación material del asunto, lo que prueba que el objetivo de fondo buscado no es la «justicia» sino el uso oportunista de la misma.

No es casual que durante una década haya sido de hecho casi imposible formar comisiones parlamentarias de investigación, con el supremo argumento político legitimador de que la cuestión estaba *sub iudice*. Para evitar responsabilidades políticas nada mejor que remitirse a las dilatadas resoluciones judiciales *definitivas* (irrecorribles). Por supuesto, lo que se ganó en tiempo se ha perdido ahora en credibilidad social y, a la postre, ha resultado insostenible evadir las responsabilidades políticas al estallar escándalos tan mayúsculos como los de Roldán y Rubio. Comisiones de ambos casos que, por cierto, han desautorizado a los políticos que durante años se negaron a formar otras similares para preservar la «independencia» judicial. La práctica ha confirmado que es perfectamente posible simultáneas la investigación judicial y la actuación parlamentaria.

En el caso «Banca Catalana», pese a que los indicios delictivos eran notorios, los jueces no encontraron motivos suficientes para procesar al presidente de la *Generalitat de Catalunya*. Desde entonces, la dificultad de hallar pruebas contundentes y los pactos subterráneos entre ciertos partidos han vaciado de sustancia la «vía judicial» para exigir responsabilidades. Los ejemplos más claros son los de «Filesa» y «Casinos de Cataluña» (o el de las «tragaperras» que afecta al PNV) en los que el PSOE y CiU se devolvieron mutuamente los favores políticos al rechazar tanto en el parlamento central como en el autonómico la formación de sendas comisiones de investigación de las irregularidades en la financiación de los partidos. Por lo demás, la larga e infructuosa instrucción del juez Barbero en el asunto «Filesa» confirma las grandes dificultades a la hora de poder probar estas cuestiones.

No ha podido ser más reacia la actitud del PSOE hacia un «poder» que escapa —al menos parcialmente— al control político directo. De entrada, muchos jueces progresistas no fueron incorporados al proceso de modernización judicial y, a continuación, los primeros conflictos entre el Gobierno central y algunos tribunales aumentaron los celos. Ya en 1985 el entonces vicepresidente del Gobierno socialista, Alfonso Guerra, señaló sonoramente que «Montesquieu había muerto hacía mucho tiempo». Con ocasión del debate de la legislación antiterrorista, las torturas, la «seguridad ciudadana» o el uso de los fondos reservados, la actitud escrupulosa de muchos jueces se interfirió en la política antigarantista del ejecutivo. Así, algunos destacados dirigentes políticos socialistas, hipervalorando su propio mecanismo de legitimación representativo, llegaron

a tachar a los jueces de «poder incontrolado». Incluso hubo quien calificó de «jueces *contra* la democracia» a los que propugnaron el fortalecimiento de las garantías individuales frente a actos del poder gubernativo encaminados a limitarlos en aras de una opaca y discrecional «razón de Estado».

Especialmente intolerable resultó ser la actitud del ministro del Interior Barrionuevo en el «caso Linaza»⁴ dado su descarado obstruccionismo frente a la juez Huertas ya que, de entrada, aquel se negó a que policías acusados de torturas acudieran a las ruedas de identificación judicial por razones de «seguridad». Típico caso de abuso de poder por parte del Gobierno, finalmente desautorizado por la Audiencia Provincial de Bilbao (1990). Ex ministro tristemente célebre, entre otras cosas, por afirmar que la tortura ya no se practicaba de forma «sistemática» (admitiendo así implícitamente su uso eventual) y por haber condecorado a guardias civiles condenados judicialmente por torturas (Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 1984).

Cuando los jueces quisieron indagar sobre los «fondos reservados» en la investigación sobre la banda terrorista GAL en 1989 el Gobierno central se negó a aclarar tal cuestión amparándose en el secreto de Estado. El Gobierno socialista no concibió como algo normal que un simple juez (en este caso, el famoso Garzón) tuviera facultades para investigar asuntos reputados secretos, pese a que la Constitución delegue en los jueces el poder jurisdiccional del Estado. La Audiencia Nacional acabó claudicando ante la imposibilidad de averiguar el uso de los «fondos reservados» y, ante la colisión de derechos entre la seguridad del Estado y la investigación del instructor predominó el primer criterio. Con ello se puso fin a la exigencia de responsabilidades por el episodio más grave de terrorismo de Estado desde la restauración de la democracia en 1977. Aunque jueces progresistas (Andrés Ibáñez) e incluso moderados (Martín Castán), así como fiscales (Martín Pallín) criticaron que la Audiencia Nacional amparase tal impunidad, el resultado efectivo fue el archivo del asunto⁵.

El último ejemplo clamoroso de la concepción administrativa que el Gobierno socialista tiene del *poder judicial* lo ha brindado el ex ministro del Interior Corcuera, conocido por su infortunada —y parcialmente inconstitucional— ley de «seguridad ciudadana». Su política se encaminó a reforzar la autonomía policial en detrimento del control judicial. A su juicio, el garantismo significa obstaculizar la lucha contra el delito. Es más, Corcuera declaró públicamente que daría órdenes para que no constasen públicamente determinadas diligencias policiales en los atestados, imputó a ciertas resoluciones judiciales fines obstruccionistas para la labor policial y, en el colmo de la ignorancia o mala fe institucional, cuestionó la legitimidad de los jueces porque no son elegidos (octubre de 1991)⁶. Por lo demás, los pocos jueces que han decidido intervenir directamente

⁴ P. Andrés Ibáñez, «Refrescar la memoria democrática». *Sobre el «caso Linaza»*, *El País*, 1 dic. 1990.

⁵ P. Andrés Ibáñez, «Inmidades del poder». *La cuestión de los fondos reservados*. *El País*, 29 abril 1989. E. Gimbernat Or-

deig, «Fondos reservados y secreto de Estado». *Financiación de los GAL*, *El País*, 8 jun. 1989.

⁶ P. Andrés Ibáñez, «Garantías y obstáculos». *La polémica ley sobre la seguridad ciudadana*, *El País*, 8 oct. 1991

en política concurriendo a las elecciones no han tenido después muchas posibilidades de acción: siendo casos diferentes, piénsese en el archivo del borrador que sobre la eutanasia preparó el senador Rodríguez-Aguilera o en la sonora ruptura del diputado Garzón con el Gobierno socialista al año de su espectacular «fichaje».

En conclusión, la labor del ejecutivo a lo largo de los años ochenta y principios de los noventa ha mostrado una profunda e inquietante desconfianza en los jueces, retórica oficial a parte, por supuesto⁷. Algunos derechos del artículo 24 de la Constitución son meras declaraciones de principios ya que no hay verdadero interés político de los diversos gobiernos en culminar su desarrollo. Las leyes antiterroristas (1980 y 1984) rompieron el tradicional principio de territorialidad judicial, centralizando en Madrid el conocimiento de ciertas causas. El Fiscal General del Estado ha carecido de la autonomía que su estatuto orgánico le reconoce y, en particular, su ex titular Eligio Hernández —cuyo nombramiento ha resultado ser, por cierto, ilegal tal como acaba de señalar el Tribunal Supremo— ha sido la expresión más clamorosa de subordinación política. Asimismo el proyecto —de momento en suspenso— de atribuir a los fiscales la función de instructores no puede ser más

regresivo y lesivo para las competencias judiciales. La pasividad del CGPJ y la dramática impotencia del Tribunal de Cuentas han sido la tónica general, a salvo del activismo del Tribunal Constitucional. El jurado se ha ido posponiendo sistemáticamente: en 1985 la propia LOPJ establecía el plazo máximo de un año para crearlo, disposición que se ha revelado letra muerta. La «contrarreforma» del entonces ministro de Justicia Ledesma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a propósito de la puesta en libertad de los presos a la espera de juicio fue otra prueba de la desconfianza política en los jueces. En la cuestión de la insumisión militar/civil sólo la sensibilidad de algunos jueces ha impedido la aplicación de castigos desproporcionados (sentencia de Calvo Cabello en el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Madrid en marzo de 1992).

En definitiva, la opción del PSOE por el «orden público», en su versión más tradicional y sólo policial además, ha ido en claro detrimento del garantismo judicial: algo que ha perjudicado al *poder judicial* como tal y, naturalmente, a los destinatarios de tal política, esto es, todos los ciudadanos. En estas circunstancias, parece que sólo la defensa más firme del Estado de Derecho puede ser un valladar frente a las tendencias expansivas de ejecutivos poco sensibles a los límites del poder⁸.

⁷ J. García Méndez e I. Montejo recuerdan las críticas del I y II Congresos de las «Gentes del Derecho» en «Presencias imprescindibles». *Renovación del Poder Judicial, El País*, 8 oct. 1990.

⁸ P. Flores d'Arcais, «Sinistra e legalità», *Questione Giustizia*, XII, 2, oct. 1993, págs. 301-320.

La despenalización de las drogas: tres parábolas históricas y una conclusión¹

Antonio CUERDA RIEZU

PRIMERA PARABOLA

Milán, 1764. Un joven de veintiséis años, llamado Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, acaba de publicar un libro. Para escribirlo se ha inspirado en las largas conversaciones que mantiene en una tertulia de nobles milaneses. Estos nobles están empapados en las aguas revolucionarias de las ideas que se extienden desde París. Se dedican a vituperar el modelo absolutista de Gobierno, y en particular la actuación arbitraria de los jueces, la extendida práctica de las torturas para extraer confesión a los presuntos culpables, las pésimas condiciones de las cárceles y mazmorras... Pero imbuidos del espíritu de transformación de la sociedad —tan propio de los períodos revolucionarios— los contertulios proponen nuevos ideales, nuevas reglas para el Derecho penal.

El libro que ha terminado de redactar Beccaria lleva por título *Dei Delitti e delle pene*. Las últimas líneas escritas por su pluma son estas: «Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictadas por las leyes.» Esta es la conclusión del joven marqués que todavía hoy pervive como pauta de un Derecho penal razonablemente correcto. En otro pasaje de su libro podemos leer lo siguiente: «Para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito... A medida que los suplicios llegan a ser más crueles, los ánimos humanos, que como los líquidos se ponen siempre a nivel con los objetos que los circundan, se encallecen.» Con estas palabras expresa Beccaria lo que hoy conocemos como principio de proporcionalidad, que requiere que la gravedad de la pena se adecúe a la gravedad del delito. Y añade el marqués que la pena desproporcionada es ineficaz («encallece los ánimos»), sobre todo si no responde a la escala de valores que rige en una sociedad determinada.

De toda parábola se deriva una enseñanza ética. Esta es histórico-científica y encierra el siguiente mensaje dirigido al legislador: si castigas con penas excesivamente graves no conseguirás disuadir al hipotético delincuente. Además, en la actualidad se ha demostrado que si los jueces sienten que una pena es desmesurada, emplean diversos mecanismos para eludirla, bien considerando que los hechos no

están probados, bien imponiendo una pena inferior. ¿Qué consecuencias tiene ese mensaje remitido al legislador en materia de drogas? En 1988 se endurecieron en España las penas para los delitos de tráfico de drogas, regulándose diversas agravaciones; algunas de tales agravaciones pueden alcanzar la nada despreciable pena de veintitrés años y cuatro meses de cárcel (que roza la que corresponde al delito de asesinato) y 225 millones de multa; por otra parte, la Ley de Seguridad Ciudadana de 1992 considera infracción administrativa no sólo el consumo o el tráfico de drogas en lugares públicos, sino además que otros toleren estas conductas. De manera que todo el ciclo de la droga (producción, tráfico y consumo) está prohibido. Cuando todavía se oyen voces a favor de agravar estas penas, uno se pregunta cuál es el nuevo castigo que se propone: ¿la pena de muerte (prohibida expresamente por la Constitución)? ¿la cadena perpetua (prohibida tácitamente por la Constitución)? Y todavía quiero formular otras preguntas: ¿acaso va a evitar ese mayor rigor punitivo las ochocientas muertes que provoca anualmente en España el tráfico y consumo de drogas? ¿acaso va a evitar que existan productores, traficantes y consumidores de drogas? Mi opinión es que no. Mi opinión es que los que quieran seguir siendo productores, traficantes o consumidores de drogas, lo van a seguir siendo por mucho que aumenten las penas o sanciones para estas conductas. Si queremos aprender algo de Beccaria, la enseñanza de esta parábola se impone por sí misma: no más penas desproporcionadas para los delitos relativos a las drogas, porque no consiguen disuadir a los potenciales delincuentes.

SEGUNDA PARABOLA

Estados Unidos de América, enero de 1920. El diputado A. J. Volstead, con el apoyo de las comunidades religiosas y las sociedades de abstemios, consigue que se promulgue la ley que lleva su nombre y que se convierte en la decimotava enmienda a la Constitución. El día 17 de enero de 1920 nace la llamada «ley seca», que prohíbe la elaboración o el tráfico de cualquier bebida embriagante. Las consecuencias de semejante norma son sobradamente conocidas, porque todos las hemos contemplado en las películas sobre el Chicago de los años veinte. Aumentan los bares y tugurios donde se expide ocul-

¹ Este artículo desarrolla el publicado bajo el título «Despenalización de las drogas, una propuesta», en el diario *El Mundo*, de 21 de noviembre de 1994.

tamente el alcohol: si Nueva York contaba en 1919 con 15.000 bares legales, en 1921 —bajo el imperio de la ley seca— se calculaban en 32.000 las tabernas clandestinas. El negocio es redondo, porque la prohibición ha provocado —lógicamente, según las leyes del mercado— una fulgurante subida del precio del producto. Pero como para mantener el negocio resulta preciso acallar algunas conciencias, las carteras de muchos policías y responsables políticos se ven considerablemente engrosadas; en los mejores tiempos de la prohibición los sobornos a la policía ascendían semanalmente a 30.000 dólares. La corrupción se enseñorea de todo. El sindicato del crimen es omnipotente. De otro lado, al no ser el mercado del alcohol ni legal ni transparente, surgen el fenómeno de los gangsters para controlar tan suculento pastel. Las «familias» de Jim Colosimo, de Johnny Torrio, o de Alphonse Capone luchan para hacerse con él. Y comienza el asombroso espectáculo de los asesinatos por sorpresa y las macabras venganzas, seguidos de ostentosos entierros en los que el «capo» que ha ordenado la matanza, abre el cortejo abrazado a la viuda de la víctima. Con el tiempo, el poder y la impunidad de la banda dominante obliga a la apertura de nuevos mercados donde invertir los excedentes (como la prostitución o las apuestas), o a ampliar los objetivos de actuación (como los atracos a bancos). Este panorama social —analizado de forma magistral por Hans Magnus Enzensberger en su *Política y delito*— tiene sus efectos. «El primer decenio de la prohibición arrojó el balance siguiente: medio millón de detenciones; penas de prisión por un total de treinta y tres mil años; dos mil muertos en la guerra del aguardiente de los gangsters; y treinta y cinco mil víctimas de intoxicación por alcohol», expone Enzensberger.

Se ha repetido hasta la saciedad que Eliot Ness y sus «Intocables» lograron detener a Capone con la acusación de delito fiscal. El mítico jefe mafioso cumplió ocho años de prisión no por los asesinatos ordenados, no por las extorsiones, no por los sobornos, no por las falsedades, no por la promoción de la prostitución; por ironías del destino, Al Capone estuvo tras las rejas por no haber saldado sus cuentas con la Hacienda estadounidense.

El paralelismo entre esos sucesos y los que recientemente han ocurrido en España, y siguen ocurriendo, es revelador. Cambiemos alcohol por drogas; ley seca por los artículos 344 y siguientes del Código Penal español; corrupción política y policial por corrupción policial y política; muertes a balazos por muertes derivadas del SIDA, o de droga adulterada o con excesiva pureza; cambiemos intoxicación debida al alcohol por toxicomanía y drogodependencia; Al Capone o Johnny Torrio por Manuel Charlín (alias «El Patriarca») o Laureano Oubiña; cambiemos un Al Capone que se considera a sí mismo como un benefactor social y que no alcanza a comprender cómo la sociedad finalmente se vuelve contra él, por un Laureano Oubiña que —en el juicio «Nécora»— contesta con sorna e incluso chulería a las preguntas del fiscal, porque es consciente de que domina un imperio y que las pruebas contra él son escasas.

También es posible obtener frutos de esta parábola histórica. En este caso, la enseñanza es socio-

lógica y dirán de ser tenida en cuenta. Y tal enseñanza es que, por curioso que parezca, algunas leyes penales son criminógenas, es decir, que provocan más delitos que los que evitan. Cuando se prohíbe bajo pena algo que es difícilmente controlable por los instintos humanos, como es la necesidad que sienten algunos de evadirse mediante el consumo de alcohol o de drogas, necesidad que está insertada en las raíces de muchas culturas, la prohibición absoluta de estos productos o bien es ingenua, o bien se impone de mala fe. Es posiblemente ingenua porque la comisión de los delitos de traficar o consumir alcohol o drogas se va a seguir produciendo y además con tendencia a crecer, ante el acicate añadido de entrar en la esfera de lo oculto y clandestino. Pero posiblemente la prohibición absoluta también obedezca a razones poco confesables, de carácter estrictamente económico: en efecto, el producto prohibido genera colosales beneficios, y puede haber muchas almas hipócritamente prohibicionistas, cuyos bolsillos se rellenan de esas ganancias.

TERCERA PARABOLA

Ginebra, 1939. La Sociedad de Naciones, creada en 1919 por el Tratado de Versalles con el objetivo de mantener la paz mundial, asiste muda e impotente a la invasión de Polonia por las tropas alemanas guiadas por Hitler. Unos Estados enmudecen porque consiguen una buena porción en el reparto de las tierras polacas, como la URSS. Otros Estados se sienten impotentes, como ya se sintieron ante la guerra civil española o ante el desmembramiento de Checoslovaquia. Todos callan y la Sociedad de Naciones languidece. Ese silencio, junto con otras muchas causas, contribuye por fin al estallido de la Segunda Guerra Mundial, fracasando la sociedad en aquel objetivo de garantizar la solución pacífica de los conflictos internacionales.

Los ejemplos de pasividad de la comunidad internacional pueden multiplicarse sin esfuerzo: el día 20 de diciembre de 1989, tropas norteamericanas invadieron Panamá con la excusa del descontento de la población ante la anulación de las elecciones; su objetivo real era capturar a Noriega, acusado de fomentar el narcotráfico, lo que consiguieron el siguiente 4 de enero; una vez secuestrado Noriega, se le trasladó a los Estados Unidos para juzgarle, sin que mediara ninguna solicitud de extradición. Ante semejante violación del Derecho Internacional, nadie protestó. Nadie dijo nada.

¿Qué lección podemos entresacar hoy de aquel silencio de la Sociedad de Naciones o de otros elocuentes silencios de la comunidad internacional? Creo que alguna. Cuando se argumenta que la despenalización de las drogas no se puede efectuar aisladamente por España, porque entonces sería el paraíso de los toxicómanos, se dice sólo una verdad a medias. Es cierto que existe el riesgo de que aumente la presencia de traficantes o consumidores (ésta es la verdad). Pero también es cierto que si se adopta firmemente la política de la despenalización, lo coherente es proponerla y defenderla en los foros internacionales. Y esto (aquí nos encontramos con

el porcentaje de mentira) no lo ha hecho el Estado español, sino que más bien se ha acobardado ante la infundada crítica —procedente sobre todo de los Estados Unidos de América— que nos tildaba de país liberalizador en materia de drogas; por si fuera poco, el Estado español ha apoyado con todo su ímpetu los tratados internacionales que abogaban por una mayor represión. Una de dos: o no se persigue la despenalización de las drogas, y entonces la postura española es coherente; o sí se persigue esa despenalización, y entonces no es coherente que en el marco internacional no se promueva esa política.

Ante la inmovilidad de algunos Estados, que continúan aferrados a la solución de la represión absoluta en materia de drogas, o ante el silencio de otros que no intentan convencer de lo contrario a la comunidad internacional, hay que reconocer la dura realidad de que el sistema de la prohibición omnicompreensiva ha fracasado estrepitosamente. Y puesto que este fracaso es evidente ¿por qué no tener la valentía de declararse a favor de la política de la depenalización? ¿por qué al menos, no probarlo? Más aún: ¿por qué no intentar convencer a los restantes Estados de que tal política no es una postura enloquecida y sin sentido, sino una razonable y razonada en argumentos históricos? Aprendamos, pues, la lección de Ginebra en 1939 o de Panamá en 1989 y evitemos el silencio.

CONCLUSION

Los momentos históricos reseñados —la obra de Beccaria, la época de la Ley Volstead y la crisis de la Sociedad de Naciones o el secuestro de Noriega en 1990— son ejemplos que nos ponen de relieve hacia dónde hay que ir y hacia dónde no hay que ir en el ámbito de las drogas. Los buenos ejemplos —Beccaria— y los malos ejemplos —ley seca, apatía de la comunidad internacional en 1939 o 1990— están ahí para que nos tropecemos contra la misma piedra.

La conclusión a deducir de estas parábolas es que el método de la prohibición absoluta no sólo no ha tenido éxito alguno, sino que, por el contrario, ha cosechado fracasos. Es preciso probar un nuevo modelo que combine una *represión relativa* —la mínima necesaria— y una *liberalización controlada* de las drogas. Por represión relativa, entiendo el castigo penal del fomento del consumo de drogas entre jóvenes, discapacitados e individuos sometidos a un proceso de deshabituación. Y por liberalización controlada, entiendo que la Administración se encargue

de distribuir y suministrar drogas a aquellos individuos que, libre y conscientemente, asuman los riesgos que se derivan del consumo. Esta política es la que se corresponde con la imagen de una sociedad democrática; efectivamente, en ella el Estado no debe tutelar a sus ciudadanos hasta el punto de prohibirles lo que aquél considera que es nocivo para la salud, sino que las personas son adultos socialmente hablando, es decir, seres libres que optan por fumar o no, por ingerir alcohol o no, por drogarse o no.

Los costes económicos, sociales y humanos de esta nueva política despenalizadora serían menores que los que se derivan del actual criterio de la total represión. En el sector de la producción de drogas desaparecería la confrontación —tan hipócrita, tan de nuestros días— entre países productores y países consumidores. En el sector de la distribución, tendería a disminuir el número de mafias y grupos criminales organizados. Y en el sector del consumo, igualmente se rebajarían las cifras de muertes por sobredosis o por adulteración, y las de enfermedades vinculadas a las drogas (SIDA, hepatitis, etc.). Asimismo es lógico pensar que la demanda entraría en una curva decreciente, que comportaría una disminución de los delitos contra la propiedad ejecutados para disponer de medios con los que proveersee de droga, y que, consecuentemente, serían menos los reclusos condenados por delitos patrimoniales o por tráfico de drogas.

Querría añadir una reflexión sobre el objeto de esta liberalización controlada. Recientemente Carlos López Riaño, secretario de Estado del Plan Nacional sobre Drogas, ha propuesto depenalizar el tráfico del hachís. Aunque la propuesta me parece positiva porque abre un resquicio de esperanza liberalizadora, creo que todavía no se corresponde con esa imagen de la sociedad democrática que deja al arbitrio del individuo cuáles son las vías de escape que desea adoptar, siempre claro está que no dañen a los demás. Si con la propuesta de López Riaño las restantes drogas se mantienen incluidas bajo la prohibición, seguirían produciéndose en gran medida los mismos efectos que en la actualidad española o con la ley seca. Que sea por tanto el individuo consciente y maduro el que decida si quiere o no fumar hachís, esnifar cocaína, inyectarse heroína, o consumir éxtasis, pero siempre bajo el control de la Administración.

Diputados, senadores españoles: ¿no hay suficientes motivos para pensar que es necesario y posible cambiar la actual política penal sobre las drogas?

Derecho y sistema, observaciones críticas sobre el sistema jurídico

Francisco CUENA BOY

1. CIENCIA Y SISTEMA. EL SISTEMA COMO TEST DE CIENTIFICIDAD

La discusión acerca del sistema en el ámbito del derecho en general, de su posibilidad y su necesidad, de sus características y su función e incluso de su mismo concepto, pertenece a esa especial categoría de problemas que nunca parecen perder actualidad. Entre las razones que explican la posición central que la cuestión del sistema ocupa en el círculo de problemas que interesan a toda clase de juristas —desde los historiadores del derecho a los especialistas de las más variadas ramas del derecho positivo, sin olvidarnos, desde luego, de los filósofos y teóricos del derecho— pueden señalarse las siguientes: el enfoque científicista que hoy en día prevalece en el estudio de toda suerte de problemas, incluidos los problemas del derecho y la justicia¹; la ingenua fe racionalista —que perdura todavía— en la capacidad del intelecto humano para conocer y dominar por medios exclusivamente racio-

nales todos y cada uno de los aspectos y sectores de la realidad, sensible o no sensible; la concepción, a todo ello conectada, de la «unidad», la «legalidad», la «generalidad» o la «coherencia» (lógica o de otra especie) como condiciones necesarias de cualquier aspiración moderna al logro de un «orden de justicia» que sea capaz de asegurar valores tales como la igualdad, la certeza o la seguridad jurídica².

El ideal sistemático es claramente un ideal científico, característico en grado superlativo de la moderna concepción de la ciencia. Según ésta, las ideas de ciencia y sistema se implican recíprocamente³ y el conocimiento científico es conocimiento sistemático por exigencia indeclinable de su carácter racional⁴. Lo que posibilita la elaboración de nuestros conocimientos en forma de sistema es, según se dice comúnmente, la unidad y la estructura racional presentes en la realidad y que el sistema aspira a representar o reflejar. La hipótesis fundamental de toda ciencia —escribe por ejemplo Coing⁵— es la

¹ Vid. por todos Bunge, M., *La ciencia, su método, su filosofía*², México, 1990, pág. 60: el método de la ciencia debería emplearse «en toda empresa humana en que la razón haya de casarse con la experiencia, vale decir, en todos los campos excepto en arte, religión y amor». El planteamiento sobre la ciencia de Russell, B., *La perspectiva científica*², reimpr. Barcelona, 1989, *passim*, es muy diferente.

² Canaris, C.-W., *Pensamiento sistemático e oncelito de sistema na Ciência do Direito*, trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, págs. 22 y s.; Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, 1994, *passim*, destaca la preocupación por la certeza y la seguridad como constante del método jurídico desde la primitiva búsqueda de la racionalidad absoluta del texto, característica de los glosadores, pasando por los intentos del positivismo (Kelsen, Hart) de aportar una nueva fundamentación metodológica a la pretensión de una sola decisión correcta para cada caso, hasta los más recientes «desplazamientos de la racionalidad hermenéutica» (Betti, Gadamer, Dworkin, Perelman, etc.), que en último término tampoco abandonan este ideal ni se liberan de lo que Calvo García llama «la ilusión del método». Sobre el concepto monístico de derecho predominante todavía en la actualidad, vid. Van Den Bergh, G.C.J., *legal pluralism in Roman Law*, en *The Irish Jurist* 4 (1969), págs. 338 y s.

³ Bunge (supra nt. 1), págs. 25 y s.; Rudner, R. S., *Filosofía de la ciencia social*, Madrid, 1973, pág. 76, define el sistema como «el mismísimo corazón de la ciencia»; Russell (supra nt. 1), págs. 41 y s.; «la ciencia, en su último ideal consiste en una se-

rie de proposiciones dispuestas en orden jerárquico» con una doble conexión lógica de inducción (hacia arriba) y deducción (hacia abajo); pág. 93: «La ciencia no es en esencia sino la persecución sistemática del conocimiento»; Sauer, A. W., *Juristische Methodenlehre*, Stuttgart, 1940, pág. 171; «Das System ist das letzte grosse Ziel aller... Wissenschaften... Alle Erkenntnis ist systematische Erkenntnis».

⁴ Como apunta Mayer-Maly, Th., *Rechtswissenschaft*², München, 1981, pág. 70, fue el auge del racionalismo lo que potenció el interés por la formación del sistema. Según Kant, razón equivale a sistema, la actividad racional sólo es concebible en el sistema y sistematizar significa utilizar la *ratio*: Fikentscher, W., *Methoden des Rechts in vergleichenden Darstellung IV: Dogmatischer Teil*, Tübingen, 1977, pág. 95; De Lorenzo, J., *Experiencias de la razón*, Valladolid, 1992, pág. 189, abunda en la misma idea. «Tras Kant, los éxitos de las ciencias naturales, apoyadas en la explicación causal lineal», convirtieron la idea de sistema «no ya en el modelo metodológico, sino en el único proceso "racional", racionalidad tomada como sinónimo de científico».

⁵ Coing, H., *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankes in der Rechtswissenschaft*, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, n.F. 8 (1957/58) = *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* I, Frankfurt a.M., 1982, pág. 207; (también publicado en Id., *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt a.M., 1962, págs. 9 y ss., y traducido al español: *Historia y significado de la idea de sistema en la Jurisprudencia*, México, 1959).

de que una estructura racional, accesible al pensamiento, domina el mundo material y espiritual; Canaris subraya, por su parte, que el sistema no es más que «un intento de captar y traducir la unidad y la ordenación de un determinado ámbito material con medios racionales»⁶, lo que evidentemente presupone que la unidad y el orden existen ya en aquel ámbito antes y al margen de cualquier raciocinio sobre él⁷. Un sistema científico no podría explicar fenómenos que no pueden ser explicados, pero la ciencia presupone que todos los fenómenos son, en principio, explicables; por tanto, el hecho de que un fenómeno no haya sido explicado no prueba en modo alguno que sea inexplicable, sino sólo «que no hemos descubierto todavía la teoría pertinente»⁸.

En íntima conexión con la idea de sistema, la legalidad se configura también como uno de los caracteres esenciales del conocimiento científico, pues, por detrás de la pluralidad y el desorden aparente de los fenómenos naturales o sociales, la ciencia aspira a descubrir las «leyes» que rigen la estructura y el proceso del ser y el devenir⁹ y a construir con ellas su sistema. En conclusión, podría seguramente decirse, sin temor a exagerar, que de modo semejante a como los habitantes de Esmeralda, en la película «El mago de Oz», hicieron de unas gafas verdes el paradigma a través del cual se asomaban a su mundo (y lo veían, claro es, todo de color verde), así también el sistema ha llegado a convertirse en el paradigma de la ciencia, siendo la ciencia misma el paradigma del conocimiento.

Durante mucho tiempo, este prestigio conquistado por la ciencia como el producto más valioso del

humano razonar alentó en muchos juristas una fuerte aspiración a establecerse como «científicos del derecho»¹⁰ y sostuvo su creencia de que la aplicación consciente de técnicas, procedimientos y modelos importados de las ciencias matemáticas y naturales podría garantizar al saber sobre el derecho el estatuto de rigurosa científicidad que reclamaban para él¹¹.

Las propuestas más radicales en este sentido fueron pronto desmentidas por la realidad y la experiencia y, superadas por la incesante reflexión de los juristas, hoy pertenecen en su mayor parte al pasado. Incluso, en nuestros días asistimos a una especie de reflujo de la posición científicista y a variados intentos de revalorizar los procedimientos de la tóptica y la retórica como los más adecuados para la *scientia juris*¹². El mismo punto de vista racionalista sobre la ciencia ha tenido que flexibilizarse y se ha visto obligado a admitir, por ejemplo, que la explicación causal no es más que un tipo de explicación científica, que la ley de la causalidad no tiene el alcance universal que se le suponía y que el mundo, en suma, «es un asunto más confuso de lo que se había pensado»¹³.

Sin embargo, todas estas transformaciones no han sido suficientes para desterrar el viejo ideal científico del sistema del horizonte mental de los juristas. Firmemente establecida la ecuación ciencia jurídica = jurisprudencia sistemática¹⁴, la doctrina defensora de aquel ideal ha sabido ir pergeñando sucesivos conceptos y modelos de sistema con el fin último de asegurar la presencia de los estudios jurídicos, si quiera sea en un modesto lugar, bajo el palio de la Ciencia¹⁵; como si no hubiera, fuera de ésta,

⁶ Canaris (supra nt. 2), pág. 69.

⁷ Russell (supra nt. 1), págs. 69 y s., 80, afirma en cambio que el orden, la unidad y la continuidad son invenciones humanas «como los catálogos y las enciclopedias».

⁸ «La idea misma de un fenómeno imposible de explicar parece absurda; tal fenómeno sería esencialmente irracional y nuestra razón se resiste a admitir tal posibilidad»: Alchourron, C. E.-Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1987, pág. 231. Rudner (supra nt. 3), pág. 31, se muestra mucho más cauto respecto de las posibilidades explicativas de la ciencia.

⁹ Bunge (supra nt. 1), págs. 27 y s., donde califica de «antiguo prejuicio» la creencia de que lo humano no es legal. Russell (supra nt. 1) pág. 77, señala la imposibilidad esencial y teórica de probar que una serie de fenómenos no está sujeta a leyes —se trataría, en efecto, de la prueba de un hecho negativo—, pero a las vez advierte que «lo más que se puede afirmar es que las leyes, si existen, no han sido aún descubiertas» (cursiva mía).

¹⁰ Hoy todavía, la pugna por situar a la jurisprudencia al lado de las actividades consideradas científicas tiene como propósito principal «atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que pueda designarse con la palabra «ciencia»: Santiago Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*⁶, Barcelona, 1991, pág. 320; en la misma línea, Puigpelat Martí, F., *Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional*, en *Anuario de Filosofía del Derecho (1986)*, págs. 237 y s. Para una perspectiva más general, vid. Feyereabend, P., *Adiós a la razón*, Madrid, 1987, pág. 128: «Hoy mismo las disciplinas más diversas intentan mejorar su prestigio mostrando de una u otra forma sus nexos académicos o, como suele expresarse, su científicidad». El ideal científico y el concepto mismo de científicidad en el derecho son ahora cuestionados por Giarro, T., *Die Illusion der Wissenschaftlichkeit*, en *Index 22* (1994), págs. 107 y ss.

¹¹ De Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España I*, reed. Madrid, 1984, págs. 58 y s.; Orestano, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, págs. 296 y s.; Perelman, Ch., *Étrique et droit*, Bruxelles, 1990, pág. 614. Sobre la función legi-

timadora de la científicidad y sobre los peligros que encierra, Giarro (supra nt. 10), págs. 109 y ss.

¹² Vid. Kaufmann, A., *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, en Kaufmann, A.-Hassemer, W. (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁶, Heidelberg, 1989 (hay trad. esp. a cargo de G. Robles: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992), págs. 125 y s.; García Amado, J. A., *Teorías de la tóptica jurídica*, Madrid, 1988, págs. 312 y ss.; Viehweg, Th., *Tóptica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1991, págs. 163 y ss., 176 y ss. La locución *scientis iuris* se utiliza aquí con el sentido convencional y comprensivo que le da Orestano (supra nt. 11), págs. 17 y ss., sin prejuzgar, por tanto, la cuestión de la científicidad; vid. ya en Id., *Ideologia, parola da non far più paura. Per una «radiografia» della «scientia iuris»*, en *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, págs. 265 y s., y en Id., *«Diritto», incontri e scontri*, Bologna, 1981, págs. 14 y s., donde excluye, sin embargo, la actividad «operativa» de los juristas de la *scientia iuris*.

¹³ Russell (supra nt. 1), págs. 63 66 y s.; Bunge (supra nt. 1), págs. 29; Oppenheimer, J. R., *La ciencia y el conocimiento común*, Madrid, 1955, págs. 8, 27 y ss.

¹⁴ Engisch, K., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale*, 10 (1957), pág. 173: la jurisprudencia moderna se basa en cuanto ciencia en la afirmación del método y el sistema como criterios de estricta científicidad; [el artículo de Engisch ha sido traducido por M. Rodríguez Molinero: *Sentido y alcance de la sistemática jurídica*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1966), págs. 7 y ss.]; Horak, F., *Rationes decidendi*, Aalen, 1969 págs. 10 y ss., 26; Von Schwind, F., *Osservazioni storiche e comparative sulla formazione del sistema giuridico moderno*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa I*, Firenze, 1977, pág. 26; Villar Palasi, *Consideraciones sobre el sistema jurídico*, en *RAP* 100-102 (enero-diciembre, 1983), págs. 509 y s.; Díaz, E., *Sociología y Filosofía del derecho*², reimpr., Madrid, 1989, pág. 98; Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, 1991, pág. 194.

¹⁵ Orestano, R., *Verso l'unità della «conoscenza giuridica»*, en *Rivista trim. di Diritto Pubblico* (1984), pág. 657, habla de «feti-

NOVEDADES

ALIANZA
EDITORIAL



CIENCIA

BRUCE MAZLISH
La cuarta discontinuidad
La coevolución de hombres
y máquinas
ALIANZA UNIVERSIDAD

RICHARD L. GREGORY (ED.)
Diccionario Oxford de la mente
ALIANZA DICCIONARIOS

JEREMY BERNSTEIN
Quarks, chiflados y el cosmos
EL LIBRO DE BOLSILLO

CIENCIAS SOCIALES

JACQUES VALLIN
La población mundial
ALIANZA UNIVERSIDAD

BLANCA SÁNCHEZ ALONSO
**Las causas de la emigración
española, 1880-1930**
ALIANZA UNIVERSIDAD

FERNANDO VALLESPÍN
Historia de la teoría política, 6
EL LIBRO DE BOLSILLO

PRUDENCIO GARCÍA
**El drama de la autonomía
militar**
LIBROS SINGULARES

HISTORIA

CHRIS COOK Y JOHN STEVENSON
**Guía de historia contemporánea
de Europa**
ALIANZA UNIVERSIDAD

CARLO M. CIPOLLA
Tres historias extravagantes
EL LIBRO DE BOLSILLO

JOSÉ MARTÍNEZ MILLÁN (DIR.)
La corte de Felipe II
ALIANZA UNIVERSIDAD

GIULIA CALVI (ED.)
La mujer barroca
LIBROS SINGULARES

MARÍA HELENA SÁNCHEZ ORTEGA
**Pecadoras de verano,
arrepentidas en invierno**
LIBROS SINGULARES

MICHEL VOVELLE
El hombre de la ilustración
LIBROS SINGULARES

LITERATURA

ANTONIO ESPINA
Las tertulias de Madrid
ALIANZA TRES

ANDRZEJ ZANIEWSKI
La rata
ALIANZA CUATRO

JORGE AMADO
Navegación de cabotaje
Apuntes para un libro de memorias
que jamás escribiré
ALIANZA TRES

GERALD DURRELL
Un zoológico en mi azotea
EL LIBRO DE BOLSILLO

R. L. STEVENSON
El Weir de Hermiston
EL LIBRO DE BOLSILLO

CARLOS GARCÍA GUAL
El zorro y el cuervo
EL LIBRO DE BOLSILLO

FILOSOFÍA

ERNST NOLTE
Nietzche y el nietzcheanismo
ALIANZA UNIVERSIDAD

RAYMOND TROUSSON
Jean Jacques Rousseau
Gracia y desgracia de una conciencia
ALIANZA UNIVERSIDAD

PETER SINGER (ED.)
Compendio de ética
ALIANZA DICCIONARIOS

ATILANO DOMÍNGUEZ (COMP.)
Las biografías de Spinoza
EL LIBRO DE BOLSILLO

URSULA PIA JAUCH
**Filosofía de damas y moral
masculina**
ALIANZA UNIVERSIDAD

VARIOS

BIRGITT VON MALTZAHN
La agenda del embarazo
LIBROS SINGULARES

ANDRÉ NATAF
Los maestros del ocultismo
LIBROS SINGULARES

JACQUES BROSSE
Los maestros espirituales
LIBROS SINGULARES

Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
Tel. 741 66 00
Fax. 741 43 43

ninguna actividad socialmente apreciable y valiosa desde el punto de vista intelectual.

En realidad, las cosas han ido más lejos todavía. El sistema se ha convertido en un absoluto de la actividad jurídica hasta el punto de haber desbordado todo concepto de ideal «científico» del derecho e invadido la misma actividad de interpretación y aplicación realizada por los abogados o los jueces. Sólo en esta perspectiva resulta inteligible la pregunta que formula Larenz a propósito de las decisiones que estos últimos adoptan: «¿En qué otra ciencia sería posible que una determinada respuesta a una pregunta determinada no pudiera calificarse inequívocamente de 'verdadera' o 'falsa', sino sólo de 'defendible'?»¹⁶

Al margen de que esto que Larenz dice no es exclusivo del derecho, sino que sucede en mayor o menor medida en muchas ciencias cuando se descorre el velo dogmático e ideológico que las entroniza como conocimiento *verdadero*, antes de responder a su pregunta (o mejor, precisamente para responderla) deberíamos decidir si las preguntas que se le dirigen a un juez y las respuestas que se esperan de él son verdaderamente preguntas y respuestas de índole científica. Al respecto dice muy bien Hernández Gil que hay «artífices del derecho» que no son científicos del derecho, y que ni el juez ni el abogado realizan ciencia en cuanto tales¹⁷. En efecto, ¿qué es lo que gana la actuación del juez cuando se la califica de científica? ¿Acaso no es el derecho una parte de la realidad social y no deben ser su estudio y su manejo serios y rigurosos?; ¿es que no basta con esto?¹⁸ Y cuando se habla —en un plano más general— de aplicar el método científico al derecho o de tratar el derecho de un modo científico, ¿en qué se está pensando, en el estudio del derecho, en su determinación y formulación positiva, en su aplicación práctica, en su sola exposición teórica y doctrinal?

chismo por la idea de "sistema" entre la mayoría de los juristas de la tradición jurídica occidental; sobre el carácter ideológico de la aspiración al sistema, a la dogmática y la cientificidad de la *scientia iuris*, vid. Id., *Ideología cit.*, págs. 385 y ss. El vol. AA.VV., *Prospettive sistematice nel diritto romano*, Torino, 1976, ilustra abundantemente la dependencia ideológica de cualquier intento de construcción sistemática [vid. la rec. de Horak, F., en ZSS, 98 (1981), págs. 452 y ss.]; el sistema es siempre algo que la mente humana superpone o impone al objeto, por eso cada uno «reconoce» en el objeto el sistema que le dicta su completa experiencia intelectual: no hay una estructura sistemática del objeto que —si la hubiera— se imponería con mayor evidencia y uniformidad.

¹⁶ Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*², Barcelona, 1980, pág. 26. Sobre «derecho y verdad», vid. Recasens Siches, L., *Experiencia, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México D.F., 1971, págs. 499 y ss.

¹⁷ Hernández Gil, A., *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, 1981, págs. 40, 52; pág. 44: «la preocupación científica se manifiesta más como teoría de la ciencia jurídica que como ciencia jurídica directa»; vid. también Stone, J., *Legal System and Lawyers' reasoning*, London, 1964, pág. 52: «the purpose of the lawyer's and judge's procedures is not merely or even mainly to explore the clarity and uniformity of delineation of precepts and concepts and the logical consistency between them, but to apply the precepts and concepts in life situations in a way for which consistency and logical tidiness are do doubt desiderata, but are at a pinch neither exclusive nor decisive desiderata», Perelman (supra nt. 11), págs. 234 y s., 488, 663. Giaro (supra nt. 10) nts. 39, 41 y 42, recoge afirmaciones contrarias de la doctrina sobre este punto.

Seguramente conviene distinguir entre el derecho y su ciencia, pero ¿cómo sustraerse a la tentación de hacer del derecho mismo algo científico? La bienintencionada afirmación de Engisch, según la cual puesto que el derecho y su conocimiento están al servicio de la vida también el sistema jurídico tiene valor vital («*Lebenswert*») y no sólo valor expositivo o valor didáctico, no deja de ser un tanto ambigua ni excluye, por cierto, el riesgo de mediatización científicista del derecho¹⁹. También fundamental, aunque muy difícil de fijar, es la distinción entre el método de la *ciencia* jurídica y el método de la *interpretación* jurídica en cuanto este segundo, utilizado por los juristas para explicar, extender o restringir una regla de derecho con vistas a su aplicación, no puede decirse método científico, lo que no es ni debe ser ningún demérito.

Todas estas importantes cuestiones pertenecen al fondo de problemas evocado por la idea de sistema en su transposición al mundo del derecho. Prácticamente todas ellas siguen abiertas y es inútil esperar que vayan a recibir una solución definitiva. Por este motivo, en lo que sigue me voy a limitar a pasar rápida revista a algunas de las formas en las que la moderna doctrina anuda las ideas de derecho y sistema, sometiénolas a crítica tanto desde el punto de vista de su efectiva adecuación a la realidad de lo jurídico como desde la perspectiva de su propia consistencia interna.

2. EL SISTEMA COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD DE LOS JURISTAS

Para la mayoría de los juristas, la existencia real del sistema jurídico es un presupuesto que se acepta sin necesidad de comprobación concreta e incluso antes de toda precisión sobre su configuración y su concepto²⁰. El punto de partida es la convicción

¹⁸ Villar Palasi (supra nt. 14), pág. 510, parece pensar que sin ciencia y sin sistema no puede haber «una auténtica actuación lógica y justa». Ahora bien, si sólo la ciencia y el sistema pueden garantizar una actuación lógica y sobre todo justa, parece claro que el juez no puede servirse directamente del derecho tal como existe (en su estado «natural») para buscar y fundamentar la solución del caso.

¹⁹ Engisch (supra nt. 14), pág. 188. Castanheira Neves, A., *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu Problema e o seu Sentido, en Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro II, Boletim da Faculdade de Direito*, número especial, Coimbra, 1979, pág. 85, advierte muy juiciosamente que el pensamiento jurídico debe servir a la idea de derecho y no a la de ciencia, ya que es esencialmente «jurisprudencia» (o *doctrina* jurisprudencial) y no «teoría»; págs. 86 y ss.: la construcción del pensamiento jurídico no puede legitimar que se excluya de él o se neutralice su intención y su compromiso político-normativo y que se le deforme metodológicamente para mejor satisfacer la idea de ciencia. Como dice De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 63, puesto que la idea de la justicia «es el criterio organizador y decisivo en toda la realidad jurídica», el método debe determinarse en primer lugar «por el criterio de la adecuación justa y sólo en segundo lugar por el de la adecuación lógica»; la misma idea expresan Biondi B., *Obbietto e metodi della scienza giuridica romana, en Scritti Ferrini*, Milano, 1946, pág. 247, y Giero (supra nt. 10), págs. 126 y ss., para la jurisprudencia romana.

²⁰ Catanheira Neves (supra nt. 19), págs. 79 y ss.: «el jurista habla comúnmente, y acriticamente, del sistema jurídico como de su horizonte de referencia natural —y habla así o continúa hablando así— en un tiempo cultural en que... el "sistema" es si-

de que el sistema —al que en un plano primario y puramente intuitivo se equipara con la noción genérica de «orden»— es inherente al concepto mismo de derecho y que, por tanto, todo derecho históricamente determinado ha de tener su sistema propio²¹. Hay aquí una asunción implícita de la sistematicidad como dimensión ontológica del derecho²², lo que no todo el mundo acepta²³; pero además, como verdad establecida que insensiblemente impregna el lenguaje del jurista y lo carga de significados no conscientes ni previstos, tal creencia cae de lleno en lo que Scheurer llama «epistemología ingenua», caracterizada entre otras cosas por la «aceptación no crítica de ciertas interpretaciones a las que se da el nivel de mitos»; así pues, muchas veces, un «mito epistemológico», o bien una «creencia» en el sentido de Ortega²⁴.

En cuanto al recurso habitual de los asertores del sistema, quienes —con insistencia machacona no exenta en ocasiones de cierta perezosa satisfacción— reprochan a sus críticos un supuesto enfrentamiento con molinos de viento, en cuanto su rechazo estaría dirigido contra una concepción del sistema que, o bien nunca nadie defendió o bien hace

tiempo fue arrinconada²⁵, más que un auténtico argumento parece una cortina de humo, un disfraz tras del cual se ocultan una o varias nociones de sistema (las que aquellos asertores están dispuestos a mantener) que casi siempre participan realmente de no pocos de los caracteres de la concepción supuestamente fantasmal impugnada por los críticos. Porque, si bien puede ser cierto que el rechazo del sistema siempre se resuelve en el rechazo de determinado o determinados tipos de sistema y que sólo a condición de que existiera un único concepto de sistema (el cual fuera inadecuado para la jurisprudencia) podría la tópica erigirse en alternativa de la jurisprudencia sistemática²⁶, el contenido mínimo que se exige y se insiste en postular para la idea en general de sistema jurídico (so pena de convertirla en un aditamento inútil, en una idea teórica destinada a expresarse a sí misma más que a describir la realidad, o en una cápsula vacía) delata la influencia inconfundible de aquel mismo prototipo o modelo de sistema del que elegantemente se dice prescindir; para decirlo de una vez, delata la influencia del llamado sistema axiomático o lógico-deductivo y del modelo pandectista de sistema²⁷.

multáneamente perseguido como paradigma decisivo del pensamiento científico y recusado como *alienum* en el pensamiento práctico-prudencial»; vid. también Caracciolo, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988, págs. 11 y ss.; Santiago Nino (supra nt. 10), pág. 101: «Preguntarse por la caracterización del concepto de sistema jurídico es otra forma de inquirir por una definición del concepto de derecho, pues "sistema jurídico" y "derecho" —en el sentido de "derecho objetivo"— se usan como sinónimos»; en págs. 325 y s., Santiago Nino apunta como un presupuesto no sujeto a prueba de la dogmática jurídica contemporánea la creencia en la precisión, coherencia y completitud (sic) de los cuerpos legales; Bobbio (supra nt. 14), pág. 193. Lévi-Strauss [cit. por Hernández Gil (supra nt. 17) pág. 50] decía que los juristas «tratan un sistema artificial como si fuera real, y para describirlo parten del postulado de que sería imposible que encerrara contradicciones. Se los ha comparado muchas veces con los teólogos».

²¹ Ya Ihering, R. v., *L'esprit du droit romain*³, trad. de O. de Meulenaere, París, 1886-1888, I, pág. 37, decía que el sistema es un orden que «se extrae del fondo mismo del objeto», el ordenamiento interno de la cosa misma, por lo que cada derecho tiene su propio sistema que no conviene a los otros. El sistema es connatural al derecho como orden, incluidos los derechos de índole o estructura casuística: así, de nuevo, Castanhiera Neves (supra nt. 19), págs. 95 y ss.; también Engisch (supra nt. 14), pág. 169, y Ayler, K., *Systematisches Denken und Theorie im römischen Recht*, en *Studi Biscardi* I, Milano, 1982, pág. 21 y nt. 27; según Canaris (supra nt. 2), pág. 22, el pensamiento sistemático radica, *de facto*, inmediatamente, en la idea de derecho como conjunto de los valores jurídicos más elevados: el principio de justicia con sus concreciones en el principio de igualdad y en la tendencia a la generalización y el valor de la seguridad jurídica; el sistema es inmanente a cada derecho positivo en cuanto concreción histórica de estos valores; para Modugno, F., art. *Ordinamento*, en *Enciclopedia del diritto* XXX, Varese, 1980: I. *Ordinamento giuridico*, c) *Dottrine generali*, pág. 681, el derecho existe cuando la norma está insertada en un sistema y el derecho consiste precisamente en el conjunto tendencialmente sistemático de normas y comportamientos; vid. también Id., págs. 678 y ss. Se refieren al sistema más bien como expresión de la ciencia, Pugliatti, S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, en *RISG* (1948), págs. 190 y s.; Fuenteseca, P., *Historia y Dogmática en la Jurisprudencia europea*, en *RDN* 11 (1956), págs. 169 y s.; Escuela Histórica, págs. 193 y s.; Ihering y la nueva dogmática; Gioffredi, C., *Dottrina e sistematica nello studio del diritto romano*, en *SDHI*, 18 (1952), pág. 251.

²² Esta cuestión fundamental es planteada por Lazzaro, G., v. «Sistema jurídico», en *NNDI* XVII, Torino, 1970, pág. 462: ¿es la sistematicidad una característica objetiva del ordenamiento (y

por tanto una categoría ontológica), o simplemente un esquema conceptual útil para el teórico (es decir, una categoría metodológica)? Abordaremos este problema infra, & 4.

²³ Por ej., Torrent, A., *Introducción metodológica al estudio del Derecho romano*, Oviedo, 1974, pág. 109 (a propósito de la inadecuación del método comparativista para el estudio del Derecho romano): «Hay que pensar que cada ordenamiento tiene sus exigencias, su sistema y, a veces, su ausencia de sistema» (cursiva mía); Gibert y Sánchez de la Vega, R., *Concepto de la Historia del Derecho español (1947)*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 5 (1987), pág. 358, nt. 97: la organización sistemática del derecho (y su carácter normativo) son sólo manifestaciones históricas del derecho pero no notas esenciales de su concepto, puesto que hay derecho no sistemático (y derecho no normativo).

²⁴ Scheurer, P., *Revoluciones de la ciencia y permanencia de lo real*, Barcelona, 1962, pág. 17; Marias, J., *Introducción a la Filosofía*³, Madrid, 1985, pág. 101.

²⁵ Vid., por eje., Diederichsen, U., *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, en *NJW* (1966), pág. 700 y nt. 64; Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 512; Robles, G., *La decisión en el derecho y la tópica jurídica*, en *Estudios Legaz Lacambra II*, Madrid, 1985, pág. 396; Giaro, T., *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, en *ZSS*, 105 (1988), págs. 192 y s., 196; Weyand, S., *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde: Systemdenken und Problemdenken im klassischen römischen recht*, Göttingen, 1989, pág. 8.

²⁶ Así, respectivamente, Gallo, F., *Appunti minimi sui «criteri» della sistematica*, en AA.VV., *Prospettive sistematiche* (cit. supra, nt. 15), pág. 498; y Diederichsen (supra nt. 25), pág. 700.

²⁷ Una observación parecida hace De Villamor Maquieira, C., *La contribución del pensamiento problemático a la ciencia jurídica*, en *Estudios Legaz Lacambra II* (cit. supra, nt. 25), pág. 878. La crítica de Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, pág. 304, al pensamiento sistemático, del que dice está «presidido por el afán de una fundamentabilidad ahistórica [ej inspirado en una optimista confianza en la garantía supratemporal de la ratio]», se dirige sustancialmente contra el sistematismo de signo lógico-deductivo, lo cual indica que el ideal o modelo de sistema es precisamente éste en primera instancia; (Esser mismo, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denken im modernen Zivilrecht*, en *AcP*, 172 [1972], pág. 114, dice que el jurista entiende por sistema «nur die dogmatische Zusammenfassung vorhandener Einsichten unter wenige sie begründende und einheitlich angenommene Gesichtspunkte»); de igual modo, la crítica de Horak (supra nt. 14), págs. 40 y ss., recae explícitamente sobre el sistema axiomático-deductivo; que éste es «el modelo» de sistema se desprende también de las objeciones a la tópica formuladas por

No es rigurosamente cierto, por lo tanto, que los críticos del sistema se opongan a una concepción hoy definitivamente superada del sistema jurídico o, aún peor, a una concepción que no ha existido nunca. Ante todo porque no es cierto que se opongan sólo a esa concepción, y además, porque las raíces de la especulación moderna sobre el sistema jurídico son las que son y se encuentran donde se encuentran, y es muy sintomático que la percepción espontánea (aunque por cierto equivocada) que tiene el «common lawyer» de los derechos continentales del «civil law» sea la de cuerpos coherentes de normas, deducidas de principios generales y organizadas sistemáticamente en códigos escritos dotados de autoridad²⁸.

Toda idea de sistema —cualquiera— es una idea de orden, así que, cuanto más orden, más y mejor sistema. Por otra parte, el orden más perfecto sigue siendo aquel en el que todas las relaciones de sus miembros y elementos componentes, sean éstos los que sean, se dejan expresar en términos de coherencia lógica y de unidad. Pues bien, a uno le cabe siempre la sospecha de si los juristas defensores del sistema en general no abandonarían de inmediato sus especulaciones sobre diferentes tipos de sistemas, y sobre las formas tan distintas de concebir incluso cada uno de ellos en concreto, en el caso de que se hiciera de pronto posible construir el sistema jurídico como sistema completo, unitario y lógicamente coherente²⁹. Además, bajo el prisma de esta

Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 536 y s. (vid. también infra, nt. 29), quien apoyándose en la utilización por el causídico de argumentos «no retóricos, sino de dialéctica sistemática lógica y, en definitiva, científica», refleja (quizá de forma inconsciente) su preferencia por este modelo de sistema jurídico. (A Villar Palasí se le puede responder, por otro lado, con la consideración de esos argumentos no retóricos, sino lógicos, sistemáticos y científicos como otros tantos *topoi* aceptados por todos en el momento de la discusión judicial; que sea inevitable cultural y psicológicamente la postulación de sistema para poder afirmar que una decisión es justa, segura, cierta o igual no obliga, sin más, a reconocer la existencia real del sistema postulado.) Nörr, D., *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Rechtswissenschaft*, Berlín, 1972, pág. 58, destaca el dominio del principio de la *divisio* —propio de una época en la que se creía posible conocer y ordenar la realidad *more geometrico*— en la idea de sistema a lo largo de la historia jurídica europea, con esta consecuencia: «Ziel war die logische, hierarchische und lückenlose Ordnung des Rechts».

²⁸ Así lo señala P. Stein en varios de los ensayos recogidos en el vol. *The character and influence of the roman civil law*, London and Ronceverte, 1988, págs. 38, 73, 132; por su parte, Esser, *Principio y norma*, cit. págs. 57, 278, 281, habla indistintamente de sistema cerrado, sistema axiomático y derecho codificado.

²⁹ La axiomatización completa de la materia jurídica, al menos como objetivo teórico, no ha sido nunca abandonada: vid. Neumann, U., *Juristische Logik*, en *Einführung in Rechtsphilosophie* (cit. supra, nt. 12), págs. 268 y s. Su posibilidad es admitida, por ejemplo, por Diederichsen (supra nt. 25), pág. 699, que sin embargo la considera, por su abstracción, inadecuada e indeseable para una «Realwissenschaft» como la jurisprudencia. También por Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 558, de cuya forma de expresarse («Con su estado actual, todos los ensayos de construir una ciencia del Derecho axiomática deductiva pueden considerarse todavía como vano intento. Sin embargo, es prematuro decir que este camino ha de fracasar necesariamente...») parece desprenderse una cierta predilección por esta configuración de la ciencia jurídica; curiosamente, aunque recrimina a los críticos del sistema lo que él llama «ataque maniqueísta de las concepciones desfiguradas de antemano», pág. 512, Villar Palasí parece ser de aquellos que, si alguna vez se alcanzara por ventura

sospecha, los conceptos tan dispares de sistema que la doctrina trabajosamente ha ido elaborando se asemejan a trincheras sucesivas, cada vez más reducidas respecto de aquel ideal, a las que ella misma se ha visto obligada a retirarse ante la evidencia del fracaso repetido de sus concepciones renovadas sin descanso. No cabe, creo, acudir aquí a la tranquilizadora idea del progreso de la ciencia, pues lo que más bien hay es una sensación de abandono forzoso de posiciones conceptuales que no se han podido defender y el deseo de seguir usando una palabra —sistema— de resonancias casi míticas y de implícita remisión a la unidad, la coherencia y la completud.

El foco del sistema se ha ido desplazando de los conceptos jurídicos a las normas, de las normas a los principios y de éstos a los valores, pero el sistema jurídico no puede ser un sistema sólo de normas o sólo de valores, no puede ser un sistema de sólo un aspecto o elemento de la realidad jurídica, sino de toda ella, pues el derecho es valor y es norma, conceptos y principios, pero también es fuerza, decisión, poder, previsión, organización, interés, etc.

Al final, el intento puede reducirse al alumbramiento de un concepto de sistema lo suficientemente amplio, o vago, o laxo, como para acoger en él todas las deformidades de la realidad³⁰, o meramente a la descripción de «lo que es» (de aquello que se llega a percibir de lo que es) diciendo que «eso» es el sistema³¹; incluso, otra posibilidad consiste en no com-

la total axiomatización de un orden jurídico real, aplaudiría el logro, por fin, del estatuto de cientificidad plena por parte del derecho, sin dejar por ello de razonar y defender, hasta ese mismo instante, el carácter científico del derecho no axiomatizado; por lo demás, es imposible no apreciar contradicción entre la afirmación de que «sólo el sistema garantiza un auténtico conocimiento (del derecho) y su inserción científica en la cultura, lo que proporciona un saber de verdad y una auténtica actuación lógica y justa», pág. 510, y su reconocimiento posterior de que «hay tantos sistemas cuantas perspectivas sean posibles, tantas ciencias del Derecho cuantas sean las posturas del observador» (págs. 512 y s.).

³⁰ Una especie de «saco sistemático» como, por ejemplo, el «sistema señal» descrito por Viehweg (supra nt. 12), págs. 80 y s., 84 y s., 124 y s., equivalente al «sistema tópico» que él considera como sistema básico al que pueden ser referidos los demás sistemas. Contra la consideración de la tópica como método, Diederichsen (supra nt. 25), pág. 702; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 536 y s.; Weyand (supra nt. 25), pág. 49.

³¹ Para Burckhardt, W., *Methode und System des Rechts*, Zürich, 1936, pág. 110, la determinación del sistema *a posteriori*, tomándolo del derecho existente, dado o concluido, de manera que la expresión del legislador sea determinante para la sistematización de su materia y todo derecho positivo tenga también su sistema es rechazable: un «sistema» semejante no sería un orden, sino la simple constatación de un hecho. Alchourron-Bulygin (supra nt. 8), pág. 102, recuerdan (en oposición a Kelsen, para quien sólo los conjuntos de normas que son coherentes pueden considerarse sistemas) que «conjuntos normativos incoherentes no son tan raros, como todo jurista sabe por experiencia», a pesar de lo cual no consideran que haya buenas razones para «limitar» la referencia del término «sistema» a los conjuntos coherentes, a menos que por «sistema normativo» entendamos un sistema normativo puro, es decir, un sistema que carezca de consecuencias prácticas; Bobbio, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pág. 126, describe el sistema incoherente como aquel en el que existe tanto la norma que prohíbe determinado comportamiento como la que lo permite; según él (págs. 119 y ss.), la coherencia no es imprescindible para la existencia del sistema, aunque sí necesaria para la justicia del ordenamiento (en el sentido de la certeza y la igualdad); Id. (supra nt. 14), págs. 216 y ss., 223: la coherencia «es una exigencia, mas no una necesi-

prometarse con un pronunciamiento concreto sobre el concepto de sistema y, sin definirlo previamente ni en ningún otro momento, utilizar este concepto como un «instrumento hermenéutico» para la discusión de las diferentes tesis doctrinales a favor y en contra de la perspectiva sistemática³². Todo lo cual hace que la idea de sistema jurídico (la idea del derecho como sistema), con sus resonancias implícitas de unidad completud y coherencia, quede casi siempre, en cierto modo, más allá de una crítica rigurosa hasta el final, pues el esfuerzo de los juristas se aplica más bien a su defensa.

¿Cuál es el concepto de sistema que se adecúa mejor a la realidad del derecho? Seguramente esta pregunta implica otra sobre el concepto mismo de derecho y participa del mismo carácter problemático que esta última tiene. Por otra parte, es frecuente que el intento de analizar un concepto lo torne más impreciso y huidizo porque en él se va superponiendo su historia³³. Esto puede suceder, en efecto. Sin embargo, en la actualidad aún no se ha alcanzado una definición suficientemente precisa, y sobre todo, suficientemente compartida de lo que debe entenderse por sistema jurídico; lejos de eso, la falta de claridad reinante en este campo, reconocida por muchos³⁴, parece convertirse en acicate e impulso inicial para idear nuevos conceptos de sistema y acuñar términos y expresiones nuevas que luego cada cual entiende y utiliza a su manera, con-

tribuyendo de ese modo a perpetuar la confusión. En estas condiciones, la única vía que quizá permita encontrar alguna orientación es volver los ojos a la historia reciente de la idea jurídica de sistema, no tanto para seguir su desarrollo paso a paso cuanto con el propósito de identificar los rasgos que, estando ya presentes al comienzo de aquella historia, siguen centrandos el debate actual en torno a este problema.

3. BREVE REFERENCIA A LA HISTORIA MODERNA DE LA IDEA DE SISTEMA JURIDICO

Si hay un fenómeno histórico que marca el inicio de una nueva consideración del derecho y de la *scientia iuris*, ese fenómeno es desde luego la codificación. Respecto del tema que aquí nos ocupa, importa señalar que el movimiento codificador representa en la cultura jurídica continental la culminación de la idea de sistema³⁵, derivada a su vez de la tradición racionalista europea³⁶. Sin duda, el nacimiento de la vocación sistemática y las raíces de la apatencia de sistema se sitúan más atrás en la historia de la jurisprudencia europea³⁷; por otro lado hay, como es natural, una larga serie de factores no sólo jurídicos, sino de toda índole (intelectuales, sociales, políticos, etc.) que conforman, por así decir, el espíritu de la época y contribuyen a dar adecuada cuen-

dad» para la existencia de un ordenamiento jurídico (= sistema jurídico en este contexto).

³² Así es como ha trabajado Weyand (supra nt. 25), págs. 7 y ss., espec. pág. 8, con la desagradable consecuencia de que cuando luego habla, por ejemplo, de «sistema abierto» o de «sistema interno» no se sabe bien qué es lo que quiere indicar con estos nombres. Vid., por eje., págs. 42 y ss., donde Weyand se permite tachar de «rechtstheoretisch bedenklich» el concepto amplio de sistema de Coing sin precisar desde qué concepción del sistema lanza su crítica; la mención del «sistema abierto», pág. 62, a propósito del valor que N. B. Cardozo atribuye al desarrollo lógico del derecho; la mención, a propósito también de Cardozo, de una «innere systematische Ordnung» en pág. 63; la afirmación de la presencia de un «offenes Systemdenken» tanto en el derecho codificado como en el casuístico: págs. 63 y s. y not. 352; etc.

³³ De Lorenzo (supra nt. 4), pág. 25.

³⁴ Nörr (supra nt. 27), pág. 57; Wieacker, F., *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, en *Festschrift für Max Kaser für 70. Geburtstag*, München, 1976, pág. 9; Fikentscher (supra nt. 4), pág. 85; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 512 y s.; Cappellini, P., *Systema iuris I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, 1984, págs. 2 y ss.; García Amado, J. A., *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1985), págs. 297, 312; Weyand (supra nt. 25), pág. 8; Bobbio (supra nt. 14), págs. 189, 192.

³⁵ Mayer-Maly, Th., *Divisio obligationum*, en *The Irish Jurist* 2 (1967), págs. 375 y s.; Kaufmann (supra nt. 12), pág. 57; Calvo García (supra nt. 2), págs. 67, 261. Por contra, Fikentscher, *Methoden des Rechts* (cit. supra, nt. 4) I. *Frühe und religiöse Rechte. Romanischer Rechtskreis*, Tübingen, 1975, págs. 421 y s., impugna la identificación «Kodex-Recht (-Denken)»-«System» (los sistemas —dice— existen, pero al lado de la ley, en la literatura jurídica), aunque reconoce (pág. 420) que la codificación iusnaturalista-positivista ha presidido y preside todavía el moderno problema del método y el sistema.

³⁶ Coing, H., *Europäisches Privatrecht (1500 bis 1800) I. Altes Gemeines Recht*, München, 1985, págs. 69 y ss. Sobre la aportación del iusnaturalismo racionalista a la concepción y a la aspiración al sistema, Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, págs. 275 y s.; Strömholm, S., *Lo svi-*

luppo storico dell'idea di sistema, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 52 (1975), págs. 478 y ss.; Von Schwind (supra nt. 14), págs. 24 y s.; Zuleta Puceiro, E., *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, 1981, págs. 160 y s.; Kaufmann (supra nt. 12), págs. 49 y ss.; Canatta, C. A.-Gambaro, A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* II. *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, 1989, págs. 226 y ss.; Van Caenegem, R., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, págs. 118 y ss.; Calvo García (supra nt. 2), págs. 34 y ss., 44 y ss. Para una revalorización de la influencia del Derecho romano en la Codificación, especialmente en el *Code civil*, Watson, A., *The Making of the Civil Law*, Cambridge (Massachusetts) and London (England), 1981, págs. 99 y ss.

³⁷ Como mínimo, en la época del Renacimiento y el humanismo jurídico: Sánchez Agesta, L., *Historia del sistema de la ciencia del derecho privado*, en *Boletín de la Univ. de Granada* (1940), págs. 519 y ss.; Going (supra nt. 5), págs. 202 y s.; Piano Mortari, V., *La sistemática come ideale umanistico dell'opera di Francesco Conano*, en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1986, pág. 524; Wieacker (supra nt. 36), págs. 165 y ss.; Carpintero, F., «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, en *Ius Commune* 6 (1977), págs. 150 y ss. Luhman, N., *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, págs. 35 y s., apunta que a comienzos del siglo XVIII la idea de sistema pasa de la astronomía y la teoría musical a la teología, la filosofía y la jurisprudencia como un medio técnico para ordenar las materias de enseñanza una vez que las cuestiones centrales de la contingencia y de la certeza de la fe se habían revelado como insolubles al nivel de la discusión conceptual de la Escolástica; un sistema se entendía entonces como un medio para ordenar y clasificar conocimientos (y por tanto para fundamentarlos y harcerlos ciertos), pero no era entendido sin más como realidad; se trataba de un concepto externo de sistema (externo al material jurídico) que pretendía ordenar la materia con gran libertad. Un eco parcial de estas ideas se refleja en el *Lexicon totius latinitatis* de A. Forcellini, Bononiae 1965 (ed. original de 1771), vol. IV, pág. 647, s.v. *systema, atis*: «*Solet in scientiarum studiis adhiberi pro ingeniose excogitata rerum dispositione, sistema: quo sensu tamen deest nobis Latini scriptoris exemplum. Transferitur ad explicanda genera multorum tonorum musicalium*»; vid. también s.v. *systematicus, a, um*.

ta y razón del fenómeno codificador³⁸. Lo cierto, en cualquier caso, es que —en la perspectiva de su tiempo— la codificación fue claramente apreciada y positivamente perseguida como la forma mejor de concretar en el campo del derecho aquel ideal sistemático³⁹, con las virtudes, que se le atribuyen desde entonces, de igualdad, certeza y seguridad jurídica⁴⁰. Y lo cierto también es que lo que en ese momento intenta concretarse por medio de los grandes códigos nacionales es una determinada concepción de lo que es (o debe ser) y de lo que puede el sistema en el derecho, y que en esa concepción destacan, como notas principales, la unidad del orden jurídico⁴¹, su completud y la ausencia de lagunas⁴² y la organización racional (*i.e.*, jerárquica) de las normas, conceptos y principios, bajo el presupuesto de la coherencia del conjunto, como clave y garantía de un método jurídico que se sirve especialmente de operaciones de orden lógico (inducción y deducción)⁴³.

En lo sustancial, esta concepción ha dominado el pensamiento jurídico continental prácticamente hasta el umbral de nuestro tiempo, en el que todavía ejerce una influencia poderosa —basta pensar, por ejemplo, en los temas que ninguna indagación sobre el sistema deja de abordar—, aunque no siempre advertida ni mucho menos admitida con suficiente claridad.

³⁸ Wieacker (supra nt. 36), págs. 322 y ss.; Coing, H., *Zur Vorgeschichte der Kodifikation: Die Diskussion um die Kodifikation im 17. und 18. Jahrhundert*, en *La formazione storica* (cit. supra, nt. 14) II, págs. 797 y ss.; *Id.* (supra nt. 36), págs. 76 y ss.; Molitor, E.-Schlosser, H., *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*³, Heidelberg-Karlsruhe, 1979, págs. 51 y ss.; Van Caenegem (supra nt. 36), pág. 125 y ss.

³⁹ Sirva esto para matizar la afirmación un tanto excesiva de Weyand (supra nt. 25), pág. 44, de que la codificación no es el resultado necesario de un sistema científico de ideas ni tampoco el proceso de la ciencia jurídica hacia el sistema está unido a esta positivización formalmente legal; como dice Wieacker (supra nt. 36), pág. 461, las codificaciones se sitúan con frecuencia al final de periodos creativos de la ciencia jurídica y representan la culminación del trabajo sistemático y conceptual de generaciones (cosa distinta es que una nación moderna pueda pasarse sin codificación: pág. 460). Por lo demás, el significado tradicional del concepto de sistema sigue siendo el de «un principio de orden o sistema codificado»: Büllsbach, A., *Systematische Ansätze, in Einführung in Rechtsphilosophie* (cit. supra, nt. 12), pág. 333.

⁴⁰ Coing, H., *Europäisches Privatrecht (1800 bis 1914)*. II. 19. *Jahrhundert*, München, 1989, págs. 8, 12, 17, 29; también *Id.* (supra nt. 36), págs. 77 y ss.; Hassemmer, W., *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in Einführung in Rechtsphilosophie* (cit. supra, nt. 12), pág. 216. Como ya hemos apuntado (supra nt. 21), Canaris (supra nt. 2), págs. 22 y ss., piensa que la idea de sistema jurídico se justifica a partir de los valores más elevados del derecho: el principio de justicia, con sus concreciones en el principio de igualdad y en la tendencia a la generalización, y el valor de la seguridad jurídica. Para una consideración crítica del código como instrumento de certeza, vid Cannata-Gambaro (supra nt. 36), págs. 313 y ss.

⁴¹ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 176; Rescigno, P., *Generalità e specialità dei codici nel sistema del diritto privato, in La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Firenze, 1991, pág. 345; Coing (supra nt. 40), págs. 15 y s., resaltando la relación entre unidad jurídica y unidad nacional.

⁴² Wieacker (supra nt. 36), pág. 436, nt. 19; Molitor-Schlosser (supra nt. 38), pág. 51; Coing (supra nt. 36), pág. 78: «Unter einem Code versteht man... ein systematisch aufgebautes, in klaren Prinzipien, sprechendes, umfassendes Gesetz, welches mindestens einen ganzen Lebensbereich, wenn nicht das gesamte Leben einer gegebenen Gesellschaft ordnet».

⁴³ Wieacker (supra nt. 36), págs. 276, 316 y ss.; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), pág. 62; Paradisi, B., *Qualche riflessione preli-*

Con Savigny la «sistematicidad» se convierte en atributo de la propia realidad jurídica, con lo que el sistema del derecho (o el sistema de la ciencia del derecho) no será ahora otra cosa que el reflejo fiel de una realidad orgánica y ya en sí misma sistemática⁴⁴. Luego, por medio de la Escuela Histórica el sistema llega a la Pandectística, que convierte este concepto en el núcleo de una nueva ciencia jurídica cuyo tema y objetivo principal serán la elaboración dogmática y la construcción sistemática del derecho⁴⁵. Los fundamentos filosóficos de la *scientia iuris* van renovándose con el tiempo, cambia su trasfondo ideológico y se suceden las escuelas de pensamiento jurídico. Y sin embargo, a lo largo de todo este proceso el perfil definitorio de aquella concepción originaria del sistema se conserva con perfecta nitidez⁴⁶ e incluso se acentúa en sus rasgos más característicos; tal es lo que sucede, en efecto, con la exacerbación —por la llamada Jurisprudencia de conceptos— de la consideración del orden jurídico en cuanto tal como totalidad sistemática cerrada, libre de lagunas y lógicamente coherente⁴⁷.

En cuanto a las modernas corrientes positivistas, sin necesidad de demasiada precisión puede decirse en general que no tienen un concepto diferente de sistema ni comparten, en este punto, un ideal distinto del ya enunciado⁴⁸. Más bien sucede lo con-

minare sul "sistema giuridico", in La sistematica giuridica (cit. supra, nt. 41), pág. 7; Van Caenegem (supra nt. 36), pág. 140.

⁴⁴ Fuenteseca (supra nt. 21), págs. 189 y s.; Wieacker (supra nt. 36), págs. 369 y ss., 374; Blühdorn, J., «Kantianer» un Kant. *Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur «Wissenschaft» vom Positiven Recht*, en *ZSS* 90 (1973), págs. 315 y ss.; Coing, H., *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, in Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX* (Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Univ. de Granada, n.º 18-19/1978-1979), págs. 42 y s.; Herberger, M., *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt a.M., 1981, págs. 389 y ss.; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), págs. 83 y ss.; Weyand (supra nt. 25), págs. 12 y ss.; Paradisi (supra nt. 43), pág. 19; Irti, N., *Metodo sistematico e leggi speciali (ovvero Del Diritto come ricerca)*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 279; Calvo García (supra nt. 2), págs. 74 y s., 78 y s.

⁴⁵ Raggi, L., *Il metodo della giurisprudenza romana* (lezioni), en *Scritti*, Milano, 1975, pág. 184; Coing (supra nt. 44), pág. 98; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), pág. 61; Cannata-Gambaro (supra nt. 36), págs. 283 y ss.; Aguilera Barchet, B., *Introducción jurídica a la Historia del derecho*, Madrid, 1994, págs. 57 y s., Orestano (supra nt. 11), pág. 262, ve en el racionalismo de Puchta una grave regresión hacia las posiciones mantenidas un siglo antes por Wolff, de aquí su juicio negativo.

⁴⁶ Como signo de esta continuidad puede mencionarse algunos de los legados que, según Wieacker (supra nt. 36), págs. 373 y ss., recibió la Escuela Histórica del derecho natural: a) el sistema (*Pandektensystem*), y b) el método (*demonstrativen Methode*) de la formación del sistema y los conceptos y, de la deducción lógica de las decisiones a partir del sistema y los conceptos.

⁴⁷ Vid Wieacker (supra nt. 36), págs. 433 y ss.; Fikentscher, *Methoden des Rechts* (cit. supra, nt. 4). III. *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, Tübingen, 1976, págs. 91 y s.; Molitor-Schlosser (supra nt. 38), págs. 76 y ss.; Coing (supra nt. 40), págs. 47 y s., donde sintetiza el programa del *dogmatischen Jahrbücher* fundado por el primer Ihering; Kaufmann (supra nt. 12), págs. 109 y ss.

⁴⁸ Vid Fuenteseca (supra nt. 21), pág. 198; García Amado (supra nt. 12), pág. 292; Kaufmann, A., *Beiträge zur juristische Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, págs. 39 y s., 82 y s., da una explicación de esta coincidencia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico: ambos se orientan en sentido axiomático, se basan en el pensamiento codificador y son deudores del racionalismo; presupuesto (expreso o tácito) común a ambas tendencias en la defensa de este modelo de sistema es la con-

trario: la reducción de la materia jurídica al *ius positum* (en el extremo, su reducción a los enunciados de la ley) contribuye en todo caso a reforzar los caracteres más formales del concepto (a estas alturas tradicional) de sistema jurídico⁴⁹.

Este conciso recordatorio sirve para darnos cuenta de que existe un modelo determinado de sistema jurídico —quizás hoy en trance de ser abandonado o no sé si incluso superado por otro modelo diferente— que es el que funciona como punto de referencia efectivo⁵⁰, de tal forma que lo que la gran mayoría de los juristas actuales nombra cuando irreflexivamente habla de sistema jurídico, por ejemplo, cuando el abogado argumenta basándose en la existencia, admitida de antemano, del sistema, o cuando el profesor se afana en exponer en un tratado tal o cual *parte del sistema jurídico*, es justamente éste tipo o modelo de sistema.

4. LA SISTEMATICIDAD COMO DIMENSION ONTOLOGICA DEL DERECHO

Orestano señala con acierto que la palabra sistema tiende a atribuir al objeto al que se aplica una especie de coherencia interna que se ofrece de modo espontáneo a la mente⁵¹. En este sentido, aceptar que el derecho es sistemático, o sea, que su forma propia de ser y bajo la cual normalmente se presenta es el sistema, puede ser ciertamente muy tranquilizador. Entre otras razones, porque ofrece una base teórica idónea para toda especie de especulación o estudio de tema jurídico en el que convenga eventualmente echar mano de tal presupuesto. Ahora bien, cuando se afirma que la posibilidad del sistema (y también su existencia efectiva) se deben a que la propia materia que constituye su objeto tiene ya una configuración unitaria, una existencia organizada⁵² o incluso una estructura racional, cabe preguntarse si no se estará confundiendo la existencia

del sistema mismo con la existencia de los varios y dispersos elementos susceptibles de ser ordenados sistemáticamente (y por cierto, habría que añadir, *no de un solo modo*). Ello porque la virtud de lo real es primariamente la de ser, no la de ser racional o irracional, ordenado o caótico: estos últimos conceptos no son, en realidad, más que interpretaciones por medio de las cuales nuestro intelecto se representa la realidad y se apropia de ella⁵³. Así pues, las incoherencias y fracturas que nos presenta la realidad no son tales en sí y por sí, sino sólo bajo la mirada del observador y en vista del interés que a éste mueve⁵⁴.

Por otra parte, existencia simultánea no equivale, sin más, a existencia organizada en sistema. Ninguna dificultad de orden lógico impide reconocer que el desorden puede darse incluso dentro de conjuntos compuestos por elementos de naturaleza perfectamente homogénea: éste es un dato de nuestra experiencia cotidiana. Y siendo esto así, *a fortiori* deberá admitirse también la posibilidad de que elementos de distinta procedencia, originados en momentos históricos diferentes y de finalidad e inspiración a veces divergente existan unos al lado de los otros, sin armonía o coordinación sistemática pero con relaciones que no siempre son de exclusión recíproca.

Estas reflexiones colocan bajo una luz problemática la cuestión de la sistematicidad como dimensión ontológica del derecho —esto es, como su objetividad o naturaleza—, y en realidad la resuelven ya en sentido negativo. Con todo, no está de más recordar aquí que la reflexión sobre este problema se ve frecuentemente entorpecida por la confusión, palpable en muchos autores, entre dos nociones que debieran permanecer bien distintas: la noción de sistema *del derecho* y la de sistema *de la ciencia del derecho*⁵⁵, dando a estos términos el mismo significado que Villar Palasí asigna a las expresiones «sistema objetivo» y «sistema lógico»: «un sistema objetivo se descubre; el sistema lógico se crea»⁵⁶.

Recogiendo el pensamiento de Paine sobre el de-

vicción de que el derecho tiene su sede en normas y sólo en ellas puede ser buscado.

⁴⁹ No carece de significado, en este orden de ideas, que los más asiduos intentos de formalización en sentido axiomático del derecho sean precisamente los que se producen en el amplio campo del positivismo jurídico.

⁵⁰ La persistente influencia de este modelo se advierte, por ejemplo, en Wieacker (supra nt. 36), pág. 542, cuando, tras señalar que la tarea actual de los tribunales superiores consiste en la coordinación de la jurisprudencia en la unidad espiritual y moral del orden jurídico en su conjunto, añade que no es posible atender a esta función de vigilancia sin una constante orientación hacia una coherencia jurídico-conceptual sistemática y sin contradicciones. Viehweg, Th., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1986, pág. 124, recuerda que aunque nunca se ha realizado la construcción de un sistema jurídico en sentido lógico, su existencia se presupone usualmente en el pensamiento jurídico; Id. (supra nt. 12), págs. 82 y 125.

⁵¹ Orestano (supra nt. 11), págs. 133 y ss. Orestano prefiere el término *dispositio* (o bien «schemi ordinanti»: págs. 420 y ss.), con el que quiere dar a entender que el orden es en todo caso exterior a la materia a ordenar y que la coherencia, allí donde se encuentra, es siempre el resultado de nuestra reflexión y elaboración.

⁵² Coing (supra nt. 5), págs. 191 y ss.; Larenz (supra nt. 16), pág. 479; Menezes Cordeiro, introducción a la trad. portuguesa de Canarias, *Pensamento sistemático* (cit. supra, nt. 2), pág. LXIV.

⁵³ Feyerabend, P., *La ciencia en una sociedad libre*, Madrid, 1982, pág. 25: «obviamente, el orden no es inherente a la mate-

ria y, por consiguiente, ha de ser impuesto desde el exterior»; De Lorenzo (supra nt. 4), pág. 214: «la naturaleza no tiene por qué corresponder icónicamente con lo que nos puede parecer más razonable en un momento y en un contexto determinado». Refiriéndose a las «Realwissenschaften», Horak (supra nt. 14), pág. 27, escribe: «der logische Zusammenhang liegt erst in der Wissenschaft vor, nicht schon in ihrem Material», y añade que lo mismo sucede con la ciencia jurídica en la medida en que se ocupa de conocer el derecho que ya existe; Tammelo, I., *On the Logical Openness of Legal Orders*, en *The American Journal of Comparative Law* 8 (1959), pág. 203: «Principles of logic are in themselves not principles of law but only principles for the apprehension and communication of law».

⁵⁴ Scheurer (supra nt. 24), pág. 163: «Una visión del mundo sirve para imponer cierta coherencia en la variedad innumerable de los fenómenos... En definitiva es el individuo el portador del cosmos».

⁵⁵ Gueli, V., *Dottrina dello stato e del diritto*, Roma, 1959, pág. 354: las ciencias jurídicas dogmáticas pasan inadvertidamente de la exigencia de unidad sistemática del derecho a la afirmación de su existencia objetiva; Zuleta Puceiro (supra nt. 36), págs. 163 y ss.

⁵⁶ Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 515; pág. 522: «Sistema lógico y sistema objetivo es tanto como sistema de conocimiento o sistema real». Fikentscher (supra nt. 4), págs. 97 y s., distingue entre *systema mundi* y *systema hominis*, el sistema jurídico pertenecería en cuanto producto humano a esta segunda categoría.

recho como sistema, García Amado dice muy bien que «del hecho, por lo demás dudoso, de que la Ciencia del Derecho tenga carácter sistemático, no se sigue que el material con que trabaja contenga también un sistema»⁵⁷. Como planteamiento de partida, esta distinción es admitida en general por la doctrina, lo que no impide, sin embargo, que algunos autores terminen atribuyendo más o menos directamente al derecho el mismo carácter sistemático que les parece debe tener su ciencia.

Lo dicho es cierto, por ejemplo, en el caso de Ihering, para quien, siendo tarea de la ciencia reducir a elementos lógico-sistemáticos las disposiciones que el legislador establece en forma inmediatamente práctica⁵⁸, el sistema se concibe, sin embargo, como un orden que «se extrae del fondo mismo del objeto» y como el ordenamiento interno de la cosa misma⁵⁹. Hernández Gil considera, por su parte, que los objetos de la ciencia (del derecho) no tienen que estar producidos por ella (pues la elaboración normativa del derecho no es, según él, una actividad propiamente científica)⁶⁰, pero ve como una dificultad el margen de artificialidad, convencionalismo y arbitrio con que la elaboración normativa se puede producir⁶¹. Sin embargo, desde el punto de vista de una ciencia del derecho la artificialidad, el convencionalismo y el arbitrio no deberían representar ningún problema: lo patológico es también objeto de la ciencia. A no ser que se entienda que un objeto (jurídico) deja de ser propio de una ciencia que se ocupa del derecho cuando le afecta determinada patología; pero entonces es la propia ciencia, concebida además de una forma bien precisa y ya conocida, la que genera su objeto, con lo que de nuevo se nos cuele de rondón un cierto concepto «científico» de derecho. Cuando Sánchez Agesta se pregunta por la función que el sistema cumple en el conocimiento científico del derecho, si es construcción del objeto con cuya naturaleza se identifica o se refiere simplemente a su exposición científica, en suma, si la ciencia del derecho privado es *ontológica* o *teorética*⁶², los mismos términos en los que formula el problema —con mayor precisión, el problema mismo

que plantea— son ya el fruto de la mencionada confusión.

Teniendo, pues, presente la diferencia entre la ciencia del derecho y su objeto, podemos ahora analizar brevemente la hipótesis de la naturaleza sistemática del orden jurídico en general. Lo primero que nos sale al paso es la afirmación optimista de dicho carácter sistemático, acompañada, eso sí, de algunas advertencias sobre el adiestramiento, punto de vista (macroscópico), dirección del interés y perspicacia del observador que deben permitirle percibir la armonía y la unidad de algún modo presentes de antemano en la estructura y el movimiento del orden jurídico⁶³. Naturalmente, no nos convence esta manera de hacer responsable al observador de su propia percepción del orden jurídico como un sistema, sobre todo porque ni aun cuando han coincidido adiestramiento, punto de vista, dirección del interés y profundidad de la mirada adecuados, la unidad y la armonía postulados han recibido ilustración y prueba en concreto, sino sólo de forma abstracta y general⁶⁴, y porque, al final, se acaba por reconocer que la armonía y la unidad toleran lagunas, incoherencias e ineficiencias con tal de que el orden jurídico funcione⁶⁵.

La naturaleza sistemática del derecho podría deducirse también de su consideración como *recta ratio*. En esto consiste el intento de Esser⁶⁶, quien apunta en este sentido que «ningún corpus iuris es sólo masa, sino que en primera línea es sistema, fijado por los datos de esta masa, de principios que permiten al juez la selección, aplicación y creación de normas positivas». Esser precisa que su postura no niega la complejidad histórica y política de las masas de derecho positivo ni afirma una jerarquía intemporal de los principios, pero precisamente por aquí es por donde empieza a fallar su teoría. En efecto, al confiar a la jurisprudencia práctica la responsabilidad de entresacar de los conglomerados jurídicos existentes los *principios sistemáticos permanentes* mediante decisiones *continuamente reintegradoras* y la tarea de ponderar los fines y principios opuestos buscando la unidad⁶⁷, Esser cae en una

⁵⁷ Peine, F. J., *Das Recht als System*, Berlin, 1983: vid. García Amado (supra nt. 34), pág. 302. Lipari, N., *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), págs. 151 y s., advierte sobre el equívoco que se da en el mundo del derecho: en las otras ciencias, sistemático no es el objeto de la ciencia sino la propia ciencia, mientras que para la actividad del jurista se pretende, en cambio, que el carácter sistemático se refiera a aquello de lo que el jurista discurre, a las normas, y no al discurso del jurista sobre las normas.

⁵⁸ Ihering (supra nt. 21) I, págs. 39 y ss.; III, págs. 74 y s.: «Eriger le droit en système... c'est lui enlever... sa forme pratique extérieure, sans diminuer pour cela sa force pratique intérieure»; «Dans le système, en effet, la matière a pris un état organisé...»

⁵⁹ Vid. supra, nt. 21.

⁶⁰ Con un razonamiento parecido, Giaro (supra nt. 10), pág. 123, llega a considerar la «jurisprudencia científica» en conjunto como una *contradictio in adiecto*.

⁶¹ Hernández Gil (supra nt. 17), pág. 36.

⁶² Sánchez Agesta (supra nt. 37), pág. 658. Para Pugliatti (supra nt. 21), pág. 197, el sistema de la ciencia jurídica no es meramente formal: en su raíz es sistema de la realidad social en cuanto realidad jurídica.

⁶³ Así, por ejemplo, Stone (supra nt. 17), pág. 26: «This unity [of legal order], apparent from so many angles to macroscopic observation, is curiously at odds with the teeming disorder observable when we look microscopically at the hurly-burly movement of

legal norms in the legal process»; pág. 28: «and yet, of course, sensitive ears can still hear the symphonic strains above the harsh cacophonies of the immediate and the detail. Clearly perception of this harmony and unity is a function not merely of the structure and movement of legal order, but also of the training, point of view, direction of interest, and depth of insight of the observer».

⁶⁴ Así lo reconoce Stone (supra nt. 17), pág. 53: «Even the great analytical systematisers... have not pretend that their results afford an actual picture of the structure of any empirically given legal system (...). In general, we remain convinced that the great analytical systems are intended as abstract intellectual models which may help us to understand actual legal orders or aspects of these. They are not intended to "show forth" the empirical aspects themselves».

⁶⁵ Stone (supra nt. 17), pág. 28: «The legal order may be a functioning unity despite its gaps, incoherences and inefficiencies».

⁶⁶ Vid. Esser, *Principio y norma* cit., págs. 288 y ss.

⁶⁷ Esser, *Principio y norma*, cit., pág. 289: «Examinar los conglomerados de derechos crecidos en el curso de la historia para entresacar de ellos los principios sistemáticos permanentes, es misión no de una especulación teorética, sino de decisiones continuamente reintegradoras de la jurisprudencia práctica, la cual tiene que ponderar la antinomia de los fines, y, por tanto, la oposición de los principios, fundiendo en una sola pieza los fragmentos de planes e ideologías jurídicas».

petición de principio a la que bien pudiéramos llamar «postulado de sistema». Si los jueces son los encargados de identificar los principios sistemáticos permanentes y de reintegrar continuamente con sus decisiones el sistema jurídico, resulta que la existencia de éste queda entregada a la sentencia judicial y depende de ella; ahora bien, los jueces no tienen más remedio que sentenciar, pero del hecho de que sentencian y lo hacen buscando el fundamento de sus decisiones en el derecho positivo o, con mayor amplitud, en el derecho existente, no se sigue la existencia en éste del sistema⁶⁸. Con un procedimiento semejante, podría erigirse un sistema en cualquier circunstancia y prácticamente con cualquier material. La pregunta es, sin embargo, ¿qué valor tendría este sistema?

Podemos finalmente preguntarnos qué es lo que asegura la entidad sistemática del derecho. Descartada la ciencia, que a lo sumo elabora *su* sistema (aunque contando como es obvio con el derecho existente), la identificación de un hipotético elemento unificador que pudiera aportar su fundamento al sistema se muestra extraordinariamente problemática; así lo indica la revisión por Cappelletti de la posibilidad de basar el sistema en el fin de derecho, en su forma, en su contenido, en los actores del sistema jurídico o en sus destinatarios⁶⁹.

Tampoco podemos conformarnos con decir que la mera calificación de jurídico complica la nota sistemática de lo así calificado. El principio típico del positivismo jurídico más en boga se muestra a este respecto completamente insatisfactorio: si la condición sistemática de las normas jurídicas ha de ser consecuencia únicamente de su «validez», entendiendo por este concepto la identificación de las normas como tales y la determinación de su pertenencia al orden jurídico conforme a criterios predominante-

mente formalistas⁷⁰, no puede desconocerse que la unidad asegurada por la pertenencia al mismo ordenamiento nada dice sobre el contenido y las relaciones de las normas, por lo que no puede tomarse en absoluto como prueba de que éstas constituyen un sistema⁷¹; en realidad, la adopción de la idea de pertenencia como fundamento del sistema viene a ser un conformarse con la inexistencia del sistema, pues éste debería en todo caso responder a unos mínimos requisitos de integración, coordinación y coherencia; teniendo en cuenta esto, afirmar que una norma jurídica «pertenec» a un sistema jurídico no es decir otra cosa sino que esa norma existe.

¿Podría integrarse quizás esta perspectiva positivista con algún tipo de garantía que asegurase la sistematicidad del material jurídico-normativo desde la misma fuente en que éste es producido? Parece bastante improbable. Fijémonos tan sólo en lo que ocurre con la producción legislativa en los modernos Estados de derecho: aparte de que la racionalidad del legislador (un legislador, por cierto, cada vez más difuso y policéntrico) es un postulado que ya no convence a casi nadie⁷², la proliferación y dispersión de las normas y el número cada vez mayor de leyes especiales son fenómenos que impiden, por la magnitud que han alcanzado, que los propios poderes públicos se manejen con soltura, seguridad y eficacia en el laberinto del derecho positivo. Este es un fenómeno que resulta especialmente evidente en el campo incontenible del Derecho administrativo⁷³, pero que no es ni mucho menos exclusivo de él. Más bien al contrario: en la medida en que el Estado moderno tiende a servirse del derecho como un instrumento para la realización de las más variadas políticas sectoriales y sociales, el mismo problema afecta a la totalidad del ordenamiento jurídico y a cada una de sus partes⁷⁴. Todo lo cual represen-

⁶⁸ Hablando de la completud del ordenamiento jurídico, Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 520, observa que «la complejidad (sic) del Ordenamiento es su posibilidad permanente de dar siempre, y en todo caso respuesta, a todo problema jurídico». ¿Debemos entonces pensar que bastaría con que hubiera alguien con poder de responder y decidir para que toda respuesta o declaración dada por él a un problema jurídico pudiera afirmar su pertenencia al ordenamiento? Sobre el problema de la completud, vid. infra, & 8. c.

⁶⁹ Vid. Cappelletti, M., *Contestazione della "sistemática giuridica"*, en *La sistemática giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 369.

⁷⁰ Vid. por ejemplo, con esta orientación, Caracciolo (supra nt. 20); Moreso, J. J.-Navarro, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 1993.

⁷¹ Esta crítica es formulada por IRTI (supra nt. 44), págs. 301 y s.; vid. también Ferrajoli, L., *El derecho como sistema de garantías*, en *Jueces para la Democracia 16-7/2-3* (1992), págs. 63 y s. Sobre la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico como sistema dinámico basado en un criterio puramente formal de pertenencia de las normas, Bobbio (supra nt. 31), págs. 70 y ss., e id. (supra nt. 14), págs. 190 y ss.; Calvo García (supra nt. 2), págs. 125 y ss. y, en sentido crítico, págs. 135 y ss.: en su búsqueda de la única solución correcta para cada caso, «Kelsen se limita a enmascarar con las características de una validez absoluta la aceptación compleja y difusa de las decisiones interpretativas y del razonamiento jurídico en su conjunto» (pág. 141) y recubre con el manto de la validez objetiva del *deber ser* aquellas manifestaciones del *ser* que se producen conforme a las reglas del sistema. Sobre la «textura abierta» del derecho y la «*rule of recognition*» de Hart, id., págs. 146 y ss.

⁷² Irti (supra nt. 44), pág. 303; vid. también Nieto, A., *La organización del desgoberno*, Barcelona, 1987, págs. 144 y ss. Sobre el «postulado» o el «modelo dogmático» el legislador racio-

nel, Igartua Salaverria, J., *El postulado del legislador racional (entre metodología y mitología)*, en *RVAP 28* (1990), págs. 113 y ss., espec. págs. 115 y s.; Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 328 y ss.; Calvo García (supra nt. 2), págs. 58 y ss.

⁷³ Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 512, reconoce que «el lío es tan caótico que ni siquiera la Administración puede cumplir sus propias disposiciones. Existe el deber, por ejemplo, de señalar las disposiciones que se derogan tras la aprobación de una ley. En muchos casos el laberinto es tan desconocido que nadie se atreve a cumplir lo que está mandado»; Nieto (supra nt. 72), págs. 146 y s. La vuelta a los principios generales del derecho propugnada por algunos administrativistas es en parte un intento de escapar a estos problemas: «sólo un esqueleto firme de principios generales puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas [sc., del Derecho administrativo], en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas, además, a un proceso de cambio incasante y continuo» (García de Enterría, E.-Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo* 16, Madrid, 1993, págs. 77 y ss.).

⁷⁴ Es de gran interés el análisis de Calvo García (supra nt. 2), págs. 263 y ss., sobre las consecuencias derivadas del uso del derecho como medio para realizar políticas sociales (el llamado «derecho útil» o «derecho regulativo»): «administrativización» y «sociologización» del derecho, exposición legislativa, pérdida de abstracción y generalidad (lógica y material) de las normas, aumento de la discrecionalidad y la inseguridad jurídica. Reflexiones parecidas pueden encontrarse en otros autores: Von Schwind (supra nt. 14), pág. 26; Lipari (supra nt. 57), págs. 153 y s.; Ferrajoli (supra nt. 71), págs. 61 y ss.; también Wieacker (supra nt. 36), pág. 554, que llama la atención sobre la pérdida de la unidad de la conciencia jurídica como consecuencia de factores tales como la atomización de la legislación, la proliferación de jurisdicciones especiales y el debilitamiento de los tribunales ordi-

ta un claro alejamiento de cualquier ideal viable de sistema en el derecho⁷⁵.

La creencia en la flexibilidad, en la blandura del orden jurídico sistemático para acoger y asimilarse cualquier cuerpo extraño arrojado a él requiere una profesión de fe que es como tal inexigible, y, en ausencia de ella, la realidad que nos enfrenta es la de un derecho positivo que *puede* al menos ser no sistemático, contradictorio, incoherente⁷⁶. Pero con esto la pregunta inicial acerca de la entidad objetivamente sistemática del derecho se torna en cuestionamiento de la legitimidad de una ciencia del derecho estricta o exclusivamente sistemática, pues en efecto, ¿cómo exponer sistemáticamente sin alterar aquello que se concibe como asistemático?⁷⁷

El sistema del derecho no existe ontológicamente, el sistema ni siquiera es imprescindible para el derecho, sino útil, a lo sumo, para su mejor conocimiento: su función es por tanto instrumental⁷⁸. En consecuencia, el método llamado sistemático no puede ser más que un método experimental al que le incumbe probar en cada caso el carácter sistemático de los materiales jurídicos concretos, sin descartar de modo apriorístico la hipótesis de materiales asistemáticos⁷⁹.

5. DISTINTAS MANERAS DE CONCEBIR EL SISTEMA EN EL DERECHO

En general, al sistema se le atribuyen unas virtudes que tienden a convertirlo en garante no sólo de la corrección científica del derecho, sino incluso de la justicia de su aplicación práctica. Sin embargo, cuando llega el momento de concretar qué es lo que se entiende por sistema en el derecho aparecen dificultades llamativas que obligan a pensar que hay algo importante que falla en la teoría del orden jurídico como sistema e indican a la vez que la noción correspondiente todavía no pertenece al voca-

bulario pacífico de los juristas. Donde mejor se comprueban estas dificultades es, en efecto, en el plano de la terminología: proliferan las denominaciones relativas al sistema y cada una de ellas es portadora de un significado singular que, además, ni siquiera se mantiene constante de unos autores a otros⁸⁰.

bulario pacífico de los juristas. Donde mejor se comprueban estas dificultades es, en efecto, en el plano de la terminología: proliferan las denominaciones relativas al sistema y cada una de ellas es portadora de un significado singular que, además, ni siquiera se mantiene constante de unos autores a otros⁸⁰.

Aquí no vamos a ocuparnos de aquellos conceptos de sistema que califican separadamente la estructura del objeto y su reconstrucción por el sujeto (partiendo de la división entre ambos); de algunos de ellos ya hemos hecho mención: sistema objetivo-sistema lógico; *systema mundi-systema hominis*; en general, sistema del derecho-sistema de la ciencia del derecho⁸¹. Baste señalar a este respecto que el derecho, siendo una creación del hombre y las fuerzas sociales, escapa probablemente a tan tajante división, lo que seguramente plantea nuevos problemas en relación con su naturaleza sistemática de los que podemos ahora prescindir.

Lo que nos interesa en este momento son más bien las determinaciones específicas del sistema del derecho, quiero decir de su concepto. Como antes apuntaba, la diversidad terminológica es en esto muy notable, por lo que, en aras de la simplicidad, conviene limitarse a las expresiones de uso más frecuente y por ende más significativas.

5.a. *El sistema axiomático o lógico-deductivo.* Con el que menos problemas se plantean es con el llamado sistema *axiomático o lógico-deductivo*, que suscita el rechazo, o por lo menos la prevención, de la mayor parte de la doctrina moderna. Lo primero que se le reprocha es su irremediable carácter abstracto⁸², que pone en cuestión su utilidad y su valor desde el punto de vista y para las necesidades de la jurisprudencia como actividad empírica. A esta primera objeción se añaden otras que tienen que ver con la irreductibilidad en sentido lógico de la materia jurídica a ordenarse en el sistema⁸³ y con la im-

arios frente a las cada vez más numerosas resoluciones administrativas previas.

⁷⁵ Frosini, V., art. *Ordinamento*, en *Enciclopedia del diritto* XXX, Varese, 1980: I. Ordinamento giuridico, a) Filosofia del diritto, pág. 462: cuanto más se complica un conjunto (también jurídico) en las relaciones entre los elementos que lo componen, tanto más tiende a convertirse en desorden como «exceso de órdenes», como se observa, por ejemplo, en la experiencia de la inflación legislativa.

⁷⁶ Burckhardt (supra nt. 31), pág. 127. Ya las leyes (los códigos) tienen por misión la regulación de las relaciones jurídicas y no la construcción de un sistema: Zajtay, I., *Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und in Common Law*, en *AcP* 165 (1965), pág. 113.

⁷⁷ Burckhardt (supra nt. 31), pág. 127; según este autor (págs. 125 y s.), la construcción lógica y sistemática del derecho es ante todo tarea del legislador y sólo de la ciencia cuando aquél no ha llegado a cumplirla, pero «el teórico llega siempre demasiado tarde» para resolver las contradicciones y colmar las lagunas que el legislador dejó, pues debe trabajar con el material que le proporciona la ley.

⁷⁸ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 446; Gibert y Sánchez de la Vega, R., *Método de la Historia del Derecho español*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres* 8 (1990), pág. 270; Gibert encuentra la diferencia entre el sistema histórico y el sistema jurídico en la tolerancia del primero respecto de elementos en sí mismos contradictorios o ajenos entre sí, elementos que el segundo tendría que eliminar. Una buena prueba de que el sistema no es imprescindible en el derecho y de que puede darse un derecho no sistemático que funcione a satisfacción es

la ofrecida por la historia del Derecho canónico: vid. Gaudemet, J., *Essais de systématisation en droit canonique*, en *La sistemática jurídica* (cit. supra, nt. 41), págs. 165 y ss.; el ejemplo es especialmente interesante por cuanto, como señala Gaudemet (págs. 169 y ss., espec. 171), la elaboración científica de que fue objeto el Derecho canónico en los siglos XIII y XIV no fue unida a su sistematización.

⁷⁹ Irti (supra nt. 44), pág. 303.

⁸⁰ Por eso dice García Amado (supra nt. 34), pág. 312, que la noción de sistema jurídico no es un concepto que remita por sí mismo a un contenido indubitado, de modo que su sola mención baste para centrar el tema del discurso; y Bobbio (supra nt. 31), pág. 78, que «el término sistema es uno de aquellos términos con muchos significados que cada uno usa según su propia conveniencia».

⁸¹ Podríamos quizás añadir la distinción de Falzea, A., *Sistema culturale e sistema giuridico*, en *La sistemática jurídica* (cit. supra, nt. 41), pág. 41, entre sistema real («conjunto de existencias» que ya en su realidad objetiva presenta un modo de ser estructurado unitariamente) y sistema ideal («conjunto de conceptos» conectados orgánicamente por un mismo principio); la ciencia, la filosofía o el arte serían sistemas ideales; la costumbre, la religión y el derecho, sistemas reales por pertenecer a la vida efectiva de una sociedad dada.

⁸² Por ej., Burckhardt (supra nt. 31), págs. 49, 110; Engisch (supra nt. 14), pág. 182; Diederichsen (supra nt. 25), pág. 699; Nörr (supra nt. 27), pág. 58; Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 151 y ss.; Valet de Goytisolo, J., *Metodología jurídica*, Madrid, 1968, págs. 148 y ss.

⁸³ Vid., entre otros, Engisch (supra nt. 14), págs. 175 y s.; Ka-

posibilidad de eliminar por completo de éste las lagunas⁸⁴ y las contradicciones⁸⁵. La crítica se completa con el señalamiento de la arbitrariedad (desde el punto de vista lógico) inherente a la elección de los axiomas que han de servir de base al sistema⁸⁶, y al final se concluye afirmando la inviabilidad de un sistema semejante: no ha existido nunca en el pasado ni es dable esperar su existencia en el futuro.

En realidad, con los progresos de la lógica contemporánea ha ido cambiando el significado del método axiomático y de la axiomatización en el derecho. La construcción de un sistema axiomático único y comprensivo de la totalidad del orden jurídico ha sido abandonada, al menos como objetivo realizable de inmediato; se considera posible aplicar el método axiomático a cualquier materia con independencia de cuáles sean sus contenidos concretos; se entienden de forma distinta y más rigurosa que en el pasado las operaciones lógicas de subsunción e inducción y se trabaja con proposiciones en lugar de con conceptos. Estos rasgos entre otros⁸⁷ marcan una significativa diferencia entre la axiomatización del derecho en sentido actual y los intentos sistematizadores del iusnaturalismo racionalista y del posterior positivismo científico y legal. Y a pesar de todo ello, la abundante coincidencia en las críticas mencionadas nos indica que el tipo de sistema que se rechaza es percibido con cierta uniformidad por los autores. En otros términos, parece que por sistema axiomático o lógico-deductivo se entiende de forma constante un tipo de sistema que destaca las co-

nexiones lógicas entre sus miembros y que en definitiva concibe el orden jurídico como una totalidad dotada de un orden lógico y libre de lagunas.

Esto es en lo que parece haber acuerdo en rechazar. Y sin embargo, si uno observa con cuidado se da cuenta de que existe una situación un tanto paradójica en la que conviven las declaraciones de formal oposición al sistema deductivo con ciertos indicios que apuntan hacia una aceptación del mismo —o al menos una influencia— inconsciente o solapada⁸⁸, de tal forma que podría decirse que aquello que se expulsa por la puerta intenta colarse de nuevo por la ventana (y hasta cierto punto lo consigue). No se trata sólo de la seguridad con que un autor como Lantella se aplica a descubrir en el «discurso jurídico romano» indicios de «sistema coherente» (concepto éste que en una de sus acepciones —conjunto de enunciados conectados entre sí lógicamente y todos derivados de un principio común— equivale al de sistema axiomático o lógico-deductivo) como si la viabilidad de un sistema jurídico axiomático (coherente) fuera cuestión probada y pacíficamente admitida⁸⁹; o de la facilidad con que un segundo autor (Bretonne) identifica el sistema «en el sentido riguroso del término» con un conjunto unitario y completo de proposiciones organizadas de forma conceptual-deductiva⁹⁰. Ni sólo de que Esser, que admite la recíproca influencia del sistema y el problema⁹¹, declare —ello no obstante— la superioridad del sistema cerrado —término que para él significa lo mismo que sistema axiomático⁹²— nada

ser, M., *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, 1964, pág. 11; Horak (supra nt. 14), pág. 41; Perelman, Ch.-Olbrechts-Tyteca, K., *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*², Bruxelles, 1970, pág. 176; Perelman (supra nt. 11), págs. 502 y ss.; Díez Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*³, Barcelona, 1993, págs. 190, 192, 263; Canaris (supra nt. 2), págs. 30 y ss., 68 y ss.; Boquera Oliver, J., *Derecho administrativo*⁴, Madrid, 1991, pág. 22.

⁸⁴ Wieacker (supra nt. 36), pág. 437, que piensa, sin embargo, que la totalidad del orden jurídico escrito y no escrito es completa *per definitionem* (esto es diferente de lo que dice Perelman (supra nt. 11), págs. 571, 758, etc.: para evitar el «déficit de justicia» el juez se ve en la necesidad de argumentar *como si* el sistema jurídico que aplica fuera completo y coherente); Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, págs. 240 y ss.; Coing, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*⁴, Berlin-New York, 1985, pág. 352; Alchourron-Bulygin (supra nt. 8), págs. 98 y s.; Canaris (supra nt. 2), págs. 38 y ss., 199 y s., 239 y ss.; Müller, F., *Juristische Methodik*³, Berlin, 1989, pág. 71, 79. Gadamer, H. G., *Verdad y método*³, Salamanca, 1988, pág. 613, considera absurda la sola idea de una dogmática ideal completa en la que la fuerza productora de derecho inherente al caso particular esté predeterminada lógicamente, es decir, la idea de una dogmática que contenga al menos en potencia todas las verdades jurídicas en un sistema coherente; además advierte que esta imposibilidad de un sistema coherente y completo se da aun cuando ningún cambio de las relaciones sociales o cualquier otra alteración histórica de la realidad haga aparecer como anticuado o inadecuado el derecho vigente: «la distancia entre la ley y el caso aparece como absolutamente irremediable».

⁸⁵ Lazzaro (supra nt. 22), pág. 482; Canaris (supra nt. 2), págs. 40 y ss., 101 y s., 200 y ss.; Perelman (supra nt. 11), págs. 621 y s., 762. En general, ante cualquier conflicto de intereses son varias las soluciones que pueden buscar su apoyo en las normas del sistema; pretender que de todas ellas sólo aquella que finalmente acoge el tribunal en su sentencia es la solución conforme con el sistema y prevista por él es aproximadamente lo mismo que creer en los poderes taumatúrgicos de los jueces; como dice Horak (supra nt. 14), pág. 38, hablando del uso de la analogía, el juez que tiene que encontrar una decisión intenta siempre (incluso de forma inconsciente) asegurarla, como

si esa decisión fuera la única posible y no una entre las varias posibles.

⁸⁸ Así Engisch (supra nt. 14), págs. 176 y s., remitiéndose al & 7 del libro de Viehweg, Th., *Topik und Jurisprudenz (Tópica y jurisprudencia*, cit. supra, nt. 50, págs. 121 y ss., espec. pág. 124). Esser, *Principio y norma*, cit., pág. 61, afirma que el pensamiento axiomático sólo puede ser fructífero «si la base de los axiomas es lo bastante amplia y verificable inductivamente sobre el *common sense* del presente».

⁸⁷ Vid. García Amado (supra nt. 12), págs. 213 y ss., 296 y ss. Sobre el carácter instrumental de la lógica formal moderna, vid. por ej., Klug, U., *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, págs. 16, 29 y s., 212 y ss.

⁸⁸ Por eso, no le falta un punto de razón a Viehweg (supra nt. 50), pág. 123, cuando, al analizar las relaciones entre la tópica y la axiomática, considera al método axiomático como la expresión más precisa de la sistematización en el derecho; también Coing (supra nt. 5), págs. 191 y s., señala que el concepto estricto de sistema es el de sistema deductivo; en palabras de Recasens Siches (supra nt. 16), pág. 515, éste es el sistema «en el sentido radical, puro y máximo» de la palabra, cuya imposibilidad en el derecho continuamente destaca: pág. 103, 353 y ss., 424 y ss., 513 y ss., 520, 540 y s. Engisch (supra nt. 14), pág. 177, apunta por su parte que el método axiomático quisiera ser un método científico ideal, aunque —dice— no es el único método de sistematización científica.

⁸⁹ Lantella, L., *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, en *Prospettive sistematiche* (cit. supra nt. 15), págs. 128 y ss. En honor a la verdad hay que decir que Lantella no se olvida de la dificultad de encontrar entre los realmente existentes un discurso jurídico enteramente coherente (o enteramente «discreto», término utilizado por Lantella, como puesto al de sistema coherente, para indicar un conjunto de enunciados independientes cuya consideración unitaria se debe tan sólo a la circunstancia de que todos ellos concurren en la descripción de un único sector del conocimiento).

⁹⁰ Bretonne, M., *Storia del diritto romano*⁷, Bari, 1992, págs. 303 y s., hablando de la técnica jurisprudencial en Roma.

⁹¹ Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 303 y s.

⁹² Vid. Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 57, 278 y s.

menos que en fuerza creativa y en elasticidad⁹³.

También se trata, y sobre todo, de la persistencia con que la discusión sobre el sistema en el derecho se vertebra en torno a las características de completud, coherencia y unidad, lo que puede ser señal de que tales características forman parte del contenido esencial del concepto de sistema sin más (y por consiguiente de cualquier concepto de sistema), o bien de que por medio de ellas perdura la influencia del viejo modelo sistemático, que en tal supuesto vendría a funcionar como ideal no declarado. Y también de la insistencia con que algunos autores siguen subrayando la existencia de ciertas semejanzas entre el sistema jurídico y el sistema axiomático (y precisamente, entre otras, la exigencia de no contradicción, completud e independencia⁹⁴), de donde no hay más que un paso a la afirmación de la perfecta conveniencia de este último tipo de sistema para la materia jurídica.

5.b. *Sistema externo y sistema interno.* La reflexión jurídica moderna se esfuerza en alcanzar una aproximación mayor y más matizada a la realidad concreta de cada ordenamiento jurídico por medio de instrumentos conceptuales renovados, como son la distinción entre sistema *externo* y sistema *interno* o entre sistema *abierto* y sistema *cerrado*. Nos ocupamos aquí de la primera⁹⁵.

En términos muy generales podría decirse que la idea de sistema externo es la idea de un orden de exposición o representación de la materia jurídica destinado principalmente a facilitar el conocimiento y la enseñanza del derecho vigente o la aplicación práctica del mismo, mientras que el sistema interno representa aquel mínimo de lógica que permite separar el derecho del puro arbitrio, o también la coherencia racional y valorativa que es inherente al derecho en cuanto tal y que éste necesita para funcionar adecuadamente.

⁹³ Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 305 y s.: «Cualesquiera que sean los cimientos de tal sistema cerrado, su herencia espiritual y el aliento político recibido, es innegable su superioridad en fuerza creadora, elasticidad y claridad frente al tratamiento problemático que procede paso a paso a través de la historia».

⁹⁴ Opalek, K.-Wolenski, J., *Das Problem der Axiomatisierung des Rechts*, cit. por García Amado (supra nt. 12), pág. 211; este último autor entiende el método axiomático como una actividad dirigida a *presentar* una disciplina cualquiera (en nuestro caso, el derecho) bajo la forma de sistema axiomático, lo que en principio no es una defensa de esta clase de sistema como la propia por excelencia del derecho.

⁹⁵ Como es bien sabido, fue Heck, Ph., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, págs. 139 y ss., quien primero llamó la atención sobre la contraposición entre sistema interno y sistema externo del derecho.

⁹⁶ Castán Tobeñas, J., *La ordenación sistemática del derecho civil*, Madrid, 1954, págs. 14 y ss.; Engisch (supra nt. 14), págs. 177 y ss.; Horak (supra nt. 14), págs. 26 y ss.; Larenz (supra nt. 16), págs. 439, 479, 481; Mayer-Maly (supra nt. 4), págs. 68, 71; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 515; Cappellini (supra nt. 34), pág. 11; Menezes Cordeiro (supra nt. 52), págs. LXIV y ss.; Cappelletti (supra nt. 69), pág. 370; Fazzalari, E., *Sistema e processo*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 214. Para la postura de Savigny, vid. Herberger (supra nt. 44), págs. 393 y ss.; Paradisi (supra nt. 43), pág. 20; para la de Ihering, supra nts. 21 y 58.

⁹⁷ No es éste el caso de Canaris (supra nt. 2), pág. 26, que señala explícitamente que el sistema externo no es el «sistema del derecho» en el sentido de una ordenación internamente conectada (o unidad de sentido interior del derecho); ni probable-

Simplificando, uno estaría tentado de decir que esta distinción se corresponde con la otra, ya citada, entre el sistema *del derecho* y el sistema *de la ciencia* del derecho; se trataría entonces tan sólo de una forma diferente de plantear la consabida problemática acerca de la naturaleza sistemática de la materia jurídica. Esto, sin embargo, puede resultar desorientador y es desde luego insuficiente.

Es cierto que la opinión más difundida, a partir ya de Savigny, considera que es la ciencia la que elabora el sistema externo del derecho y que en cambio el sistema interno es expresión de la unidad y el orden inherentes «ontológicamente» a la materia jurídica⁹⁶. Pero no lo es menos que también se entiende, en general, que la idea de sistema externo (al menos como *orden con que se presentan las normas en códigos y leyes*) es tan aplicable al derecho en sí mismo considerado como pueda serlo la de sistema interno. En consecuencia, habría que dar por sentado que todo derecho tiene tanto su sistema externo como su sistema interno⁹⁷, no faltando, en este sentido, los juicios relativos a un derecho cualquiera (por ejemplo, el Derecho romano) en los que se afirma que sus defectos y carencias desde el punto de vista de la sistemática externa nada dicen de su sistema interno, que no se vería afectado por ellos⁹⁸.

Hay, pues, al menos dos grandes visiones del sistema externo: una como sistema científico o didáctico y otra como orden (o más bien como aspecto) externo de la materia jurídica en su presentación primera y espontánea, pudiéramos decir⁹⁹. Únicamente el primero es el sistema elaborado por la ciencia del derecho y sólo a él parece referirse la caracterización que hace Larenz del sistema externo como sistema «abstracto-conceptual»¹⁰⁰, o sea, basado en la elaboración de conceptos abstractos con un contenido de realidad tendencialmente cada vez más reducido. En el otro sentido, en cambio, es de-

mente tampoco el de Pattaro, E., *Modelli di discorso, tipi di sistema e funzione di principi*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41) pág. 264, pues dice que la sistematización —en la ciencia jurídica romana— de las proposiciones normativas deducidas de los principios por *divisiones en genera, species* y partes no forma parte del sistema: se refiere a la transmisión del sistema, no a su producción, concierne a la didáctica, no a la ciencia.

⁹⁸ Vid., por eje., Mayer-Maly, Th., rec. de E. Holthöfer, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und im gemeinsames Recht*, Berlin-New York, 1972, en ZSS 90 (1973), pág. 513; también las observaciones de Koschaker, P., *Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1955, págs. 249, 279, sobre el conocimiento instintivo o consciente del sistema por parte de los juristas y sobre el sistema teóricamente elaborado o «sentido» por ellos (Menezes Cordeiro [supra nt. 52], pág. LXIV: «el sistema existe, se tenga o no de él una conciencia específica»), y las de Weyand (supra nt. 25), págs. 63 y s., nt. 352, sobre el orden sistemático interno del *common law* anglo-americano: a la casuística externa —dice Weyand— no tiene por qué corresponderse una casuística interna, la diferencia específica del *case law* frente al derecho codificado consiste en la casuística como forma de representación externa del derecho; en parecido sentido se expresan Esser, *Principio y norma*, cit., pág. 265, y Kaser (supra nt. 83), págs. 14 y s., 35.

⁹⁹ Vid. Castán Tobeñas (supra nt. 96), pág. 15, Esser, *Principio y norma*, cit., pág. 265, que distingue entre «sistema oficial» codificado y «sistema escolástico»; Kaser (supra nt. 83), pág. 12; Diederichsen (supra nt. 25), pág. 700; Lazzaro (supra nt. 22), págs. 463.

¹⁰⁰ Larenz (supra nt. 16), págs. 438 y s., 446 y s.; *contra* Canaris (supra nt. 2), pág. 82 nt. 141.

cir, como orden o aspecto exterior de las normas jurídicas, el sistema externo tiene, lógicamente, en cada caso una fisonomía concreta, la que sea, por lo que no parece en absoluto acertado reducirlo al modelo de sistema codificado —por tanto, cerrado— que fija las reglas con precisión conceptual y se presta al trabajo deductivo axiomático¹⁰¹.

Por lo que se refiere al sistema jurídico interno, en la actualidad predomina su concepción como sistema de fines o de valores¹⁰² o como orden axiológico o teleológico de «principios generales del derecho»¹⁰³. Pero no falta quien lo concibe también —aunque sea, en algún caso, para mostrar su rechazo por él— como sistema de dogmas o conceptos¹⁰⁴ o como sistema deductivo¹⁰⁵; e incluso hay quien refiere el sistema interno a la ciencia del derecho¹⁰⁶.

Vemos, pues, que hay cierta inestabilidad en el contenido asignado a estos conceptos por la doctrina. Ahora bien, estas oscilaciones en el concepto se multiplican y se agudizan cuando se pasa al problema de la relación que se supone debe existir entre el sistema externo y el sistema interno de un mismo derecho. Baste apuntar, a este respecto, que el fundamento mismo de la distinción entre ellos se desmorona si se considera —como lo hace, por ejemplo, Fazzalari¹⁰⁷— que todo sistema, aunque formado sobre la realidad y debiendo corresponderse con ella (so pena de carecer de validez teórica y operativa), es siempre de carácter extrínseco; o, peor aún, que la necesidad de imponer un orden desde fuera (sistema externo en la primera acepción) presupone

el estado caótico de los datos y, por tanto, la inexistencia de nada que merezca el nombre de sistema interno¹⁰⁸. Que el sistema externo (de nuevo en el primer sentido) acaso refleja de modo sólo parcial el orden interno del derecho —y además, posiblemente desde puntos de vista no coincidentes con los de éste¹⁰⁹—. O en fin que, siendo necesario para imponer un orden a la masa de las normas y para poder manejarlas, el sistema externo no puede dar respuesta a las cuestiones jurídicas ni permite por sí solo descubrir las conexiones de sentido internas del derecho¹¹⁰.

El manejo de conceptos de contenido tan variable se muestra ciertamente difícil, problemático incluso por la inseguridad obligatoria que produce, pero quizá quepa decir que lo que por detrás de ellos se percibe es la voluntad de apuntalar la idea del derecho como orden, salvando la dificultad que en este sentido representa el aspecto «externo» tantas veces caótico y —otras tantas— deficientemente organizado del material jurídico a base de afirmar su unidad y coherencia «internas», situando de esta forma tales caracteres en un plano que, por lo pronto, hace mucho más difícil su verificación concreta¹¹¹.

En todo caso, haciendo nuestro provisionalmente el planteamiento implícito en la distinción entre sistema interno y sistema externo, digamos que no repugna la posibilidad —no sólo teórica— de construir el sistema jurídico externo, de exposición o representación, de formas diferentes e incluso muy distantes entre sí¹¹², como tampoco —creemos— la

¹⁰¹ Esta es la idea de Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 57, 265, 281, etc.

¹⁰² Esta es la concepción de, por ejemplo, Engisch (supra nt. 14), págs. 177 y ss., que atribuye con todo al sistema interno (teleológico, según él) una cierta deducibilidad interna («innere Folgerichtigkeit») y cierta elasticidad debida a la discreción legislativa (pág. 180); Larenz (supra nt. 16), págs. 439, 478 y ss., destacando que el sistema interno (unidad valorativa interna del orden jurídico) es dinámico, abierto, fragmentario y tiene la estructura de la historicidad; Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 515: la coherencia interna del derecho es axiológica (vid., sin embargo, pág. 581, críticamente sobre el sistema teleológico).

¹⁰³ Canaris (supra nt. 2), págs. 18 y ss., 66 y ss., 76 y ss. (vid. García Amado [supra nt. 34], págs. 305 y ss.); Id., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1983, págs. 97, 124; Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 164 y ss., *passim*; según Castanheira, lo axiológico-normativo se colocaría frente a lo teleológico-funcional en una dialéctica de prioridad: págs. 125 y ss.

¹⁰⁴ Cappelletti (supra nt. 69), pág. 370; implícitamente, Koschaker (supra nt. 96), págs. 249; Castán Tobeñas (supra nt. 96), pág. 15, distingue en la construcción del sistema el punto de vista *dogmático* (ordenación interna) y el *didáctico* (ordenación externa, plan de exposición). No es del todo clara la concepción del sistema interno de Kaser (supra nt. 83), pues dice (pág. 12) que por él hay que entender «que las normas y conceptos singulares están perfectamente de acuerdo entre sí y se derivan de ciertos conceptos generales», pero más adelante (págs. 35 y s.), refiriéndose en concreto al Derecho romano, afirma que la sistemática interna es «la coherencia interna de las normas halladas empíricamente» (sistema abierto en contraposición al sistema cerrado de las codificaciones), y por último dice (pág. 46) que en el Derecho romano no se pasó de «atisbos de sistema interno» al faltar todavía «los conceptos generales, que hubieran hecho posible una superestructura teórica».

¹⁰⁵ Vid. Coing (supra nt. 5), págs. 192 y s., sobre esta concepción del sistema interno, que él mismo no comparte: pág. 207; Lazzaro (supra nt. 22), pág. 464, rechaza también la idea del sistema intrínseco como sistema deductivo.

¹⁰⁶ Fikentscher (supra nt. 4), págs. 102 y s., donde menciona el «äusserer» System des *Kodex* y el «innere» der *Rechtswis-*

senschaft» diciendo hablar de «„äusserer“ und „inneres“ System im Sinne von Canaris» (!). Lazzaro (supra nt. 22), págs. 463 y s., hace una reseña de los distintos modos de entender el sistema intrínseco como modelos cognoscitivos del derecho y como criterios orientadores de la actividad interpretadora del jurista.

¹⁰⁷ Fazzalari (supra nt. 96), pág. 214.

¹⁰⁸ Así Cappellini (supra nt. 34), pág. 11; Cappelletti (supra nt. 69), pág. 370. Por el contrario, Canaris (supra nt. 2), págs. 13, 112 y ss., partiendo de la distinción de Eisler entre sistema lógico (o científico) y sistema objetivo o real, afirma que el primero de ellos debe corresponderse lo más fielmente posible con el segundo, por lo que la formación jurídica del sistema sólo será realizable cuando su objeto, el derecho, presente tal sistema objetivo; en este mismo sentido, Castanheira Neves (supra nt. 19), pág. 91, nt. 52; también Coing (supra nt. 5), pág. 192.

¹⁰⁹ Engisch (supra nt. 14), pág. 180; Lazzaro (supra nt. 22), pág. 462. En cambio, Menezes Cordeiro (supra nt. 52), pág. LXIX, considera que el sistema externo aspira a comunicar el interno haciéndolo accesible al estudio y al aprendizaje y propone la superación de la contraposición entre las dos clases de sistema mediante su síntesis: «cuando se habla de sistema, en el Derecho, se tiene en mente una ordenación de realidades jurídicas, tomadas en sus conexiones immanentes y en sus fórmulas de exteriorización».

¹¹⁰ Más que permitirlo, lo impediría, según la opinión de Larenz (supra nt. 16), págs. 446 y s., 481. De nuevo, Menezes Cordeiro (supra nt. 52), pág. LXVIII, es de opinión diferente, pues afirma que sólo el manejo del sistema externo permite conocer las conexiones materiales internas del derecho, advirtiendo además que tales conexiones quedarían fuera de la cultura y el derecho si permanecieran desconocidas; para Giaro (supra nt. 25), págs. 205 y s., la formación del sistema externo debe entenderse sólo como descubrimiento de las estructuras lógicas y los principios fundamentales del ordenamiento.

¹¹¹ Insistiremos en este punto cuando hablemos de la unidad, la coherencia y la completud como características del sistema: infra & 6.

¹¹² La afirmación de Sánchez Agesta (supra nt. 37), págs. 663 y s., de que no existe un sistema único, verdadero, eterno, sino una variedad de sistemas posibles, más o menos templado su ri-

posibilidad de que el sistema externo de un determinado derecho pueda ser calificado como irracional (si es que es oportuna la aplicación aquí de tal categoría). Pero el sistema jurídico interno, de unidad y coherencia racional y valorativa, parece que no puede ser más que uno y de una forma, aunque se quiera sostener su condición menos perfecta o definirlo como sistema móvil, dinámico o abierto. Pues en verdad, lo que probablemente se esconde detrás de calificativos como éstos es un problema mucho más grave que el de los límites inmanentes del sistema: la movilidad constante y la apertura del sistema interno hacen que la «unidad de sentido del ordenamiento jurídico» en que se dice que el mismo consiste (Canaris) resulte sencillamente inaprensible ni aun cuando una norma de rango superior (la Constitución, por ejemplo) quisiera aferrarla en un enunciado concreto¹¹³. Queda abierta, por lo tanto, la duda de si el llamado sistema interno del derecho es algo más que una abstracción incapaz de captar ni un solo momento real del derecho en perpetuo movimiento.

5.c. *Sistema abierto y sistema cerrado.* Según la Teoría General de Sistemas, los sistemas abiertos se definen por su tendencia hacia una evolución constante y un orden estructural, y los sistemas cerrados, por su tendencia a la indiferenciación de sus elementos y al desorden (!), hasta alcanzar una distribución uniforme de la energía. Un sistema abierto —nos dice Ferrater Mora¹¹⁴— es aquel que, sin perder ninguna de las ventajas de la ordenación sistemática, es capaz de acoger nuevos problemas y de modificarse continuamente. El sistema cerrado, en cambio, permanece aislado del medio y es incapaz de adaptarse a las circunstancias y de desarrollarse. Todos los sistemas identificables sobre la tierra son necesariamente abiertos, siendo la apertura, o sea, el intercambio de materia y energía con el medio, una indispensable condición de la existencia misma del sistema. En consecuencia, los sistemas llamados cerrados, o bien no son verdaderos sistemas, o bien lo son pero sólo de carácter teórico o hipotético¹¹⁵.

¿Hasta qué punto puede ser útil este par de con-

ceptos para captar la realidad efectiva del derecho? O bien, con un planteamiento sin duda más concreto, ¿cómo y con qué sentido los utiliza la doctrina en la comprensión y explicación del orden jurídico?, ¿qué relación guardan el sistema abierto y el sistema cerrado con los sistemas externo e interno a los que nos hemos referido en el apartado anterior?

Según parece fue Fritz Schulz, un romanista, el primero en hablar de sistema abierto y sistema cerrado en referencia al derecho¹¹⁶. En realidad, Schulz hablaba sólo de un «open system» (al que consideraba propio de la jurisprudencia romana de fines de la República) como contrapuesto al «short, hard-and-fast system» que Cicerón proponía como modelo para el derecho en su obra *De iure civili in artem redigendo*¹¹⁷. No es del todo claro, por otro lado, qué entendía Schulz por sistema abierto, pues ya en una obra anterior había dicho, a propósito de la misma cuestión, que la actividad de los juristas romanos es «esencialmente asistemática y casuística», pero también que el Derecho romano está provisto de un «sistema extraordinariamente elástico y flexible»¹¹⁸.

Si ya en su estreno en el escenario jurídico queda un poco en la penumbra del sobreentendido el significado preciso del sistema abierto para el derecho, la relativa ambigüedad que acompaña desde entonces al uso de este concepto (en menor medida también al de su opuesto, el sistema cerrado) no debe extrañarnos demasiado. Una afirmación muy extendida es, por ejemplo, la de que el sistema jurídico interno es de carácter abierto. Con esto se quiere dar a entender que se trata de un sistema dinámico y hasta cierto punto móvil que admite no sólo cambios en el tipo de combinación de sus elementos (principios o valores) y en su alcance y recíproca limitación, sino también el descubrimiento y la irrupción de elementos nuevos; que es, en este sentido, un sistema incompleto, inacabado e inacabable; fragmentario también, por cuanto no todas las normas y reglamentaciones pueden integrarse en él; y que está sometido a continua revisión y reelaboración¹¹⁹. Cada autor aporta su propio matiz al concepto de sistema que utiliza, con lo que con un término idéntico en cada caso se expresan contenidos que pueden diferir al menos parcialmente¹²⁰; esto,

clón estóica, caída en el olvido, entre *diairesis* y *merismos*, entre *divisio* y *partitio*».

gor lógico en la circunstancia histórica, se refiere al *sistema de la ciencia del derecho*, como lo indica ya el título de su trabajo.

¹¹³ La evolución de un sistema dinámico puede concebirse como «una cierta trayectoria en un espacio de estos posibles» en la que el sistema no es «nada más que la *localización momentánea* de uno de esos estados»: Scheurer (supra nt. 24), pág. 61.

¹¹⁴ Ferrater Mora, J., *Diccionario de Filosofía* 4, reimpr. Madrid, 1990, pág. 3064.

¹¹⁵ Fikentscher, W., *Methoden des Rechts* (cit. supra nt. 4) II. *Anglo-amerikanische Rechtskreise*, Tübingen, 1975, págs. 68 y s.; Id. (supra nt. 4), págs. 115 y s., 120; García Cotarelo, R., *Crítica de la teoría de sistemas*, Madrid, 1979, págs. 13 y s.; Büllsbach (supra nt. 39), págs. 335 y s.

¹¹⁶ Así lo recuerdan Esser, *Principio y norma* cit., pág. 57 nt. 140, y Fikentscher (supra nt. 115), pág. 68 nt. 157; Id. (supra nt. 4), pág. 115.

¹¹⁷ Schulz F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1948, pág. 69 (= págs. 133 y s. de la trad italiana: *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968). Nörr (supra nt. 27), pág. 58, sospecha que bajo los eslóganes modernos de sistema cerrado y sistema abierto «no se esconde otra cosa que la contraposi-

¹¹⁸ Schulz, F., *Principios del Derecho romano*, trad. esp. de M. Abellán Velasco, Madrid, 1990, págs. 86 y 38 respectivamente. Llama la atención sobre esta inseguridad de Schulz, Fikentscher (supra nt. 115), págs. 67 y s.

¹¹⁹ Vid. Larenz (supra nt. 16), págs. 174, 478 y ss.; Id., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe)*, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1983, págs. 58, 357, 360. También Puiglati (supra nt. 21), págs. 198 y s., 201; Id., *la giurisprudenza come scienza pratica*, en *RISG* (1950), pág. 65; Engisch (supra nt. 14), págs. 187 y s.; Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 171 y s., nt. 301, *passim*; Mayer-Maly (supra nt. 4), págs. 71 y s.; Coling (supra nt. 84), pág. 353; Canaris (supra nt. 2), págs. 106 y ss.; Id. (supra nt. 103), pág. 107, nt. 172; Perelman (supra nt. 11), págs. 505 y s.; Pawlowski, H. M., *Methodenlehre für Juristen*², Heidelberg, 1991, págs. 118 y ss., con puntualizaciones importantes.

¹²⁰ Vid. por ejemplo, las precisiones y reservas sobre la movilidad como característica del sistema abierto formuladas por Engisch (supra nt. 14), pág. 188, y Canaris (supra nt. 2), págs. 130 y ss. Para Lumia, G., *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*²,

en cualquier caso, es perfectamente normal y asumible sin especial dificultad.

Los problemas, sin embargo, comienzan a surgir cuando se observa que existe como mínimo otra forma muy distinta de entender el sistema abierto. Con la concepción que acabamos de resumir, este tipo de sistema se muestra en principio adecuado para cualquier derecho esté o no codificado¹²¹. En cambio, esta nueva concepción identifica sin más el sistema abierto con la tópica y lo sitúa frente a un sistema cerrado que a su vez identifica con el derecho legislado o codificado o directamente con el sistema axiomático o deductivo¹²²; algunos autores, especialmente romanistas, afirman por su parte que el sistema abierto, opuesto o no explícitamente al sistema cerrado de leyes y códigos, es característico de un derecho casuístico y jurisprudencial como fue el Derecho romano, pero sin que quede claro del todo si al hablar de derecho casuístico, jurisprudencial o problemático entienden referirse o no a algo distinto de la tópica¹²³. En todo caso, esta representación del sistema abierto como sistema tópico supone la recuperación de la tópica bajo la vestidura del sistema, cuando hace sólo unas décadas, a raíz de la publicación del fecundo libro de Viehweg sobre estos problemas, se ensalzaba o repudiaba el método tópico respectivamente como el más apropiado para la jurisprudencia o como el más alejado de la visión sistemática del derecho e incluso incompatible con ella¹²⁴. En realidad, sin embargo, la definición del sistema abierto como sistema tópico logra superar sólo de forma aparente el enfrentamiento entre las dos posturas que protagonizaron la controversia inicial, a saber, el carácter tópico —i.e., no sistemático— de la jurisprudencia frente a la condición sistemática del orden jurídico conforme al modelo más riguroso de sistema, o sea, el sistema axiomático o lógico-deductivo. Prueba de que el enfren-

tamiento de alguna forma continúa la encontramos, por ejemplo, en la persistente caracterización del sistema cerrado (en cuanto sistema jurídico) como axiomático o deductivo.

Las reacciones suscitadas por la obra de Viehweg sacaron a la luz la existencia de ciertos tipos o modelos de sistema distintos del lógico-deductivo y cuya adecuación para el derecho se afirmaba y defendía. Y por aquí pudo venir la *desde luego* subsiguiente conversión de los catálogos de *topoi* iniciales de Viehweg en sistemas «seriales» o tópicos¹²⁵, un hallazgo que no parece en absoluto convincente pues diluye toda la mucha o poca sustancia que la idea de sistema, aplicada al derecho, pudiera poseer¹²⁶.

Por otra parte, en toda esta discusión se percibe, claramente presente, el propósito de buscar un marco conceptual adecuado para la explicación de lo que suele llamarse la «recíproca influencia del sistema y el problema»¹²⁷, aunque, desde el punto de vista de una crítica rigurosa que se cuestiona la utilidad para el derecho del concepto de sistema y el manejo que de él hace la doctrina, podríamos hablar de la presencia, también aquí, de ese esfuerzo por salvar la posibilidad de seguir afirmando la naturaleza sistemática de la realidad jurídica del que ya más arriba hemos hecho mención. Canaris, por ejemplo, admite la primacía del pensamiento tópico, incluso de *lege lata*, en algunos sectores del derecho alemán vigente, determinado, según él, por un sistema «jerárquico» e «inmóvil»¹²⁸, pero al mismo tiempo señala que los catálogos de *topoi* sólo se pueden conseguir con la ayuda del sistema interno del orden jurídico y recuerda que la solución de cada caso o problema jurídico singular viene siempre guiada por el derecho preexistente y su sistema, a los cuales se debe referir y en los cuales debe buscar su fundamento¹²⁹; en este mismo sentido En-

Milano, 1978, págs. 69 y s., sistema cerrado significa simplemente sistema independiente.

¹²¹ Probablemente debe entenderse en este mismo sentido la afirmación de Weyand (supra nt. 25), pág. 64, nt. 352, de que el «pensamiento sistemático abierto» es posible tanto en un derecho codificado como en uno casuístico.

¹²² Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 57, 281, 297; no se olvide que para Esser sistema cerrado, derecho codificado y sistema axiomático significan lo mismo: vid. supra, nt. 28; también para Kaser (supra nt. 83), pág. 12; Kaufmann, A., *Analogie und «Natur der Sache»*², Heidelberg, 1982, pág. 50; Id. (supra nt. 12), págs. 125 y s.; Viehweg (supra nt. 12), págs. 80 y s., 84 y s., 124 y s. También para Weyand (supra nt. 25), pág. 62, el sistema abierto se contraponen al sistema axiomático, pero éste no se identifica con el derecho codificado.

¹²³ Aparte de Schulz, citado más arriba, vid. Kaser (supra nt. 83), págs. 9 y s., 35 y s., 47: dada su estructura casuística, el ordenamiento jurídico romano sigue «un método empírico, inductivo, análogo al de la tópica»; Alvarez Suárez, U., *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966, págs. 112 y s.; García Garrido, M. J., *Derecho privado romano II. Casos y decisiones jurisprudenciales*², Madrid, 1984, págs. 71 y s.: la jurisprudencia romana es el prototipo de sistema abierto; con anterioridad sobre sistemas abiertos y cerrados, acogiendo las ideas de Esser y Viehweg, Id., *Casuismo y Jurisprudencia romana*, Madrid, 1976, págs. 113 y ss.; Talamanca, M. (ed.), *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, pág. 429. Giaro (supra nt. 25), pág. 188, advierte que en ocasiones se usa la palabra tópica como «doble» de casuística, con lo que se la convierte en un término superfluo. Contra la igualación del casuismo romano a la tópica, Torrent, A., *Problemas romanísticos de aplicación forense*, Zaragoza, 1993, págs. 18 y s.

¹²⁴ Como ilustración de cada una de estas dos valoraciones, baste recordar las recensiones del libro de Viehweg debidas respectivamente a Coing (favorable a la tópica) y Diederichsen (en conjunto contrario a ella): Coing, H., *Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 41 (1954/55), págs. 436 y ss.; Diederichsen, U., *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, cit. supra, nt. 25.

¹²⁵ Viehweg (supra nt. 12), págs. 80 y s., 124 y s., 127.

¹²⁶ Vid. Canaris (supra nt. 2), pág. 243, nt. 1a. Como apunta García Cotarelo (supra nt. 115), pág. 65, la complejidad de los sistemas no es una «complejidad caótica»: supone diversidad, pero también orden.

¹²⁷ Para un resumen de la cuestión en la doctrina, vid. García Amado (supra nt. 12), págs. 157 y ss.

¹²⁸ En esto último consiste para este autor el sistema cerrado (del derecho privado alemán), en el que cada cuestión jurídica se puede decidir mediante *deducción* a partir de conceptos y valores fundamentales dados y entre los cuales existe una rígida jerarquía: Canaris (supra nt. 2), págs. 134 y s.; Id. (supra nt. 103), pág. 107, nt. 172; sobre los campos posibles de intervención de la tópica (fundamentalmente en caso de lagunas de valoración), Canaris (supra nt. 2), págs. 239 y ss., 269 y ss.; vid. también Kaser (supra nt. 83), págs. 10, 14; Diederichsen (supra nt. 25), págs. 703 y ss.

¹²⁹ Canaris (supra 103), pág. 107, not. 172; Id. (supra nt. 2), págs. 260 nt. 45, 269; Diederichsen (supra nt. 25), págs. 702, 704; Villar Palasi (supra nt. 14), pág. 543; Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 109 y s. Vid., no obstante, Perelman (supra nt. 11), págs. 571 y s., 758 y s., sobre la obligación que incumbe al juez de juzgar tratando el conjunto de normas que tiene que aplicar como si formaran un sistema completo y coherente.

gisch manifiesta que tampoco un orden jurídico empírico y casuístico excluye el sistema, del cual no puede prescindir¹³⁰. También Esser se detiene en el análisis de la interacción existente entre el problema y el sistema, una relación que él ve en la contraposición, explícita en su caso, entre el sistema abierto y el sistema cerrado. Entre ellos habría una especie de tensión dialéctica que implica la ruptura del sistema por el problema y la posterior absorción o asimilación de éste por aquél; de esta forma, «los conocimientos y experiencias ganados gracias a la casuística, son atribuidos al Código, para poderlos utilizar deductivamente como normas supremas del sistema»¹³¹. En definitiva, según Esser, ni la «evolución 'abierta' de los problemas» puede a la larga pasarse sin un complejo deductivo que permita la comprobación racional de las soluciones y su integración en el sistema, ni ninguna «axiomática 'cerrada'» basada en un sistema deductivo puede renunciar a su posterior ampliación mediante el pensamiento problemático que opera a partir del caso¹³².

¿Sería exagerado quizá resumir esta cuestión de la interdependencia del sistema y el problema diciendo que el sistema se encuentra inevitablemente en quiebra permanente (y en permanente reconstrucción) como consecuencia de la continua irrupción de problemas nuevos? Y si fuera así, ¿podríamos ver en el sistema algo más que una piadosa aspiración, útil, seguramente, en la medida en que contribuye a la orientación de la labor de legisladores y juristas en general, pero en definitiva inalcanzable? Y por otro lado, la afirmación de que el sistema interno del derecho es necesariamente un sistema abierto, ¿expresa de verdad una certeza, o es sólo una intuición? Téngase en cuenta, a este respecto, que las líneas de esa apertura no se dejan reconocer fácilmente: cambian de continuo, y no sólo dibujan el perfil por donde el derecho avanza y se extiende a la regulación de los nuevos aspectos de la vida social y económica, sino que pueden aparecer también —aparecen, de hecho, con notable frecuencia— en los sectores más tradicionales y consolidados de la realidad jurídica.

¹³⁰ Engisch (supra nt. 14), pág. 189: «Auch eine "empirische" Rechtsordnung, die sich von Fall zu Fall und von Einzelregelung zu Einzelregelung weitertastet, wächst nach immanenten Prinzipien, die insgesamt ein inneres System ergeben, das wissenschaftlich erfassbar und darstellbar ist»; Kaser (supra nt. 83), págs. 14 y s.

¹³¹ Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 208 y s.; así describe Esser este proceso: «Un determinado problema de hecho obliga a elaborar una solución que de momento se encuentra de modo casuístico, sin preocuparse de los principios, y luego se enlaza pragmáticamente con algún pasaje adecuado de las fuentes; sólo cuando no hay ya manera de silenciar las contradicciones del sistema, se reconoce que aquellos pasajes son utilizados sólo para dar un apoyo sistemático a un principio que los rebasa. Seguidamente, las nuevas figuras y categorías dogmáticas son incluidas en el conjunto del sistema, considerándolas como immanentes a éste»; págs. 211 y s.; en pág. 111, nt. 104, ejemplifica con la elaboración de la doctrina de la culpa in contrahendo por Ihering. Vid. también Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 326 y s.

¹³² Esser, *Principio y norma*, cit., págs. 303 y s. En el mismo sentido, Horak (supra nt. 14), pág. 33.

¹³³ Fikentscher (supra nt. 4), págs. 117 y s., 120. donde llega a decir que los sistemas cerrados constituyen un adecuado fundamento para las dictaduras y que son fragmentarios y de carácter principalmente tópicos; id. (supra nt. 115), págs. 64 y ss.: *Der*

Las dos concepciones del sistema abierto vistas hasta ahora y que lo caracterizan respectivamente como sistema móvil e incompleto en permanente quiebra y reconstrucción y como sistema tópico en el sentido de Viehweg y Esser son, si no las únicas, si las más importantes. A la primera de ellas se asemeja todavía el enfoque de Fikentscher, que hace depender la apertura del sistema de la existencia de un espacio libre de regulación jurídica («*ein rechtsfreier Raum*») sin el cual el derecho no podría avanzar. En cambio, los sistemas cerrados niegan la existencia de tal ámbito libre de regulación jurídica y son, por ello, sistemas intemporales (*zeitlos*) y desprovistos de recursos frente a la modificación de las circunstancias¹³³. La clausura del sistema viene a coincidir en este caso con su completud¹³⁴: un sistema jurídico sería universal (y en este sentido completo) porque todo aquello que no regula en sus normas positivas no está desprovisto de regulación (*devoid of law*), sino regulado en sentido negativo¹³⁵. Ahora bien, entendida de este modo, la completud-clausura del sistema intenta simplemente dar satisfacción a una necesidad lógica espúrea y en definitiva descartable, pues, como dice Stone muy expresivamente, «being unregulated cannot be a 'mode' of being regulated»¹³⁶.

Mención aparte merece, por último, una tercera opinión según la cual el sistema abierto representa un punto intermedio entre el sistema axiomático o cerrado, basado en la deducción lógica de las soluciones, y el «sistema tópico» en el cual la solución se extrae del problema mismo prescindiendo en general de reflexiones fundadas lógicamente en la razón: sistema abierto sería entonces aquel que admite la existencia de interdependencias entre el razonamiento axiomático y los pensamientos tópicos¹³⁷.

Para concluir este apartado parece oportuno destacar escuetamente tres puntos seguros de conflicto entre las principales concepciones del sistema abierto y el sistema cerrado elaboradas por la doctrina (y cuya disparidad constituye el primer obstáculo para su uso eficaz):

1. Quienes parten —y son muy numerosos,

*fallrechtsfreie Raum. Das «offene» System. Sobre la teoría del *rechtsleerer Raum*, vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 720 y s.; Canaris (supra nt. 103), págs. 40 y ss., precisando el significado práctico de este concepto y delimitándolo frente al concepto de laguna.*

¹³⁴ Stone (supra nt. 17), págs. 188 y ss., trata de los sistemas jurídicos («legal orders») abiertos y cerrados desde el punto de vista del «principio de la completud del sistema».

¹³⁵ Este «principio legal residual negativo» o «principio de clausura» podría tener cualquiera de estas dos formulaciones: «está prohibido todo lo que no está permitido», o bien «está permitido todo lo que no está prohibido»; vid. Fikentscher (supra nt. 4), pág. 120.

¹³⁶ Stone (supra nt. 17), pág. 192; para una crítica del «principio de clausura», vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 721 y ss.; Canaris (supra nt. 103), págs. 49 y s.; Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 199 y s., 282 y ss.

¹³⁷ Von Schwind (supra nt. 14), págs. 13 y s. No es fácil decir en qué medida se acerca a esta postura la visión de Giaro (supra nt. 25), pág. 188, de una concepción tópica (adecuada, según él, para caracterizar al menos algunos aspectos de la «*römische Rechtsfindungsweise*») entendida como camino intermedio entre la deducción automática y rígida dentro de un sistema axiomático y el ciego y desordenado tanteo de una búsqueda del derecho a la vez empírico-pragmática y autoritaria.

como hemos podido ver— de la idea de que el sistema interno del derecho es siempre y de modo necesario un sistema abierto, seguramente estarán en desacuerdo con la consideración de todo derecho codificado o basado de forma preferente en la legislación como sistema necesariamente cerrado¹³⁸.

2. Es rechazable sin más la igualación del derecho codificado con el sistema (cerrado) axiomático o deductivo, tanto porque la experiencia de los modernos derechos continentales le otorgan un rotundo desmentido como porque, situando de nuevo a esos derechos bajo un paradigma del sistema ya periclitado, amenaza con inhabilitarlos desde el punto de vista de las modernas concepciones sistemáticas.
3. La configuración del sistema interno como sistema abierto (en el sentido de Larenz y Canaris) implica un claro rechazo del llamado sistema tópico.

6. UNIDAD, COHERENCIA Y COMPLETUD COMO CARACTERES ESENCIALES DEL SISTEMA JURIDICO

Los conceptos tienen su propia historia como la tienen los hombres que los crean, y como sucede con la historia de los hombres, también la de los conceptos es siempre muy significativa.

Páginas atrás, al recordar (en el § 3) las raíces de la especulación doctrinal moderna en torno a los problemas del sistema jurídico, señalábamos cómo, en un momento decisivo del pensamiento jurídico europeo, llegó a fraguarse con la consistencia del granito una idea, un modelo de sistema en el que destacaban como notas principales la unidad, la coherencia y la integridad o completud. La más perfecta realización de este modelo creyó poderse conseguir con el sistema deductivo o axiomático, puesto luego en cuarentena ante la tozuda resistencia de la realidad jurídica a someterse a sus requerimientos y por último degradado de ideal sistemático a método de sistematización científica.

Se inventaron después otras teorías que admitieron ya, unas de ellas, la inevitable incompletud de todo sistema jurídico, otras, sus probables fallas frente al requisito de la coherencia, y que colocaron la característica de la unidad en un plano —llamado a veces material— dominado por los principios, los

valores o los fines, o bien, según otra orientación, la hicieron depender de un criterio de derivación y jerarquía normativa estrictamente formal.

Hoy se afirma que el sistema jurídico es posible a pesar de las lagunas y las antinomias, palmario reconocimiento de que tanto unas como otras constituyen obstáculos importantes que cualquier teoría del sistema se ve precisada a superar o al menos a eludir. En cuanto a la unidad del sistema, no basta hoy con afirmar simplemente su existencia como algo de suyo necesario y merecedor en consecuencia de sumisa aceptación aun en ausencia de una comprobación empírica siempre difícil y más que difícil problemática.

Destacadamente, éste sigue siendo el contenido de la discusión actual sobre el sistema en el derecho. Y si el punto de partida fue un ideal de sistema unitario, coherente y completo, puede decirse que ahora se trata —de ello se sigue tratando— de alcanzar (o quizás, mejor, de conservar) un tipo de sistema *lo más unitario, lo más coherente y lo más completo posible*.

6.a. *Unidad.* Respecto del problema de la unidad del sistema jurídico, me parece necesario sentar esta afirmación inicial: es imposible lograr la integración sistemática de todo el ordenamiento jurídico¹³⁹. Adelantándome a la crítica más fácil diré que ésta no es una afirmación banal. La naturaleza omnicomprendiva del sistema es uno de los dogmas normales con los que viene trabajando el razonamiento jurídico, y es lógico que así sea porque así lo requiere la operatividad más plena a la que sin duda aspira cualquier concepto de sistema¹⁴⁰. Sin embargo, es evidente que con el aumento de su extensión disminuye el rigor del sistema¹⁴¹, y más aún lo es que la alternativa comúnmente propuesta de limitar el sistema a una rama del derecho o a un sector del ordenamiento¹⁴² parte del reconocimiento de la inexistencia de un único sistema jurídico, de un sistema jurídico unitario.

Repárese, por lo demás, en la escasa utilidad que cabría obtener de la idea de sistema jurídico si, lejos ya del sistema unitario y omnicomprendivo de la totalidad del derecho, el jurista hubiera de resignarse a la existencia de una pluralidad de sistemas parciales dentro, incluso, del Derecho civil o del Derecho administrativo; y conste que esta última observación no se refiere solamente a la utilidad de la idea de sistema para una consideración científica del de-

¹³⁸ Según David, R.-Grassmann, G., *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, München, 1989, pág. 447, los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica son de sistema cerrado, el derecho inglés en cambio es un sistema abierto.

¹³⁹ Así lo afirman también Alchourron-Bulygin (supra nt. 8), págs. 98 y s., y Recasens Siches (supra nt. 16), págs. 426 y s. Un sistema abierto no puede ser omnicomprendivo: Fikentscher (supra nt. 4), págs. 116 y s.; el «sistema total» (*Gesamtsystem*) como expresión intelectual de la unidad del ordenamiento jurídico debe ser concebido y descrito, según Pawlowski (supra nt. 119), págs. 120 y s., como sistema cerrado. En cambio, Engisch (supra nt. 14), pág. 186, considera que no es imposible en principio un sistema jurídico total y señala que existen programas para su realización, impedida en la práctica, sin embargo, por la imponente cantidad de la materia.

¹⁴⁰ Dice Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 520, que «la unidad funciona como elemento integrativo del sistema y como postulado del mismo»; según Paradisi (supra nt. 43), pág. 11, el concepto de sistema «implica la totalidad del ordenamiento o, al menos, del derecho privado, y tiene significado precisamente en la medida en que comprende el todo» (cursiva mía).

¹⁴¹ Giaro (supra nt. 25), pág. 192; por eso —añade Giaro en nt. 41—, en la jurisprudencia sólo es posible encontrar sistemas parciales.

¹⁴² Vid., por ejemplo, Albanese, B., *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, pág. 19, nt. 14: en cada sociedad, el derecho objetivo puede ser considerado oportunamente como un todo orgánico pese a ser de formación e inspiración heterogénea. De ahí que la reflexión jurídica tienda frecuentemente a reconstruir un sistema para cada sector general que se puede distinguir en el derecho objetivo.

recho (que, según De Castro, reclamaría precisamente como postulado la unidad sistemática)¹⁴³.

El análisis penetrante que desde hace años viene desarrollando N. Irti ha puesto de manifiesto la existencia, por detrás de la unidad aparente del sistema jurídico, de una pluralidad de sistemas que no toleran su encuadramiento como subsistemas o elementos de otro sistema más amplio que a todos los comprenda, sino que configuran a lo sumo un «polisistema» cuya unidad, rica y heterogénea, es asegurada sólo por la Constitución que ocupa el vértice de la pirámide normativa¹⁴⁴. Y aun así, podríamos preguntarnos todavía en qué consiste y cómo se alcanza esa unidad que la Constitución supuestamente garantiza, si se trata de la unidad formal resultante del respeto a la jerarquía de fuentes y del control de constitucionalidad de las normas o de alguna unidad de sentido interno del derecho que se base en los principios y valores consagrados por la norma suprema, los cuales, misteriosamente difundidos a través de los más mínimos vasos del «organismo» jurídico, lleguen por igual a todos los ámbitos de la realidad social con la que la Constitución se corresponde.

La unidad del primer tipo, compatible tanto con la «selva de disposiciones aisladas» y con las antinomias entre ellas como con la pluralidad de conjuntos normativos dotados de su propia estructura ordenada¹⁴⁵, nos parece, en verdad, muy poco interesante. Es el tipo de unidad que se consigue fácilmente en el «saco sistemático» que solemos designar con el nombre de ordenamiento jurídico y que deja crudamente planteada la cuestión crucial de la coherencia¹⁴⁶.

Por su parte, la unidad del segundo tipo (de valores y principios generales), propia como hemos visto del sistema jurídico interno cuando se lo caracteriza por su movilidad y su apertura¹⁴⁷, se enfrenta a un obstáculo ciertamente difícil de superar como es

el de saber cuáles son esos valores sobre los que supuestamente se apoya la unidad sistemática. Referir ésta, como lo hace Castanheira, a la «axiología común presupuesta por nuestras propias divergencias (ideológicas, sobre todo)»¹⁴⁸, deja el problema sin resolver, pues en efecto, o bien se piensa de forma parecida a Bartosek, quien —con una clarividencia y una simplicidad seguramente poco envidiables— sostiene que la unidad del ordenamiento jurídico resulta «de la única y compacta voluntad de la clase dominante, decisiva para eliminar las eventuales contradicciones entre las normas del derecho material»¹⁴⁹, o bien, en otro caso, se reconoce que la identificación de los valores verdaderamente vigentes en una realidad social plural y compleja que asume el conflicto como forma normal y frecuente de relación entre sus miembros, y no digamos ya la definición concreta de esos valores, su apreciación jerarquizadora y su misma composición y conjunción, son tareas un tanto desesperadas que sólo abordándolas dentro de un marco ideológico concreto es posible resolver¹⁵⁰. Fuera de ese marco, tampoco el recurso a los valores aporta una solución satisfactoria al problema de la unidad del sistema jurídico; aparte de que, por la vía de las antinomias y las incoherencias y de la deficiente coordinación entre distintos sectores del ordenamiento, seguramente podría descubrirse también la coexistencia de valores (no digamos de intereses) contradictorios por lo menos en parte.

Si alguna conclusión se extrae de lo anterior es, una vez más, el fracaso de la idea sistemática. La unidad resulta no ser más que un postulado del sistema, una proposición de la que se parte en la construcción del concepto de éste, pero que no es evidente por sí misma ni se puede demostrar de forma concreta; un carácter ficticio del ordenamiento jurídico que la doctrina ha transferido del pensamiento al ordenamiento concebido abstractamente¹⁵¹. A lo

¹⁴³ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 61.

¹⁴⁴ Irti, N., *L'età della decodificazione*, Varese, 1979, págs. 25, 65 y s., 72 y s.; id. (supra nt. 44), págs. 302 y ss.; Pattaro (supra nt. 97), pág. 276. También Viehweg (supra nt. 50), pág. 128, se ha referido al «tejido jurídico total» como «una indefinida pluralidad de sistemas» cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicompreensivo no es estrictamente comprobable; en la misma línea, De Villamor Maquieira (supra nt. 27), pág. 880; Díez Picazo (supra nt. 83), págs. 193 y s., 195; vid. también Nieto (supra nt. 72), págs. 140 y ss., sobre el carácter retórico y evanescente de la vinculación de la ley a la Constitución; pág. 143, sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos, con frecuencia contradictorios, debido a la configuración autonómica del Estado español.

¹⁴⁵ Es afirmación de Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 522, 528, que habla, en todo caso, de «tendencia a la unidad».

¹⁴⁶ Irti (supra nt. 44), págs. 300 y ss. Consciente de este problema, Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 534, 539 y s., 555, señala que la unidad y la coherencia del sistema son elementos internos de naturaleza axiológica, no impuestos desde fuera al ordenamiento; aunque también los presenta como elementos «conformadores del sistema en la interpretación» (pág. 534) o «definitorios del sistema jurídico del Derecho como ciencia» (pág. 539).

¹⁴⁷ Vid. supra, nt. 117. Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 88, 123 y ss., 164 y ss.; Canaris (supra nt. 2), págs. 66 y ss.; sobre la diferencia (más bien la proximidad) entre valores y principios, págs. 86 y s., nt. 147. Por otra parte, los principios generales participan de la misma mutabilidad que afecta al ordenamiento jurídico del cual se extraen: Paradisi (supra nt. 43), pág. 28; precisamente, la crítica de Pawlowski al sistema de principios generales, de valores o de conceptos jurídicos generales

parte de la constatación de que debe ser reconstruido a partir de las leyes existentes, por lo que expresa los valores del legislador actual y sólo sirve como sistema descriptivo o de exposición: vid., Pawlowski (supra nt. 119), págs. 68, 82 y ss.

¹⁴⁸ Castanheira Neves (supra nt. 19), pág. 128.

¹⁴⁹ Bartosek, M., *Diritto romano e teona dello Stato e del Diritto*, en *Estudios Sánchez del Río y Peguero* (Temis 21, Zaragoza, 1967), pág. 85, nt. 84. Nótese que la unidad de la que habla Bartosek se consigue también por la vía interpretativa, cambiando únicamente el presupuesto ideológico del que la misma parte. «Alles hängt davon ab, wer wem Werte vorschreibt»: Fikentscher (supra nt. 4), pág. 121.

¹⁵⁰ En este sentido se pronuncia también Vallet de Goytisolo (supra nt. 82), págs. 331 y s., también pág. 392, donde habla de «la nebulosidad del plátano de los valores con su tónica irresoluble si no es ideológicamente»; coincide en esta crítica, aunque desde una perspectiva completamente diferente, Bargallí, R., *Protagonismo judicial y cultura de los jueces*, en *Jueces para la Democracia* 19/2 (1993), pág. 15. Pawlowski (supra nt. 119), pág. 84, resalta, por su parte, que la decisión basada sólo en un sistema de valores o principios generales, o de conceptos abstractos parecidos, hace inevitable el recurso a actos volitivo-arbitrarios como complemento del asunto a decidir. Tarello denuncia la función asistemática que asume la argumentación jurídica fundada sobre valores en tiempos de conflictividad elevada: vid. Lipari (supra nt. 57), pág. 157. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico como sistema de intereses en el que la conjunción de varios intereses se resuelve lógica y necesariamente en un «interés total unitario» (así Falzea [supra nt. 79], págs. 45 y s.), la crítica puede ir en esta misma línea.

¹⁵¹ Frosini (supra nt. 75), pág. 648.

sumo, hablar de la unidad del sistema jurídico, e incluso decir que la misma no es un dato sino una tarea y que sólo se consigue por su reconstrucción a *posteriori*¹⁵², no pasa de ser una declaración de buenas intenciones con las que enfrentarse a lo real, a la realidad de cualquier derecho en su concreta existencia.

6.b. *Coherencia*. El problema de la coherencia está ligado necesariamente al de la unidad. La plena coherencia supone la unidad perfecta y ésta facilita en no poca medida la consecución de aquélla; a la inversa, la unidad irrealizable es tanto un impedimento de la coherencia como una señal que acusa su falta.

En general, la coherencia es apreciada como uno de los atributos esenciales del sistema jurídico hasta el punto de haberse señalado que lo que constituye a un ordenamiento en sistema es, precisamente, la relación de coherencia entre sus partes componentes¹⁵³. Y si decimos «en general» es porque se matiza en ocasiones que la coherencia absoluta es exclusiva de los sistemas formales (entre los que no se cuentan los sistemas jurídicos)¹⁵⁴ y porque recientemente se admite la existencia y viabilidad de sistemas normativos incoherentes¹⁵⁵.

La coherencia es un amplio concepto que abarca muy distintas facetas; lo más inmediato es la ausencia de contradicciones y por tanto, en el más lato sentido, la inexistencia de antinomias, pero también encaja en este concepto la necesidad en cierto modo previa de que cada proposición jurídica, considerada individualmente, esté dotada de un significado racional y comprensible, adviértase bien, no que sea rigurosamente clara y unívoca, pero sí que no sea absurda. Podemos, por otra parte, preguntarnos cuál es el plano en el que la cuestión de la coherencia debe plantearse, si en el puramente normativo o más bien en el axiológico, y junto con ello, en qué momento debe ser apreciada su presencia: si ya en el material jurídico tal como existe antes de la sentencia judicial o en el pronunciamiento mismo que actúa su aplicación práctica concreta¹⁵⁶. Lo que ya nadie discute seriamente, a estas alturas, es que la coherencia que el derecho necesita no es de orden meramente lógico ni puede, en consecuencia,

venir asegurada por el solo uso, aunque sea riguroso, de las leyes de la lógica¹⁵⁷.

La misión de buscar la coherencia incumbe desde luego, y en lugar muy principal, al propio legislador. Así lo hacía notar, hace más de cincuenta años, Burckhardt¹⁵⁸, quien —pensando todavía en la coherencia del orden jurídico en términos de corrección formal (lógica) del mismo— inevitablemente tuvo que enfrentarse con el problema de la relación entre la sistemática y el método de la construcción lógica —es decir, la coherencia— y la justicia del ordenamiento. Su solución, tan superficial como optimista, consistía en afirmar que sólo el contenido justo o correcto, o sea, la verdad, admite ser construido con consecuencia lógica completa¹⁵⁹. Por otra parte, consciente de que no siempre logra el legislador cumplir con las exigencias de la construcción lógica y sistemática del derecho, Burckhardt confiaba subsidiariamente a la ciencia esta tarea.

La experiencia común de todo jurista prueba, en efecto, que el material jurídico en bruto, dado, no está ni mucho menos libre de contradicciones e incoherencias de vario tipo, si es que no ocurre, en más de una ocasión, que el «valor» de la coherencia es deliberadamente inmolado en el altar de la conveniencia política en el que tan asiduamente sacrifica el legislador¹⁶⁰.

Recae entonces sobre el intérprete el deber de *construir* la coherencia. Pero aquí surge un problema: ¿qué es lo que obliga al juez a introducir coherencia allí donde el legislador no supo o no quiso introducirla? Se dice, por ejemplo, que la norma jurídica tiene un derecho a la existencia por el mero hecho de haber sido promulgada, de ahí que la interpretación deba esforzarse por buscar una vía para que la norma tenga sentido o, en su caso, para resolver una antinomia¹⁶¹. Esto, sin embargo, supone una verdadera petición de principio.

Alternativa o acumulativamente se puede invocar también la pura y simple necesidad en que se encuentra el juez de solucionar el caso ante él planteado con base en la suposición, impresa quizá por la justicia o la juridicidad de su decisión —se puede mencionar en este sentido el postulado de la seguridad jurídica—, de que el ordenamiento que aplica es coherente (coherente no sólo en sentido lógico, sino también, por ejemplo, con una idea de jus-

¹⁵² Así Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 167, 170. Para la unidad a *posteriori* del ordenamiento jurídico, en una perspectiva normativística, vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 703 y s.

¹⁵³ Bobbio (supra nt. 14), págs. 189, 195, que advierte expresamente que la coherencia no se refiere al ordenamiento como conjunto sino sólo a la relación entre sus partes individuales; vid. también Burckhardt (supra nt. 31), págs. 121 y s.; Modugno (supra nt. 21), págs. 705 y s.; Mayer-Maly (supra nt. 4), pág. 67: «jeder juristische Systementwurf soll die Rechtsordnung als folgerichtig erweisen»; Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 515, 533 y s., 555; Fazzalari (supra nt. 96), pág. 213.

¹⁵⁴ Perelman/Olbrechts-Tyteca (supra nt. 83), pág. 262; Perelman (supra nt. 11), págs. 505, 694 y s., 762.

¹⁵⁵ Vid. supra, nt. 31; Stone (supra nt. 17), pág. 180: «clearly there are many points at which even the most systematic law falls short of ordeliness in whatever terms this be conceived; and it may indeed be that certain antinomies are inescapables in any legal order which actually functions». Por el contrario, Castanheira Neves (supra nt. 19), págs. 104 y s., entiende que la ausencia de contradicción, con la coherencia y consecuencia implicadas en ella, es para el derecho una exigencia lógica o de posibilidad en

general (no sólo normativa) postulada inmediatamente por el principio de igualdad.

¹⁵⁶ Vid. Perelman (supra nt. 11), pág. 762. Según Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 517, la coherencia interna se refiere a la consistencia de las decisiones que derivan del sistema.

¹⁵⁷ Recasens Siches (supra nt. 16), págs. 157 y ss.; Canaris (supra nt. 2), págs. 220 y ss.

¹⁵⁸ Burckhardt (supra nt. 31), págs. 110 y s., 125 y s.

¹⁵⁹ Vid. Burckhardt (supra nt. 31), pág. 122 y nt. 2: «ganz folgerichtig kann sicher nur der richtige Inhalt, die Wahrheit, aufgebaut werden».

¹⁶⁰ «La “desdiferenciación” de los sistemas jurídico y político que determina la utilización del derecho con fines de política social determina un auge considerable del recurso a la *ambigüedad* calculada en la formulación de las normas jurídicas que definen los objetivos de la Intervención estatal» (Calvo García [supra nt. 2], pág. 267), y ocurre que esos objetivos son tan numerosos y tan poco circunscritos...

¹⁶¹ Messineo, F., *Variazioni sul concetto di “rinuncia alla prescrizione”*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 11 (1957), pág. 516, cit. por Bobbio (supra nt. 14), pág. 213.

ticia, coherente en el respeto y la promoción de ciertos valores). Ahora bien, en esta actitud el juez o en general el intérprete no se coloca objetivamente frente al sistema, sino que *participa* ya en el sistema, captado de antemano por sus requerimientos¹⁶²; se trata, en efecto, de una actitud forzada por el dogma de la coherencia a sostener —y por ende a demostrar— que cualquier contradicción es sólo aparente o derivada de una mala interpretación, algo que recuerda la situación originada por la pretensión de Justiniano de imponer por la fuerza de la ley la convicción (y el postulado) de la inexistencia de antinomias en su compilación: const. *Deo auctore*, 8; const. *Tanta*, 15. La interpretación además es del intérprete y se humilla siempre ante cada nueva disposición con la que el legislador puede destruir sus construcciones. ¿Y qué decir, por fin, de la coherencia del sistema antes de la intervención del juez y de tantos casos en los que el juez no llega a intervenir?¹⁶³

Por otra parte, la interpretación es muy poderosa, tanto, que una norma carente en su literalidad de sentido —y carente por tanto de sentido en el interior del sistema—, pero con el mencionado «derecho a existir» podría ser salvada por el intérprete casi a pesar de sí misma, cabría decir. Si en los casos extremos es la propia jurisprudencia la que consigue la coherencia de «lo normativamente incoherente», si ante las antinomias llamadas reales (*i.e.*, insolubles) queda el intérprete «abandonado a sí mismo» por la carencia de criterios o el conflicto entre los que podrían facilitar su solución¹⁶⁴, no hay hipérbole —tampoco reparo— en afirmar que por esta vía hermenéutica y jurisprudencial nunca faltará la coherencia. Eso sí, se tratará de una coherencia de grado menor, limitada cada vez a un ámbito concreto y bastante reducido y desde luego no extensible a la totalidad del ordenamiento jurídico¹⁶⁵. En definitiva, se tratará de una coherencia del caso momentáneamente producida en un punto específico del océano jurídico y con repercusiones más o menos lejanas y numerosas en otros puntos de ese océa-

no, pero de la cual no se puede deducir la coherencia del océano en su conjunto: esta última es el objeto de una hipótesis que la solución jurídica y legalmente correcta de los casos particulares no confirma ni puede confirmar en el plano normativo.

Si pasamos ahora brevemente al plano de los valores en los que se inspira el ordenamiento, habrá que empezar por asumir que hay entre ellos contradicciones, no sólo como fruto de la historia y de la «tendencia individualizadora de la justicia»¹⁶⁶, sino como inevitable resultado de una complejidad social¹⁶⁷ que sólo un legislador absoluto que impusiera su coherencia podría intentar dominar.

En efecto, el intento de basar la coherencia del sistema —como el de basar su unidad— en lo axiológico (por lo tanto, en lo más difícil de racionalizar y hasta de constatar, en lo más opinable y susceptible de interpretación) no puede quedarse en la peregrina afirmación de que en el juego jurídico y en el juego social que a él subyace las cuentas, al final, mal que bien terminan por cuadrar, como lo probaría el hecho de que no hay desajustes o tensiones tan incontrolables que pongan en peligro la continuidad de lo establecido. No basta con esto, así que de nuevo nos encontramos con que la coherencia, en este caso axiológica, se da acabadamente (cuando se da) sólo en presencia del caso concreto resuelto por el juez¹⁶⁸: una coherencia, de nuevo, interpretativa y de alcance limitado¹⁶⁹. Enlazando, pues, con lo dicho en el apartado anterior sobre la falta de unidad axiológica en el sistema, podemos concluir que, si no es en esta forma concreta, no se ve el sentido de afirmar la coherencia valorativa del sistema jurídico.

6.c. *Integridad o completud.* Para aquellos que parten de la existencia de un orden jurídico natural del cual el derecho positivo no es nunca más que una explicitación parcial y aproximada, el problema de la completud o integridad del sistema jurídico, el problema, en suma, de las lagunas que inevitable-

¹⁶² Simpson, A. W. B., *The Common Law and Legal Theory*, en *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series), Oxford, 1973, pág. 97: «to argue that this or that is the correct view, as academics, judges, and Counsel do, is to participate in the system, not simply to study it scientifically. For the purpose of action the judge or legal adviser must of course choose between incompatible views, selecting one or other as the law, and the fiction that common law provides a unique solution is only a way of expressing this necessity». Las palabras de Simpson se refieren en general a la controversia jurídica y al *common law*, pero el argumento que se extrae de ellas es válido también para el problema de la coherencia, al menos, en lo que respecta a las antinomias.

¹⁶³ Fazzalari (supra nt. 96), pág. 216, afirma la prevalencia del sistema y la expulsión de las normas incompatibles. Con esta óptica distinta, Moreso-Navarro (supra nt. 70), págs. 101 y ss., llaman la atención sobre el problema de las normas inválidas y citan (en pág. 106) a E. Bulygin en relación con el supuesto de una ley inconstitucional: «(...) es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente [!]) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema».

¹⁶⁴ Respectivamente, Villar Palasí (supra nt. 14), págs. 533 y s., y Bobbio (supra nt. 14), pág. 204. Sobre el conflicto entre criterios, vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 713 y ss.

¹⁶⁵ Coherencia como aspiración: Díez Picazo (supra nt. 83), pág. 196; Bobbio (supra nt. 14), págs. 209 y ss., alude a las va-

riadas técnicas de la hermenéutica jurídica a las que puede acudir el intérprete en uso de un verdadero y propio derecho discrecional.

¹⁶⁶ Larenz (supra nt. 16), pág. 480; Canaris (supra nt. 2), págs. 199 y s.

¹⁶⁷ Mayer-Maly (supra nt. 4), pág. 68, que, pese a reconocer la complejidad del proceso social y la consiguiente concurrencia en cada ordenamiento jurídico de muy diferentes principios, afirma que debido a la conexión entre derecho y valoración social los sistemas jurídicos deben ser vistos ante todo como estructuras de principios: Bobbio (supra nt. 14), págs. 202 y s., llama «antinomias de principio» a las que se producen cuando el ordenamiento jurídico está inspirado en valores contrapuestos o en ideologías opuestas; también Modugno (supra nt. 21), pág. 707.

¹⁶⁸ Vid. Recasens Siches (supra nt. 16), págs. 536 y s., págs. 537 y ss., sobre los principios axiológicos implícitos en la interpretación jurídica «razonable» Pawlowski (supra nt. 119), pág. 86, se refiere también, aunque desde un punto de vista diferente, a la consistencia de las decisiones previas relevantes para la solución del caso planteado, y en este sentido contraponen el sistema total (*Gesamtssystem*) a la sistematización, o sea, a la formación de sistemas parciales (*Teilsystemen*).

¹⁶⁹ Vid. Castanheira Neves (supra nt. 19), pág. 165. Este es el reverso de la afirmación de Canaris (supra nt. 2), pág. 234, según la cual el sistema axiológico o teleológico permite aislar las contradicciones de forma que la perturbación que éstas significan no se extienden al conjunto del sistema.

mente presenta un ordenamiento jurídico positivo cualquiera, es en realidad un falso problema que se resuelve sólo con pensar que aquellas lagunas lo son únicamente de la ley (del derecho positivo) pero no del derecho o sistema jurídico total. En cambio, en el marco del monopolio estatal sobre el derecho, la cuestión de las lagunas adquiere una importancia especial con el positivismo legalista y la codificación, a los que se debe en definitiva el llamado «dogma de la completud» (*Dogma der Lückenlosigkeit*) en su versión moderna¹⁷⁰, ya que la articulación de la doctrina de la división de poderes con la prohibición del «déní de justice» (*non liquet*) según el conocido modelo francés —que convierte al juez en un simple instrumento de aplicación de la ley, obligado sin excusa a sentenciar cuantos casos le sean sometidos mediante las normas existentes de antemano en el sistema¹⁷¹— hace de la plenitud una necesidad dogmático-conceptual y de funcionamiento del sistema y coloca, en consecuencia, en primerísimo plano el interés por las lagunas —para negar en primera instancia su existencia— y por las técnicas que podrían servir, si las hubiera, para colmarlas *dentro del sistema*¹⁷².

El dogma de la completud tiene dos modelos teóricos principales, el del «espacio jurídico vacío» y el de la «norma general negativa» o principio de clausura, que distan, ambos, de ser satisfactorios. El primero de ellos sostiene la plenitud del ordenamiento jurídico argumentando que o bien existe el derecho, y entonces no puede haber lagunas, o bien se da la laguna, y entonces no existe el derecho sino el ámbito de lo jurídicamente indiferente o espacio jurídico vacío. De acuerdo con el segundo, las lagunas quedan excluidas por la presencia en el sistema de una norma —llamada norma general negativa o excluyente— que permite todo aquello que las normas particulares del sistema no prohíben expresamente¹⁷³; ninguna acción, ningún caso quedaría de este modo fuera de la previsión del sistema jurídico, éste sería completo y las lagunas meramente aparentes.

Ahora bien, sobre la teoría del espacio jurídico vacío se ha señalado, por una parte, que la definición de un ámbito en el que la libertad humana es irre-

levante para el derecho resulta no sólo difícil en el plano teórico¹⁷⁴, sino peligrosa en sus consecuencias prácticas dado que libertad no protegida jurídicamente equivale a licitud en el uso de la fuerza privada; y por otra, que dicha teoría no resuelve, sino que elude, el problema de las lagunas que existen *dentro del sistema*¹⁷⁵.

En cuanto a la idea de la norma general negativa, tampoco ofrece una base adecuada para la completud del sistema jurídico. En primer lugar, por la necesidad de contar con la existencia, al lado de ella, de una «norma general inclusiva», en muchos casos explícita, que prescribe en caso de laguna la utilización de la analogía pero deja en manos del intérprete la decisión, ante el caso concreto, sobre si se da o no la razón de semejanza con el caso previsto por las normas particulares, de tal forma que proceda, si la semejanza se da, aplicar la norma general inclusiva y resolver por analogía, y si no se da, aplicar la norma general negativa (respectivamente, *argumentum a simili* y *argumentum a contrario*); todo lo cual significa que los casos no expresamente regulados, en ciertas hipótesis más o menos frecuentes, pueden llegar a tener dos soluciones posibles y perfectamente contrarias, entre las que debe elegir el juez colmando con su decisión una laguna (aquí resuelta en antinomia) motivada por la carencia en el sistema de criterios que puedan orientar la elección entre la norma general inclusiva y la norma general excluyente o negativa¹⁷⁶. Aparte de esta objeción, la teoría de la norma general negativa es insatisfactoria también porque deja planteados y sin resolver algunos problemas técnicos importantes que tienen que ver con la forma concreta en que esa norma debe ser concebida (pues no es lo mismo, por ejemplo, entenderla como una *norma perteneciente al sistema* que autoriza la conducta no prohibida por las normas particulares del mismo que como la simple *inexistencia de una norma particular prohibitiva de esa conducta*¹⁷⁷) y especialmente con la posibilidad de extenderla uniformemente a todos los casos no regulados y a todos los sectores del derecho positivo; en definitiva, con su carácter de norma «general»¹⁷⁸. A todo lo cual se podría añadir to-

¹⁷⁰ Bobbio, N., *Lacune del diritto*, en *NNDI IX*, Torino, 1975, págs. 419 y s.; Id. (supra nt. 14), pág. 225; Larenz (supra nt. 16), pág. 364; Modugno (supra nt. 21), pág. 720; Kaufmann (supra nt. 12); pág. 84. Para un recorrido crítico por las sucesivas posiciones doctrinales en esta materia, vid. De Castro y Bravo (supra nt. 11), págs. 474 y ss.

¹⁷¹ Code Napoléon, art. 4: «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

¹⁷² Vid. Perelman (supra nt. 11), págs. 770 y s., 775; Bobbio (supra nt. 14), pág. 223. Si bien la *communis opinio* ve en el artículo 4 del Code civil el reconocimiento de la existencia de lagunas que el juez debe suplir a base de técnica interpretativa, en un plano teórico no es indefendible la tesis (ya sostenida por Kantorowicz) de que el mencionado precepto tiene el significado precisamente contrario, a saber, la reafirmación a toda costa de la completud del ordenamiento jurídico, de donde la prohibición del «déní de justice» *pretextando* falta de ley aplicable; apoya en este sentido la precedente admisión del «referé législatif» (vid. Perelman [supra nt. 11], págs. 774 y s.).

¹⁷³ Según los casos, la norma general negativa puede ser pensada también como norma prohibitiva de todo aquello que las normas particulares no permiten expresamente. No vamos a entrar

en esta cuestión cuyo trasfondo tiene un claro componente político o ideológico.

¹⁷⁴ Canaris (supra nt. 103), págs. 40 y s.; Díez Picazo (supra nt. 83), pág. 278: «La falta de ley no transforma la cuestión en cuestión no jurídica».

¹⁷⁵ Vid. respectivamente, Bobbio (supra nt. 14), págs. 230 y ss.; y Modugno (supra nt. 21), págs. 720 y s.

¹⁷⁶ Vid. Modugno (supra nt. 21), págs. 722 y ss.; Bobbio (supra nt. 14), págs. 235 y ss. En relación con la analogía, Horak (supra nt. 14), pág. 36, señala que el juez está obligado a sentenciar dentro del marco que le ofrece la ley, y cuando la ley le permite o le prescribe el uso de la analogía no puede decidir si se da o no ésta en el caso en cuestión si no es desde sus propios puntos de vista valorativos y vistiendo su *arbitrium* con el gabán de la aplicación de la ley. Vid., sin embargo, Larenz (supra nt. 16), pág. 384, que subraya la vinculación del juez a los medios técnicos del pensamiento teleológico.

¹⁷⁷ Vid. al respecto, Santiago Nino (supra nt. 10), págs. 199 y s., 282 y ss.

¹⁷⁸ Larenz (supra nt. 16), pág. 371. Canaris (supra nt. 103), pág. 50, recuerda que la falta de una decisión positiva no equivale a la existencia de una regulación negativa y que el silencio del legislador no significa necesariamente que *no* quiera una *determinada* regulación; recuérdese también lo que decía Stone (su-

davía que, por su condición de norma en muchos casos implícita, la norma general negativa supone sin más una traición a la concepción positivista del derecho a la que en principio debería servir de apoyo o complemento¹⁷⁹.

Tanto la idea del espacio jurídico vacío como la de la norma general negativa son construcciones teóricas que intentan recuperar la confianza en el ideal de la completud, minado por la comprobación empírica repetida del carácter necesariamente limitado de la previsión legislativa y, por consiguiente, de la insuficiencia del material jurídico positivo frente a la variabilidad incesante de los casos de la vida. Ambas niegan el problema de las lagunas, ninguna lo resuelve.

El sistema jurídico reconoce su propia incompletud cuando provee los medios que han de servir para corregirla. Por otra parte, estos medios no se aplican por lo general a la búsqueda de una norma que ya existe y pertenece al sistema, sino que persiguen la creación de una norma jurídica nueva para un caso nuevo. En efecto, todo caso que llega ante un juez reclama de éste una solución que, para ser jurídica, debe ser argumentada (motivada) de manera que trasparezca su vinculación con el derecho vigente: como dice Larenz, «el desarrollo judicial del Derecho —pues de esto se trata— precisa una fundamentación llevada a cabo metódicamente si es que su resultado ha de justificarse como ‘Derecho’ en el sentido del orden jurídico vigente»¹⁸⁰. Sin embargo, cuando se trata de un caso nuevo, no previsto ni regulado todavía, esto no quiere decir que, al resolverlo, el juez esté sólo aplicando normas previamente existentes en el sistema ni mucho menos que las normas que aplica pertenezcan ya, sólo por ello, al sistema¹⁸¹. Incorrecto sería, por tanto, inferir la completud del sistema jurídico del hecho de que toda controversia, aunque sea nueva e imprevista, pueda ser —y de hecho lo sea— decidida jurídicamente¹⁸².

Más que de sistema completo, pues ninguno lo es de modo efectivo, podría hablarse quizá de sistema completable, o sea, de un sistema consciente de sus insuficiencias y lagunas que intenta ofrecer los instrumentos necesarios para remediarlas¹⁸³. Pero, puesto que esos instrumentos quedan confiados de

nuevo al intérprete, y si bien la actuación de éste no es en modo alguno completamente libre o arbitraria sino que debe atenerse a los procedimientos técnicos de la *interpretatio iuris* y seguir las orientaciones marcadas desde el mismo sistema, la integración del sistema jurídico pasa necesariamente por el reconocimiento del poder creativo de los jueces¹⁸⁴ y es muchas veces de carácter episódico y ocasional¹⁸⁵. Por lo mismo, es posible todavía la existencia de lagunas no colmables o, al menos, de lagunas insolubles dentro y con la ayuda del sistema. En este apartado entran por derecho propio las llamadas por Canaris «lagunas de denegación de justicia» («*Rechtsverweigerungslücken*») o «lagunas de valores», inevitables desde el momento en que, como dice este autor, «una ‘completud teleológica’ del derecho existe tan poco como una completud lógica del mismo»¹⁸⁶, pero, de un modo más general, creemos que lo que define la presencia de lagunas no colmables es la incapacidad del ordenamiento jurídico para afrontar y resolver problemas determinados, tanto da que éstos hayan surgido de una situación social y económica modificada como que se trate de hipótesis cuya regulación el legislador rechazó en su día de forma consciente¹⁸⁷ porque lo que en ambos casos importa es que la solución debe buscarse por medios que el sistema no ha previsto y, en última instancia, necesita de la intervención del legislador. El carácter más o menos infrecuente o si se quiere excepcional de estos supuestos no los hace menos significativos a la hora de afirmar la incompletud del sistema jurídico, de la que, junto con el desarrollo judicial del derecho —que parte, sí, del sistema, pero para ir más allá de él— constituyen la prueba definitiva.

7. CONCLUSION

Llegados al término de nuestra reflexión, podemos preguntarnos de nuevo por la utilidad de concebir el derecho en términos de sistema.

La apelación a la idea de sistema tuvo en su origen el sentido de buscar para la justicia y la igualdad un fundamento y una garantía tan concordantes como fuera posible con la nueva concepción racio-

pra nt. 17), pág. 192: «being unregulated cannot be a “mode” of being regulated».

¹⁷⁹ De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 477.

¹⁸⁰ Larenz (supra nt. 16), pág. 362.

¹⁸¹ Modugno (supra nt. 21), págs. 719, 730 y s.; de forma poco convincente, Díez Picazo (supra nt. 83), pág. 279, defiende el dogma de la plenitud diferenciando entre norma aún no formulada e inexistencia de la norma.

¹⁸² Como viene a decir Villar Palasí (supra nt. 14), pág. 520. Wieacker (supra nt. 36), pág. 437, tras servirse de este argumento para afirmar la completud *per definitionem* del orden jurídico total, termina señalando que la ausencia de lagunas es una ficción —«aber eine justizpolitische gewollte Fiktion», precisa.

¹⁸³ Se trataría de un sistema móvil y abierto: Stone (supra nt. 17), págs. 26 y s.: «The more serious gaps, and antinomies between norms are the obstinate products of a going legal order, precisely because it is a going order. No doubt, the legislator can in concrete cases solve the problems caused by the gaps and antinomies; but since the legal order still goes on thereafter, new gaps and antinomies will continue to be thrown up by the new testing situations, or by problems wholly newborn from a changing society». Fazzalari (supra nt. 96), pág. 216, habla de sistema au-

tosuficiente como sistema que puede colmar lagunas dentro y no más allá del límite de los valores que están ordenados en él.

¹⁸⁴ Bobbio (supra nt. 14), pág. 241; Calvo García (supra nt. 2), pág. 111. Larenz (supra nt. 16), pág. 360 y s., 398, y Wieacker, F., *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1958 = *Ausgewählte Schriften* 2, Frankfurt a.M., 1983, pág. 45, recuerdan lo fluida que ha llegado a ser la frontera entre interpretación de la ley y *Rechtsfortbildung*.

¹⁸⁵ Modugno (supra nt. 21), pág. 725.

¹⁸⁶ Canaris (supra nt. 103), págs. 139 y ss., 144 y ss., 172 y ss.; Id. (supra nt. 2), págs. 239 y ss. (la solución de este tipo de lagunas es, dice Canaris, págs. 241, 270 y s., un campo adecuado para la intervención de la tópic); también Larenz (supra nt. 16), págs. 395 y ss.

¹⁸⁷ No es convincente, por lo tanto, la tesis de Larenz (supra nt. 16), págs. 336 y ss., según la cual la laguna es sólo una «incompletud contraria al plan» de la ley» cuya existencia debe enjuiciarse exclusivamente desde la óptica de la propia ley, con la consecuencia (págs. 369 y s.) de que la idea de una «laguna del derecho» como «incompletud contraria al plan» de todo el orden jurídico no se ajusta a la idea de un sistema abierto.

nalista-estatalista del derecho que iba imponiéndose. Por eso se intentó inicialmente perfilar el sistema jurídico de la manera lógicamente más rigurosa: como sistema unitario, coherente y completo, manejable con los instrumentos de la lógica formal y hasta dotado de una fuerza expansiva o productiva capaz de impulsar su crecimiento orgánico y autónomo.

¿Qué queda hoy de todo eso? Relativamente poco (aunque no tan poco como se dice normalmente) en el plano de la reflexión teórica y doctrinal; bastante más en el de la «mitología jurídica» efectiva. La supuesta fuerza creadora del sistema sufre hoy un descrédito total y ha perdido su vigencia ante la constatación de que en el sistema no hay nada que no se haya introducido previamente en él¹⁸⁸. En cuanto a la unidad, la coherencia y la completud, nuestra indagación ha extendido sobre ellas un denso velo de escepticismo que modera sólo muy levemente la reciente transformación de estos conceptos en principios regulativos, valores o ideales a los que el ordenamiento jurídico debería de tender incesantemente a lo largo del tiempo¹⁸⁹, ya que la verdadera cuestión es si tal tendencia se aprecia o no de modo efectivo en la marcha concreta de cada derecho en particular y aquí la respuesta no puede, muchas veces, ser afirmativa¹⁹⁰.

Permanece, con todo, la noción misma del derecho como sistema, una idea a la que la doctrina no quiere renunciar pero a la que tampoco ha sabido dar hasta ahora un contenido suficientemente constante y compartido¹⁹¹. De esta variabilidad en su contenido, reflejo a su vez de la dificultad de casar las sucesivas construcciones de los teóricos con la realidad concreta del derecho, nace el cuestionamiento de la utilidad de la noción teórica de sistema jurídico.

Por su lado, el jurista práctico sigue en general

instalado en el dogma o la ficción del ordenamiento jurídico unitario, completo y coherente. A él no le interesa el sistema como aspiración o como tendencia sino que se enfrenta con el ordenamiento en intenta manejarlo como dato y como hecho: de aquí es de donde nace su seguridad y sin esta base le costaría argumentar. De todos modos, se trata de una ficción, todo lo útil que se quiera pero una ficción impuesta, seguramente, por una tradición jurídica muy consolidada y por un modelo formativo perfectamente inscrito en ella. El ser conscientes de esto nos obliga a ser también prudentes en nuestras afirmaciones acerca del carácter necesario y objetivo del sistema en el derecho: el hábito de hacer y de pensar las cosas de una determinada manera no debería llevarnos a confundir esa manera con el único procedimiento posible, y en definitiva, si la mente de los juristas puede manejar simultáneamente varios criterios contradictorios sin sentir colisión entre ellos¹⁹², ¿por qué no ver en esta capacidad la herramienta (o al menos, una de las herramientas) que permite a los juristas tratar con naturalidad una realidad jurídica menos perfecta y ordenada de lo que su visión sistemática desearía?

Por último, es de sospechar que en el mismo instante en que se intenta trascender del sistema jurídico como orden expositivo o de representación, o como simple aspecto exterior del derecho (sistema externo en la terminología al uso), en ese mismo instante el concepto de sistema se convierte en uno de tantos modelos teóricos, propios de la dogmática moderna, cuya aplicación al estudio de un derecho del pasado —como pueda ser, por ejemplo, el Derecho romano— entraña una fuerte dosis de anacronismo y supone, en definitiva, un claro prejuicio dogmático. Esto, sin embargo, constituye el asunto de otra investigación que deberemos emprender en el futuro.

¹⁸⁸ Orestano, «*Diritto*» cit., pág. 49: es como definir el triángulo como figura geométrica de tres lados y luego complacerse en descubrir que tiene también tres ángulos, o viceversa, y que puede ser rectángulo, isósceles o escaleno; De Castro y Bravo (supra nt. 11), pág. 413: «La fuerza creadora del sistema sólo puede admitirse cometiendo una confusión metodológica o un engaño político».

¹⁸⁹ Por todos, Modugno (supra nt. 21), págs. 704, 734.

¹⁹⁰ Como señala Lipari (supra nt. 57), pág. 154, el punto de referencia objetivo de cualquier posible sistematicidad desaparece como consecuencia de la inseguridad que afecta incluso a la vi-

gencia de los enunciados normativos en concreto a que conduce la extraordinaria complicación de algunos ordenamientos modernos; Castán Tobeñas (supra nt. 96), págs. 7, 119, recuerda el estado de desorden «natural» del derecho positivo, fruto entre otras cosas de la historia.

¹⁹¹ Como dice Paradisi (supra nt. 43), pág. 9, el sistema es también variable en su entidad concreta, y únicamente se mantiene el dogma de su propia naturaleza sistemática, considerado por muchos como algo necesario e irrenunciable.

¹⁹² Friedman, L. M., *Systematization in the Common Law*, en *La sistematica giuridica* (cit. supra, nt. 41), pág. 259.

Los anillos de la serpiente. Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo

Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS

INTRODUCCION

La intención de este artículo es la de proponer algunas claves de análisis de la historia contemporánea del derecho, a partir de sus relaciones con la economía. Para ello postulamos la existencia de sucesivos modelos o paradigmas jurídicos, surgidos de la juridización de una actividad central y del conjunto de relaciones que la definen, a la que denominamos *espacio simbólico de pertenencia social*. Este espacio, cuyos elementos definitorios sugerimos a lo largo del texto, presenta características contrastantes:

- Por un lado, determina la incorporación efectiva al conjunto social, y por ende, instituye un eje de atribución de derechos.
- Por otro lado, constituye un territorio de conflicto social, y por ello, se establece como ámbito generador de conflictos jurídicos.

La idea que pretendemos sugerir es que, dado cierto grado de evolución de este espacio de pertenencia social, el derecho va generando estructuras que lo codifican, estableciendo mecanismos que permiten ajustar las formas jurídicas a los principales ámbitos conflictivos de integración social. Otra de nuestras intenciones es la de señalar la actual ocurrencia de un cambio de este espacio simbólico de pertenencia, desplazado del trabajo al consumo, hecho que nos permite hipotetizar acerca de la constitución de este nuevo espacio, y de las modificaciones jurídicas que podrían sucederle.

Para aclarar la abstracción de estos términos, proponemos una breve ejemplificación histórica de nuestra tesis. La brevedad del artículo y nuestra sumaria intención de presentar algunas de estas ideas hace que utilicemos un punto de vista de gran generalidad histórica y geográfica, sin mayores precisiones puntuales. Sin embargo, gran parte de estos procesos pueden seguirse en cada situación nacional particular. Partimos de la génesis del derecho moderno, representada paradigmáticamente por el proceso de codificación.

LA SOBERANIA DEL SUJETO Y LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL

El espacio de pertenencia social que se juridiza a través de la codificación del derecho civil es la actividad de *libre intercambio de mercancías* entre ciudadanos autónomos. Los corolarios jurídicos que se destacan tradicionalmente a partir de esta constatación tienen que ver generalmente con el respeto ab-

solutivo del derecho de propiedad. Sin embargo, no es éste el punto que nos interesa abordar. Desde el punto de vista de la estructura del derecho, y particularmente en lo que hace a los actores que el derecho acepta y a las consecuencias jurídicas de sus actos, los caracteres fundamentales de la juridización de aquella actividad son las siguientes: a) autonomía de la voluntad; b) responsabilidad personal del actor por sus propios actos; c) garantía de la responsabilidad con el patrimonio del actor, y d) inoponibilidad ante terceros de los actos jurídicos celebrados entre partes (*res inter alios acta*). Estos elementos presuponen además el carácter individual de los actores jurídicos (que incluso impone la construcción de la noción de persona de existencia ideal a partir de la noción de persona de existencia visible), y la igualdad de condiciones entre los sujetos de la relación jurídica. Haciéndose eco del modelo diseñado por la economía política clásica, la formulación originaria del derecho civil establecía las pautas que permitieran al ciudadano burgués comprar y vender libremente en el mercado, haciéndolo plena y personalmente responsable de las consecuencias de sus transacciones. Los elementos que el derecho civil califica como atributos abstractos de la personalidad (nombre, estado civil, capacidad, domicilio, patrimonio) están en realidad inspirados en la descripción de los sujetos que efectivamente reúnen estos atributos en la vida social. No es antojadizo que el mismo goce de derechos civiles y políticos estuviera prácticamente subordinado a la calidad de propietario burgués. En consecuencia, el derecho asigna al sujeto (al sujeto-propietario) las condiciones necesarias para desenvolver la actividad que reproduce su pertenencia social privilegiada. Del mismo modo, sin embargo, lo somete personalmente a los riesgos que deriven de sus transacciones.

Para el modelo de la libre transacción del mercado, el intercambio de mercancías no sólo constituye la forma de triunfar, sino también la forma de morir. En este sentido, se trata del territorio de conflicto social que caracteriza la consolidación legal del capitalismo del siglo XIX, desde la propia descripción que hacen sus protagonistas. Participando del intercambio de mercaderías se es parte de la sociedad, y al mismo tiempo, se corre el riesgo de dejar de serlo.

La exactitud de la descripción de esta forma de pertenencia social funciona solamente durante un período temporal limitado. La creciente industrialización, la constitución de actores económicos colectivos, la importancia cada vez mayor de las sociedades comerciales, van minando el presupuesto del

sujeto individual, y con él, los caracteres de la jurisdicción de los que hablábamos antes. La autonomía de la voluntad comienza a sufrir excepciones, al igual que la responsabilidad personal y subjetiva. El propio derecho privado va incorporando estas modificaciones a través de dos vías. Por un lado, se adoptan formas de responsabilidad antes desconocidas, consistentes en mecanismos de socialización de los riesgos de la explotación industrial (responsabilidad objetiva, responsabilidad por la creación de riesgo) y de figuras tendientes a revisar el alcance de los acuerdos voluntariamente concertados (desarrollo de la lesión subjetiva, abuso del derecho). También cambia el vínculo entre obligaciones individuales y patrimonio: a través del nacimiento de las sociedades comerciales, el patrimonio se desvincula de los sujetos particulares, limitando su responsabilidad y facilitando la circulación y acumulación de capitales de titularidad anónima. Por otro lado, se independizan ámbitos de regulación a los que se confiere un estatuto propio, como el derecho comercial, el derecho de las locaciones, o el derecho de daños por la cosa¹. Más allá de estas diversas excepciones que va incorporando el derecho privado, nos detendremos a continuación en un cambio cualitativo que define un nuevo paradigma en el tipo de codificación que hace el derecho de las relaciones sociales: el nacimiento del derecho laboral.

EL NACIMIENTO DEL DERECHO LABORAL: NUEVOS ACTORES, DISTINTAS RESPONSABILIDADES

La primera superación del paradigma clásico del derecho civil surge con el nacimiento de una nueva rama del derecho, que viene a codificar de modo específico las relaciones de empleo que se verifican en el marco de la definitiva consolidación de la producción industrial en masa. Lo que en el marco del derecho civil constituía simplemente una relación contractual más (el contrato de locación de servicios), regulada a través de los principios generales del contrato, que a su vez derivan de los presupuestos y caracteres que enumeráramos antes, pasa a dar sustento a un nuevo tipo de estructura jurídica, que viene a negar explícitamente la subsistencia de algunos de esos presupuestos y caracteres. La base de esta modificación parte de reconocer la existencia de un nuevo tipo de relación, funcional al modelo de explotación industrial, entre el patrón o empresario y el trabajador asalariado. Este reconocimiento implica dejar de lado, al menos en varios aspectos sustanciales, los presupuestos de la relación jurídica que caracterizaban al derecho civil clásico, es decir, el carácter individual de los sujetos de la relación y la igualdad de condiciones entre las partes. En el modelo del derecho laboral se hace visible, de modo hasta entonces inédito, la existencia de sujetos colectivos, la patronal y la representación obrera (sindicatos, federaciones), y el reconocimiento jurí-

dico de la denominada «autonomía colectiva», entendida como facultad de los sujetos colectivos de imponer reglas generales de contratación para ámbitos determinados de la actividad industrial.

Este reemplazo tiene consecuencias sobre el resto de los caracteres del modelo. En el caso de la autonomía de la voluntad, si bien no se disuelve absolutamente como principio, queda sujeta a redefinición, en particular por modificarse el carácter de los actores de la relación jurídica. Ya no se trata solamente de la voluntad declarada de una persona individual, sino también de la voluntad de organizaciones colectivas. Surge entonces el problema de la expresión de la voluntad de los sujetos colectivos, y en especial de los mecanismos de representación del grupo y de sus efectos. En este campo, las relaciones laborales, que proceden de un contexto de relaciones entre sujetos privados, van adquiriendo un carácter público ostensible, tomando prestadas categorías que provienen del derecho político. Confirmando esta tendencia, aparece un nuevo rol del estado en relaciones que en el modelo del derecho civil se consideraban situadas en el ámbito privado. El estado va a participar como tercer actor en la relación jurídica entre capital y trabajo, y esto desde dos perspectivas. Por un lado, los convenios colectivos y el contrato individual de trabajo adquieren una forma rígida, determinada legislativamente. Se trata de convenios y contratos regulados, donde rigen normas imperativas cuyo incumplimiento determina o bien la invalidez de los acuerdos entre los contratantes, o bien su reconducción automática hacia figuras legalmente establecidas. Esto constituye un fuerte recorte al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Por otro lado, el estado participa como mediador en conflictos de trabajo, y su voz es fundamental para determinar la validez o invalidez de acuerdos bilaterales (por ejemplo, en el caso de la homologación de convenios colectivos de trabajo) o de acciones unilaterales (por ejemplo, en la declaración de legalidad o ilegalidad de una huelga) de los sujetos de la relación colectiva de trabajo. Sin embargo, es necesario destacar que el reemplazo de sujetos individuales por sujetos colectivos no es absoluto. Por una parte, como lo hemos mencionado, el reemplazo se verifica en el ámbito de establecimiento de condiciones generales de contratación laboral (derecho colectivo del trabajo). Pero por otra parte, subsiste la relación individual de trabajo entre cada asalariado y su empleador (derecho individual del trabajo). Si bien se reconoce la función reglamentaria de los sujetos colectivos, generalmente se los mantiene al margen de los conflictos individuales de trabajo, lográndose así una mutilación y atomización del conflicto entre capital y trabajo. En segundo término, al menos para una de las partes, la responsabilidad subjetiva e individual del actor desaparece, siendo reemplazada por criterios objetivos de atribución de responsabilidad del empleador por los daños que el trabajador pudiera sufrir en ocasión de la prestación de trabajo. En tercer lugar, también

¹ Bustamente Alsina, J., *Teoría de la responsabilidad civil*, Bs. As. (1972); de Trazegnies, F., «El derecho civil ante la posmodernidad», en JA del 11/IV/1990; Goldemberg, I., *Indemnización*

por daños y perjuicios, Bs. As. (1993); Wieacker, F., *Historia do Direito Privado Moderno*, Lisboa (1990).

se debilita la inoponibilidad frente a terceros de los convenios celebrados entre partes: la celebración de convenios colectivos de trabajo que en algunas legislaciones tienen efectos tanto sobre los trabajadores afiliados al sindicato como sobre los no afiliados, las políticas concertadas de *closed-shop* (prohibición para la patronal de emplear trabajadores no sindicalizados), las posibilidades de discusión colectiva como consecuencia de situaciones laborales particulares son muestras de esta tendencia.

Si, de acuerdo a nuestra hipótesis, esta nueva modalidad de juridización de las relaciones laborales constituye un paradigma jurídico novedoso, debería responder a una modificación del espacio simbólico de pertenencia social. En este sentido, no es aventurado afirmar que, con la definitiva consolidación de la producción industrial en masa, el libre intercambio de mercaderías pierde importancia en favor del *trabajo*. El trabajo (y, en esta etapa de desarrollo histórico de la producción capitalista, especialmente el trabajo industrial) constituye, por un lado, un nuevo espacio de integración social, política y jurídica. El trabajador goza ahora no sólo de derechos específicamente laborales, sino que, en el marco del estado de bienestar, accede a beneficios sociales y crediticios, aumenta su posibilidad de consumo, y acrecienta su participación política. Pero por otro lado, el trabajo constituye el espacio primordial de conflicto y reivindicación obrera. En consecuencia, el derecho laboral representa la formalización jurídica de los temas y mecanismos habilitados para la negociación de intereses en el marco de las relaciones de trabajo. El marco histórico de desenvolvimiento del nuevo paradigma jurídico representado por el derecho del trabajo es justamente aquel consistente en la consolidación de la producción industrial en masa, de acuerdo a su clásica formulación taylorista-fordista². De este modo, el ámbito crecientemente juridizado por el derecho del trabajo es del trabajo industrial llevado a cabo en el espacio de la fábrica. Para confirmarlo basta observar el tipo de regulación que caracteriza al derecho laboral clásico: estrictas disposiciones sobre el régimen de la jornada de trabajo (horarios, licencias), descripción del lugar de trabajo y de las tareas a desarrollar, jerarquías, poderes de dirección y control del empleador, mecanismos de determinación y protección de la remuneración (principio de intangibilidad de la remuneración), deberes de seguridad del empleador, cobertura de la indemnización por despido, solidaridad de los intermediarios y subcontratistas del empleador, etc.

Suele presentarse al derecho laboral como el resultado de conquistas obreras, como una concesión que la lucha obrera arranca a los propietarios de los medios de producción. De acuerdo al modelo que pretendemos sugerir, el derecho del trabajo no hace más que constituir un espacio jurídico para circunscribir el ámbito del conflicto laboral y dirimir de acuer-

do a reglas previsibles las controversias planteadas dentro de ese ámbito. Por supuesto, ha generado mayores derechos para el trabajador, en especial si se compara su situación con el estatuto que lo regía durante la adscripción del contrato de locación de servicios al modelo contractual del derecho civil. Y en este sentido, ha significado avances relativos de la posición del trabajador. Sin embargo, el derecho laboral también se impone como exigencia horizontal de los propios propietarios industriales. La constitución de reglas de juego comunes entre empleadores, y la posibilidad general y homogénea de prever el alcance y el contenido de las controversias con los trabajadores no hacen más que establecer condiciones más transparentes del mercado de producción industrial, y en este sentido representan también un avance para los empleadores, ya que su situación mejora sensiblemente con respecto a la incertidumbre causada por la constante eventualidad de conflictos obreros en fábricas. «(L)a razón de ser del Derecho del trabajo como instrumento de mediación e institucionalización del conflicto entre trabajador asalariado y capital y que le reviste de un carácter ambivalente o contradictorio no (es) otra que el equilibrio estructural entre los intereses de los antagonistas en juego (poder de dirección del empresario/estatuto protector de los derechos del trabajador). Al propio tiempo que instrumento de protección de las relaciones sociales capitalistas, cuya dominación legaliza y reproduce, el Derecho del trabajo limita la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de defensa y lucha a la clase trabajadora»³.

LA MINIMIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL. LA DECADENCIA DEL TRABAJO INDUSTRIAL

Si, como lo hemos adelantado, el modelo de relaciones del derecho laboral codifica básicamente las relaciones industriales características del período de expansión de la producción industrial en masa, los cambios económicos y políticos sobre la producción industrial tendrán impacto a su vez sobre la operatividad real del derecho laboral. En efecto, asistimos desde mediados de la década del setenta a una sustancial modificación de la actividad industrial, que ha tenido dramáticos efectos tanto sobre la incidencia del derecho laboral en las relaciones sociales, como sobre la propia estructura del derecho laboral. La reconversión que afecta a la industria, el creciente desplazamiento de mano de obra hacia el sector servicios, la automatización que caracteriza a la producción industrial contemporánea, plantean dudas sobre las posibilidades de subsistencia del derecho laboral de acuerdo al modelo que caracterizó su período de auge. «La lógica clásica del Derecho del trabajo presupone ciertamente la

² El término «taylorista-fordista» constituye una simplificación que designa dos conjuntos de postulados de racionalización del proceso de trabajo y de establecimiento de pautas de economía de tiempo que no necesariamente coincidieron históricamente. Cfr. Neffa, J. C., *El proceso de trabajo y la economía de tiempo*, Buenos Aires (1990), págs. 337-9. Por razones de brevedad, lo utilizamos en un sentido poco riguroso, para describir la racionalización del proceso de trabajo industrial que caracterizó el establecimiento de la producción en masa.

lización del proceso de trabajo industrial que caracterizó el establecimiento de la producción en masa.

³ Palomeque López, M., *Derecho del trabajo e ideología*, 4.ª ed., Madrid, 1989, pág. 27; cfr. AAVV, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble (1980); Jeammeaud, A., «La democratización de la sociedad a merced de las ambigüedades del estado de derecho», en *Crítica Jurídica* n.º 8 (1988).

expansión económica o, al menos, la estabilidad del sistema económico. El derecho del trabajo aparece entonces como un derecho de la redistribución de los recursos y en su seno se desenvuelve una negociación colectiva de mejora y una acción obrera de contestación»⁴.

Puestas en duda estas esperanzas de expansión, la subsistencia intacta del derecho del trabajo (al menos en los términos de su formulación clásica) entra en crisis. Algunos de los factores que podemos señalar como prueba de esta crisis son los siguientes:

- Pérdida de incidencia del derecho laboral: es cada vez menor la cantidad de gente que recibe la protección del derecho laboral. Amén del creciente problema estructural del desempleo, en la población ocupada las tasas de sindicalización están en continua baja. El sindicalismo atraviesa por un período de crisis de representatividad nunca antes experimentado.
- Pérdida de eficacia de las armas de presión de los trabajadores: el derecho de huelga, tradicional mecanismo de presión y de aseguramiento de los derechos laborales, se hace inviable cuando el reemplazo de trabajadores es cada vez más fácil por la escasez del trabajo y por la pérdida de calificaciones debida a la creciente automatización.
- Cambios en la estructura ocupacional: el sector servicios, caracterizado por una dinámica radicalmente distinta de aquella propia de la producción industrial, se convierte cada vez más en el segmento productivo que reúne la mayor cantidad de trabajadores. Las características propias del sector servicios (mayor flexibilidad operativa, distintos tiempos, distinta medida de productividad) obligan a establecer excepciones a los principios generales del derecho laboral, establecidos sobre el molde de las relaciones industriales. Por otro lado, el desarrollo de un sector informal, al margen de la regulación del derecho laboral, o bien establecido en forma de complemento a las relaciones del derecho laboral, como modo de abaratar costos, también da cuenta de este fenómeno.
- Automatización, nuevas formas de organización del trabajo: los cambios en la estructura productiva se verifican también en el interior de la empresa industrial. A la incorporación de nuevas tecnologías de producción, expulsivas de mano de obra, se suman nuevas formas de organización del trabajo, caracterizadas por la polivalencia, la nueva estructuración de la producción en grupos autónomos, el cambio en las funciones de la calificación laboral. A la concepción industrial fordista, que planteaba la autosuficiencia absoluta de la empresa, se oponen formas de producción denominadas toyotistas, que subdividen las etapas de producción en unidades industriales más pequeñas, separando así las responsabilidades de cada unidad. La producción industrial se com-

prime y se orienta a la oferta, más que a la generación de demanda. El almacenamiento de productos (*stockeo*) tiende a reducirse al mínimo; el control de calidad se transfiere al mismo equipo de producción. Los efectos jurídicos de estos cambios son designados a través del rótulo de *flexibilización laboral*: este proceso complejo incluye cambios en el tipo de contratación que realizan las empresas industriales, y cambios en la propia legislación laboral, que intenta recuperar parte de las relaciones de trabajo desplazadas hacia otras áreas, adaptándose a las nuevas modalidades de producción. Resurgen múltiples excepciones al régimen relativamente estable del contrato de trabajo: contratos a término, subcontrataciones, trabajo domiciliario a destajo, nuevas formas de remuneración. El régimen de representación sindical clásico pierde vigencia y queda parcialmente disuelto por la organización del trabajo industrial en grupos relativamente autónomos. Las reivindicaciones tradicionales vinculadas al reconocimiento salarial de la calificación laboral también son afectadas por este tipo de cambios. El intento de adaptar las instituciones tradicionales a la nueva organización de la producción debilita las tradicionales «conquistas» del trabajador. En el marco de las relaciones individuales del trabajo, se reducen o directamente se eliminan las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral; se aumenta el poder de determinación del empleador en materia de horario de trabajo, descansos y licencias; se expande la facultad empresarial de modificación de las condiciones de trabajo y tareas asignadas (*jus variandi*); se limita la responsabilidad patronal en materia de accidentes de trabajo e incluso se tiende a desplazar el accidente de trabajo hacia el ámbito de la seguridad social; se reemplaza el sistema de protección tradicional de remuneración, abandonando el principio de intangibilidad de las remuneraciones y sustituyéndoselo por acuerdos colectivos o individuales que consagran rebajas remuneratorias, por el otorgamiento de asignaciones no remuneratorias, o bien por la tendencia a vincular las modificaciones salariales con aumentos de productividad o con la participación en las ganancias de la empresa. Se registra además una fragmentación de la responsabilidad del grupo empresarial en supuestos de segmentación de la organización de la producción, y una profundización del reconocimiento de la situación de «emergencia» empresarial, dejándose de lado los principios irrestrictos de responsabilidad empresarial por el riesgo de su actividad. En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, se induce a los trabajadores a la negociación por empresa, en lugar de la tradicional negociación por rama; se relativiza el concepto de personería gremial, central para el modelo sindical por ra-

⁴ Palomeque López, M., *op. cit.*, pág. 21.

mas de actividad; se establecen nuevos ámbitos de diálogo e intercambio de información (grupos autónomos, consejos de calidad) entre empleador y asalariados, que debilitan el rol negociador del sindicato; se modifica radicalmente la estructura jerárquica y los principios de calificación del asalariado.

La flexibilización designa entonces dos tipos de procesos:

- a) La reconversión de la empresa industrial, orientada ahora a producir en series flexibles, de acuerdo a las exigencias múltiples de la demanda. Esta reconversión se ha realizado a través de la conjugación de dos factores, una incorporación creciente de tecnología (electrónica, robótica, telemática, etc.) que modifica la concepción tradicional de la línea de montaje, y un nuevo tipo de organización del trabajo, que pretende superar las rigideces del fordismo.
- b) La modificación de la estructura y el contenido del derecho laboral, que pretende adaptarse a la flexibilización productiva y reducir los costos empresariales provenientes de las cargas sociales que pesan sobre el empresario⁵.

La suma de estos factores determina un fenómeno que denominaremos «minimización del derecho laboral», consistente en la pérdida de incidencia del derecho laboral sobre la vida de gran parte de la población económicamente activa. El número de personas amparadas por el derecho laboral es menor, y el amparo que reciben los trabajadores beneficiarios de la legislación laboral sufre también modificaciones que lo hacen más relativo. La antigua protección plena del derecho laboral no desaparece totalmente, sino que tiende a quedar reducida a los sectores productivos de mayor calificación, ligados a las tareas esenciales para el funcionamiento de la empresa. El resto de los trabajadores industriales, y el resto de los trabajadores en general, quedan sometidos a nuevos regímenes jurídicos, caracterizados por su inestabilidad y alto grado de rotación, y por aumentar el grado de discrecionalidad por parte del empleador y disminuir el poder de negociación por parte del trabajador. En palabras de André Gorz: «La sociedad de la desocupación es la que progresivamente se sitúa ante nuestros ojos: por un lado una masa creciente de desempleados permanentes, por otro una aristocracia de trabajadores protegidos, y entre ellas un proletariado de trabajadores en una situación precaria realizando las tareas menos calificadas y más ingratas»⁶.

⁵ Cfr. Castillo, J. J. (ed.), *La automatización y el futuro del trabajo*, Madrid (1983); Moreno, O. (ed.), *Desafíos para el sindicalismo en la Argentina*, Bs. As. (1993).

⁶ Gorz, A., *Adiós al proletariado*, Bs. As. (1989), pág. 11, cfr. también Coriat, B., *El taller y el robot*, México (1992), págs. 231 y ss.

⁷ Cfr. Bell, D., *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Madrid (1976); Dahrendorf, R., *Clase y conflicto en la sociedad industrial*, Madrid (1981); Touraine, A., *La sociedad postindustrial*, Barcelona (1969). Con respecto a la modificación del con-

¿UN NUEVO ESPACIO DE PERTENENCIA?

Los cambios experimentados por el papel de la producción industrial en la estructura económica y social de las sociedades contemporáneas han llevado a muchos autores a postular la vigencia de una nueva etapa histórica, a la que se denomina sociedad post-industrial, post-capitalista, post-escasez y en ocasiones post-moderna. Paralelamente, se ha señalado una modificación en el tipo de control social predominante, consistente en el abandono del modelo de las sociedades disciplinarias y su reemplazo por sociedades denominadas de control. Más allá del rótulo utilizado, es indudable el impacto del cuadro que presentáramos en el párrafo anterior sobre el lugar del trabajo como espacio de pertenencia social. El trabajo industrial, que caracterizaba las expectativas obreras de integración, está en crisis y tiende a retraerse⁷. El trabajo en el sector servicios asume formas jurídicas eventuales, de baja remuneración y alta rotación de tareas. Daniel Bell describe la situación del siguiente modo: «(D)urante más de cien años, la "cuestión obrera" dominó a la sociedad occidental. El conflicto entre trabajadores y patronos oscurecía todos los demás conflictos sociales fundamentales. (...) El hecho crucial es que la "cuestión laboral" en cuanto tal ya no es central, ni tiene la fuerza sociológica y cultural suficiente para polarizar todas las demás cuestiones en torno a su eje»⁸. Es difícil establecer con claridad cuál sería entonces la actividad que reemplazaría al trabajo como espacio de pertenencia social, dada la ausencia de distancia histórica que nos separe del problema que nos ocupa. De acuerdo a algunos de los autores citados, el espacio que se perfila como sucedáneo del trabajo es el del conocimiento. Más allá de reconocer la importancia del conocimiento (o bien de la información) como nuevo eje de la dinámica social, no creemos que estos elementos ocupen un lugar similar al que venimos describiendo como espacio de pertenencia social⁹. Lo que pretendemos sugerir en este artículo es que el espacio que caracteriza la pertenencia social, así como el territorio de conflictos sociales actualmente vigente, se ha desplazado del trabajo al *consumo*. Si bien esta suposición está lejos de ser definitiva, nos permite al menos postular algunas explicaciones plausibles, por ejemplo, a la idea que se nos presenta diariamente desde el discurso político y los medios de comunicación masivos: la recuperación económica no pasa por la reindustrialización, sino por la reactivación del consumo. Los índices de empleo pierden en este contexto significado como indicadores de la integración del tejido social; el creciente desempleo es irrelevante para esta nueva lógica. El signo de pertenencia social más tangible pasa a ser el consumo de productos cada vez más sofisticados, y no la pro-

control social, cfr. Deleuze, G., «El devenir revolucionario y las creaciones políticas. Entrevista con Tonio Negri», en *No Hay Derecho* n.º 6 (1992), y «Las sociedades de control», en *Ajo Blanco* n.º 51 (1993).

⁸ Bell, D., *op. cit.*, págs. 194-5.

⁹ El conocimiento o la información vendrían más bien a ocupar el lugar que el capital cubrió en la etapa moderna preindustrial, y el capital más la tecnología cubrieron en la etapa industrial. Podríamos describir este lugar como «motor de la dinámica social».

ducción industrial. Más que a través de la celebración del trabajo fabril, el avance que supera la modernidad se presenta a través de imágenes sobre el shopping center. De acuerdo a este modelo, poco importa la pérdida de puestos de trabajo, mientras sea posible generar más consumo.

Paradójicamente, este nuevo protagonismo del consumo ha sido explicado como efecto de las transformaciones en la producción industrial. Cuando la incorporación de tecnología y la progresiva reformulación de técnicas de organización del trabajo habilitan a la industria a revertir la escasez y a producir una oferta mayor que la potencialmente consumible, el efecto de saturación del mercado produce una gran fragmentación de la demanda. De modo que a la tradicional producción fordista de productos idénticos en serie, se opone un nuevo tipo de producción, forzada ahora por la demanda, de una serie paralela de productos similares, con variaciones poco significativas, pero sensibles a la masiva diversificación del consumo.

El período de los mercados crecientes y demandantes de productos estandarizados que justifica la fábrica organizada en función de los principios del taylorismo y el fordismo se agota a mediados de la década del setenta, marcando el comienzo de un nuevo período caracterizado por los crecimientos más lentos y por la diferenciación productiva. Las innovaciones organizacionales y la incorporación de nuevas tecnologías en los procesos productivos tendieron a mantener las ventajas económicas de la producción de grandes volúmenes, reemplazando la estandarización por los llamados «productos diferenciados». De ello resulta la necesidad de líneas flexibles de producción capaces de fabricar productos diferentes sin una mayor reorganización y con una reducida demora de ajuste. Como dijimos, este cambio en el interior de las unidades productivas tiene estrecha vinculación con las profundas transformaciones en el mercado de bienes de consumo. A partir de los setenta, tanto en los sectores de productos terminados (automóviles, electrodomésticos) como en los de bienes intermedios (siderurgia, petroquímica, vidrio) los mercados pasan de ser globalmente solicitantes (situación en la que las empresas tenían mercados garantizados, pues la demanda era potencialmente superior a la oferta) a ser globalmente oferentes: con frecuencia las capacidades instaladas se han vuelto superiores a las demandas solventes. La demanda cautiva y sumisa se volvió imprevisible y exigente.

Estos procesos simultáneos que se alimentan recíprocamente provocan cambios profundos en la economía capitalista. La fábrica abre paso a la empresa. La sobreproducción de bienes que ya no cuentan con beneficios asegurados provoca a su vez una masiva transferencia de recursos hacia el sector servicios. El capital, que tenía su mira en la producción y su conflicto central en el mercado de trabajo, traslada su atención al producto y se enfrenta a un nuevo ámbito de conflicto: el del mercado de bienes de consumo y servicios. Al tiempo que el poder de los trabajadores asalariados se desvanece

lentamente, un contrapoder incipiente, el de los consumidores y usuarios, permite presagiar nuevos espacios y formas de enfrentamiento, convirtiendo al mercado de bienes y servicios en un nuevo espacio de pertenencia social.

En estas condiciones de producción, se invierte al consumidor de un espacio decisivo de soberanía: es él quien decidirá finalmente cómo se configura el tipo y volumen de la producción y de los servicios ofrecidos¹⁰. Mientras que, por las razones recordadas en párrafos anteriores, el espacio representado por el trabajo entra en crisis, el consumo abre un nuevo territorio de participación en la estructura productiva. La colocación de los excedentes requiere sofisticar la estrategia de la empresa en cuanto a la organización de servicios de venta, y torna indispensable alimentar los mercados internos y conquistar nuevos mercados, captando círculos de consumidores especificados cuyas demandas estén determinadas. El mercado de bienes de consumo y servicios se caracteriza entonces por presentar a un tiempo un proceso de concentración e internacionalización del capital que sostiene la oferta, frente a una demanda fuertemente atomizada y estratificada en función de los intereses de los oferentes.

Ahora bien, ¿qué consecuencias jurídicas trae este tipo de desplazamiento? De acuerdo a nuestra tesis, a cada cambio del espacio de pertenencia social corresponde un cambio en la estructura del derecho, dada por un tipo de juridización de situaciones anteriormente desconocida que constituye un nuevo paradigma jurídico. Pues bien, este nuevo ámbito jurídico está representado por el denominado *derecho del consumo*. El derecho se transforma para incorporar y a un tiempo controlar el nuevo conflicto, rompiendo nuevamente con los principios del derecho civil clásico y gestando, de esa manera, un nuevo paradigma.

Los cambios profundos en la forma y alcances de las transacciones económicas condicionan la aparición de nuevos tipos de relaciones jurídicas alterando la estructura tradicional de los contratos. El contrato, que en palabras de Max Weber es el medio de comunicación del mercado, resulta el instituto de más rápida adaptación al nuevo tipo de transacciones económicas. De tal manera, el interés en fomentar la velocidad de las contrataciones y la estrategia de dirigir la oferta de bienes y servicios a consumidores estratificados, facilita la aparición de los denominados «contratos de adhesión a cláusulas predispuestas» o «contratos en masa», en los cuales el contenido del sinalagma es determinado de antemano por la empresa vendedora de bienes o servicios, mediante formularios prototípicos destinados a un estrato de consumidores donde la voluntad del contratante se transforma en mero asentimiento. La evidente debilidad del consumidor individual se refleja en la falta de proporcionalidad de las prestaciones que caracterizan este tipo de acuerdos. Esta circunstancia determina el inmediato interés del Estado en intervenir en su regulación: si bien justificada moralmente por la corrección de las desproporciones, esta intervención se explica más profundamen-

¹⁰ Cfr. Coriat, B., *El taller y el robot*, cit.; Lancaster, K., *Modern Consumer Theory*, Brookfield (1990).

te por la necesidad de proteger los «mecanismos naturales del mercado» evitando distorsiones a la libre competencia entre los oferentes, ya afectada por la creciente concentración de capitales.

Las nuevas formas de contratación que se dan los propios agentes y la regulación estatal que tiende a fijar las reglas del incipiente conflicto con el fin de proteger las «leyes del mercado» conforman un nuevo paradigma jurídico denominado derecho del consumidor o del consumo. Hablamos de un nuevo paradigma por cuanto los presupuestos del derecho civil clásico resultan nuevamente desplazados. Como hemos visto, el acuerdo de voluntades (consentimiento) entre personas libres e iguales (dos *cives* romanos o dos propietarios burgueses) que tras una negociación razonada establecen obligaciones recíprocas más o menos proporcionadas a las cuales se ajustan como a una ley, respondiendo con su patrimonio ante el incumplimiento, es el modelo de relación incuestionada que explica y da forma al contrato civil. Sólo como excepción se admite que el consentimiento pueda en ciertos casos estar viciado, o que las prestaciones puedan ser desproporcionadas por el aprovechamiento de un estado de necesidad, o desfasarse por un acontecimiento imprevisto, o que en determinados supuestos, su exigibilidad tal como han sido pactadas puede ser abusiva. El derecho del consumidor presupone un nuevo modelo de relación: la empresa (o el grupo de empresas que dominan un sector del mercado) que, tras una cadena de circulación que parte del fabricante, impone a un consumidor individual la adquisición de un producto o servicio exigiendo su adhesión a condiciones que ha predispuesto en función de un sujeto ideal al que ha dirigido la oferta. De tal modo, la ausencia de negociación, la desigualdad entre las partes, la posible desproporción de las obligaciones, la posibilidad de abusos o explotación de las necesidades de la parte más débil, la probable intención de la empresa de evadir los compromisos asumidos mediante cláusulas ambiguas u ocultas (letra chica), constituyen el nuevo marco referencial de operación jurídica. Corresponde señalar que la situación ideal que sirve de base a la nueva normativa contiene casi todos los elementos que el derecho civil clásico consideraba irregulares o excepcionales en relación a la situación ideal que presupone. No resulta difícil, por lo tanto, imaginar por qué el nuevo tipo de conflictos característicos del mercado contemporáneo no pudo ser retenido por el tipo de relaciones jurídicas imaginadas por el paradigma tradicional.

Otro elemento caracterizador de la nueva normativa contractual es la facultad amplia del Estado de intervenir en el contrato. En el ámbito del derecho civil la abstención del Estado y el respeto de la autonomía de la voluntad de los contratantes sólo registra contadas excepciones, como por ejemplo el registrado en materia de arrendamientos urbanos, durante cortos períodos denominados de «emergencia económica». Como vimos, sólo en materia de rela-

ciones laborales el derecho contractual tradicional se convierte, a partir de la intervención estatal, en un derecho reglamentario. En forma similar, en el nuevo ámbito del mercado del consumo, el estado participa preventivamente en el contrato (y aun en la oferta pública anterior al mismo) mediante el establecimiento de normas mínimas de protección que tienen carácter imperativo y que se denominan «orden público económico de protección». También interviene con propósitos reparadores, instituyendo la posibilidad de decretar nulidades parciales o bien a través de la regla de interpretación en contra del predisponente, lográndose una verdadera recomposición del contenido original del negocio¹¹.

Otro espacio de tensión entre el paradigma emergente y el derecho civil tradicional es el concepto y alcance de la responsabilidad originada en daños causados por los productos elaborados. Hemos ya referido cómo en los orígenes de la revolución industrial y del maquinismo, el concepto de culpa en tanto fundamento excluyente del deber de reparar el daño fue paulatinamente desplazado por la idea de riesgo profesional con la incorporación del nuevo paradigma del derecho del trabajo. Esta noción se insertó luego en el derecho civil, a partir de la teoría del riesgo creado.

El nuevo fenómeno de la responsabilidad por los productos elaborados, que acompaña el desarrollo de la producción y el comercio en masa, debió encontrar sus propias reglas para adjudicar el resarcimiento, forzando a veces las nociones tradicionales de culpa o riesgo. En el *common law*, el problema de la reparación de las nuevas formas de daño a los consumidores se resolvió mediante el establecimiento de principios o reglas que prevén distintos supuestos de responsabilidad del fabricante y circunstancias eximentes (por ejemplo, error en el diseño, fallas en la fabricación, omisión de instrucciones o advertencias, uso inadecuado del producto, etc.). En el caso del derecho continental, más resistente al cambio, se acuñaron nuevos conceptos para atribuir el daño entre los contratantes, procurando mantener el problema en los marcos tradicionales de la responsabilidad civil. Uno de los primeros factores de atribución utilizados en el ámbito continental fue el «deber de seguridad» del fabricante. De acuerdo a esta noción, todo contrato lleva implícita la obligación de los contratantes de no causarse daño. Se trata de una llamada obligación de resultado, de manera que basta la existencia del daño para acreditar el incumplimiento. Sin embargo la regla *res inter alios acta* (el contrato es inoponible a terceros) actuó como una barrera infranqueable para extender la responsabilidad contractual hasta el fabricante cuando había existido intermediación en la comercialización del producto, por lo que en tales supuestos el deber de seguridad tal como había sido previsto resultaba inútil. Se echó mano entonces de la teoría del «riesgo creado» al poner en circulación el bien, y se avanzó sobre la idea de la responsabilidad objetiva extracontractual y la solidaridad en la cadena de circulación de las mercaderías,

¹¹ V. artículo 37 de la Ley 24.240; cfr. Mosset Iturrarspe, J. y Lorenzetti, R., *Defensa del consumidor*, Sta. Fe. (1993); Stiglitz G. y otros, *Defensa de los consumidores de productos y servi-*

cios, Bs. As. (1994); Stiglitz, G. y R., *Derecho y defensa de los consumidores*, Bs. As. (1994).

no sin motivar profundos debates y disidencias doctrinarias. En algunas legislaciones se propone la teoría del «riesgo social», trasladando la responsabilidad por el producto al Estado o a un régimen de seguro obligatorio, pero doctrinariamente se cuestiona la idea dado que —se dice— desincentiva los actos preventivos y multiplica los riesgos para los consumidores¹².

Otro elemento diferenciador del sistema es la aparición de organizaciones colectivas que, representando intereses difusos de los consumidores, pueden intervenir en las relaciones obligacionales concretas entre éstos y los fabricantes. Se trata de una nueva excepción al *res inter alios*, ya que estos sujetos colectivos poseen legitimación para demandar el cumplimiento de los compromisos contractuales y entablar acciones legales, tanto para requerir la nulidad de cláusulas abusivas como para exigir, por ejemplo, resarcimiento patrimonial por daños causados por los productos elaborados. Si, como dijimos, el nuevo paradigma surge en un mercado de oferta concentrada y demanda atomizada en el que el Estado se mostraba deseoso de impedir que la debilidad de los consumidores alterara la fijación de los precios, la aparición de sujetos colectivos de consumidores genera una nueva disyuntiva, que vista desde un punto de vista económico puede enunciarse así: por un lado, las asociaciones resultan útiles para equiparar las relaciones de fuerza entre la demanda y la oferta, pero por otro, pueden generar nuevas y desconocidas rigideces en la demanda de productos, alterando imprevistamente los precios y condiciones de venta. Como puede verse, se trata de una línea argumental similar a la generada por el surgimiento de los sindicatos en relación al salario en el mercado del trabajo. Desde el punto de vista político, los sujetos colectivos de consumidores bien podrían representar en el futuro un nuevo contrapoder, alterando las modalidades del conflicto. Sin embargo, a diferencia de los sindicatos en los orígenes del conflicto obrero, la enorme estratificación de los consumidores, alentada desde una oferta que procura diferenciar múltiples sectores con preferencias diversas de consumo, parece el principal escollo para que los nuevos sujetos colectivos representantes de consumidores se tornen importantes referentes sociales. Resulta también cierto que la estabilidad y homogeneidad de las relaciones laborales generan entre los trabajadores problemas comunes y vínculos de solidaridad que no parecen emerger del acto fugaz del consumo. Sin embargo, si admitimos que el consumo representa un nuevo espacio de pertenencia social, bien puede predecirse, a partir de la defensa de los intereses de los consumidores, el advenimiento de una nueva dirigencia social y política.

Así como el derecho del trabajo se presentó como el resultado de largas luchas obreras que veían cristalizadas sus conquistas, el derecho del consumidor se justifica moralmente como instrumento útil para contrarrestar la desprotección de los sujetos en el mercado y simultáneamente evitar distorsiones en sus «leyes naturales». Sin embargo, más allá de

esta explicación, la nueva reglamentación del problema del consumo significa en otro sentido, del mismo modo señalado en el caso del derecho del trabajo, una vía para igualar la situación de las empresas (igualación de sus costos, su poder negocial, su responsabilidad, sus reglas de contratación) frente al incipiente conflicto social del consumo. Como dijimos, el capital ve de a poco trasladarse el espacio de resistencia desde la fábrica al mercado. Si bien el nuevo espacio de tensión tiene su origen en los factores económicos ya mencionados, éste recibe el impulso del Estado que, como señala Norbert Reich, mantiene una doble política. Por un lado incentiva el contrapoder de los consumidores para nivelar en lo posible demanda y oferta y tornar más previsible el proceso de formación de precios. En sentido inverso, desincentiva la formación de un contrapoder que pueda inflexibilizar la demanda y descontrolar el mercado. Del mismo modo, si bien por un lado aumenta el costo del mercado al extender la responsabilidad de la empresa, y controlar la falta de proporcionalidad de las prestaciones en los contratos, por otro, iguala el poder de las empresas para afrontar el nuevo espacio de conflicto equiparando sus posiciones a través de la unificación de las reglas de su concurrencia al mercado¹³. En este último sentido, no es extraño que muchos juristas consideren antecedentes del actual derecho del consumo las leyes que desde los años cuarenta combaten las formaciones monopólicas y la competencia desleal.

El sentido horizontal del nuevo derecho (el objetivo de igualar costos y condiciones de competencia entre empresas incluso en relación a mercados extranjeros), a pesar de no ser el más explicitado ni evidente, explica el arduo debate acerca de las facultades de las organizaciones de defensa de los consumidores y sobre las diversas soluciones procuradas en materia de responsabilidad civil de los fabricantes.

Si bien la denominación «derecho del consumidor» tiene una fuerte carga positiva que resalta la relación vertical entre demandantes y oferentes, dejando en un segundo plano la relación horizontal entre las empresas, lo cierto es que el nuevo derecho tampoco es un derecho reivindicativo, ni protectorio, ni moralizador, sino un derecho de organización y control del mercado de bienes y servicios en tanto nuevo espacio central de conflicto dentro del capital y entre el capital y las personas.

Como puede verse, la noción de derecho del consumo desarrolla alguna de las excepciones que también el derecho laboral planteaba a los principios del derecho privado clásico. François Ewald plantea esta continuidad a través de la noción de derecho social. El derecho social se caracterizaría por:

- Ser de un *derecho de grupos* y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios sólo en la medida de su pertenencia a un grupo; se trata de un derecho del individuo situado o calificado.
- Ser un *derecho de desigualdades*, que pretende constituirse en instrumento que las com-

¹² Bustamante Alsina, *op. cit.*; Goldemberg, *op. cit.*; Kelly, J. A., *Responsabilidad del fabricante*, Bs. As. (1987).

¹³ Reich, N., *Mercado y derecho*, Barcelona (1985), cap. IV.

pense. Se trata de un derecho que tiende a concebir la relación jurídica como estructuralmente desigualitaria, rechazando la concepción del contrato en término de equilibrio de las prestaciones, autonomía de la voluntad o protección del consentimiento.

- Hallarse ligado fundamentalmente a una *sociología*, cuya tarea es la de señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a las clases, cuáles son sus necesidades y aspiraciones, desplazando así a la filosofía o a la moral, que se presentaban como fundamento del derecho civil clásico¹⁴.

De acuerdo a Ewald, el derecho del trabajo (y de la seguridad social) es sólo la primera expresión histórica del derecho social, pero también revistirían ese carácter el derecho del consumo, el derecho de los accidentes, el derecho ambiental y el derecho al desarrollo.

Más allá de la posibilidad cierta de involucrar al derecho laboral y al derecho del consumo dentro de una matriz común, creemos que es útil señalar las tendencias en las que el derecho del consumo se aleja del derecho del trabajo, ajustándose de modo distinto al espacio de pertenencia social que le da origen. El primer punto que nos interesa señalar es el siguiente: si bien el derecho del trabajo es un derecho cuyos actores son al menos parcialmente grupales, el tipo de relación diseñada por el derecho laboral sigue correspondiendo al modo de relación cara a cara entre individuos pensada por el derecho privado. El sustrato de la relación jurídica entre la patronal y la parte obrera está dada por una interacción diaria y estrecha: la prestación de trabajo. El nexo que los vincula es prácticamente personal, tanto en la relación de trabajo individual como en la colectiva. El derecho del consumo rompe totalmente con este modelo de relaciones cara a cara. Las relaciones entre productor y consumidor son absolutamente impersonales: la única interacción entre ambos actores de la relación jurídica es el fugaz momento del consumo.

En segundo término, la forma de constitución histórica de los sujetos colectivos de ambos modelos muestra diferencias. El surgimiento de sindicatos preexistió a su reconocimiento jurídico, vinculándose su creación con la práctica política fundamentada en proyectos de orden revolucionario. Distinto es el caso de las ligas o asociaciones de consumidores, que en principio se nuclean a los fines de lograr el respeto de derechos y reglamentaciones vigentes, logrando paulatinamente la extensión de su estatuto de derechos, especialmente en lo que se refiere a su legitimación procesal. Es difícil registrar en este tipo de asociaciones reivindicaciones utópicas o revolucionarias¹⁵. Este perfil distinto entre sujetos

colectivos refleja una diferencia profunda entre el tipo de relaciones sociales generado por el trabajo y el tipo de relaciones sociales generado por el consumo. El tipo de respuesta social generada por el espacio de pertenencia social del trabajo puede ser caracterizada como «densa», e implica un mayor involucramiento en la actividad política, un alcance mayor en sus reivindicaciones, cierta distancia crítica con respecto a la legalidad formal, una práctica constante de confrontación y negociación con el otro polo del conflicto. El tipo de respuesta social generada por el consumo puede ser descrita como «lábil» o «difusa», y se caracteriza por un menor alcance en sus reivindicaciones, limitadas al propio espacio del consumo y raramente extendidas a las modificaciones de otras condiciones de la vida social, un menor contacto con organizaciones políticas de otro orden, un nivel menor de contacto directo con el polo opuesto del conflicto (los productores), limitado casi siempre a los casos de vulneración de derechos. Parece no existir, al menos claramente, una contrapartida «consumista» a la utopía obrera de la cogestión y participación en la dirección y ganancias de las empresas. El grado de movilización de las asociaciones de consumidores no parece poder alcanzar hoy en día los picos más altos de movilización del movimiento obrero.

Un tercer nivel de diferencias, vinculado con el anterior, consiste en la ausencia de espacio de cristalización jurídica del resultado de negociaciones entre ambos polos del conflicto en el ámbito del consumo. No hay equivalente «consumista» a los convenios colectivos de trabajo. Las asociaciones de consumidores limitan su acción al *lobby* legislativo cuando pretenden ampliar sus reivindicaciones, al litigio judicial cuando discuten violaciones de sus derechos, y a la acción directa de desprestigio público de las empresas a las que se considera violadoras sistemáticas de principios de lealtad comercial o publicitaria o de seguridad y calidad de la producción. Pero no existe atribución para pactar *a priori* las condiciones de producción, circulación o publicidad de los bienes o servicios ofrecidos. Esta función queda reservada a la reglamentación estatal. En este sentido, el rol que asignaba el derecho laboral al sindicato era mucho más amplio que el asignado por el derecho del consumo a los sujetos colectivos que lo caracterizan, tomando el estado la atribución de determinar las condiciones que limiten las facultades de los productores.

Estas diferencias son sólo algunos ejemplos del distinto carácter cualitativo del modo de integración social determinado por el trabajo y por el consumo, y de las correlativas diferencias en su juridización. El tema ha recibido poca atención, especialmente desde el punto de vista del derecho, y ofrece un rico y vasto campo de investigación.

¹⁴ Ewald, F., «*Le droit du travail: une légalité sans droit?*», en *Droit Social* n.º 11 (1985), págs. 723-8, y «*A concept of social law*», en Teubner, G. (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlín (1986), págs. 40-75.

¹⁵ Es muy interesante consultar al respecto los trabajos de Louis Pinto acerca de la constitución de asociaciones de consu-

midores en Francia V. Pinto, L., «*Le consommateur: agent économique et acteur politique*», en *Revue Française de Sociologie* n.º 31 (1990), págs. 179-200, y «*La gestion de un label politique: la consommation*», en *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* n.º 91-2 (1992), págs. 3-19. Cfr. también Wieviorka, M., *L'état, le patronat et les consommateurs*, París (1977).

ALGUNAS PRECISIONES FINALES

Finalmente, queremos volver sobre algunos aspectos que hacen a la definición de lo que denominamos espacio simbólico de pertenencia social. En principio, es importante aclarar que el hecho de que planteemos cierto reemplazo sucesivo de distintos espacios de pertenencia social, y en consecuencia de distintos modelos de estructuración jurídica, no implica postular la desaparición total del espacio y modelo jurídico anterior, sino sólo un *desplazamiento de importancia simbólica*, y en definitiva una mayor incidencia económica en la estructura de ocupación y producción de una formación social determinada. No estamos planteando que el libre intercambio de mercaderías, el trabajo o el consumo constituyan el único espacio que determine la integración al conjunto social, sino solamente señalando tendencias que sugieren su creciente importancia en los respectivos períodos históricos. El desplazamiento del modelo individual de relaciones propio del derecho civil por el esquema de relaciones colectivas del derecho laboral no implica la desaparición del primero, sino únicamente una mayor importancia relativa, calificada por el número de personas abarcadas por este nuevo modelo de relaciones y por el mayor peso económico que genera la actividad regulada por el derecho laboral (es decir, el trabajo industrial). Del mismo modo, no estamos planteando que en nuestros días se esté produciendo una desaparición total del esquema del derecho laboral a favor de nuevas formas de relación jurídica del estilo del derecho del consumo, sino una minimización, o pérdida relativa de importancia de las relaciones laborales, frente a un desplazamiento simbólico hacia áreas ligadas al consumo como espacio de inserción social. Este gradual cambio de paradigmas puede explicarse mejor como un proceso de complejización del derecho, antes que como un proceso de eliminación de un tipo de estructura jurídica por otro más novedoso.

Emplear el molde de la teoría de los paradigmas supone también aceptar las consecuencias de normalización del nuevo paradigma constituido sobre el ámbito del saber particular que adquiere vigencia. En el campo del derecho esto significa la constitución de un nuevo sistema de ideas, descrito en general como principios o instituciones del derecho en cuestión, y el desarrollo de una dogmática jurídica que da forma y ordena el contenido de la nueva codificación de acuerdo a aquellos principios. Se ha caracterizado tradicionalmente este proceso como de «autonomización» de una rama del derecho. En general el proceso consiste en la creación de un espacio de interpretación teórica y práctica propio, verificado en lo académico con la creación de cátedras en las universidades, o bien con el desarrollo de una nueva bibliografía propia de la materia, y concretado en la práctica jurídica con la creación de un fuero propio (como, por ejemplo, los tribunales del trabajo), y con el desarrollo de la legislación pertinente. Es interesante señalar además algunas de las con-

secuencias del desarrollo de la dogmática en ámbitos particulares del derecho: la dogmática cumple al mismo tiempo una función progresiva, extendiendo el campo particular del saber en cuestión, y una función conservadora, manteniendo una ostensible tensión entre la normalización del saber jurídico y las modificaciones producidas en el ámbito del conflicto social regulado. El problema del cambio de paradigmas jurídicos debe atravesar y quebrar esta tensión: durante un período determinado, la dogmática desarrollada por un paradigma intenta dar cuenta e interpretar los cambios sociales a través de modificaciones *ad hoc* de sus propios principios. Denominaremos a este fenómeno «plasticidad» de los paradigmas jurídicos. Cuando el tipo de modificación de la realidad social sea tan importante que resulte imposible extender aún más esta plasticidad (por ejemplo, con la modificación de lo que denominamos espacio simbólico de pertenencia social), se produce la constitución de nuevos paradigmas. Por supuesto, es difícil determinar el momento preciso en que se produce este cambio, que más que un reemplazo abrupto constituye un proceso de paulatina imposición de un nuevo paradigma en ascenso. Pero una buena guía para estudiar los momentos de modificación de paradigmas estará dada cuando las estructuras de un paradigma vigente no sean ya aptas para retener jurídicamente el conflicto social emergente. La suma de presiones destinadas al cambio es ejercida desde todos los márgenes del conflicto, ya que se trata de instalar normativamente las respectivas posiciones de fuerza en el conflicto, estabilizándolas, de manera que el derecho actúa al mismo tiempo como un espacio para garantizar la perdurabilidad de ciertos intereses y como una vía para detener su extensión ilimitada. Ya hemos visto cómo el derecho laboral extiende el estatuto de derechos del trabajador asalariado, mientras que limita la extensión del conflicto e iguala a los empleadores, asegurando condiciones de competencia similares en el mercado. El derecho del consumo consolida numerosos derechos en favor de los consumidores, pero también funciona como válvula que controla la extensión de esos derechos e iguala las cargas de los empresarios frente a los conflictos motivados por el consumo masivo consagrando el postulado de la libre competencia.

Si bien los nuevos paradigmas jurídicos reflejan cambios de la estructura económica, también actúan directamente sobre el conflicto social fijando sus causas y sus límites. Exportado al ámbito del derecho, el conflicto social adquiere una nueva definición: los términos, intereses, reivindicaciones, sujetos y espacios físicos que conformaban el conflicto original son reemplazados por nuevos conceptos, sujetos, derechos, ámbitos y mecanismos de discusión¹⁶. Esta redefinición de conflictos sociales en términos jurídicos y su procesamiento en el propio ámbito del derecho es útil para entender la existencia de desajustes entre la evolución de los conflictos sociales y la velocidad con la que el derecho puede dar cuenta de esta evolución.

¹⁶ Cfr. Faria, J. E., «Dogmática jurídica y conflicto social», en *Crítica Jurídica* n.º 9 (1988), págs. 37-45.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Anotaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado¹

Antonio DEL MORAL GARCIA

PREAMBULO

El cumplimiento del mandato que contiene el artículo 125 de la Constitución relativo a la implantación del Jurado en la justicia penal fue el primer anuncio, nada más acceder al cargo, del actual ministro de Justicia e Interior (entonces, sólo Justicia). Los trabajos prelegislativos comenzaron su andadura muy pronto. Las iniciales llamadas a la colaboración de todas las asociaciones de profesionales relacionados con la justicia perderían todo lo que había de entusiasmo, al menos aparente, ante las resistencias del equipo ministerial a recoger las sugerencias, algunas tremendamente justas, a los diversos borradores. Esa actividad cuajó finalmente en un Proyecto de Ley Orgánica que tuvo entrada en el Parlamento el 20 de mayo de 1994. Su tramitación luego se ralentizó, aunque últimamente se ha anunciado un nuevo impulso a ese proyecto legislativo cuya trascendencia no escapa a nadie. Y no sólo porque suponga la reinstauración del Jurado en nuestro proceso penal. También, y esto conviene subrayarlo, porque el Proyecto no se limita a efectuar las reformas necesarias para la introducción del Jurado. Va mucho más lejos y de forma inoportuna, se intentan variar algunos temas cruciales del sistema procesal penal que poco o nada tienen que ver con la reinstauración del Jurado. Así sucede con el régimen de la prisión preventiva, el antejuicio, la valoración de la prueba o, muy particularmente, con la fase de instrucción que se edifica sobre principios muy distintos a los de los procesos penales vigentes, sin que existan razones confesables que justifiquen esa disparidad. Utilizando una plástica y expresiva imagen, se ha comparado el «tardío desarrollo legal de la institución del Jurado» con «una especie de caballo de Troya en cuyas oscuras cavida-

des se apiñan, esperando el momento de tomar por sorpresa nuestro Derecho Procesal, conceptos, modelos y principios» nuevos que se quieren introducir clandestinamente, como de contrabando², confiando en que el debate central —el Jurado— distraiga la atención de esas otras reformas de no menor fuste.

Es justo reconocer que el texto está muy elaborado y pensado. Se han buscado en algunos puntos problemáticos soluciones imaginativas. Pero es un texto muy complejo. Por ello no sorprende que proliferen los defectos técnicos y la ausencia de concordancias con los preceptos comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La tan ambiciosa como innecesaria pretensión de instaurar un nuevo modelo procesal completo para el juicio por jurado, incluida la fase de instrucción, genera un complicado sistema, asimilable a un delicado mecanismo de relojería, donde lo difícil es que no falle alguna de sus piezas. Los artículos del texto tienen en muchos casos una desmesurada extensión. Eso representa una mala pedagogía legislativa. Las cautelas adoptadas a la hora de fijar el marco de competencia del juicio por jurado contrastan con la osadía que se muestra, en contra de las voces abrumadoramente mayoritarias de todas las asociaciones que fueron consultadas para, sin timideces ni prudencia alguna, injertar un nuevo modelo de instrucción junto al clásico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De otra parte, en muchos de los pasajes de la norma proyectada se descubren fórmulas propias de laboratorio: aptas para merecer sesudas consideraciones en debates de teóricos de salón, pero que no resisten su contraste con la realidad práctica que se olvida al introducirse soluciones que van a plantear innumerables problemas. Se está pensando en un idílico proceso penal en que el imputado está pen-

¹ En sus líneas maestras, el esquema de este trabajo responde a la intervención oral en una mesa redonda que tuvo lugar el 22 de julio de 1994 en el curso sobre «El Jurado» celebrado en San Lorenzo de El Escorial en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid que dirigió don Luis Martí Mingarro, decano del ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

² Crespo Barquero, *Aproximación al nuevo modelo de instruc-*

ción Penal previsto en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado ponencia presentada al curso «El Jurado y la Reforma Procesal» organizado por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado y celebrado en Madrid los días 27 a 31 de marzo de 1994, pág. 52 del texto mecanografiado. El trabajo, de gran interés y especial luminosidad, está en vías de publicación.

diente del proceso que se le sigue y acude dócilmente a todas las comparecencias y citaciones; actitud ésta que no abunda en la práctica. La articulación de numerosas citaciones, comparecencias y audiencias, auténticos cuellos de botella en el trámite procesal, provocarán dilaciones en el proceso por incomparecencias del sujeto pasivo. Esa sensación de desapego de la realidad que transmiten muchos aspectos de la ley al aplicar sus esquemas a los procesos que cotidianamente se ventilan en nuestros Tribunales llama más la atención al pensarse que alguna de las más relevantes plumas que ha intervenido en la redacción del Texto ha sido guiada por la mano de un Magistrado en activo.

Estas líneas no pretenden un estudio sistemático y completo del Proyecto de Ley del Jurado. Se van a espigar exclusivamente algunos temas para realizar unos comentarios condicionados por una doble óptica. De un lado, se utilizará predominantemente el prisma de la práctica para analizar las soluciones del texto: comprobar cómo funcionaría el sistema que se pretende introducir imaginando supuestos prácticos concretos. De otro lado el proyecto se enjuiciará exclusivamente desde el punto de vista de la técnica jurídica. Conscientemente orillo todo el debate previo sobre los grandes temas como la conveniencia y oportunidad del jurado; la alternativa entre jurado puro y escabinado; la selección de jurados... Evidentemente que tengo mis ideas al respecto, pero estas anotaciones tienen pretensiones más modestas. Aunque no tengo ningún inconveniente en desvelar de forma simplemente enunciativa esas ideas para que el lector pueda hacer uso del instituto de la recusación ya desde el principio y no pueda acusarme de enmascarar mis recelos frente a la institución del Jurado bajo objeciones de pura técnica jurídica realizadas a un concreto Proyecto de Ley de Jurado. Entre los inconvenientes y las ventajas del Jurado personalmente pienso que pesan más aquéllos. Aunque tampoco tengo ningún empacho en reconocer como jurista —y esa razón sería suficiente para dictar la Ley del Jurado— que el artículo 125 de la Constitución³ obliga al legislador a establecer el Jurado y creo que cualquier interpretación que intente extraer de tal precepto constitucional otra consecuencia resulta manipuladora⁴. Por más que en mi opinión hubiese sido preferible no condicionar esa materia constitucionalmente y deferirla a una decisión del legislador. Y en la alternativa jurado puro-escabinado, me decanto también, por motivos que

ahora no es pertinente exponer en este momento, por éste último. Baste aquí indicar como muchos de los puntos problemáticos que aparecerán en las páginas siguientes encontrarían soluciones más fáciles y nítidas en el marco del Escabinado.

Y hecha ya en el pórtico de estas páginas esta confesión previa, procede pasar a desbrozar algunas de las numerosas cuestiones que sugiere la lectura del proyecto.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

Está fijada a través de una alambicada y muy deficiente técnica legislativa que responde a puras razones estéticas y ornamentales. En lugar de establecer con claridad el ámbito de competencias del Tribunal del Jurado y dejar abierta la posibilidad de que se amplíe a través de sucesivas modificaciones legislativas, se opta por fijar en el articulado de la ley un cuadro de competencias (art. 1); para a continuación suspender la vigencia de ese régimen hasta que se apruebe el tantas veces prometido Código Penal de nueva planta y establecer otro marco de atribuciones que es el real (disposición transitoria 1.^a). Finalmente el texto hace un brindis al sol disfrazado de disposición transitoria (la 2.^a) al hablar de la progresiva ampliación del marco de competencias del Jurado «conforme lo permita la consolidación social de la institución».

No es que no se esté de acuerdo con lo que establece la disposición. Es que ese no puede ser jamás el contenido de una disposición normativa. Parece ignorarse que el legislador presente no puede vincular al legislador futuro. Esto es algo obvio⁵.

Lo lógico era trasladar el contenido de la disposición transitoria 1.^a al artículo 1.^o y dejar sin más las puertas abiertas para que el legislador futuro amplíe o reduzca ese ámbito de competencias. Pretender condicionar al legislador futuro es ponerle puertas al campo. Si el futuro legislador quiere con motivo de la aprobación del nuevo Código Penal actualizar esas competencias, bastará con que modifique expresamente a través de una disposición adicional de tal cuerpo legal el artículo 1 de la Ley del Jurado. Y si no lo desea, desoyendo así el «presunto» —«presunto» porque no es tal pese a su apariencia— mandato del inciso inicial de la disposición transitoria 1.^a del Proyecto de Ley del Jurado, no tendrá más que derogarlo a través de la Ley Orgánica que apruebe el Código Penal.

³ Por no hablar de la clamorosamente incumplida disposición adicional 1.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴ Aunque el tema no deja de ser discutible y ha sido discutido. Al respecto, e incluyendo una breve reseña de los partidarios de una u otra opción interpretativa, pueden verse Serrano Butragueño, *El Jurado a la luz del artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* en «Actualidad Aranzadi», año III, n.º 121; o González-Cuellas Serrano, *Por fin, el jurado*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», año IV, n.º 151. De los debates parlamentarios, sin embargo, pueden extraerse argumentos para defender que el artículo 125 de la Constitución no impone la institución del Jurado, sino que meramente la permite.

⁵ Se trata de una nueva versión, corregida y ampliada, de una técnica ya utilizada por el legislador en otras ocasiones. El paradigmático botón de muestra de estas fórmulas legislativas, dignas de cabalísticos estudios, es el párrafo 2.^o de la Disposición

Transitoria de la vigente Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Recordémoslo. En el párrafo primero se afirmaba la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional para conocer de los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes. El párrafo segundo reza así: «La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de intermediación judicial». Al igual que se decía antes se puede estar de acuerdo con ese principio. Pero lo que resulta una estulticia jurídica es plasmar ese principio en una disposición legal dictada para que obligue al legislador futuro. Este podrá hacer caso o no a ese principio. Si discrepa de la misma a la hora de modificar esa atribución de competencia no tiene más que derogar esa norma: es más, necesariamente y en todo caso tendrá que derogarla.

Más claramente todavía la disposición transitoria 2.^a está vacía de todo contenido normativo y no tiene ningún grado de vinculatoriedad para el legislador futuro quien, si no comparte ese criterio, no tiene más que derogarla o, sencillamente, desoirla. Llevada al esperpento, la técnica utilizada supondría tanto como una ley que contuviese una disposición transitoria estableciendo que tal ley no será aplicable hasta que así lo disponga otra ley posterior y en la forma en que lo disponga esa ley posterior.

Entrando en la glosa de las competencias específicas del Tribunal del Jurado es precisa en primer lugar una referencia a los aforamientos. Los aforados quedan sometidos al Tribunal del Jurado, sin exclusión alguna como expresa el inciso final del artículo 1.2. La constitucionalidad de esa previsión en cuanto alcanza a los aforamientos establecidos por la Norma Fundamental es muy discutible. La Constitución habla de enjuiciamiento por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y esa afirmación no parece coherente con la atribución de facultades para el enjuiciamiento al Tribunal del Jurado. Además con esa previsión pierden toda razón de ser los aforamientos en el ámbito de la competencia del Tribunal del Jurado. La Sección de Hecho se forma de manera idéntica —no puede ser de otra forma— que en un supuesto de no aforamiento. La diferencia estríbará exclusivamente en la categoría del Magistrado que integra la Sección de Derecho con lo que pierde su razón de ser el aforamiento. Esa garantía quedará se traducirá exclusivamente en la pérdida de posibles recursos. Por este portillo, de otra parte, podremos encontrar al Jurado resolviendo supuestos de terrorismo, lo que en un principio ha querido evitarse. En efecto, el conflicto entre las normas competenciales de la Audiencia Nacional y los aforamientos, ha sido resuelto por el Tribunal Supremo dando prevalencia a éstos, con lo que el Tribunal del Jurado en supuestos de competencia por razón de aforamiento del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia podrá venir obligado a enjuiciar delitos relacionados con elementos terroristas.

En la selección de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado han de buscarse infracciones caracterizadas por la simplicidad de la acción típica. En principio los delitos contra la vida se presentan como un buen ejemplo de ello. Por eso es acertada la decisión del Proyecto de incluirlos en la panoplia de competencias del Tribunal del Jurado. Pero no debe olvidarse la extrema complejidad técnica que rodea en ocasiones el enjuiciamiento de estas infracciones. Piénsese en la comisión por omisión, donde sólo se puede decidir sobre la culpabilidad o inocencia si se goza de conocimientos de técnica jurídica, a veces muy complicados para un lego. En el Proyecto actualmente en tramitación se confía a la Sección de Hecho no sólo la fijación de los hechos probados sino también la de-

claración de inocencia o culpabilidad lo que es una grave equivocación y engendrará grandes problemas si no se corrige en la tramitación parlamentaria. Un ejemplo real extraído de la práctica de los Tribunales ilustrará lo que se quiere expresar. Dos toxicómanos se inyectan heroína juntos. Uno de ellos pierde el conocimiento enseguida. Su compañero intenta reanimarlo, sin conseguirlo. Asustado, finalmente, lo deja abandonado, sin dar aviso a nadie. Fallecido el acompañante e iniciado el correspondiente proceso penal, la acusación particular postulará una condena por homicidio, consiguiendo el procesamiento. Si tales hechos hubieran de ser enjuiciados bajo la vigencia del Proyecto de Ley en tramitación, el Jurado deberá pronunciarse no sólo sobre los hechos y la intención del acusado (posible dolo eventual), sino también sobre la calificación como homicidio, imprudencia u omisión del deber de socorro⁶, lo que supone presumir en el Jurado unos conocimientos jurídicos (dolo eventual; posición de garante...) que sólo el especialista en derecho penal puede poseer. Hay temas, también en los delitos contra la vida, empapados de grandes dosis de tecnicismo jurídico que desaconsejan que el veredicto del jurado se extienda al juicio de inocencia o culpabilidad.

La competencia del Jurado respecto a los delitos contra la vida, se ciñe en el Proyecto a los delitos consumados (art. 7.1) lo que en mi opinión es un acierto. Aunque por algunos se ha apuntado que la limitación obedece a razones de tipo económico⁷, creo que existen también motivaciones de conveniencia técnica. Las difusas fronteras entre los delitos consumados de lesiones y los delitos frustrados contra la vida hace preferible que la fijación de esos linderos sea confiada en cada caso concreto a un Tribunal profesional. Esa cuestión de carácter sustantivo, además, repercutiría en el buen orden procesal enturbiando la claridad del procedimiento. La conversión, por mor de un cambio de tipificación en el acto del juicio oral, de un procedimiento común en otro competencia del Jurado ha de ser muy engorrosa y dilatoria y el mantenimiento de la competencia del Jurado para los delitos no consumados contra la vida sería un marco especialmente apto para propiciar esas situaciones (cambio de la acusación por lesiones consumadas en otra por homicidio frustrado).

En cuanto a los delitos cometidos por los funcionarios públicos que también se atribuyen a la competencia del Tribunal del Jurado (art. 1.1.b)⁸, también se encuentran algunos que pueden ser de endiablada complejidad. Así los delitos de malversación donde muchas veces el soporte probatorio casi exclusivo es un abultado volumen de documentos junto con informes periciales contrapuestos, cuyo estudio y valoración exige conocimientos técnicos y mucha paciencia. No se trata de figuras delictivas

⁶ Siempre que se le haya presentado ese abanico de calificaciones, lo que no siempre sucederá, tema que también plantea otros problemas adicionales que luego se analizarán.

⁷ Gisbert Gisbert y Mares Roger, *El proyecto de Ley del Jurado: sinopsis y observaciones críticas* en «Revista General del Derecho», año L, n.º 600, septiembre de 1994; pág. 9106.

⁸ En la primera fase, a tenor de la disposición transitoria 1.^a,

los delitos de infidelidad en la custodia de presos e infidelidad en la custodia de documentos (arts. 362 a 366); limitaciones a la libertad sexual (art. 383 y 384); cohecho y los casos más caracterizados de las malversaciones de caudales públicos (arts. 385 a 396); y los fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios y tráfico de influencias (art. 400 a 404 bis c).

adecuadas para confiar su enjuiciamiento a un Jurado puro.

Otras de las infracciones incluidas, como las exacciones ilegales, necesitan para su correcto enjuiciamiento de conocimientos jurídicos de alta cualificación técnica en muchos casos. No es posible dar un veredicto de inocencia o culpabilidad como exige el Proyecto al Jurado Puro sin contar con esos conocimientos.

LAS MODIFICACIONES EN LA FASE DE INSTRUCCION

El Proyecto introduce un procedimiento nuevo para la instrucción de las causas por delitos de la competencia del Tribunal del Jurado⁹, lo que no tiene ningún sentido, salvo que se barrunten motivaciones poco confesables. El juicio con jurado no exige especialidades en la fase de instrucción. Así lo demuestra la experiencia histórica: ninguna de nuestras precedentes leyes de Jurado realizaban modificaciones en la fase de instrucción.

Los textos previos al Proyecto se caracterizaban por una fuerte restricción a los poderes y facultades del Instructor. Las unánimes críticas de las asociaciones de jueces, fiscales y secretarios consiguieron, si no hacer desaparecer esa desafortunada iniciativa, sí al menos suavizar el alcance de la modificación. El Proyecto en este punto se aparta sensiblemente del inicial Borrador y esas limitaciones a los poderes del Instructor han sido muy edulcoradas y matizadas en los textos sucesivos, aunque en cierta medida persisten. Y esta consideración hace que todavía tenga menos sentido el mantenimiento de ese nuevo tipo de instrucción a unir a los dos ya existentes: el procedimiento abreviado (con sus subespecialidades) y el sumario ordinario.

La convivencia de diversos tipos de procedimientos genera grandes inconvenientes que se agigantan si el esqueleto de los diversos tipos procesales es dispar. El objeto del proceso penal se va definiendo progresivamente y su mutabilidad a lo largo del proceso, provoca la necesidad de transformar el procedimiento cuando la variación de tipo penal determina una modificación del cauce procesal. Esos cambios son soportables cuando los tipos procesales se edifican sobre principios idénticos y responden a un esquema similar, sin perjuicio de algunas variaciones (como sucede con el procedimiento abreviado y el sumario). Pero originan un desgaste procesal inútil cuando las desemejanzas entre uno y otro cauce obligan a repetir casi íntegramente toda la fase de instrucción. Y a eso se presta el sistema diseñado por el Proyecto. Se prevé el cambio del procedimiento de la Ley del Jurado a los procedimientos ordinarios al finalizar la fase de instrucción (art. 32.4), sin necesidad de reiterar diligencias. Igualmente se prevé la prorrogación de la competencia del Tribunal del Jurado para conocer de un delito no atribuido legalmente al mismo, si así resul-

ta de la modificación de conclusiones en el acto del juicio oral (art. 46.3). Pero no se articula ninguna respuesta para el supuesto inverso. Si en el momento del juicio seguido ante el Juez de lo Penal o Audiencia Provincial la acusación modifica sus conclusiones y califica los hechos como constitutivos de un delito competencia del Tribunal del Jurado, la única solución será la de decretar en ese momento la conversión del procedimiento al previsto en la Ley del Jurado y la necesidad de iniciar desde el principio toda la instrucción, pues la instrucción realizada a través de los cauces de los procedimientos comunes, no es homologable con la prevista para los delitos competencia del Tribunal del Jurado.

La Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto intenta inútilmente justificar la introducción de ese nuevo modelo de instrucción para las causas competencia del Tribunal del Jurado. El esfuerzo, por definición, ha de ser infecundo y sin fuerza suasoria. Porque si el nuevo procedimiento tiene tantas ventajas, ¿por qué no se implanta para todos los procesos? Y, si no es así, ¿por qué se establece para el Tribunal del Jurado? Lo que nunca se conseguirá es convencer sobre la necesidad de que el proceso con Jurado esté dotado de una instrucción edificada sobre principios y trámites distintos que el resto de los procesos penales. Se ahonda así en la esquizofrenia procesal que caracteriza nuestro sistema.

Junto a la ya apuntada limitación de los poderes del Instructor, la fase de instrucción se caracteriza en el nuevo tipo procesal frente al modelo tradicional, por la introducción en gran medida de los principios de preclusión y concentración, junto con la potenciación de la oralidad. A mi juicio tales principios crean un clima sofocante y se compadecen mal con la flexibilidad que ha de caracterizar la fase de instrucción: cada asunto tiene unas peculiaridades propias y la actividad instructora es poco apta para ser encasillada en momentos preclusivos. El artículo 27.4 del Proyecto, por ejemplo, es preocupante, pues parece dar a entender que el retraso en un solo día del Ministerio Fiscal en presentar la solicitud de apertura del juicio oral determinará ineludiblemente el sobreseimiento de la causa.

La actividad procesal previa al juicio oral se articula a base de continuas comparecencias y audiencias que entroncan con el principio de concentración y que, según enseña la práctica, suelen ser motivo de dilaciones por las frecuentes e inevitables suspensiones. Junto a la audiencia previa a la decisión sobre la libertad o prisión que se establece para todos los procedimientos y que se analizará después, la instrucción de las causas competencia del Tribunal del Jurado comienza con una comparecencia (art. 25) a la que deben asistir el imputado asistido de letrado, el Fiscal y demás partes personadas. Igualmente han de ser convocados los perjudicados y ofendidos por el delito¹⁰. Junto a otros contenidos, en esa comparecencia se ha de formular por las partes la solicitud de diligencias de investigación que consideren oportunas. La aparición de nuevos im-

⁹ Piénsese en la modificación de una violación a un delito de sollicitación sexual o la inclusión de éste; o la mutación de un de-

lito de apropiación indebida en un delito de malversación; por indicar dos ejemplos perfectamente imaginables.

¹⁰ Que en algunos casos pueden ser muchos.

putados¹¹ determinará la necesidad de nuevas comparecencias similares. Y la aparición de nuevas imputaciones obligará a reproducir igualmente la comparecencia.

Tras la práctica de las diligencias de investigación resultantes de la resolución que sigue a la comparecencia, se da traslado a las partes para la solicitud de apertura del juicio oral, aunque cabe pedir nuevas diligencias¹² en el preclusivo término de los tres días siguientes al de la comparecencia o al de aquel en que se practique la última de las diligencias acordadas, lo que obliga a las partes a estar especialmente atentas para evitar que transcurra ese plazo perentorio. Olvida el prelegislador que la denegación de algunas diligencias de investigación solicitadas es susceptible de apelación y que el recurso puede resolverse con posterioridad al trámite de traslado a las partes acusadoras para solicitar la apertura del juicio oral. No se ha previsto algo semejante a lo establecido en el párrafo último del artículo 622 para el procedimiento ordinario.

Obviando ahora otras posibles incidencias, tras la petición de apertura del juicio oral sigue la denominada audiencia preliminar, donde pueden practicarse nuevas diligencias de prueba y cuya finalidad es proporcionar al Juez los elementos para decidir sobre la apertura o no del juicio oral (arts. 30 y 31). Aunque todavía el Instructor después de esa audiencia está facultado para acordar nuevas diligencias antes de decidir (art. 32.3).

Abierto el Juicio oral se emplaza a las partes ante el Tribunal competente, donde igualmente puede ser necesaria una vista previa tramitada con arreglo a lo previsto para los artículos de previo pronunciamiento para resolver las cuestiones previas que con gran amplitud prevé el artículo 36.1.

El sistema que se ha expuesto esquemáticamente resulta excesivamente complejo y encorseta la fase de instrucción de forma poco deseable, lo que pone de relieve con más fuerza la improcedencia de diseñar un sistema de instrucción nuevo para el ámbito del Tribunal del Jurado. Sistema que, por otra parte, es difícil de armonizar con muchas de las instituciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse establecido las necesarias concordancias. Entre otras, la rebeldía. No se prevé nada para el supuesto de que el imputado esté en paradero desconocido y por tanto no pueda celebrarse la comparecencia que prevé la ley. O, al menos no pueda realizarse ni con su presencia ni con la de su letrado. Aunque el modelo puede funcionar en investigaciones muy simples, sus complicados engranajes han de chirriar necesariamente en los casos de investigaciones complejas (por ejemplo, grandes malversaciones), donde la rigidez del nuevo modelo de instrucción va a ser fuente de dilaciones.

¹¹ O «presuntos inculcados» como reza la redacción del nuevo artículo 309 bis que propone el Proyecto incurriendo en un defecto que hereda del actual artículo 118. El confusionismo a la hora de designar a la parte pasiva del proceso penal llega así en nuestra ley al paroxismo. Junto al «imputado», «presunto reo», «procesado», «encartado», «acusado», tenemos al «presunto in-

MEDIDAS CAUTELARES: EL NUEVO REGIMEN DE LA PRISION PROVISIONAL

La prisión provisional es también afectada por el Proyecto de Ley del Tribunal del Jurado de forma innecesaria, como señaló en su informe el Consejo General del Poder Judicial. La reforma es particularmente desdichada en estos momentos en que se ha levantado una polémica sobre la prisión preventiva por causas nada desconocidas y muy sospechosas. Precisamente en una época en que el uso de la prisión preventiva que hacen los Jueces es mucho más cauta y constitucional, se han desatado las críticas a la misma tachando de abusivas las decisiones de los Jueces de Instrucción cuando determinadas personas de los estratos sociales más altos han sido sometidas a tal medida, en lo que representa algo más que una simple coincidencia. Del famoso «entran por una puerta y salen por la otra», palabras cuyo eco todavía resuena por su cercanía en el tiempo y que estaban en boca de responsables políticos y de muchos sectores sociales, se ha pasado a la denuncia del vigente régimen de prisión preventiva, como si ésta fuese un invento de los últimos años, desconocido anteriormente. Ahora parecen descubrir muchos que existe la prisión preventiva. No es que comparta plenamente el régimen de prisión preventiva que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 503 y 504 que, desde luego, son susceptibles de algunas mejoras. Pero si hay un momento poco adecuado para abordar su reforma sería éste.

El Proyecto incorpora un nuevo artículo 504 bis.2 que introduce las siguientes novedades:

- Tras la detención es preceptiva en el plazo de setenta y dos horas la celebración de una audiencia con la asistencia preceptiva del Ministerio Fiscal, imputado y letrado de la defensa. También han de ser convocadas el resto de las partes personadas. La audiencia es obligada aunque el Juez no tenga duda alguna de que debe acordarse la libertad provisional, lo que supondrá una prolongación injustificada de la situación de detención en algunos casos.
- La decisión sobre la procedencia de decretar la libertad o prisión provisional sólo puede producirse tras la celebración de esa audiencia. Para acordar la prisión es necesario que alguna de las partes la inste (nueva merma a los poderes del Juez de Instrucción, que sería lógica en un contexto normativo en que estuviese debidamente reforzada y garantizada la imparcialidad del Ministerio Fiscal).
- En la audiencia se pueden proponer medios de prueba siempre que sean susceptibles de practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. Nada se dice sobre las facultades del instructor de denegar tales medios de prueba y, en su caso, de los eventuales recursos.

culpado», expresión cuyo significado no se alcanza a comprender. O se es inculcado o no se es inculcado. Pero qué se quiera decir con la fórmula «presunto inculcado» es algo enigmático.

¹² Supuesto que es frecuente en la práctica en que de la realización de unas diligencias se deriva la necesidad de solicitar otras nuevas.

- La audiencia ha de celebrarse precisamente ante el Juez o Tribunal que deba conocer de la causa. Aparece así un grave problema práctico: las detenciones practicadas fuera del partido judicial del Juez llamado a conocer de los hechos. Problema que se acrecienta con la necesidad de desplazamiento del detenido cuya asistencia a la audiencia es preceptiva. Y no parece muy factible la celebración de esa audiencia a través del auxilio judicial.
- Si la audiencia no puede celebrarse, el Juez puede acordar la prisión o la libertad pero deberá convocarla de nuevo dentro de las setenta y dos horas siguientes. No se prevé qué sucederá si tampoco puede llevarse a cabo por incomparecencia del imputado. La experiencia enseña que son muchos los imputados que desoyen sistemáticamente las citaciones, lo que puede convertir el sistema en una cadena ininterrumpida de citaciones y suspensiones, cuando en algunos casos sería evidente la procedencia de la libertad provisional a la vista de la pena señalada al delito y demás circunstancias.
- En el párrafo 4.º del nuevo precepto se introduce un importante matiz que parece modificar el régimen de la prisión preventiva actual: para decretar la prisión provisional parece exigirse además de los presupuestos generales de los artículos 503 y 504 la constatación de que existe «riesgo de fuga», aunque la fórmula empleada es gramaticalmente incorrecta¹³. En una primera aproximación se desprende que la exigencia de riesgo de fuga para decretar la prisión provisional sólo jugará en el caso de que la audiencia no haya podido celebrarse pero no en los demás casos en que deberá estarse exclusivamente a lo dispuesto en los artículos 503 y 504 de la ley. Pero el auténtico riesgo estriba en que se intente extrapolar ese nuevo requisito a todos los supuestos exigiendo siempre para toda decisión de prisión la existencia de riesgo de fuga y olvidando que la prisión provisional cumple otras finalidades (prevención especial; evitar ocultación de pruebas...). En los delitos de mayor gravedad la prisión preventiva se impone, cuando la base probatoria es sólida, aunque esté completamente descartado el peligro de fuga.

Ese régimen, excesivamente rígido a mi juicio, se completa con una modificación del artículo 539. Toda decisión a lo largo del curso de la causa que agrave la situación personal del imputado habrá de ir precedida de una audiencia en los términos descritos. Con una salvedad, la prisión puede adoptarse directamente cuando el Juez o Tribunal entiendan que hay riesgo de fuga, si bien en tales casos deberá celebrarse la audiencia *a posteriori*.

¹³ Se dice: «Si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurren los presupuestos y estimase riesgo de fuga...». Parece en una interpretación puramente literal que el riesgo de fuga ha de concurrir para decretar la libertad provisional.

¹⁴ A este respecto resultan de enorme interés los trabajos de

ESPECIALIDADES EN MATERIA DE PRUEBA

Marginando otras cuestiones más generales, muchas de ellas de psicología jurídica o incluso meta-jurídicas¹⁴, y centrándonos en el Proyecto de Ley que se comenta, lo que más llama la atención en este punto es el régimen especial de valoración de la prueba sumarial que se aparta radicalmente de lo establecido jurisprudencialmente y a impulsos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo para el resto de los procesos. Resultaría superfluo exponer ahora detalladamente las líneas de esa jurisprudencia que es ya bien conocida y es aplicada diariamente por todos nuestros Jueces y Tribunales. El principio general de que la sentencia ha de dictarse con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no es tan absoluto que haga perder todo su valor probatorio a la actividad sumarial. Las diligencias sumariales pueden servir de base para dictar una sentencia condenatoria cuando han sido reproducidas en el juicio oral; cuando su resultado ha podido ser sometido a contradicción; o en los supuestos, con ciertas matizaciones, en que se hace imposible su reproducción en el juicio oral (caso de testigos fallecidos o en desconocido paradero). El artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debidamente interpretado mantiene su vigencia. Igualmente las declaraciones sumariales realizadas con todas las garantías, aunque luego sean rectificadas en el acto del juicio oral, permiten al Juez o Tribunal entrar a dilucidar qué versión de los hechos merece mayor credibilidad y, en su caso, basar la sentencia condenatoria en la declaración sumarial debidamente contrastada en el acto del juicio oral. Todos cuantos desempeñan su labor en los tribunales penales conocen múltiples casos en que la presunción de inocencia se considera destruida precisamente en virtud de confesiones o declaraciones sumariales. Significativamente frecuente es ésto en delitos contra la vida: la confesión inicial ante el Juez de Instrucción es luego desmentida en el acto del juicio y, sin embargo, aquella, es tomada en consideración, al merecer mayor fiabilidad, como elemento decisivo para motivar una sentencia condenatoria.

Pues bien este sistema jurisprudencial, lleno de matices y de contrapesos, quebrará completamente en el juicio ante el Tribunal del Jurado si el Proyecto de Ley llega a cobrar vigencia con su actual redacción.

El Proyecto traza los nuevos perfiles de esta cuestión en sus artículos 34 y 44.5. El primero de los preceptos citados ordena al Juez de Instrucción, al acordar la apertura del juicio oral, la deducción de testimonio de los escritos de calificación de las partes, el propio auto de apertura del juicio oral y *las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el acto del juicio oral*. Estas diligencias su-

Paul de Velasco, *Estudios psicosociales sobre la toma de decisión de los miembros del jurado y De la composición y del veredicto del jurado. Comentarios psicológicos al Anteproyecto de Ley del Jurado en «Jueces para la Democracia»*, números 14 y 20, respectivamente.

mariales (un informe de balística; el informe de autopsia; o en general los informes periciales) pueden ser exhibidas al Jurado durante la práctica de la prueba (art. 44.4).

El régimen es distinto para el resto de las diligencias sumariales. Las partes pueden pedir testimonio de las mismas para utilizarlas durante el juicio oral (art. 34.3). En el curso de éste las partes pueden interrogar a acusados, testigos y peritos sobre las posibles contradicciones entre las declaraciones o informes que están prestando en ese acto y las que verificaron durante la fase de instrucción (art. 44.5.1°). Hasta aquí todo resulta adecuado. Pero lo más grave viene a continuación. A tenor del inciso final del art. 44.5.1° las declaraciones sumariales previas no pueden ser objeto de lectura en el acto del juicio, lo que dificulta la forma de interrogar sobre las posibles contradicciones, aunque sí pueden unirse al acta que será entregada al jurado antes de reunirse para deliberar (art. 51.3). Y, por fin, el artículo 44.5.2° proclama enfáticamente que «las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción no podrán constituir prueba sobre los hechos en ellas afirmados». De esa forma parece que el prelegislador está pensando en que las contradicciones puestas de manifiesto en el juicio pueden constituir un elemento indiciario para no dar credibilidad a lo que se ha declarado en el juicio, pero nunca pueden servir para apoyar la convicción precisamente en la declaración sumarial. Esto es absurdo y contradice no ya sólo la doctrina jurisprudencial al respecto, sino también la lógica, alentando un indeseable impunidad en muchos casos. Algunos ejemplos pueden adornar ese aserto:

- No es infrecuente en los delitos contra la vida que el imputado confiese los hechos ante el Juez de Instrucción, debidamente asistido de letrado. Y tampoco lo es que llegado el momento del juicio oral, cuando ya ha tenido ocasión de meditar sobre las consecuencias de esa confesión y sobre la inexistencia de otras pruebas de cargo suficientes, se retracte. En el sistema actual el Tribunal a la hora de dictar sentencia podrá basar la condena exclusivamente en esa inicial confesión si le merece total credibilidad, siempre que en el acto del juicio oral se haya interrogado sobre esa confesión. En el sistema ideado por el Proyecto de Ley, las cosas cambian. Si el acusado niega los hechos en el acto del juicio oral, cabrá la posibilidad de interrogar sobre esas contradicciones, pero como la declaración anterior no puede leerse en el juicio oral, quedará la duda de hasta qué punto puede utilizarse esa confesión para fundamentar el veredicto de culpabilidad. Y, sobre todo, bastará que el acusado se niegue a declarar sobre esos extremos usando su derecho constitucional, para que quede completamente prohibida la posibilidad de valorar la inicial confesión, por clara, convincente y detallada que haya sido en virtud del mandato expreso del artículo 44.5.2° del Proyecto.
- Idénticos son los resultados respecto de las declaraciones de los coimputados. La negati-

va del coimputado en el acto del juicio oral a declarar sobre sus imputaciones sumariales frente a otros acusados, impide absurdamente entrar a valorar las mismas.

- Con las declaraciones testificales sucede algo semejante, aunque con algunas modulaciones. El testigo no puede negarse a declarar. Pero sí puede ampararse en el olvido para rechazar toda explicación de eventuales contradicciones y afirmar con rotundidad que lo que declara en el juicio oral es lo que se ajusta a la realidad. De esa forma también va a ser más que problemática la posible utilización de sus declaraciones sumariales, aunque exista la convicción absoluta de que son más fieles a lo realmente sucedido.
- Y, por último, queda el tema de las pruebas sumariales que, por motivos independientes de la voluntad de las partes, no pueden reproducirse en el acto del juicio (art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) como sucede con el testigo sumarial fallecido inesperadamente o ilocalizable al empezar las sesiones del juicio oral. Aunque aquí las cautelas deben ser mayores, no cabe, como se deduce del Proyecto, negar toda relevancia a esa actuación sumarial.

El principio de valoración de la prueba practicada en el juicio oral no puede ser tan absoluto que lleve a negar toda relevancia probatoria a las actuaciones sumariales. Singularmente es válida tal apreciación para aquellas actuaciones sumariales que se hayan realizado con arreglo al principio de contradicción y con asistencia de todas las partes y posibilidad de preguntas y repreguntas, lo que va a suceder con frecuencia en el procedimiento diseñado en el Proyecto en el que la primera declaración del imputado y, en su caso, de muchos de los testigos, se realizará en la comparecencia prevista en el artículo 25 con asistencia de los letrados respectivos y presencia del propio imputado. Salvado el principio de contradicción, no tiene sentido negar relevancia probatoria a esas declaraciones.

Y menos sentido tiene aún establecer un doble régimen de valoración de la prueba sumarial según estemos ante un Tribunal del Jurado o ante los procedimientos comunes. ¿Qué motivo existe para ser más escrupuloso y riguroso a la hora de valorar la prueba sumarial en los delitos de la competencia del Tribunal del Jurado? El sistema puede dejar muy malparado el principio de la verdad material, irrenunciable en el ámbito del proceso penal. Pero si se conviniese en que el modelo del Proyecto es el adecuado, ¿por qué reducir su vigencia al procedimiento competencia del Tribunal del Jurado? Otra vez emerge esa esquizofrenia intolerable: establecimiento de delitos cuya probanza, por imperativo legal y no por razones relacionadas con sus estructuras típicas, es más difícil que en la generalidad de las infracciones penales. En un asesinato cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado la confesión sumarial del acusado, asistido de letrado, pero desmentida en el acto del juicio determinará la absolución si no existen otros elementos de convicción suficientes por sí solos. Si ese mismo asesina-

to por haber sido cometido por un nacional fuera de nuestras fronteras, es enjuiciado por la Audiencia Nacional, la confesión sumarial, en las mismas condiciones, podrá determinar una sentencia condenatoria. Por esa vía se crea un escenario adecuado para cierto impunitismo en el ámbito del Tribunal del Jurado que puede conducir a su desprestigio social. Los delitos sometidos a tal Tribunal, y entre ellos los cometidos por los funcionarios públicas, gozarán de un régimen de valoración de la prueba más severo que el resto de los delitos.

En otro orden de cosas, no se prevé específicamente en el Tribunal del Jurado la posibilidad de que se practiquen pruebas no propuestas por las partes pero que el Tribunal considere necesarias, tal y como sucede en los procedimientos ordinarios (art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Posiblemente se trate de una omisión consciente¹⁵. Pero aunque fuese así creo que el Proyecto deja margen para sostener la interpretación, que considero más conveniente, de la viabilidad de ese mecanismo procesal que sirve igualmente al principio de la verdad material, no dejando que el Tribunal quede constreñido por la desidia, olvido —consciente o no— o pasividad de las partes acusadoras. En la regulación del Proyecto parece que esa facultad habría de residenciarse en el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, lo que no es coherente, pues quien ha de valorar la prueba y debe decidir si resulta necesaria la introducción de nuevos elementos de prueba debe ser el propio Jurado. Como no resulta congruente que la suspensión del juicio por incomparecencia de testigos sea decidida autónomamente por el Magistrado-Presidente, sin intervención alguna del Jurado. Quien debe valorar la prueba es el órgano adecuado para decidir si resulta imprescindible la declaración de un testigo no comparecido. La valoración que a tales efectos haga el Magistrado-Presidente puede correr por terrenos muy distintos de la que haga el Tribunal del Jurado. El tema no está específicamente previsto en el Proyecto de Ley y sería plausible que en esa decisión de suspensión o no se confiase intervención al Jurado.

En materia de conformidad, al igual que ha sucedido con el procedimiento abreviado, se olvida el prelegislador de prever la conformidad producida en la fase intermedia a través de los escritos de calificación (art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y si en el procedimiento abreviado tal laguna ha podido ser suplida por el régimen supletorio establecido en el artículo 780, en el procedimiento competencia del Tribunal del Jurado la cuestión presenta más dificultades por las peculiaridades y puede llevar a la necesidad de constituir el Jurado —procedimiento engorroso y enojoso—, pese a existir ya esa conformidad plasmada en los escritos de conclusiones.

Sí se contempla en el artículo 48 la disolución del Jurado por conformidad al inicio del juicio, siempre que las penas se mantengan dentro de los límites de seis años de privación de libertad. En esos ca-

sos se faculta al Magistrado-Presidente para acordar la continuación del juicio cuando considere que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justificable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado (art. 48.2). Semejantes atribuciones se le otorgan cuando, pese a la conformidad, estima que los hechos pueden no ser constitutivos de delito o puede existir una causa eximente o atenuante no apreciada. Pero en tales supuestos, al igual que en el procedimiento abreviado (art. 790.3.2º) no se lleva a cabo íntegramente el juicio, sino únicamente una audiencia a las partes antes de someter al Jurado el objeto del veredicto. Dos observaciones sugiere este punto. De un lado que el prelegislador no ha contemplado otros posibles motivos, como la prescripción del delito, que debieran permitir rechazar la conformidad. Y, de otro, que la apreciación de una eximente que aparezca como muy probable pero no segura, puede exigir la práctica de cierta prueba en el juicio, como la pericial. Y en esos supuestos, en caso de conformidad, el Magistrado-Presidente habrá de estar a tal conformidad, quedándole vedada improcedentemente la posibilidad de iniciar el juicio a los efectos de decidir sobre la concurrencia o no de esa eximente, o, en su caso, atenuante.

La articulación que se da al principio de presunción de inocencia resulta ingeniosa. Se presentaba como tarea ardua la de combinar con el Tribunal del Jurado la consolidada doctrina jurisprudencial, repleta de matices y excepciones que sólo un técnico en derecho puede conocer, sobre el principio constitucional de presunción de inocencia. Al finalizar el juicio oral, la defensa puede solicitar del Magistrado-Presidente o éste decidir de oficio la disolución del Jurado si considera que la actividad probatoria de cargo desarrollada es insuficiente para motivar una sentencia condenatoria sin vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 47), en cuyo caso al término del tercer día deberá dictar sentencia absolutoria motivada. El Proyecto parece exigir una decisión inmediata. Pero la lógica impone que en muchos casos el Magistrado-Presidente deba utilizar un cierto tiempo para adoptar esa decisión de gran relevancia. No obstante amenaza un peligro a la vista de los términos en que aparece redactado el Proyecto. El Magistrado-Presidente, para no usurpar las funciones del Jurado, debe limitarse a constatar si existe actividad probatoria de cargo. No puede entrar a valorar ese bagaje probatorio. Su posición en ese momento será semejante a la que debe adoptar el Tribunal Supremo al decidir un recurso de casación por vulneración de la presunción de inocencia; o el Tribunal Constitucional al examinar un recurso de amparo por vulneración del citado derecho fundamental. El Magistrado-Presidente ha de plantearse exclusivamente si en el caso de dictarse una sentencia condenatoria la misma podría ser anulada por vulneración de la presunción de inocencia. No puede ir más allá y en particular debe vencer la tentación de disolver el Jurado en todos

¹⁵ No comparto en absoluto las consideraciones apuntadas por algunas sentencias sobre la inconstitucionalidad de tal precepto, en doctrina que, sin embargo, no puede estimarse conso-

lidada en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo al existir otros pronunciamientos que apunta en la dirección contraria (sentencias de 1 de diciembre de 1993).

los casos en que personalmente considere que él dictaría una sentencia absolutoria por no parecerle suficientemente convincentes los elementos probatorios de cargo aportados. Como esa decisión es fácilmente revisable y para disipar esos peligros, creo que debiera articularse alguna forma de impugnación de la misma (¿apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia?: artículo 846 bis a), que, por lo expuesto, no supondría en modo alguno romper con el principio de la única instancia, al igual que tampoco afecta a ese principio la revisión de sentencias condenatorias por el Tribunal Supremo por vulneración de la presunción de inocencia.

El tratamiento de la prueba ilícita no merece un juicio favorable pues deja muchas cuestiones sin resolver. Al personarse las partes ante el Tribunal una de las cuestiones previas que pueden plantear es la vulneración de algún derecho fundamental (art. 36.1.b). Por ahí puede reconducirse la impugnación de una prueba sumarial por considerarla ilícita, correspondiendo al Magistrado-Presidente, tras la tramitación como artículo de previo pronunciamiento, la decisión al respecto, decisión que es susceptible de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (apelación que tendrá indudables efectos dilatorios). No se vuelve a aludir al tema de la prueba ilícita hasta llegar al momento de las instrucciones que ha de dirigir el Magistrado-Presidente al Jurado, una vez finalizado el juicio e inmediatamente antes de comenzar la deliberación. El apartado 3 del artículo 52 establece que en ese trámite de instrucciones del Magistrado-Presidente ha de advertir a los componentes del Jurado para que «no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él».

El tratamiento, una vez más, es marcadamente insuficiente y soslaya los grandes problemas que se esconden tras la prueba ilícita. De un lado no se precisa con claridad en qué momento el Magistrado-Presidente deberá haber hecho esa declaración de ilicitud. Ciertamente que puede hacerlo en el trámite de las cuestiones previas, pero es claro que ese momento no puede ser preclusivo a tales fines, pues la ilicitud de una prueba puede ponerse de manifiesto con posterioridad e incluso durante el propio juicio oral. Durante éste no prevé el Proyecto nada sobre tal declaración de ilicitud y su posible impugnación. De otra parte, la declaración de ilicitud de una prueba exige conocimientos jurídicos, por lo que sólo un técnico en derecho puede realizar esa declaración. Pero no es sólo una cuestión jurídica pues en ella se entremezclan también temas fácticos de pura valoración probatoria. Así, los supuestos en que se discute si el delito era flagrante o no a los efectos de estar autorizada una entrada en el domicilio sin necesidad de mandamiento judicial. Para determinar si hay o no flagrancia será preciso en primer lugar determinar cuál era la situación fáctica, lo que muchas veces no aparece con claridad y exige valoraciones probatorias. O, utilizando otro ejemplo paralelo, a veces la cuestión de si la entrada y registro es prueba lícita o no, depende de determinar si hubo o no consentimiento del titular del domicilio. Este puede negarlo y afirmarlo sin embargo los agentes policiales.

La cuestión de si los resultados de ese registro domiciliario superan el test de legalidad y por tanto pueden ser valorados como elementos de convicción exige una valoración de una cuestión puramente fáctica: efectivamente en el supuesto concreto hubo consentimiento o no. Una vez más se entremezclan cuestiones fácticas y jurídicas, sin que el Proyecto haya acertado a dar una solución clara. Hasta que no se fijen los hechos, lo que corresponde al Jurado el Magistrado-Presidente no podrá determinar si la prueba es lícita o no. Y confiar esa decisión al Magistrado-Presidente supone, de un lado, usurpar las funciones más propias del Jurado: la fijación de los hechos. Y, de otro, correr el riesgo de que su valoración fáctica no coincida con la que realice el Tribunal del Jurado. En este punto, al igual que en la necesaria motivación de las sentencias, el escabinado se presenta como una vía apta para sortear airosamente algunas difíciles encrucijadas, en cuanto evita la a menudo imposible tarea de discriminar cuestiones fácticas y jurídicas.

EL VEREDICTO

El Proyecto pretende armonizar las características del Jurado Puro con las exigencias constitucionales de motivación de las sentencias, en labor que no es nada fácil. El artículo 59.1.d), al expresar el contenido del acta de la votación, aborda esta cuestión al indicar que en su cuarto apartado el acta habrá de contener «una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados». No será sencillo en muchos supuestos compatibilizar las diversas apreciaciones de cada uno de los miembros del Jurado que pueden estar motivados en su votación por consideraciones muy dispares y, a veces, incluso contradictorias. Por esas dificultades esa sucinta explicación puede llegar a degenerar en una simple fórmula ritual donde ser enumeren sin aditamento argumental alguno los distintos elementos de prueba practicados.

Muchas más disfunciones puede generar la atribución al Jurado no sólo de la determinación de los enunciados fácticos que se consideren probados, sino también de la declaración de culpabilidad o inculpabilidad de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos imputados (art. 59.1.c). Estamos ante un grave desacierto, porque para realizar la declaración de culpabilidad o inculpabilidad se precisan conocimientos jurídicos de los que carece el Jurado. No se trata ya de que ese pronunciamiento sobre la culpabilidad o no pueda resultar contradictorio con los hechos que se declaran probados, cuestión que queda resuelta en el Proyecto mediante la devolución del acta al Jurado por el Magistrado-Presidente (art. 61.1.d). Están en juego otras cuestiones.

Dado que el veredicto alcanza no sólo a las cuestiones fácticas sino también a su calificación jurídica, en la determinación de su objeto el Magistrado-Presidente debe incluir el delito o delitos por los que el acusado debe ser declarado culpable o no culpable (art. 50.1.d) y e). La declaración de culpabilidad o no ha de versar precisamente sobre los delitos

contenidos en el escrito donde el Magistrado plasma el objeto del veredicto. De ahí que se prevea, a iniciativa del Magistrado, la posibilidad de «añadir... calificaciones jurídicas favorables al acusado (y distintas de las efectuadas por las acusaciones), siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable». Pero esa posible adición se hace por el Magistrado-Presidente a tenor de la valoración de la prueba que él pueda verificar (art. 50.1.g), pues desconoce por qué derroteros va a discurrir la valoración realizada por el Jurado. Los posibles cambios de tipificación penal pueden ser muy variados. Un delito de malversación de caudales públicos, por ejemplo, puede convertirse en un delito de apropiación indebida, según la valoración de la prueba que se haga. O un delito de homicidio en un delito de imprudencia con resultado de muerte. O el mismo delito de homicidio en un delito de omisión del deber de socorro. Si el Magistrado-Presidente considera que el resultado de la prueba conduce a un delito de homicidio por dolo eventual y, por tanto, se abstiene de incluir en el escrito para la determinación del objeto del veredicto otras posibles calificaciones, puede surgir la sorpresa de que el Jurado defina como probados hechos constitutivos de un delito de imprudencia, pero declare la no culpabilidad por el delito de homicidio, única calificación incluida en el escrito y única por la que puede pronunciarse el veredicto de inocencia o culpabilidad. Igual puede suceder con la malversación de caudales públicos y la apropiación indebida. Y los ejemplos podrían multiplicarse (asesinato y homicidio; homicidio y omisión del deber de socorro; ...). Es al menos dudoso que en esos casos el Magistrado-Presidente pueda devolver el acta, aunque a la vista de los artículos 61.1.d) y 62.1 podría interpretarse que sería factible proceder a la devolución del acta al Jurado incluyendo *ex novo* la calificación novedosa que puede resultar de los hechos declarados probados. Pero, aún admitiéndose esa solución, no se entiende el porqué de ese empecinamiento en confiar al Jurado una cuestión puramente jurídica como la declaración de culpabilidad o inocencia para someterla luego al visto bueno del Magistrado-Presidente a través del mecanismo de devolución del acta. Es más lógico que se confiriese directamente la facultad de extraer las consecuencias jurídicas de las declaraciones fácticas realizadas por el Jurado al Magistrado-Presidente y no crear ese absurdo mecanismo de aparentar que esa decisión la adopta el Jurado cuando, en definitiva, a través de la devolución del acta, será el Magistrado-Presidente quien decida si la valoración jurídica es correcta o no, partiendo de los hechos probados definidos por la Sección de Hecho.

EL SISTEMA DE RECURSOS

Se producen aquí también sensibles variaciones a través de la extensísima disposición final 2.ª que dedica a esta materia sus apartados 14 a 17. Las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado son apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente

Tribunal Superior de Justicia. Y, a su vez, frente a la resolución que decida la apelación cabe recurso de casación.

El cuadro de la impugnabilidad de las sentencias en el proceso penal quedará configurado de la siguiente forma:

- Frente a las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado será posible la apelación y la casación.
- Frente a las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal, exclusivamente apelación.
- Y, por fin, las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial serán recurribles exclusivamente en casación.

La disparidad de régimen no se entiende ni es justificable.

Sin embargo el recurso de apelación en el ámbito del Tribunal del Jurado no es tal. Se configura como un auténtico recurso extraordinario por motivos tasados, lo que rompe con toda la tradición procesal: a partir de la entrada en vigor de la Ley quedarán inservibles todos los tratados clásicos de Derecho Procesal que definían la apelación como el más caracterizado de los recursos ordinarios.

Los motivos tasados de este innovador recurso de apelación están enumerados en el que será nuevo art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se recogen los clásicos motivos de casación por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (letra a), y por infracción de precepto legal o constitucional (arts. 849.1 de la Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aunque ceñidos éstos a los errores en la calificación legal, determinación de la pena y fijación de responsabilidades civiles (letra b). La letra d) recoge un motivo exclusivamente aplicable al Tribunal del Jurado: la indebida disolución del Jurado.

Los restantes motivos representan variaciones sobre un mismo tema: la presunción de inocencia. Por un lado, la letra c) establece como motivo de apelación la desestimación de la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo. Ante la existencia de ese motivo carece de sentido el siguiente que literalmente reza así:

«Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta».

La redacción de esa norma proviene de las sugerencias contenidas en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto. Por ese portillo se introduce la posibilidad de revisar completamente la valoración de la prueba que haya realizado el Jurado, minándose los mismos fundamentos de la Institución: el Tribunal profesional impone en definitiva sus criterios sobre valoración de la prueba, pues el término «razonable» no es un límite preciso para fijar los contornos de la potestad de revisión de la prueba del Tribunal de Apelación. El posible exceso de los Tribunales de Apelación en esa revisión de la valoración de la prueba, suplantando el criterio del Tribunal del Jurado por el propio, difícilmente va a poder ser corregido a través del recurso de casación dados los limitados cauces de éste. La interpretación más o menos laxa de ese motivo

puede provocar que en algunos territorios la apelación frente a las sentencias del Tribunal del Jurado se convierta en una auténtica apelación (*novum iudicium*) aunque solo para las sentencias condenatorias, subvirtiendo las mismas bases de lo que significa un Tribunal del Jurado.

Aunque existan razonadas y muy atendibles tesis doctrinales que tienden cada vez más a identificar el clásico *in dubio* con el principio constitucional de presunción de inocencia, lo cierto es que conforme a nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional, ambos principios han de permanecer netamente diferenciados. Existiendo un mínimo de actividad probatoria de cargo, queda salvada la presunción de inocencia, y la valoración de esa prueba ha de corresponder en exclusiva en un sistema de Jurado a éste, sin que la misma pueda ser revisada por un Tribunal profesional. La inexistencia de prueba de cargo —ámbito propio de la presunción de inocencia— se hará valer a través del motivo contenido en la letra c) del artículo 846 bis c) antes comentado. Este otro motivo de la letra d) o es poner albarda sobre albarda o es introducir la posibilidad de que el veredicto del jurado sea revisado por jueces profesionales. Pero sólo el veredicto condenatorio y no el absolutorio. Y si se permite esa revisión, como hace el Proyecto, han de conferirse a la acusación las mismas armas: permitir que el Tribunal de apelación pueda revisar la sentencia absolutoria por no ser razonable la valoración de la prueba que se ha hecho. En el fondo late una cierta desconfianza al Jurado y el temor a que se dicten veredictos condenatorios intolerables para un profesional por ausencia de prueba suficiente.

Existe otra disfunción importante en esos motivos de apelación que, posiblemente, haya pasado inadvertida al prelegislador. No está previsto un motivo paralelo al *error facti* que contempla el párrafo 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que significa que ese motivo no podrá invocarse en la inicial apelación pero sí posteriormente en la eventual casación contra la sentencia de apelación. Se trata de un grave defecto que debiera ser enmendado durante la tramitación parlamentaria. La única solución acorde con lo que significa el Jurado es suprimir ese motivo de casación para los juicios en el ámbito del Tribunal del Jurado.

Se admite la adhesión a la apelación también por

motivos distintos a los alegados por el impugnante principal en contra de la reiterada línea jurisprudencial (por todas, sentencia de 16 de septiembre de 1994 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo), lo que considero un acierto. Seguramente eso es lo que ha motivado un cambio en la terminología: no se le llama ya adhesión al recurso, sino recurso supeditado de apelación, que, en lo formal y sólo en lo formal, depende del recurso principal, de modo que si éste no se mantiene, aquél no se sustanciará tampoco.

Por lo demás, la tramitación del recurso de apelación prevista en los artículos 846 bis d) y e) es extremadamente sencilla y no suscita especiales comentarios. La regulación es paralela a la prevista para la apelación en el procedimiento abreviado con la única especialidad de que se impone la vista obligatoria ante el órgano *ad quem*, lo que obliga a introducir un trámite de emplazamiento. El plazo para recurrir es de diez días. Del recurso se da traslado en el propio órgano *a quo* al resto de las partes para que lo impugnen o formulen el denominado recurso supeditado de apelación en un plazo de cinco días. Sólo en el caso de interponerse ese nuevo recurso, se da un traslado similar al recurrente principal. A continuación vienen los emplazamientos y la vista preceptiva ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. En mi opinión el establecimiento de la vista obligatoria introduce un elemento retardatorio sin que pueda decirse con propiedad que viene impuesta por el principio de oralidad que exige fundamentalmente que la actividad probatoria se lleve a cabo oralmente, pero no que las alegaciones se realicen de igual forma.

La previsión de dos recursos sucesivos para estas causas (apelación y casación), de otra parte, hace prever que la resolución definitiva de las causas sometidas al Tribunal del Jurado vendrá con un retraso muy superior a las del resto de las causas por delito. Si a esto unimos las apreciaciones realizadas anteriormente en torno a la prueba y los motivos del recurso de apelación, la conclusión es que en el Tribunal del Jurado, legalmente y sin entrar en otras consideraciones, será más difícil llegar a un pronunciamiento condenatorio pues se reduce el ámbito de la prueba de cargo valorable. Y los pronunciamientos llegarán con lentitud superior a la del resto de los procesos. No es ésta una buena antecala para la consolidación social de la Institución.

Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional

Isabel PERELLO DOMENECH

Frente a la situación anterior a la vigencia de la Constitución de 1978, en la que la regulación preconstitucional ofrecía grandes dosis de inseguridad en esta materia, nuestra Norma Fundamental somete la potestad sancionadora de la Administración a una serie de límites y principios cuya finalidad es preservar los derechos de los ciudadanos. Como ha recordado el Tribunal Constitucional en su STC 77/1983, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, aunque sometiéndola a las necesarias cautelas que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. Estas garantías son los límites que el ejercicio de la potestad sancionadora se establecen en los artículos 24 y 25 de la Constitución, y que como se declaró por el Tribunal en su STC 18/1981, de 8 de junio de 1981, coinciden, sustancialmente, con los principios del orden penal, y literalmente se decía en la referida sentencia «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado». Esta doctrina se ha reiterado en múltiples ocasiones por el Tribunal en sus sentencias, entre otras, SSTC 18/1987, 212/1990, 246/1991, 26/1994, 146/1994.

Precisamente en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 10/1992, de 26 de noviembre, en su Título IX, se aborda la ordenación de la potestad sancionadora de las administraciones, y se establecen los principios sustanciales y de procedimiento a los que ha da acomodarse el ejercicio de la referida potestad por parte de las Administraciones Públicas. Principios que derivan, en muchas ocasiones, y a veces, literalmente, de la interpretación que de los mismos ha efectuado el Tribunal Constitucional.

Conviene analizar separadamente estos principios extraídos del ámbito penal y que definen los límites del ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, y de los derechos de los ciudadanos frente a ella.

1. LA DOBLE GARANTIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS: LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD

A) El principio de legalidad

Ha sido constante y uniforme la doctrina del Tri-

bunal Constitucional en orden al alcance y significado del derecho fundamental contenido en el artículo 25.1 C.E., en el sentido de considerar que el derecho allí enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola al ordenamiento administrativo sancionador, y que incorpora una doble garantía. La primera, de orden material, y alcance absoluto, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en los ámbitos limitativos de libertad individual, y se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante conceptos jurídicos que permitan deducir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyan una infracción y las penas o sanciones aplicables. La segunda, de carácter formal, hace referencia al rango de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones, por cuanto el término «legislación vigente», contenido en el citado precepto constitucional, es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (SSTC 42/1987, 305/1993, 45/1994, entre otras).

Por lo que se refiere a la garantía formal derivada del artículo 25.1 C.E., se ha precisado por el Tribunal que, si bien es cierto que el alcance de la reserva de ley en el ámbito administrativo no puede ser tan riguroso en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencias a los tipos y sanciones penales en sentido estricto —bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter, en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero)—, no lo es menos que aquel precepto constitucional exige, en cada caso, «la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal (STC 77/1983), habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan».

Sin embargo, en relación con la referida garantía formal, el Tribunal ha realizado una serie de matizaciones y especificaciones respecto a la posibilidad de que los reglamentos colaboren con las leyes en la operación de tipificación de las conductas, y en relación con la posible validez de las normas preconstitucionales carentes de rango legal. Por lo que se refiere a estas últimas, el Tribunal declaró que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior a la Constitución, concretamente declaró que el prin-

cipio de legalidad que se traduce en reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada (SSTC 11/1981, 15/1981, 42/1987). Por consiguiente, la Constitución no deroga las normas preconstitucionales por falta de rango, y lo que produce es la derogación de las normas anteriores que deslegalizan un sector a efectos sancionadores, y así el Tribunal ha señalado que el artículo 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa, y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no este suficientemente predeterminado, o delimitado por otra con rango de ley (STC 305/1993). Sólo se excluye de esta regla general aquellos supuestos en que la norma postconstitucional se limita, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material. Así se declaró expresamente en las SSTC 83/84 y 42/1987, en las que se decía que no se produce una vulneración de las disposiciones del artículo 25 C.E., si se dictan normas reglamentarias sancionatorias que representen un mero complemento o desarrollo de normas, aun sin rango legal, válidamente existentes. Justamente por ello, argumenta el Tribunal en la STC 42/1987, no cabe dudar de la norma reglamentaria sancionadora posterior a la Constitución, que se limita, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material, pues, en realidad, se trata más bien de una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquellas. Debemos recordar en relación con las normas postconstitucionales que se limitan a reproducir el contenido de aquellas, las SSTC 305/1993, y 45/1994, en las que se sostiene que si la Administración ostentara potestades sancionadoras no amparadas por una norma de rango legal, ello supondría convertir en inoperante el principio de legalidad de la actividad sancionadora de la Administración, con sólo reproducir, a través del tiempo las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, manteniéndose así, *in aeternum*, después de la Constitución, sanciones sin cobertura legal incumpliendo de esta manera el artículo 25.1 C.E.

Por lo que respecta a la colaboración reglamentaria, el Tribunal ha señalado que la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero si que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 83/84), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes. Por ello, debe refutarse contraria a las exigencias constitucionales, no

sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal, carente de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras (STC 42/1987). Por tanto, lo que está vedado es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente, y no claramente subordinada a la ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora (SSTC 61/1990, 83/1990, 93/1992). Concretamente, el Tribunal para admitir la colaboración reglamentaria con la norma sancionadora, ha exigido que en la ley que sirva de cobertura, se determinen suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica, y la naturaleza y los límites de las sanciones a imponer (STC 3/1988). Finalmente, en este orden de cosas, también en la STC 305/1993, se ha reiterado por el Tribunal que la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible, que a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no este suficientemente predeterminado, o delimitado por otra con rango de Ley (STC 305/1993).

B) El principio de tipicidad

Puede definirse este principio como la descripción legal de una conducta específica a la que se conecta una sanción administrativa. Este principio constituye una de las garantías esenciales que se derivan del derecho fundamental reconocido en el artículo 25.1 C.E., y consiste, según el Tribunal Constitucional, en la exigencia de *lex praevia, scripta, y certa*.

Con la referencia al principio de tipicidad se identifica en la jurisprudencia constitucional, la garantía material derivada del derecho fundamental que incorpora el artículo 25.1 C.E., que posee un alcance absoluto y refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica, traduciéndose en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente (STC 196/1991). Concretamente, el Tribunal ha declarado que afecta por un lado, a la tipificación de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles, y, como es lógico, a la correlación necesaria entre los actos o conductas, ilícitas tipificados y las sanciones correspondientes a los mismos, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir con cierto grado de certeza las conductas que constituyen una infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa (STC 219/1989).

Asimismo, ha señalado el Tribunal que la exigen-

cia de que los preceptos legales o reglamentarios que tipifiquen infracciones deban definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones, o conductas sancionables, no impide la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concepción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (STC 69/1989). De igual manera, el Tribunal ha afirmado que no vulnera la exigencia de *lex certa* la remisión que el precepto que tipifique las infracciones realice a otras normas que impongan deberes y obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión (STC 219/1989, de 21 de diciembre). Es decir, se admite la colaboración en la tipificación de los reglamentos, a fin de completar la definición de la infracción, justificada por la imposibilidad o por la dificultad de que la ley contemple y concreten detalladamente su contenido.

C) Las denominadas «relaciones de sujeción especial» y las matizaciones de su régimen

Lo hasta aquí expuesto es aplicable, indudablemente, en las relaciones de sujeción general con la Administración, sin embargo, por lo que se refiere a las denominadas «relaciones especiales de sujeción», esto es, cuando existe una especial vinculación entre la Administración y un ciudadano, como ocurre, por ejemplo con los funcionarios públicos o con los concesionarios, existen una serie de modulaciones que conllevan a una relativización de las exigencias del artículo 25.1 C.E.

Precisamente, esta cuestión se trata por el Tribunal Constitucional en las SSTC 87/85, 2/1987, 219/1989, y 93/1992, y 57/1994, en las que se contienen una serie de matizaciones, en este orden, como ocurre con las disposiciones sancionadoras de los colegios profesionales, y sus requisitos (STC 93/1992).

Esta modulación, sin embargo, no implica que las reglas comunes del derecho administrativo sancionador vengán a desaparecer en estos ámbitos de relaciones especiales. Así, ha señalado el Tribunal que desde luego, una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental (STC 2/1987). Asimismo ha declarado en la STC 61/1990, que incluso en las relaciones de sujeción especial resulta inconstitucional una sanción carente de toda base legal y ha recordado que una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en estos casos, y otra que los principios constitucionales (y los derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad.

2. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Para abordar el análisis de este principio, conviene recordar que la regla *nullum poena sine culpa* es un principio estructural básico, reconocido en la Constitución, y que implica la exclusión de la imposición de sanción por el mero resultado, y sin atender a la conducta negligente del ciudadano (STC 76/1990). Esto es, no hay responsabilidad sin culpa, principio que rige, por supuesto, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, pues en la medida que es manifestación del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad sin culpa (STC 246/1991). En referencia a ésta, en la STC 219/1988, se decía que el elemento definidor de la culpa es el subjetivo, en su doble significado de voluntariedad en la acción u omisión y de responsabilidad personal o por actos propios. Por consiguiente, se rechaza por el Tribunal la posibilidad de que exista en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva.

En la STC 76/1990, al resolver un recurso de inconstitucionalidad y cuestiones acumuladas sobre la Ley General Tributaria, el Tribunal declaró partiendo de que el precepto cuestionado decía que las infracciones tributarias son sancionables, incluso a título de mera negligencia, que en tal precepto, por un lado, se está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad, en los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro, que, más allá de la simple negligencia, los hechos no pueden ser sancionados. Es claro, por tanto, que la realización objetiva de la acción u omisión tipificada como infracción administrativa, sin hacer referencia a la voluntad del sujeto infractor, no puede ser objeto de sanción, por resultar inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 246/1991).

Este principio, sin embargo, se encuentra modulado cuando se trata de la culpabilidad de las personas jurídicas. A diferencia de lo que ocurre con el derecho penal, en el ámbito del derecho administrativo sancionador se admite la imputabilidad de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora. Pero tampoco en el caso de las personas jurídicas puede admitirse la responsabilidad objetiva, pues como ha declarado el Tribunal, en las infracciones administrativas cometidas por estas personas jurídicas, no desaparece el elemento subjetivo de la culpa, sino que su aplicación es, necesariamente diversa a la de las personas físicas. Esta distinta construcción de la imputabilidad de la autoría de la infracción nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infracción, y, por consiguiente, la reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido de la norma infringida, y de la necesidad de que tal protección sea realmente eficaz, y del riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que esta sujeta al cumplimiento de dicha norma (STC 246/1991).

Por lo que se refiere a la responsabilidad solidaria, el Tribunal, en la STC 76/1990, en la que se resolvía el reproche de inconstitucionalidad realizado al artículo 38.1 de la Ley General Tributaria, afirma-

ba que no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal, que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable, a posteriori, entre los distintos responsables individuales, y recuerda su doctrina acerca de que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente, y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y a otro sector del ordenamiento jurídico.

3. EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Este principio, conocido por el aforismo *ne bis in idem*, que prohíbe que se sancionen los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho, y fundamento, o, dicho en otras palabras, como la prohibición no sólo de imposición de dos sanciones administrativas, sino también, de una sanción penal, y otra administrativa, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como una consecuencia de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 25.1 C.E. Así, desde una de las primeras sentencias, la 2/1981, se declaró que si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, este principio va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones. Posteriormente, en la STC 94/1986, se afirmó que aunque el principio *ne bis in idem* no aparezca constitucionalmente consagrado de manera expresa, esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad.

También este principio general tiene su excepción en aquellos supuestos en que exista una relación de supremacía especial de la Administración, como puede ser la relación de funcionario, servicio público o concesionario, que justifica el ejercicio del *ius puniendi* por los tribunales, y, a su vez, la potestad sancionadora de la Administración.

Sin embargo, la simple existencia de una relación de supremacía especial no justifica, sin más, la imposición de la doble sanción por los mismos hechos, sino que, esta circunstancia puede justificar, en algunos casos, la doble sanción. Así se ha precisado en la STC 234/1991, en la que se decía que no basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador quisiera darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible, es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido, o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado. Para que sea ad-

misible jurídicamente la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal, es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto, y que la sanción sea proporcionada a esa protección. Así pues, admitida en tales casos la compatibilidad entre las sanciones penal y administrativa, del principio *ne bis in idem* se deriva, conforme a lo declarado en la STC 77/1983, tanto la vinculación de la Administración al relato fáctico de la sentencia, como la primacía del proceso penal sobre el administrativo. Literalmente se decía en aquella ocasión que el citado principio «conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite la dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse el enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que un mismo hecho no puede existir y dejar de existir para los órganos del Estado». Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación sancionadora de los tribunales de justicia, es que la primera no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos, y deba en todo caso respetar, cuando actúa a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado.

A modo de conclusión, podemos afirmar que en los supuestos de que exista un procedimiento penal sobre los mismos hechos, se paraliza el procedimiento administrativo, y, los hechos que se establezcan en la sentencia penal, deben ser respetados y vinculan a la Administración sancionadora.

4. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS: SU EXCLUSIÓN COMO UNA DE LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL ARTICULO 25 C.E.

Este principio, entendido como el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta, o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento, no es, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, una garantía derivada del artículo 25.1 C.E. En efecto, el Tribunal ha mantenido en varias ocasiones que el artículo 25.1 C.E. no reconoce a los ciudadanos el derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una ley penal más favorable que la anteriormente vigente (SSTC 8/1981, 15/1981, 131/1986, 22/1990). Sin embargo, si tal principio no es susceptible de un recurso de amparo, tiene su reconocimiento en el artículo 9.3 C.E.

A pesar de ello, en el artículo 128 de la vigente LRJAP, se establece la regla de la irretroactividad en su apartado 1.º, y la excepción en el apartado 2.º, de manera que la regla general, en este ámbito, es que sólo pueden aplicarse normas sancionadoras en vigor en el momento de ocurrir los hechos, que de-

finan la conducta u omisión como infracción administrativa. La excepción a esta regla la constituyen las disposiciones sancionadoras mas favorables, que sí tendrán efectos retroactivos.

5. UNA BREVE REFERENCIA A LA PROHIBICIÓN DE LA APLICACION ANALOGICA *IN PEIUS* DE LAS NORMAS SANCIONADORAS

Otro de los principios esenciales del derecho penal que el Tribunal Constitucional ha declarado aplicable al derecho administrativo sancionador, es el de la prohibición de la aplicación analógica *in peius*, de las normas sancionadoras. Desde la STC 75/1984, se ha declarado que el artículo 25.1 C.E., exige que sólo se pueda aplicar la sanción prevista a aquellas conductas que reúnan los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta prohibición de aplicación analógica *in peius*, de las normas penales, es reiterada en las SSTC 199/1987, 23/1988, y 182/1990, es, por tanto aplicable a las infracciones y sanciones administrativas (STC 182/1990).

6. LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO: REFERENCIA AL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA

El Tribunal Constitucional reconoció la aplicación de las garantías previstas en el artículo 24 C.E. al procedimiento administrativo sancionador ya en la STC 18/1981, en la que se afirma los principios esenciales reflejados en el artículo 24 C.E. en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración. Pero el trasvase de estas garantías del proceso al cauce del derecho administrativo sancionador no se hace de manera mecánica ni automática, sino que viene limitada por las particulares necesidades del procedimiento sancionador y por ello advierte el Tribunal en la referida Sentencia que los principios esenciales del proceso se aplican al procedimiento administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución. Y por ello concluye que no se trata por tanto de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional. No se produce una recepción indiscriminada de las garantías procesales contenidas en el artículo 24 C.E. porque como señala el Tribunal, hay que operar con cautela cuando se trata de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal y su aplicación al derecho administrativo sancionador, de modo que esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación sólo es posible en la medida que resulten compatibles con su naturaleza (STC 246/1991).

Así ocurre, en relación con la garantía constitucional de defensa, sobre la que el Tribunal ha declarado que la garantía del orden constitucional, también

en el ámbito del procedimiento sancionador, exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga. En lo que se refiere a la garantía de asistencia letrada, como garantía constitucional conectada al derecho de defensa no despliega su eficacia sobre los procedimientos administrativos, implicando la nulidad, por inconstitucional, de lo en ellos actuado. En definitiva, las exigencias constitucionales derivadas del artículo 24.2 C.E., se cumplen, como queda dicho, cuando la sanción es impuesta después de un procedimiento en el que se ofrece audiencia al administrado y se le permite hacer uso de medios de prueba y contradicción en la defensa de sus derechos e intereses (STC 30 de enero de 1995; r.a. 3149/92).

Sentado lo anterior, y por lo que se refiere a la presunción de inocencia, el Tribunal ha señalado que es un principio esencial del Derecho administrativo sancionador, en cuanto es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 C.E., y aplicable, sin excepciones en el ordenamiento sancionador (STC 42/1989, 138/1990, 212/1990, 246/1991, 27/1993, 105/1994, 120/1994, 154/1994, 283/1994, entre otras). Así, ha manifestado el Tribunal Constitucional que dado que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiera a la par la certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, y que el artículo 24.2 C.E. rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción (STC 76/1990).

El Tribunal también ha matizado que la traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance y sólo cobra sentido, cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno. Cualesquiera otras incidencias acaecidas en la tramitación del expediente (ponderación por la Administración de los materiales y testimonios aportados, licitud de los mismos...), son cuestiones que, aunque pueden conducir a la declaración judicial de nulidad de la sanción por vicios o falta de garantías en el procedimiento (SSTC 68/1985 y 175/1987), en modo alguno deben incardinarse en el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia, pues éste no coincide con las garantías procesales que establece el artículo 24.2 C.E., cuya aplicación al procedimiento administrativo sancionador sólo es posible «con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza» (STC 120/1994).

Uno de los temas mas debatidos y que ha dado lugar a un pronunciamiento por el Tribunal, es el relativo a la presunción de certeza de los testimonios de los inspectores o denunciantes. Precisamente en el ámbito del derecho administrativo, existen muchas normas que establecen la presunción de inocencia de los testimonios de los funcionarios a los que se les reconoce la condición de autoridad; así ocurre, por ejemplo con las actas extendidas por la inspección de trabajo, pues de acuerdo con lo esta-

blecido en el artículo 52.2 de la Ley 8/1988, están dotadas de certeza respecto de los hechos reflejados en las mismas, que hayan sido constatados por el inspector actuante, salvo prueba en contrario.

El Tribunal se pronunció sobre esta cuestión en relación con el artículo 145.3 de la Ley General Tributaria, que dispone que las actas extendidas por los inspectores tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario. En su sentencia STC 76/1990, el Tribunal refiere que las actas suponen una presunción de certeza de los hechos, pero no de la culpabilidad y, precisamente la presunción de inocencia atañe al juicio estimativo de la culpabilidad. Así se decía que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante prueba de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos, de manera que el artículo 24.2 C.E. rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción. Además, se continúa afirmando que tal precepto no establece una presunción legal que dispense a la Administración de toda prueba respecto a los hechos sancionados, y ello porque el precepto parte de un medio probatorio válido en derecho, como es el acta levantada por la inspección, que son medios de prueba a efectos de lo dispuesto en la LPA y la LJCA, leyes que se remiten a los medios de prueba generalmente admitidos, y a las normas del proceso civil ordinario, con arreglo a las cuales habrán de calificarse como documentos públicos artículo 1218 C.C., y, como tales, hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este. Y, en todo caso, la norma admite expresamente la acreditación en contrario, por lo que constituye sólo un primer principio de prueba de los hechos imputados y no resulta vinculante para el órgano encargado de imponer la sanción, y el valor o eficacia del acta habrá de medirse en cada caso a la luz del principio de libre valoración de la prueba. A modo de conclusión, el acta de la Inspección constituye una prueba más que el interesado podrá destruir presentando pruebas en contrario.

De la anterior sentencia, se puede concluir que la presunción de inocencia comporta: 1.º) que la sanción este basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; 2.º) que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie este obligado a demostrar su inocencia; 3.º) y que la insuficiencia en el resultado de las pruebas, libremente valoradas por el organismo sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio, y 4.º) que la presunción de inocencia se manifiesta en la doble vertiente de los hechos, y de la culpabilidad.

Asimismo, el Tribunal, en su STC 109/1986, declaró que el derecho a ser presumido inocente, que

sanciona y consagra el apartado 2 del artículo 24 C.E., además de su obvia proyección como límite de la potestad legislativa, y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee eficacia en un doble plano. Por una parte opera en las situaciones extraprocésales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en los hechos de carácter delictivo o análogos a estos y, determina, por ende, el derecho a que no se apliquen las consecuencias o efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera el referido derecho, además y fundamentalmente, en el campo procesal, en el cual, el derecho y la norma que lo consagra determinan una presunción, la denominada «presunción de inocencia», con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

En relación con la presunción de inocencia, surge la cuestión relativa a la carga de la prueba, que es donde se hace operativa. En la STC 303/1993 se dijo por el Tribunal que tal presunción supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores, y que toda acusación debe ir acompañada de probanza de los hechos en que consiste. También en la STC 229/1988, entre otras, se afirmó que la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que puede entenderse de cargo, y de la que se puede deducir la culpabilidad del acusado.

Por lo que se refiere al proceso de destrucción de tal presunción, que es posible, al ser *iuris tantum*, el Tribunal ha venido exigiendo que: a) ha de suponer la prueba de los hechos constitutivos; b) de los elementos integrantes del tipo; c) que no puede hacerse por simples indicios y conjeturas, y d) que ha de estar suficientemente razonada. En relación a la prueba indiciaria, el Tribunal ha mantenido en diversas sentencias, que aunque referidas a una materia penal, su doctrina es perfectamente aplicable al derecho administrativo sancionador, que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la prueba indiciaria, pero para que esta pueda desvirtuar tal presunción, debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas—, y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Y que la valoración libre o en conciencia de la prueba no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno, cuando es precisamente a través de la actividad de juicio sobre los hechos probados como el órgano judicial llega a deducir otros que le permitan subsumir la conducta en el tipo (SSTC 174/1985, 175/1985, 64/1994, 283/1994).

Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez

Manuel ATIENZA

1. Una de las insuficiencias más notables de las teorías de la argumentación jurídica que se han elaborado en las últimas décadas es la escasa o nula atención que prestan a la argumentación en materia de hechos. Esa carencia es particularmente grave en relación con el Derecho penal, cuya aplicación plantea más a menudo cuestiones relativas a la prueba de los hechos que problemas de interpretación normativa. Argumentar en Derecho penal es, más que otra cosa, una argumentación sobre los hechos, aunque ciertamente se trate de hechos cualificados por (o vistos a través de) normas.

Si del campo de la teoría de la argumentación jurídica pasáramos al de la dogmática procesal, el juicio que habría que hacer no sería muy distinto: la cuestión de la motivación de los hechos no ha constituido —al menos, hasta fechas muy recientes— un centro de interés de los procesalistas; a ello ha contribuido, sin duda, tanto la exclusión legal del control de los hechos por vía de casación, como una práctica judicial que ha tendido a reducir al mínimo —cuando no simplemente a eludir— la obligación de motivación.

En este contexto, el trabajo de Perfecto Andrés Ibáñez, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*¹, me parece de una gran importancia, al menos por estas dos razones. La primera es que analiza el tema considerando en profundidad los tres niveles a los que acabo de hacer referencia —el de la práctica judicial, el de la doctrina procesal y el de la teoría del Derecho— lo que, entre nosotros, es algo verdaderamente inusual. Y la segunda es que su propuesta para orientar la práctica —y la cultura— jurídica al respecto me parece fundamentalmente correcta. Las críticas que voy a presentar aquí a ese trabajo se refieren básicamente a cuestiones de un tipo que podría llamarse conceptual y no pretenden configurar una alternativa a esa propuesta, sino que, en todo caso, tratarían de precisarla.

Pero antes de emprender esa labor de crítica, quizás convenga presentar, aunque sea muy brevemente, las tesis centrales de ese trabajo.

2. En mi opinión, esas tesis se dejan sintetizar en los diez siguientes puntos:

2.1. La importancia de la obligación de la motivación —y, en particular, de la motivación de los hechos en la sentencia penal— radica no sólo en razones de tipo intraprocesal, sino también (sobre

todo) en razones extraprocesales o políticas: se trata de hacer posible un control racional del poder judicial. Ahora bien, donde el juez (penal) detenta un mayor poder es precisamente en relación con los hechos, y de ahí que la exigencia de control adquiera en este campo una especial significación.

2.2. El juez no se entiende directamente con los hechos, sino con proposiciones relativas a los hechos. Además, el propio juez contribuye inevitablemente a configurar de alguna manera los hechos de la sentencia, pues lo que existe no son «datos brutos», sino datos que él interpreta a partir de una determinada red conceptual, ideología, etc. En consecuencia, la argumentación sobre los hechos no debería concebirse como una simple *descripción externa* (es decir, desde fuera) de *hechos objetivos*.

2.3. Los hechos psicológicos (por ejemplo, la intención requerida para que una determinada conducta caiga bajo un determinado tipo penal) no son juicios de valor (sólo susceptibles de una apreciación subjetiva) ni tampoco juicios de inferencia, sino precisamente hechos que, eso sí, pueden ser más difíciles de establecer que los que conciernen a la conducta externa de los agentes. En ambos casos, establecer como probado un hecho no puede verse como el fruto de una deducción, sino de una inducción: la conclusión de ese razonamiento no puede tener nunca valor de certeza, sino de probabilidad, por más que en ocasiones se trate de una probabilidad particularmente alta.

2.4. La actividad probatoria del juez tiene similitudes, como a veces se ha señalado, con la que lleva a cabo el historiador o el detective cuando tratan de establecer ciertos hechos. Sin embargo, lo que caracteriza a la primera es, sobre todo, la utilización de un método inductivo, lo que supone que sus conclusiones —como se ha dicho— tienen sólo un valor de probabilidad. Respecto de la prueba, el juez *no hace deducciones*.

2.5. El principio de la libre convicción (frente al de la prueba legal o tasada) *no* significa que el juez tenga plena libertad para establecer qué considera o no como un hecho probado. Por el contrario, la obligación de motivar los hechos implica que el juez tiene que justificar racionalmente por qué considera un determinado hecho como probado, aunque su razonamiento sólo pueda llevarle a conclusiones probables.

¹ El trabajo ha aparecido publicado en «Doxa», n.º 12, 1992, págs. 257-299, y constituye una reelaboración de la intervención del autor en el curso del Consejo General del Poder Judicial sobre «La sentencia penal» celebrado en ese mismo año. Mi ex-

posición es, a su vez, un desarrollo de mi intervención en el II Seminario de teoría y práctica de la argumentación (Alicante, mayo de 1993).

2.6. La representación del razonamiento del juez como «un silogismo» es equivocada. Lo que hay —Perfecto Andrés Ibáñez sigue aquí la opinión de Luigi Ferrajoli— son más bien tres inferencias: una inferencia inductiva (que concluye con una proposición como «Fulano ha causado la muerte de Mengano»); una inferencia deductiva (cuya conclusión sería «Fulano ha cometido un delito de homicidio»); y un silogismo práctico (que permite por fin llegar a la conclusión —la parte dispositiva de la sentencia— de que «Fulano debe ser condenado a tal pena»).

2.7. La corrección de la argumentación inductiva del juez debe evaluarse a partir de algunos criterios como los siguientes: a) la inferencia debe tener un referente empírico identificable; b) la hipótesis acusatoria (la conclusión del razonamiento) debe ser ratificada por más de un hecho; c) cuantas menos inferencias tengan que hacerse hasta llegar a la conclusión, tanto más fiable será ésta; d) la hipótesis debe resistir las contrapruebas de la defensa; e) deben quedar desvirtuadas todas las hipótesis alternativas, y f) si hay varias hipótesis, hay que optar por la más simple.

2.8. Las máximas de experiencia funcionan como premisas de la argumentación y tienen un valor variable. Pero no confieren al argumento certeza absoluta (o sea, no lo convierten en deductivo), porque no son leyes de forma universal, sino la simple constatación de ciertas regularidades dadas. Por lo demás, una máxima de experiencia tiene también que estar fundada racionalmente.

2.9. La sentencia debe ser un texto autosuficiente que sea comprensible para un tercero (para la sociedad). Por eso, no basta con indicar cuáles son los hechos que se consideran probados. Hay que dar también las razones que permitieron al juez llegar ahí. El acto judicial es así más difícil, pero adquiere también una mayor legitimidad.

2.10. La argumentación sobre los hechos puede ser, y debe ser, controlable en casación y a ello no se opone el principio de inmediación. La inmediación consiste en que el juez ha de tener, en el juicio oral, una percepción directa de los hechos (mejor: de los medios de prueba de los hechos), pero a partir de aquí lleva a cabo inferencias que pueden ser controladas por el tribunal supremo. Lo que justificaría ese control es que el defecto o la carencia de motivación —incluida la motivación fáctica— produce siempre indefensión (art. 24 CE) y encarna una forma de ejercicio arbitrario de un poder público proscrita también por la Constitución (art. 9.3 CE).

3. Las críticas que me propongo formular a estas tesis son también en número de diez pero —como en seguida se verá— no se refieren a todos y cada uno de los anteriores puntos. Más bien podría decirse que la mayoría de ellas se refieren a ciertas consecuencias o presupuestos que se conectan con algunas de las anteriores tesis. Pero veamos ya cuáles son esas críticas:

3.1. Una consecuencia que Perfecto Andrés Ibáñez extrae de las anteriores tesis es que la sentencia exige un «estilo diverso del convencional» y «probablemente» también «una nueva estructura» (pág. 261). Ahora bien, aunque el autor no precisa qué habría que entender por una «nueva estructura» (los cambios en cuanto al estilo se refieren a ha-

cer más claro y explícito el contenido de la sentencia, lo que resulta enteramente razonable), parece que ello tendría que estar conectado con la crítica de la teoría del silogismo presentada en el anterior punto 2.8. y que lleva a «estructurar» las sentencias en las tres partes consabidas (fundamentos de Derecho, antecedentes de hecho y/o hechos probados y parte dispositiva) que se corresponden, respectivamente, con la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión del silogismo. Sin embargo, esta forma de estructurar la sentencia es no sólo inobjetable, sino necesaria: el contenido de la resolución judicial —esto es, una norma individual y concreta— sólo puede entenderse justificada si la misma puede verse como la consecuencia lógica de una premisa normativa general conjuntamente con una premisa fáctica que establezca que ha tenido lugar un hecho subsumible en el «supuesto de hecho» de la norma. A esto es lo que la teoría de la argumentación jurídica suele denominar «justificación interna», en cuanto componente necesario (pero no siempre suficiente) de la justificación judicial.

3.2. Con respecto al problema (ciertamente central) de en qué consiste la motivación, nuestro autor distingue dos posturas tradicionales que caracteriza como sigue: la primera identifica la motivación con «la individualización del *iter* lógico jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión» y entiende, pues, la motivación como una actividad «de tipo prevalentemente descriptivo»; la segunda, por el contrario, «atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo, que opera como *racionalización a posteriori* de la decisión previamente tomada». Frente a ambas, Andrés Ibáñez —siguiendo también aquí a Ferrajoli— entiende que la actividad motivadora del juez ha de tener «un estatuto esencialmente *cognoscitivo*, único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico» (pág. 262). Sin embargo, tanto la caracterización de la segunda postura como su propuesta parecen discutibles:

- a) Lo que hace discutible la mencionada caracterización es que, en realidad, con ello no se está caracterizando una postura, sino dos. Es decir, una cosa es entender la motivación como justificación (esta sería, por ejemplo, mi posición), y otra muy distinta es entender que motivar significa racionalizar a posteriori una decisión previamente tomada. Prueba de ello es que quien piensa de esta segunda forma (es típicamente el caso de un realista jurídico como Jerome Frank) está al mismo tiempo negando que las decisiones judiciales puedan, en sentido estricto, justificarse.
- b) Lo que hace discutible la propuesta de Andrés Ibáñez es que no parece que algo que tiene un carácter esencialmente práctico (una decisión) pueda reducirse a, o entenderse básicamente como, una operación esencialmente cognoscitiva. De hecho, el propio autor, haciendo el final de su trabajo, viene a reconocer (citando a Gianformaggio) que «motivar (...) significa justificar» (pág. 291), esto es, vendría a entender la motivación precisamente en uno de los sentidos que anteriormente había descalificado.

- c) Parece obvio que «motivar» es una palabra ambigua que puede significar tanto explicar o mostrar las causas —los motivos— de un efecto (la decisión), como también aportar razones que permitan considerar una determinada acción (una decisión) como algo correcto o aceptable. Si se acepta esta distinción, me parece que la obligación de «motivar» las sentencias no puede entenderse más que en este segundo sentido, es decir, equivaliendo a «justificar».

3.3. Al distinguir los «hechos psicológicos» de los «juicios de valor», Andrés Ibáñez acepta implícitamente una caracterización de estos últimos (su fuente al respecto es nada menos que Ayer) en términos puramente emotivos; esto es, un juicio de valor no sería más que la manifestación de un sentimiento de aprobación o desaprobación. Ahora bien, esta caracterización no sólo resulta discutible, sino que no parece encajar muy bien con la tesis central del artículo. Pues si los juicios de valor fuesen apreciaciones meramente subjetivas, eso querría decir que no pueden ser controlables racionalmente, y esa irracionalidad se trasladaría también inevitablemente a la motivación de la sentencia (dada la incuestionable relevancia de los juicios de valor). Dicho de otra forma, la propuesta del autor (especialmente si se considera su pretensión de ver la motivación como una operación esencialmente cognoscitiva) no parece fácilmente compatible con una concepción emotivista —no cognoscitivista— de la ética.

3.4. Es cierto que los elementos cognoscitivos o epistemológicos son de una gran relevancia en la motivación de la sentencia y no cabe tampoco duda de que donde mayor peso adquiere lo que Perfecto Andrés Ibáñez llama el «interés epistemológico» del juez es precisamente en relación con la determinación de los hechos. Sin embargo, ese elemento está en el artículo comentado (y en la obra de Ferrajoli que le sirve de inspiración) claramente exagerado.

Donde quizás se vea mejor esa exageración es en relación con el principio de presunción de inocencia que Perfecto Andrés Ibáñez presenta, en mi opinión, de una forma distorsionada. Según él, ese principio es expresión legal del *interés epistemológico* del juez, es decir, de que «la *búsqueda de la verdad* ha de ser ajena a otro interés que no sea precisamente ése» (pág. 266), pues las garantías procesales y penales no son sólo garantías de libertad, sino de verdad (pág. 284). Así, en la inferencia inductiva que realiza el juez «cobra un valor esencial de signo positivo la falacia del *argumentum ad ignorantiam*» que el autor entiende se comete «cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad (...) y que es falaz en todos los contextos excepto en uno: la corte de justicia» (págs. 273-4).

Ahora bien, es cierto que la tarea del juez en la indagación de los hechos está dirigida a la búsqueda de la verdad, pero lo que no parece es que la presunción de inocencia cumpla aquí un papel epistemológico. Su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos (quien se propone simplemente conocer, como el historiador o el detective, no

opera justamente con ese principio), sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolción de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico, y esto es precisamente lo que hace que la presunción de inocencia no sea un caso de la falacia del *argumentum ad ignorantiam*: al utilizar ese principio, el juez no argumenta en el sentido de pasar de «no está suficientemente probado que Fulano haya cometido el delito X» a «*es verdad* que Fulano no ha cometido el delito», sino que de la primera proposición (conjuntamente con el principio en cuestión) se pasa a «Fulano *debe ser* absuelto del delito X», es decir, la conclusión es un enunciado práctico, no teórico.

¿Y cómo puede pensarse que el principio de que es nula la prueba ilícitamente obtenida —otro ejemplo de garantía procesal— obedece fundamentalmente a un interés cognoscitivo, cuando lo que supone es precisamente un límite a la búsqueda de la verdad? En los días anteriores a la redacción de este trabajo, los periódicos publicaron la noticia de que el Tribunal Constitucional había dado la razón a una sentencia de la sala de la Audiencia Provincial de Madrid de la que había sido ponente el propio Andrés Ibáñez y en la que se absolvía a una persona acusada de tráfico de drogas, porque la policía había procedido a su detención (habiéndole ocupado así una determinada cantidad de droga) tan sólo sobre la base de una «actitud sospechosa». ¿Acaso podría pensarse que si, en ese caso, la detención se hubiera hecho en forma correcta (por ejemplo, con un mandamiento judicial), el hecho de la posesión de la droga adquiriría una certeza que de otra forma no tenía? ¿En virtud de qué principio epistemológico? ¿Es simplemente —o fundamentalmente— el interés de la *búsqueda de la verdad* lo que le lleva en un caso como éste a tomar una tal decisión?

3.5. Al examinar las relaciones entre el modelo del juez y el del detective, Andrés Ibáñez descarta que el razonamiento del juez obedezca a lo que Peirce llamaba una abducción, mientras que sí acepta esta caracterización para los razonamientos tipo Sherlock Holmes. Ahora bien, nuestro autor tiene, en mi opinión, razón al dudar de que se pueda establecer una distinción con alguna nitidez entre la inducción y la abducción pero, precisamente por esto, yo no veo que se pueda sostener con facilidad que el operar judicial obedece a un modelo de tipo inductivo, mientras que el del detective seguiría el patrón de la abducción. Andrés Ibáñez parece considerar como características de la inferencia judicial, en primer lugar, que «en el punto de partida, existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria)»; y, en segundo lugar, que «la indagación judicial no lleva a la construcción de teorías» (pág. 276). Sin embargo, la primera característica no me parece que haga referencia a alguna peculiaridad del razonamiento sino, en todo caso, a una cierta división del trabajo que por lo demás es relativa: el detective debe esclarecer un caso, esto es, arribar a una hipótesis

acusatoria, pero también puede perfectamente ocurrir que a un detective se le encargue examinar si las pruebas de que se dispone son o no suficientes para sostener una determinada hipótesis; y el juez tiene que comprobar si las pruebas aportadas acreditan una cierta hipótesis, pero la tarea argumentativa —investigadora— del juez puede, naturalmente, haber empezado mucho antes. Y por lo que se refiere a la segunda característica, esto es, a la construcción o no de teorías, no me parece que quepa hacer ninguna distinción relevante entre la investigación del juez y la del detective. En mi opinión, la diferencia que habría que trazar entre ambos tipos de argumentación es que la del juez está inmersa en un determinado contexto institucional que le fija un tipo de límites de los que carece el investigador: así, por ejemplo, aun cuando la investigación hubiese vulnerado el principio de presunción de inocencia o el de la prueba ilícitamente obtenida, un detective puede perfectamente tener muy buenas razones (razones de orden cognoscitivo) para llegar a la conclusión de que X fue quien cometió el delito, aunque esas serían razones que un juez (en cuanto tal juez, esto es, en cuanto órgano que tiene que justificar en Derecho una decisión) no puede utilizar. Pero, dentro de los límites fijados por el Derecho, el tipo de argumentación sobre los hechos que efectúa un juez no me parece que difiera en lo esencial de lo que Peirce parecía entender por abducción. Uno de los ejemplos que el autor norteamericano ponía de abducción es éste: «En cierta ocasión desembarqué en un puerto de una provincia de Turquía y subí, paseando, a una casa que iba a visitar. Encontré a un hombre encima de un caballo, rodeado de cuatro jinetes que sostenían un dosel sobre su cabeza. El gobernador de la provincia era el único personaje que puede tener tan gran honor, por tanto inferí que aquel hombre era él»². Ahora, dígame si esto difiere en mucho de la argumentación que se encuentra en una sentencia de 17 de enero de 1992 de la sala de la Audiencia Provincial de Madrid de la que también fue ponente Andrés Ibáñez (como se ve, yo no considero que los argumentos *ad personam* sean necesariamente falaces). El problema que ahí se discutía era si un hombre casado que había instalado un artilugio en el aparato telefónico de su casa para registrar las llamadas pretendía con ello enterarse de la vida íntima de su esposa (lo que supondría la comisión de un ilícito penal), o simplemente controlar que no estaba pagando una factura excesiva por defecto de la línea telefónica. En el apartado de hechos probados se argumentaba así: «debe concluirse que en el caso examinado hubo por parte del apelante el propósito deliberado de tomar conocimiento de las conversaciones de su esposa. Esto se infiere en forma razonable de la preexistencia de una situación familiar conflictiva y de la utilización consciente de un medio no sólo adecuado, sino incluso específico para aquella finalidad».

² El ejemplo lo tomo de Tomas A. Sebeok y Jean Umiker-Sebeok, *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de la investigación*, Paldós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1987. Esta opinión respecto a la caracterización de la argumentación sobre los hechos del juez y del detective la había ya sostenido en *Las*

3.6. Mi mayor discrepancia con el artículo de Perfecto Andrés Ibáñez se refiere probablemente a la crítica —y a la exposición— de la teoría del silogismo. El autor nos dice que «la representación ideal del modo de razonar del juez como un silogismo (...) ha sido eficazmente cuestionada en su capacidad descriptiva» y que, además, esa teoría cumple una función ideológica (Andrés Ibáñez sigue aquí a Taruffo) porque «más que describir el juicio, construye un modelo abstracto e ideal de juicio: se plantea una situación en la que la norma es un dato preexistente, en un ordenamiento positivo completo y sistematizado, cuya interpretación en vista de la aplicación al caso concreto consiste en una actividad esencialmente cognoscitiva de carácter sistemático. Se presupone además que una actividad de este género es en todo caso necesaria y suficiente, sin que deban intervenir operaciones y apreciaciones no reducibles dentro del módulo del polisilogismo» (pág. 281).

Ahora bien, en mi opinión, esa crítica está mal dirigida, por la sencilla razón de que la teoría del silogismo —y, en general, la lógica deductiva— no pretende describir el proceso del razonamiento, sino controlar su validez y de ahí que ofrezca modelos abstractos e ideales del razonamiento. Pertenece no al contexto de descubrimiento de los razonamientos, sino al contexto de su justificación. Por eso también, no tiene sentido atribuir carácter ideológico a la teoría del silogismo judicial porque en lugar de describir el juicio construya un modelo ideal de juicio (pues, en ese caso, toda la lógica deductiva sería ideológica), aunque sí que sería probablemente ideológico pretender que la justificación de las decisiones judiciales puede hacerse siempre (o a menudo) sirviéndose únicamente de deducciones (de silogismos).

3.7. La caracterización que Perfecto Andrés Ibáñez hace de la argumentación deductiva y de la inductiva, resulta, en mi opinión, no del todo clara, porque el autor presenta esta distinción más en términos epistemológicos que propiamente lógicos. Según él, una deducción vendría a ser un argumento que lleva a un conocimiento necesariamente verdadero y una inducción un argumento que sólo permite alcanzar conclusiones con un mayor o menor grado de probabilidad. Ahora bien, esto no es exactamente lo mismo que decir que un argumento deductivo es aquel en el que *si* las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión, mientras que en un argumento de forma inductiva es posible que las premisas sean verdaderas y sin embargo no lo sea la conclusión. Si se acepta esta segunda caracterización (que responde a la forma lógica de la inferencia, esto es, el tipo de conexión que se da entre las premisas y la conclusión, y no a la calidad epistemológica como tal de la conclusión), entonces es perfectamente posible que un argumento de forma inductiva nos lleve a una

razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 36-39. Sobre la abducción véase también el trabajo de Pablo Bonorino, en «Doxa», n.º 14.

conclusión que tenga un mayor grado de certeza que otro de forma deductiva (pero que parta de premisas más o menos dudosas).

3.8. En relación con la propuesta recogida en el anterior apartado 2.6 y consistente en ver en el *modus operandi* del juez tres inferencias en lugar de una sola, hay una afirmación que me parece errónea y otra —cuando menos— discutible. El error —o, quizás, la errata— consiste en que, por un lado, se afirma que la conclusión de la inferencia deductiva en que consiste la calificación de los hechos («Fulano ha cometido un homicidio») «no tiene la forma de las *proposiciones normativas*, sino de *proposiciones asertivas*» pero, por otro lado —pocas líneas después—, se dice que las premisas del silogismo práctico (una de ellas es que «Fulano ha cometido un homicidio») «son normativas» (pág. 282). Y lo que me parece discutible es pensar que tanto la inducción en que consistiría la prueba de los hechos como la deducción a que obedecería la calificación jurídica de los mismos son simplemente argumentaciones «relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales», es decir, en uno y otro caso «se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad» (pág. 282). El propio Andrés Ibáñez reconoce que el juez contribuye a «construir» el supuesto de hecho y que esa operación implica una «actividad interpretativa» (pág. 265). ¿Pero cabe efectuar una operación interpretativa sin presuponer normas —no sólo la existencia de normas, sino su aceptación? ¿Son los enunciados interpretativos meramente verdaderos o falsos? ¿Y acaso no intervienen en la prueba de los hechos y en su calificación juicios de valor?

3.9. La sustitución del modelo del silogismo por el de las tres inferencias señaladas en el apartado 2.6 me parece cuestionable. A las razones que he dado anteriormente, cabe añadir las siguientes:

- a) No queda claro si se trata de una propuesta descriptiva, es decir, que muestre cómo de hecho los jueces llegan a una determinada decisión (a través de un proceso argumentativo) o si, por el contrario, se trata de un modelo de justificación que no pretende describir el proceso real de la argumentación, sino ofrecer un esquema con el que controlar la corrección (formal) de la argumentación.
- b) Si se trata de lo primero, entonces el modelo parece no sólo bastante pobre (es razonable

pensar que la toma de una decisión implica bastante más que esas tres operaciones), sino que tampoco parece ajustarse a la realidad (no está nada claro que el juez proceda de acuerdo con el orden ahí establecido: fijación de los hechos-calificación normativa de los mismos—parte dispositiva o incluso que exista de hecho una separación entre esas tres operaciones).

- c) Si se trata de lo segundo, entonces no se ve cuál es la ventaja de sustituir el silogismo tradicional. Es más, yo no creo que haya aquí en realidad ninguna sustitución. El silogismo práctico subsiste igual, y lo que ocurre es que al mismo se le añade una cadena de dos inferencias cuya conclusión sería la premisa fáctica del referido silogismo (algo que —claro ésta— no choca en absoluto con el modelo que se pretende descalificar).
- d) Además, el modelo de Ferrajoli (entendido en este segundo sentido) parece claramente incompleto, en cuanto que sólo tiene en cuenta las inferencias que llevan como conclusión a la premisa fáctica, desentendiéndose de la premisa normativa.

3.10. En un cierto momento de su trabajo, Andrés Ibáñez critica la opinión de quienes (como Ruiz Vadillo) no consideran necesario ni obligado «que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el por qué de la relevancia dada a cada medio en concreto». Lo que justificaría esto es que «en un tribunal colegiado (...) no todos los miembros en su intimidad llegan a la conclusión de la culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido». Por ello —concluye Ruiz Vadillo— «lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión» (pág. 293).

Ahora bien, la crítica de esta postura (y la consiguiente defensa del anterior punto 2.9) debería llevarle —me parece— a Perfecto Andrés Ibáñez a excluir el sistema del magistrado ponente en la redacción de las sentencias. De otra forma, no veo que se pueda fácilmente conjugar —y éste es el grano de razón de la tesis de Ruiz Vadillo— tres exigencias que se desprenden —explícita o implícitamente— del texto comentado: que la sentencia sea un texto completo; que sea coherente; y que se respete el principio de sinceridad.

De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

Manuel Atienza ha tenido la amabilidad de dedicar una parte de su tiempo, primero, a la lectura detenida de mi artículo «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal» (*Doxa*, n.º 12, págs. 257 y ss.; también en *La sentencia penal*, de varios autores, CGPJ, Madrid 1992), y de prolongar, luego, esa dedicación en un trabajo en el que expone con detalle una serie de dudas y puntos de discrepancia.

Todas las observaciones dan en el blanco de cuestiones de innegable densidad problemática y, así, la invitación a responder a sus interrogantes, no puede tener por mi parte más que una acogida totalmente positiva y a la vez agradecida. De este modo, Manuel Atienza me ofrece la posibilidad —él y el lector juzgarán— de aclarar mis posiciones, y también de reflexionar nuevamente sobre un asunto de los más sugerentes que la jurisdicción penal plantea a quienes nos dedicamos a ella. Me parece justo, además, subrayar la importancia de que —como aquí sucede— estas cuestiones, que por la riqueza de sus implicaciones teóricas desbordan el campo estrictamente procesal, encuentren el eco que merecen y necesitan en el interés de los filósofos y teóricos del derecho.

Seguiré en mi exposición el orden que mi interlocutor ha establecido en la suya.

Ad 3.1. Es cierto que hago referencia y no explícito suficientemente lo que considero debería ser la *nueva estructura* de la sentencia penal, en vista de la exigencia constitucional de motivación. Trataré de hacerlo ahora brevemente.

El modo tradicional de sentenciar limitaba todo lo relacionado con la *quaestio facti* a la declaración apodíctica de los hechos considerados «probados». De ahí, se pasaba sin más elaboración a extraer —casi como por *yuxtaposición*— determinadas consecuencias jurídicas, mediante la invocación de algunos preceptos. Todo el esfuerzo motivador se concentraba en este segundo momento, en cuyas particularidades no cabe entrar ahora.

Las insuficiencias de tal modo de proceder son bastante obvias, si se atiende a la exigencia elemental de hacer de la sentencia un texto comprensible y dotado de cierta aptitud autoexplicativa, que es condición de posibilidad de la defensa frente a la decisión de los concernidos por ella.

Hoy es algo comúnmente aceptado que el imperativo del artículo 120,3 de la Constitución se refiere también a los hechos, y esta convicción está reforzada por la exigencia del artículo 248,3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de que las sentencias ex-

presen los «antecedentes de hecho». Sin embargo, parece no haber una conciencia clara de lo que debe colocarse bajo esa etiqueta.

Creo que en los «antecedentes de hecho» tiene que dejarse constancia de los *actos de prueba* producidos, de los *criterios de valoración* utilizados y del *resultado* de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto. Dicho de manera sintética, se trata de expresar los *antecedentes* probatorios, de dar cuenta del proceso de elaboración de los datos de ese carácter, de modo que el lector de la sentencia pueda entender por qué se afirman ciertos *hechos* como *probados*.

Ad 3.2. En mi trabajo, hay, en efecto, dos usos del término «justificación», que se explican en cada caso. Uno, para expresar lo que la motivación no debe ser, esto es: dar *a posteriori* apariencia de proceso consciente al de adopción de una decisión tomada —previamente— de forma emotiva o inconsciente. Y otro, aquel al que me refiero citando a Gianformaggio, y que es el que confiere a la motivación «un estatuto esencialmente cognoscitivo». Esto en el sentido de que la motivación está constituida por discursos producidos en apoyo de tesis asertivas, es decir, que afirman o niegan sobre la base de datos obtenidos contradictoriamente en el curso de la actividad probatoria, o bien sobre la base de una determinada interpretación de una disposición. El deber de motivar asumido de esta forma, aun cuando se materialice en un momento posterior al de la decisión propiamente dicha, *preactúa* sobre los procesos intelectuales que preceden a la adopción de la misma (juicio de hecho y juicio de derecho), imprimiendo racionalidad y un grado de autoconsciencia a las inferencias. Así resulta que la decisión propiamente dicha, es decir, el fallo, tiene carácter práctico, pero sus antecedentes tienen una dimensión prevalentemente teórica.

En todo caso, es preciso señalar que la afirmación de que el juicio tiene carácter cognoscitivo es una proposición normativa, que se orienta a la realización de un modelo, que es el que Ferrajoli ha caracterizado como «garantista».

Ad 3.3. Mi pretensión en este punto era señalar que, sea cual fuere el concepto que se tenga de los «juicios de valor», éstos son algo esencialmente diferente —en contra de lo que reiteradamente sostiene la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo— de los *hechos psicológicos*. Las afirmaciones relativas a éstos son verificables y re-

futables (hubo o no hubo en el sujeto de la acción intención de matar). Los juicios de valor, en cambio, no son ni verdaderos ni falsos. La verdad es que mi propósito más que hacer profesión de *emotivismo* a la Ayer (que, tiene razón Manuel Atienza, probablemente sería «una pasada»), era tratar de señalar con el máximo de expresividad la distancia que existe entre las inferencias inductivas relativas a hechos y los juicios de valor. Por lo demás, es claro que éstos tienen, también, un campo de operaciones en la sentencia y pueden ser argumentados racionalmente.

Ad 3.4. Manuel Atienza expresa la duda de que la presunción de inocencia cumpla un papel epistemológico. Piensa que la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo, sino de carácter práctico: evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes).

Estoy de acuerdo en que la efectividad del principio de presunción de inocencia es el medio más idóneo para garantizar que no se produzca ese resultado indeseable. Ahora bien, entiendo, con Ferrajoli, que si eso sucede es precisamente porque un proceso penal de esa inspiración es el que hace posible, en general, el mayor grado de aproximación a la verdad empírica. Es decir, la determinación, en las mejores condiciones, de lo realmente acontecido en un supuesto concreto.

Es cierto que la tarea de los jueces y tribunales no es puramente teórica, pero tiene una inequívoca dimensión de ese carácter, que se concreta en una exigencia de rigor lógico y epistemológico en el tratamiento de los datos de hecho y de los enunciados normativos; y que se superpone y refuerza la dimensión más propiamente *garantista*.

Cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo, regula con minuciosidad la forma en que debe producirse la manipulación de los vestigios del delito; relativiza el valor de la confesión autoinculpatoria que no aparezca suficientemente confirmada; busca la autenticidad en los testimonios, prevé otros tantos dispositivos de garantía, garantía que es, sobre todo, la del respeto de la genuinidad de los elementos fácticos sobre los que tendrá que fundarse ulteriormente el juicio.

En este sentido, la presunción de inocencia hasta prueba en contrario es, como sostiene Ferrajoli, *una garantía de verdad: la garantía contra la aceptación como verdaderas de hipótesis acusatorias inciertas*. La circunstancia de que se considere *error judicial* únicamente a la condena del inocente y no a la absolución del culpable es por demás elocuente.

Creo que la presunción de inocencia tiene esa dimensión de carácter teórico o cognoscitivo, a la que se refiere I. M. Copi, al tomarla como ejemplo de argumento *ad ignorantiam*. Es precisamente esa circunstancia la que la ha acreditado como instrumento especialmente útil para llegar a un resultado práctico: la tendencial eliminación del riesgo de que personas inocentes sean condenadas.

En ese contexto, hay motivos para pensar —frente a la duda que expresa Manuel Atienza— que el principio de inutilizabilidad de las pruebas mal adquiridas se orienta eficazmente a la búsqueda de una verdad procesal de notable mejor clase en el

plano epistemológico que la *verdad material* que hacía posible el proceso inquisitivo con su ausencia de límites a la acción investigadora. Es una paradoja sólo aparente la de que justo cuando el proceso penal se pone como objetivo un tipo de verdad en apariencia *más débil*, es cuando se sitúa en condiciones que le permiten acceder a mejores resultados en el orden del conocimiento.

Esta afirmación podrá parecer chocante en el caso de declaración de ilicitud de un medio de prueba cuyo resultado, *de facto* y en el supuesto concreto, hubiera conducido a consecuencias claramente incriminatorias (el hallazgo de una cantidad de droga en un registro domiciliario irregular, es el ejemplo más gráfico). Ahora bien, es necesario tener en cuenta que las formas procesales cuya inobservancia se sanciona con tacha de expulsión del proceso de los datos adquiridos con infracción de las mismas, se orientan a dar transparencia y a hacer contrastables en el futuro debate tanto los frutos que se predicen de la actividad investigadora como el modo en que se ha llevado a cabo la actividad misma.

Es cierto que la expulsión de la tortura del catálogo de los medios probatorios se debió a razones esenciales de humanidad. Pero en la conciencia de quienes se opusieron a ella estubo asimismo bien presente la evidencia de los muchos procesados del antiguo régimen que por ese medio se confesaron autores no sólo de delitos que no habían cometido, sino incluso de actos de imposible realización. Hoy está suficientemente demostrado que ese modelo procesal no se adaptaba objetivamente al fin de obtener conocimiento empírico sobre actos perseguibles efectivamente realizados. Era, por el contrario y sobre todo, un instrumento de cierta *lucha total*, y no sólo contra el delito, sino contra *el mal*.

Se refiere Manuel Atienza a una sentencia de la que yo había sido ponente, que absolvía a una persona detenida en «actitud sospechosa», que, recurrida por el fiscal, fue confirmada por el Tribunal Constitucional, al considerarla razonablemente motivada. Se pregunta Manuel Atienza si de haberse realizado la detención en forma correcta —sugiere que «por ejemplo, mediante mandamiento judicial»— la posesión de la droga, en ese caso, adquiriría una certeza de otro modo inexistente.

La razón de cuestionar la eficacia probatoria de elementos de convicción adquiridos mediante una detención como la de referencia, no estaba en la ausencia de un puro requisito formal al que se estuviera atribuyendo, en la sentencia absolutoria, valor *sacramental*. No era sólo una cuestión de ruptura del rito. Se negaba validez a una actuación policial, al reputarla irregular porque no había sido precedida de la apreciación de los mínimos indicios de posible actividad criminal, en ese caso inexistentes. A pesar del *fruto* de la intervención, se pudo comprobar que había sido rigurosamente arbitraria. Los agentes, en las condiciones dadas, carecían de habilitación legal para hacer lo que hicieron, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta ley se rige en la materia por un paradigma indiciario. No cabe duda de que, al contener las actuaciones policiales dentro de esos límites, establece una importante garantía de la libertad personal. Pero no se trata sólo de eso, se busca también la

funcionalidad global de ese género de intervenciones a la prevención/persecución de *delitos concretos*. Los únicos que, antes y constitucionalmente, se ha decidido castigar con una pena.

En este sentido, el sistema en su versión más genuina, pretende promover, ya en la actividad de los agentes de orden público, un modelo de intervención de cierta calidad racional, en cuanto condicionado a la previa percepción —no presuposición intuitiva— de datos incriminatorios de alguna consistencia objetiva. El sistema, es obvio —y quizá lo más importante—, trata mejor a la gente. Pero no sólo eso. Ciertamente puede llevar en ocasiones a tener que negar *existencia procesal* a datos de realidad inobjetable, pero hay experiencia sobrada para asegurar que evita muchísimas más actuaciones infundadas —ya *ex ante*— porque nunca habrían servido para descubrir un delito, al carecer de toda relación con una eventual verdad penalmente relevante. Algo que haría de ellas —de haber llegado a producirse, como otras que se dan, no obstante la falta de indicios— puros actos de poder arbitrario.

Las consideraciones precedentes evidencian, con todo, que, en el caso que Manuel Atienza toma como ejemplo, la predisposición normativa de la garantía que resultó omitida —falta de indicios de delito para la detención— miraba más a preservar la libertad de deambulación que a otra cosa. Y en esto no le falta razón, porque el hallazgo de la droga fue consecuencia de un cacheo practicado en el marco de una de tantas cuestionables actuaciones policiales de prevención genérica, por razones de «seguridad ciudadana».

Donde la funcionalidad del principio de presunción de inocencia a la obtención de una verdad de mayor calidad desde el punto de vista cognoscitivo es más perceptible, es en diligencias como las antes evocadas, prescritas por las leyes procesales para la investigación sobre el cuerpo del delito y la obtención de piezas de convicción. Con ellas —con las relativas al registro de la vivienda, por ejemplo— se busca, desde luego, reducir al mínimo posible la lesión del derecho a la intimidad domiciliaria, pero asimismo y muy en particular, asegurar la máxima fidelidad a la verdad del dato objetivo, en el traslado al tribunal de los elementos de hecho relevantes para el enjuiciamiento.

Ad 3.5. La alusión al modo de operar del detective en relación con el juez tenía encaje en una parte de mi artículo dedicada a los modelos de referencia utilizados para tratar de explicar el tipo de actividad del segundo. Por tanto, cualquier intento de asimilación no pasaría de tener un valor puramente indicativo, una vez establecido el dato —éste sí fundamental— de la naturaleza inductiva de las inferencias judiciales relativas a los hechos.

Dentro del carácter esencialmente aproximativo de la afirmación de posibles similitudes, me parece entender que el *modus operandi* del juez de instrucción o del fiscal, cuando sea éste el investigador, podría responder al patrón del razonamiento por abducción, en la medida de que, a partir de un resultado, analiza vestigios y *razona hacia atrás* tratando de elaborar una hipótesis explicativa. Otro sería, en cambio, el caso del juez o tribunal encargados del

enjuiciamiento, cuya actuación comenzaría justo a partir de esa hipótesis, para evaluarla, verificarla, y aceptarla o desecharla en concurrencia con otras hipótesis alternativas formuladas por la defensa.

Por lo demás, va de suyo que, en efecto, el juez se halla inmerso en un marco institucional, del que se derivan toda una serie de exigencias.

En el ejemplo de Peirce con el que Manuel Atienza ilustra su argumentación, el juez de instrucción o el fiscal investigador operarían ante el jinete que allí se describe como dice que lo hizo el filósofo americano. Esto es, analizando las particularidades de los hombres a caballo conforme a algunas máximas de experiencia, podrían inferir quién de ellos era el gobernador. El juez encargado de juzgar se hallaría, en cambio, ante el jinete *ya calificado* hipotéticamente de gobernador, y su labor consistiría en verificar si los datos empíricos ofrecidos y tratados de la forma que se ha dicho justificarían de forma racionalmente aceptable la atribución de esa calidad a uno de los caballistas.

Algo parecido es lo que sucedió en el caso de la sentencia a que se alude, de la que fui ponente: había que optar entre dos hipótesis que se ofrecían al tribunal, de las cuales una —a juicio de éste— tenía, claramente, más confirmaciones en los datos probatorios, *asimismo aportados*, y, por eso, fue la que prevaleció.

Ad 3.6. Creo que la diferencia que en este punto advierte Manuel Atienza entre su posición y la mantenida en el trabajo de referencia no es tal. Porque lo que allí se critica no es el silogismo en tanto que modelo normativo, sino *cierta ideología del silogismo* de amplia difusión en los tribunales de justicia.

En efecto, es frecuentísimo que los jueces afirmen de las propias resoluciones que responden al esquema del —o que constituyen un— silogismo, con objeto de recabar para ellas un estatuto de racionalidad que en último término deberá reforzar su autoridad. Y esto se hace como cláusula de estilo, sin que presuponga necesariamente un determinado estándar de calidad en la elaboración de las premisas, ni en el uso de los argumentos.

Por eso me refería a la cuestionable aptitud descriptiva del silogismo referido al operar registrable en ese tipo de sentencias, en la que, muchas veces, sus autores no se someten a las exigencias *normativas* del modelo del operar deductivo, sino que únicamente tratan de cubrir su trabajo con el manto de autoridad del mismo, no obstante no haber ajustado a él su actuación. Esto sin perder de vista que incluso un uso correcto del silogismo en el plano de la justificación «interna», siempre dejaría pendiente la cuestión de la justificación «externa», es decir, de las premisas de aquél.

Ad 3.7. Es posible que en algún pasaje de mi artículo me haya expresado con respecto al razonamiento deductivo de una forma elíptica capaz de sugerir una lectura como la que refiere Manuel Atienza. Pero, previamente, en la página 270, apuntaba que, como es obvio, la verdad de la conclusión está en función de la verdad de las premisas y del rigor formal en el tratamiento de éstas.

Ad 3.8. Manuel Atienza me hace ver aquí —con razón— la necesidad de ser más preciso en el uso del término «normativo». Trataré de hacerlo en lo que sigue, para evitar que mi exposición pueda dar lugar a una defectuosa inteligencia de la descomposición analítica que Ferrajoli —con todo rigor— hace del clásico silogismo.

La conclusión del primer silogismo de los tres en que, según este autor, se articula el razonamiento judicial, cuando las premisas probatorias abonan la hipótesis de la acusación, puede ser: «Fulano ha causado la muerte a Mengano». Esta es, claramente, una tesis asertiva y fáctica. Expresa una *verdad procesal*, obtenida en virtud de una metodología inductiva y, en consecuencia una verdad de tipo probabilista.

La conclusión del segundo silogismo —resultante de subsumir o clasificar esa afirmación de hecho en un precepto penal— sería: «Fulano ha cometido un homicidio». Ciertamente es una conclusión, ya no de hecho, como la precedente, sino de derecho, pero creo que eso no impedirá que pueda caracterizarse de asertiva. En el sentido de aserto de contenido jurídico, que expresa lo que se formula como una verdad opinable a la que se llega mediante la atribución de significado a una norma general, la del artículo 407 del Código Penal.

Ahora bien, hacer riguroso el discurso a partir de aquí exige, es cierto, algo que yo no hice expresamente. Debería haber precisado el modo en que usaba, en cada caso, el término «normativo», que, en efecto, no es el mismo en la conclusión del segundo silogismo (ya expuesta) y en la del tercero, que será: «Se impone a Fulano la pena de tantos años de reclusión menor». Aquí se toma «norma» en el sentido restrictivo de *norma del caso concreto* o *norma singular*, en que se resuelve el fallo o parte dispositiva de la sentencia.

En resumen, en el primer silogismo no aparece ningún precepto. El que figura en el segundo, lo hace bajo la forma de una tesis metalingüística que afirma —como premisa jurídica— lo que se entiende que dice la disposición citada del Código Penal, en virtud de un acto de interpretación. La conclusión aquí es una conclusión *de derecho*. Esta se integra, a su vez, en el tercer silogismo como una de sus premisas; y, junto con otra que se forma de la misma manera, pero a partir del precepto regulador de la pena en abstracto, permite llegar a la conclusión, constituida por la *norma singular, única de este carácter* que comparece, y lo hace como conclusión final, en todo este proceso.

Ad 3.9. La sustitución por Ferrajoli del modelo del silogismo por tres inferencias es claro que constituye, como he anticipado, una *descomposición analítica* de aquél, y en tal sentido lo enriquece, puesto que clarifica las implicaciones teóricas del procedimiento de formación de las tradicionales premisa mayor y premisa menor y el modo de actuar con ellas. Así funda una distinción —esencial en el modelo garantista del autor— entre los dos tipos de actividad cognoscitiva: el conocimiento jurídico por vía interpretativa; y el conocimiento fáctico, a través de la formación de las pruebas, que son las premisas del primer silogismo. Poniendo de relieve en

cada caso el estatuto de los diversos problemas y la diversidad también de las técnicas de garantía con que afrontarlos.

Y no olvida las cuestiones relativas a la interpretación, ni se desentiende de la premisa normativa, de la que se ocupa incidentalmente en muchos momentos de la obra, pero de manera específica, dentro del capítulo 3 (*El poder punitivo entre verificación y valoración*), en el apartado 9 (*La interpretación. El poder de denotación y las garantías penales*, págs. 117 y ss. de la edición española).

Puesto que se trata de un análisis lógico, no pretende describir el modo de operar empírico de los jueces. En realidad constituye —y así lo ha calificado repetidamente su autor— un *esquema de control* del razonamiento judicial. Y en este sentido, no supone la reducción de la decisión a «tres operaciones», sino la demarcación de *tres campos de operaciones* y el ofrecimiento al operador de pautas metodológicas rigurosas para actuar en cada uno de ellos.

Desde mi punto de vista tiene una utilidad extraordinaria, en cuanto brinda instrumentos teóricos pero de inmediata aplicación a la práctica jurisdiccional, tratada —diría que por primera vez en esta perspectiva— de modo sistemático. Sobre todo en el área del conocimiento fáctico, donde me parece que la aportación del autor es más original, y viene a cubrir un vacío abismal en la materia. Basta comprobar la ausencia de bibliografía al respecto y, en otro orden de cosas, el caos metodológico reinante en la práctica, a algunos de cuyos aspectos más salientes he aludido en mi trabajo.

Ad 3.10. La última de las cuestiones suscitadas por Manuel Atienza recae sobre un tema fundamental: la motivación de la convicción judicial, en general, y de los tribunales colegiados, en particular. Y lo hace para cuestionar mi posición decididamente favorable a que se deje constancia explícita en la sentencia, no sólo de los medios de prueba de que se ha dispuesto, sino del rendimiento extraído de cada uno de ellos y del criterio de valoración o máxima de experiencia empleado a tal efecto.

Este punto de vista lo expresé en discrepancia con el de Ruiz Vadillo, para quien «lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión». Punto de vista éste en el que Manuel Atienza ve «un grano de razón».

La forma de entender el principio de libre convicción judicial frente a la que yo manifestaba una actitud polémica es la de mayor tradición en los tribunales de justicia, muy bien sintetizada en un manual práctico ampliamente difundido en los años sesenta, debido a Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa. Decían estos autores: «no hay por qué razonar, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o sentenciadores. La ley quiere simplemente que formen un estado de juicio, de conciencia, de opinión y que tal estado se proyecte al *resultando* de hechos probados».

El resultado constatable de este modo de operar es un juicio (y un juez) *oracular* que sigue estando

presente todavía en la más reciente jurisprudencia, sobre todo cuando se trata de la —mal— llamada prueba «directa» (no hay prueba que no sea *indiciaria*). Por todas, la sentencia de la Sala Segunda, de 12 de febrero de 1993, ponente Conde Pumpido, en la que se dice que la convicción que produce esa clase de prueba «depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación».

El problema es conjugar esta actitud con el deber incondicionado de motivación de las sentencias, que si se hace preciso por razones de garantía en algún campo, es justamente en el de los hechos. Y ¿cómo asegurar la racionalidad y controlabilidad del juicio de hecho; como justificarlo en lo que tiene siempre de opción, si no es expresando los criterios de valoración que lo sustentan?

Se entiende la oposición a hacerlo. Por una parte, es obvio que ningún espacio de poder se cede fácilmente. En segundo término, existe una fuerte resistencia del juez a aceptar que su conocimiento de la *quaestio facti* se mueve en el ámbito siempre inseguro del conocimiento probable, una suerte de conocimiento *débil*, que casa mal con cierta mitología de lo judicial. En fin, la motivación de los hechos, si debe hacerse con rigor, incrementa sensiblemente la dificultad de la elaboración de las sentencias, y las hace más vulnerables a la crítica.

Es en el contexto diseñado en estas breves consideraciones donde debe enmarcarse el problema más específico en el que —siguiendo las indicaciones de Ruiz Vadillo— hace especial hincapié Manuel Atienza: ¿es posible motivar la convicción probatoria en un tribunal colegiado, cuando no todos sus miembros llegan, en su intimidad, a la conclusión de culpabilidad por el mismo camino?

La pregunta reproduce un viejo planteamiento: el que ofrece como única alternativa posible a la prueba legal la de la libre convicción del juez, interpretada en una clave irracionalista.

Pues bien, el sistema acusatorio, fundado sobre el carácter contradictorio del juicio, presupone una concepción racional de la convicción judicial, incluida la del tribunal colegiado. Por eso impone previamente el juicio de relevancia sobre cada uno de los medios de prueba propuestos. Este juicio implica ya una valoración anticipada de la posible aptitud de cada uno de aquéllos para dar confirmación a la hipótesis fáctica mantenida por la parte que solicita su práctica. El juicio de relevancia sólo puede expresarse en una resolución motivada, y recae, precisamente, sobre la capacidad de producir *convicción íntima* que puede predicarse de cada medio de prueba interesado.

El principio de contradicción impone a las partes la obligación de aportar elementos *de juicio*; y es obvio que el enjuiciamiento debe ser un ejercicio de reflexión regido por imperativos de racionalidad, que ha de versar sobre aquellos. Es decir, no puede limitarse a la formación de una *impresión* global del género de la implícita en la vieja «valoración conjunta de la prueba», que prescinda del análisis de cada medio en particular.

Por otra parte, y ya en esta perspectiva más concreta, evaluar un testimonio —que es seguramente,

de todos los medios de prueba, el que mayor espacio abre al despliegue de las *impresiones*— no es simplemente experimentar el sentimiento de empatía o de rechazo provocado por el que lo presta. Se trata —sin restar importancia a los aspectos relativos a la *mise en scène*, que nunca dejarán de tener alguna relevancia— de analizar el discurso del que depone en sus aspectos formales y, muy en particular, en los de fondo: los datos ofrecidos, el contenido empírico de los mismos, su correspondencia o falta de correspondencia con otros de distintas fuentes...

A los tribunales colegiados se les reconoce una mayor garantía de calidad de juicio, por eso suele atribuirseles competencia para conocer de los juicios de otros jueces o tribunales y/o de los asuntos de más complejidad. Esa presunción de mayor calidad de juicio está en función, precisamente, de la dialéctica crítica que posibilita la pluralidad de sujetos que concurre al enjuiciamiento. De aquí se deriva la exigencia de que la convicción íntima *del tribunal* tenga que formarse, no por la simple *yuxtaposición* mecánica del resultado de las íntimas convicciones individuales, sino a través de un debate interno sobre la misma formación de éstas y de su resultado.

Es obvio que en todos los casos de enjuiciamiento, con independencia del carácter unipersonal o colegiado del tribunal, las impresiones subjetivas están llamadas a jugar algún papel y su existencia es un dato con el que no podría dejar de contarse. Lo que demanda el paradigma de racionalidad asociado al principio de libre convicción y al deber de motivación del juicio de hecho que aquí se defiende, es que se tienda a alcanzar el mayor grado posible de control de los datos de esa procedencia, mediante su contrastación con otros más objetivables, para conferir el máximo de rigor lógico y epistemológico al proceso decisional.

La convicción íntima —a pesar de lo que parecen sugerir muchas sentencias y, sea o no consciente de ello el juzgador, individual o colegiado— es el fruto, no de alguna *experiencia mística*, sino de la atribución de una cierta eficacia a cada medio probatorio, y, al fin, se resuelve en una elección, que recae sobre una determinada hipótesis. Pues bien, la motivación debe ilustrar necesariamente acerca del proceso de formación de aquella convicción: debe dejar constancia de los datos empíricos que se valoran como *probatorios*, de las inferencias realizadas a partir de los mismos, y de los *criterios* de que se haya hecho uso para obtener de ellos la conclusión en que consisten los hechos probados. En esto radica la garantía. Y, si así no fuera, ¿con qué fundamento podría el miembro de un tribunal justificar su discrepancia en la valoración de los resultados de un determinado medio de prueba?

Una cosa es cierta: el modelo es exigente y complica sensiblemente el trabajo del juez. Pero diría que es precisamente de eso de lo que se trata.

Este modo de entender la convicción judicial y la motivación de la misma no está reñido en absoluto con la figura del magistrado ponente. En el contexto diseñado, éste tiene un papel: expresar y justificar —como mediador e intérprete del pensamiento del

tribunal (Carnelutti)— la conclusión del juicio de hecho.

La defendida es, por otra parte, la vía que permite hacer de la sentencia un texto *completo*: se explicará de manera suficiente a/por sí misma, sin dejar zonas vacías entre los hechos probados y las conclusiones de derecho.

Es garantía de *coherencia*, puesto que realizar determinadas inferencias en la perspectiva de tener luego que cumplir el deber de explicitarlas y justifi-

carlas por escrito, impone sin duda un plus de rigor en la comprobación de cual sea el rendimiento efectivo de cada una de ellas y evita que se produzcan saltos en el aire.

Me parece que, operando de este modo, se asegura también el respeto al principio de *sinceridad*, puesto que a través de la lectura de la motivación fáctica resultará perceptible el grado de autenticidad de las razones alegadas en apoyo de la conclusión del juicio de hecho.

DESAPARECIDO

Jabbar Rashid Shifti.

15 años.

Desaparecido en Irak

por nacer Kurdo.

¡A TI QUÉ TE IMPORTA!

**SI TE IMPORTA,
HAZTE SOCIO.**

91-531 25 09

AMNISTIA INTERNACIONAL

INTERNACIONAL

Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)¹

Raoul MUHM

La labor del fiscal en Alemania, desde hace algunos años, es objeto de ásperas críticas. La opinión pública está percibiendo, con estupor y aprensión, la aparente incapacidad de los fiscales para ejercer la acción penal frente a personajes influyentes del mundo político y económico².

En efecto, en estos casos, demasiado a menudo las actividades de los fiscales se caracterizan por «diligentes inercias» y fáciles archivos. Fenómenos éstos que han dado lugar a la creación de una comisión parlamentaria de investigación en el Land Baden-Württemberg, sobre las connivencias entre miembros del gobierno y las fiscalías³.

Ahora, este malestar inherente al modelo alemán de la acusación pública se ha visto posteriormente relanzado por los recientes éxitos alcanzados por la magistratura investigadora italiana en el ámbito de los procesos relativos a las relaciones ilícitas entre poder político y poder económico. Tales resultados favorables han inducido a parte de la prensa a propugnar la emulación del modelo italiano, en tanto que caracterizado, a diferencia del alemán, por la independencia del ministerio fiscal frente al poder ejecutivo⁴. Y es que, como es bien sabido, el modelo alemán del ministerio público se caracteriza por una estrecha dependencia jerárquica de los fiscales respecto del ministro de Justicia, es decir, del ejecutivo⁵.

Ahora puede producir perplejidad constatar que los miembros de la Asamblea Constituyente alemana, no obstante la experiencia del uso arbitrario de

aparato judicial por parte de la dictadura nacional-socialista, no se hubieran preocupado de sancionar constitucionalmente ni la independencia personal del fiscal ni la institucional del ministerio público. Es necesario recordar al respecto, en este contexto, que aunque la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*Grundgesetz*) tenga en algunos aspectos un valor paradigmático⁶, por desgracia resulta insuficiente en lo relativo a la configuración de instituciones jurídicas dirigidas a establecer una diferenciación entre los conceptos del estado de derecho y del garantismo. Así, son raras las normas constitucionales en materia de derecho penal, derecho procesal penal y ordenamiento judicial. Por eso, sería vana la búsqueda de algunas instituciones bien conocidas a los operadores del derecho italiano. Además hay que constar que la Ley Fundamental no atribuye *expressis verbis* rango constitucional, por ejemplo, ni al principio de presunción de inocencia (art. 27,2° Constitución italiana), ni al que exige que las penas tiendan a la reeducación del condenado (art. 27,3°). La Ley Fundamental no prevé siquiera la inviolabilidad del derecho de defensa en todo momento y grado del procedimiento (artículo 24,2°)⁷. Ni se preocupa tampoco de sancionar la existencia de un órgano de autogestión de la magistratura parangonable al *Consiglio superiore della Magistratura*, ni, como ya se ha dicho, de garantizar la independencia del ministerio público. La Asamblea Constituyente alemana desplazó sobre el legislador y la jurisprudencia la tarea de desarrollar y realizar el concepto del estado de derecho.

¹ Este artículo ha sido publicado en *Questione Giustizia*, n.º 4/1993.

² Entre otros muchos, pueden verse: *Diet Zeit*, 18 de junio de 1993, pág. 21; *Süddeutsche Zeitung*, 7 de julio de 1993, pág. 2; 23 de febrero de 1993, pág. 4; 7 de julio de 1993, pág. 39; 23 de enero de 1993, pág. 1.

³ Bericht und Beschlussempfehlung des Untersuchungsausschusses «Unabhängigkeit von Regierungsmittgliedern und Strafverfolgungsbehörden» - Landtag von Baden-Württemberg, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/6666, 17 de febrero de 1992.

⁴ Puede verse en atento análisis en *Von italien lernen* (trad.: *Aprender de Italia*), *Tageszeitung*, 24 de julio de 1993, pág. 11; *Süddeutsche Zeitung*, 5 de agosto de 1993, pág. 3.

⁵ Kelinknecht/Meyer, *Strafprozessordnung Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 41.ª edición, 1993, págs. 1718-1720; Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 2.ª edición, 1987, pág. 1807; Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Walter de Gruyter, Berlin-Nueva Yor, 23.ª edición, 1979, sub § 146 GVC, págs. 33 y ss.; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 23.ª edición, 1993, págs. 44 y ss.

⁶ Por ejemplo en lo que concierne a la estructuración del modelo federal, así como a la institución de la moción de censura constructiva.

⁷ Roxin, *op. cit.*, pág. 125.

Es obvio que este *vacío constitucional* ha influido en la legislación sobre el tema que nos ocupa y, más exactamente, sobre la *no-legiferación*, así, el código procesal penal (StPO, promulgado el 1 de febrero de 1877) y la Ley sobre el Ordenamiento Judicial (GVG, promulgada el 27 de enero de 1877) permanecen claramente, hoy todavía, no obstante las reformas, bajo el influjo de una elaboración conceptual retrógrada y autoritaria⁸. Es evidente que semejante contexto normativo determina el *status* y el papel de los fiscales.

Es necesario poner de relieve que, en lo que se refiere a la posición jurídica del fiscal, se puede constatar, desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental, una notable dicotomía, por lo demás bastante inusual en la cultura jurídica alemana, entre jurisprudencia y doctrina. En efecto, una doctrina muy autorizada señala la exigencia de una reforma de la estructura jerárquica de las fiscalías⁹. Y, en referencia al principio constitucional del estado de derecho, se sostiene la existencia de un mínimo de independencia del ministerio público gracias a una interpretación restrictiva, constitucionalmente adecuada, de las normas del código de procedimiento penal y de la ley sobre el ordenamiento judicial¹⁰.

De este modo, el primer problema que se plantea es el de la naturaleza jurídica del ministerio público. Parte de la doctrina ve en él un órgano del ordenamiento judicial, aplicando al mismo el concepto de poder judicial a los efectos del artículo 92 de la Ley Fundamental¹¹. En virtud de este planteamiento, la doctrina deduce la independencia del fiscal —asimilándolo a la categoría de juez— del artículo 97, 1º de la Ley Fundamental. Esta equiparación resulta rechazada no sólo por la jurisprudencia, sino también por la mayoría de la doctrina, dado que los artículos mencionados prevén que el poder judicial sea confiado únicamente a los jueces (*Richter*)¹². Para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria el ministerio público es un órgano de administración y tutela de la justicia *sui generis* (*Organ der Rechtspflege sui generis*) que forma parte del poder ejecutivo¹³.

De aquí se deriva la licitud de un estatuto rígido-jerárquico del ministerio público, tal como está previsto en el texto normativo¹⁴. En efecto, conforme a la ley sobre el ordenamiento judicial, cada fiscal está sujeto, según los §§ 146 y 147 GVG, al

poder de dirección e instrucción no sólo genérico sino específico, de su superior jerárquico¹⁵. Este puede ser tanto el fiscal jefe de la propia fiscalía (*Leiter der Staatsanwaltschaft*) como el fiscal general ante el Tribunal de apelación, o, en fin, el ministro de Justicia del *Land*¹⁶.

Es preciso recordar que en Alemania existe una bipartición de la administración de justicia. Esta, por regla general, es competencia de cada uno de los *Länder*, de manera que los fiscales ante los tribunales y ante los tribunales de apelación dependen del ministro de justicia del *Land*. Únicamente la Fiscalía Federal ante el Tribunal Federal de Casación depende de la administración federal y, por tanto, del ministro federal de Justicia¹⁷.

Hay que señalar que, como consecuencia de la articulación jerárquica, al amparo del § 145 GVG, el superior tiene, además, en cualquier momento de la investigación, el poder de avocación, es decir, de hacerse cargo de la misma, sustituyendo en ella al fiscal encargado¹⁸. Mientras el derecho de sustitución puede ser ejercido también por el ministro de Justicia, el de avocación compete únicamente a los superiores dentro el ministerio público¹⁹. Esto quiere decir que será el fiscal jefe del *Land*, o el de la República Federal el encargado de ejercer, eventualmente, por instrucción del ministro de Justicia, como último superior jerárquico *interno*, el derecho de avocación. De lo que se sigue, en conclusión, que el poder político puede influir en cualquier fase del proceso sobre el curso de la acción penal, tanto ordenando el archivo²⁰, como decidiendo las modalidades del trámite, sustituyendo a los fiscales encargados, o avocando las investigaciones.

Además, hay que tener en cuenta que el ejercicio de las aludidas decisiones del superior jerárquico no está sujeto a obligaciones formales, puesto que los mismos no deben ser motivadas ni documentadas²¹. Una instrucción oral, por ejemplo, sería absolutamente suficiente. Por otra parte, es necesario dejar constancia de que contra las decisiones del superior jerárquico no hay prevista tutela judicial²².

En vista de lo expuesto, la doctrina mayoritaria es favorable a la limitación de los poderes del superior jerárquico, sobre todo en consideración al hecho de que el principio de obligatoriedad de la acción penal conoce en Alemania numerosas excepciones²³. El

⁸ Lamprecht, *Wie transparent ist die Justiz?*, en ZRP, 93, págs. 372 y ss.

⁹ Lowe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, págs. 38 y ss.; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810; Wagner, *Der objektive Staatsanwalt - Idee und Wirklichkeit*, en JZ, 74, 320; Arndt, *Umstrittene Staatsanwaltschaft*, en NiW, 61, 1616; Roxin, *op. cit.*, pág. 51.

¹⁰ Roxin, *op. cit.*, págs. 48 y ss.; Fezer, *Strafprozessrecht*, I, Verlag C. H. Beck, Munich 1.ª edición 1986, pág. 28.

¹¹ Wagner, *Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte*, en NJW, 63, pág. 8; Henn, *Zum Ministeriellen Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft*, en DRIZ, 72, pág. 152.

¹² Roxin, *op. cit.*, pág. 48; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 37.

¹³ Roxin, *op. cit.*, pág. 48; Fezer, *op. cit.*, pág. 29; Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, págs. 1708 y ss.; Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia*, Il Mulino, Bologna 1992, pág. 56.

¹⁴ Roxin, *op. cit.*, pág. 48; Bader, *Staatsgewalt und Rechtspflege*, en JZ, 1956, pág. 4; Löwe-Rosenberg, *op. cit.* sub § 146 GVG, pág. 35.

¹⁵ Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, págs. 1718-1719; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810; Fezer, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

¹⁶ Fezer, *op. cit.*, págs. 27 y ss.; Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, 1718-1719.

¹⁷ Hay que señalar que la Fiscalía Federal es, a tenor de los artículos 142a y 120 del ordenamiento judicial, excepcionalmente competente para los delitos de terrorismo, espionaje, atentado contra la constitución, etc., o sea, únicamente para aquel tipo de delitos que lesionan los intereses institucionales de la República Federal Alemana en su totalidad.

¹⁸ Roxin, *op. cit.*, pág. 49; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 145 GVG, pág. 29.

¹⁹ Fezer, *op. cit.*, pág. 27; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1808.

²⁰ Obviamente, dentro de los límites de los §§ 258a, 344 StGB (código penal de la República Federal Alemana), que prohíben el favorecimiento personal en actos propios del oficio y el abuso de éste mediante una persecución indebida.

²¹ Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1809.

²² BGHZ 42, 170; Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, pág. 1719; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 35.

²³ Fezer, *op. cit.*, pág. 19; Roxin, *op. cit.*, pág. 76.

principio de obligatoriedad (*Legalitätsprinzip*), a diferencia del sistema italiano (véase el art. 112 de la Constitución), no está sancionado constitucionalmente, sino que se deduce del principio de igualdad (art. 3 *Grundgesetz*)²⁴. Tal principio, así obtenido, se pone en conflicto con el principio constitucional de proporcionalidad²⁵. De ello se sigue que el principio de obligatoriedad, tal como se encuentra previsto en el § 152, 2º del código procesal alemán, está delimitado por el principio de oportunidad (*Opportunitätsprinzip*, véanse los §§ 153 y siguientes StPO)²⁶, el cual a su vez es expresión del principio constitucional de proporcionalidad²⁷. Según el principio de oportunidad, cuando el delito sea considerado de escasa entidad y no exista un interés público en la acción penal, el fiscal puede pedir el archivo al juez competente o, en algunos casos, decidir el mismo el archivo²⁸.

En este punto hay que decir que los fiscales han archivado frecuentemente por propia decisión, en aplicación del principio de oportunidad, precisamente en aquellos casos en que se hallaban implicados personajes del mundo político y de las altas finanzas²⁹. Esto hace aún más comprensible la preocupación de la mayoría de la doctrina que teme en determinados casos una aplicación peligrosamente indulgente de las normas que regulan el archivo. La doctrina, en el intento de limitar la relación de subordinación del fiscal en el ejercicio de la acción penal, propugna a veces la tesis de la inexistencia de un vínculo jerárquico entre el ministro de Justicia y cada fiscal individualmente considerado, acogiendo el punto de vista que asimila la función del ministerio público al poder judicial, en cuanto órgano del ordenamiento judicial³⁰. En ocasiones se mantiene la tesis de los límites implícitos del derecho de emitir directivas e instrucciones, en atención a la naturaleza del ministerio público, en cuanto órgano *sui generis* de administración y tutela de la justicia, sujeto a los deberes de veracidad y justicia³¹. Otros exponentes de la doctrina son de la opinión de que, al menos en la fase de juicio oral, el fiscal deberá poder actuar según su propia convicción y conciencia, gozando de plena autonomía³².

Ahora bien, por más que pueda sentirse la exigencia de independencia del fiscal, el contexto normativo no presta base a las aludidas construcciones dogmáticas³³. Así, la jurisprudencia en la materia se ha atendido siempre a una interpretación tradicional de las disposiciones relativas al *status* y al papel del ministerio público³⁴.

Pero lo cierto es que las evidentes carencias del sistema vigente en Alemania en la cuestión del *status* y el papel del ministerio público, vista la imposibilidad de una solución interpretativa, han llevado a reclamar una reforma global de su estructura jerárquica³⁵. El proyecto ministerial de reforma de 1976, propuesto por el ministro federal de Justicia, preveía la introducción de una serie de garantías en favor del fiscal subalterno³⁶. Así, por ejemplo, en el § 146, 1º GVG del proyecto de ley se contempla que los fiscales tienen el derecho de ejercer sus propias funciones, en el ámbito de las directivas e instrucciones de sus superiores, de manera autónoma y bajo su personal responsabilidad³⁷. El § 146, 2º GVG del proyecto de ley introduce el deber de documentar por escrito las instrucciones impartidas por el superior a propósito de un procedimiento específico³⁸. Cuando por motivos de urgencia, las instrucciones aludidas tuvieran que ser impartidas de forma verbal, deberán ser confirmadas por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Además, el § 146a, 1º GVG del proyecto de ley sanciona el derecho del fiscal subalterno de no seguir las instrucciones relativas a un proceso específico, salvo en caso de urgencia, cuando dude de la licitud de la instrucción o esté convencido de su ilicitud³⁹. En fin, el § 146b, 1º GVG del proyecto de ley establece el principio de plena autonomía del fiscal durante el juicio oral⁴⁰.

De este modo se quiere al menos limitar el poder jerárquico interno y externo, es decir, del ejecutivo, aumentar la transparencia del funcionamiento del ministerio público y conferir así como reconocer mayor dignidad profesional y moral al fiscal, al menos en la fase del juicio oral⁴¹.

Parece oportuno al respecto poner de manifiesto que, aunque en relación a un modelo dogmático-institucional notablemente diferente, el proyecto de reforma, tomando en consideración la exigencia de una mayor independencia del ministerio público, prevé la introducción de garantías y mecanismos que recuerdan, por lo menos en su función de aportar mayor transparencia, algunas disposiciones del código procesal penal italiano. Véase, por ejemplo, el artículo 53, 1º de este último, que sanciona la plena autonomía del ministerio público en el ejercicio de su función durante el juicio oral, o bien el artículo 372, 1º del mismo texto legal, que prevé la obligación de motivar el decreto de avocación.

Hay que recordar también que la necesidad de una reforma del sistema jerárquico del ministerio fiscal en Alemania no ha sido advertida únicamente

²⁴ BVerfGE, 9, 223; Kelinknecht/Meyer, *op. cit.*, pág. 625; Roxin, *op. cit.*, pág. 76; Fezer, *op. cit.*, pág. 7.

²⁵ Fezer, *op. cit.*, pág. 8.

²⁶ Roxin, *op. cit.*, pág. 76.

²⁷ Fezer, *op. cit.*, pág. 8.

²⁸ Roxin, *op. cit.*: hay que recordar que, cuando el fiscal sea de la opinión de que el hecho no constituye delito o que no ha sido cometido, tendrá siempre la facultad de archivar por sí mismo el procedimiento, es decir, sin intervención alguna del juez.

²⁹ Véase al respecto la nota 1.

³⁰ Wagner, *op. cit.*, en NJW, 63, pág. 8.

³¹ Roxin, *op. cit.*, págs. 48 y ss.; Fezer, *op. cit.*, pág. 28.

³² Roxin, *op. cit.*, pág. 49; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 42.

³³ Fezer, *op. cit.*, pág. 29; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 37.

³⁴ Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, pág. 1719.

³⁵ Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 41; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1809.

³⁶ Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 145 GVG, pág. 41; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810.

³⁷ Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40.

³⁸ Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810.

³⁹ Véase al respecto nota 40. Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40.

⁴⁰ Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 41.

⁴¹ Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 42.

por la doctrina y los técnicos ministeriales, sino que la misma exigencia se ha visto respaldada durante la investigación parlamentaria del Land Baden-Württemberg⁴². Esta, en efecto, examinó las connivencias entre el ministro de Justicia y los funcionarios de la fiscalía, que a menudo decidieron el archivo de la acción penal en casos en los que se hallaban implicados personajes estrechamente ligados a miembros del gobierno⁴³. En el ámbito de esta investigación parlamentaria los representantes de la FDP, el partido liberal de la coalición gubernamental en Bonn, sostuvieron que las actividades de la fiscalía no resultaron ser conformes a las obligaciones impuestas por la ley⁴⁴, además lamentaron la existencia de un excesivo interés por parte del ministro de Justicia del *Land Baden-Württemberg* por las vicisitudes del desarrollo de la acción penal en relación con personajes influyentes en estrecha relación con

los representantes gubernamentales⁴⁵. Y concluyeron proponiendo que los fiscales puedan actuar de manera análoga a como lo hacen los jueces, es decir, con independencia y sin sujeción a instrucciones⁴⁶. De este modo se desvanecerían las sospechas de connivencias e ingerencias ilícitas. Por último, se sugirió una reforma con el fin de eliminar la actual estructura jerárquica de subordinación a instrucciones⁴⁷.

De lo que se ha expuesto cabe llegar a la conclusión de que el modelo de fiscal alemán, caracterizado por la estrecha dependencia jerárquica del ejecutivo, no parece idóneo ni para garantizar una actuación libre de influencias externas y por consiguiente imparcial, ni para asegurar la realización del precepto constitucional de igualdad frente a la ley.

(Traducción del italiano, de Perfecto ANDRES IBANEZ).

⁴² Véase al respecto el informe de la comisión parlamentaria de investigación, citado en nota 2.

⁴³ *Idem*, pág. 20.

⁴⁴ *Idem*, pág. 924.

⁴⁵ *Idem*, pág. 925.

⁴⁶ *Idem*, pág. 925.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 925.

Notas sobre el Consejo Superior de la Magistratura en Portugal

Orlando AFONSO

1. EVOLUCION HISTORICA

Durante el régimen dictatorial de Salazar/Caetano, o sea, durante la vigencia de la Constitución de 1933, el Poder Judicial era considerado como uno de los poderes soberanos del Estado; sin embargo su independencia era únicamente de naturaleza formal y material en atención a la inexistencia de intervención directa a nivel de la decisión. Mientras tanto, la magistratura dependía orgánica y económicamente del poder ejecutivo.

El artículo 71 de la Constitución de 1933 afirmaba que «La soberanía reside en la Nación y tiene como órganos al Jefe del Estado, la Asamblea Nacional, el Gobierno y los Tribunales.» En su artículo 119 la Constitución garantizaba la inamovilidad y el carácter vitalicio de los jueces, pero no disponía nada sobre su independencia. Era el Estatuto Judicial de entonces, Decreto-Ley n.º 44.278, de 14 de abril de 1962, el que en su artículo 111 decía que la magistratura judicial es independiente, consistiendo esa independencia en el hecho de ejercer el magistrado su función de juzgar según la ley, sin sujeción a órdenes o instrucciones... La materia no tenía, pues, consagración constitucional y su legislación ordinaria ni siquiera constituía reserva de competencia de la Asamblea Nacional. De este modo, la independencia material de la magistratura estaba sujeta a los dictámenes del legislador ordinario, existiendo, por otra parte, un vínculo orgánico con el ministro de Justicia según se podía inferir del Estatuto Judicial, que en su artículo 124 decía que «Los nombramientos, promociones y cualesquiera destinos de los magistrados judiciales son hechos por despacho del ministro de Justicia, en los términos de este estatuto...»

La fiscalización y la superintendencia administrativa y disciplinaria sobre los servicios judiciales, con exclusión de los del Ministerio Público, pertenecía al Consejo Superior Judicial, órgano superior jerárquico de toda la organización judicial, el cual repartía su competencia con otros órganos y entidades. (Artículo 399 del Estatuto).

El Consejo Superior Judicial (de acuerdo con el artículo 400 del Estatuto) estaba constituido por un presidente, un vicepresidente y tres vocales (presidentes de los Tribunales de Relación), todos ellos jueces consejeros nombrados por Decreto del ministro de Justicia. También formaba parte del Consejo un juez secretario, Juez de Primera Instancia nombrado por el ministro de Justicia en comisión permanente de servicio.

Sus atribuciones eran meramente informativas y consultivas del ministro de Justicia, encontrándose

toda su actividad subordinada directa o indirectamente al poder tutelar del Ejecutivo.

Con el restablecimiento de la democracia después del 25 de abril de 1974, el proceso de transformación del poder político en Portugal repercute a nivel del sistema judicial. Son consagrados constitucionalmente los principios de independencia de los tribunales y de autogobierno de la magistratura. El artículo 205 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 viene a decir que «Los tribunales son órganos de soberanía con competencia para administrar justicia en nombre del pueblo» y el artículo 208 dice que «Los tribunales son independientes y están sujetos únicamente a la ley.» Por su parte, el artículo 223 n.º 1º viene a afirmar que «La ley determina las reglas de composición del Consejo Superior de la Magistratura, el cual deberá incluir miembros elegidos por los jueces de entre sí.» Y el n.º 2 del mismo artículo, que «El nombramiento, destino, traslado y promoción de los jueces y el ejercicio de la acción disciplinaria competen al Consejo Superior de la Magistratura.»

El principio de independencia se establece, bien a nivel de la Constitución, bien a nivel de ley ordinaria, garantizado por los principios de inamovilidad y de no responsabilización de las decisiones, a no ser en los casos expresamente consignados en la ley.

La ley n.º 82/77 de 6 de diciembre (Ley Orgánica de los Tribunales) disponía en su artículo 3.º n.º 2 que la independencia de los tribunales judiciales se caracterizaba por el autogobierno de la magistratura judicial, por la inamovilidad e irresponsabilidad de los jueces y por la no sujeción de éstos a cualesquiera órdenes o instrucciones, salvo el deber de acatamiento de las decisiones pronunciadas en vía de recurso por los tribunales superiores.

Con la Ley n.º 38/87 de 23 de diciembre, la expresión «autogobierno de la magistratura judicial» dejó de existir, habiendo sido eliminada del artículo 3º n.º 2, cuya redacción dispone: «la independencia de los tribunales judiciales está garantizada por la existencia de un órgano exclusivo de gestión y disciplina de la magistratura judicial...».

Ese órgano de gestión y disciplina es el Consejo Superior de la Magistratura.

Autogobierno o gobierno de la magistratura no fue únicamente una modificación semántica; correspondió a una alteración de la composición constitucional del Consejo Superior de la Magistratura, que

dejó de contar con una mayoría de jueces para tener asiento en él una mayoría de miembros designados por el presidente de la República y por la Asamblea de la República (Parlamento).

La composición del Consejo Superior de la Magistratura evoluciona, pues, desde 1976 hasta el momento presente, así:

En su versión original la Constitución disponía, como dijimos, en el artículo 223 n.º 1.º, que competía a la ley ordinaria determinar las reglas de composición del Consejo Superior de la Magistratura, fijándose que éste debería incluir miembros elegidos por los jueces entre sí. El legislador constitucional de 1976 remitía, pues, al legislador ordinario la composición del Consejo.

Como resultado de la disposición constitucional, el Decreto-Ley n.º 926/76 de 31 de diciembre, en uso de una autorización legislativa, vino a aprobar la Ley Orgánica del Consejo Superior de la Magistratura, determinándose que éste estaría constituido solamente por magistrados, con una única excepción, la de cuatro funcionarios de la justicia, ya que éstos se encontraban entonces subordinados a su gestión y disciplina.

Con la llegada de la ley n.º 85/77 de 13 de diciembre, que aprobó el primer estatuto de los magistrados judiciales después de la Constitución de 1976, la composición del Consejo, incluyendo todavía una mayoría de magistrados, pasó a tener una fórmula mixta: jueces y miembros extraños a la judicatura (presidente de la República, proveedor de Justicia y cuatro personalidades designadas por la Asamblea de la República), según el artículo 140 del Estatuto de los Magistrados Judiciales, ley n.º 85/77, de 13 de diciembre.

2. REGIMEN ACTUAL

El actual texto constitucional, o sea, en su revisión de 1989, adoptó como esquema organizativo funcional la creación expresa de un órgano que, por eso mismo, tendría el estatuto de órgano constitucional, con especificación de su propia composición y con la denominación, ya anteriormente consagrada, de Consejo Superior de la Magistratura.

La Constitución supone un máximo de densidad normativo-constitucional del legislador.

Existe reserva de Constitución para la creación del órgano, la delimitación del ámbito subjetivo de su composición, la especificación de sus miembros y su modo de designación.

Así, el artículo 220 de la Constitución dice que el Consejo Superior de la Magistratura está presidido por el presidente del Tribunal Supremo de Justicia, y compuesto por:

Dos vocales designados por el presidente de la República, siendo magistrado judicial uno de ellos.

Siete vocales elegidos por la Asamblea de la República.

Siete jueces elegidos por sus pares en armonía con el principio de representación proporcional.

Por lo expuesto, se reitera que la composición del Consejo sufrió una rápida evolución conociendo tres fórmulas distintas: 1) Órgano compuesto exclusivamente por jueces, natos o elegidos. 2) Órgano de

composición mixta, de jueces y miembros extraños a la magistratura. 3) Y finalmente, la actual solución que reforzó la posición del componente extraño a la magistratura.

La actual composición del Consejo obedece a tres reglas: mayoría de miembros designados por el presidente de la República y por la Asamblea de la República, o sea, por los órganos de soberanía elegidos por sufragio popular, creándose de esta forma mecanismos de legitimación democrática del poder judicial y evitándose formas de autogestión corporativa de la magistratura; consagración de un autogobierno mitigado de la magistratura, traducido en la presencia de un número significativo de miembros elegidos por los propios jueces, de entre sí; entrega de la Presidencia del Consejo al presidente del Tribunal Supremo de Justicia, como manera de evitar, a través de esa unión personal de cargos, cualquier conflicto de legitimidad o de autoridad, y forma de reforzar la posición de los jueces del Tribunal Supremo dentro del Consejo.

En conclusión, podemos decir que el Consejo, en su composición tiene una mayoría de jueces (nueve de sus diecisiete miembros), y sin embargo, una minoría de jueces elegidos por sus pares (siete jueces elegidos).

Determina la ley (ley n.º 21/85, de 30 de julio, Estatuto de los Magistrados Judiciales) que los jueces sean elegidos por sufragio secreto y universal, según el principio de representación proporcional y el método de la media más alta, mediante la elaboración de listas respaldadas por un mínimo de veinte electores (artículo 139 n.º 2 y 141) habiendo en cada lista un juez del Tribunal Supremo, que será el vicepresidente del Consejo, dos jueces de Segunda Instancia (Tribunales de Relación) y cuatro jueces de Primera Instancia (uno por cada Distrito Judicial). Los vocales elegidos por la Asamblea de la República (Parlamento) son designados en los términos de la Constitución y del Reglamento de la Asamblea (artículo 139 n.º 1 del Estatuto).

3. COMPETENCIA

Dice el artículo 136 del Estatuto que el Consejo es un órgano de gestión y disciplina de la magistratura judicial, disponiendo el artículo 219 de la Constitución que el nombramiento, destino, traslado y promoción de los jueces y el ejercicio de la acción disciplinaria competen al Consejo, en los términos de la ley, salvo las garantías previstas en la Constitución, como son la independencia, la inamovilidad y la no responsabilización por sus decisiones.

De esta manera, compete al Consejo Superior de la Magistratura, entre otras funciones (artículo 149 del Estatuto):

- a) Nombrar, destinar, trasladar, promover, destituir, apreciar los méritos profesionales, ejercer la acción disciplinaria, y en general, practicar todos los actos de idéntica naturaleza atinentes a los magistrados judiciales, sin perjuicio de las disposiciones relativas a la provisión de cargos por vía electiva.
- b) Apreciar los méritos profesionales y ejercer la acción disciplinaria sobre los funcionarios de

la justicia, sin perjuicio de la competencia disciplinaria atribuida a los jueces.

- c) Emitir parecer sobre documentos legales relativos a la organización judicial y al Estatuto de los magistrados judiciales, y en general, sobre materias relativas a la administración de justicia.
- d) Estudiar y proponer al ministro de Justicia decisiones legislativas con vistas a la eficiencia y al perfeccionamiento de las instituciones judiciales.
- e) Elaborar el plan anual de inspecciones.
- f) Ordenar inspecciones, investigaciones y pesquisas a los servicios judiciales.
- g) Aprobar el reglamento interno y la propuesta de presupuesto relativos al Consejo.
- h) Adoptar las providencias necesarias para la organización y buena ejecución del proceso electoral.
- i) Alterar la distribución de procesos en los tribunales con más de una sala, a fin de asegurar la igualdad y operatividad de los servicios.
- j) Establecer prioridades en la tramitación de causas que se encuentren pendientes en los tribunales por un período considerado excesivo, sin perjuicio de los restantes procesos de carácter urgente.
- k) Fijar el número y composición de las secciones del Tribunal Supremo de Justicia y de los Tribunales de Relación.
- l) Ejercer las demás funciones conferidas por ley.

Este es el elenco de competencias estatutariamente fijadas, además de otras que numerosa legislación dispersa le comete, principalmente la que hace referencia a la parte final de las preparaciones para la magistratura judicial, o la que atañe a la designación de magistrados para integrar determinados órganos del Estado.

Las competencias del Consejo no están previstas constitucionalmente, cabiendo al legislador ordinario determinarlas por vía parlamentaria con mayoría relativa, lo que no nos parece correcto ya que toda la materia estatutaria, como es el caso, debería tener que ser aprobada por mayoría cualificada evitándose que tan importantes atribuciones puedan depender de una mayoría simple parlamentaria (o sea, de una mayoría simple de partido).

Hemos descrito de forma sucinta la naturaleza, composición y atribuciones del Consejo. Pasemos ahora al análisis de algunos problemas suscitados en torno a él.

4. PROBLEMAS ACTUALES, EXTERNOS E INTERNOS

El tema del Consejo, de su composición, de sus poderes, de sus atribuciones, de sus relaciones (incluso las de toda la magistratura judicial) con los demás poderes del Estado y de la sociedad portuguesa, ha adquirido particular actualidad.

Motivo de polémicas y debates, polo de intereses de políticos, de jueces y de periodistas, ha sido llevado al centro de una disputa más amplia y que se reconduce al control del poder judicial.

Si bien es verdad que muchas fuerzas políticas y sociales han colocado correctamente el debate sobre la esencia del Consejo y de la magistratura en general, en el marco político-constitucional de uno de los poderes del Estado y en el de su importancia en el ordenamiento democrático, tenemos, con todo, que registrar que la polémica levantada en estos dos o tres últimos años, sobre todo por el Poder Ejecutivo, se ha limitado a pretender justificar las tentativas de reducir la composición y los «poderes» del Consejo, a fin de mantenerlo tan sólo como órgano de mera administración, aunque se conceda que sea de «alta administración».

Así, en una primera fase, por vía legislativa, el Gobierno pretendió alterar la forma de elección de los jueces vocales del Consejo. Se quiso sustituir el sistema electoral universal (por todos los jueces del país) por un sistema de elección por estratos o categorías de jueces, según el cual cada una de las instancias y el Tribunal Supremo elegirían respectivamente sus jueces. Este tipo de elección estratificada fraccionaría en el seno del Consejo el peso específico de los jueces elegidos por sus iguales, dividiéndolos en tres cuerpos distintos (Primera y Segunda Instancias y Tribunal Supremo) permitiendo un mayor juego a las influencias externas. La corporativización a nivel de cada instancia era patente y la jerarquización manifiesta. El sistema de aislar en pequeños núcleos a los miembros del Consejo abría las puertas a la monocefalia (en la persona de su presidente o vicepresidente) y a su total opacidad.

La solución defendida por el ejecutivo era absolutamente inconstitucional. Eso mismo vino a ser declarado por el Tribunal Constitucional, que rechazó el texto inviabilizando su promulgación. En verdad la composición del Consejo según el documento que se analiza violaba frontalmente dos principios constitucionales: el de que los jueces forman un cuerpo único (y no tres estratos) y el de que el método electivo debe operar de acuerdo con el sistema de representación proporcional (lo que obliga a integrar en cada una de las listas presentadas a la elección, a jueces de todas las instancias).

En una segunda fase, después de este desaire legislativo, vino el partido del Gobierno (y nuevamente por iniciativa del Ejecutivo) a proponer, en sede de revisión constitucional, la alteración completa de la denominación y composición del Consejo, estableciéndose, en su sustitución, un Consejo Superior Judicial (que englobaría al Consejo Superior de la Magistratura y al Consejo Superior del Ministerio Público) compuesto por personalidades extrañas a las magistraturas, sin magistrados elegidos por sus pares, sino designados por inherencia con otros cargos, a los que se sumarían miembros designados por el Parlamento (no magistrados).

La composición de este nuevo tipo de Consejo obedecería, en suma, a las siguientes reglas: a) unificación de las magistraturas; b) postergación del principio electoral para el cuerpo de magistrados con asiento en el Consejo; c) control externo y extraño a las magistraturas; d) subordinación jerárquica (ausencia de primera instancia), y e) partidismo. En el fondo se intentaba crear de esta forma un Consejo de compromisos: en los planos de la política judicial,

de la gestión de los tribunales, de las inspecciones y la apreciación de méritos, del disciplinario, de los acuerdos con el Ejecutivo, de los accesos a la carrera...

El proyecto mereció críticas por parte de ambas magistraturas y de amplios sectores de la abogacía, que una vez más veían en él la tentativa de un nítido control del poder judicial.

No habiéndose materializado la revisión constitucional, otra vez vio el Gobierno fracasar la tan deseada alteración del Consejo, si bien la viabilidad del proyecto se encontraba de salida comprometida frente a la expresa toma de posición por los partidos de la oposición (secundados por el apoyo doctrinal de notables constitucionalistas) que desde el comienzo se habían mostrado contrarios a las pretensiones del Ejecutivo en esta materia.

Al invocar, los pocos defensores del nuevo modelo de Consejo, como fundamentos para la modificación, una mayor transparencia en la forma de selección de los miembros del Consejo, ausencia de criterios corporativistas, mayor legitimación democrática del órgano, entre otros, incidían, de cara al texto propuesto, en una inevitable *contradictio in terminis*.

En el fondo, simplemente y sin metafísica la cuestión era solamente una: «es preciso controlar a las magistraturas, y controlarlas a través de un órgano que no sea su corifeo».

Es evidente que esta cuestión nos conduce a otra: «¿Quién teme a Virginia Woolf? ¿Y por qué razones?»

Es evidente, también, que cualquier debate sobre el redimensionamiento de la composición, del posicionamiento y de los poderes del Consejo puede conducir a la discusión sobre la independencia de la magistratura que muchas veces se intenta reducir, cuando no eliminar, no a nivel de los grandes principios constitucionales (ampliamente consagrados y pregonados), sino a nivel de la creación de mecanismos legales que vacían el concepto de independencia o que vuelven inoperante al Poder Judicial.

Y la cuestión ahora suscitada es tanto más importante cuanto lo es la atención que los ciudadanos prestan, ya a la justicia-institución, ya a la justicia-función. Y esa atención tiene que ver, por un lado, con la necesidad de disponer en el aparato del Estado de un poder que resuelva eficazmente sus conflictos de intereses y por otro, resulta de la necesidad que tiene cualquier hombre de ver, día a día, reconocida la justicia como valor fundamental del derecho, confrontándose, coherentemente, la legitimidad jurídica por esa pauta axiológica, y teniendo en consideración que el Estado de Derecho tiene que ser un verdadero Estado de Justicia.

Porque «hacer justicia» tiene un significado mucho más profundo que el de la simple aplicación automática de la ley, y es que la función de juzgar no puede ser reducida a una *legis dictio* silogística pronunciada por un funcionario de justicia.

Hacer justicia implica la existencia de alguien investido de la función de juzgar: un tercero en relación al litigio a resolver y en relación a las partes,

consecuentemente imparcial, que diga el Derecho, que es mucho más que decir la ley.

Hacer justicia implica, pues, la existencia de un Poder Judicial independiente.

Independiente para que pueda con imparcialidad, entre otras funciones, controlar la legalidad de los actos de la Administración y la legitimidad constitucional de los actos de los Poderes Legislativo o Ejecutivo en cuanto órganos legiferantes.

Independiente para que pueda ser el garante de los derechos humanos, para que pueda ser el garante de las libertades de los ciudadanos, protegiéndoles del poder arbitrario, o sea, del poder cuya legitimidad no se fundamenta en la ley.

Porque la independencia del Poder Judicial puede colocar en crisis, y efectivamente ha colocado en ella a sectores de la vida política que no podrán ya ejercer su control sobre él, no es de admirar que en la actualidad (con miedo a Virginia Woolf) se vuelva a cuestionar por un lado la legitimidad y la independencia de la magistratura, y por otro, al órgano que debe ser su garante, el Consejo Superior de la Magistratura.

La experiencia ha demostrado que el Consejo Superior de la Magistratura en Portugal, compuesto en los términos constitucionales hoy en vigor, ha colocado al gobierno de la judicatura, por un lado, fuera del control del Ejecutivo, y evitado, por otro, el «autogobierno de los jueces» mediante un cierto grado de coordinación con la representación de la soberanía popular.

Este modelo ha permitido a los jueces ejercer sus competencias constitucionales y legales independientemente de la voluntad política de aquéllos que en determinada coyuntura puedan tener la mayoría. El modelo constitucionalmente previsto ha funcionado como una composición democrática que permite no solamente la representación del cuerpo judicial, sino también la de la voluntad popular expresada por el Parlamento y el presidente de la República, sin que, con todo, haya concesión alguna al juego de las mayorías parlamentarias.

No basta, sin embargo, que el Consejo tenga una composición y una forma de selección de sus miembros estructuradas en bases democráticas. Es preciso que el Consejo sea eficaz, detente poderes y medios necesarios para su gestión, posea peso institucional en materia de política judicial, tenga autonomía administrativa y financiera, sea órgano garante de la independencia y no medio de limitación de ésta.

Y en este particular, debemos reconocer que siempre es difícil conjugar la posición y los poderes del Consejo con la independencia de la magistratura.

Esta independencia, así como la del magistrado, de la cual el Consejo debe ser el garante, transfiere hoy a este órgano dificultades acrecentadas ante un juez llamado a desempeñar un papel mucho más creativo en la interpretación de la ley.

Nos encontramos ante un pluralismo jurisdiccional correlativo a un pluralismo social y referenciado por valores constitucionales a los cuales el juez se lla-

ma en el ejercicio de su jurisdicción. Esta nueva forma de «decir el derecho» produce indudablemente una menor certeza en el derecho pronunciado, una menor uniformidad en la jurisdicción y una nueva concepción de la legalidad, pero necesariamente produce también, en nuestra opinión, una mayor justicia: de hecho, la experiencia ha demostrado como, a través de la referencia a los valores constitucionales, los jueces han venido a intervenir en nuevas áreas del derecho antes intocadas, como son la defensa de los derechos de los ciudadanos o de los llamados derechos difusos.

Todo esto debe proporcionar a un órgano como el Consejo, problemas de coordinación a fin de que las diversidades y los contrastes jurisprudenciales no produzcan en los ciudadanos desconfianza hacia los jueces y su actividad. Sin embargo, surge otro problema: ¿Cómo realizar tal finalidad sin interferir en la actividad judicial?

Toda esta problemática transporta a nuevos planos las competencias a atribuir al Consejo.

Competencia para la gestión de la formación y actualización cultural de los magistrados, proporcionándoles espacios de intercambio de experiencias y de confrontación de los diversos modos de interpretación de las normas llamados a aplicar.

Competencia para la selección de los candidatos a la magistratura judicial, dedicando especial atención a su formación.

Competencia para la homogeneización de los actos procesales y de los estilos forenses a fin de evitar tratamientos diferenciados al público en los distintos tribunales.

Así como exigir de sus miembros una particular atención a las evoluciones sociales y políticas y un esfuerzo continuado de actualización y de adaptación a las nuevas situaciones.

Pero el Consejo no sólo se ve confrontado con el nuevo papel que los jueces son llamados a desempeñar en las modernas sociedades democráticas y con los desafíos que les son presentados por las nuevas concepciones de los actuales Estados de Derecho, donde a nivel decisorio, las exigencias de

creatividad e innovación se sobreponen a veces a la mera subsunción.

Hoy el Consejo rige un cuadro de jueces social y culturalmente heterogéneo, encuadrados en su mayor parte en familias nucleares (donde ambos cónyuges trabajan), con una compenetración cultural urbana, y modelo de valores diferenciados.

Esta realidad acarrea nuevas dificultades: a) dificultades de movimiento y destino de los magistrados; b) dificultades de repartos acumulativos de servicios; c) dificultades de homogeneización de los procedimientos; d) dificultades de apreciación de los méritos...

Para éstas y otras cuestiones no está preparado el Consejo sin una profunda remodelación orgánica interna, que pasa necesariamente por la atribución y distribución a cada uno de sus miembros, de funciones específicas (distribución por ramos), por la creación de un cuerpo consultivo con especialistas en varias áreas, desde la sociología al derecho, la economía, la informática, etc.; por la creación de una sección con competencias para la valoración de los méritos y para la disciplina: ésta última precisa ser revisada.

Sería interesante hacer un informe crítico sobre las características fundamentales del Consejo Superior de la Magistratura, de su independencia frente a los otros poderes, de sus relaciones con el Ministerio de Justicia, con el presidente de la República y con la Asamblea de la República; de sus relaciones con los jueces.

Cada uno de estos asuntos por sí solo da para un artículo y ni el tiempo ni el espacio permiten mayores desarrollos.

Espero haber dado una panorámica actualizada y crítica, aunque superficial, del Consejo Superior de la Magistratura y de los problemas relacionados con aquél y con ésta.

(Traducción de Carlos LOPEZ KELLER).

El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces

Oscar CORREAS

La expresión «derecho indígena» puede tener distintos sentidos. Para nosotros, exclusivamente en este trabajo, será el conjunto de textos que contienen normas efectivas en comunidades que mantienen, en grado variable, elementos culturales indígenas. Parece que, conforme con las informaciones de que disponemos, provenientes de los antropólogos, no existen ya, prácticamente, sistemas «indígenas», sino conjuntos normativos en los que conviven normas precoloniales, coloniales y modernas. No obstante, dentro de los límites de estas líneas, la expresión «derecho indígena» es apropiada.

La preocupación que intentamos desarrollar tiene como centro la siguiente pregunta: ¿por qué el estado, esto es, el sistema jurídico hegemónico, no consigue aceptar la presencia de otros sistemas jurídicos alternativos eficaces, por más declaraciones que se hagan en favor de la legitimidad del reclamo indígena de respeto a sus normas? ¿Por qué los jueces son tan reacios a aplicar las normas efectivamente existentes en las comunidades indígenas?

I. DE LA EXISTENCIA DE SISTEMAS JURIDICOS Y DE LA CULTURA DE LOS JURISTAS

Kelsen lo ha dicho muchas veces, y parece haber sido aceptado por la teoría jurídica contemporánea: un sistema jurídico existe cuando es eficaz. Y lo es cuando la mayor parte de las normas que lo integran, la mayoría de las veces, son efectivas. Un sistema eficaz es válido. Y las normas que lo integran son válidas precisamente porque pertenecen a un sistema válido, que lo es por ser eficaz.¹

Se presume que una norma es válida tan sólo cuando el sistema de normas, es decir, el orden al que pertenece esa norma, tiene realidad en los hechos hasta cierto grado; esto es, si las normas de ese orden son observadas en conjunto y por lo general.²

Esto remite al problema de la existencia —que para Kelsen es lo mismo que *validez*— de las normas. ¿Cuándo puede decirse que una norma existe? Se han dado varias respuestas.

Para algunos una norma existe cuando es vivida como obligatoria por los jueces. Esto remite a la ideología de los funcionarios encargados de aplicar

normas. Para otros una norma existe cuando es efectivamente aplicada por esos funcionarios. Los puntos de contacto entre estas dos posiciones son fáciles de ver. En efecto, si los funcionarios las aplican, es porque las viven como obligatorias. De cualquier manera sí se percibe la diferencia: para unos se trata de la ideología de los funcionarios, para otros de su conducta.

Para Kelsen, las normas son válidas si cumplen estos requisitos: haber sido producidas conforme con una norma superior, ser efectivas en cierto grado y pertenecer a un sistema válido —que lo es por ser eficaz.

Puede verse que para la TGD, en cualquiera de estas variantes, que son las más prestigiosas, la existencia de las normas depende de su efectividad. O, dicho de otra manera, no hay normas que no sean efectivas al menos en un grado políticamente significativo.

Este problema es el conocido como *validez del derecho*. La pregunta es: ¿cuáles son las normas válidas? Y la respuesta de la TGD es: las que son efectivas (además de haber sido producidas conforme con la constitución, al menos según Kelsen). Y ¿qué quiere decir que son válidas? Esta es una cuestión debatida. Para algunos, como Ross, el concepto de validez le sobra a la teoría jurídica. No cumple ningún papel. Lo que interesa saber es cuáles normas se aplicarán y no otra cosa, a la que parecería referirse la palabra «validez». Para Kelsen, que una norma es válida quiere decir que *debe* ser aplicada. Y precisamente éste es nuestro problema: ¿Cuáles normas *deben ser* las aplicadas cuando hay conflicto entre las del sistema indígena y el sistema dominante del estado mexicano? Obsérvese que quienes descartan la necesidad de hablar de validez no pueden responder a este problema; sólo pueden contestar a la pregunta ¿cuál es el derecho que se aplica? Pero no a la pregunta ¿cuál es el derecho que *debe* aplicarse? Puede, ciertamente, decirse que este último problema no es científico sino político. Que al jurista no le interesa lo que el derecho *debe ser*, sino lo que es. De alguna manera esta objeción es razonable. Pero a nosotros no nos interesa si el problema que planteamos no es científico y «cae» en la política. Lo que nos interesa es la defensa del derecho de los indígenas a aplicar sus propias normas.

¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, págs. 201 y ss., en especial pág. 224.

² Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, FCE, pág. 93.

³ Véase Ross, Alf, *Sobre el derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1974, págs. 29 y ss., Pattaro, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1985, págs. 230 y ss.

Entonces, si la teoría dice que las normas que *deben* aplicarse son las que realmente se aplican, las efectivas, y no, por caso, las pretensiones del legislador que nunca llegan a tener efectividad, ¿por qué los funcionarios del estado dominante, en caso de conflicto, aplican las normas que no son efectivas en la comunidad indígena? ¿Se trata de que la teoría no sirve? ¿Se trata de que los jueces no saben la teoría del derecho? ¿Se trata de que se rebelan contra ella? ¿Se trata de que tienen consigna de resolver a favor de la validez del sistema hegemónico aun en contra de la teoría jurídica?

La TGD ha arribado a las conclusiones que hemos visto, adviértase, *en contra* de la ideología corriente entre los juristas formados en nuestras escuelas de derecho. En efecto, lo que se nos enseña es que el derecho vigente, el que se *debe* aplicar, es el producido por el gobierno. El que está expresado en las leyes escritas, en los códigos, en las recopilaciones publicadas por las editoriales comerciales, que son las que se usan en clase. Nunca, en las clases dogmáticas, se nos dice que los teóricos del derecho afirman otra cosa distinta. Es fácil ver porqué: las escuelas de derecho están al servicio del poder y a éste le conviene que los funcionarios encargados de decir qué es derecho y qué no lo es, digan que lo es el que el gobierno quiere que sea. Y ésta es la razón por la cual los funcionarios, educados en esas escuelas de derecho, consideran «válidas» las normas dictadas por el poder al margen de cualquier especulación de la teoría jurídica. Con tales funcionarios, cada vez que haya colisión entre ambos sistemas jurídicos, triunfará el dominante (que lo es precisamente porque esos funcionarios le prestan su apoyo y la fuerza de que disponen).

II. EL RECONOCIMIENTO DE SISTEMAS JURIDICOS Y EL DERECHO INDIGENA

Las normas son válidas, o existen, cuando pertenecen a un sistema que es eficaz. Nadie se propondría siquiera el problema de saber si las normas del derecho romano son válidas: el sistema al que pertenecían no tiene ninguna eficacia. Pero ¿qué es lo que hace que un conjunto de normas sea ese «conjunto», es decir, un *sistema*?

Como se sabe, la teoría jurídica ha respondido diciendo que constituyen un sistema todas las normas que pueden ser reconocidas por el uso de ciertas reglas, que, a su vez, son aceptadas sin que tengan que ser reconocidas por uso de otras reglas superiores.

En las comunidades indígenas, pero también en otras cuyos integrantes son mestizos o blancos, sucede el mismo fenómeno: sus miembros reconocen las normas que deben obedecer a partir de ciertas operaciones ideológicas aprendidas. Y saben perfectamente cuáles son sus normas y cuáles las que pretenden ser impuestas desde el exterior, desde el estado dominante.

Pues bien, tales comunidades, con todo derecho, ven al sistema dominante como nosotros vemos al sistema estadounidense. Y les produce la misma reacción que a nosotros el intento de sernos aplicadas normas extranjeras. Difícilmente haya quien de-

fienda la acción del gobierno estadounidense en el caso del médico secuestrado en territorio mexicano y juzgado ante tribunales de aquél país. Estados Unidos, en cambio, defendió la aplicación extraterritorial de su legislación. Pues bien, los indígenas están tan indignados con la aplicación de normas extrañas como nosotros lo estamos con exactamente la misma pretensión estadounidense.

Lo que no estamos acostumbrados a considerar, es que existen, en varios países latinoamericanos, muchos sistemas jurídicos; no uno solo. Aun cuando los sistemas conocidos como *Estados Unidos Mexicanos* o *República Mexicana* o *República Guatemala* o *República del Ecuador*, sean los dominantes, los hegemónicos, los más poderosos, no son los únicos. Lo cierto es que sus normas no son efectivas en un gran número de comunidades indígenas. Y por ello constituyen comunidades jurídicas como la nuestra, con el mismo derecho a existir y a resistir las pretensiones extranjeras. No es posible seguirlo negando: si un sistema jurídico existe porque es eficaz, y lo es porque sus normas son efectivas, entonces las comunidades indígenas constituyen sistemas jurídicos. Y, extremando las cosas, si, como dice Kelsen, el estado no es otra cosa que el orden jurídico, tenemos que el pluralismo jurídico implica pluralismo estatal. Hay varios estados en el territorio que reivindicán esos estados, aun cuando uno de ellos sea el hegemónico.

Bien, pero ¿por qué eso es tan difícil de aceptar? Y, como consecuencia, ¿por qué es imposible que los funcionarios entiendan que si las normas válidas son las efectivas, si son efectivas las del derecho indígena y no las del dominante, entonces las que *deben* aplicar son las del primero y no las del segundo?

III. EL PODER Y LA CULTURA JURIDICA

No estamos acostumbrados, los juristas, a considerar suficientemente la contribución que nuestra cultura y nuestra ciencia hacen al ejercicio del poder. Y no estamos acostumbrados, precisamente porque nuestra cultura consiste en la elisión del problema del poder en el entrenamiento «científico» adquirido en la facultad de derecho.

1. El positivismo jurídico y la validez de las normas jurídicas

Es más o menos común oír que el positivismo jurídico sostiene que las normas son válidas por el solo hecho de haber sido producidas por un funcionario autorizado por una norma superior, y siempre que haya seguido el procedimiento establecido por la constitución para la creación de normas. Esto no es así. La TGD no sostiene eso como hemos visto.

Y si alguien pretende que con esto se entrega el reconocimiento de las normas jurídicas en brazos de la *Sociología Jurídica*, hay que decir que en efecto así es: el reconocimiento de una norma como jurídica depende del reconocimiento del sistema al que pertenece como eficaz, lo cual a su vez requiere, para su comprobación, de alguna forma de observación sociológica. Es decir: un científico del dere-

cho reconoce una norma como jurídica, porque reconoce como eficaz el sistema al que pertenece esa norma.

2. Jurista interno y jurista externo

Ahora bien, ese jurista puede actuar como el antropólogo (le llamaremos aquí jurista «externo») que no cumple una función social en la comunidad observada, o bien puede actuar como lo hacen los juristas («internos») en la sociedad contemporánea en tanto que profesionales del reconocimiento del derecho que «debe» aplicarse. Cuando actúa como esto último, el jurista interno, al reconocer una norma como válida, esto es, como debiendo ser aplicada bajo amenaza de sanción si así no sucede, reconoce la legitimidad de la autoridad del funcionario que la dictó y le presta el apoyo de su ciencia cuya objetividad, en tal caso, queda comprometida.

El jurista interno reconoce esa autoridad utilizando reglas de reconocimiento que le son inculcadas en el momento de su formación como tal profesional. Esas reglas no coinciden necesariamente con las que utiliza el jurista externo. La formación, académica, del jurista, constituye su cultura jurídica.

Pero también existe un jurista interno del sistema indígena, que es el encargado de decir cuáles son las normas aplicables, y, frecuentemente, aplicarlas fundando en ellas una resolución. La formación, no académica, del funcionario del sistema indígena, constituye, también, su cultura jurídica. Los juristas externos de este sistema son los antropólogos y, en menor medida, los sociólogos.

Ambos juristas, el interno y el externo, tienen distinta función social. El interno forma parte del fenómeno que describe puesto que el sistema jurídico es eficaz, entre otras cosas, porque precisamente el conjunto de esos juristas cumple la función social de decir cuáles son las normas válidas, con lo cual las hace eficaces y por lo tanto *produce* la condición de la validez que proclama. Puede decirse que el discurso jurídico tiene el efecto performativo de la construcción de la eficacia del sistema normativo. En cambio el jurista externo tiene como objeto de observación a todos los elementos que constituyen la eficacia del sistema, entre los cuales está la práctica de los juristas internos.

3. La función de la teoría y la ciencia jurídicas

Otra cosa que es necesario tener cuidadosamente en cuenta, es que la TGD puede bifurcarse en dos tendencias: la de quienes pretenden que la teoría solamente proporciona conceptos para describir normas y no proporciona en cambio consejos para aceptar normas, y la de quienes aceptan como posible que una teoría proporcione, no sólo conceptos para describir objetivamente las normas válidas, sino también elementos para aceptar normas. La primera sería la postura de quienes pensarán que la ciencia jurídica es una que realizan sólo los juristas externos, mientras que la segunda sería la de quienes pensarán que es una ciencia para ser practicada por los juristas internos.

Es decir, esta teoría podría suponer que quien la usa para describir normas, lo hace desde un punto de vista «externo», desde «fuera» del sistema jurídico, o bien podría suponer que quien la usa lo hace para practicar el derecho con el objetivo de lograr la producción de ciertas y no otras resoluciones por parte de los encargados de producirlas. Esta teoría trataría, según la primera posición, de explicar cómo actúan los que reconocen las normas y, en su caso, criticar su método. Según la otra posición, la teoría serviría para decirles cómo *deben* hacer para reconocerlas o aplicarlas.

Y si se preguntara a esta teoría porqué los juristas reconocen las normas que dicta el estado y no, por ejemplo, las de comunidades indígenas (pero vale lo mismo para cualquier forma no estatal o para-estatal de grupos), la teoría se vería obligada a contestar diciendo que los juristas son educados para ello. La educación que reciben esos juristas constituye, precisamente, uno de los elementos de la eficacia del sistema en su conjunto. Lo que los juristas hacen es, al reconocerlo, darle eficacia a ese sistema por encima de cualquier otro. Porque si ningún jurista, ningún profesor de derecho reconociera, ninguna facultad de derecho enseñara a reconocer, como derecho, a las normas producidas por funcionarios en violación de las normas de las comunidades indígenas, ¿cómo justificarían esos funcionarios su actividad violatoria de esas normas? Obsérvese que si los miembros de la Suprema Corte hubieran sido educados en reconocer como derecho las normas producidas por las comunidades de base, la única manera de someter a éstas, sin el apoyo ideológico que le prestan esos jueces, sería la fuerza antijurídica, ilegítima. Póngase de esta manera: si ningún jurista aceptara jamás ser juez o funcionario de un gobierno dictatorial ¿cómo se las arreglarían los dictadores para gobernar un estado moderno? Es decir, la actividad de los juristas internos *constituye* la eficacia del sistema jurídico de cuyas normas dicen que son válidas.

Dicho de otra manera: para ejercer el poder, para constituirse en grupo hegemónico, es necesario lograr la efectividad de las normas que se dictan, y por tanto la eficacia generalizada del sistema normativo que legitima el poder de quien produce esas normas. La eficacia propia del sistema jurídico consiste en la permanencia del grupo dominante como tal grupo que domina. Pero para ello, precisa hacer efectivas las normas que integran ese sistema. Lo cual obliga a disponer de un cuerpo de funcionarios dedicados a hacer efectivas las normas y eficaz el sistema. Y las normas son efectivas porque son aplicadas por esos funcionarios. Pero para que éstos las apliquen deben saber reconocerlas e «interpretarlas» conforme resulta funcional para la eficacia del sistema. Y «saber» reconocerlas implica una cultura específica que debe ser producida a través de una educación especializada. Esto es lo que sucede en la facultad de derecho: la introyección de una cultura y el aprendizaje de una técnica interpretativa. Sin ello no hay efectividad de normas y por tanto eficacia del sistema; sin lo cual, a su vez, no hay permanencia en el poder.

La función de la ciencia jurídica pasa desapercibida porque hay dos actos lingüísticos de reconoci-

miento del derecho. El primero sucede cuando un funcionario obedece una norma dictada por su superior; en ese momento produce un acto lingüístico —que puede o no ser seguido de una acción visible— que le otorga a la misma su efectividad. Por ejemplo, esto sucede cuando un juez tiene por válida una norma y la *usa* para fundar una sentencia. Ese *uso* de la norma por el funcionario autorizado por ella misma, es uno de los muchos actos de obediencia que le otorgan efectividad a esa norma.

El segundo acto lingüístico sucede cuando el científico del derecho produce el reconocimiento de esa norma como válida porque la observa eficaz. Por ejemplo, esto sucede cuando un profesor de Derecho Civil, que conoce y acepta la TGD, enseña cuáles son las normas que integran el código vigente. Y sabe cuáles son esas normas porque sabe que son efectivas conforme con su experiencia, y sabe, por otra parte, que el sistema jurídico al que corresponde el código es un sistema eficaz. Si sólo observara la producción de un discurso normativo pero no su obediencia, diría que la norma no es válida por inefectiva. (Obsérvese que nos colocamos en el supuesto de que el jurista conoce y aplica la TGD; lo cual no corresponde con nuestra experiencia: sabemos que la mayoría de los juristas, ni conocen ni aplican la TGD). La TGD habría sido utilizada en el segundo discurso; no en el primero. El primero es *objeto* de la ciencia fundada en esa teoría. En efecto, la mal llamada «ciencia» jurídica, la que practica el juez o el abogado, es un discurso que es estudiado por la TGD y que, además, *debería* sujetarse a los cánones propuestos por la teoría. Y puesto que en realidad no lo hace, decimos que es una *pseudociencia*. Puede observarse desde ahora el asunto al que le apuntamos: la llamada ciencia jurídica, la que practica el jurista interno común, es lo que le permite reconocer las normas que usa; pero esa pseudociencia que posee, no es otra cosa que la cultura jurídica aprendida en la facultad de derecho.

4. La cultura jurídica y la facultad de derecho

Obviamente, esta teoría, la que aquí reseñamos, no es la que se enseña en las escuelas de derecho. Lo que allí se enseña es que las normas valen porque se dictan conforme con la constitución. Lo cual, obviamente, es lo que quiere el poder: que una capa social especialmente entrenada, diga que debe obedecerse *como derecho*, lo que el poder quiere que se haga. Por lo tanto, una comunidad indígena que tiene la mala suerte de haber quedado incluida en algún estado «constitucionalizado», debe regirse por las normas de esa constitución, aún cuando ésta haya sido producida precisamente en violación de todas sus normas y precisamente como consecuencia de su conquista violenta.

Obsérvese que si se enseñara la TGD, y ésta sostiene que las normas válidas, esto es, las que deben aplicarse, son las efectivas, entonces, dentro de la comunidad indígena, las normas que deberían aplicarse, tenerse como válidas, deberían ser las del sistema indígena y no las del estado u orden jurídico dominante.

La cultura aprendida en la facultad de derecho

contiene dos elementos de distinto grado de diafanidad, si se me permite la expresión. Es claro, diáfano, que se aprende una técnica hermenéutica. Pero no es tan claro que se introyecta una cultura estatista y monista.

En el conjunto de los discursos circulantes en la facultad de derecho, está siempre supuesto que existe el estado y que, además, éste es uno, indivisible, soberano. La unidad del estado es supuesta en los cursos de Filosofía o Ciencia Política que se imparten no en todas las escuelas. Aunque, de todos modos, la enseñanza dogmática, no es rozada por algunos cursos filosóficos o sociológicos. Es notable que en el aprendizaje del derecho civil, comercial, laboral, administrativo o constitucional, no se incorpora expresamente ninguna teoría jurídica. Si algún profesor tiene veleidades teóricas, tal vez comience el curso con una introducción sociofilosófica. Pero luego, en la explicación dogmática de la ley, todo se resuelve en la lectura e interpretación de los textos, dando por supuesto que existe un estado, único, que soberanamente produjo tales textos.

Es decir, la cultura estatista es introyectada subrepticamente; no es teorizada; no es expresa; es que la tarea misma de interpretación de la ley supone lo que criticamos: que existe un solo estado y que él produce un solo sistema jurídico. Esto sucede porque al leer un texto e identificar en él una norma, por el solo hecho de declarar que hay allí una norma, se produce un acto lingüístico de reconocimiento de la autoridad que lo produjo. Y como esa autoridad es la misma que resulta celebrada por esta técnica de reconocimiento, y como esa autoridad se presenta como única, el declararla como autoridad implica hacerla única. En esta trampa del lenguaje se encuentra la cultura estatista y monista.

Se comprende entonces que los juristas así educados, están pertrechados para desconocer la pluriculturalidad jurídica y el pluralismo jurídico. Y se comprende el eminente servicio que la cultura jurídica rinde al poder.

IV. LA CIENCIA JURIDICA Y LA EFICACIA DEL SISTEMA NORMATIVO

Conviene repetir que la ciencia jurídica es parte del fenómeno que dice estudiar. Y por tanto no es, en realidad, tal ciencia. Me refiero a las ciencias de los juristas internos, que es el tipo de saber que cierta tendencia de la TGD quiere canonizar como ciencia que merece los mismos respetos que todas las ciencias. Se trata de una tendencia, la mayoritaria, del positivismo jurídico en su vertiente analítica. Puede observarse que esta tendencia busca siempre estudiar las condiciones de producción de los enunciados que producen los juristas internos en el desempeño de sus tareas, partiendo del supuesto de que tales enunciados son «científicos». Estudian cómo proceden y han procedido los abogados, diciendo luego que eso es ciencia jurídica. Y, además, *la única* ciencia del derecho, expulsando así otras posibilidades como la Sociología, la Psicología, la Semiólogía y, por supuesto, la Crítica Jurídica.

Esta tendencia, por otra parte, proviene de una es-

cuela filosófica que ha desarrollado la clasificación de los usos del lenguaje entre usos descriptivos y prescriptivos. Por otra parte, es también tributaria de la filosofía que prohíbe la conexión entre ser y deber, entre descripciones y prescripciones. Y, como tributaria del positivismo de Kelsen, concibe a la ciencia jurídica como descriptiva prohibiéndole llamar científicos a discursos que contienen prescripciones, esto es, «ideología».

Con estas ideas acerca de la ciencia, la tendencia analítica de la que hablamos, sostiene que los abogados producen enunciados descriptivos acerca del derecho, que pueden ser separados, metodológicamente, de los otros enunciados, prescriptivos, que producen los juristas sobre la base de los primeros. De esta manera queda salvada, como científica, la actividad de los abogados. Pero de tal manera que si se mostrara que esa actividad es en realidad prescriptiva y al servicio de la política, dejaría de ser ciencia.

Pues bien; la ciencia jurídica, o desde nuestro punto de vista, la *cultura jurídica* aprendida en la facultad de derecho, no puede ser ciencia conforme con esos cánones, porque en realidad forma parte del fenómeno del poder; no es cierto que «estudia» el derecho: en realidad *lo hace*.

Si observamos que las formas jurídicas dominadas, como el derecho indígena, pierden siempre la batalla ante los jueces y abogados del sistema dominante, y nos preguntamos porqué es así siendo que las normas indígenas son las válidas conforme con la teoría, la respuesta es que el sistema dominante lo es porque sus funcionarios, en uso de la «ciencia», reconocen como válidas las normas del sistema celebrado en la facultad de derecho. Y al reconocerlas como válidas, las hacen efectivas, con lo cual, a su vez, hacen eficaz el sistema dominante.

Cuando «científicamente» se «describe» una norma, haciendo uso descriptivo del lenguaje, es decir, produciendo enunciados «objetivamente comprobables», lo que en realidad se hace es reconocer la autoridad de quien produce las normas. Y adviértase que lo único que convierte en «legítima» tal autoridad es ese reconocimiento. No hay ninguna otra fuente de legitimidad sino el acto lingüístico del reconocimiento; del reconocimiento de que, lo que el poder quiere, es, además, lo que se «debe» hacer.

Cuando «científicamente» se «describe» una norma, en un enunciado «objetivo», en realidad se recomienda su aplicación. De nada vale que estos positivistas digan que reconocer una norma no es lo mismo que aceptarla moralmente. Que la acepten o no, es algo que al poder lo tiene con poco cuidado; porque el rechazo ético es precisamente eso: *política*, es decir, *no científico*. Lo más importante ya se ha logrado: que cultísimos filósofos declaren la categoría científica del acto de reconocimiento del poder.

Declarar válida una norma en un enunciado descriptivo, significa que esa norma «debe» aplicarse. Lo que «debe» quiere aquí decir, ha sido debatido. Pero por más discusión acerca del significado sea la que haya, de todos modos no deja de ser cierto que ese «debe» es una coacción psicológica para los jueces y demás funcionarios: todos ellos saben que no aplicar normas declaradas válidas acarrea la

peor sanción a que puede ser sujeto un funcionario: quedar fuera del presupuesto. Que ese «debe» sea semánticamente poco claro, no quiere decir que no sea muy claro pragmáticamente. Que los filósofos discutan qué quiere decir, no implica que sociológicamente no sea muy eficaz.

La ciencia jurídica, por lo tanto, es el elemento principal de la efectividad de las normas: es porque esas prescripciones son declaradas derecho válido, que alguien las aplica haciéndolas efectivas y dando, por tanto, eficacia general al sistema. Gratuito servicio de la ciencia al poder.

Esta es la ciencia cuya práctica se enseña en la facultad de derecho. Que, por lo tanto, no es una ciencia según los propios cánones de quienes la declaran tal, puesto que es parte del objeto que dice estudiar: es parte del fenómeno de la efectividad que, como hemos visto, es la condición de la validez de las normas. Y si declarar la validez de una norma, es decir, describirla, es el objeto de la ciencia jurídica, pero si tal validez está condicionada por la efectividad, entonces la efectividad, efecto de la ciencia, es también objeto de esa ciencia. Escamotear este fenómeno de discurso descriptivo con efectos prescriptivos, es otro de los nudos de la cultura jurídica introyectada en la facultad de derecho, junto a la ideología de la unidad del estado.

V. LA CONSTITUCION MEXICANA

El 28 de enero de 1992, la constitución mexicana fue reformada agregándosele al artículo 4.º, el siguiente que quedó como su primer párrafo:

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean partes, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Como se ve, se reconoce la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico, en principio. Lo primero que cabe preguntar es con qué derecho el estado mexicano «reconoce» la existencia de sociedades con mucho anteriores al sujeto *recognoscente*. Puede fácilmente entenderse que se trata de una injusticia notoria: los indígenas estaban aquí desde antes; sólo la conquistista, cruel y violenta, pudo llevar las cosas hasta esta situación. Si el artículo «reconoce» es porque previamente ese orden jurídico subsumió, ilegítimamente, las sociedades indígenas en el estado de la sociedad dominante. Es esta injusticia la que queda marcada por este artículo 4.º. Lo justo sería que no hubiese ninguna razón para un artículo como éste.

Bien; pero frente al hecho consumado de la dominación, cruel y bárbara, se ha considerado ahora la necesidad de poner una cortapisa a la aplicación de la ley del estado mexicano a las sociedades y culturas preexistentes. Si el artículo dice eso que dice, es porque los funcionarios de ese estado no reconocían la pluriculturalidad (es obvio que si la hubiesen reconocido, nadie hubiese luchado por esta nue-

va redacción). Tampoco han venido reconociendo sus «lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos (éstos menos que nada) y formas de organización social» (si lo hubiesen hecho no se habría reformado la constitución).

El artículo 4.º requiere, según su propia redacción, «una ley» reglamentaria. Es esa ley, que aún debe dictarse, la que «protegerá y promoverá» el desarrollo de su lengua, cultura y normas jurídicas. Es esa ley la que establecerá «los términos», es decir, *la medida*, en que esas normas serán aplicables en los juicios agrarios. Por otra parte, como se sabe, la constitución antigua, la de 1917, que protegía las formas precapitalistas de tenencia de la tierra, ha sido reformada de modo que en adelante, se espera, la tierra circule como cualquier otra mercancía del mundo capitalista. Esto, desde luego, pone, en el mismo nivel constitucional, una cortapisa al mentado «reconocimiento» de las costumbres jurídicas agrarias de las comunidades indígenas.

La ley necesaria para poder invocar la validez de las culturas y el derecho sometidos, no se ha dictado aún. Y no puede menos que avizorarse un agrio debate entre los sectores sociales proclives a la protección de estas sociedades *cuasi* indígenas, y los que promueven el liberalismo económico. Se ha visto sobradamente que el capitalismo es refractario a todo entendimiento con formas precapitalistas de tenencia de la tierra. Y si hay una mentalidad precapitalista es la del liberalismo hoy llamado «neo». Este conflicto entre indigenismo y capitalismo no dejará de mostrarse en la eventual discusión de una ley reglamentaria de este artículo 4º.

Y, por cierto, pase lo que pase, con o sin ley reglamentaria, la cultura jurídica enseñada en la facultad de derecho, tendrá un papel fundamental en la suerte de esta voluntad constitucional.

Casi con seguridad habrá un sector mayoritario de juristas, «estadistas monistas», que propondrán la clásica fórmula que consiste en aceptar la costumbre *siempre que no atente contra el orden jurídico*, dominante, agreguemos nosotros. Conforme con esta ideología, la ley deberá decir que se aplicarán las costumbres indígenas siempre y cuando no atenten contra el orden *recongnoscente*. Se trata, obviamente, de una trampa. Que «no atente» contra el derecho, quiere decir que no se admitirán normas que promuevan conductas diversas a las que exige el estado dominante. Y si no se acepta eso, en realidad, por más que lo diga la constitución, resultará que se negará, otra vez, el pluralismo jurídico.

Sin embargo la redacción del artículo es suficientemente confusa como para que sea muy defendible una interpretación contraria. En efecto, la constitución dice que debe haber una ley que debe proteger y promover el derecho indígena («costumbres» y «organización social»). De modo que si tal ley no permitiese eso, sería inconstitucional y no debería aplicarse.

El artículo 4.º dice, luego, que *en el específico caso del derecho agrario*, se respetará el derecho indígena, pero, ahora sí, *siempre que no contravenga al derecho dominante* («en los términos que establece la ley», dice). Si tal ley, por ejemplo en obe-

diencia de la política procapitalista, destruyera las formas comunales, los defensores del liberalismo podrían decir que no se trataría de una norma inconstitucional porque el artículo 4.º prevé que habrá una ley reglamentaria. Pero, y esto es crucial, la redacción de la constitución establece al derecho agrario como una *excepción*: es sólo para esta clase de conflictos que la ley reglamentaria establecerá los límites del derecho indígena. Pero para todas las otras materias no se ha establecido tal cortapisa. En todas las otras materias jurídicas, la constitución dice que debe dictarse una ley que debe permitir el desarrollo del derecho indígena. Es más, *debe promoverlo*. En otros términos, la constitución manda «manos fuera» de las comunidades indígenas. Lamentablemente no manda claramente «pies fuera» de la tierra de los pueblos indios.

Puede imaginarse el resultado que tendría un recurso por inconstitucionalidad de una ley que ponga alguna cortapisa al derecho indígena, por ejemplo en términos de matrimonio, de delitos o de formas de elección de autoridades. ¿Que resolverá una Corte Suprema educada según la cultura universitaria del sistema dominante? ¿Tiene elementos para reconocer el pluralismo jurídico cuando no tiene conciencia de la pluriculturalidad del país? Supongamos que la ley reglamentaria establezca que en términos de derecho de familia y de derecho penal, se aceptarán las normas indígenas *siempre que no sean contradictorias con la legalidad mexicana*. Y supongamos que alguien es perseguido por bigamia conforme con las leyes mexicanas. Y supongamos que el perseguido plantea la inconstitucionalidad de la ley en virtud de la cual se le persigue, aduciendo que el artículo 4.º de la constitución obliga a las leyes inferiores a aceptar como válidas las normas indígenas conforme con las cuales no hay tal bigamia. ¿Qué resolverá la Suprema Corte? Si se atuviera a la TGD, debe resolver que las normas válidas son las efectivas; y éstas son las del derecho indígena que, supongamos, autorizan la bigamia. Si se atuviera a la constitución, debe resolver que la ley es inconstitucional puesto que el artículo 4.º manda que todas las leyes inferiores reconozcan el derecho indígena. Pero si se atiene a su cultura jurídica, sostendrá que no puede haber estados dentro de estados soberanos, que el mexicano es el estado reconocido como gerente de esta parte del planeta, y que no puede haber normas por encima de las de este estado. Y como no reconocerá la pluriculturalidad, estará impedida para reconocer el pluralismo jurídico, declarará la constitucionalidad de la ley reglamentaria, encarcelará al indio rebelde, y contribuirá con su cultura a la efectividad de las normas del derecho dominante, y por lo tanto a la eficacia del estado mexicano.

El reconocimiento del derecho indígena no depende por tanto de la TGD ni de la propia constitución; más parece que depende de la cultura jurídica introvertida en la facultad de derecho. Pareciera que si no se consigue superar esta dificultad el camino no habrá comenzado a andarse en realidad. Bien sabemos que una de las maniobras del poder es la producción de normas inefectivas pero eficaces; inefectivas por incumplidas, eficaces porque coadyuvan al objetivo del poder: reproducirse.

Brasil: magistratura y guerra de posición

Lédio Rosa DE ANDRADE

INTRODUCCION¹

El autor, como juez de derecho en Brasil, trabaja frente a una realidad social terrible² y tiene la obligación legal de aplicar *justicia* (en el concepto tradicional, dogmático). En sus once años de profesión ha advertido que la aplicación *legal de justicia* es muy poco para quien desea la construcción de una sociedad racional, decente, justa en sentido material, o sea, donde todos los ciudadanos puedan vivir con un mínimo de dignidad, sin hambre, sin miseria, con salud, con educación y demás garantías de subsistencia.

El resultado de la prestación jurisdiccional oficial aún es insuficiente no sólo para las personas que aspiran a cambios, sino, principalmente, para el pueblo que sufre los colorarios de la injusticia social. Así se llega al convencimiento de que la aplicación del derecho en los moldes habituales es más bien una garantía de manutención del *status quo*, de las relaciones sociales de poder y de producción, que del intento de erigir una sociedad efectivamente democrática.

Ante esa convicción se propone una forma alter-

nativa de actuar al magistrado, con el propósito de mudar los efectos de su labor³. Por tanto el presente estudio pretende analizar el concepto de guerra de posición hecho por Antonio Gramsci⁴ y verificar la posibilidad de que los magistrados actúen desde ese paradigma.

Se empieza, en el primer capítulo, con el estudio de la concepción gramsciniana de la guerra de posición y su visión sobre el derecho. En el segundo se hace una breve reseña histórica sobre el movimiento brasileño denominado *derecho alternativo* para seguir justificándose la posibilidad arriba mencionada.

I. GUERRA DE POSICION

I.a. El concepto de Gramsci

Se tiene que demostrar, para empezar, la diferencia fundamental entre guerra de posición (o revolución pasiva) y guerra de movimiento (o de ataque frontal). La segunda es muy conocida en la historia de la humanidad. Es cuando el pueblo coge las ar-

¹ Ese texto fue escrito originalmente como trabajo final de la asignatura Interpretación de Gramsci, de responsabilidad del profesor Francisco Fernández Buey, en el curso de Doctorado Filosofía Jurídica, Moral y política, de la Universidad de Barcelona. Después ha sufrido pocas modificaciones. Desde ya se subraya la importancia de la advertencia de la nota 4.

² Los siguientes datos sociales demuestran la situación de Brasil: la concentración de renta es una de las más grandes del planeta. El 1 por 100 de los más ricos del pueblo es dueño del 17,3 por 100 de la riqueza nacional (el 5 por 100 de la misma clase tiene el 39,4 por 100), y el 50 por 100 de los más pobres tienen sólo el 10,4 por 100. La última década registró el empobrecimiento del 90 por 100 del pueblo, que tenía el 53,4 por 100 de la riqueza nacional y ahora tiene sólo el 46,8 por 100, mientras el 10 por 100 enriqueció aumentando su patrimonio del 46,6 por 100 al 53,2 por 100. Más expresivo aún ha sido el enriquecimiento del 30 por 100 obtenido por el 1 por 100 de la población, en el mismo período de seis años. Hay en las calles brasileñas 60 millones de personas (número superior a la población de la mayoría de los países del mundo) clasificados como miserables. El 40 por 100 del pueblo tiene hambre, más o menos 70 millones de personas. El 30 por 100 de los niños sufren de desnutrición, existiendo, en consecuencia, un promedio de mil muertos diarios. Cuatro niños, también por día, son asesinados por los escuadrones de la muerte y por la policía, con un total de 1 440 por año. Existe, además, 36 millones de niños necesitados, ocho millones en las calles y, alrededor de 10 millones explotados e esclavizados en el trabajo. Finalmente, 500 mil niñas prostituidas y con problemas de drogadicción. Actualmente esas estadísticas son superadas y la realidad es mucho peor. (Andrade, Lédio Rosa de: *Juiz alternativo a poder judiciário*. SP, Editora Acadêmica, 1992, 143 p.). Frente a esa realidad «la mayoría de los brasileños práctica una omisión silenciosa. Dicen: «Yo no mato a los niños, pero tampoco me importa que sigan vivos». (Matanza de niños pobres:

limpieza étnica a la brasileña, Tiempo de hoy, núm. 589, pág. 67, agosto de 1993).

³ Puede parecer demasiado sencilla esa aseveración ante toda la crítica marxista hecha al derecho burgués. Todavía en el seno de la magistratura de un país del tercer mundo, recién salido de una dictadura militar, distante de la realidad del orbe rico, puede simbolizar mucho (como mínimo una esperanza) para la población pobre y también para la experiencia jurídica, debido a la fuerza emblemática del juez de derecho. Eso sin hablar de los posibles riesgos que corren las personas que actúan de esa forma.

⁴ El análisis de una de las categorías teóricas elaboradas por Gramsci no es tarea fácil, pues se necesita un conocimiento de todos sus conceptos, que son muchos. Además su obra es muy amplia y él es hoy un autor clásico del pensamiento contemporáneo. Aunque el objetivo de este trabajo no sea otro que el de efectuar un examen del concepto *guerra de posición* (sin querer agotar el tema) y su aplicación a un hecho histórico determinado, el movimiento llamado *derecho alternativo* en Brasil, y eso de una forma sencilla, quizá para ser leído por personas ajenas al conocimiento científico (jurídico, filosófico, político, etc.), se tiene conciencia de que puede quedar perjudicado el contenido de este ensayo, en término de rigor científico, por no profundizar el asunto, al revés, presentarlo de una forma simple, para posibilitar su entendimiento por personas neófitas. Entretanto, como el propio Gramsci ha dicho, «conducir a una masa de hombres a pensar coherentemente y de manera unitaria el presente real es un hecho "filosófico" mucho más importante y "original" que el descubrimiento, por parte de un "genio" filosófico, de una nueva verdad que queda en patrimonio de pequeños grupos intelectuales.» Gramsci, Antonio: *Introducción al estudio de la filosofía*. Trad. de Miguel Candel, Barcelona, editorial Crítica, 1985, pág. 42 (serie general estudios y ensayos, 145).

mas para luchar de forma violenta (con derramamiento de sangre) contra la *clase dominante*⁵, con el objetivo de cambiar el bloque *histórico*⁶. Se pueden citar como ejemplos la revolución francesa (1789), la soviética (1917) y la mexicana (1916), entre tantas otras. La revolución pasiva, como se verá más adelante, es la lucha por el cambio del bloque histórico, pero sin violencia física, sin armamento.

El triunfo de la revolución soviética ha puesto de manifiesto la guerra de movimiento como la táctica revolucionaria preferida por los comunistas, como también por cualquiera otro grupo revolucionario. Sin embargo, ésta no fue tan eficaz en Occidente como lo fue en Oriente. Un hecho histórico/estructural puede ser identificado como el móvil de todo ello, es decir, la gran diferencia de estructura y del bloque histórico de las sociedades Orientales respecto a las sociedades Occidentales.

«En Oriente, el Estado lo era todo y la sociedad civil⁷ era primitiva y gelatinosa; en Occidente, entre Estado y sociedad civil había una relación equilibrada: a un movimiento del Estado, inmediatamente se percibía una sólida estructura de la sociedad civil. El Estado era apenas una trinchera avanzada, tras la cual había una firme cadena de fortalezas y casamatas; la proporción varía de Estado para Es-

tado, como es evidente, pero precisamente eso requería un cuidadoso reconocimiento de carácter nacional.»⁸

Por consiguiente, se volvió necesario profundizar estudios sobre una nueva estrategia de lucha insurrecta.

La forma inicial de apartar la clase dominante del poder e instituir el socialismo, como ya mencionado, era la violenta (guerra de movimiento). El pueblo (clase obrera), mediante el uso de las armas, un gran día consigue la victoria, triunfa la revolución, arrebató el mando de la sociedad de la burguesía, cambia el bloque histórico e instaura una nueva forma de vivir.

Una vez no viable la lucha armada, ¿cuál es la forma de combate que el pueblo puede usar contra la clase dominante? ¿Como expulsarla del dominio y dirección de la sociedad? En la nota 5 se ha mencionado que la clase dominante ejerce su poder de dos maneras. Una por la fuerza, la dominación. En ese caso no existe el consentimiento de los ciudadanos para el ejercicio del dominio y sólo la coerción es el medio para conseguirlo. En la otra forma, la clase dominante se metamorfosea en clase dirigente y ejerce el poder no sólo por la violencia, más también con el consentimiento de la sociedad civil. En este caso los mandatarios tienen hegemonía⁹, o

⁵ Clase dominante es el grupo social que somete a las demás clases sociales a su forma de vivir (ideología) mediante la fuerza (dominio) y/o mediante formas más sutiles de tutela intelectual y moral, como la propagación y reproducción de sus creencias por medio de sus aparatos ideológicos, como la escuela, las iglesias, la familia, el derecho, los partidos políticos, medios de comunicación de masa, etc. (dirección).

⁶ Hay libros escritos sobre el concepto de Bloque Histórico, siendo muy extenso su contenido. Se puede entenderlo como la estructura (en sentido amplio) de una sociedad en un determinado momento histórico, incluyendo las correlaciones de fuerzas, de poder, de producción y las ideologías. El gráfico de abajo, presentado por el profesor Nilson Borges en el curso de maestría de la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil, en la asignatura Teoría de las Relaciones Internacionales, lo define mejor:

BLOQUE HISTORICO

SUPERESTRUCTURA	Sociedad Política (gobierno, Estado en sentido estricto, aparatos represivos).
VINCULO ORGANICO	Sociedad Civil (aparatos privados de hegemonía: escuelas, partidos políticos, etc.).
INFRAESTRUCTURA	Relaciones de producción (economía: industria, comercio y agricultura).

Entre superestructura e infraestructura, al igual que entre sociedad civil y política, no hay una dicotomía de hecho (es más para efectos didácticos, académicos). En realidad esas estructuras están vinculadas, en sincronía unas con las otras, sin una separación clara. El vínculo orgánico es efectuado por los intelectuales (ver nota 11).

⁷ Otro concepto fundamental de Gramsci es el de *sociedad civil* o *aparatos privados de hegemonía*. Son todas las entidades de actuación política fuera del Estado y sin el uso de la represión. «Por tanto, el Estado en sentido amplio, "con nuevas determinaciones", comporta dos esferas principales: la *sociedad política* (que Gramsci también llama "Estado en sentido estricto" o de "Estado coerción"), que es formada por el conjunto de los mecanismos a través de los cuales la clase dominante detenta el monopolio legal de la represión y de la violencia, y que se identifica con los aparatos de coerción bajo control de las burocracias eje-

cutivas y policial-militar; y la *sociedad civil*, formada principalmente por el conjunto de las organizaciones responsables por la elaboración y/o difusión de las ideologías, comprendiendo el sistema escolar, las Iglesias, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones profesionales, la organización material de la cultura (revistas, periódicos, editoriales, medios de comunicación de masa), etc.» Coutinho, Carlos Nelson. *Gramsci: un estudio sobre su pensamiento político*, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1989, pág. 76-77. Ese libro fue editado en 1981, por otra editorial (ver nota siguiente), pero hubieron muchas modificaciones (la inclusión de dos capítulos más y la exclusión de textos escogidos de Gramsci), motivo por lo cual se trabaja con las dos publicaciones.

⁸ Coutinho, Carlos Nelson: *Gramsci*. Porto Alegre, L PM editores, 1981, pág. 202. (Coleção fontes do pensamento político, 2).

⁹ Clase hegemónica es aquella que ejerce el poder modo pacífico y cuya ideología es aceptada por la sociedad civil. Hay una identidad de ideologías entre los que mandan y los que obedecen. Los primeros incorporan como suyas las reivindicaciones de los segundos y hacen de sus intereses los intereses de esos. La clase dominante utiliza los órganos de elaboración y difusión de ideologías en la sociedad civil para mantenerse en el poder e impedir cambios en el bloque histórico. «Comentando el ensayo de Gramsci sobre *A cuestión meridional*, observó sugestivamente Luciano Gruppi: "La hegemonía es eso: determinar los trazos específicos de una condición histórica, de un proceso, volverse protagonista de las reivindicaciones de otros estratos sociales, de la solución de las mismas, de modo a unir en torno suyo esos estratos, realizando con ellos una alianza en la lucha contra el capitalismo y, de ese modo, aislando el propio capitalismo". Coutinho, Carlos Nelson. 1989. Op. cit. pág. 39. Ese trecho trata del concepto de hegemonía, pero más de la conquista de la misma por la clase trabajadora, en la lucha contra el capitalismo. Un concepto más objetivo es lo siguiente: «Gramsci entiende la hegemonía primeramente en su sentido etimológico de "conducir", "ser guía". La contrapone a la idea de dominio para resaltar la capacidad de una clase de ser guía mediante la organización del consenso y la dirección política, intelectual y moral de toda la sociedad. Constituye, pues, una nueva visión del poder, dado que está conectada a la noción ampliada del Estado propia de Gramsci, así como a una nueva comprensión de la política de alianzas, que es concebida como la suma de educación, dirección y organización de otras clases sociales para formar una voluntad colectiva. La hegemonía es considerada tanto dirección ideológico-política de la sociedad civil como combinación de fuerza y con-

sea, su ideología es mayoritaria en la sociedad civil.

Gobernar sólo por medio de la coerción, sin hegemonía, es muy difícil y tarde o temprano la clase dominante es destituida de su función. Gobernar con hegemonía es más duradero. Entonces la estrategia de la guerra de posición es crear una crisis orgánica¹⁰, llevando la clase dominante a una situación insostenible de ejercicio de poder, hasta que la misma caiga de su sitio como una fruta madura cae de un árbol.

Por lo tanto, la guerra de posición es una constante búsqueda de posiciones en la sociedad civil, con el objetivo de alejar la ideología dominante de la ideología de las masas, creando una crisis hegemónica, buscando una crisis orgánica con desestabilización de la clase dominante y cambio del bloque histórico.

Ocupar posiciones o espacios significa el hecho de que personas (intelectuales orgánicos)¹¹ actúen en el seno de la sociedad civil (sindicatos, escuelas, movimientos estudiantiles, partidos políticos, todo tipo de asociaciones, iglesias, prensa, televisión, *magistratura* —¿por qué no?— etc.), convirtiendo lo cotidiano (seudo neutral) en una actividad política, en una acción no corporativa, pero con conciencia nacional, es decir, «la clase obrera debe volverse *clase nacional*: debe superar cualquier espíritu corporativista y asumir como suyos todos los problemas efectivos de la nación»¹², erigiendo un contradiscurso ideológico al oficial, distanciando la masa de los detentadores del poder, hasta construir una situación de crisis que permita cambiar/transformar el bloque histórico.

Un ejemplo mismo, presentado de forma simplificada, puede ayudar para la comprensión del tema. En 1964 se instauró en Brasil una dictadura militar, que llegó al poder vía golpe de Estado. Era un gobierno de coerción, pero poco a poco fue diseminando su ideología, la de seguridad nacional (siempre sin abdicar de la fuerza). Lo hizo por medio de la

prensa, de la escuela (creando asignaturas específicas como educación, moral y cívica para niños y para adultos), de la iglesia y por muchos otros medios, como álbum de cromos para chicos, fútbol y demás aparatos ideológicos del Estado. Los militares mantuvieron el poder con tranquilidad hasta la década de los años ochenta, cuando tuvo lugar un total distanciamiento entre la ideología oficial y la sociedad civil. En las calles, en los bares, en las escuelas, en las iglesias nadie más aceptaba la ideología de la seguridad nacional. Los militares no más se identificaban con los intereses populares y, hasta mismo, de buena parte de la burguesía. Hubo un total aislamiento del gobierno. También se inició una crisis económica y la dictadura militar tuvo que entregar el gobierno a los civiles.

Ese hecho histórico tuvo mucho de guerra de posición, pues la izquierda brasileña realizó un constante trabajo de politización en la sociedad civil y no fueron pocos los intelectuales que llevaron un nuevo discurso ideológico por todos los sitios. Como ilustración se puede mencionar las reivindicaciones salariales de los profesores (también las reivindicaciones de los estudiantes), que eran conducidos por las calles (incluyendo muchos reaccionarios), donde gritaban palabras de orden como «el pueblo unido jamás será vencido», siempre dirigidos por intelectuales orgánicos de izquierda. Así se dio la crisis de hegemonía, que culminó en una crisis orgánica de la dictadura. Al final del régimen de fuerza habían millones de personas en las calles exigiendo elecciones directas para presidente de la República.

Por falta de una conciencia de clase nacional y por una absoluta desorganización, no hubo un cambio de bloque histórico. Al contrario, los partidos conservadores, incluyendo algunos de la oposición (como el Partido del Movimiento Democrático Brasileño, en la época el mayor partido político de América Latina), llegaron a un «acuerdo de transición», frenaron el pueblo en las calles, haciendo que volvieran a sus hogares, cambiaron el gobierno en unas

senso, de coerción y persuasión para lograr el control de esa sociedad.» Salazar, Rafael Díaz. *El proyecto de Gramsci*, Barcelona, Editorial Anthropos y Ediciones HOAC, 1991, pág. 228. (Pensamiento crítico/pensamiento utópico, 58).

¹⁰ La crisis orgánica es una profunda crisis de poder, un total alejamiento entre la clase mandante y la obediente, suficiente para posibilitar el cambio de bloque histórico. Es una crisis de infraestructura (crisis económica) y una crisis de superestructura (crisis de hegemonía). «Contra Rosa, Gramsci insiste en el hecho de que, [en los] Estados más adelantados, (...) la "sociedad civil" se transformó en una estructura muy compleja y resistente a las "irrupciones" catastróficas del elemento económico inmediato (crisis, depresiones, etc.): las superestructuras de la sociedad civil son como el sistema de las trincheras en la guerra moderna. "Ese sistema de mediaciones —implicando un "retroceso de las barreras económicas", o sea, una mayor autonomía de lo político— vuelven las crisis revolucionarias en las sociedades "occidentales" en algo más bien complejo. Tales crisis y a no se manifiestan inmediatamente como resultados de crisis económicas, mismo aparentemente catastróficas, y no impone, por lo tanto, una solución rápida y un choque frontal; ellas se articulan en varios niveles, englobando un período histórico más o menos largo. De ahí porque Gramsci, para definir las, se refiere a la noción de "crisis orgánica", o sea, a una crisis que a diferencia de las "crisis ocasionales" o "coyunturales" —no comporta la posibilidad de una solución rápida por parte de las clases dominantes y significa una progresiva desagregación del viejo "bloque histórico". Si la "crisis orgánica", en su aspecto económico, se presenta como manifestación de contradicciones estructurales del modo de

producción, ella aparece —en el aspecto superestructural, político-ideológico— como *crisis de hegemonía*. Y Gramsci la define así: «Si la clase dominante perdió el consenso, o sea, ya no es "dirigente", por eso es únicamente "dominante", detentora de la pura fuerza coercitiva, eso significa precisamente que las grandes masas se separan de las ideologías tradicionales, que ya no creen en lo que antes creían, etc. La crisis consiste precisamente en el hecho de que lo viejo muere y lo nuevo no puede nacer"». Coutinho, Carlos Nelson, 1989, op. cit. págs. 92-93.

¹¹ Gramsci entiende el intelectual no como una persona perteneciente a una elite de ilustrados, llenos de conocimientos científicos, filosóficos, etc. sino como a un individuo capaz de actuar en la sociedad civil con liderazgo sobre otros. Puede ser hasta un analfabeto. Lo importante es su actividad transformadora. El intelectual tradicional trabaja para mantener el bloque histórico y el intelectual orgánico trabaja para cambiarlo. «El modo de ser del nuevo intelectual ya no puede consistir en la elocuencia, motor exterior y momentáneo de los afectos y las pasiones, sino en el mezclarse activo en la vida práctica, como constructor, organizador, "persuasor permanente" precisamente por no ser puro orador, y, sin embargo, superior al espíritu abstracto matemático; de la técnica-trabajo pasa a la técnica-ciencia y a la concepción humanista histórica, sin la cual se sigue siendo "especialista" y no se llega a "dirigente" (especialista + político).» Gramsci, Antonio. *Antología*. Traducción, selección y notas de Manuel Sacristán, 11.ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 1988, pág. 392.

¹² Coutinho, Carlos Nelson: (1989), op. cit. pág. 94.

elecciones indirectas, siendo elegido un viejo político conservador llamado Tancredo Neves, que murió antes de asumir el gobierno, tomando entonces posesión otro político de derechas, José Sarney, que formó gobierno con un montón de militares.

La crisis brasileña empeoró, la clase dominante está ahora más rica de lo que nunca había sido, el pueblo infinitamente más pobre y la sociedad civil desagregada. Ese ejemplo es bueno pues demuestra una guerra de posición y su fracaso, al igual como la necesidad de preparar las estructuras necesarias para el cambio de bloque histórico después de la crisis orgánica.

Por lo tanto la guerra de posición es una lucha larga, día a día, sin fecha para la victoria, donde los intelectuales buscan presentar el nuevo modelo de bloque histórico y desacreditar el viejo, creando un agujero, un hiato, una desconexión, entre el discurso legitimador de la clase dominante y los intereses de la clase dominada, instaurando una total separación entre ellas, para procurar crear una crisis orgánica y el cambio paulatino del bloque histórico.

I.b. Gramsci y el derecho

Aunque sea de forma sencilla, es importante presentar la concepción de Gramsci sobre derecho. Para él el derecho representa el medio, el instrumento, por el cual el Estado¹³ lleva a cabo su política ideológica.

«Si cada Estado tiende a crear y a mantener cierto tipo de civilización y de ciudadano (y, por tanto, de convivencia y de relaciones individuales), y tiende a provocar la desaparición de ciertas costumbres y actitudes y a difundir otras, entonces el derecho será el instrumento de esa finalidad (junto con la escuela y otras instituciones y actividades) y tendrá que ser elaborado para que sea conforme a ese fin, máximamente eficaz y productivo de resultados.»¹⁴

Además, afirma: «el derecho es el aspecto represivo y regresivo de toda la actividad positiva de civilización desarrollada por el Estado.»¹⁵

Gramsci entiende que el Estado opera fundamentalmente sobre la infraestructura, pero dice que no se puede abandonar la superestructura, donde están las instituciones jurídicas. De esa forma, no ve el derecho como una simple forma de dominación, un mal en sí. Acepta una nueva noción de derecho, pero liberado «de todo residuo de transcendencia y

¹³ Para aclararlo mejor sigue su concepto de Estado: «El Estado se concibe, sin duda, como organismo propio de un grupo, destinado a crear las condiciones favorables a la máxima expansión de ese grupo; pero ese desarrollo y esa expansión se conciben y se presentan como la fuerza motora de una expansión universal, de un desarrollo de todas las energías "nacionales", o sea: el grupo dominante se coordina concretamente con los intereses generales de los grupos subordinados, y la vida estatal se concibe como un continuo formarse y superarse de equilibrios inestables (dentro del ámbito de la ley) entre los intereses del grupo fundamental y los de grupos subordinados, equilibrios en

de lo absoluto; de todo fanatismo moralista, prácticamente.(...) Una concepción del derecho que ha de ser esencialmente renovadora no puede encontrarse ya de modo íntegro en ninguna doctrina preexistente (tampoco en la doctrina de la escuela llamada positiva, particularmente en la doctrina de Ferri).»¹⁶

Se cree que es posible sustentar teóricamente un derecho alternativo según el pensamiento de Gramsci. Los juristas alternativos, como se verá más adelante, intentan construir esa nueva concepción del derecho, sin dogmas y de una forma libre.

II. GUERRA DE POSICION Y MAGISTRATURA ALTERNATIVA

En este capítulo se estudiará la posibilidad teórica —para fundamentar una praxis jurídica— de que los jueces de derecho, o algunos de ellos, actúen como intelectuales orgánicos, en todos los sentidos hasta ahora estudiados, con el fin de cambiar el bloque histórico. Al revés de la ortodoxia de algunos autores marxistas, que sólo ven el derecho y, en consecuencia, a los magistrados, como pura expresión de la dominación de clase, se pretende demostrar ser posible al juez de derecho también luchar por cambios en la sociedad, con el propósito de edificar una verdadera democracia.

El paradigma para el presente análisis es el movimiento jurídico denominado *Derecho Alternativo* que actualmente se desarrolla en Brasil.

II.a. Breve histórico¹⁷

En agosto de 1990, un importante periódico brasileño, llamado «Jornal de la Tarde», de São Paulo, publicó un artículo titulado «Magistrados gaúchos¹⁸ sitúan el derecho por encima de la ley», con el propósito nítido de ridiculizar un grupo de jueces de derecho del Estado de Rio Grande del Sur, Brasil, siendo protagonista el magistrado Amílton Bueno de Carvalho, líder de los mismos, que se reunían esporádicamente para discutir la Ciencia Jurídica, a partir de una visión crítica, al igual de debatir nuevas formas de aplicación del derecho positivizado.

Al contrario de lo pretendido por el órgano de la prensa, el artículo no desmoralizó, sino que divulgó la existencia de magistrados no ortodoxos, poseedores de una percepción crítica del derecho, y lo que es más importante, de jueces de derecho no conformes con la prestación jurisdiccional, con la práctica tradicional del Poder Judicial, en especial en la solución de los problemas sociales, y que tenían un mínimo de organización. Muchos otros jueces también

los cuales los intereses del grupo dominante prevalecen, pero hasta cierto punto, no hasta el nudo interés económico-corporativo.» Gramsci. *Antología*. Op. cit. pág. 415.

¹⁴ Gramsci. *Antología*. Op. cit. pág. 399.

¹⁵ Gramsci, Antonio. *Antología*. Op. cit. pág. 400.

¹⁶ Gramsci, Antonio. *Antología*. Op. cit. pág. 399.

¹⁷ La fuente de los datos es la propia participación del autor, uno de los primeros jueces no gaúchos a asumir el movimiento, eso ya en el año 1990.

¹⁸ Gaúchos son las personas que nacen/viven en el Estado de Rio Grande do Sul, Sur de Brasil.

descontentos con la «orden establecida» empezaron a comunicarse con los jueces «gaúchos» y también escribieron muchos artículos en otros periódicos en su defensa.

A los jueces se les llamó *jueces alternativos* y el tema pasó a formar parte de todas las discusiones en los medios jurídicos, en particular en el debate académico. El juez Amílton era (como hoy sigue siendo) invitado para dar conferencias, todas las semanas, en universidades, asociaciones profesionales y congresos (de estudiantes, abogados, jueces, etc.) y demás actividades donde había discusión jurídica. Hoy en día muchos otros juristas hacen lo mismo.

El movimiento trascendió a la magistratura y se extendió a todos los demás ramos de la actividad jurídica, tales como ministerio público, abogacía, magisterio, enseñanza, etc.

En septiembre de 1991 hubo el *I Congreso Internacional de Derecho Alternativo*, en Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Sur de Brasil. La previsión de participantes era de, en el máximo, ochocientas personas. Cuando se llegó a mil doscientas inscripciones los organizadores tuvieron que limitar el número de asistentes por falta de espacio físico. En el Congreso se decidió la creación de una comisión central organizadora del movimiento, hoy transformada en el *Instituto de Derecho Alternativo-IDA*.

Se realizó, en el mismo lugar, el *I Encuentro Internacional de Derecho Alternativo del Trabajo*, en agosto de 1992 y el *II Congreso Internacional de Derecho Alternativo*, septiembre de 1993. El *Seminario Nacional de Derecho Alternativo*, ha sido hecho en Río de Janeiro, julio de 1993. Se realizó en marzo de 1994 el *II Encuentro Internacional de Derecho Alternativo del Trabajo*, también en Florianópolis y en abril de 1994 el *I Congreso de Derecho Civil Alternativo*, na ciudad de Blumenau, SC, Brasil. En el final de julio de 1994, ahora fuera de las fronteras brasileñas, se sucedió el curso *Seguridad Jurídica y Crítica del Derecho en Iberoamérica*, en la Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, Andalucía, España, con la presencia de juristas españoles, brasileños, argentinos, colombianos, chilenos y mejicanos. En ese curso la gran mayoría de las ponencias fueron sobre derecho alternativo, incluso hubo un debate para discutir el tema Función Judicial y Derecho Alternativo, con la presencia de dos magistrados brasileños, Amílton Bueno de Carvalho y Lédio Rosa de Andrade y dos magistrados españoles, Perfecto Andrés Ibáñez y Juan Romeu. En todos esos congresos participarán muchos juristas brasileños y también de otros países, como André-Jean Arnaud (Francia), Oscar Correas (México), Carlos Cárcova (Argentina), Víctor Moncayo (Colombia), entre otros. Hubo muchos otros congresos y encuentros más pequeños, por todo el Brasil, siendo imposible citarlos.

Se han publicado muchos libros como: *Lecciones de Derecho Alternativo*, varios autores, dos volúme-

nes; *Magistratura y Derecho Alternativo*, Derecho Alternativo en la Jurisprudencia, Amílton Bueno de Carvalho; *Ministerio Público y Derecho Alternativo*, Antonio Alberto Machado y Marcelo Pedroso Goulart; *Juez Alternativo y Poder Judicial*, Lédio Rosa de Andrade; *Introducción a la Sociología Jurídica Alternativa*, Edmundo Lima de Arruda Jr.; *Lecciones de Derecho Alternativo del Trabajo*, varios autores; *Enseñanza Jurídica y Derecho Alternativo*, Horácio Wanderlei Rodrigues; *Lecciones de Derecho Civil Alternativo*, varios autores; *Razón y Racionalidad Jurídica*, varios autores y *Revista de Derecho Alternativo*, semestral, actualmente en el segundo volumen. Todas estas obras han sido publicadas por la editorial Académica, de São Paulo, Brasil. La calidad de los libros es muy buena y son distribuidos por todo el territorio nacional.

Se crearon dos asignaturas en universidades sobre Derecho Alternativo, en licenciatura en la Universidad del Sur de Santa Catarina, UNISUL, ubicada en Tubarão, SC, Brasil y en postgrado en la Universidad Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil.

Actualmente en Brasil el movimiento de Derecho Alternativo es la única oposición de peso al derecho tradicional, contando con muchos adeptos, inclusive jueces de segundo grado. Es debatido en todas las universidades, congresos y reuniones sobre Ciencia Jurídica. Es, sin duda, una fuerte corriente del derecho contemporáneo brasileño.

II.b. El movimiento

Los magistrados que empezaron el movimiento de derecho alternativo lo hicieron contrastando la actividad tradicional del Poder Judicial con la realidad social brasileña. En el inicio no había mucha teoría y se hablaba de cosas sencillas, como: los pobres también poseen derecho a participar y ganar las demandas jurídicas civiles y no sólo a participar, como reos, en las criminales. Y eso ha sido fuertemente criticado por los juristas tradicionales (casi todos muy conservadores).

Poco a poco el movimiento fue adquiriendo un contenido más profundo, adentrándose en la crítica al derecho y en el marxismo¹⁹. Una de sus críticas básicas es contra la neutralidad jurídica. Denunciando el carácter de clase del derecho, su función ideológica, los jueces alternativos (y después todos sus miembros) luchan contra la función histórica de protección de las clases privilegiadas ejercida por el derecho positivista. Sin neutralidad, los juristas, en una sociedad dividida en clases, tienen que optar por una de ellas. La no opción es una opción en favor de los controladores de los aparatos de Estados. En el caso de los alternativos, la opción es por las clases menos favorecidas, por las personas sencillas.

Pregonan la supremacía de la *justicia* sobre el *derecho*²⁰. Esa crítica es contra la calidad formal de la

¹⁹ No se puede decir que el movimiento de Derecho Alternativo sea un movimiento marxista. Sin embargo, no hay duda sobre la fuerte influencia de los escritos marxistas (bastante de Gramsci) en muchos de sus miembros.

²⁰ Muchos juristas alternativos poseen un discurso iusnaturalista

lista/idealista sobre el concepto de justicia, bien como sobre el propio objetivo del movimiento. Hay mucho de religioso entre sus miembros. Sin embargo, muchos otros, entre los cuales el autor, discrepan de este punto de vista, denuncian la función ideológica también del discurso iusnaturalista, ven en el religioso un otro fac-

justicia. Desean practicar la justicia de hecho, materializada en conquistas reales y concretas de las clases miserables.

También se hace una práctica iconoclasta de los dogmas establecidos del derecho tradicional, en especial a su discurso técnico-formal, lógico-deductivo, que intenta justificar la aseveración de que todos los problemas sociales encuentran respuestas en el seno de la teoría jurídica dogmática. Se puede resumir diciendo ser el derecho alternativo un movimiento de crítica a la sistematización de origen kelsiano del ordenamiento jurídico oficial, principalmente de sus consecuencias, o sea, el alejamiento del derecho (identificado como ley) de la realidad social. Se busca, por lo tanto, nuevos paradigmas de legitimación para el uso del jurídico, eso con un compromiso ético y moral con la democracia, con la igualdad y con el fin de la miseria.

No es el objetivo de este trabajo profundizar el estudio sobre los presupuestos teóricos del *Derecho Alternativo*, más sin hacer un análisis de su praxis bajo el concepto de guerra de posición ya visto.

El primer punto en común es la politización de lo cotidiano jurídico. Los juristas alternativos, también llamados juristas orgánicos (influencia de Gramsci), hacen de sus prácticas profesionales una tentativa de no permitir el distanciamiento de las cuestiones jurídicas de los problemas sociales. Procuran mezclar el mundo jurídico con el mundo real, con lo cotidiano de la sociedad civil. Así se busca dar, muchas veces, soluciones políticas para problemas hasta entonces tratados de forma solamente jurídica. La cuestión de los sin-tierra²¹ contra los terratenientes es un buen ejemplo. El sistema legal es totalmente favorable a los últimos, pero los alternativos, de fundamental importancia los jueces de derecho, hacen una hermenéutica crítica, invierten el sentido de la legislación, ampliando el concepto constitucional de *función social de la propiedad* y quedan al lado de los desposeídos. Ese es un problema más político que jurídico. Es, en verdad, un punto fundamental de la estructura del actual bloque histórico. En siendo así, la lucha alternativa es en el sentido de enflaquecer esos pilares, esas fuertes construcciones jurídicas, para ampliar espacios democráticos y buscar el cambio del bloque histórico.

Por otro lado, muchos abogados alternativos hacen un trabajo de organización de esas gentes, como de muchas otras asociaciones, procurando dar un carácter siempre de masa, global, en las reivindicaciones jurídicas.

Los miembros del movimiento, así como los intelectuales orgánicos definidos por Gramsci, desempeñan una actividad de liderazgo y luchan para construir una crisis de hegemonía, por lo menos en el ámbito del derecho²², creando nuevos paradigmas, apartando la ideología jurídica tradicional no sólo de los juristas, sino de toda la sociedad. Son

transformadores sociales, responsables por el vínculo orgánico entre sociedad política y sociedad civil.

Actúan en muchas asociaciones (profesionales y populares), en sindicatos, en los partidos políticos, en las escuelas, en la administración pública y de justicia, ocupando espacios y conquistando posiciones. Muchos movimientos populares organizados, como sin-tierra, trabajadores, estudiantes, etc., hoy consiguen victorias en el Poder Judicial, que antaño no eran posibles, pero que ahora, gracias a los espacios conquistados, son una realidad.

Los jueces alternativos están intentando transformar uno de los más eficaces aparatos ideológicos y represivos del Estado, el Poder Judicial, en un mecanismo de liberación (por lo menos en parte) de la clase explotada. En el mínimo buscan suministrar medios de lucha para eso.

El movimiento está en todo el país, no es corporativo y busca la mejora de vida para todas las clases miserables y también la clase obrera, que son clases nacionales.

Aún se batalla por una sincronía entre el movimiento de derecho alternativo y los demás movimientos sociales, para hacer un combate en conjunto contra la estructura dominante, procurando el alejamiento de la sociedad civil de su ideología. También se desea construir las bases de una nueva forma de vivir, o sea, los cimientos de un nuevo bloque histórico. Por lo tanto, la práctica de los juristas alternativos se encuadra en los presupuestos teóricos de la revolución pasiva.

La guerra de posición es una estrategia para ser usada en toda la sociedad, pero también en el ámbito de la Ciencia Jurídica y es eso lo que los juristas alternativos están procurando hacer.

CONCLUSION

Algunos problemas necesitan ser mejor estudiados para llegar a la conclusión de este trabajo.

En Brasil ya no se lucha contra una dictadura militar, pues hace mucho que el país cuenta con una democracia bajo el concepto formalista liberal. Todavía existe un fuerte conflicto entre, por un lado el pueblo hambriento y empujado cada vez más para la miseria y por otro una pequeña clase rica que impone una terrible dictadura económica. Ese es un problema estructural del capitalismo en los países pobres, donde ni siquiera fueron implantadas las bases iniciales del Estado del bienestar. Una de las cuestiones pendiente es: ¿la guerra de posición trabada por los magistrados alternativos tiene por fin el cambio del actual bloque histórico capitalista por otro bloque histórico socialista o comunista como deseaba Gramsci?

Se cree que el viejo maniqueísmo capitalismo versus comunismo ya está superado por la historia. No

pretenden, ni siquiera en teoría, hacer un cambio de bloque histórico solo por vía jurídica. Ellos tienen conciencia de que solamente con la participación de todos los sectores de la sociedad civil es posible un cambio. Sin embargo, desean hacer su parte en la guerra de posición, buscando ocupar espacios democráticos y no actuar de manera reaccionaria como es común en los juristas.

tor de dominación/alienación y entienden no ser con base en un discurso metafísico que se cambiará la sociedad.

²¹ Sin-tierra son campesinos brasileños que no tienen donde trabajar (no son propietarios de tierras) y que se organizaron en un movimiento nacional para luchar contra el latifundio y en favor de la reforma agraria.

²² Es importante dejar bien claro que los juristas alternativos no

necesariamente la lucha contra el capitalismo tiene que llevar al comunismo²³. Se entiende que la campaña para cambiar el bloque histórico es una forma de intentar modificar las relaciones sociales de poder, producción y distribución. Y para hacer eso se ha de alterar la estructura capitalista como, por ejemplo, la organización jurídica actual del Estado, hecha bajo el concepto de propiedad privada, menoscabando la propia vida. Sin embargo ello no significa edificar una nueva organización jurídica siguiendo un catecismo ya preparado y acabado, una nueva religión u ortodoxia.

Por lo tanto, en el presente trabajo, se piensa en un nuevo bloque histórico, pero no según una doctrina dogmática, y sí en un proceso dialéctico²⁴, lleno de incógnitas, donde los ciudadanos puedan hacer su propia historia.

«Las incógnitas son más numerosas que los hechos conocidos y controlables, y cualquiera de esas incógnitas es capaz de derribar una inducción aventurada. La historia no es un cálculo matemático: no existe en ella un sistema métrico decimal, una numeración progresiva de cantidades iguales que permita las cuatro operaciones, las ecuaciones y la extracción de raíces. La cantidad (estructura económica) se convierte en ella en cualidad porque se hace instrumento de acción en manos de los hombres, de los hombres, que no valen sólo por el peso, la estatura y la energía mecánica desarrollable por los músculos y los nervios, sino que valen especialmente en cuanto son espíritu, en cuanto sufren, comprenden, gozan, quieren o niegan.»²⁵

Lo que se desea es retirar la conducción del proceso histórico de las manos de los controladores de la sociedad, para liberarlo, para permitir su desarrollo de una forma abierta, mudable, con el objetivo de dar acceso a todos los ciudadanos a los bienes y servicios de consumo y no reconstruir el comunismo. No se sabe como será ese nuevo bloque histórico, pero no se puede detener el movimiento por ello. La historia lo dirá.

Otra duda dice respecto a la posibilidad de conseguir una hegemonía crítica entre los juristas, una clase históricamente conservadora, en especial los magistrados. Se puede pensar que sea una utopía, pues tal hecho es casi imposible de alcanzar, teniendo en cuenta las estructuras intrínsecas del aparato jurídico. Sin embargo, como ya se ha demostrado, existen juristas —y también muchos magistrados— críticos, no satisfechos con las actuales estructuras de la sociedad. Por consiguiente, esos profesionales necesitan hacer alguna cosa en sus actividades

laborales y no se cree sea el abandono de sus convicciones la mejor escoja. De esa forma, luchar por el cambio es un camino. Si es o no posible alcanzar hegemonía es otra incógnita que forma parte de la historia, pero que no puede impedir el seguimiento del movimiento.

El punto central es la faena para cambiar la sociedad y sobre eso «se entiende posible la transformación social por formas pacíficas, pudiendo, los magistrados, participar de esa liza con destaque, empezando por que entiendan el lugar que ocupan, perciban a quien ha servido su forma de actuar y modifiquen su práctica judicial. Por lo tanto, cuando se habla de revolución, no se está predicando, de forma alguna, la lucha armada, pues no es esa la única, ni la mejor, opción para la mudanza de la sociedad. Al contrario, se entiende como el proceso dialéctico de la búsqueda de hegemonía de una nueva visión, guerra de posición, conforme la conceptúa Antonio Gramsci, la forma más eficaz de alterar las relaciones de poder, sin grandes traumas, sufrimientos o hecatombes, y, también, la más justa, pues permite a la población escoger su propio camino. Actitud revolucionaria, de nuevo, porque tiende a modificar las instituciones, imponer el uso del poder equitativo, transferir el mando de la sociedad, entregando al propio pueblo la dirección de su destino, transformándolo en autor de su historia.»²⁶

Todos los hombres son filósofos dice Gramsci, pero no todos practican la filosofía. Los juristas alternativos procuran practicarla, pero de manera democrática, pues «filósofo democrático es el filósofo que quiere modificar "el ambiente cultural" del que forma parte, pero acepta al mismo tiempo ser modificado por este ambiente que "actúa como maestro" porque le obliga a una continua autocrítica.»²⁷

BIBLIOGRAFIA

1. Andrade, Lédio Rosa: *Juiz Alternativo y Poder Judiciário*. São Paulo. Editora Acadêmica, 1992, 143 p.
2. Coutinho, Carlos Nelson: *Gramsci. Porto Alegre*. L PM Editores, 1981, 232 p. (Coleção fontes do pensamento político, 2).
3. Coutinho, Carlos Nelson: *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1989, 142 p.
4. Gramsci, Antonio: *Introducción al estudio de la filosofía*. Trad. de Miguel Candel. Barcelona, Editorial Crítica, 1985, 218 p. (Serie general estudios y ensayos, 145).
5. Gramsci, Antonio: *Antología*. Trad. de Sacristan Manuel. 11.ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores,

²³ El desmoronamiento de los regímenes comunistas es un hecho histórico. El retorno de esos países al capitalismo (sin intentar construir una tercer opción) un equívoco, tanto que ya se habla —y mucho— debido a los enormes problemas surgidos en el área económica, en el retorno al antiguo régimen. Par adar uno solo ejemplo, basta ver las últimas elecciones en Polonia.

²⁴ Interesante: «Se tiene la sensación de que la dialéctica es una cosa muy ardua y difícil, en la medida en que pensar dialécticamente va contra el sentido común vulgar, que es dogmático,

ávido de certezas perentorias y tiene la lógica formal como expresión.» Gramsci. *Introducción*. Op. cit. pág. 101.

²⁵ Gramsci. *Antología*. Op. cit. pág. 45.

²⁶ Andrade, Lédio Rosa: *Juiz alternativo y poder judiciario*. São Paulo, Editora Acadêmica, 1992, pág. 84-85.

²⁷ Gerratana, Valentino: *Dialogando con Gramsci en el presente: cuestiones de método*. Trad. de Josep Torrell, Mientras Tanto, Barcelona, núm 52, pág. 116, nov./dic. 1992.

res, 1988, 520 p. (Biblioteca del pensamiento socialista, serie los clásicos).

6. Gerratana, Valentino: *Dialogando con gramsci en el presente: cuestiones de método*. Trad. de Josep Torrell, Mientras Tanto, Barcelona, n. 52, p. 113-127, nov./dic. 1992.
7. *Matanza de niños pobres: limpieza étnica a la*

brasileña, Tiempo de hoy, núm. 589, p. 67, agosto de 1993.

8. Salazar, Rafael Díaz: *El proyecto de gramsci*. Barcelona, Editorial Anthropos, coedición Ediciones HOAC, 1991, 510 p. (Pensamiento crítico/pensamiento utópico, 58).

APUNTES*

• No era el mejor día

Sala Segunda del Tribunal Supremo en pleno. Se delibera acerca del tratamiento que haya de darse a la denuncia del Partido Popular sobre las posibles irregularidades producidas en el Ministerio del Interior, en el manejo de los «fondos reservados».

Hay acuerdo casi total sobre el carácter delictivo de los hechos, para el supuesto de que hubieran acontecido en la forma que se dice por los denunciantes. Sólo una opinión divergente: la de José Augusto de Vega Ruiz. Para él lo denunciado carecería por completo de relevancia penal, por lo que sólo cabe el archivo.

La mañana, y con ella sesión, está próxima a concluir, es más bien tarde. En esto, se abre la puerta y asoma discretamente un ujier. Busca con la mirada, y, en voz alta, dirigiéndose al magistrado discrepante, dice (más o menos): «Perdone, don José-Augusto, pero le llama el ministro de Justicia. Quiere saber si continúa esperándole». Sigue un silencio de plomo, similar al que, según el autor del *Apocalipsis*, se produjo «cuando el Cordero abrió el séptimo sello...»

No existe regla escrita que impida a un magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo hablar con el ministro de Justicia, ni siquiera porque lo sea también de Interior. Pero, teniendo tantos como tiene el año, ese no era, desde luego, el mejor día.
¡Demasiado para el *corpus iuris*!

• Puede que Dios no los haya criado, pero...

Ellos se juntan. No falla. Será la atracción fatal que produce el vértigo del abismo, o el morbo que irradia la oscuridad impenetrable en que se precipita todo lo que fluye a través de *la cloaca*. Lo cierto es que, al final, siempre se encuentran: los implacables —diríase que eternos, de tan iguales a sí mismos— guardianes de *los desagües* y el tradicional exponente de la prensa conservadora de este país.

Ya sucedió con la muerte turbia de Enrique Ruano (eran otros tiempos, aunque, según el asunto, parece que no del todo). En un momento posterior, altamente significativo, sería —es sólo un ejemplo—

el *caso Linaza*: quienes tengan memoria todavía recordarán el trato miserable prodigado a Elisabeth Huerta, obligada a compartir la portada del rotativo con un etarra. Podría hacerse un nutrido suma y sigue, al ritmo de las peores vicisitudes de lo que justamente se ha descrito como «autonomía policial».

Hoy le toca a Garzón, al que se imputa, con criterio estrictamente *informativo*, eso está claro, unas increíbles vacaciones a costa de los «fondos reservados». La *información*, es obvio, ha partido de donde tenía que partir, llegando, como siempre, justo a donde debía llegar.

No cabe duda: «el fin no justifica los medios»; pero cada fin elige su *medio*.

• Un caso de indefensión

El diputado y ex ministro José Barrionuevo hizo pública y rasgada protesta de indefensión, por el hecho de seguirse un proceso contra presuntos implicados en el *caso GAL*. A pesar de no habersele formulado ninguna imputación por el juez instructor, él se autoconstituyó voluntariosamente en la condición de imputado reclamando los derechos propios de esa situación. El juez consideró no tener —o no tener todavía— base para avanzar en tal dirección y ello le hizo a Barrionuevo sentirse nada menos que como Galileo Galilei frente a la Inquisición.

La afirmación parece exagerada, sobre todo si se compara la reducción al silencio y a la soledad impuesta al sabio por el Santo Tribunal, con la locuacidad agresiva y coral desplegada por el político socialista y quienes con él se han solidarizado. Y la exageración se hace patada al dato histórico, cuando se piensa en la abrumadora distancia que separa la desinteresada labor del ilustre pisano, empeñado en el noble esfuerzo de barrer el cielo con su pequeño telescopio, en pos de los astros, de la ocupación bastante más interesada y mucho más *terrestre* de quien con tanta falta de fundamento y de sentido le nombra.

Eso sin contar, ya en otro plano, con la punta que algún humorista avisado sacó de la desafortunada evocación de GALileo GALilei precisamente en el entorno del *caso GAL*.

* Sección a cargo de la Redacción.

• Otro

No puede sorprender la estrategia *defensiva* desplegada por el ex secretario de estado, Vera, si se recuerda que hace algo más de una decena de años calificó de «terrorismo psicológico» alguna irreprochable actuación judicial en el País Vasco, motivada por acciones de agentes policiales que podrían constituir delitos.

Como para sumarse a la moda, tampoco aquí ha faltado, en una de tantas entrevistas, la evocación de un referente literario: en este caso el Gramsci de los *Quaderni del Carcere* (!)

• Y otro

También Eligio Hernández proclamaba *urbi et orbe* su situación de indefensión, en apasionado diálogo con Javier Sardá en la Cadena SER. En este caso indefensión «de magistrado en ejercicio», que le hacía concebir la esperanza de que el Fiscal del Estado y el Consejo General del Poder Judicial, cumpliendo con su deber legal, decía, y las asociaciones judiciales, le dieran amparo —repetía compulsivamente— por esa su condición de «magistrado en ejercicio». Recordaba a Machado y se ponía un tanto épicamente, como víctima, en el lugar de aquel «españolito» en situación de riesgo por enfriamiento cardíaco.

Y hay algo de verdad, Eligio Hernández es hoy «magistrado en ejercicio». Pero no lo era en los años de los GAL, durante los que ejerció cargos en el área de Interior; ni en la época de la conversación con Amedo, en que desempeñaba el de Fiscal General del Estado en situación de *latente* —algunos dirían que *patente*— ilegalidad.

Por eso, aunque no pueda reprochársele que recibiera al ex policía de la forma que lo hizo, si es que, como señala, recibía a todos los penados que se lo pedían para hablar con él de sus asuntos, lo cierto es que no pudo hacerlo como «magistrado en ejercicio». Por eso, Hernández es posible que tenga un problema, pero es *su problema*.

• Y dos conclusiones

Primera: si los señalados son —como parece, a juzgar por la intensidad y la calidad del ruido— los casos de indefensión que en este país merecen ser denunciados, no hay duda: nuestro sistema procesal penal goza de una salud democrática envidiable. Así pues, tranquilos.

Segunda: el *status* de *indefenso*, en ciertos supuestos, aviva la memoria literaria y parece que estimula la vocación escénica.

• No hay equipo

Un diario del pasado 14 de enero ponía en boca de López Riaño la siguiente declaración: «el equipo que está contra la droga, tanto judicial, como policial, como políticamente, no tenemos miedo a entrar

en los patrimonios de estos criminales organizados».

Seguía el texto: «El delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Carlos López Riaño, anunció ayer que en breve se realizarán dos o tres nuevos embargos similares a los que se han llevado a cabo en el pazo Bayón».

La idea de que ante fenómenos de cierta gravedad jueces y policías deben *cerrar filas* y *militar* en el mismo *equipo* ha podido resultar sugestiva desde una óptica no particularmente afinada de lo que significa la separación de poderes y la distribución de roles institucionales, sobre todo en ciertas materias, en el Estado de derecho.

La experiencia enseña que ese producto subcultural ha impregnado incluso medios que deberían haber quedado a salvo de tal tipo de contaminación. Es el caso de alguna zona de la Audiencia Nacional: jueces y policías *amigos*, operaciones con efectos especiales y en cinemascopio, cuota de pantalla compartida, condecoraciones y, al final, uso táctico de las ventajas derivadas de esa situación por la parte fuerte de la relación, que es la que habría conseguido ampliar su propio espacio a expensas del ajeno.

Lo que sugiere López Riaño entra dentro del mismo capítulo de perversiones del papel de la jurisdicción. El juez *no juega en ningún equipo*. Como juez no participa ni podría participar en *cruzadas*, *luchas* y otras aventuras de dudosa épica contra ningún tipo de mal. El juez debe moverse sólo en su terreno y en la perspectiva del caso concreto sometido a su consideración.

Por eso, no hay *equipo*, ni López Riaño puede ser, y menos en materia de diligencias judiciales, como son los embargos, su portavoz.

• Los 'conversos' de la prisión provisional

Muchos cualificados exponentes de la mayoría política, que se mostraron complacientes con la *ley Corcuera*, y, antes, comprensivos con la *contra-reforma* de la prisión provisional, ahora, precisamente ahora, expresan su preocupación por las garantías y, en especial, por el uso de la prisión provisional. Como lo hacen sin especificar y no resulta posible constatar en ellos una zozobra similar antes de ahora, parece razonable asociar la inquietud que les asalta a la circunstancia de que nuestras cárceles den albergue en este momento a ciertos huéspedes ilustres, en algún momento vinculados al área de gobierno.

Ello hace que no se entienda demasiado bien esa preocupación, suscitada, al fin y al cabo, por presos extraordinariamente bien defendidos —*en todos los frentes*, incluido el teórico—, cuyos derechos conocen un reverdecimiento primaveral y hasta televisivo y que gozan, además, de la tenaz asistencia de un parlamentario que, de tanto visitar, habría dejado sin trabajo a la mismísima Concepción Arenal.

Quizá valdría la pena reservar siquiera una parte de tan exquisita sensibilidad para las decenas de miles de presos *de a pie*. Al menos hasta que les vaya

llegando el turno para hacer uso de su *constitucional*/ derecho a un tiempo de Telediario en la Primera Cadena.

- **De jueces y democracia**

Las actuales vicisitudes del *caso GAL* hacen decir a Arzallus que «los jueces deben pasar una prueba democrática».

Cualquier juez que crea en el Estado de derecho deberá tener claro que en esta profesión, como en todas las que comportan ejercicio de poder y la posibilidad de incidir coactivamente sobre los derechos ajenos, cada acto de este género es un test aplicado a su sensibilidad democrática. Y en ese sentido, siempre será pequeño el rigor en la exigencia.

Ahora bien, cuando quien se autopropone como tribunal examinador es el conocido —mejor: nunca suficientemente conocido— político vasco, que ha suspendido en la *asignatura de democracia* a la mismísima Constitución Española de 1978, es como para estar alerta.

- **¡Pobre ley!**

Nació con prisa para resolver, a cualquier precio, una cuestión política. La calidad de sus frutos en ese plano, a la vista está.

Existe consenso universal acerca de que no dió solución adecuada a ningún problema técnico, y de que, además, creó otros antes inexistentes.

Tiene en su *curriculum* la tacha de inconstitucionalidad del juez que instruye y juzga y una seria advertencia sobre la constitucionalidad *soft* del actual modelo de Consejo.

Pues bien, por si no fuera bastante, algún constitucionalista ha emprendido últimamente una aparatosa campaña en favor de la inconstitucionalidad del régimen previsto para los jueces que fueran nombrados para desempeñar «cargo político o de confianza». ¡Es lo que le faltaba a la pobre!

- **¿Prejujador prejujable?**

El presidente del Tribunal Constitucional ha cuestionado públicamente la imparcialidad del magistrado Garzón en el *caso Gal*. No ha dicho nada, en cambio, acerca de las consecuencias de esa opinión sobre la suya propia, a la hora de juzgar en el recurso de amparo ya promovido ante aquella alta instancia por el imputado De Justo.

- **Roldán: ¿Extradición a la medida?
¿De quién?**

En el momento de cerrar esta edición, a caballo entre dos ministeriales ruedas de prensa y con la impresión en la calle de que pudieran existir también *ruedas de molino* —con lo que está cayendo desde hace tiempo sobre este país— sólo cabe preguntarse si no será verdad que los bordes interno y externo de la ley son tan poco claros, tan imprecisos, como los veía —hace poco— un famoso general...