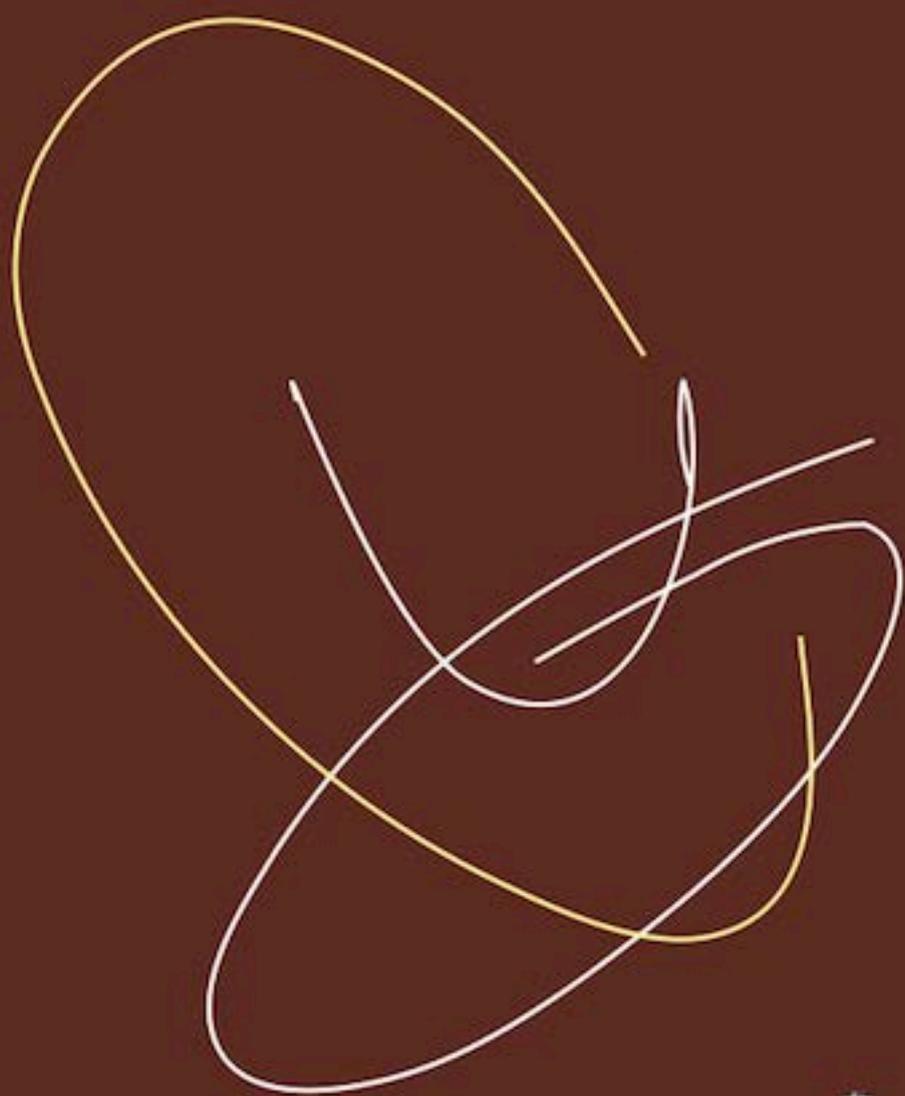


# En torno a la jurisdicción

Perfecto Andrés Ibáñez







## En torno a la jurisdicción



© 2007 Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515 10º A  
(1024) Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Telefax (54-11) 4372-8969/4375-4209  
www.editoresdelpuerto.com  
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego Grinbaum

Impreso en agosto de 2007 en  
Color Efe. Paso 192  
Avellaneda - Pcia. Buenos Aires

Tirada: 1000 ejemplares

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina.

Andrés Ibáñez, Perfecto

En torno a la jurisdicción / Perfecto Andrés Ibáñez ; con prólogo de: Alberto Bovino - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Del Puerto, 2007.

304 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-1397-06-8

1. Garantías. 2. Ética. 3. Poder Judicial. I. Bovino, Alberto, prolog. II. Título  
CDD 340

Fecha de catalogación: 19/06/2007

# **En torno a la jurisdicción**

**Perfecto Andrés Ibáñez**



Editores del Puerto  
Buenos Aires - 2007



## Índice

Prólogo, por Alberto Bovino .....	I
¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?	
Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo .....	1
El “velo” de la justicia .....	23
Para una ética positiva del juez .....	39
Sobre la garantía judicial de los derechos .....	59
Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía .....	77
Legalidad, jurisdicción y democracia .....	107
Poder Judicial y juez en el Estado constitucional de derecho.	
El sistema de consejo .....	127
Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos judiciales .....	143
Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica) .....	153
Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal .....	177
“Carpintería” de la sentencia penal (en materia de “hechos”) .....	219
Presunción de inocencia y prisión sin condena .....	251
Jurado: el debate debe continuar .....	275



## Prólogo

Alberto Bovino

I. Presentar esta excelente recopilación de trabajos del gran amigo y refinado jurista Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ es motivo de orgullo para nuestra editorial.

El autor, generosamente, aceptó la invitación que le haciéramos de publicar una obra suya, agrupando esta serie de trabajos aparecidos en diversas revistas y obras colectivas, que giran, como lo dice el título de este libro, “en torno a la jurisdicción”.

Dada la amplitud del tema y la diferencia temporal en que fueron escritos, podría pensarse que los artículos pueden no estar vinculados unos con otros. Sin embargo, ello no sucede, pues existe un hilo conductor claro que informa toda la obra. Se trata de determinadas “obsesiones” del autor, esto es, de sus preocupaciones más profundas referidas a ciertos problemas estructurales del ejercicio de la jurisdicción.

II. De las diversas virtudes de esta obra llama la atención, en primer lugar –al menos en nuestro contexto–, el profundo sentido autocrítico de un jurista que se ha desempeñado por años como funcionario judicial –actualmente Magistrado del Tribunal Supremo Español– respecto de las prácticas cotidianas de los jueces que administran justicia penal.

En este sentido, además de su honestidad política al admitir e impugnar duramente diversas prácticas ilegítimas del poder del Estado al que pertenece, la validez de sus opiniones derivan de sus convicciones democráticas, de su formación teórica y, además, de su contrastación personal y directa entre sus enunciados teóricos y la realidad que lo rodea.

III. De modo evidente, no intentaremos aquí hacer una reseña de la obra, sino destacar algunos de sus aspectos más valiosos, algunos de los hilos conductores que entretejen la unidad de sentido de esta recopilación. Uno de ellos, el tratamiento de las cuestiones de hecho, resulta de capital importancia entre nosotros, especialmente desde que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación dictara el fallo “Casal”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681–”, 20/9/2005.

El primer trabajo, *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, invita al lector, mediante el análisis del proceso de interpretación y aplicación judicial de los textos jurídicos, a adentrarse en la riqueza y rigor conceptuales del autor respecto de varios aspectos del fenómeno jurídico.

En este artículo, ANDRÉS IBÁÑEZ realiza un minucioso análisis del proceso de interpretación y aplicación de las normas que realizan los operadores jurídicos en el discurso jurídico práctico, esto es, en lo que él denomina “interpretación operativa”. La riqueza del concepto consiste en que refiere al proceso real que se da en la práctica jurídica, lo que implica que éste abarca la interrelación del texto con los hechos concretos del caso, más los datos del contexto de la interpretación –se entiende por “contexto” no solo la subjetividad del juzgador sino también circunstancias externas al caso, pero que influyen sobre la decisión, tales como sus consecuencias políticas o institucionales–.

En este punto, resulta muy esclarecedor el enfoque del autor en cuanto a que en la “interpretación operativa” hay una relación que se retroalimenta entre la norma y los hechos. Esto es, no sólo nos advierte que las normas no vienen al intérprete con un contenido dado previamente, sino que cuando se trata de casos concretos, la *quaestio facti* no puede dejar de influir sobre la interpretación normativa, y lo mismo sucede en sentido inverso.

A partir de este enfoque, cuestiona a la teoría jurídica formalista que se limita a estudiar las normas en un mundo sin hechos. Una de las consecuencias más peligrosas de estos desarrollos teóricos –explica el autor– es que la falta de estudios sobre las cuestiones de hecho dejan librado a la arbitrariedad las decisiones judiciales que se ocupan de ellas.

El autor también advierte sobre otro posible campo de arbitrariedad de la decisión judicial. Ésta tiene que ver con lo que ANDRÉS IBÁÑEZ denomina la “descodificación”, término que abarca dos fenómenos: a) el quiebre de los principios que informan un código luego de sucesivas reformas parciales; y b) la multiplicidad de leyes penales especiales.

En este aspecto, se señala que el legislador, mediante la técnica legislativa que produce estos fenómenos renuncia a hacerse cargo de los problemas propios de su competencia y, a través del abuso del recurso a normas indeterminadas, produce una delegación de competencia política al poder judicial.

IV. En el artículo *Para una ética positiva del juez*, el autor logra condensar de manera notable los aspectos más definatorios de la función judicial, así como los principales barreras para que ésta se haga operativa. Entre ellas, se trata la cuestión de cómo limitar la doble función del juzgador de decir los hechos y el derecho.

El autor reitera aquí su llamado de atención sobre el abandono teó-

rico respecto del tratamiento de las cuestiones de hecho, y de su especial importancia:

“Pues bien, también desde antiguo, la regular presencia del juez va acompañada de la preocupación social por limitar su poder<sup>2</sup>. Inquietud fundada en la conciencia de que, aun cuando actúe con sujeción a normas, sus decisiones se producen en un marco de notable e inevitable discrecionalidad.

Es una discrecionalidad de doble vertiente, pues incide tanto en la determinación de los hechos como en la aplicación del derecho. Por eso, el aludido temor se ha proyectado históricamente en ambos planos. En efecto, cuando se trata de la *quaestio facti*, es perceptible en los sucesivos intentos de recortar la libertad del juez al operar con ella: las ordalías, el juicio de Dios, la prueba legal<sup>3</sup> y el principio *in dubio pro reo* son buenos ejemplos de lo que se dice...

Es más, la preocupación por los abusos de poder cometidos en el ejercicio de la función de juzgar ha sido tanta y tan justificada, que el intento de evitarlos dio lugar a uno de los esfuerzos más caracterizados entre los que alumbraron el moderno constitucionalismo. Y no hay experiencia constituyente en la que ese tema no comparezca<sup>4</sup>. Por lo que no es casual que, en la generalidad de los vigentes ordenamientos, las reglas básicas de la disciplina del proceso tengan el máximo rango normativo<sup>5</sup>”.

Este trabajo, por supuesto, desarrolla varias cuestiones adicionales, entre ellas el papel del juzgador como garante de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su decisión. Tales temas son retomados en otros trabajos, como sucede con el principio de independencia del poder judicial, la selección de magistrados, y el nuevo rol de la ampliación de las competencias del poder judicial, debido a los desarrollos del poder judicial –temas también tratados en detalle en *Sobre la garantía judicial de los derechos; Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos judiciales*–.

<sup>2</sup> [Nota en el texto citado] En este punto es obligada la cita de Montesquieu: “... el poder de juzgar, tan terrible para los hombres” (*Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, p. 152).

<sup>3</sup> [Nota en el texto citado] Se trata de intentos, por más que hoy puedan parecer elementales y toscos, de racionalizar el enjuiciamiento penal mediante la limitación del arbitrio, y de legitimar así la respuesta punitiva.

<sup>4</sup> [Nota en el texto citado] Es paradigmático al respecto el caso de la Asamblea constituyente francesa de 1789. Como escribe Royer, “es en el primer mes de su existencia (...) cuando se preocupa de la reforma judicial...” (J. P. Royer, *La société judiciaire depuis le XVIII siècle*, Presses Universitaires de France, 1979, ps. 175 y siguientes).

<sup>5</sup> [Nota en el texto citado] En este sentido, es emblemático el caso de la Constitución italiana, en la que la ley constitucional 2/1999, de 23 de noviembre, ha introducido un nuevo artículo 111, con toda una completa disciplina del juicio contradictorio.

V. En nuestra comunidad jurídica, quizá lo más interesante que se propone en este trabajo está en la *quaestio facti* y el texto legal, esto es, en la determinación y justificación de la decisión en materia de hechos, y su posterior control por vía recursiva. En este sentido, la mayor cantidad de trabajos tratan directamente este tema, bajo distintos pretextos. Así, cuando ANDRÉS IBÁÑEZ habla de los jueces de la democracia denuncia la persistencia de la cultura autoritaria y vertical de los jueces propios de un poder judicial napoleónico.

El autor, sin embargo, no se queda allí, ya que exige una correcta motivación –sin importar si el fallo es recurrible o no– por motivos extra-procesales y como medio de evitar decisiones que se funden en la arbitrariedad. Sobre este tema que, para nosotros, ha adquirido carácter de exigencia constitucional conforme a nuestra jurisprudencia –a nuestro juicio, sólo cuando se trata de jueces profesionales–, del mismo modo que ha sido establecida en la doctrina del sistema interamericano, se han escrito los trabajos más interesantes de la obra.

Así, varios trabajos se ocupan de esta “obsesión” indiscutible del autor, tales como *Para una ética positiva del juez*, *Sobre la garantía judicial de los derechos*, y, especialmente, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal* y *Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos)*.

En el trabajo *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, el autor realiza los aportes más interesantes. Luego de justificar por qué la motivación de las decisiones judiciales son siempre un imperativo constitucional, señala dos prácticas que evaden dicha exigencia en la práctica judicial española y que también se dan entre nosotros.

En primer término, la práctica de ciertos tribunales de no motivar cuando se trata de resoluciones no recurribles. En este sentido, y en coincidencia con lo sostenido por el autor, en nuestro medio VIRGOLINI y SILVESTRONI han escrito un excelente artículo sobre el tema:

“El derecho procesal penal argentino no admite ámbitos librados a la decisión discrecional de los Jueces, porque ese tipo de facultades, no sujetas a parámetros legales precisos, explícitos y confrontables, constituye una fuente irracional de privación de derechos. Esa fuente es irracional, puesto que no es racional aquello que no puede explicarse. El origen y la estructura del sistema de derechos y garantías individuales exige que lo que debe ser explicado es aquéllo que los restringe, no lo que los fundamenta. Cuando una restricción no puede ser explicada, es irracional”.

“Sin embargo, de la práctica cotidiana de nuestros tribunales se infiere que, por lo menos de hecho, existen ciertos ámbitos de materia aparentemente ajena a una regulación normativa o sin una regulación precisa, y que se llenan con el habitual recurso a las denominadas ‘facultades discrecionales’ de los Jueces...”

Cuando en el desarrollo de los procesos este tipo de actos son justificados bajo la invocación de las facultades discrecionales, de hecho significa que no

pueden ser resistidas por los justiciables, ni confrontados con el derecho o con los hechos de la causa, ni impugnadas por vía recursiva alguna. Es aquí donde se produce la inversión de la función protectora de derechos que incumbe a la magistratura”<sup>6</sup>.

La segunda práctica ilegítima que señala ANDRÉS IBÁÑEZ, que se ha dado en España con el argumento de que todo lo vinculado a la percepción de la prueba siguiendo el principio de inmediación, como el proceso de valoración de la prueba, son decisiones discrecionales del juzgador que, por ello, no debe dar razones.

Nuevamente, VIRGOLINI y SILVESTRONI señalan que la misma práctica ocurre en nuestro país:

“En materia de valoración de la prueba se ha establecido una suerte de dogma de la libertad probatoria, que denosta todo intento de establecer límites o pautas a los criterios empleados por el Juez. El repudio y temor por el sistema de las pruebas legales ha fortalecido ese dogma, que en la práctica se ha convertido en una carta libre para que puedan dictarse condenas sin suficientes evidencias objetivas que las sustenten.

Esa tesitura ha encontrado su garantía en la jurisprudencia de la Cámara de Casación, que por lo general no admite la revisión en segunda instancia de lo decidido por los Tribunales Orales en materia de valoración de la prueba, incluso ante la existencia de un error judicial o ante la violación del principio *in dubio pro reo*. La revisión en casación ha sido circunscripta a los casos de arbitrariedad manifiesta.

Más allá del culturalmente rico y jurídicamente complejo debate sobre los sistemas probatorios, que escapa a los propósitos de este trabajo, cabe señalar que, de una manera práctica, las circunstancias recién mencionadas han abierto la puerta a una suerte de valoración discrecional de la prueba, que no se sujeta a regla explícita alguna, quizás amparada en el hecho de que la ley procesal no incluye normas de este tipo, a contrario de lo que sucedía con el sistema de prueba tasada”<sup>7</sup>.

Además de la explicación que se da en el sentido de que no se motivan los hechos debido a que se consideran no revisables, creemos que, como regla, en un auto o sentencia medianamente complejos la motivación deja bastante que desear, pues bajo el rótulo de valoración y motivación muchos jueces realizan, en verdad, algo distinto. En este sentido, es bastante usual que la estructura de la resolución contenga, por un

<sup>6</sup> VIRGOLINI, Julio, y SILVESTRONI, Mariano, *Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho*, en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar), Sección Doctrina.

<sup>7</sup> VIRGOLINI y SILVESTRONI, *Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho*, citado, notas omitidas.

lado, una extensa enumeración de los diversos elementos de prueba incorporados con cierto detalle de su contenido y, por el otro, las conclusiones a las que se ha arribado, sin solución de continuidad, y sin explicar por qué de esos elementos de prueba se han dado por demostrados esos hechos.

Por este motivo, consideramos que estos aspectos de la obra constituyen una rica elaboración teórica claramente aplicable a la práctica jurídica de nuestro contexto para mejorar sustancialmente la calidad de las resoluciones judiciales. En este punto, resulta extremadamente útil el desarrollo del tema de la motivación de las conclusiones sobre los hechos contenido en el trabajo *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*. Aquí el autor impugna la circunstancia de que sea la inmediación la que impida motivar y, en consecuencia, impugnar y controlar la motivación sobre los hechos. La afirmación es un tanto cuestionable –nos referimos a la extensión que el autor le da– pero es una provocación a un interesante debate de relevantes consecuencias prácticas, pues en nuestro ámbito jurídico determinaría, según doctrina de nuestra Corte Suprema, el ámbito de lo impugnabile vía el recurso de casación.

VI. Otra serie de trabajos –algunos de ellos bastante polémicos–, se refieren en mayor medida al derecho de la organización judicial, por un lado, y al papel del poder judicial en el Estado de derecho del siglo XXI. En este aspecto, nosotros estamos de acuerdo con la solución que el autor critica ácidamente respecto de la posición institucional del ministerio público (*Por un ministerio público 'dentro de la legalidad'*).

El último trabajo es, a nuestro juicio, el más provocativo, máxime teniendo en cuenta que su publicación original fue en el año 1996: *Presunción de inocencia y prisión sin condena*. Allí se impugna duramente el instituto del encarcelamiento preventivo. En primer término, el autor señala, con acierto, que desde que irrumpió el discurso de los Ilustrados, ha existido una grave tensión entre encarcelamiento preventivo y principio de inocencia. Y también, que esta tensión no ha sido resuelta por ninguna justificación aceptable, lo que, en su opinión, continúa generando molestias entre los juristas porque, de hecho, la economía del castigo en nuestros países descansa, principalmente, en la regulación de la prisión preventiva.

En la actualidad, se reconoce que el encarcelamiento preventivo es, en realidad, tan punitivo como la pena privativa de libertad. Es por ello que a esta igualdad sustancial entre coerción cautelar y sustantiva la doctrina y la jurisprudencia le oponen la distinta finalidad entre un tipo de coerción y el otro. Al respecto, el autor señala:

“Este segundo plano de la contradicción resulta perceptible con toda nitidez en el razonamiento del Tribunal Constitucional, cuando sostiene que ‘lo que

en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena' [nota omitida]. Como si la dimensión definitiva e irreversiblemente punitiva de la prisión provisional radicase en el dato externo del fin eventualmente perseguido con ella, en lugar de ser una implicación material, esencial, de la propia naturaleza del instituto, que le constituye en todo caso".

De este modo, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ pone en evidencia la principal aporía de la pretendida justificación del adelantamiento de pena a personas inocentes. Lo hace de manera rigurosa, sin caer en posiciones fundamentalistas, y desde las reglas vigentes del sistema jurídico. En este punto, el tema reviste plena actualidad, pues en nuestro ámbito, en los últimos tiempos se ha generado un movimiento teórico que, desde distintas perspectivas, intenta impugnar la validez de la prisión anticipada.

VII. Para terminar, debemos decir que presentamos un excelente libro, consistente en una recopilación de diversos artículos de un autor que se ha caracterizado por su cercanía a muchos países de la región, y por su compromiso político con la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Su obra resulta de extrema utilidad en todos los sentidos pero, especialmente, en la era posterior a "Casal", donde el análisis de la motivación sobre los hechos y la solución jurídica aplicable se han vuelto temas de conocimiento necesario para todos los operadores jurídicos.

Del mismo modo, el trabajo sobre encarcelamiento preventivo entra de lleno en una polémica que gana cada vez más adeptos en nuestro país, si bien por ahora se limita al plano teórico. Pero son estas valiosas herramientas teóricas las que los jueces y litigantes necesitamos para poder generar prácticas transformadoras en el ámbito de la administración de justicia penal. Este libro, además de su rigor teórico, también cumple esa valiosa función de presentarse como una herramienta transformadora de las prácticas jurídicas.

Buenos Aires, julio de 2007



## Nota introductoria

El modo jurisdiccional de intervención, en tanto que sistema de resolución autoritativo de conflictos a cargo de un sujeto público imparcial y con referencia a algún tipo de normas, es, puede decirse, un universal de presencia rastreable en la generalidad de las culturas. Por eso, y porque representa un modo de ejercicio de poder con incidencia en bienes y valores personales altamente sensibles, ha sido siempre objeto de una preocupación y de un interés crítico asimismo universales.

La razón de esta actitud es fácil de comprender, en la medida que, en general, el juez es alguien que decide en asuntos que afectan de manera intensa a los implicados en primera persona en la causa y cuyas resoluciones, con frecuencia, interpelan también, de una u otra manera, a todo el grupo social. Alguien que “quita” o “da”; que, mejor dicho, siempre “quita” algo a los concernidos por su toma de posición, *expropiados*, al menos, de una cuota de su autonomía, por más que en términos de “contrato social” pueda presumirse un consenso difuso al respecto.

Mi postura en este punto no tiene nada que ver con las conocidas llamadas nihilistas, sobre todo en el orden penal, a la “reapropiación del conflicto” por los interesados, en una propuesta de desinstitucionalización sugestiva por lo naif. Pero tengo claro que la del juez es una figura inquietante, perturbadora; una presencia institucional invasiva en la percepción de los destinatarios de su quehacer; cuya conciencia ha sido con frecuencia golpeada por la acreditada tendencia al abuso, de éste, como, en general, de otros ejercicios de poder.

A ello se deben los reiterados intentos de limitar esa potestad decisional, que van desde los conocidos recursos a la implicación en el juicio de una providencia ultraterrena, a la codificación de reglas de ingenio saber empírico a las que sujetar la valoración de la prueba; hasta los modernos y –ojalá que fructíferos y definitivos– esfuerzos de situar la convicción judicial en el terreno de la racionalidad epistémica.

Ahora bien, si la aludida es una proyección de lo judicial que se reitera como efecto de sus diversas escenificaciones históricas, es también cierto que a estas alturas de la experiencia, al menos la del mundo occidental, existen muy buenas razones para entender que la garantía de los derechos hoy llamados fundamentales tiene que ser judicial en última instancia. Y ahí están las elocuentes vicisitudes del constitucionalismo

para demostrarlo; y la relevancia del “poder judicial” en el de última generación, actualmente *vigente* en la generalidad de nuestros países.

Entre estas dos afirmaciones, es decir, en la constatación del dato de que los mismos derechos que han padecido y padecen a consecuencia de ejercicios prevaricadores de la jurisdicción puedan necesitar tanto de ella, media una paradoja sólo aparente, que guarda relación con la propia ambigüedad de esa instancia, que es la misma ambigüedad del orden jurídico: la que corresponde a su naturaleza dual, de expresión e instrumento de poder y, a la vez, dispositivo de contención de los abusos de éste.

De esas dos perspectivas, de estas dos conflictivas caras del fenómeno jurídico ha prevalecido tradicionalmente la primera, que –tampoco hay que engañarse– tiene una inveterada tendencia a imponerse. Y no (sólo) porque el derecho y sus articulaciones puedan ser (vistas como) la tantas veces predicada manifestación de *una* voluntad de clase o de grupo hecha ley y aparatos, sino porque aquél y éstas han sido siempre un cierto campo de batalla en el que, mientras los intereses materialmente más consistentes, los de los menos, *podían* dotarse de formas institucionales imponiéndose también en este plano, los de mayor rango ideal y de los más, y potencialmente de todos, sólo muy trabajosamente y al precio de un ingente caudal de sacrificio acumulado, han conseguido pasar del terreno de la axiología al de los textos constitucionales.

Como bien ha señalado FERRAJOLI, es mérito de las constituciones nacidas de la victoria sobre los nazifascismos haberse dotado del instrumento jurídico idóneo para solventar esa contradicción, haciendo crecer hacia arriba la kelseniana pirámide, dotándola de una esfera superior, de “deber ser del derecho”, y sujetando también a éste, es decir, a la legalidad constitucional, todos los momentos de ejercicio del poder.

La nueva situación del orden jurídico así alumbrada no cierra el viejo problema, pero, qué duda cabe, lo reubica en un nuevo marco que, para lo que aquí interesa, es una nueva dimensión de los derechos y de la jurisdicción.

En efecto, con todas las limitaciones y lagunas registrables en nuestros ordenamientos en materia de justiciabilidad de los primeros, nadie negará que se han dado inestimables pasos adelante y que asimismo se ha visto enriquecida de manera notable la comprensión teórica del asunto. Del mismo modo, puede hablarse con fundamento de un universal crecimiento al respecto de la conciencia social. Por otro lado, en tema de jurisdicción se ha consolidado un tratamiento constitucional antes inexistente, con traducción en el tendencial fortalecimiento de la independencia y, sobre todo, en una disciplina del proceso, que es todo un régimen de garantías imprescindibles frente al juez.

Estas apreciaciones no sugieren la existencia de algún tranquilizador punto de llegada. No hace falta ser un lince para saber que todos esos avances en los planos normativo e institucional conviven con desarrollos

legales regresivos, con prácticas judiciales odiosas y con el permante riesgo de retrocesos, debido a que las garantías “en serio”, la judicial en particular, tienen sus costes políticos para los sujetos fuertes. Y asimismo costes económicos, socialmente *improductivos*, en el retro-paradigma neoliberal imperante.

Pero con todo, es bien real que los ciudadanos de nuestros países, salvando todas las distancias que se quiera, disponen hoy de instrumentos legales y conceptuales de reciente incorporación aptos para dotar a sus demandas de justicia y a sus pretensiones críticas al respecto de una mayor legitimidad y una mayor eficacia. A la vez, y como consecuencia, la atmósfera del “palacio de justicia” ha experimentado cambios de cierta entidad cualitativa: es menos monolítica, menos hermética, se ha franqueado a más influencias que la del poder en acto, y también es menos confortable para sus más privilegiados habitantes.

Si no todo, casi todo lo que tiene que ver con la administración de justicia ha sido en estos años objeto de discusión, y no sólo desde fuera, sino también desde dentro, de suerte que diversos vectores de opinión han confluído interactuando sobre ella de manera intensa. Así, la legitimidad de la función de juzgar, las formas de reclutamiento de los jueces y la gestión de su estatuto, el modo tradicional de enjuiciamiento y la justificación de las decisiones, son algunos de los asuntos sometidos a debate. Un debate no fácil, porque sobre todas estas cuestiones ha pesado y pesa cierto *secuestro* corporativo, y una poco comprensible indiferencia de la Academia, con el consiguiente déficit de información y de cultura; y hoy son frecuente blanco de intervenciones políticas nada inocentes, cargadas de oportunismo. Sobre todo desde que la justicia, mal que bien, se ha manifestado como un límite activo desde el derecho frente a diversas formas corruptas de ejercicio del poder.

Hace ya bastantes años, FERRARESE se refirió a la administración de justicia como la “institución difícil”. Y ciertamente lo es. Por su posición y su papel constitucionales, que la obligan a dirimir cuestiones de altísima densidad política, sin ser una institución de este carácter. Porque su encargo de *aplicar* la ley pasa hoy por una lectura crítica de ésta en clave constitucional, con frecuencia para salir al paso de situaciones sociales emergentes de difícil caracterización y mediación pero de inaplazable respuesta, lo que da a la *quaestio iuris* un nuevo y conflictivo perfil. Porque sobre el campo del enjuiciamiento de los hechos, tradicionalmente librado a la incontrolable discrecionalidad del juez, se proyectan ahora inéditas exigencias de justificación que ponen en tela de juicio (nunca mejor dicho) la cultura convencional de aquél. Porque la falta de funcionalidad de la articulación interna de los aparatos judiciales a los principios centrales de la jurisdicción, en particular al de independencia externa/interna, tiene una visibilidad hasta hace poco inexistente...

Pues bien, de estos asuntos tratan los trabajos incluidos en el volumen que el lector tiene ahora en sus manos. Todos ellos son fruto de una reflexión generalmente urgida por las solicitudes de la práctica profesional del autor, y, en tal sentido, *comprometida*. A conferir mayor relieve a esta circunstancia ha contribuido también el hecho de que esa práctica y esa reflexión se hayan dado en un período muy característico, el de la “transición democrática” de la España de estos años. En él, la administración de justicia, tanto desde el punto de vista de su configuración interna como de su proyección al exterior ha vivido, a veces *peligrosamente*, en el “ojo del huracán” de las más diversas tensiones. Algo que a mi modo de ver, más allá de la mayor o menor fortuna del tratamiento de las cuestiones abordadas, hace de las vicisitudes de referencia, como experiencia institucional, un útil *laboratorio*: del que, lamentablemente, no siempre han salido las mejores soluciones.

En fin, para ser justo, no puedo dejar de decir que la existencia de esta publicación se debe bastante más a la generosidad de Alberto Bovino y de sus eficaces colaboradoras de Editores del Puerto, Adriana Orlando y Lorena Banfi, que al mérito del autor. Para ellos, pues, mi gratitud.

## ¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo\*

### I. Texto y contexto

En este trabajo se pretende reflexionar sobre el tipo o la calidad de la aproximación que el texto de la ley permite hoy al juez-intérprete. Con ese fin se toma en consideración, no sólo el modo de ser ideal de aquél, sino también el antimodelo que halla cada vez mayor grado de realización en la producción legislativa que nos abrumba (y que, como se verá, encuentra en un lamentable texto legal reciente una expresión ciertamente paradigmática). Se tiene en cuenta, asimismo, una dimensión de la actividad judicial –la relativa a la *quaestio facti*– escasamente atendida, cuando paradójicamente es la que permite al juez mayor uso de la discrecionalidad. Y, en fin, se atiende a algunas otras particularidades del marco en que se desarrolla en la actualidad la aplicación judicial del derecho (preferentemente del derecho punitivo), que contribuyen hoy a hacerla notablemente problemática y resistente al viejo intento de tipificación desproblematizadora. Todo ello, con la pretensión de contribuir, siquiera sea tendencialmente, a hacer más visibles algunos momentos de *poder* relativamente ocultos, en el ejercicio de la jurisdicción y éste más transparente y asequible a formas de control racional compatibles con el principio de independencia.

Con ese fin, se parte de una opción de campo consistente en situar la exposición en el terreno de la que, con palabras de Luigi FERRAJOLI, llamaré *interpretación operativa*; o sea la que “tiene por objeto, más que las normas, las concretas experiencias jurídicas en las que el operador, se encuentra personalmente implicado e interesado, en cada ocasión”<sup>1</sup>. O si se quiere, el juego de la norma en la experiencia de su aplicación –aquí, preferentemente judicial– al caso concreto.

\* En 1992, del 24 al 26 de septiembre, fui invitado por Roberto BERGALLI a intervenir en el IV Congreso Español de Sociología, dentro del área de Sociología del Derecho, con el tema “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho?”. El presente texto conserva ese título, por su expresividad, y tiene aquella exposición como punto de partida.

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L., *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, nº 1, 1966, p. 292.

En definitiva, se trata de discurrir acerca del papel de un determinado tipo de intérprete, como agente de la mediación entre un *texto* y un *contexto*. Tomando aquí *texto*, no en el sentido que le da van DIJK<sup>2</sup>, de construcción teórico-abstracta, que preexiste al y se actualiza en el *discurso* interpretativo. Porque el jurista operativo no actúa a partir de un texto así entendido como *monólogo*, en la medida en que, como ha escrito Ross, “la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente”<sup>3</sup>; sino, antes bien sobre algo más próximo a la idea del “*discurso interactivo*”<sup>4</sup>, sobre un complejo integrado no sólo por la disposición o disposiciones legales –con sus problemas específicos, a los que aludiré–, sino también y a la vez por una situación fáctica, por un conjunto de datos empíricos. Una(s) y otra, que se interpelan recíprocamente, tienen que ser *leídas* en esa relación de mutua implicación, en la que ya se encuentran desde el comienzo de la operación que nos ocupa. Relación en la que la norma es “lenguaje en uso”, instrumento “para la solución de problemas prácticos”<sup>5</sup>.

Por “contexto” se toman ciertos datos de la realidad, de particular incidencia en la tarea de que se trata: la inevitable colocación del juez-intérprete en el marco de algunos parámetros de naturaleza político-cultural (hoy, a veces, directamente política) y también de carácter institucional<sup>6</sup>; la dimensión constitutivamente conflictual del tema sometido, en cada caso, a su consideración; la necesidad de dar una solución –que responda idealmente a la *verdad* de los hechos–, plausible en términos empíricos, a un problema, mediante la aplicación de un precepto.

Parece innecesario decir que ambos niveles de reflexión resultan ser hoy especialmente problemáticos. y no sólo porque presentan aspectos teóricos de interés. Sino –y diría que, ahora, sobre todo– porque en ellos se expresan cuestiones de evidente alcance práctico-político.

“El problema de la interpretación tiende, pues, a hacer emerger, como un componente propio, el problema del papel del jurista, en parti-

<sup>2</sup> VAN DIJK, T. A., *Estructuras y funciones del discurso*, trad. de M. Gann y M. Mur, Siglo XXI, México, 7ª ed., 1991, ps. 19-21.

<sup>3</sup> ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Eudeba, 2ª ed., 1970, p. 140.

<sup>4</sup> Cfr. STUBBS, M., *Análisis del discurso. Análisis sociolingüístico del discurso natural*, trad. de C. González, Alianza, Madrid, 1983, ps. 23-24.

<sup>5</sup> BARBERIS, M., *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990, ps. 90 y 97.

<sup>6</sup> Puede verse en DÍAZ, Elías, *Escrito preliminar a la edición española*, en Renato TREVES, *El juez y la sociedad*, trad. de F. Laporta y A. Zaragoza, revisada y anotada por L. Mosquera, Edicusa, Madrid, 1974, p. 8; una temprana demanda de atención a estas variables como precondición para comprender la verdadera realidad del trabajo del juez.

cular del juez”, escribía Pietro COSTA<sup>7</sup>. Para señalar, como en ese campo, al menos relativamente pacífico en algún momento anterior, fueron a proyectarse después en toda su crudeza ciertas vicisitudes de la instancia judicial, que, puesto que se producen en su interrelación con las demás instancias políticas y en su modo de relacionarse también con la propia sociedad, son una parte de las relativas al *gobierno* de esta última. Atañen a las vicisitudes –la crisis, o, si se quiere, la situación crítica–, en suma, que atraviesa el vigente modelo de Estado.

## II. Inviabilidad de una concepción “hidráulica” del derecho

Volviendo a las cuestiones del texto, parecería que la amplia aceptación de opiniones como la ya clásica de CARRIÓ, de que “la indeterminación marginal del orden jurídico es algo con lo que tenemos que contar”<sup>8</sup>; o la bastante más reciente de LUZZATI de que la imprecisión del significado de las palabras, con referencia a las normas, es algo que “ni siquiera los métodos más sutiles de reducción de la vaguedad son capaces de eliminar completamente”<sup>9</sup>; podrían tomarse como síntoma de una definitiva superación del punto de vista de formalismo dogmático<sup>10</sup>.

Pero éste no deja de hacerse patente, con frecuencia de manera implícita, pero también explícitamente en ocasiones. Tal es, entre nosotros, el caso de REQUEJO PAGÉS, sumamente ilustrativo, como expresión de lo que el propio SCARPELLI<sup>11</sup> considera un radicalismo con escasa presencia en los medios científicos. Pero que, a mi juicio, permanece vivo en la percepción que se tiene del propio rol en un amplio sector, el más tradicional, cultural y políticamente hablando, de la magistratura<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> COSTA, P., *La alternativa “presa sul serio”: manifesti giuridici degli anni settanta*, en “Democracia e Diritto”, 1-2/1987, p. 20 (trad. castellana, *Italia, años 80. Derecho, política y democracia. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 30/1990).

<sup>8</sup> CARRIÓ, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. 1979, p. 70.

<sup>9</sup> LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme, Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 95.

<sup>10</sup> Uso aquí “formalismo” en el sentido en que lo hizo SCARPELLI, *Introduzione all’analisi delle argomentazioni giudiziarie*, en *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunita, Milano, 1976, que califica de “formalista” a aquel que, “entre los juristas, considera que el lenguaje jurídico, en el que el derecho se expresa, tenga una lógica autosuficiente e íntegramente determinante de las operaciones de interpretación y de aplicación del derecho mismo” (p. 409).

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Se trata también del sector más resistente frente a la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales. Precisamente porque la banalización del fundamento interpretativo permite a estos jueces autopresentarse como *bouche de la loi*, condición ésta donde –para el formalista– radica la garantía.

Concibe ese autor el ordenamiento como un sistema cerrado que, “sin necesidad de recurrir a nuevos datos que le son externos, sino sirviéndose de los que ya puede proporcionarse, se desumbilica de su entorno y funciona por sí mismo cumpliendo el cometido que le corresponda, en el caso de los sistemas jurídicos, ordenando conductas”. Después, asimila el “sistema jurídico” a “una red de distribución de agua”. Para concluir, apurando el pueril símil hidráulico, que “el juez debe limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento. No puede añadirles nada. Si según su parecer el producto con el que se encuentra adolece de algunas insuficiencias, no le está permitido corregir *motu proprio* tales deficiencias. Lo que debe hacer es remitirlo al laboratorio de análisis químicos, es decir al Tribunal Constitucional, único órgano habilitado para enjuiciar la calidad del producto y obligar en su caso a los operadores primarios del sistema a que corrijan las deficiencias por él observadas. Quien clora las aguas no es el juez que abre la llave, sino el legislador que decide la composición del líquido contenido en el depósito”<sup>13</sup>.

Desde otra perspectiva, desde luego más atendible, se ha postulado la reserva del término “interpretación” para los supuestos “de duda” (“situación de interpretación”); por oposición a los supuestos de “claritas”, en los que lo que existe es una “situación de isomorfia”<sup>14</sup>.

Me parece, sin embargo, que cuenta con mayor adherencia a la realidad de la tarea que nos ocupa el punto de vista que, formulado inicialmente por Tarello<sup>15</sup>, ha expresado también GUASTINI, y que contrasta abiertamente con el que acaba de aludirse. Para este autor, limitar la existencia de verdadera y propia interpretación a los casos difíciles, nueva versión del *in claris non fit interpretatio*, es perder de vista que ya la misma distinción entre casos “claros” y casos “oscuros” –que obviamente presupone un acto interpretativo– es discutible. Pero sobre todo, es olvidar que la interpretación no puede entenderse como actividad puramente “cognoscitiva”, pues “no existe una cosa como el “significado pro-

<sup>13</sup> REQUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, ps. 111 y 153-154.

<sup>14</sup> WROBLEWSKI, J., Wroblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igartua y J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 24.

<sup>15</sup> El intérprete pone de relieve, decide, o propone el significado que atribuye a un documento, constituido por uno o más enunciados, cuyo significado no está en modo alguno preconstituido a la actividad del intérprete, sino que es su resultado; antes de la actividad del intérprete, del documento objeto de interpretación sólo se sabe que expresa una o más normas, no cuál sea o cuáles sean esta norma o normas: “norma” significa simplemente el significado que se ha dado, o se ha decidido dar, o se ha propuesto que se dé, a un documento del que se entiende, conforme a indicios formales, que expresa alguna directiva para la acción (TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, ps. 63-64).

pio” de las palabras: las palabras tienen sólo el significado atribuido por quien las usa y/o por quien las interpreta. Por tanto, el significado es cambiante, y toda decisión interpretativa es siempre, en alguna variable medida, arbitraria”<sup>16</sup>.

### III. Recuperar la *quaestio facti*

Esto, que puede admitirse con carácter general<sup>17</sup> incluso en una perspectiva *meramente textual*, es decir, aun situándose en un supuesto hipotético de *pura* interpretación *doctrinal*, se hace mucho más patente en el plano de la interpretación *operativa*, por la incorporación de una concreta *cuestión de hecho*.

Tal incorporación acontece no como un fenómeno aleatorio, que fuera consecuencia de la eventual aplicación de una regla de derecho a un hecho extra o pre-jurídico, sino como un dato en cierta manera necesario, porque “la norma jurídica y la experiencia prevista por ella no son extrañables una de la otra, sino que, por el contrario, se dan conectadas por una relación semántica. De este modo, en realidad, la eficacia o relevancia de una experiencia jurídica se configura como la significatividad de ésta en términos normativos”, porque “no hay un hecho y una norma en espera de ser unidos por un acto de calificación del hecho o de aplicación de la ley. Las proposiciones normativas tienen sentido en cuanto hacen referencia a una experiencia jurídica designada como posible, es decir, en cuanto pueden denotar experiencias jurídicas concretas”<sup>18</sup>.

Así las cosas, en contra de lo representado por una imagen cara a cierta mitología judicial, el juez, como intérprete *operativo* por antonomasia, no está nunca “solo”, pero menos aún “a solas con la ley”, *frente* al caso.

A partir de esta constatación, podría decirse que el grado de complejidad de –y el margen que se abre a– la tarea de *atribución de significado* crece en proporción directa al grado de proximidad del intérprete a la *quaestio facti*<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, G. Giappichelli, Torino, 1990, ps. 84-86.

<sup>17</sup> Y entiendo con RUIZ MIGUEL que, efectivamente, “no deben exagerarse las dificultades de la comunicación lingüística hasta creer que la existencia de lagunas o de ambigüedades en el derecho impida decir que hay decisiones judiciales que aplican y se adecuan a criterios abstractos preexistentes” (*Creación y aplicación en la decisión judicial*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, p. 24). Aunque, quizá por deformación profesional, me gustaría matizar en el sentido de preexistentes en algún grado.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, cit., ps. 299-300.

<sup>19</sup> Cfr. al respecto PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 88.

Es decir, al operar, como lo hace el juez, en el marco de un sistema escalonado de instancias, hay siempre un primer momento de máxima contigüidad al segmento de experiencia jurídica sometido a su consideración. En él, se hace preciso entrar –con el lenguaje como único vehículo– en relación directa con los sujetos implicados<sup>20</sup>, con las diversas fuentes de prueba; tomar contacto con la situación a examen, recibiendo así todo un cúmulo de informaciones que deben ser tratadas procesalmente, tamizadas en el juego de las reglas del método probatorio, evaluadas en función de su mayor o menor relevancia o aptitud para integrar un “supuesto de hecho”, en cuya *construcción* como tal el que enjuicia participa de manera activa<sup>21</sup>.

Naturalmente ese encuentro está también lejos de darse “a solas con los hechos”: de poco serviría tratar de escapar a aquel normativismo ingenuo para caer en cierto ontologismo o inductivismo de equivalente grado de ingenuidad y de irrealidad<sup>22</sup>.

El tratamiento judicial de los hechos se produce ya, y desde el primer momento, *sub specie iuris* y en el marco de alguna o algunas hipótesis normativas, que actúan a modo de hilo conductor y circunscriben el desarrollo del proceso en tanto que proceso de adquisición de conocimiento, delimitando al mismo tiempo el espacio de la interpretación. Que es, pues, como escribió FRANK, también “interpretación de los hechos”<sup>23</sup>, de los diversos discursos acerca de los mismos que confluyen en el juez.

Esta dimensión de la interpretación ha sido especial y lamentablemente descuidada por los teóricos<sup>24</sup>, como el resultado ciertamente negativo de contribuir, al menos implícitamente, a la identificación de la tarea del intérprete como un simple acto de lectura de textos.

<sup>20</sup> “Los titulares de las situaciones procesales ... dialectizan lingüísticamente las propias posiciones” (MENNA, M., *Logica e fenomenologia della prova*, Iovene, Napoli, 1992, p. 3).

<sup>21</sup> Como ha escrito EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “la imagen [del juez] como mero observador es falsa. El juez construye el objeto...” (*Los juicios de valor en la decisión judicial en Anuario de Filosofía del Derecho*, 1964, p. 35).

<sup>22</sup> “Los hechos son complicados, los hechos sociales son los más complicados entre los hechos. El mismo hablar de hechos, como si los hechos estuvieran allí tranquilamente por su cuenta esperando nuestro conocimiento fáctico, es un modo ingenuo de expresarse, que oculta gruesas complicaciones epistemológicas...” (SCARPELLI, *Introduzione all’analisi delle argomentazioni giudiziarie*, cit., p. 415).

<sup>23</sup> FRANK, J., *Derecho e incertidumbre*, trad. de M. Bidegain, revisión de G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 79.

<sup>24</sup> Un interés, seguramente excepcional entre nosotros, por las cuestiones de hecho en la interpretación, puede verse en GANUZAS, *Los juicios de valor en la decisión judicial*, cit., en especial las páginas 34 a 37.

Tal circunstancia ha contribuido, de un lado, a generar la falsa percepción de las cuestiones de hecho como algo previo y exterior al momento propiamente *jurídico*, dentro del fenómeno global de la aplicación del derecho. Ha alimentado una falsa conciencia sobre los hechos, concebidos como algo *dado* y significativos por sí mismos, propiciando, correlativamente, la inteligencia de “los juicios de hecho (...) como simples constataciones del ‘dato bruto’”<sup>25</sup>. Y ha favorecido, lamentablemente, el olvido de la dimensión esencialmente *discursiva* de los mismos.

De otra parte, el sensible abandono de la *quaestio facti*, por considerarla, al menos tácitamente, irrelevante desde el punto de vista de la ciencia del derecho, ha contribuido a abrir una zona de “discrecionalidad en cuanto a los hechos’ o ‘soberanía’ virtualmente incontrolada e incontrolable, (que) ha sido pasada por alto por la mayoría de los juristas”<sup>26</sup>.

De este modo, mientras la amplia reflexión suscitada a lo largo de los años a propósito del tratamiento de la *quaestio iuris* ha ido poniendo a disposición de los operadores del derecho con sensibilidad crítica un amplio abanico de recursos teóricos y, sobre todo creando en ellos conciencia de determinadas dificultades, el tratamiento de la *quaestio facti* aparece *objetivamente* confiado a la intuición<sup>27</sup>, a la apreciación *ingenua* del aplicador de aquél, para quien, sintomáticamente, no se prevé ninguna formación específica al respecto<sup>28</sup>.

Incluso, la asimilación del interés por los hechos –y la correlativa llamada de atención acerca de lo que hay de falaz en la certeza del derecho que pretenda obtenerse de espaldas a la dimensión problemática que ellos representan–, a alguna forma de escepticismo jurídico, de subrepticio realismo a la americana, ha contribuido a situar a cualquier manifestación de ese interés bajo sospecha.

<sup>25</sup> UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano. 1979, p. 25. Más recientemente, esta misma preocupación se hace perceptible en CALVO GONZÁLEZ, J., *El discurso de los hechos*, Tecnos, Madrid, 1993.

<sup>26</sup> FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 76.

<sup>27</sup> Este punto de vista tiene frecuente expresión en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así, en la sentencia del 12 de febrero de 1993, ponencia de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, donde puede leerse que la convicción que produce la llamada prueba directa “depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación”.

<sup>28</sup> Como ha señalado ATIENZA, M., “la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones –los casos difíciles– relativas a la interpretación del Derecho ... [sí bien] la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica” (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 20).

Cuando la verdad es que la adecuada comprensión del fenómeno de la aplicación del derecho en toda su complejidad, exigiría, probablemente, situarse más lejos del “formalismo dogmático” que del “conductismo judicial”<sup>29</sup>. Porque, me atrevería a decir, la propia configuración efectiva del ordenamiento, que tantas veces reduce el primero a pura retórica, ofrece amplias posibilidades al segundo en no pocos supuestos<sup>30</sup>, por mucho esfuerzo que se ponga en la invitación a concebir la función judicial *sub specie* de fontanería, como en el caso del autor a que antes se hizo referencia.

En consecuencia, resulta inevitable descartar, incluso como posibilidad, la existencia empírica, dentro de la “interpretación operativa”, de algún momento autónomo de prejurídica aprehensión de datos *puramente fácticos*, en una perspectiva ontológico-metafísica.

Por otro lado, debe asimismo rechazarse una forma de entender el viejo aforismo procesal *da mihi factum*... como significativo de cierta pasividad del intérprete-operador, del juez del enjuiciamiento, incluso en el proceso civil. Porque, si es cierto que, tanto en éste como en el penal regido por el principio acusatorio, el juez está estatutariamente obligado a abstenerse de todo protagonismo e iniciativa en la obtención del material probatorio, no lo es menos que la aportación de parte de esos elementos de convicción es sólo un presupuesto de la conformación del supuesto de hecho, que corresponde a aquél en el ejercicio de su libre convicción, racionalmente ejercida y fundada, a partir del resultado de la actividad probatoria.

<sup>29</sup> Tomo la expresión de HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia, 1981, p. 98.

<sup>30</sup> Un caso paradigmático de la escasa capacidad descriptiva del punto de vista del formalismo dogmático y de la predisposición del propio sistema jurídico, en no pocas ocasiones, a ser explicado en clave “conductista” lo ofrece hoy el tratamiento del aborto en el Código Penal, a partir de la despenalización parcial introducida por la Ley orgánica 9/1985, de 5 de junio, a través del art. 417 *bis*. En efecto, el delito de aborto ha llegado a dejar de existir salvo en la práctica de algunos –muy pocos– jueces y fiscales, de significativa caracterización ideológica y de muy concreta localización territorial, por otra parte. Y todo con ostensible satisfacción de la mayoría parlamentaria responsable del actual tratamiento legislativo del asunto, que, como es bien notorio, ve, paradójicamente, con complacencia la inaplicación de la ley. Otro supuesto que puede servir para ilustrar lo que se afirma es la interpretación que la Sala Segunda del Tribunal Supremo hace de la relación entre el art. 344 del Código Penal y el art. 1.3.1 de la Ley orgánica 7/1982, de 13 de julio, sobre contrabando. Así, mientras en la sentencia de 12 de junio de 1990 (ponente García Ancos), se rechaza “[por obvio] que tal introducción [de droga en España] pueda constituir ningún atentado contra el erario público, al tratarse de productos que se hallan fuera de comercio”; en la de 25 de junio de 1990 (ponente Sierra Gil de la Cuesta), se lee: “hay que destacar que la tenencia de droga con propósito de tráfico e introducida clandestinamente en territorio nacional, supone la existencia de dos bienes jurídicos atacados por dicha conducta delictiva de doble vertiente, como

Efectivamente, el juez recibe testimonios, examina documentos, analiza datos, que le son presentados en forma contradictoria e interesada. Sobre ellos debe realizar una cuidadosa labor de valoración crítica, desechando no sólo los que no ofrezcan garantías de veracidad, sino incluso aquellos que, con independencia de su eventual valor informativo, no hubieran sido obtenidos en el respeto de determinadas reglas procesales del juego, integrantes de la disciplina constitucional del proceso. Así resulta que la dimensión jurídico-sustantiva implícita en el tratamiento de la cuestión de hecho que viene dada ya en un primer momento por la concurrencia de una hipótesis normativa como hipótesis de trabajo del intérprete operativo, aparece además reforzada por la predisposición de un marco formal, imperativo, al que ha de ajustarse el proceso como proceso de adquisición de conocimiento, si se quiere que éste resulte jurídicamente relevante. Y ello sin salir de lo que convencionalmente se considera el campo de la *quaestio facti*.

#### IV. La interpretación, entre Code y descodificación

Ocurre, por otra parte, que el punto de vista del formalismo dogmático, si es desafortunado al discurrir sobre el papel del intérprete, carece también de la aptitud descriptiva del *ser real* de la ley que le atribuyen sus defensores. Y, por consiguiente, también de eficacia explicativa acerca del modo de producirse efectivamente la actividad del intérprete. De cualquier intérprete, pero en particular del que aquí más nos interesa.

Esto que puede afirmarse, desde luego, aunque se tome como punto de referencia el del *Code* en cuanto modelo de legalidad arquetípico y el más próximo cronológica y teóricamente a aquellas posiciones, resulta aun más evidente cuando se consideran las transformaciones experimentadas por la forma ley en momentos más próximos al nuestro y en el momento actual<sup>31</sup>.

---

es, por un lado, el bien jurídico de la salud pública, y por otro, el que acomete a la hacienda pública...”.

Con la curiosa particularidad de que una y otra sentencia aparecen fichadas con números correlativos (1185 y 1186) en el repertorio jurisprudencial Colex, de ese año. Este dato evidencia un problema de falta de coordinación en la formación de criterio del alto tribunal, es cierto. Pero también lo es que la situación está determinada por una previa contradicción entre la línea de política criminal, con expresión en los preceptos tenidos en cuenta, y ciertas reglas dogmáticas –también con reflejo legal– que constituyen el sustrato teórico de nuestro orden punitivo. Son simplemente dos ejemplos de los muchos que cabría citar, y que evocan problemas jurídico-prácticos que no resuelve sin más ninguna inteligencia sistémica del orden jurídico que haga abstracción de su forma de ser real.

<sup>31</sup> Para una aproximación general a esta cuestión, cfr. BARCELLONA, P., *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milano, 1984, ps. 141 y ss. Más recientemente, RODOTÀ, S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, ps. 150-169.

Como se sabe, el ritmo frenético de producción de leyes se ha visto acompañado por importantes cambios en la significación e incluso en la morfología de éstas, que han tenido como primera consecuencia la de acentuar el carácter asistemático e internamente conflictual del *ordenamiento*, con incidencia inevitable en el ámbito de la interpretación. Así, al fenómeno *descodificador*, denunciado tan gráficamente por Irti en el campo del derecho privado, tiene una primera y más aparente manifestación cuantitativa, pero se proyecta también sobre la propia calidad discursiva del texto: “las leyes se multiplican no solamente en el número, sino en las modalidades expresivas y sintácticas, al plegarse cada una al léxico particular o a la simple jerga de la materia regulada. Se aleja cada vez más el mito de un lenguaje matematizador, que se desarrolle sobre la base de significados convencionalmente preestablecidos y según precisas reglas de transformación. Los *lenguajes de las leyes*, múltiples y discordantes, prolijos y ambiguos, declamatorios y programáticos, hacen ya imposible un lenguaje unitario del derecho civil, del que el intérprete pueda extraer criterios constantes y unívocos de lectura. La variedad expresiva, que era propia de los negocios privados, se ha transferido a las leyes...”<sup>32</sup>.

El fenómeno está íntimamente ligado a la cada vez más frecuente degradación de la *actividad normativa a actividad de gobierno*<sup>33</sup>, que tiene su concreción más significativa en las, tan expresivamente, denominadas *leggine* por la doctrina italiana, a través de las cuales el parlamento se limita “a ejercer una función administrativa”<sup>34</sup>.

La situación de la que estos datos son elementos integrantes, a la vez que sugiere un cambio no desdeñable en el papel desempeñado por el legislador, conlleva también repercusiones en la actual significación de la función judicial. De una parte, por la clara interferencia en el ámbito constitucionalmente acotado para la jurisdicción que implica ese modo de legislar<sup>35</sup>. De otra, porque, simultánea y paradójicamente, el mismo carácter proteiforme y progresivamente asistemático<sup>36</sup> del universo nor-

<sup>32</sup> IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 17.

<sup>33</sup> BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, cit., p. 146.

<sup>34</sup> Así RODOTÀ, quien señala como “consecuencias de este estado de cosas sustancialmente dos: la dificultad de obtener una adhesión ‘general’ a una ley así elaborada; y un cambio en el papel del juez llamado a aplicarla, que a los ojos de la colectividad no aparece como un tercero imparcial, sino como el último eslabón de una cadena política” (ob. cit., p. 154).

<sup>35</sup> Cfr. sobre el particular, MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, ps. 44 y siguientes.

<sup>36</sup> De este aspecto de los modernos ordenamientos se ha ocupado ITALIA, V., *La fabbrica delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1990, que hace referencia, entre otras vertientes del fenómeno, a la constituida por el juego de las leyes especiales (cfr. ps. 57 y siguientes).

mativo aplicable amplía el espacio abierto a la discrecionalidad judicial, el abanico de las opciones jurisprudenciales posibles y, por consiguiente, el protagonismo del juez, cuyo “concurso activo” se requiere, como ha escrito SENESE, para “la definición de la regla que le vincula y debe aplicar”<sup>37</sup>. El fenómeno *descodificador*<sup>38</sup> tiene entre nosotros una reciente manifestación en la Ley orgánica 1/1992, del 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, más conocida como *ley Corcuera*. Manifestación de extraordinario valor emblemático y de singular relevancia negativa, porque incide en el terreno especialmente sensible de los derechos fundamentales. Esta ley, con la sedicente pretensión de salir al paso de coyunturales fenómenos productores de “inseguridad ciudadana” mediante lo que, supuestamente, sería sólo un coherente desarrollo del dictado constitucional, supuso una verdadera contrarreforma penal-procesal y del derecho administrativo sancionador, que rompe en aspectos significativos con el precedente modo de entender algunos elementos relevantes del sistema de principios que la Constitución consagra en materia de derecho punitivo y en lo que se refiere a las relaciones juez/policía.

Por eso, renunciando –lo que ciertamente no es fácil– a consideraciones más precisas sobre los contenidos de ese malhadado instrumento legal<sup>39</sup>, es útil referirse a él como momento de verificación de lo que se

<sup>37</sup> SENESE, S., Voz “Giudice (nozione e diritto costituzionale)”, *Digesto*, Utet, Turín, 1991, 4ª ed., vol. VII, p. 42, de la separata, por donde se cita. Señala el autor cómo esa ley, a cuya definición debe concurrir el juez, “no se presenta como un dato textual inmóvil y fijo puesto por una única autoridad, sino que es más bien una combinación de ley ordinaria y norma constitucional que puede invalidarla o, de cualquier modo, ponerla en tensión, de leyes y tratados internacionales, a las que hoy se añade, y en medida creciente, la normativa comunitaria”, *ib.*, ps. 41-41.

<sup>38</sup> En contra de lo que el propio término pudiera sugerir, la *descodificación* no se produce sólo por la dispersión en una pluralidad de textos legales del tratamiento de materias que antes lo tenían exclusivamente en uno: el *código* correspondiente. Hay también *descodificación* cuando, mediante reformas parciales, se rompe la unidad de principios inspiradores o la organicidad de una determinada regulación, bajo la apariencia de formal conservación como vigente del texto matriz. Un caso paradigmático es, sin duda, el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *en vigor* desde 1882, a pesar de que, en la actualidad, el proceso-tipo que allí se establece ha pasado a tener una significación marginal en términos estadísticos. Y también a pesar de que en ella coexisten modelos procesales que responden en su inspiración a criterios con frecuencia antitéticos (me he ocupado de esto en *Cien años después: lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ahora en *Justicia/conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, ps. 145 y siguientes).

<sup>39</sup> Remito al respecto a mi *Viaje a la prehistoria de las garantías: la “modernización” de la ley Corcuera*, en “Jueces para la Democracia”, *Información y Debate*, 13, 2/1991, ps. 3 y ss. Cfr., asimismo, BERLANGA RIBELLES, E., *Régimen sancionador en la ley Corcuera*, en “Jueces para la Democracia”, *Información y Debate*, nº 14, 3/1991, ps. 18 y siguientes.

viene diciendo acerca de las transformaciones operadas en el orden normativo. Y precisamente en aquel sector del mismo, el derecho punitivo en sentido amplio, que ha sido tradicionalmente el objeto por antonomasia de las preocupaciones dogmáticas, de los más caracterizados intentos de reducción del campo abierto a la disponibilidad del intérprete, con fines de garantía.

Pues bien, el artículo 21 de la *ley Corcuera* se separa sensiblemente del tratamiento –inspirado en el principio del hecho– que la libertad personal recibe en el artículo 17 de la Constitución Española y contradice el paradigma indiciario acogido en la ley-marco en cuestión de intervenciones coactivas sobre las personas, que es la de Enjuiciamiento Criminal. Y, al hacerlo, acentúa la quiebra de la unidad de principios inspiradores del orden penal-procesal. Esto ilustra acerca de lo que se ha venido considerando una, o quizá la más significativa, de las propiedades de la llamada legislación excepcional, pero que, como ha puesto de relieve recientemente FERRAJOLI<sup>40</sup>, representa sobre todo –en versión macroscópica, si se quiere– uno de los rasgos constitutivos del orden jurídico del estado de derecho y, en esa calidad, tiene extraordinaria relevancia para la labor del jurista-intérprete.

Señala este autor que la positivización de los derechos fundamentales de la persona en los modernos ordenamientos constitucionales, ha transformado, en buena medida, la vieja distancia entre el ser y el deber ser ideal *del* derecho, expresada antes en la dicotomía ley positiva/ley natural, en un contraste entre ser y deber ser en el derecho, que se presenta ahora como una *incoherencia* o *antinomía* interna. Como un desfase entre sus diversos niveles normativos. Porque, en efecto, es bien conocido e incluso tópico, que las exigentes formulaciones que con carácter de derecho positivo se contienen en las constituciones de nuestros estados de derecho, distan mucho de verse plasmadas con el mismo rigor en las disposiciones de inferior rango, por no hablar ya de las prácticas de los sujetos institucionales.

Semejante evidencia justifica, a juicio de FERRAJOLI, la acuñación de un nuevo concepto, sustancial, de *validez* de las normas, que concurre sólo cuando éstas, además de no haber sido producidas de forma regular –es decir, de hallarse formalmente *vigentes*–, responden en sus contenidos a las exigencias de principio proclamadas en la Constitución. De donde la habitual falta de traducción fiel de tales exigencias en la legalidad ordinaria debe ser tomada como una constante estructural del estado de dere-

<sup>40</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª ed., 2001, ps. 354 y siguientes.

cho, que resulta así connotado por una permanente tasa de ilegitimidad jurídica, derivada de la falta de respeto a las reglas que él mismo se ha dado. La toma de conciencia de esta situación comporta para el intérprete, vinculado por el principio de jerarquía normativa, y en particular para el juez, un inevitable elemento de tensión y un nuevo factor de dificultad, puesto que claramente introduce un serio coeficiente de distorsión en el ámbito de la legalidad.

## V. Levantar el velo

Los datos esquemáticamente sugeridos en lo que precede llevan de forma inmediata a un resultado: tener que rechazar la imagen del ordenamiento y de la tarea interpretativa que propone el formalista dogmático. Y no por ingenuamente irreal, sino, antes bien, por *activamente encubridora* de aspectos sustantivos de la realidad de la experiencia jurídica y del inevitable condicionamiento que de éstos se deriva para el actuar del juez.

Frente a aquella propuesta, que gusta presentarse rodeada de un halo de neutralidad y cientificismo, que difícilmente puede ocultar, sin embargo, su ostensible falta de rigor y su organicidad a una concreta política del derecho con tendencia a autovalorarse como la única constitucionalmente posible, se impone la afirmación insistente de determinados rasgos de nuestra realidad jurídica. Unos atinentes al universo normativo, otros característicos de la actividad de sus operadores; y todos ellos condicionantes –como se ha dicho– de la naturaleza y la calidad de las prácticas en que se concreta la aplicación del derecho, la judicial especialmente.

Entre esos rasgos me parece necesario destacar fundamentalmente los siguientes:

1. La expresión “estado de derecho” hace referencia a un modelo límite, caracterizado en su funcionamiento por un permanente grado de insatisfacción de las exigencias de principio normativamente asumidas como criterio inspirador y regulador de su propia actividad. De ahí deriva lo que FERRAJOLI ha descrito como “la aporía de la irreductible ilegitimidad jurídica de los poderes públicos en el estado de derecho”<sup>41</sup>.

2. Esta dimensión estructural de íntima contradictoriedad se ha visto acentuada, de una parte, con la incorporación a los catálogos constitucionales de los llamados “derechos sociales”, de imposible actuación y accionabilidad por sus hipotéticos titulares, como tales derechos, y así condenados, no obstante el rango normativo de su formulación, a la inexistencia práctica y jurídica. Y, de otra, porque en los estados –“socia-

<sup>41</sup> Ídem, p. 866.

les” o no— de derecho se ha acentuado extraordinariamente la desviación del modelo constitucional, en lo que se refiere a los modos de operar y de relacionarse recíprocamente el legislativo y el ejecutivo. Todo ello con inevitable repercusión en el estatuto efectivo del poder judicial.

3. El tenor de algunas intervenciones de cerrado sabor formalista, como aquella de la que se ha dejado constancia, hace necesario reiterar la obviedad de que el legislador real no es desde luego el que presuponen los planteamientos del formalismo dogmático. Y no lo es en varios sentidos: porque no ostenta el monopolio de la legitimidad en el complejo proceso de producción-realización del derecho; porque su intervención no cierra el ordenamiento al juego de las influencias *extrasistémicas* en los distintos momentos de su aplicación<sup>42</sup> y, en consecuencia, tampoco excluye toda otra actividad *creadora* de derecho<sup>43</sup>. También en el sentido de que, con frecuencia, los actos del legislativo presentan una dimensión *política* colateral o sobreañadida que nada o poco tiene que ver con la que corresponde a la fisiología del modelo, que, por el contrario, resulta defraudada. Me refiero a los supuestos en que el acto formal de legislar —por el juego de las relaciones entre partidos, en función de coyunturales intereses, o por pura inhibición difícilmente justificable, sobre todo en algunos temas— se resuelve en una verdadera y propia elusión de la responsabilidad de dar el adecuado tratamiento normativo a alguna cuestión conflictiva, que así se desplaza en su integridad problemática al juez<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Como gráficamente expresara CALAMANDREI: “si el jurista va en busca de la *ratio legis*, esto quiere decir remontar las corrientes políticas que han originado la ley” (*La crisis de la justicia*, en AA.VV., *La crisis del derecho*, trad. de M. Cheret, Ejea, Buenos Aires, p. 320).

<sup>43</sup> A este respecto, como ha señalado CAPELLETTI, cabe decir que, “desde el punto de vista sustancial, la creatividad del legislador puede ser en suma cuantitativamente, pero no cualitativamente diversa de la del juez” (*Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 16).

<sup>44</sup> Pocos ejemplos tan elocuentes como los representados, entre nosotros, por las intervenciones corporales y las *interceptaciones telefónicas*. Las primeras, cuya afectación a derechos fundamentales como la integridad física, la libertad y la intimidad personal (arts. 15, 17 y 18.1, CE) es poco discutible, y cuya práctica, sobre todo en alguna de sus modalidades como el cacheo con desnudo integral, goza de notable amplitud (de las aduanas a las comisarías, pasando por los centros penitenciarios), a dieciséis años de 1978 pertenecen en el más absoluto vacío legal. Mal cubierto en el caso de los análisis de sangre, para verificación del índice de alcohol en materia de tráfico, por una disposición sin rango de ley orgánica. De este modo, tales medidas sumamente agresivas para aquellos derechos fundamentales, se hallan abiertas a una utilización que difícilmente puede dejar de ser arbitraria, cuando faltan los mínimos referentes normativos.

Las segundas no conocieron hasta 1988 otra regulación que la tenida por implícita en el art. 18.3 de la Constitución, que sólo preveía la derogación del derecho al secreto de las comunicaciones en virtud de resolución judicial. Pues bien, la Ley Orgánica 4 de ese año, del 25 de mayo, que modifica el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *desarrolló* el precepto constitucional en términos de extraordinaria precariedad e insuficiencia, y que

4. También parece conveniente reiterar la inadecuación de la categoría *sistema* para referirse al conjunto de reglas jurídico positivas que disciplinan una determinada realidad. O, caso de no renunciarse a su empleo, habría que tomar en consideración que es la aportación de la jurisdicción y de la doctrina la que contribuye a dar al término lo que pudiera tener de proximidad descriptiva al dato empírico. Como escribió Tarello, “el carácter de ser sistema no es un carácter de conjunto de las normas de un derecho, sino antes bien un carácter del *modo de mirar* adoptado por quien examina el conjunto de las normas de un derecho. No es que el derecho en sí constituya un sistema, sino que el derecho *en cuanto mirado* como conjunto de normas interrelacionadas (por ejemplo, por la unidad de fuentes, de derivación material o formal, de proyección institucional, de usuarios o grupos de usuarios, de fin analítico) aparece como sistema (en uno o más de los significados mencionados)”<sup>45</sup>.

Por eso, la afirmación de que la clausura del ordenamiento a la influencia de *elementos extrasistemáticos* es un dato constitutivo de él, lejos de describir algún fenómeno real más bien prescribe un modo de ser prácticamente irrealizado, por irrealizable, y oculta las inevitables insuficiencias ordenadoras de cualquier orden jurídico. De ahí, precisamente, la necesidad de un permanente esfuerzo *integrador*; por lo general encomendado a la magistratura<sup>46</sup>. Labor integradora que en el discurso formalista se niega o se oculta tras de la ficción consistente en “aparentar que los criterios de decisión siguen siendo intrasistémicos”<sup>47</sup>.

5. La ambigüedad de los términos y vaguedad de los conceptos, que se registran en el lenguaje natural son, asimismo, predicables, como bien se sabe, del lenguaje jurídico, que no es sino una manifestación tecnificada de aquél<sup>48</sup>. Una y otra, ambigüedad y vaguedad, pueden verse acen-

---

producen más perplejidades que seguridad en la práctica, puesto que omiten los aspectos esenciales del uso con garantías del que se ha convertido en uno de los medios más extendidos –y más agresivos– de la investigación criminal.

<sup>45</sup> CAPELLETTI, S.; GUASTINI, R. y TARELLO, G., *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, ECIG, Genova, 1979, p. 94.

<sup>46</sup> A este respecto J. R. CAPELLA ha escrito: “La intervención de la autoridad jurídico-política, aunque no elimina las deficiencias (lagunosidad, contradictoriedad, vaguedad o ambigüedad) que se oponen a la calculabilidad del derecho y a su pretensión sistemática, realiza en cambio la función de *alterar* el derecho existente integrándolo con normas a él ajenas hasta el momento de esa intervención” (*Sobre el discurso jurídico. La teoría general de las normas*, Facultad de Derecho, Barcelona, p. 58).

<sup>47</sup> ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La Jurisdicción: definición y criterios de legitimidad*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 9, abril, 1990, p. 19.

<sup>48</sup> Cfr. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., ps. 28 y ss.; CAPELLA, J., *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, ps. 246 y ss. También GÓMEZ, A. y BRUERA, O., *Análisis del lenguaje jurídico*, Belgrano, Buenos Aires, 1991, ps. 79 y siguientes.

tuadas hasta límites insospechados por razones puramente técnicas, de mala técnica legislativa; ésta, a veces, simple instrumento de una opción política expresiva de la voluntad de dejar un género de supuestos en una situación de indefinición normativa calculada.

6. A los aspectos de imprecisión y ambigüedad que connotan las disposiciones jurídicas ya en el plano puramente discursivo, se unen las discontinuidades e incluso contradicciones constatables en el ámbito de los principios informadores y de los contenidos normativos, que justifican, como hemos visto, la denuncia de una ineliminable tasa de “ilegitimidad jurídica” como dato constitutivo del orden legal del Estado de derecho.

7. Las circunstancias a que acaba de aludirse se proyectan en su conjunto sobre la actividad del juez coadyuvando a hacerla, en alguna medida, incierta. Esta incertidumbre y la correlativa imprevisión acerca del comportamiento del juez que necesariamente lleva consigo, confieren a la actuación de éste una consistente dimensión política. Como ha recordado GUARNIERI, “el juez puede elegir entre alternativas sobre las que sobre las que existe incertidumbre”<sup>49</sup>; y el espacio que así se abre a la decisión relativamente autónoma implica “un nuevo poder”<sup>50</sup>.

Más recientemente, FERRAJOLI ha puesto de relieve que “el carácter político de la actividad judicial no es el fruto de una opción ideológica o deontológica, sino un dato de hecho, ligado a los defectos de garantías y a las imperfecciones estructurales que están presentes en diversas formas en todos los ordenamientos penales positivos”<sup>51</sup>.

8. Junto a esa tasa inevitable de impregnación política, coesencial o inmanente al modo de operar judicial, se ha producido la activación de otra fuente de *politización* de la función jurisdiccional, difícil de imaginar hasta hace bien poco.

La cuestión tiene que ver con la progresiva extensión de la esfera de la acción pública y su preocupante deterioro, que hace que el *Estado* aparezca, de una u otra forma, cada vez con más frecuencia, como *justiciable*. Y no sólo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ahora tam-

<sup>49</sup> GUARNIERI, C., *L' indipendenza della magistratura*, Cedam, Padova, 1981, p. 47.

Al hablar de incertidumbre no se piensa sólo en casos-límite, supuestos de libro, de escasa incidencia práctica, sino en muchos que afloran en la práctica cotidiana de cualquier juez. Así, por ejemplo, los que se presentan con ocasión de la aplicación del último párrafo del art. 501 del Código Penal, cuando se refiere al uso de “medios peligrosos”, como criterio de agravación específica de la pena. O del art. 344 *bis* a.3 del mismo texto legal, cuando hace uso de la expresión “notoria importancia”, relativa a la cantidad de la droga aprehendida. En ambos casos se trata de una calificación con importantes consecuencias en el orden de la pena, y en ellos el criterio de demarcación se cifra en grados de peligrosidad o en gramos de sustancia, en principio de libre apreciación.

<sup>50</sup> GUARNIERI, *L' indipendenza della magistratura*, cit., p. 57.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 170.

bién ante la penal. Carlos DE CABO había descrito, tiempo atrás, alguno de los aspectos de este fenómeno como “judicialización del conflicto socio-político”<sup>52</sup>. Hoy menudean las alusiones a la judicialización (en la vertiente penal) como una incidencia patológica. Ocurre, sin embargo, que la patología –por la degradación posiblemente criminal de un porcentaje sorprendente de conductas de operadores públicos– *precede* a la intervención –necesaria– del juez.

No han faltado interpretaciones demagógicas y reductivas del fenómeno, que ha querido atribuirse a una especie de súbita explosión de incontrolado afán de protagonismo en los medios de la magistratura. Sin embargo, como ha hecho notar RODOTÀ, refiriéndose al caso italiano, ciertamente paradigmático en la materia, “todos los indicadores cuantitativos disponibles señalan, por el contrario, que es la sociedad la que exige una cuota creciente de respuesta judicial”; y no puede decirse que la de los jueces en estos supuestos sea “una actividad impropia o incluso, ilegítima, porque, en la inmensa mayoría de los casos, se ha tratado de atribuir relevancia a derechos, intereses, necesidades, sujetos, que ya habían asumido relevancia en el cuadro constitucional o, incluso, habían obtenido un reconocimiento formal por parte del legislador”<sup>53</sup>. Y en muchos otros supuestos, no se ha hecho más que aplicar previsiones contenidas en el Código Penal, de valor normativo, al menos en principio, *erga omnes*<sup>54</sup>, a conductas *típicas*.

Resulta así que el juez, que, en general, nunca había podido elegir dejar de ser –en alguna medida– *político*, en la situación en curso, tampoco ha tenido la oportunidad de optar autónomamente por ser *más político*. Simplemente ha visto crecer la incisividad y frecuencia de sus intervenciones en espacios que habían permanecido generalmente inmunes a ellas, y acentuarse la densidad política de las mismas, por la dimensión pública de los sujetos tocados ahora por el *ius puniendi*. No resulta extraño que tales acciones susciten un notable malestar, por la carga de deslegitimación que conllevan para los afectados y por lo difícilmente objeta-

<sup>52</sup> C. de CABO MARTÍN, *La crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1986, p. 75. Ahora suele hablarse de una –se sugiere que abusiva– “judicialización” de la política. Se habla menos de que ésta tiene que ver muchas veces con una previa degradación criminal de sí misma y con un desprejuiciado recurso al juzgado como instrumento de lucha política, al que generalmente no renuncia ningún partido (cfr. sobre estas cuestiones mi trabajo: *La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de derecho*, en “Claves de Razón Práctica”, n° 40, marzo de 1994, ps. 2 y siguientes).

<sup>53</sup> RODOTÀ, *ob. cit.*, ps. 171 y 174.

<sup>54</sup> Un excelente tratamiento de estos asuntos en la perspectiva de la experiencia italiana, puede encontrarse en BRUTI LIBERATI, E., *La magistratura e i fatti di corruzione politica*, en “Questione Giustizia”, n° 3-4, 1992, ps. 489 y siguientes.

bles que resultan en el plano de la legalidad. Y que, asimismo, rompan algunos esquemas consolidados.

Pero lo que no puede aceptarse son los intentos de presentación del asunto como una suerte de toma por *los jueces* de algún poder atípico. Porque *los jueces* como sujeto colectivo titular de la jurisdicción no existen, ya que la proyección de la actividad jurisdiccional, por su propia naturaleza –tratamiento individualizado de supuestos concretos ya producidos– es solamente *intersticial*<sup>55</sup>, ocasional, asistemática, y se limita a ocupar, caso por caso, y respondiendo a una demanda externa, los espacios previamente abiertos por la actividad normativa. En cualquier caso, esa nueva forma de presencia judicial en un campo en el que la misma era prácticamente desconocida, expresa una potencialidad implícita en el diseño del poder judicial en el estado constitucional de derecho, como articulación institucional al servicio de un principio, el de legalidad, que, sobre todo en su vertiente penal y en presencia de lesiones a ciertos bienes jurídicos colectivos esenciales, no admite restricciones, y menos por razón de los sujetos.

9. No parece ya fácil, en este contexto –y menos aún a la vista de ciertos hechos–, presentar el momento interpretativo y, sobre todo, la interpretación judicial del derecho como el simple acto de lectura de un texto diáfano en su significación y desproblematizado, por parte de un operador-terminal-pasivo de un sistema al que se hallase conectado poco menos que electrónicamente. Por el contrario, en el acto de aplicación del derecho el dato legal lleva consigo o está abierto a otros extralegales, que invariablemente le acompañan; mientras que el juez pone en aquella tarea bastante más que el simple accionamiento de la llave de paso en un sistema de cañerías.

Esto, en el desarrollo de la que cabría llamar administración ordinaria de justicia, porque en aquella otra clase de supuestos recientes, ya no sabría decir si *extraordinarios*, a que he aludido, los factores de complejidad y el espesor directamente político del actuar judicial conocen un desarrollo verdaderamente macroscópico. Ciertamente no hay salidas judiciales para las crisis políticas. Pero está por ver si resulta constitucionalmente posible eludir el tratamiento judicial de las cuestiones que legalmente lo demanden y cuáles serían las consecuencias para el sistema democrático, de hacerlo así.

10. Hay situaciones, como la generada en España por la transición democrática que, además, en todo caso, añaden otro nuevo ingrediente de complejidad a los ya señalados –a los señalados como *normales*– en la

<sup>55</sup> Cfr. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, cit., p. 42. También FERRARESE, M., *L'instituzione difficile. La Magistratura tra professione e sistema politico*, Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 124.

materia que nos ocupa. Me refiero al identificado por FERRARESE en la emergencia de una Constitución con carácter de norma positiva de aplicación directa, es decir dotada de valor jurídico-formal, y, al mismo tiempo, abierta de manera explícita a valores (civiles, políticos, éticos)<sup>56</sup>. De ello se deriva la consecuencia de que “cuanto más se aproxima la esfera operativa del juez al terreno de la constitucionalidad, tanto mayores resultan las implicaciones del mismo en materia de legitimidad”<sup>57</sup>. Y, en consecuencia, tanto más potencialmente conflictivas las relaciones con las instancias concernidas.

11. Parece necesario reiterar, por la falta de tratamiento que, en general, padece la *quaestio facti*, que es en la fijación de ella donde se concentra, quizá, el mayor grado de discrecionalidad que cabe en la aplicación judicial del derecho. Y también llamar de nuevo la atención acerca del escaso interés que este aspecto, nuclear, del asunto ha suscitado en el jurista formalista y, probablemente, incluso no-formalista.

Quizá porque el punto de la fijación de los hechos, que tiene su sede más sensible y más caracterizada en el campo del derecho punitivo, ha estado tradicionalmente abandonado a la discrecionalidad policial. Discrecionalidad confortada por una actitud judicial –ésta sí pasiva y formal– de complaciente inhibición legitimadora de pautas institucionales con muchísima frecuencia infralegales. Por ello, no tiene nada de particular que la taxonomía jurídica se haya detenido en los límites de lo que sería ya el ámbito de otra disciplina o bien un puro dato de facto, cabe incluso que extra-sistémico, y, en cuanto tal, irrelevante para el jurista.

<sup>56</sup> G. ZABRELSKY ha señalado: “si se tienen en cuenta algunos hechos –que hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia junto a o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en ‘naciones de contenido variable’ y por tanto cumplen una función esencialmente dinámica–, se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio” (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, p. 146).

Manuel ATIENZA ha puesto recientemente de manifiesto, entre nosotros, de forma bien gráfica, cómo puede traducirse este rasgo del ordenamiento constitucional en la práctica de los tribunales en presencia de un “caso difícil” interferido por fuertes exigencias de carácter práctico-político. Cfr. *Tras la justicia. Una introducción al derecho al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993, en particular el capítulo cuarto *Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida*, ps. 88 y siguientes.

<sup>57</sup> FERRARESE, *L’istituzione difficile. La Magistratura tra professione e sistema politico*, cit., ps. 69-70.

## VI. La difícil certeza posible

Reformulada aquí la pregunta que encabeza este texto, creo que la respuesta se encuentra ya dada. La ley, aun si concebida *sub specie* del paradigmático tipo ideal representado por el *Code*, es claro que no dejaría nunca de estar abierta a una cierta diversidad de tomas de posición en el momento aplicativo. Incluso en el caso de que un “hercúleo” autor del texto, cuadrando el círculo, hubiera logrado expulsar del mismo cualquier sombra de vaguedad, toda ambigüedad posible, siempre quedaría pendiente la tarea de producir en serie el número de intérpretes-clónicos, programados en una única clave de lectura, que fuera necesario para accionar, con uniformidad de cadena de montaje, todas las “llaves” de la “red” (dicho sea en jerga de fontanería sistémica).

Cuando el orden jurídico, por el contrario, se encuentra tan alejado de aquel modelo como lo está actualmente el que forma parte de nuestra realidad, parece que cualquier intento serio de comprensión demanda un tipo de aproximación bien distinto.

En esa línea apunta lo que se ha venido exponiendo, que pone de manifiesto la inviabilidad de un tipo de *certeza*, la del positivismo legalista, que en opinión de uno de sus más caracterizados exponentes sólo sería posible cuando “domine soberana... una voluntad constante, coherente consigo misma, objetivada y objetivamente válida: es decir, la voluntad de la ley”<sup>58</sup>. “La certeza del derecho como certeza legal, absolutamente irrealizable en el estado contemporáneo” (CORSALE<sup>59</sup>).

Ahora bien, la denuncia de la condición no simplemente *ideal*, sino *ideológica* de ese tipo de certeza, no implica la exclusión de cualquier otra modalidad de certeza como posible. Y, menos aún, que se ponga en duda la importancia que un razonable grado de previsible regularidad de las respuestas *del ordenamiento*, en particular a través de las resoluciones judiciales, tiene para el desarrollo de la vida social y política de cualquier comunidad organizada.

Ocurre, sin embargo, que los datos disponibles acerca del modo de ser del orden jurídico y de los factores de diversa índole que inciden en su aplicación, llevan necesariamente a pensar en el valor de certeza, no como una propiedad metafísica que fluyera unilateralmente y sin más del texto legal, sino como la resultante esperable –dentro de algunos límites– del juego interactivo de toda una serie de factores. Una serie compleja de factores de cierta heterogeneidad, de la que algunos son (relativamente) controlables por el conjunto de los operadores que intervienen en los diversos momentos del proceso de producción y aplicación de la ley. Y

<sup>58</sup> LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 140.

<sup>59</sup> CORSALE, M., *Certeza del diritto e crisis di legimità*, Giuffrè, 2ª ed., 1979, p. 234.

también, al menos en alguna medida, susceptibles del principio de control que implica el conocimiento y la posibilidad de valoración y crítica pública *ex post* por los destinatarios del conjunto de acciones institucionales de que se trata. Otros, tienen que ver con transformaciones en curso que afectan en profundidad a la actual forma de estado constitucional de derecho, a las relaciones internas entre sus diversas instancias, y a las de éstas con la sociedad, y cabe temer que no sean tan controlables en buena parte de su inevitable incidencia.

Siendo así, parece obvio que la *certeza posible* es una *certeza dinámica*, la *certeza como resultado* tendencial de la convergencia de una serie de esfuerzos, de la operatividad de algunos resortes preventivos y reactivos, orientados a posibilitar otros tantos momentos del ejercicio de una racionalidad crítica explícita, destinados a desplazar lo que hoy son, tantas veces, formas de ocultación del ejercicio de algún grado de discrecionalidad abierta al arbitrio.

Una tal certeza nunca podría buscarse dando la espalda a los datos constitutivos del modo de ser actual del orden jurídico<sup>60</sup> y del *modus operandi* que hacen posible. Por eso, frente a una cultura del encubrimiento o de la renuncia a hacer frente a esos datos, debe propugnarse y trabajarse por una cultura fundada sobre el conocimiento de ellos y de la naturaleza efectiva de las prácticas que inducen. En lo que aquí interesa, por un reforzamiento sensible de la dimensión cognoscitiva de la función jurisdiccional, de la conciencia del carácter de los actos que la constituyen, de lo que en ellos pueda haber de ejercicio de un mayor o menor grado *de poder*, a veces escasamente vinculado. Así será posible, entre otras cosas, cumplir con eficacia democrática la exigencia de motivación<sup>61</sup>, entendida como el deber inexcusable de dar cuenta de las auténticas razones del acto o proceso de decisión, que *preactúa* garantizando una mejor calidad de éste en todas sus dimensiones.

<sup>60</sup> ZAGREBELSKY ha señalado que la superación del “déficit de certeza” que hoy acusan los sistemas jurídicos excede del campo de la interpretación, haciendo hincapié en la necesidad de “organizar esa tendencia a la transformación, intrínseca al ordenamiento, para que destruya otros valores” (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2003, p. 146).

<sup>61</sup> Esta exigencia cobra en la actualidad todavía mayor relevancia cuando se repara en la frecuencia con que el juez se ve obligado a actuar conforme a la lógica de lo *razonable*, en situaciones frecuentemente connotadas por la fluidez y elasticidad –a veces contradictoria– de los referentes normativos y la complejidad, atipicidad y conflictividad de muchos supuestos de hecho. De nuevo, remito, ahora para unas consideraciones sumamente lúcidas sobre el papel del juez en este contexto, a ZAGREBELSKY, ob. cit., ps. 147 y ss., entre otras.



## El “velo” de la justicia\*

### I. Temas “de verano”

Este texto tiene su origen en la invitación a participar en un curso de verano, para desarrollar con libertad lo que el título, ya dado en los mismos términos que se mantienen, pudiera sugerirme.

Como se sabe, los cursos de verano –de notable arraigo en nuestro país– gozan de una curiosa particularidad. Las intervenciones se solicitan, por lo general, a meses de distancia y el tipo de actividad y la época de su realización parece que demandan algo imaginativo, desenfadado e, incluso, compatible si no asimilable en algún grado a la idea de vacaciones: feliz situación en la que suelen hallarse los destinatarios. Así, es fácil que se induzcan y se produzcan aceptaciones en las que se prescinde de considerar el grado de riesgo implícito en la materia. A lo que contribuye en buena medida la marcada tendencia a integrar elementos estimulantes en el título; que, con frecuencia, incita al descubrimiento, a una exploración por caminos más o menos alternativos a los, también, más o menos trillados de las disciplinas convencionales, de las *de invierno*, para entendernos. De este modo, se alimenta ese *gusanillo* un tanto frustrado por la rutina que suele anidar en quienes se dedican a tareas de las convencionalmente denotadas como intelectuales, sobre todo, si esto sucede en marcos burocráticos.

Así las cosas, diré que “El ‘velo’ de la justicia” me pareció un buen título: un excelente título *de verano*. Y esto, como debe ser, ya antes de plantearme siquiera la posibilidad de hallar para él algún contenido. Primero, porque la semántica del término “velo”, en la aproximación más material y tangible, remite de entrada a alguna clase de tejido sutil, ligero, del tipo del tul o la gasa (en aquel momento, el lino tenía fuertes connotaciones políticas); o sea, algo propio del estío. Después, porque tomado en la primera de las acepciones del diccionario, habla de algo que (en)cubre, pero nunca del todo, pues el velo siempre deja ver, sugiere. Al

\* Este texto es un amplio desarrollo de la intervención “Las passions i la justicia”, dirigido por el prof. J. De Lucas, dentro de los cursos de la XVI Universitat d'estiu de Gandia, en julio de 1999. Publicado en “Claves de Razón Práctica”, nº 102/2000.

extremo de que hay toda un erotismo del velo en su relación con el cuerpo humano: históricamente, el femenino en particular, por bien sabida razón de machismo. Erótica a la que va unida y es connatural una dinámica del velo, implícita en la función alternativa de tapar (nunca por completo), y descubrir (asimismo parcialmente) lo cubierto, más bien, insinuado. Con lo que el velo sitúa al observador en un (in)cierto límite, zona imprecisa, como tal abierta al vértigo, siempre inquietante.

De forma tópica, el velo, en esa doble función, suele asociarse al ejercicio de algún tipo de danza. Pero ésta es una actividad que, al menos en principio, me parece difícil de relacionar con el segundo elemento del par que rotula estas reflexiones: la justicia. Por eso, creo que la búsqueda de aproximaciones o analogías en este campo sería demasiado arriesgada incluso en verano; y probablemente inasequible para una imaginación poco literaria, como la de quien escribe.

Ahora bien, hay oficios en los que el velo es auténtica herramienta de labor, así en el caso del sacerdocio. No sé ahora, pero antes un velo tapaba/dejaba ver la figura del cura en el confesionario, cierto que sólo por el lado –el central– al que accedían los hombres. “Velación” es la acción de cubrir a los contrayentes en el matrimonio canónico, precisamente, con un velo, mediante el que se subraya la solemnidad del rito. Con un suerte de pequeño velo se cubría el cáliz en algún momento de la misa. Y en período litúrgico de penitencia, los altares de los templos católicos se tapaban con enormes telas moradas para poner en ellos un evidente toque de sobriedad. Hay, pues, una patente relación entre el velo y lo sagrado, que cualquier erudito en el asunto podría ilustrar con un sinfín de referencias comparadas.

Con todo, el *velo* adquiere relevante protagonismo laico en alguna teoría política. Así, RAWLS le atribuye un papel singular en su *Teoría de la justicia*. En este caso, es “velo de ignorancia” que, en la posición originaria ideal, tendría asignada la función de preservar a los hombres de la condicionante percepción de las particularidades de su situación real, como presupuesto de la adopción de decisiones desinteresadas en el esfuerzo cooperativo necesario para la construcción de un marco de convivencia justo.

El oficio judicial juega con el velo como corresponde a un género de actividad que entronca, al menos históricamente, con la divinidad y con el misterio. En este caso, se trata de un velo metafórico, multiforme y plural, que se diversifica en un nutrido elenco de elementos, funciones y proyecciones, a algunas de las cuales me referiré en lo que sigue.

La presencia del velo se hace patente ya en la misma entrada del palacio de justicia. Lo porta de forma ostensible la patrona civil en el imaginario habitual. En la representación más tradicional y tópica, la mujer que simboliza a la justicia cubre sus ojos con una venda, mientras sostiene la balanza; como diciendo que, en la materia, hay que renunciar o

autolimitarse en la percepción de los datos del entorno para ponderar con equilibrio. (Caminar con los ojos cerrados en línea recta es una manera empírica de acreditar el grado de sobriedad –la capacidad de mantener la equidistancia de ciertos límites, en este caso espaciales– que se aplica a los conductores de los que se sospecha podrían hallarse bajo los efectos de alcohol).

Esa imagen de dama cegada –¿totalmente?– por el velo, abundando en la metáfora, podría remitir al modo ilustrado y liberal, garantista, diríamos hoy, de entender la justicia, en el que el juez ni necesita, ni debe saber ni verlo todo del justiciable, pues ha de circunscribir el juicio al hecho y sólo al hecho concreto. Algunos –con clara predisposición medicalizadora, que en derecho se diría correccional– entenderán, en cambio, que eso implica patente injusticia, puesto que el hecho aislado sólo tiene valor sintomático, y *tratar* el síntoma haciendo abstracción del cuadro personal en que se inscribe es una forma anticipada de renunciar a la *cura*.

Pero a estas alturas de la experiencia, es claro que no cabe asimilar justicia a terapia, aun cuando se participe de la legítima aspiración a que el juicio tenga algo de personal y socialmente saludable. Pues se sabe que cuando el juez ha querido ser médico, su *justicia-medicina* se ha teñido con facilidad del negro color de la toga, y el resultado ha estado mucho más cerca del exorcismo, de la *demonología* (CORDERO), que de la racional indagación sobre los términos reales del conflicto para llegar a una fundada individualización y atribución de la responsabilidad del mismo.

## II. La toga, cuando vela...

En la toga no es difícil –diría que más bien aquí obligado– ver una manifestación elemental del *velo*. De ella dijo CARNELUTTI que “no es un vestido de trabajo”. Y quizá no lo sea, pero no hay la menor duda de que, en cierta concepción sacerdotal de la justicia, nunca desterrada del todo, semejante hábito hace el papel de traje de faena.

En efecto, en ese modo de entender la justicia el juez sin toga se sentiría, más que desnudo, desorientado, perdido, porque –también con palabras de CARNELUTTI– le faltaría “la divisa” (uniforme, en italiano), que viene de dividir, pero –dice este autor– tiene relación con discernir y distinguir. Y es que la toga separa y distingue, crea distancia y, al hacerlo, redistribuye el espacio, coloca a cada uno en su sitio, clasifica a quienes participan en el rito. Esto, por supuesto, dentro la sala de audiencias, donde el abogado viste toga que no lleva escudo, a diferencia de la de los jueces, fiscales y secretarios. Pero la toga también discrimina dentro de éstos, pues el escudo será dorado, o sólo plateado, según; los sujetos de la categoría inferior no lucen “puñetas” (otra suerte de velo, esta vez una puntilla orlando la bocamanga) y los de las superiores, según los países,

pueden llegar a desbordarse en todo un lujo de imaginación de guardarrropía y parafernalia.

La diferencia de categoría, tan importante en las organizaciones jerárquicas, en Italia, por ejemplo, se simboliza con particular efectismo plástico mediante la toga *di ermellino*: en la que el armiño pone un llamativo toque de nieve sobre los hombros de los más altos magistrados; que en otras latitudes llevarían pelucas, a veces, de un rubio ceniciento, como de muñeca Barbie. Igualmente en Italia, tierra tan fértil para la metáfora, se ha recurrido a la toga como factor de diferenciación en el discurso sobre el Consejo Superior de la Magistratura, a cuyos componentes se clasifica en *laicos* y *togados*, según procedan o no de la carrera judicial.

CARNELUTTI hizo una reivindicación de la toga. Si el juicio se orienta y tiende a la justicia, y ésta, la institucional, encierra una aspiración a esa justicia esencial que sería atributo divino, el que la oficia ha de tener un toque sacerdotal. En ese contexto y para el ilustre procesalista, “la toga invita al recogimiento”. Algo, en su criterio, bien ajeno a ciertas degradaciones de la publicidad rectamente entendida como garantía del imputado, que él ya advertía en su época, en ciertas formas incipientes de presencia masiva y perturbadora del público en las salas y en algunos también incipientes usos mediáticos instrumentalizadores de la información judicial, constatables ya entonces.

CALAMANDREI vio, asimismo, en la toga un resabio sacerdotal que se resiste a abandonar al juez en el proceso de secularización experimentado por la justicia bajo el influjo de la cultura liberal-democrática. Es un proceso en el que el valor justicia “desciende del cielo”, se apea de la escatología, trabajosamente y a desgana *aterriza*. La renuncia, nunca total, al mito de la inspiración trascendente se hace idealmente método en la tensión intelectual al tratamiento racional de los datos como precondition de justicia jurisdiccional. Se opta por una verdad más modesta y menos misteriosa, la del conocimiento inductivo, sin fluorescencias y, curiosamente, más luminosa en la presentación de la realidad de los hechos.

Pero en ese tránsito, la toga permanece y, con ella, inevitablemente cierto halo de sacralidad, que no sólo es un arrastre inercial, puesto que también se cultiva de forma consciente, y no sólo por los operadores. Así, el legislador democrático insistió, en general, en mantenerla; y al español de 1985 le costó trabajo prescindir (¡que ya es manía!) del traje negro para debajo de aquélla, previsto en algún proyecto de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el vigente contexto de valores, todo hay que decirlo, la toga ha sido objeto a una nueva lectura, debida a CALAMANDREI, que quiso ver en ella el inédito significante de un valor alternativo a los tradicionales. La toga, dijo el extraordinario jurista, despersonaliza tendencialmente al juez, simboliza la exigencia de uniformidad en las actitudes y los com-

portamientos, como garantía de objetividad e igualdad en la aplicación de la ley.

La toga es forma, pero ni sólo forma ni forma inocente. Está cargada de sentido y puede llegar hasta “imprimir carácter” como se hace visible en las actitudes engreídas y hieráticas de algunos de sus portadores más convencidos, de cualquier zona del estrado, por cierto. Actitudes tan bien ilustradas por Daumier, cuyos dibujos, en una hermosa edición francesa, aparecen prologados por alguien que, de forma paradigmática, se presenta: *Je suis de robe...*

En el caso de la toga, aunque su tejido no suela ser nada sutil en contra de lo que correspondería a un velo que se precie, y porque “ella misma es discurso” (GARAPON), el modo de lucirla resulta siempre expresivo: enseña tanto o más que oculta del que la lleva. Desde luego, lo hace en quienes la portan con la conciencia del que se sabe partícipe *del misterio*, investido de la “unción carismática” (DE MIGUEL GARCILÓPEZ) que producía –¿produce?– haber ganado la oposición de ingreso en la magistratura.

Quienes participan de esta actitud esencialista, al mismo tiempo que sacramentalizan lo banal, suelen tener predisposición a banalizar otras formas –las de garantía– entendidas como intolerable manifestación de desconfianza frente al juez ungido, como supuesta traba en la búsqueda de una verdad consistente, tendencialmente absoluta. En este tipo de discurso, generalmente implícito, la justicia es sobre todo *poder*, pero no frente a los otros poderes, formales e informales, con los que, en tal concepción, suele mantener una relación subalterna *de facto*, sino frente a los sin poder. En tal caso, pues, Justicia (a secas y con mayúscula, ni siquiera administración de), poder desigual, separado y misterico, fácilmente arbitrario, pero, eso sí, togado y bien togado.

Hay otra modalidad, muy curiosa, de culto (involuntario) a la toga. Es el que, con evidente paradoja, se hace patente en un grupo de sus detractores, que tiende de manera infantil a hipertrofiar su significación, con lo que, igualmente, la magnifica. Declaran la guerra a la toga, pero sólo o casi sólo a la toga, a un falso enemigo de trapa, al síntoma, apenas árbol que –en ese modo de operar contra él– no deja ver el bosque.

Existe un tipo de abogado candorosamente *engagé*, que se esfuerza en hacer visibles los *blue-jeans* por debajo del hábito o el vello pectoral a través del cuello de la camisa ostensiblemente desabrochado, descorbatado y generosamente abierto. Como es ley que “las vírgenes se aparecen siempre a los pastores”, no resulta nada infrecuente que este letrado contestatario vaya a topar con un juez de los de ego togado “como Dios manda”. Y, claro, como ha sucedido alguna vez, terminan, entre los dos, armando “la de Dios es Cristo”. Pero, eso sí, casi nunca falla, ese letrado de la contestación estética, al subir al estrado, no podrá reprimir una,

siquiera leve, inclinación de cabeza. También sirve a sus intereses que el estrado tenga algo de ara.

He recordado, con CARNELUTTI, que la toga divide o separa. Y esto es predicable igualmente de la del abogado, incluso con *blue-jeans* y eventual *descamisado*. Porque asimismo pone distancia entre él y sus clientes, en la misma medida en que, en la percepción de éstos, le aproxima ideal y espacialmente al juez, con el que comparte *parquet* y escena, en un oficio que confiere al que lo ejerce cierta calidad de *medium*.

Esa clase de percepción aparece deliciosamente captada, con evidente implacable intencionalidad crítica, en una expresión que pude escuchar de labios de una vieja y experimentada litigante castellana. Esta, mediana propietaria rural, por no ceder en el empeño de desahuciar a algún colono de sus tierras, decía hallarse dispuesta a seguir pleiteando aunque al fin “se las comieran *los sentados*”, es decir los togados. Entre los que, salta a la vista por el tenor del discurso, no veía motivos para establecer distinciones.

El juez viste la toga, es cierto, pero también lo es que ésta, con toda su carga de significado, se coloca o se pone *sobre* él: le marca. A veces, de manera tan realmente aplastante como en el caso de la elocuente viñeta de otro dibujante francés, que sugiere la existencia de todo un “superyo togado”. Representa una audiencia pública, en la que el reo es un payaso canónicamente vestido como tal, con todos los atributos: traje de lunares, nariz rematada en bola, gorro cónico, coloretes en las mejillas. Frente a él, el tribunal, trajeado como corresponde, con toga e, incluso, birrete. Cerca, el fiscal, de idéntica guisa. En ese marco, el presidente se dirige al payaso-imputado y le inquiriere, curioso, con patente ingenuidad: “¿Y no podría usted vestirse como todo el mundo?”.

Hay también otras manifestaciones de ese mismo subconsciente togado. Una de ellas reciente y de mi propia experiencia. Recuerdo a un fiscal que pasó, hace no muchos años, por los tribunales de Madrid. Feriviente partidario de la justicia negociada, a la americana, perseguía la conformidad del acusado con el mismo celo que el cazador a la pieza. Era generoso en el esfuerzo y consciente de que los productos difíciles sólo se venden con una importante reducción en el precio. Así, para *abaratar*, más de una vez, con artes de faquir, hizo *desaparecer* el cuchillo de un robo con intimidación. Su estilo era llano y directo: ofrecía, literalmente, *rebajas* en la petición de pena. Pero, todo hay que decirlo, antes de acceder al *mercado*, se quitaba religiosamente la toga. Y, luego, descendiendo del estrado, salía al paso del letrado de la defensa para abordarle, como corresponde a una tarea prosaica, en lugar *no consagrado*.

En este orden de cosas, recuerdo otra experiencia personal, bien distinta, pero igualmente cargada de sentido. Al poco de haber comenzado a ejercer de juez en un histórico partido judicial, hace más de un cuarto de siglo, una mujer deficiente, llamémosla X, sufrió un intento de agre-

sión sexual de parte de un sujeto también él bastante por debajo del límite. Por fortuna, la cosa no pasó de algunos destrozos en la ropa de la víctima, que –en su limitada consciencia– no había vivido con especial dramatismo la penosa situación. Él llegó detenido al juzgado y tuvo que declarar. Entre vacantes y vacaciones, no había más que un funcionario auxiliar, ausente en ese momento, y yo mismo hacía de mecanógrafo. Estábamos solos en un despacho destartado y el denunciado, muy corpulento, en un momento del interrogatorio, se levantó de la silla como movido por un resorte inclinándose hacia mí por encima de la mesa. Cuando cualquiera hubiera pensado que iba a haber “más que palabras”, todo quedó en el susurro de una a medias “usted se le hubiera puesto X como se me puso a mí, ¿qué hubiera hecho?”.

El núcleo de la anécdota está, obviamente, en ese “de hombre a hombre”. En la invitación de mi interlocutor a situar el tratamiento del tema en un más acá de la frontera que separaba en ese momento nuestras posiciones, de manera, a su entender, artificiosa e irreal. A colocarnos empáticamente del mismo lado de la línea que me impedía acceder a la comprensión de su caso en la clave que, desde su elementalidad, él reclamaba como más justa. Desde luego, yo no llevaba toga, pero es claro que mi función de ese momento sí era togada.

### III. Otros “velos” judiciales

También la *justicia-aparato* en sí misma, como instrumento de intervención, *vela* o *desvela*. Esto es, incide de forma relevante en la percepción e, incluso, en la misma *producción* social, como diría con razón el criminólogo crítico, de los fenómenos que caen dentro de su área de influencia.

POULANTZAS, en un libro casi mítico para la izquierda de hace algunas décadas, se refería al “efecto de aislamiento” como una consecuencia característica del tratamiento jurídico –también del judicial, por tanto– de los problemas. Con ello quería aludir al hecho de que, abordado un conflicto con esa óptica, los implicados en él –en especial, la parte débil– al adquirir la investidura de la abstracta condición de sujetos de derecho, se desprendían de ese radical elemento identificador y genético que son las determinaciones sociales. Así, contribuían al falseamiento de sus propias señas de identidad.

Y es cierto, el abordaje jurisdiccional de las cuestiones más problemáticas, produce, en alguna medida inevitable, ese efecto, que trae causa, precisamente, del dato previo que se expresa en la opción por un modelo de Estado desactivador del conflicto social entendido como una suerte de antagonismo no esencial, de mediación posible.

Esto se hace evidente con la mayor frecuencia en el plano de la jurisdicción penal, más permeable a la realidad del conflicto y con

mayor carga polémica actual. Pues los pleitos de derecho privado discurren muchas veces entre portadores de intereses sustancialmente equivalentes, suelen carecer de connotaciones particularmente dramáticas, y, en general, transcurrir en medio de cierto halo de indiferencia pública.

Pero, en el marco de la justicia criminal, imputado equivale hartas veces a marginado y no son raros los casos –en ocasiones simples juicios de faltas– que por las más variadas razones tensan la opinión. En estos supuestos, la observación de POULANTZAS adquiere auténtica consistencia plástica, incluso escénica: sólo quienes trascienden el filtro formal, las *partes procesales*, entran en relación con el juez, mientras el resto de las *partes sociales* reivindican o denuncian en la calle, frente al palacio de justicia, con la pretensión de hallar eco en el interior de éste. Como buscando recomponer o integrar la imagen real del asunto mediante la incorporación al objeto del proceso de aquellas determinaciones extra o prejurídicas que quedan fuera de él, del otro lado del *velo*, como efecto de lo que es un depurado trabajo de abstracción jurídica.

Sin embargo, ocurre que incluso el propio mundo del derecho y de la justicia presenta en su interior curiosas discontinuidades y momentos de contradicción. Así, no es extraño –es más bien lo corriente– que en cierta clase de asuntos *el velo* para (en)cubrir algún tipo de actividades lo ponga o, al menos, lo propicie o lo ofrezca un cierto sector de la legalidad jurídica. La especialidad en esto la tiene de antiguo la *lex mercatoria*, con sus instituciones objetivamente favorecedoras de la fragmentación, dispersión y ocultamiento de las titularidades de los intereses más consistentes y, por ende, de la responsabilidad de sus formas de (ab)uso. Tanto es así, que *el velo* ha adquirido estatuto para-institucional en la materia. Un velo que, en estos casos, lo pone –no sé si habría que decir *malgré lui*– de la manera indicada un área del ordenamiento jurídico que, al hacerlo, contribuye objetivamente a prestar amparo a actividades muchas veces ilegítimas, de distintos grados de ilegalidad. Esta circunstancia ha obligado a acudir a otro campo del sistema jurídico, el judicial-penal, para instar lo que ya se conoce como “levantamiento del velo”.

En estos supuestos, porque el espesor del velo lo hace realmente opaco y porque las cosas del derecho, sobre todo de la parte de éste más teñida por la lógica del beneficio, suelen estar bien atadas, la operación nunca fue fácil. Primero, porque *otra* lógica, la del propio sistema jurídico, informadora de la estrategia de referencia, a través de los sinuosos caminos de la diversificación disciplinaria, había dado al derecho una estructura celular; de células, además, con marcada propensión al autismo. Después, porque, complementariamente, la ideología del jurista, intelectual orgánico por antonomasia de los titulares de poder, ha contribuido, por la vía de la especialización *ratione materiae*, a favorecer peculiares formas de inhibición y desentendimiento con resultados de

impunidad. Bien conocida es la abusiva denotación impunista como materia “civil” de tantos graves actos de depredación realizados mediante el recurso a alguna técnica, no siempre demasiado sofisticada, de ingeniería jurídico-mercantil. Con todo, lo cierto es que aunque sea en un movimiento de lentitud exasperante comienza a haber cultura jurídica del problema y, consecuentemente, alguna jurisprudencia. Aunque está muy lejos de invertirse la regresiva selectividad de la justicia penal en la protección de los bienes jurídicos; sobre todo frente a las agresiones masivas, a cargo de esos sujetos *inexistentes* pero omnipresentes que son los nuevos atípicos gestores del “crimen global” (CASTELLS). Por eso, el NERUDA radical y rotundo de *Canto General* sigue afirmando con toda razón cuando se interroga: “... cómo entretejieron al rico y a la ley? ¿Con qué tejido de hierro sulfuroso, cómo fueron cayendo pobres al juzgado?”.

La justicia penal es poquísimas veces *de ricos*; y, perversiones de la analogía, el “cuello blanco” de éstos cuando delinquen y entran –lo que no es fácil– en el circuito penal, suele transfigurarse en “guante” del mismo color con el que procesalmente se les trata. Ello, a despecho de la objetiva gravedad de los hechos, pues, como bien se sabe, la delincuencia de los negocios, con todas las implicaciones y ramificaciones institucionales perceptibles en los fenómenos de corrupción, es bastante más grave en sus consecuencias de toda índole que la delincuencia común convencional; y no se diga que la de subsistencia, que, además, tiene mucho de efecto social inducido por la primera.

Pero no cabe negar que se ha producido algún cambio de indudable valor en estos años, aunque a veces sea más que nada valor simbólico. De una parte, al hacerse evidente que el “efecto de aislamiento” denunciado por POULANTZAS es bastante más complejo en su modo de operar. Pues funciona no sólo como diafragma entre las estructuras jurídicas e ideológicas y las relaciones económicas y de clase; sino que se prolonga en un simétrico “efecto de encubrimiento”, de interposición de un tupido *velo de derecho* entre sectores del propio orden jurídico, como hemos visto. Y de otra, porque incluso en el marco de la propia cultura jurídica existe conciencia de que la proyección del derecho y de su articulación, la justicia institucional, acusa bajo la forma de una profunda selectividad de ascendencia ideológica y cultural, la misma desigualdad reinante en las relaciones sociales. La difusión de esta conciencia –en algunos casos sólo *sub specie* de mala conciencia– es en realidad apertura del marco jurídico y de sus operadores al pluralismo de los valores y las posiciones, con lo que supone de introducción en ese medio, antes pesadamente homogéneo, de elementos de contraste generadores de un inédito factor de transparencia y dinamismo, cuyos efectos positivos, aun moderados, no pueden dejar de señalarse.

#### IV. El hombre de toga

Escribió Quintiliano SALDAÑA, en un libro significativamente titulado *El hombre de toga*, que “el juez es sacerdote de una religión, universal y eterna, que no tiene reformadores, ni conoce herejías...”. Pues bien, ello era del todo real en momentos en que correspondía al juez la función *sacerdotal* de alimentar y conservar cierta falsa imagen de su oficio, institucionalmente inscrito en el marco del ejecutivo. Función ideológica de ocultación de ese dato que teñía a sus prácticas de inevitable, por objetiva, parcialidad política. En el vigente contexto constitucional y legal se dan condiciones –aunque, con todo, no las ideales– que permiten hablar de un cambio relevante en el estatuto y el papel del juez. Pero hay un arrastre cultural –de cultura judicial– que permanece, aunque, ciertamente, no incólume, por no haber sido abordado en su propio terreno mediante la necesaria radical reflexión crítica. Radical, porque es el humus nutriente de unas *raíces*, muchas veces de anclaje subliminal, que no quiere decir inocente, lo que se trataría de remover. Y de hacerlo en la dirección de una ética de las virtudes democráticas (ATIENZA).

En efecto –aunque hay buenas razones para esperar que la nueva época de la Escuela Judicial, apenas iniciada, comience a dar sus frutos– hasta la fecha el juez ha sido, básicamente, hechura de *preparador*; figura ésta que, en general, emerge de los estratos más convencionales de la magistratura, de la que, consecuentemente, ha venido transmitiendo también lo más convencional. El *preparador* ha ejercido de paciente y pertinaz acrítico transmisor-reproductor de los tópicos del oficio en el espacio privilegiado de la relación *vis a vis*.

Pero también hay que decirlo, *la preparación* comienza ya antes del inicio de ese singular magisterio, en la universidad, tradicional fuente de *prepositores* en la más tradicional de las claves; lo que no habla, precisamente, en favor de la calidad del magisterio, en muchos casos de una llamativa fisiológica funcionalidad a la reproducción clónica del *juez heredado*.

Este modelo ha estado siempre connotado por ciertos valores negativos, de los que, entre los más caracterizados y caracterizadores, se cuenta el autoritarismo; que cuando concurre no puede dejar de irradiar de forma potente en todas las manifestaciones de una función que lo es de poder. Generalmente se evidencia en la creación de distancias innecesarias, en la resistencia inconsciente a la aceptación de las garantías, en la tendencia a ocultar, en vez de explicitar, la *ratio decidendi* de las resoluciones que se pronuncian. En definitiva, en prácticas presididas por el hermetismo –de nuevo el *velo*–, que aflora, ya de entrada, en los mismos usos lingüísticos.

En el plano de las actitudes, ese *pathos* es el reflejo de un perfil –supuestamente– ideal delineado con increíble plasticidad por MARTÍNEZ

CALCERRADA en un libro publicado en 1970: “*El juez sólo y siempre es juez*: es el final resultante; fruto de lo anterior, el órgano judicial, sometido a la contemplativa de personalidad que lo regenta, discurre por el concierto social impregnado de su carisma profesional”. ¡Casi nada!

Este juez podrá compartir o no la preocupación de HIJAS PALACIOS por el hecho de que “ningún juez había alcanzado el grado de la santidad”. Podrá estar o no de acuerdo con él en que los jueces “no creyentes cometen la injusticia de negar la esencia de la misma justicia”. Pero su perfil tiene siempre un tinte inequívocamente *sacerdotal*. El propio del que se cree legitimado *ab initio* y *ad aeternum* para el ejercicio de una suerte de *imperium* paternalista fuera de discusión.

Está de más advertir que tal concepción del propio papel, cuando se profesa, condiciona de manera esencial el modo de ver, la percepción de los problemas que adquieren estatuto judicial. Aquí *el velo de la justicia* se adensa y la subjetividad del *ungido* reordenará los datos de los hechos sometidos a su consideración en una clave siempre particular. Lo propio de un tratamiento en el que el monólogo autista –propio del *medium*, que no mediador– ocupa el lugar de la interlocución comprensiva.

Actitudes de ese tenor permanecen, como he dicho, a la espera de una *revolución cultural* pendiente en nuestros pagos, en los que la inercia subcultural de fondo sigue pesando de manera patente, por el llamativo vacío de una preocupación explícita orientada a la búsqueda de alternativas, también de fondo, en la materia. Se trata de un vacío de preocupación que trasciende con mucho el ámbito de la magistratura y que remite a un ambiente más general de indiferencia y de falta de sensibilidad, de raíces probablemente tan profundas como lejanas en su origen.

Es por lo que, en el actual contexto, los valores constitucionales con indudable implantación en muchas prácticas jurisdiccionales, conviven contradictoriamente con una rancia liturgia gremial. La que se escenifica en teatrales ritos iniciáticos, actos de toma de posesión con juramentos o promesas que se expresan de forma sacramental, separación vertical en categorías profesionales que se exteriorizan en atributos como placas, medallas, collares. Parafernalia de inequívoca estética *ancien régime* con bastante de clerical, objetiva encarnación de contravalores predemocráticos, que siguen celebrándose de forma alegre y confiada, como si fueran significantes sin significado. (Son los que, por ejemplo, tiñen de forma manifiesta discriminaciones castal-corporativas como la consistente en atribuir un *estatuto especial* a los magistrados del Tribunal Supremo. A pesar de que el planteamiento se da de golpes con una buena inteligencia del sentido de la jurisdicción que, como función ideal del valor constitucional de igualdad, admite la distinción, también funcional, de grados y momentos de enjuiciamiento, pero en modo alguno de calidades o *clases* de éste y menos por razón de la *categoría administrativa* de quien lo realice).

POYATOS LÓPEZ, que fue fiscal muchos años, escribió *Recuerdos de un hombre de toga* (1979), un libro de memorias en el que relata una experiencia que no me resisto a trasladar aquí *in extenso*. Dice así:

“El juez de Huércal-Overa era exageradamente pío y austero. Diariamente oía misa, de rodillas en el centro de la iglesia y los brazos en cruz. No se trataba ni con el párroco, que para él olía a azufre. Era el terror de los amancebados, de los cónyuges díscolos y de los blasfemos.

Un pastelero vendía figuritas de azúcar, a diez céntimos la pieza. Lo procesó por escándalo público, con prisión provisional si no prestaba elevadísima fianza dineraria. Se basaba en que las figuritas se vendían desnudas. Los magistrados y los fiscales enrojecieron de indignación. Fui a inspeccionar el sumario, y al comprobar lo grotesco y ridículo de la situación, le pedí al juez la libertad provisional sin fianza del procesado. La concedió como un favor especial, porque le había gustado mi conferencia sobre la Patrona de Canjáyar; pero me advirtió que si el pastelero reincidía, volvería a la prisión. Los niños de Huércal-Overa se quedaron sin las figuritas de azúcar. Entonces me confirmé en la idea de que el fanático es peor que el ateo, pues el primero pone a Dios en ridículo y el segundo nos lo hace deseable”.

No es la insensatez del atrabiliario y caricaturesco juez tridentino lo que me interesa destacar, sino la actitud del comentarista y el tenor del comentario. Este se publicó, como he dicho, en 1979. Y, adviértase, gira en torno a lo que, en el texto, no pasa de ser la excentricidad propia de un juez meapilas, en el fondo bueno, a cuyas consecuencias se pone fin, no por la razón del derecho, sino merced a la *auctoritas* ganada por el fiscal en una prédica de cofradía. Ni una palabra sobre la libertad atropellada del confitero de Huércal-Overa y tampoco sobre el carácter indudablemente delictivo de la actuación judicial. Que no motivó, a lo que parece, un mal expediente disciplinario, tampoco echado en falta por el cronista.

## V. Visibilidad selectiva

Hoy no es que los pasteleros tengan especiales problemas con la justicia. Y tampoco menudean ya las actitudes judiciales chocantes en cuestiones relacionadas con el sexo, y menos de tal grado de retorcimiento. Creo que en no demasiados años se ha producido un importante vuelco cultural en la materia, merced, también, a la incidencia de una crítica pública especialmente sensible al respecto. Pero no puede decirse lo mismo de otras cuestiones, en particular del tratamiento que recibe la libertad personal. Sobre todo cuando los afectados por la más drástica medida cautelar pertenecen a la franja de justiciables que son objeto de procesos por delitos a los que se asocia esos equívocos y fluctuantes valores que son la alarma social y la seguridad ciudadana.

En materia de prisión provisional, es cierto, se han producido avances. El Tribunal Constitucional ha dictado sentencias de amparo de indudable relevancia reinterpretativa de algunos tópicos del asunto. Claro que en supuestos un tanto particulares, generalmente ajenos al imputado medio, para el que sigue vigente en la mayoría de los casos un estándar de calidad de trato sensiblemente inferior.

Por ejemplo, un juez de instrucción de Madrid dispone prisiones provisionales con fundamentos como el siguiente: “Que concurriendo los requisitos del art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dadas fundamentalmente las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión produce y la frecuencia de la comisión de hechos análogos, tratándose de una medida cautelar personal y principalmente una medida de seguridad con el fin de evitar nuevas acciones delictivas, no ha lugar a decretarse la libertad provisional del denunciado”. Y las ratifica con el argumento de que “Las alegaciones de la parte recurrente no desvirtúan las razones que tuvo en cuenta el instructor para dictar la resolución recurrida...”.

Curiosamente, en casos como éste, con una no despreciable recurrencia estadística, la clara disfuncionalidad de las actitudes y actuaciones judiciales a los principios constitucionales que deberían inspirarlas se torna en patente funcionalidad a exigencias de control social, de *law and order*, que emergen con indudable fuerza del *sistema* y tienen como vehículo una potente demanda social permanentemente renovada. De ésta y otras constataciones cabe obtener una clave de lectura capaz de ilustrar sobre el porqué de la permanencia y resistencia al cambio del modelo de juez heredado, eficaz instrumento de control social.

En las vicisitudes de la prisión provisional apuntadas, la aludida alta jurisprudencia positivamente garantista, vista a escala de sistema penal global en acto, *vela* o cubre con su selectividad implícita la realidad generalizada de las prácticas, harto problemáticas, del contradictorio instituto. De nuevo un consistente factor de ambigüedad hace acto de presencia en este complejo universo de valores y contravalores, en el que siendo claro, en principio, que la pena no debe preceder a la sentencia, lo es también que la economía real del vigente orden punitivo descansa en gran medida en la privación de libertad sin condena.

Hoy, *el juez de Huércal-Overa* es laico, e incluso –“a la fuerza ahorcan” tolerante en materia de sexo, pero sigue inmolando (*provisionalmente*) la libertad, aunque sea en el altar de otros ídolos a los que rinde un culto bastante más discreto, de sesgo tecnocrático pero no menos sacrificial. Es por lo que ese juez-*sacerdote-pater familias*, que aporta un elevado índice de asintonía en el plano de los principios, presta un servicio *necesario*, por fisiológicamente inscrito en la lógica de fondo de la desigualdad sistémica.

Hubo una época no tan lejana en la que la *óptica judicial* a la sazón vigente, otra formal de proyección del *velo de la justicia*, producía los efec-

tos más distorsionadores al ser aplicada a las prácticas sexuales, sobre todo si de carácter no demasiado convencional. Precisamente, bajo el estímulo de la invitación a participar en otro curso de verano, me ocupé de “Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces”. En jurisprudencia de bien entrados los años 70, e incluso de los 80, era dable encontrar tomas de posición de aquéllos en las que todavía lucía –vistoso arrastre de los años oscuros– la consideración de la homosexualidad como “vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino” (1951); o como la que fue a considerar que concurrió escándalo público por falta de recato y discreción, en el caso de los dos jóvenes del mismo sexo que habían elegido la noche, el campo y el interior de un utilitario para hacer el amor, pero –¡ay!– fueron sorprendidos por la pareja Guardia Civil, en la sensibilidad de cuyos miembros se materializó la lesión del bien jurídico –“la honestidad”– protegido por la norma (1980).

Pues bien, en estos y otros textos emblemáticos por su elocuencia, la jerga judicial, cuya textura y funcionalidad hacen de ella materia ideal para oficiar de *velo*, cumplía un papel verdaderamente curioso. Revestía de cierta opacidad pudibunda y retórica las acciones reprimidas pero haciendo prevalecer de manera ostensible la función emotiva y valorativa sobre la propiamente descriptiva del lenguaje, mientras empañaba de algún modo el objeto del discurso, abría con generosidad a la observación las atormentadas relaciones de los redactores de muchas sentencias con las cuestiones del sexo. No en vano la mayor parte de esas resoluciones habían salido de la mano de un juez “encerrado en casa sin salir más que a misa los domingos y demás fiestas de guardar, hasta nueva orden”, que es como RÍOS SARMIENTO veía la preparación de las oposiciones en *Recuerdos de un magistrado español*. Al fin y al cabo preparación para una función consistente en “interpretar las leyes de la tierra mirando a las del cielo”, ahora según pluma no menos autorizada: la de RULL VILLAR, en *Memorias de un juez español*.

En este punto, es hoy obligado decir que se ha registrado un cambio sustantivo, fruto indiscutible del pluralismo y del contagio cultural de la magistratura por el entorno social. Cambio que, sin embargo, no se ha dado o no con la misma intensidad en otros ámbitos más nucleares del *sistema* –el aludido de la libertad del delincuente estándar, por ejemplo– facilitando con ello, de forma no precisamente inocente, la permanencia de hábitos de decisión y de pautas operativas más que discutibles, cuando no francamente inaceptables, como se ha visto.

## VI. Cuando la jurisdicción desvela

Por último, no quiero dejar de hacer referencia a una función, en este caso ciertamente *desveladora* y positiva, de la misma polivalente ópti-

ca judicial a la que he venido aludiendo. Ahora, me refiero a la calidad de los efectos de la incidencia del proceso penal sobre ciertos fenómenos delictivos. Paradigmático es el caso de los crímenes de las dictaduras del Cono Sur. A pesar de todos los ingredientes de frustración que han lastrado esa experiencia jurisdiccional.

Cuando ya habían dejado de sorprender las cifras de muertos ofrecidas por la estadística del horror, con su inevitable efecto despersonalizador de las víctimas, el tratamiento judicial de los hechos y de los datos, implacablemente individualizador, incluso microscópico, se revela dotado de una extraordinaria fuerza clarificadora, insoportable para los verdugos y para quienes se afanan en las diversas estrategias de promoción de la impunidad y del olvido. Las masacres, los crímenes masivos tienen una oscura vinculación con la idea de guerra, aunque sea guerra sucia, en el imaginario y en la cultura colectiva. Y la guerras, por la inevitable dimensión de sucesos *históricos*, en su enormidad y por la opacidad, la lejanía y el carácter plurisubjetivo de la formación de las decisiones que conducen a ellas, son de fácil asociación a lo imponderable, a lo fatal. Algo que, al fin, amortigua su efecto en la conciencia de mucha gente y debilita el vigor de las exigencias de responsabilidad.

Cuando fenómenos criminales como los crímenes de las dictaduras argentina y chilena se abordan con la técnica del proceso penal, ese *velo* distorsionador desaparece y también la obscena valencia *histórica* puesta en esos acontecimientos por los corifeos de los matarifes, incapaces de enmascarar las evidencias que emergen en el examen minucioso acto por acto. Esa imprecisa entidad colectiva que son las víctimas pasa a ser una sucesión de muertos concretos, que reclaman autores concretos. Los cadáveres deben ser recuperados, individualizados, descritos en sus rasgos, aunque haya de ser con técnicas de antropólogo. Es necesario poner cada vestigio, cada resto bajo una identidad. Como es preciso también dar nombre a los verdugos, inmediatos y mediatos, enfrentar a cada uno con su propia responsabilidad intransferible.

Así, el crimen, es decir, cada acto criminal, cobra su verdadero perfil, porque la justicia lo es del caso específico, aunque éste se haya producido formando parte de un contexto seriado. Y ello, no por un macabro afán burocrático de analítica clasificatoria, sino por la irreductible singularidad de los derechos violados en cada supuesto. De ahí que tales acciones abyectas, incluso si realizadas a gran escala, emerjan siempre como individuales en la consideración judicial.

Es, en fin, otro perfil, en este caso central, del poliédrico mundo de la jurisdicción objeto de estas reflexiones.

## Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces*, en *Justicia/conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988.
- ATIENZA, M., *Virtudes judiciales*, en "Claves de Razón Práctica", nº 86, octubre 1998.
- CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959.
- CASTELLS, M., *La era de la información*, vol. 3, trad. de C. Martínez Gimeno, Alianza, Madrid, 1997.
- CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960.
- CORDERO, F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981.
- GARAPON, A., *L'âne portant des reliques*, Le centurion, París, 1985.
- HUJAS PALACIOS, J., *La justicia y los jueces en la Sagrada Escritura (Construcción cristiana sobre la justicia)*, con prólogo del Excmo. y Rvdo. Sr. D. Rafael García y García de Castro, Arzobispo de Granada, Ministerio de Justicia, Madrid, 1960.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Independencia del poder judicial*, con prólogo de A. de Miguel Garcilópez, "Revista de Derecho Judicial", Madrid, 1970.
- NERUDA, P., *Canto general*, en *Obras completas*, vol. I, Losada, Buenos Aires, 4ª ed., 1973.
- POULANTZAS, N., *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*, trad. de F. M. Torner, Siglo XXI, México, 3ª ed., 1971.
- POYATOS LÓPEZ, *Recuerdos de un hombre de toga*, Córdoba, 1979.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979.
- RÍOS Sarmiento, *Recuerdos de un magistrado español*, Juventud, Barcelona, 1956.
- RULL VILLAR, *Memorias de un juez español*, Aguilar, Madrid, 1959.
- SALDAÑA, Q., *El hombre de toga*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1927.

## Para una ética positiva del juez\*

### I. Relevancia del asunto

En una aproximación elemental, la jurisdicción es una función del Estado destinada a decidir con imparcialidad sobre situaciones controvertidas, según las reglas del derecho vigente. La previsión de una figura asimilable a la actual del juez, de un sujeto institucional habilitado para mediar los conflictos desde una posición de autoridad, es un universal localizable, de una u otra forma, en cualquier grupo social mínimamente organizado. En todo caso constituye una constante presente desde antiguo en la experiencia europea.

Pues bien, también desde antiguo, la regular presencia del juez va acompañada de la preocupación social por limitar su poder<sup>1</sup>. Inquietud fundada en la conciencia de que, aun cuando actúe con sujeción a normas, sus decisiones se producen en un marco de notable e inevitable discrecionalidad.

Es una discrecionalidad de doble vertiente, pues incide tanto en la determinación de los hechos como en la aplicación del derecho. Por eso, el aludido temor se ha proyectado históricamente en ambos planos. En efecto, cuando se trata de la *quaestio facti*, es perceptible en los sucesivos intentos de recortar la libertad del juez al operar con ella: las ordalías, el juicio de Dios, la prueba legal<sup>2</sup> y el principio *in dubio pro reo* son buenos ejemplos de lo que se dice. Comprensiblemente asociados al proceso penal, que ha sido y es la forma más incisiva de intervención judicial. Pero también el tratamiento de la *quaestio iuris* ha suscitado recelo. Y se hace patente, de forma ejemplar por su expresividad, en el histórico inte-

\* Publicado en "Claves de Razón Práctica", nº 152, mayo de 2005.

<sup>1</sup> En este punto es obligada la cita de MONTESQUIEU: "el poder de juzgar, tan terrible para los hombres" (*Del espíritu de las leyes*, trad. de Blázquez, M. y de Vega, P., Tecnos, Madrid, 1972, p. 152).

<sup>2</sup> Se trata de intentos, por más que hoy puedan parecer elementales y toscos, de racionalizar el enjuiciamiento penal mediante la limitación del arbitrio, y de legitimar así la respuesta punitiva.

rés por limitar, e incluso impedir, la interpretación judicial; en la pretensión ingenua de imponer, como si eso fuera posible, una aplicación mecánica del texto legal. Aquí resulta también obligado recordar a MONTESQUIEU con su propuesta de juez *fonográfico*, mucho más vigente de lo que pudiera parecer, en fenómenos como el sistema de oposición basado en la memorización y el recitado de temas, que permanece como sistema de selección<sup>3</sup>.

Es más, la preocupación por los abusos de poder cometidos en el ejercicio de la función de juzgar ha sido tanta y tan justificada, que el intento de evitarlos dio lugar a uno de los esfuerzos más caracterizados entre los que alumbraron el moderno constitucionalismo. Y no hay experiencia constituyente en la que ese tema no comparezca<sup>4</sup>. Por lo que no es casual que, en la generalidad de los vigentes ordenamientos, las reglas básicas de la disciplina del proceso tengan el máximo rango normativo<sup>5</sup>.

Hoy –el tiempo no ha pasado inútilmente– existe un mejor conocimiento de los elementos constitutivos y la dinámica de la experiencia jurisdiccional. Y, gracias a este conocimiento, se cuenta también con mejores instrumentos legales para hacerla más controlable y más racional. Como luego veremos, la aproximación a los problemas que suscita la determinación judicial de los hechos, es mucho más rigurosa, pues se sabe más de ella y sobre cómo prevenir los abusos que hace posible. Y también se dispone de un importante aparato teórico en materia de interpretación del texto legal. Pero no hay que engañarse: el viejo problema subsiste como tal, pues en el ejercicio del poder decisonal del juez hay siempre una inevitable dimensión muy personal, debido a que, como escribe SENESE, “él mismo concurre a la definición de la regla que debe aplicar”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> En este contexto, vale la pena recordar el punto de vista de OLIET y SERENA, para quienes “la oposición es sustancial e inevitablemente por tanto, la ejecución en el acto del examen de los ‘discos’ previamente impresionados en el cerebro del opositor con arreglo al programa”, en *Apuntes sobre organización de los Tribunales Españoles*, Imprenta Provincial, Huesca, 1948, p. 5.

<sup>4</sup> Es paradigmático al respecto el caso de la Asamblea Constituyente francesa de 1789. Como escribe ROYER, “es en el primer mes de su existencia (...) cuando se preocupa de la reforma judicial...” (ROYER, J. P., *La société judiciaire depuis le XVIII siècle*, Presses Universitaires de France, 1979, ps. 175 y siguientes).

<sup>5</sup> En este sentido, es emblemático el caso de la Constitución italiana, en la que la ley constitucional 2/1999, del 23 de noviembre, ha introducido el artículo 111, con toda una completa disciplina del juicio contradictorio.

<sup>6</sup> SENESE, S., *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, por separata de *Digesto*, 4ª ed., vol. VII, Publicistico, UTET, p. 42.

Tal dimensión tiene que ver, de un lado, con las particularidades específicas del caso concreto, de necesaria *artesanal* reconstrucción en la valoración de la actividad probatoria. Ésta, como bien se sabe, acontece siempre en tensión, pues se produce en virtud de aportaciones parciales, es decir, interesadas y, generalmente, antagónicas. Y sobre ella inciden también las dificultades de lectura de una pluralidad de discursos, antes de que puedan entrar en escena las propias del texto legal. Estas dificultades pueden deberse a las peculiaridades de la materia, a defectos técnicos de redacción, y, en ocasiones, a la precisa opción del legislador de *delegar* en los jueces el tratamiento de una cuestión polémica que, por razones de índole cultural o político-coyunturales, no es posible o no se quiere mediar legislativamente de manera adecuada.

En todo caso, y tanto en el campo de los hechos como en el del derecho, lo cierto es que, al fin, se abre siempre *un espacio* en el área de la decisión que el juez debe cubrir con recursos propios. Se trata de un esfuerzo *muy personal*, en el que aquél se implica con todo su bagaje. De éste forma parte la preparación técnica estándar que comparte con los demás jueces y que es, hasta cierto punto, *programable*; pero también, y sobre todo, *su formación humana específica*, sus opciones político-culturales y, de manera muy especial, su actitud ética.

Estas variables siempre han jugado un papel muy importante en la realidad judicial, aunque no siempre han sido expresamente tematizadas como problema, ni han recibido una consideración específica. Y es en las sociedades pluralistas, particularmente, en los procesos de cambio y, más aún en los momentos de transición democrática, cuando se hacen más perceptibles y más relevante es su incidencia, en la medida en que en ellos se amplía también el campo del debate público, por el ingreso de nuevos asuntos. En efecto, cuando el dinamismo de la sociedad compromete la capacidad ordenadora del legislador, se amplía en la misma medida de forma *natural* el ámbito de la jurisdicción y la relevancia política de su papel.

RODOTÀ<sup>7</sup> ha explicado muy bien este fenómeno, como de crecimiento de la demanda de justicia dirigida a los jueces. Que en ocasiones se produce porque las instancias estatales que debieran hacerlo, no satisfacen legítimas expectativas sociales y los ciudadanos utilizan, por sustitución, la vía del proceso para tratar de introducir en el sistema institucional sus demandas desatendidas<sup>8</sup>. Para ello se busca, generalmente, el apoyo directo en principios constitucionales, ya porque exista un vacío de lega-

<sup>7</sup> RODOTÀ, S., *Repertorio di fine di secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 73.

<sup>8</sup> El de los derechos sociales es campo abonado para la emergencia de este tipo de conflictos. Sobre el particular, cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, con prólogo de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2002.

lidad concreta, o bien porque interese denunciar la contradicción entre aquéllos y ésta. Pero, en ocasiones, el déficit de legalidad ordinaria responde, como se ha dicho, a una opción reflexivamente adoptada por el parlamento que, en presencia de alguna cuestión conflictiva, a la que no resulta fácil dar respuesta legislativa, decide *remítirla* al juez<sup>9</sup>.

Pues bien, desde luego en esas situaciones más o menos extraordinarias, pero también en las que pertenecen a la más estricta normalidad, el juez *pone mucho de sí mismo* en lo que hace como tal<sup>10</sup>. Lo ideal es que no fuera así; pero la experiencia demuestra que se trata de algo realmente inevitable. Por eso, es un problema siempre vivo, que es preciso afrontar como tal; generando reflexión y cultura sobre él, muy en particular entre los propios jueces, para extremar en ellos el sentido de la responsabilidad y la tensión autocríticas<sup>11</sup>.

FERRAJOLI ha tratado este asunto con especial rigor. En concreto, se ha referido a la existencia de un “*poder de disposición*”<sup>12</sup>, que resulta objetivamente atribuido al juez por el ordenamiento jurídico, por efecto de la existencia en éste de los aludidos espacios de discrecionalidad, no todos

<sup>9</sup> Es lo que sucede en campos particularmente conflictivos, como el de las cuestiones de bioética, en los que la existencia de un agudo debate social en curso hace difícil un tratamiento legislativo *cerrado y pacificador*. Por eso resulta casi inevitable el recurso a la jurisdicción en un marco de referencias legales necesariamente elástico y abierto. Sobre el particular, cfr. RODOTÀ, S., *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, en S. RODOTÀ (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 422.

<sup>10</sup> La realidad del pluralismo de las actitudes en la magistratura, más allá del (relativo) común denominador técnico, hace que, desde la perspectiva del justiciable, pueda no resultar indiferente quién sea el juez concreto que se encargue del caso. Excluida, por razones obvias, la opción del *juez a la carta*, la única alternativa racional es la que se concreta en el principio –hoy constitucional– del *juez natural*, no siempre equivalente al predeterminado por la ley, y que responde al reconocimiento de la necesidad de distribuir de forma aleatoria, con criterios objetivos no manipulables, entre los asuntos y los demandantes de justicia, esas legítimas diversidades, no indiferentes, de los jueces.

<sup>11</sup> A este respecto, hay que denunciar la miopía de ciertas posiciones teóricas que, con el fin de evitar el llamado *activismo judicial*, defienden la conveniencia de seguir difundiendo entre los operadores judiciales el imperativo de fidelidad al imposible paradigma del “*juez bouche de la loi*”. Creo que no hay nada más peligroso. El juez que opere convencido de hacerlo conforme a ese modelo, será un juez realmente *inconsciente* del alcance real de su poder. Por eso, se impone formar a los jueces en una comprensión realista de la naturaleza del ordenamiento jurídico que aplican y de los márgenes de discrecionalidad con que cuentan, para que puedan operar con la máxima lucidez de conciencia, presupuesto básico del necesario autocontrol.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 6ª ed., 2000. Hay traducción al castellano de Andrés Ibáñez, P.; Bayón, J. C.; Cantarero, R.; Ruiz Miguel, A. y Terradillos, J., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 5ª ed., 2001, ps. 38-40. Es por la que se cita.

inevitables en sede legislativa. La transferencia de ese *poder de decidir* en un marco flexible, implica atribución de poder político<sup>13</sup>, de cierto *extra-poder* judicial, de cuya existencia el juez tendría que ser consciente, para autolimitarse en su ejercicio, para extremar el respeto de las garantías y el esfuerzo en la justificación de sus decisiones. Pues bien, es claro que el uso de tales atribuciones debería estar presidido por una informada y exigente conciencia ética. Esta necesidad ilustra bien acerca de la importancia de una reflexión sobre los imperativos de esa naturaleza que deben presidir el ejercicio de la jurisdicción. El juez, como sujeto público y con deberes de esta clase, está obligado a inspirar su práctica en un cuadro de principios básicos universalmente compartidos, que tienen consagración constitucional y en los grandes textos internacionales de garantía de los derechos fundamentales. De esos principios se derivan precisas exigencias de comportamiento en el juicio, en relación con las partes y con su objeto. Estas exigencias no son un *a priori* autoevidente, sino que han de inferirse del papel constitucional del juez y de la significación también constitucional del proceso. Es lo que trataré de hacer en lo que sigue.

## II. Política y ética de la jurisdicción

La experiencia europea continental de los últimos 150 años en tema de jurisdicción, que es la que aquí se toma como referencia, permite hablar de la existencia de dos tipos ideales o modelos de juez, en el sentido weberiano del término. Cada modelo implica un diseño de organización, una propuesta cultural y un perfil ético del operador judicial.

El primero se identifica convencionalmente como napoleónico<sup>14</sup> y se caracteriza, en el plano político-organizativo, por la esencial subordinación de la administración de justicia al poder político. La magistratura aparece vinculada al ejecutivo a través de una elite judicial, de designación política, que la gobierna, y que actúa como *longa manu* del ministerio de Justicia.

En ese contexto, los jueces están articulados con un criterio vertical, tomado de la milicia, formando una *carrera*. Ésta responde a las pautas del *cursus honorum*, en el que se ingresa por el nivel más bajo, pero con posibilidades y expectativas de promoción profesional, libremente administradas por el vértice (magistratura de casación). La articulación jerárquica se superpone rigurosamente al sistema procesal de instancias y recursos, de manera que a mayor grado en el orden jurisdiccional corresponde también un mayor grado en la jerarquía. El *superior*, lo es, así, en ambos planos, lo

<sup>13</sup> Cfr. GUARNIERI, C., *L'indipendenza della magistratura*, Cedam, Padova, 1981, p. 32.

<sup>14</sup> Cfr. al respecto, ROYER, J. P., *Histoire de la justice en France*, Presses Universitaires de France, París, ps. 425 y siguientes.

que permite asegurar el ejercicio de un doble control, en particular ideológico<sup>15</sup>, que se proyecta tanto sobre las actuaciones profesionales como sobre las ajenas a la profesión, incluidos aspectos estrictamente atinentes a la vida privada<sup>16</sup>. Por lo demás, la legitimidad del juez es formal o cuasi-sacramental<sup>17</sup> y *a priori*, pues la recibe en el acto de la investidura y le acompaña siempre. De “unción carismática” habló DE MIGUEL GARCILÓPEZ<sup>18</sup> y de “vitalismo estamental” lo hizo MARTÍNEZ CALCERRADA<sup>19</sup>.

En el marco institucional descrito, la independencia tiene atribuido formalmente un papel esencial de referencia. Pero lo cierto es que su función es básicamente propagandística y de encubrimiento de la verdadera realidad del modelo, que impide de manera eficaz la plasmación práctica de ese valor. Desde el punto de vista *externo*, o de la magistratura en su conjunto, porque ésta es un cuerpo integrado en posición subordinada en el área del ejecutivo. Desde el punto de vista *interno*, porque el juez está fuertemente mediatizado en razón de la dependencia jerárquica. Además, ha de tenerse en cuenta que el acceso a la función judicial pasa por un cuidadoso sistema de filtros<sup>20</sup>, que ya garantiza, desde el inicio, la homo-

<sup>15</sup> Un claro instrumento de esta clase de control lo han constituido aquellas previsiones disciplinarias inspiradas en valores como “el decoro” o “la dignidad de la función”, verdaderos conceptos-válvula a rellenar de contenido según la ocasión por la autoridad jerárquica, presentes en la generalidad de las legislaciones orgánicas de inspiración francesa.

<sup>16</sup> Una de las formas típicas de ejercicio de ese control es la representada por los *informes reservados* que los *superiores* elaboraban periódicamente, a fin de que fueran tomados en consideración para decidir sobre la promoción de cada juez en la *carrera*. Con la entrada en vigor de la Constitución, en España, los jueces tuvieron la posibilidad de consultar sus *dossiers*, hasta entonces gestionados en secreto por el Ministerio de Justicia. Así pudo comprobarse que esos informes versaban no sólo sobre las actitudes políticas, sino, incluso, sobre las relaciones matrimoniales (o extramatrimoniales) de los interesados, sus aficiones, sus eventuales dificultades económicas, etc. Un clásico y ya viejo presidente de Audiencia Territorial, que ejercía todavía como tal en los años 70, dando cuenta de su experiencia de inspecciones e informes, contaba que, según costumbre, al final de la mañana, el juez inspeccionado le invitaba a comer, y cómo, ya relajado, se expresaba, ingenuamente, más confiado y con menos reservas. Rematando: “él no lo sabía, pero yo seguía con mi trabajo”. Es decir, acumulado información, así, subrepticamente obtenida.

<sup>17</sup> Una particularidad del modelo es el formalismo que en él se imprime a los actos propios del oficio judicial. En efecto, existe toda una liturgia o folclore, con claras reminiscencias eclesiales, que se hace especialmente patente en momentos como la toma de posesión de los cargos, verdaderos *ritos iniciáticos*.

<sup>18</sup> DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A., *Ley penal y Ministerio Público en el estado de derecho*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1963, p. 266.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Independencia del Poder Judicial*, con prólogo de Miguel Garcilópez, A., en “Revista de Derecho Judicial”, Madrid, 1970, p. 208.

<sup>20</sup> Éstos, además, operaban ya a partir de la selección implícita en la extracción social y en la fuerte tendencia a la reproducción endogámica de los cuerpos burocráticos, a las que el judicial nunca fue una excepción.

geneidad político-cultural del seleccionado con la clase del poder, y la integración subordinada en su área de influencia.

La cultura jurídica del juez de este sistema es la propia del positivismo dogmático. Del derecho como *code*; de la ley como texto omnicomprendivo y completo, que encierra un único significado definitivamente *puesto* en ella por el legislador y susceptible de ser conocido como tal por el intérprete, mero aplicador aséptico y neutral.

En la valoración de la prueba prevalece el principio de decisión en conciencia, entendido como *intime conviction*, es decir, como criterio personalísimo, esencialmente intuitivo y, por ello, no susceptible de racionalización ni necesitado de justificación expresa.

El sistema sintéticamente descrito lleva implícito en sus constantes estructurales todo un *ethos* del juez. Como hemos visto, éste es un operador que vive el rol desde la falsa conciencia acerca del propio perfil y de su papel institucional. En efecto, rinde culto a una independencia de la que realmente carece; se considera apolítico, no obstante desempeñar un cometido políticamente instrumental; se ve como neutro aplicador de la ley, aun cuando esto sea objetivamente imposible. A todo ello se debe su marcada resistencia a la introspección autocrítica y a la aceptación de la crítica. Por otro lado, en tanto que socializado profesionalmente en el culto a la jerarquía, es esencialmente autoritario, decisionista, reacio a dar cuenta del por qué de las resoluciones que dicta. De estos rasgos tipológicos, propios de la ideología del rol –que en el plano individual no serían necesariamente incompatibles con un ejercicio subjetivamente honesto de la función– da buena cuenta el acentuado formulismo, la pasión por el rito y por todo lo que separa, el hermetismo del lenguaje, la falta de flexibilidad, incluso las dificultades de relación con los restantes sujetos procesales y con el público en general.

El modelo napoleónico de organización judicial y de juez ha demostrado una extraña *virtud*: su extraordinaria funcionalidad y capacidad de integración en distintas experiencias autoritarias<sup>21</sup>. Sin duda debida a la prevalente condición de instrumentos de poder y de control social, que no de dispositivos de garantía de derechos. De ahí que fueran profundamente cuestionados en los albores del constitucionalismo emergente tras la Segunda Guerra Mundial<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Son muy ilustrativas al respecto las vicisitudes de la magistratura en el marco de las distintas experiencias de los fascismos europeos. Éstos pudieron valerse, sin apenas reformas, de los ordenamientos judiciales heredados y, salvo excepciones, también de los jueces. Lo mismo puede decirse de las dictaduras militares de América Latina.

<sup>22</sup> Paradigmático es el caso de Italia. La Asamblea Constituyente que alumbró la Constitución actualmente en vigor hizo objeto de una interesante revisión crítica al modelo judicial precedente. Sobre el particular, puede verse RIGANO, F., *Costituzione e potere giudiziario*,

Como es sabido, la experiencia dramática de los fascismos europeos hizo evidente la necesidad de predisponer fuertes límites de derecho al ejercicio de la política. De este modo, nacieron esos nuevos contratos sociales que son las constituciones *rígidas*, caracterizadas por la consagración normativa de ambiciosas tablas de derechos, reforzadas en su vigencia mediante la previsión de procedimientos agravados de reforma. Así, la kelseniana *pirámide normativa* se enriquece con un nuevo plano, situado en la cúspide del sistema. Es el representado por los derechos fundamentales, que reciben la consideración de *superley* positiva, de obligatoria observancia para todos los poderes, incluido el legislativo.

El nuevo tratamiento constitucional de los derechos fundamentales demanda una autoridad independiente –ajena a la política y a los demás centros de poder– capaz de garantizar su aplicación *erga omnes*. Es así, como surge constitucionalmente un nuevo concepto de *poder judicial*, que reclama la profunda revisión crítica del modelo precedente.

De inmediato se hace evidente la necesidad de garantizar la independencia tanto en el plano *externo* (de la magistratura en su conjunto) como el plano *interno* (de cada juez en particular). A lo primero se orienta la puesta a punto de una institución, el Consejo Superior de la Magistratura<sup>23</sup>, que tiene su primera realización en la Constitución italiana de 1948. A lo segundo, la abolición de la carrera<sup>24</sup>, también en el caso de Ita-

---

Cedam, Padova, 1982, ps. 1 y ss. Interesantes apreciaciones críticas pueden verse también en CALAMANDREI, P., *Processo e democrazia* (1954), en *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965. Versión en castellano, *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, ps. 85 y siguientes.

<sup>23</sup> Es una institución que representa la alternativa al gobierno de la magistratura por el poder ejecutivo. En su versión original italiana, es de composición mixta, es decir, está integrado (en sus 2/3) por magistrados, elegidos por sufragio dentro de la magistratura, y el resto (1/3) por juristas de designación parlamentaria. Para un amplio tratamiento del asunto, puede verse BRUTI LIBERATI, E. y PEPINO, L., *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio Superiore*, Feltrinelli, Milano, 1998. Sobre la versión francesa de la institución, cfr. RICARD, T., *Le Conseil Supérieur de la Magistrature*, Presses Universitaires de France, París, 1990; también, MONTANARI, L., *Il governo della magistratura in Francia*, Cedam, Padova, 1998. Para el caso español, cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y MOVILLA ÁLVAREZ, C., *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986; y Díez-Picazo, L. M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991. Sobre las distintas experiencias en curso en América Latina, FIX ZAMUDIO, H. y FIZ-FIERRO, H., *El Consejo de la Judicatura*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

<sup>24</sup> La Constitución italiana dispone en el artículo 107.3: “Los magistrados se distinguirán entre sí solamente por la diversidad de sus funciones”, que es lo que corresponde a la igual dignidad de todas las que integran una jurisdicción ejercida por jueces independientes y sólo sujetos a la ley. Cfr. BRUTI LIBERATI y PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit., ps. 100 y ss. El modelo constitucional de organización judicial demanda, como expresivamente escribió BERIA DI ARGENTINE, A., la conversión de “la pirámide” en “archi-

lia o, al menos, la flexibilización de ésta, y la apertura de la organización judicial al pluralismo<sup>25</sup>. Con ello se trata de dar cumplimiento a la exigencia central de extraer a la organización judicial del área del poder ejecutivo y al juez de la sumisión a la jerarquía interna, con objeto de hacer posible su exclusivo sometimiento a la ley<sup>26</sup>.

Por lo demás, aquí, la legitimidad del juez no es meramente formal, sino que adquiere una dimensión sustancial. El juez *se legitima o se deslegitima*<sup>27</sup> en la medida en que cumpla su función de garante de los derechos fundamentales. No es instrumento de poder, sino, idealmente, órgano del derecho<sup>28</sup>, quizá mejor, *de los derechos* de los ciudadanos.

La transformación del paradigma organizativo tiene intensas implicaciones de orden cultural, que se expresan también en la forma de relación con la ley impuesta por la distinta configuración del ordenamiento. El juez debe realizar una muy diversa lectura de aquélla dentro de éste, pues, antes de aplicarla, está obligado a formular un juicio crítico de constitucionalidad. Lo que comporta que, como gráficamente ha escrito PRIE-

---

piélagos" (en *Giustizia: anni difficili*, Rusconi, Milano, 1985, p. 204). Lo que corresponde a una concepción multipolar del poder judicial como poder difuso, en que el ejercicio de la jurisdicción corresponde al juez o tribunal en el caso concreto. En sentido constitucional, no existe un poder *de los jueces*. Ni éstos en su conjunto tienen *poder judicial*, es decir, jurisdicción. Por coherencia con este planteamiento de fondo, y como ha señalado PIZZORUSSO, las funciones tradicionalmente llamadas *de gobierno* interno de la magistratura, en el contexto constitucional del que forma parte la nueva institución del Consejo Superior de la Magistratura, pasan a ser realmente "de administración de la jurisdicción" (PIZZORUSSO, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 3ª ed., 1990, p. 105), puesto que la calidad de independencia de que aparece ahora dotado el juez ya no resulta compatible con una actividad *de gobierno* político-administrativo en sentido propio.

<sup>25</sup> Es un efecto implícito de la instauración del Consejo de base, en su mayor parte, directamente electiva por y entre los componentes del cuerpo judicial, lo que, como sucede en el caso de la versión italiana original, conlleva la inserción de un mecanismo democrático-representativo en el interior de la vieja estructura jerárquico-burocrática.

<sup>26</sup> Como escribiera GIUSEPPE BORRÉ, la norma por la que los magistrados "estén sujetos solamente a la ley [art. 110 de la Constitución italiana] es una norma que no significa retorno a los viejos mitos de la omnipotencia de la ley y del juez 'boca de la ley', porque en aquélla el acento cae sobre el adverbio 'solamente', y, por consiguiente, antes aún que fidelidad a la ley, la misma ordena desobediencia a todo lo que no es la ley" (*Le scelte di Magistratura Democratica*, en N. Rossi (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista e il mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1994, p. 45).

<sup>27</sup> Se rompe, así, con el tópico de la jurisdicción como ejercicio de una función con algo de sacral. El juez no se justifica por el mero hecho formal de serlo, sino, materialmente, *acto por acto* y sólo en la medida en que cumpla con determinados deberes constitucionales y legales.

<sup>28</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario*, en "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", 1960, ps. 326-327.

TO SANCHÍS, “la justicia constitucional verdaderamente indispensable no [sea] la del Tribunal Constitucional, sino la jurisdicción ordinaria”<sup>29</sup>. Tal modo de operar, que se ajusta a la efectiva realidad del orden jurídico como entidad compleja e internamente conflictual, acentúa sensiblemente el grado de complejidad de la función. Pues la correcta comprensión del sentido actual de la jerarquía normativa, obliga al juez –y en general al jurista– a ser una suerte de “*reformador de profesión*”<sup>30</sup>, debido a que para ellos, la Constitución debe funcionar como elemento *de tracción* de la legalidad ordinaria y las prácticas institucionales hacia el ideal normativo, buscando el máximo de realización del modelo en ella prefigurado.

De otra parte, en el plano procesal, el deber de motivar las resoluciones –dotado de rango constitucional– impone un distinta inteligencia de la decisión en conciencia, ahora decisión *consciente*. La *intime conviction* sólo puede ser convicción racionalmente fundada, de una racionalidad no presumible sino que es preciso justificar en concreto, de manera explícita, mediante un discurso articulado, intelectualmente honesto y convincente.

El modo de concebir la jurisdicción que acaba de ilustrarse tiene, también y como no podía ser de otro modo, ricas implicaciones desde la perspectiva de la ética judicial. El deber de motivar las resoluciones, tanto en lo que se refiere a la *quaestio facti* como a la *quaestio iuris*, demanda del juez una actitud dialogante, efectivamente atenta a los argumentos de las partes durante todo el curso del proceso. Emerge así un verdadero deber de interlocución con ellas, que exige atención crítica a sus razones, sobre las que tendría que discurrir expresamente. La racionalidad comunicativa debe, así, sustituir al autoritarismo monologante.

### III. Garantías procesales y ética del juicio

La imparcialidad ha sido considerada desde antiguo el atributo esencial del juez, la primera garantía del juicio. “El juez –escribió MURATORI– cuando se le presenta alguna causa, debe desnudarse enteramente de todo deseo, amor y odio, temor o esperanza, y no inclinarse a favor de alguna de las partes, hasta que las razones más fuertes de una de ellas le

<sup>29</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 170.

<sup>30</sup> Es así, sostiene FERRAJOLI, porque al juez, como al jurista, en el marco de un orden jurídico presidido por una Constitución rígida, se le confía “no ya la conservación del derecho vigente, sino el análisis y la crítica de los perfiles de inconstitucionalidad, a fin de promover la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber ser normativo” (*Diritto e ragione*, cit., p. 696).

persuadan”<sup>31</sup>. En la determinación de esas razones, el juez no puede obrar de manera arbitraria, sino que ha de inducir las de las particularidades del caso, de la situación real de los implicados en él, conocida mediante la prueba. Lo escribió de manera muy expresiva un coetáneo de MURATORI, MURENA: “la justicia depende de la verdad de los hechos”<sup>32</sup>.

A FERRAJOLI se debe el magistral y más riguroso tratamiento de la actividad jurisdiccional como tendencialmente cognoscitiva<sup>33</sup>. Esto es, como una actividad resolutoria de conflictos, cuyas decisiones se legitiman por la justificación aceptable de la verdad de sus presupuestos fácticos y jurídicos. El juicio del juez no es potestativo, no puede fundarse en una versión arbitraria de los hechos sometidos a su consideración, y tampoco apoyarse en normas inexistentes o que no sean las directamente previstas para supuestos de hecho como el del caso concreto, ni en una lectura caprichosa de éste, al margen del uso social y/o técnico-jurídico de sus términos. Para que pueda decirse fundadamente de qué parte está la razón, en la actuación judicial, el momento de la decisión debe ir precedido de la determinación de lo realmente sucedido entre los sujetos implicados, de la afirmación de una verdad de hecho de calidad y bien obtenida.

El segundo de los modelos de organización judicial descritos, el propio del estado constitucional de derecho, se orienta idealmente a asegurar al juez la capacidad de operar y decidir de la manera más imparcial. Tal es el fin de las garantías, ahora constitucionalizadas. De éstas, unas son de carácter *orgánico* y tienen como objeto el aseguramiento de la independencia; y las otras son de naturaleza *procesal* y buscan regular el papel de los distintos actores del proceso, de manera que se respeten los derechos de las partes y se procure efectivamente la imparcialidad del juez. Entre unas y otras garantías media una intensa relación de implicación recíproca. En efecto, las de carácter orgánico son condición necesaria, pero no suficiente, de un correcto ejercicio de la jurisdicción. Y, a su vez, las procesales, si no operasen a partir de las otras como presupuesto, estarían realmente condenadas a la ineficacia.

<sup>31</sup> MURATORI, L., *Defectos de la jurisprudencia*, trad. de Tercilla, V. M., Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, p. 119.

Una formulación actual del principio se encuentra en *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*: “2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (estos *Principios* fueron aprobados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985).

<sup>32</sup> MURENA, M., *Tratado de las obligaciones del juez*, trad. de Cladera, C., Plácido Barco López, Madrid, 1785, p. 66.

<sup>33</sup> Cfr. ob. cit., ps. 43-44 y 538-546.

La independencia como garantía del juez pretende evitar que éste actúe en el proceso como *parte política*; para que pueda desempeñar su papel constitucional de órgano del derecho. En tal sentido es un presupuesto de todas las demás garantías. De este modo, la independencia no puede ser considerada como un fin en sí misma, y menos como un privilegio de casta de los jueces. Es un valor instrumental, predispuesto para hacer posible la actuación imparcial del juez en el proceso. Para que sea, como quería BECCARIA, un indagador “indiferente” del hecho<sup>34</sup>.

La imparcialidad del juez, precisa de esa anterior garantía estatutaria de independencia, pero también de la instalación en el interior del proceso de una dialéctica entre las partes procesales y de éstas con el juez, que la hagan posible. Esta dialéctica se consigue mediante la adecuada definición de los distintos roles dentro de aquél (juez-acusación-defensa o juez-demandante-demandado) y por la debida protección legal de los derechos de las partes. Sin el reconocimiento de éstos, es decir, sin que cada parte tenga asegurado un ámbito propio de actuación, sería inútil pretender que el juez ocupe una posición de equidistancia.

Ese modelo de relación sólo cabe en un proceso de estructura acusatoria o controversial. En él, quien pretende algo, tiene la carga de afirmar y probar; el acusado o demandado la posibilidad de defenderse y de utilizar también todos los medios precisos para su defensa; y, en fin, el juez actúa sin otro interés que el de alcanzar una convicción racional sobre la *quaestio facti* con los elementos de conocimiento aportados por las partes en el juicio, para aplicar la norma de derecho que corresponda.

BOBBIO ha escrito que el imperativo de imparcialidad es al juez lo que el de neutralidad valorativa al científico<sup>35</sup>. Y es que la imparcialidad es un presupuesto necesario de la tendencial objetividad del juicio. Por eso, la idea de asimilar la tarea del juez a la del historiador<sup>36</sup>, en el tratamiento de la *quaestio facti*, no es en modo alguno arbitraria. Ambas actividades tienen en común la orientación a determinar una verdad de hecho, por eso, una y otra, deberán realizarse con honestidad intelectual y conforme a las reglas del método hipotético-deductivo. En realidad, el modelo del

<sup>34</sup> BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. de las Casas, J. A., Alianza, Madrid, 1968, p. 59.

<sup>35</sup> BOBBIO, N., *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, en “Quale Giustizia”, 1971. También en PIZZORUSSO, A. (ed.), *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974, ps. 161 y siguientes.

<sup>36</sup> Es tópica la comparación de la actividad del juez con la del historiador, que tiene su antecedente más autorizado en CALAMANDREI, P., *El juez y el historiador*, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, S., Bibliográfica Oméba, Buenos Aires, 1961, ps. 107 y ss. Sobre este asunto, puede verse también con provecho TARUFFO, M., *Il giudice e lo storico, considerazioni metodologiche*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1967.

juicio contradictorio traslada al campo procesal un paradigma metodológico bien acreditado en la obtención de conocimiento sobre la realidad empírica.

En efecto, en el ámbito procesal de la cuestión de hecho, lo que cada parte presenta al juez es una hipótesis (propuesta de explicación) relativa al caso controvertido, cuya eficacia demostrativa trata de acreditar con la aportación de pruebas. El juicio no es otra cosa que un debate público sobre esas hipótesis, en el que cada una de aquéllas procura demostrar la superioridad explicativa de la propia. Y la sentencia expresa la opción del juez o tribunal por la que considera racionalmente más fundada, a la vista del resultado de la actividad probatoria sometido a discusión. Esa opción, que se traduce en la decisión judicial, ha de estar justificada de manera explícita para descartar toda posible arbitrariedad. Pues, en efecto, con la motivación se persigue que el juez dé cuenta suficiente de la *ratio decidendi* de su sentencia; pero también, y esto es muy importante, que ese deber de motivar las resoluciones preactúe sobre su conciencia a lo largo de todo el proceso de adquisición de conocimiento, obligándole a controlar la articulación racional de las inferencias. En rigor, el juez tendría que eliminar de su discurso y del ámbito de la decisión las impresiones y certezas subjetivas de inexpresable *fundamento*, no verbalizables y, por ello, no controlables intersubjetivamente.

Ahora bien, si es cierta la aludida proximidad del método judicial al científico, al operar con la *quaestio facti*, también lo es que existen diferencias, debidas, sobre todo, al dato relevante de que la actividad jurisdiccional afecta a personas con dignidad y derechos que deben ser respetados. Por lo que en ella no sirve cualquier medio ni cabe el experimento que suponga la reducción de los afectados a la condición de simple objeto.

Es algo que se hace patente, sobre todo, en el proceso penal, que gira, invariablemente, en torno a una persona, cuya identidad y personalidad, cuya dignidad, en suma, tiene que ser respetada. Por eso, únicamente deben ser objeto de proceso acciones concretas, nunca el individuo como tal. Es más, éste, al que sólo cabe juzgar a partir de la existencia de indicios serios de delito, no está obligado a hacer ninguna aportación, ni siquiera la de su propia declaración, que es un medio potestativo de defensa y no un medio de prueba<sup>37</sup>. A diferencia de lo que sucedía en el

<sup>37</sup> Se trata del derecho al silencio, que suele reconocerse constitucionalmente al imputado: *nemo tenetur se detegere*. Como ha señalado GREVI, V. (*Nemo tenetur. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972), recordando un histórico argumento esencial en la materia, mediante este principio se acepta el "carácter *contra natura* de toda declaración autoincriminatoria" (p. 9) e, implícitamente, se proclama la inviolabilidad de la conciencia individual.

proceso del *ancien régime*, y, en general, en el proceso inquisitivo, en el que el denunciado, que debía probar su inocencia, era considerado poseedor de la verdad real de los hechos, que debía obtenerse por medio de la confesión *–regina probatorum–* a cualquier precio y por cualquier medio, incluida la violencia.

Precisamente, como reacción frente a los errores y los horrores propiciados por ese sistema procesal, ha acabado por imponerse un proceso fundado en el principio de presunción de inocencia. En él confluyen dos preocupaciones históricas que son perfectamente complementarias. Una orientada a mejorar la calidad del trato del sometido a proceso y otra tendente a producir un conocimiento de la mejor calidad sobre los hechos.

En este segundo aspecto, la presunción de inocencia “pretende que el poder jurisdiccional se articule avanzando a partir de una posición inicial de neutralidad”<sup>38</sup>, de la ausencia de cualquier prejuicio. Desde el punto de vista lógico, ha sido relacionada con la falacia del *argumentum ad ignorantiam*; la que según COPÍ “se comete cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad”. Como señala este autor, “el argumento *ad ignorantiam* es falaz en todos los contextos menos en uno: la corte de justicia, donde el principio rector es suponer la inocencia de una persona hasta que no se demuestre su culpabilidad”<sup>39</sup>, por más vehementes que sean los indicios de delito.

Lo que ha hecho que la presunción de inocencia, de ser una falacia en el orden lógico, haya pasado a tener el estatus constitucional y procesal de principio y derecho fundamental del imputado que las modernas constituciones le atribuyen, es una decisión política. Con ella se pretende hacer que el proceso, al mismo tiempo que instrumento adecuado para la persecución de los delitos, sea también un medio apto para garantizar la tutela de los inocentes.

El principio de presunción de inocencia constituye el verdadero fundamento de un proceso penal garantista y es realmente fértil en implicaciones, no sólo cognoscitivas, sino éticas. Así:

a) Determina un concepto formal-procesal de verdad. En el doble sentido de que debe adquirirse en el proceso, dentro, pues, de un marco de reglas; y de que es relativa y contextual, es decir, está necesariamente *en relación* con el resultado de la actividad probatoria.

b) Determina también un tipo de proceso, el de carácter controversial y dialógico, pues la valoración contrastada de las diversas hipótesis en

<sup>38</sup> NOBILL, M., *La disciplina costituzionale del processo (I). Appunti di procedura penale*, Bologna-Perugia, 1976, p. 263.

<sup>39</sup> COPÍ, I. M., *Introducción a la lógica*, trad. de Miguez, N., con revisión de Klimowsky, G., Eudeba, Buenos Aires, 10ª ed., 1971, p. 65, por la que se cita.

presencia es el medio más adecuado para optar fundadamente por la que mejor explica. “De la discusión sale la luz”, dice la sentencia popular, que tiene apoyo en una experiencia secular de la vida diaria.

c) Dentro ya del proceso, la presunción de inocencia opera como regla de juicio, que obliga a que, de no acreditarse, por la prueba, como válida y realmente explicativa, la hipótesis de la acusación, haya de prevalecer la inocencia del acusado.

d) Es también regla de tratamiento del imputado, que tiene la consideración de inocente hasta que exista una sentencia condenatoria firme<sup>40</sup>.

El juicio penal, ha escrito también FERRAJOLI, es un “saber-poder”<sup>41</sup>. Un proceso de adquisición de conocimiento –con un ineliminable componente coactivo ya durante su desarrollo– a cuyo resultado puede ir asociado un gravoso ejercicio de poder, en caso de condena. Ese aspecto de *saber* ha estado siempre en un segundo plano, pues en el proceso ha prevalecido por lo regular la otra dimensión, que ha hecho de él una pena en sí mismo<sup>42</sup>. Al respecto, es ya tópica la afirmación de que el proceso penal como tal no podría sobrevivir sin prisión provisional. Pero este aserto no expresa ningún imposible lógico ni tampoco práctico-general; pues se refiere realmente al proceso actual, cuya real *eficacia* descansa en

<sup>40</sup> La calidad de presunto inocente que se reconoce constitucionalmente al imputado plantea un serio problema de compatibilidad con la prisión provisional. Este problema se hizo presente a los teóricos de la Ilustración y sigue pesando en la conciencia de los juristas sensibles. CARRARA consideró a la prisión provisional “una injusticia necesaria” (cfr. *Opúsculos de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1978. La cita aparece en *Inmoralidad del encarcelamiento preventivo*, vol. IV, p. 226). F. HÉLIE trató de superar la contradicción por la vía de negar a la prisión provisional el carácter de pena, y señaló: “si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y una medida de instrucción” (*Traité de l’instruction criminelle ou theorie du Code d’instruction criminelle*, Ch. Hingray, París, 1853, vol. 5, p. 748). FERRAJOLI es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, denunciando la inconsistencia lógica e incluso técnico-jurídica de los argumentos habitualmente utilizados para su justificación. Así, ha escrito: “los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse pero no plegarse a placer, y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por ‘necesidades procesales’ ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por ‘necesidades penales’” (*Diritto e ragione*, cit., p. 555). Me he ocupado de este asunto en *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (ed.), *Detención y prisión provisional*, CGPJ, Madrid, 1996, ps. 15 y siguientes.

<sup>41</sup> En ob. cit., p. 45.

<sup>42</sup> Es ilustrativa al respecto la ya clásica reflexión de CARNELUTTI: “[el proceso penal] no solamente hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes” (*Las miserias del proceso penal*, trad. de Sentís Melendo, S., Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 75).

gran medida en la utilización de ese instituto con finalidades de penalización inmediata.

El proceso penal de inspiración constitucional persigue un cambio de paradigma. En él adquiere inédita relevancia la dimensión epistemológica o de *saber*, que impone al juez operar con criterios acreditados en el ámbito de la adquisición de conocimiento empírico y reclama un marco ideal en el que el elemento constrictivo resulte desplazado íntegramente del proceso a la pena, que ha de ser proporcionada y no destructiva, algo difícilmente predicable de la de privación de libertad.

#### IV. Apunte de catálogo de deberes ético-profesionales del juez

Conforme se ha expuesto, el estado constitucional de derecho incorpora una opción o modelo de jurisdicción y de juez, del que cabe inducir un elenco de pautas o exigencias de principio a las que tendría que ajustarse imperativamente el comportamiento de este último en su actuación. En tal sentido, cabe hablar de una *ética positiva* del juez<sup>43</sup>.

Puede decirse que, de esas pautas, unas miran preferentemente a orientar el contenido de las decisiones; mientras que otras tienen más que ver con el proceso en sí mismo, en la doble vertiente de instrumento de garantía de derechos y de medio de obtención de conocimiento<sup>44</sup>. Pero, en todo caso, tal criterio de distinción es necesariamente relativo, debido a que, en la materia, incluso las indicaciones en apariencia más formales tienen importantes connotaciones materiales. En cuestión de proceso, sobre todo cuando se trata del proceso penal, cualquier *forma* toca enseña *fondo*, por el carácter eminentemente personal de los intereses y derechos en juego.

Pues bien, como prescripciones integrantes de esa ética básica del juez y sin pretensiones de exhaustividad, cabe enunciar las que siguen.

– La función judicial debe estar fuertemente orientada a la realización de los valores constitucionales, en particular los de libertad, justicia, igualdad; y, en general, a dar satisfacción a las exigencias de principio representadas por los derechos fundamentales y las libertades públicas. Es

<sup>43</sup> La vertiente ética del quehacer del juez es actualmente objeto de preocupación en medios de la Filosofía del Derecho. Al respecto, me interesa llamar la atención sobre algunos trabajos recientes: ATIENZA, M., *Virtudes judiciales y ética judicial*, en *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, ps. 119 y ss.; MALEM, J., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, en "Doxa", n° 24, 2001, ps. 379 y ss., y *La vida privada de los jueces*, en MALEM, J.; OROZCO, J. y VÁZQUEZ, R. (eds.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, ps. 163 y ss. En la misma obra, FARREL, M. D., *La ética de la función judicial*, ps. 147 y siguientes.

<sup>44</sup> Cfr. al respecto FERRÚA, P., *Contradittorio e verità nel processo penale*, en *Studi sul processo penale II. Anamorfofi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, ps. 47 y siguientes.

por lo que el juez deberá resolver cualquier duda al respecto en el sentido de dar a unos y otros el máximo de efectividad.

– El juez debe ser consciente de su condición de individuo cultural, social, religiosa y políticamente *situado*<sup>45</sup>; y de que su concreta ubicación en cada uno de estos ámbitos es *natural* fuente de condicionamientos de sus criterios de decisión, sobre todo en las materias más sensibles. Por eso, como presupuesto de la imparcialidad de juicio a que está obligado, es necesario que genere rigurosos hábitos de honestidad intelectual y de autocrítica.

– Con todo, es difícil, y más en ciertos casos, impedir que las propias opciones morales se manifiesten de algún modo en las decisiones. Cuando así sea y resulte inevitable y legítimo, el juez deberá presentarlas y justificarlas como tales y no como opciones técnicas o neutras.

– El juez debe ser celoso defensor de su ámbito constitucional de independencia, en particular, frente a los centros de poder formal y fáctico. Y hacerlo de la forma que corresponde a una garantía constitucional, algo bien distinto de un privilegio de casta o corporativo.

– El juez opera siempre haciendo uso de una mayor o menor discrecionalidad. Por ello, debe ser muy consciente de este dato, para desarrollar un hábito de reflexiva tensión a la autolimitación y a la justificación del ejercicio de tal prerrogativa.

– En el proceso, el juez debe adoptar metódicamente una posición inicial de duda, que sólo abandonará –sin perder la predisposición a retomarla– cuando por el resultado de la prueba, haya alcanzado una convicción sobre su objeto, racionalmente justificable. Esto le obliga a mantener una actitud crítica frente a las fuentes de prueba, las máximas de experiencia de posible utilización, la calidad de los datos. Pero también frente a su propias percepciones<sup>46</sup>. En el caso del proceso penal, ha de atenerse a la presunción de inocencia como regla de enjuiciamiento. Par-

<sup>45</sup> “Cada juez es un mundo”, según escribe, con tanta plasticidad como razón, IGARTUA SALAVERRÍA, *La motivación del veredicto de inculpabilidad. Una disección del voto particular a la STC 169/2004*, en “La Ley”, 21 de febrero de 2005, p. 4.

<sup>46</sup> Para alcanzar esta convicción racional es preciso afrontar críticamente las *impresiones* obtenidas de la actividad probatoria. Al operar de este modo –que es el único admisible– no será infrecuente que el juez se vea obligado a prescindir de alguna de sus apreciaciones iniciales, tras comprobar que no podría verbalizarlas y fundarlas de manera adecuada. En esto radica la diferencia entre una concepción *intimista* e incontrolable de la libre convicción y otra *racional* de la que ha de rendirse cuenta de manera expresa. Esta es la que constituye verdadera garantía para el justiciable. La actitud ética y de método que prescribe el principio de presunción de inocencia es trasladable a todos los ámbitos del proceso judicial. Me he ocupado de este asunto en *Sobre el valor de la inmediación. Una aproximación crítica*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 46, marzo de 2003.

tir de la inocencia del imputado y de que toda afirmación que la contradiga ha de ser racionalmente demostrada no es una concesión a los delinquentes (como, a veces, demagógicamente, se objeta), sino una garantía de acierto en el juicio<sup>47</sup>.

– El juez respetará escrupulosamente los derechos procesales constitucional y legalmente reconocidos a los justiciables, en la aludida doble dimensión, y resolverá las dudas que puedan presentarse en la materia en el sentido más favorable a la plena efectividad de los derechos.

– Por respeto a la verdad y al derecho de las partes, el juez debe tomar en consideración, en su totalidad, el material probatorio y hacerlo objeto de cuidadoso análisis antes de valorarlo en su conjunto<sup>48</sup>.

– El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, sabiendo que es en ese contexto de interlocución, y sólo en él, donde ha de obtener, razonadamente, su convicción. Escuchar es, en el ejercicio de la jurisdicción, mucho más que una regla de cortesía, se trata de una exigencia *de método*<sup>49</sup>.

– El derecho de defensa<sup>50</sup> es el primero de los que asisten al justiciable, y su ejercicio, aunque pueda crear problemas al juez, no se dirige contra él. Por eso, debe reconocerle, imparcialmente, el máximo espacio.

– El juez debe motivar racionalmente sus decisiones, tanto en materia de hechos como de derecho; muy en particular cuando sean privati-

<sup>47</sup> En la materia, cfr. FERRAJOLI, L., *L'etica della giurisdizione penale*, en VISINTINI, G., y MAROTTA, S., *Etica e deontologia giudiziaria*, Vivarium, Nápoles, 2003, ps. 25 y siguientes.

<sup>48</sup> El hábito muy común de la holística valoración de la prueba *en su conjunto*, característico del juicio por jurado, debe ser desterrado de la práctica judicial. A ese resultado no se puede llegar *directamente*, sino sólo después de un cuidadoso análisis del rendimiento de cada medio probatorio en particular, del que deberá dejarse constancia expresa en la motivación de la decisión sobre los hechos. La exclusiva valoración *en conjunto* es, pues, una recusable forma de sortear las dificultades del análisis y de ahorrarse el necesario esfuerzo intelectual. Con el riesgo consiguiente de llegar a la decisión en virtud de *impresiones* no suficientemente contrastadas.

<sup>49</sup> En efecto, sólo a través de la confrontación de unas afirmaciones con las que las contradigan, resultará posible valorar la calidad informativa de unas y otras. Es por lo que en el principio de contradicción, en el juicio como debate, late, antes aún que una cuestión de derechos de las partes, un imperativo metodológico. Es de sentido común que una cuestión controvertida, sea cualquiera el campo en que se produzca, no puede ser resuelta con conocimiento de causa si no es tomando en consideración las versiones y las razones de todos los implicados.

<sup>50</sup> En este terreno, como, en general, en el del ejercicio de la asistencia técnica a los justiciables, se hace necesaria una profunda reflexión autocrítica en los planos ético y deontológico, no interferida por intereses corporativos que, con demasiada frecuencia, son los que suelen prevalecer.

vas o restrictivas de derechos<sup>51</sup>. Sólo resolverá con apoyo en datos verbalizables y dotando a lo resuelto de un fundamento expreso que sea intersubjetivamente aceptable.

– La prisión provisional<sup>52</sup> es, objetivamente, una forma de anticipación de la pena, de lo que se deriva una siempre problemática compatibilidad con el principio de presunción de inocencia. El juez debe ser consciente de esta aporía para limitar al máximo el uso de aquélla. Esta dramática particularidad de la materia atribuye aquí una especial importancia al deber de motivar las decisiones correspondientes.

– “La publicidad es el alma de la justicia” (BENTHAM<sup>53</sup>) y constituye, esencialmente, una garantía de las partes. Así, su empleo en el proceso debe ser administrado desde esta perspectiva. El asunto tiene particular relevancia en el proceso penal –donde la garantía es a favor del imputado– y en relación con el uso de los medios de comunicación masivos. Estos, en especial la televisión, producen el efecto de amplificar la noticia, lo que lleva asociado un plus de penalización. El juez ha de ser consciente de este hecho, para evitar que el acusado sea presa de la frecuente voracidad sensacionalista e hiperpenalizadora de los *media*<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Conviene reiterar que sólo puede hablarse en rigor de motivación cuando el discurso justificador ofrece, además y antes de las razones de derecho, los verdaderos motivos de la decisión en materia de hechos. Éstos, en el caso de la sentencia obedecerán al resultado de la actividad probatoria desarrollada en el juicio; y en el de las resoluciones en las que se disponga alguna medida cautelar, consistirán en la exposición de los indicios de delito descubiertos en la investigación, que obligan a adoptarla.

<sup>52</sup> Una excelente aproximación a los problemas que hoy suscita entre nosotros el polémico instituto en su regulación actual, puede verse en BARREIRO, A. J., *La reforma de la prisión provisional. Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003, y la doctrina del Tribunal Constitucional*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 51, noviembre de 2004, y n° 52, marzo de 2005.

<sup>53</sup> BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de Ossorio Florit, M., Ejea, Buenos Aires, 1959. La cita corresponde al vol. I, p. 140. Sobre esta materia, en relación con el actual papel de los *media*, remito a mi trabajo *Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 51, noviembre de 2004.

<sup>54</sup> En este punto es imprescindible llamar la atención sobre la necesidad –cargada de implicaciones éticas– de que el juez administre con autocontención y rigor exquisitos su presencia en los *media*. El juez no puede ser *un personaje*, y legítimamente no deberá tener –y menos *procurar(se)*– en ese ámbito más presencia que la que objetiva e inevitablemente se derive de la eventual significación e interés público de un determinado asunto. No puede perderse de vista que la hiperpublicidad del juez, con la mayor frecuencia, equivale, también, a un plus de visibilidad de los afectados por sus actuaciones, muchas veces penalizadora para éstos. Sin contar con que tales formas de presencia, tan poco judiciales, de los jueces, son fácilmente manipulables y habitualmente manipuladas. Es obvio que no postulo una suerte de juez-cartujo, blindado frente al exterior, mudo y sin opiniones, que renuncie a su estatus de ciudadano. Sí en cambio un juez discreto, consciente de que administra

– Los jueces están obligados a guardar la más estricta reserva de lo que conozcan en el desempeño de sus funciones y también del secreto de las deliberaciones. Cuando por razón de la particular trascendencia pública de un determinado proceso tuvieran que facilitar alguna información a la opinión, deberán hacerlo siempre de modo que no interfiera el regular desarrollo de éste ni cause perjuicio a los implicados en él.

– Como todo poder, el del juez se presta fácilmente al abuso, en especial en las relaciones con los justiciables, pero también con los profesionales que intervienen en su defensa y con los testigos. Por eso, el juez deberá extremar la corrección y el respeto en las relaciones con todos.

– Los juicios deben producirse conforme a derecho, pero esto no excluye la atención equitativa a las particularidades de las situaciones personales, que deberán atenderse siempre que no signifiquen injustificada desigualdad de trato y no perjudiquen a los demás interesados en la causa.

La legitimación de las decisiones judiciales es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, las grava con un cierto coeficiente de ilegitimidad (FERRAJOLI<sup>55</sup>), en la medida en que –como se ha visto– el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje. Y, por ello, muy directamente, de su exclusiva responsabilidad.

No es, pues, exagerado decir, según esto, que en el ejercicio de la jurisdicción –como en el de otras funciones estatales sujetas a la ley– concurre siempre un componente de *poder personal* según se ha dicho. Por eso, a más de las ya enunciadas, hay, a mi juicio, una última exigencia ética dirigida al juez del modelo constitucional. Es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto)control de tal plus de poder de decidir. En este sentido, me parece que de la actitud ética del juez tendría que formar parte un punto de *mala conciencia*. Se trata de una *garantía* de naturaleza cultural no reclamada por ninguna ley escrita, pero con un fundamento de principio que está fuera de duda.

---

informaciones especialmente sensibles que no le pertenecen, y de los riesgos que ciertas formas de intervención social tienen para la imparcialidad y el equilibrio que deben primar en el ejercicio de su papel. Cfr. al respecto, PACIOTTI, E., *Principios democráticos, opinión pública y control de legalidad*, en "Jueces para la Democracia", Información y Debate, nº 25, marzo de 1996.

## Sobre la garantía judicial de los derechos\*

En recuerdo de Claudio Movilla

### I. Cumpleaños en derechos humanos: siempre poco que celebrar

Este trabajo tiene su origen en una intervención motivada por la celebración del quincuagésimo *cumpleaños* de la Declaración Universal de 1948. Por definición, el uso del verbo “celebrar” sugiere en el sujeto de la oración una actitud satisfecha, la propia de quien festeja. No diré que falten motivos para que quien en este caso hubiese oficiado de celebrante pudiera participar de tal estado de ánimo. Pues, que la Declaración Universal emergiera en el horizonte político y jurídico-cultural del mundo de finales de los 40, conmocionado por la, entonces, reciente escenificación de la apoteosis de la barbarie que le había tocado vivir, fue todo un logro. Y que a cincuenta años de distancia siga siendo un punto de referencia, haya inspirado y continúe inspirando –aunque sea modestamente– prácticas de humanización de la convivencia, y sirva como autorizado paradigma para deslegitimar las que se orientan en sentido contrario, es algo que ninguna persona sensible, y más si jurista, debería dejar de valorar.

Pero al mismo tiempo es obligado decir que hablar de derechos humanos y de su garantía es tratar de una frustración. Una frustración que pertenece a la misma *naturaleza de la cosa*, porque la categoría de referencia expresa un ideal, consagra un modelo, como tal, de imposible plena realización. Es así, no sólo en virtud de consideraciones empíricas, ya que hay la suficiente experiencia acumulada como para tener por cierto que el ser humano va a seguir negándose a sí mismo en los demás. Sino también por razones conceptuales, puesto que en materia de derechos fundamentales, si resulta posible establecer un límite mínimo, un umbral *sine qua non*, el horizonte, incluso en el mejor de los casos, permanecerá siempre lejano. Y también abierto a nuevos desarrollos, a contenidos inéditos que, como ha sucedido en la parte positiva de esta histo-

\* Este texto es la amplia reelaboración de una intervención oral en las jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, con ocasión del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los días 27-30 de octubre de 1998. Publicado en “Claves de Razón Práctica”, nº 90, marzo de 1999.

ria –que es el lado positivo de la Historia– podrían incorporarse merced al esfuerzo de quienes aspiran a dejar tras de sí un mundo más habitable.

La afirmación de que al juez nacional le incumbe una función de garantía de los derechos humanos expresa lo que, a simple vista, al menos entre juristas, es una obviedad. Pero se trata de una obviedad normativa. De un postulado recurrente de las cartas de derechos y del constitucionalismo actual, que podría ilustrarse, sin ningún trabajo, con un nutrido aparato de erudición jurisprudencial de todos los tribunales nacionales e internacionales. Algo a lo que renuncio de antemano. Por otro lado, es un postulado al que acontecimientos recientes han dotado de nuevos y riquísimos perfiles, a los que sí me referiré.

Así, pues, el título de intervención contiene, en realidad, una proposición prescriptiva: “El juez nacional *debe ser* el garante de los derechos humanos”. Pero la obviedad del enunciado no debe tomarse como indicativa de la problemática de su contenido. De éste forma parte una compleja gama de implicaciones que expresan otras tantas exigencias, dirigidas a la política y al derecho; cuya realización aparece condicionada a la concurrencia de una articulada serie de presupuestos de diversa índole y cuya prestación exige, a su vez, un fuerte compromiso ideal incompatible con actitudes pragmáticas en favor de las que, es sabido, militan viejas y elaboradas razones de *realpolitik* muy asentadas en un difundido sentido común. Muy común, también entre los operadores del derecho.

Con todo, lo cierto es que el imperativo deóntico que impone al juez nacional la prestación de esa relevante garantía existe como tal y es de una vigencia y de una validez indiscutibles. Hoy forma parte del deber ser constitucional del derecho, que así incorpora estructuralmente un momento de tensión, una dialéctica interna en su propia realidad normativa.

Por otra parte, a estas alturas, se cuenta con información suficiente y lo bastante contrastada para sostener que la existencia de una garantía jurisdiccional de un determinado estándar de calidad es condición necesaria, aunque no suficiente, para que los derechos humanos puedan gozar de algún grado estimable de realización práctica.

## **II. Derechos humanos y “constitucionalismo emancipador”**

Derechos humanos son hoy los derechos fundamentales, es decir, los que constituyen la condición de persona y que, por eso, corresponden universalmente a todos los seres humanos. Esta idea está –programáticamente– en la raíz del primer constitucionalismo liberal, le ha acompañado en todas sus vicisitudes posteriores y ha pasado a ser el núcleo mismo del constitucionalismo actual, que la ha dotado de consistencia positiva y de nuevos horizontes. Horizontes necesariamente abiertos, entre otras cosas, a la incidencia de la multiculturalidad, indudablemente llamada a

introducir un contrapunto enriquecedor al marcado eurocentrismo de las actuales cartas internacionales de derechos.

Pero lo cierto es que, por debajo de esa continuidad aparente en la materia, el constitucionalismo surgido a partir de la segunda posguerra, aporta un importantísimo elemento de ruptura en positivo con la precedente forma de tratamiento de la cuestión de los derechos como objeto de regulación constitucional. Tanto es así que Di Giovine y Dogliani se han referido a aquél como promotor de una “democracia emancipadora”, resultado de un tipo de textos fundamentales que no sólo garantizan, al positivizarlos, los derechos civiles y políticos tradicionales, sino que incorporan, con los derechos sociales, un proyecto que compromete a todos los poderes con la realización empírica de una sociedad tendencialmente igualitaria.

Así, se verifica el paso de la constitución programa o la constitución marco, a la constitución ordenamiento o norma jurídica, que es también constitución-*tarea* (Gozzi). De este modo se pasa de un Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho, que es Estado *de derechos*.

En el Estado del constitucionalismo liberal el componente “de derecho” se resumía en la primacía de la ley. Y el momento democrático en la omnipotencia de la mayoría u omnipotencia del legislador. En él era evidente la radical autonomía de la política y, como consecuencia, la precariedad de la garantía jurídica.

No es una casualidad que el cambio de paradigma constitucional se presente en la escena histórica como una forma de reacción a la crisis de la democracia representada por la experiencia de los fascismos. Ni que ese constitucionalismo normativo se postule como un modo de asegurar el futuro de la democracia, precisamente, mediante el reforzamiento del componente “de derecho” que implica la rigidez constitucional.

Los derechos fundamentales dejan de ser una suerte de punto de referencia externo para *constituirse* en “*fundamento funcional de la democracia*”, según señala Haberle, porque es sólo “a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales como se realiza un proceso de libertad que es elemento esencial de la democracia”.

El reconocimiento jurídico de que pasan a ser objeto, hace de los derechos “la esfera de lo indecible” (FERRAJOLI), es decir, un límite de derecho democráticamente impuesto a la mayoría, o sea, a la política, en garantía de la democracia, que no es concebible sin el aseguramiento de una esfera de autonomía individual a sus protagonistas. Es también este autor quien se ha referido a los derechos fundamentales en esta versión como “las leyes del más débil”, y es que, por primera vez en la historia, aquéllos han salido del terreno de la metáfora para constituirse en elemento central y fundante del Estado y del ordenamiento democráticos. Integran “la dimensión sustancial de la democracia” (FERRAJOLI), dan sen-

tido a la política y al derecho y son su paradigma de legitimación. Y de deslegitimación, por tanto.

### III. Estado constitucional de derecho y jurisdicción

El ordenamiento jurídico resultante del nuevo constitucionalismo experimenta cambios de relevancia en su estructura y en su dinámica interna, que afectan intensamente al papel de la jurisdicción y del juez. El primero y esencial es que la constitucionalización de los derechos fundamentales como vínculo al poder legislativo se traduce de inmediato en un nuevo sentido de la validez de la legislación ordinaria. Como ha señalado FERRAJOLI, en oposición al tradicional paradigma positivista, la validez no es una simple connotación o un valor implícito en la mera vigencia de los actos normativos. La validez tiene que ver con el significado de éstos, es una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las que disciplinan en un plano de superioridad su contenido material. La validez, en la nueva lógica del ordenamiento, no es ya un dato apriorístico, sino una cualidad sólo predicable de la norma después de un juicio, que el legislador constituyente ha puesto a cargo del juez-intérprete. El patrón sustancial conforme al que se lleva a cabo el control de validez está integrado por los derechos fundamentales: parámetro de legitimidad, por tanto, del derecho aplicable. Y, como luego veremos, parámetro de legitimidad, también, de la actuación jurisdiccional misma.

Este paradigma implica, pues, no sólo un cambio en la relación legislador/ley-juez, sino que produce consecuencias relevantes en el plano de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia judicial. En este modelo constitucional, puede decirse, encuentra el que hasta la fecha es su máximo de realización el *desideratum* contenido en el artículo 16 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución".

En efecto, mientras, por un lado, los derechos fundamentales se convierten en una esfera de derecho destinada al poder, en una suerte de derecho positivo sobre el derecho, para el legislador, por tanto, en primer término. Por otro, se rediseña la institución judicial, a la que se atribuye como cometido primordial la garantía *erga omnes* de la efectividad de aquéllos, por eso la independencia.

En tal planteamiento hay algo de implícita redistribución de competencias y también una atribución *condicionada* de sentido tanto a la legislación como a la jurisdicción. Gozarán de él, es decir, de legitimidad como poderes en tanto y sólo en la medida en que cumplan con fidelidad el papel constitucionalmente asignado.

Semejante criterio de legitimación a través de los derechos tiene una peculiar complejidad. De una parte, se presenta con una cierta valencia

contramayoritaria: los derechos que se trata de garantizar son, por antonomasia, los de la parte débil, del individuo, del disidente, del imputado y deben serlo frente al poder por antonomasia, el de la mayoría política. Pero, al mismo tiempo, si esos derechos se construyen como imperativo jurídico, es porque son el presupuesto de la democracia política misma. En efecto, ésta sólo puede existir sobre la base de una ciudadanía integrada por sujetos cuya autonomía individual esté bien garantizada, en el plano normativo y en el de la efectividad de las normas.

En el modelo, con muy diversas calidades de realización práctica, el corolario de la atribución del indicado papel constitucional a la jurisdicción es un reforzamiento cualitativo de la independencia, con el correspondiente soporte institucional. Reforzamiento que, por primera vez, contempla de manera expresa la doble vertiente –externa e interna– de ese valor e implica la exigencia de rescindir la vinculación del juez al ejecutivo, propia del sistema napoleónico de organización judicial, por lo que tiene de negación del principio de sujeción del juez sólo a la ley.

Sujeción sólo a la ley (que es ley más Constitución), pero, *inequívocamente, a la ley*. Ciertamente que la Constitución impone una lectura crítica de aquella, pero tal lectura deberá de ser intelectualmente honesta, rigurosa en el uso de las normas del discurso racional y técnico-jurídico y dotada del máximo de transparencia en la justificación.

Es asimismo cierto que la sujeción en exclusiva a la ley como garantía de derechos puede dar lugar a que, en ocasiones, la decisión judicial entre en colisión con posiciones políticas coyunturales de mayoría. Pero de esta posibilidad, que corresponde a la fisiología del sistema constitucional, no cabe derivar la atribución al juez de una función política de *contrapeso* en sentido propio. Porque el juez no es un interlocutor sistemático del poder político y tampoco su fiscalizador permanente. Sus actuaciones precisan del impulso externo y se producen caso por caso. De ahí que, sólo podría hablarse de *contrapeso judicial* en el sentido de que el poder judicial, esto es, la jurisdicción, debe estar *siempre* en condiciones de enjuiciar con eficacia una concreta actuación de poder que afecte a derechos, cuando concurra el supuesto de hecho legalmente habilitante y la necesaria demanda de intervención.

#### **IV. La garantía judicial en la economía de los derechos**

Ya he señalado que los derechos fundamentales encarnan un modelo que, en cuanto tal y como abierto siempre a nuevos contenidos eventuales, está condenado a padecer un no despreciable grado de frustración. Con todo, no cabe duda que el constitucionalismo actual supone un paso significativo, en lo que se refiere a las condiciones de posibilidad de la efectividad de la garantía de aquéllos, respecto del constitucionalismo liberal. En éste, los únicos derechos consagrados, los de la primera gene-

ración, claros en la formulación normativa padecían seriamente por la notable precariedad de la garantía jurídica.

Esto es, seguramente, lo que llevó a los teóricos y, en general, a los juristas a asimilar de manera intuitiva efectividad a existencia en materia de derechos fundamentales; a considerar que allí donde no estuviese asegurada la posibilidad de realización y la reacción frente a las violaciones, el déficit no era sólo de protección, sino, por así decirlo, ontológico: no había derecho donde no hubiera garantía institucional.

Tal es el punto de vista de autor tan significativo como Kelsen, para quien no existe el derecho sin el cumplimiento del correspondiente deber por parte de quien se encuentra obligado; pues “tener un derecho subjetivo significa (...) tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja”. Y, todavía con más claridad, Danilo Zolo: “un derecho formalmente reconocido pero no *justiciable* –es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos– es, *tout court*, un derecho inexistente”.

Semejante concepción ha pasado incluso a formar parte de un cierto sentido común de cultura jurídica, que incluye el cuestionamiento de la juridicidad de los derechos consagrados por las cartas internacionales, como consecuencia de su imposible justiciabilidad. Déficit éste extensible a los derechos sociales, a los que de la misma manera se suele considerar también aquejados de una conocida precariedad jurídica.

El planteamiento tiene una inteligente proyección en la obra de Habermas. Para este autor, la exigencia de que “el hombre (no sólo el ciudadano) debe ser tutelado de forma óptima frente a las amenazas para su libertad, conduce necesariamente, en las actuales condiciones, a los ‘derechos fundamentales como garantías procesales’”. O lo que es lo mismo: “la afirmación y la tutela procesal de un derecho fundamental pertenecen a su ‘esencia’ (...) la idea de una efectiva tutela jurídica procesal se ha añadido al ‘contenido esencial’ del derecho fundamental”.

La propuesta es inicialmente sugestiva y, al menos en una primera aproximación, parece la más coherente con la relevancia que la garantía jurisdiccional de los derechos adquiere en el vigente constitucionalismo. Según esto, la incorporación del momento de tutela a la propia naturaleza del derecho objeto de ésta, atribuye a la primera una dignidad sustancial, la calidad de verdadera condición *sine qua non*, y no del disfrute en los casos en que éste resulte impedido por alguna acción obstativa, sino de la propia existencia del derecho como tal.

Pero, como señala Ferrajoli, en ese punto de vista del sentido común hay un engaño: lo que gana en relevancia el papel de la garantía, lo pierde, paradójicamente, el derecho mismo, que será débil en su realidad normativa donde aquélla sea débil, e inexistente allí donde no se dé. Hasta el punto de que, concluye el mismo autor, “si confundimos dere-

chos y garantías resultan descalificadas, en el plano jurídico, las que son las más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de garantías adecuadas, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes”.

La crítica de este autor encuentra fundamento en la propia naturaleza del orden jurídico. En los sistemas normativos *nomoestáticos* como la moral, la existencia del derecho implica la de la correlativa obligación, por simple deducción racional; los sistemas *nomodinámicos*, como el orden jurídico-positivo, en cambio, se realizan de manera diacrónica; en ellos cada norma debe ser concretamente *producida*, de tal manera que la proclamación constitucional o legal del derecho lo constituye normativamente como tal, le dota de existencia, le crea como derecho. Pero *sólo* como derecho si no se produce mediante otro acto normativo la predisposición del correspondiente mecanismo de garantía.

Ahora bien, tratándose de ordenamientos constitucionales de constitución rígida, como el español, el establecimiento de la garantía no queda librado al arbitrio del legislador: los derechos proclamados como fundamentales representan una obligación para él. Y esto sucede porque la enunciación normativa equivale al acto de creación de tales derechos por el legislador constituyente y a la generación del deber correspondiente a cargo del legislador ordinario. Si éste omite la actuación debida no compromete la *existencia* del derecho como tal, blindado por su naturaleza de fundamental, sino que –concluye FERRAJOLI– abre *una laguna* en el tratamiento de su desarrollo.

No faltará, tal vez, quien piense que al razonar así se incurre en un exceso de sofisticación, puro ejercicio teórico, sobre todo, cuando se trata de derechos que en el *statu quo* legislativo actual gozan ya de la correspondiente tutela. Es el caso de los derechos civiles y políticos, respecto de los que la propuesta de HABERLE parecería que produce un efecto de reforzamiento. Pero la distinción que se propugna, además del rigor teórico, tiene, en general, claros efectos prácticos especialmente visibles en casos como el de los derechos sociales. Para éstos, la consagración constitucional, en defecto de justiciabilidad, al implicar la inexistencia, carecería de toda relevancia jurídica. O lo que es lo mismo, en términos prácticos, la asimilación de derecho y garantía no añadiría nada allí donde ésta ya concurre; mientras que cerraría el paso a toda posibilidad de garantía efectiva donde ello no sucede. En efecto, pues el juez que, en presencia de un derecho de indudable existencia normativa, aunque legalmente no garantizado de manera suficiente, tendría motivos para sentirse interpelado por una eventual exigencia de tutela; donde el derecho –por el defecto de ésta– no existiera, carecería de toda razón jurídica para sentirse concernido.

De lo expuesto se sigue que la tutela jurisdiccional de los derechos no forma parte del contenido de éstos, sino que es, a su vez y por disposición constitucional, un derecho fundamental. Pero un derecho fundamental *por derivación*, en la medida en que resulta necesario para la efectividad de aquéllos.

Y es un derecho de peculiar configuración: “derecho a organización y procedimiento” en expresión de ALEXY, puesto que su prestación eficaz requiere la predisposición por parte del Estado de una legalidad procesal y de la adecuada infraestructura burocrática de personal y medios.

## V. Derechos fundamentales, estatuto y cultura del juez

La incorporación de los derechos fundamentales a la legalidad positiva produce efectos de singular relevancia en la esfera del juez. De una parte, como ya se ha anticipado, refuerza, en el plano de la legitimación, el fundamento de la división de poderes y de la independencia de aquél y, por otra, y correlativamente, comporta una evidente profundización del sentido de las garantías, tanto orgánicas como procesales. Las primeras, son presupuesto de la adecuada prestación de las segundas, las propiamente jurisdiccionales. Unas y otras operan en niveles formalmente diferenciables del universo judicial, pero se hallan en una relación estrecha de implicación recíproca y son función exclusivamente de los derechos que se trata de tutelar.

El juez del Estado liberal, juez *sin* constitución, con un estatus de objetiva subordinación política al ejecutivo, no necesitaba de otra legitimidad que la, apriorística, implícita en la formalidad de la investidura, y ejercía su función en un marco sin referencias constitucionales; el juez de nuestro ordenamiento debe revalidar su legitimidad –caso por caso– aplicando de manera independiente la ley válida, en un contexto de precisas exigencias procesales de relevancia constitucional.

Emerge, así, con carácter prescriptivo un paradigma de legitimación del juez de carácter material o sustancial, que es implicación directa del rango normativo de los derechos fundamentales, y que tiene proyección, al menos, en tres sentidos, con la correspondiente contrapartida de deber profesional.

El primero se concreta en el aludido imperativo de lectura crítica de la ley para verificar su compatibilidad sustancial con la Constitución. El segundo lo hace en la obligación de observar escrupulosamente las garantías procesales en que se traduce el derecho fundamental a la tutela judicial, que son cautelas frente al propio juez. El tercero en la obediencia al deber de motivar la decisión, para asegurar tanto la racionalidad en el uso del poder que mediante ella se ejerce, como la adecuada comprensión de su fundamento real por terceros.

Estos tres deberes constitucionales –se insiste que dados en garantía de los derechos fundamentales– operan, en caso de incumplimiento, como factores de deslegitimación. Porque la legitimidad del ejercicio jurisdiccional ha dejado de ser un *a priori*, una calidad formal–trascendente que acompañe siempre, para convertirse en resultado eventual, condicionado a la calidad de la actuación; y, en consecuencia, sólo predicable en virtud de una valoración *ex post* de ésta.

La constatación de este cambio de paradigma en el orden de la legitimación, plantea requerimientos en materia de independencia. Si ésta tiene toda su razón de ser en el aseguramiento de la obediencia a la ley válida, habrá de implicar –dicho con BORRÉ– la desobediencia a todo lo que no sea el imperativo legal. De aquí se derivan precisas exigencias culturales, de actitud y de sensibilidad. Y, desde luego, la ruptura reflexiva con un viejo y actual antimodelo. El de cierto juez, tan hermético y distante en sus relaciones con el justiciable, como *naturalmente* abierto a las sugerencias políticas del *establishment*, sobre todo si estimuladas mediante contraprestaciones *de carrera*. Ese juez, al que según CASAMAYOR no habría necesidad de *comprar*, puesto que bastaba con *producirlo* en una cierta clave. Hoy diríamos que *programarlo* de una determinada manera.

Así, pues, la estricta funcionalidad de la jurisdicción a la efectividad de los derechos fundamentales requiere la adecuada prestación de ese *deber fundamental-medio* que es para el juez la tutela judicial. Hacerlo en condiciones, demanda idealmente la concurrencia de esas “virtudes judiciales” a que se ha referido Manuel Atienza, de difícil plasmación normativa y más bien fruto posible y deseable de un clima cultural que habría de promoverse reflexivamente con esfuerzo sostenido. Pero requiere, asimismo, un fuerte compromiso deontológico del juez con traducción en el cumplimiento satisfactorio de los deberes profesionales legalmente establecidos, mucho más concretos. Cuando tal compromiso no informe eficazmente la práctica del juez, el dato debería tener la necesaria repercusión negativa en las expectativas profesionales que dependan de una decisión discrecional del Consejo General. Y, en los casos graves, dar lugar a un ejercicio riguroso de la disciplina directamente orientado –diría que exclusivamente orientado– a asegurar la prestación de tales deberes. Esto último remite a un problema que no se encuentra bien resuelto ni en la legislación ni en la experiencia y que implica una delicada cuestión de límites: el hasta dónde de la intervención administrativa sobre una actividad como la jurisdiccional que debe responder al principio de independencia. Aunque hay un espacio cierto en el que debe operarse con energía cuando sea necesario, en la realidad no siempre acontece; al tiempo que no son inusuales en el órgano de gobierno de los jueces las inclinaciones a un cuestionable uso ejemplarizador de la disciplina, dirigido a incidir sobre actos o actitudes no estrictamente profesional; sobre todo, en algunos asuntos estridentes de relevancia política y mediática.

En todo caso, es evidente que el juez garante sólo puede ser resultado de la concurrencia de una doble condición de posibilidad. A saber, que él mismo se encuentre suficientemente garantizado en su independencia y que, a la vez, existan efectivas garantías frente a él en las actuaciones que protagonice.

Un juzgado de ejecutorias de Madrid, hace apenas unos meses, al informar en un recurso de queja, justificaba una más que, ya *prima facie*, discutible negativa a sustituir la pena de prisión, con el argumento de que la decisión correspondiente había sido adoptada en el uso de lo que constituye “una libertad discrecional del juez”. El caso es singular por la franqueza y la elocuencia de la expresión. Repárese en la intolerable filosofía de la jurisdicción que subyace a ese modo de expresarse, que, a mi juicio, no permite el fácil consuelo de la hipótesis del supuesto aislado. Pues esa filosofía recurre en todas las ocasiones en que se dan motivaciones herméticas, autodefensivas, lamentablemente bien frecuentes. Por no hablar de aquéllas en los que ni siquiera se motiva. No es éste lugar para ahondar en este asunto. Pero sí para decir que en medio de una cierta trivialización, por supuestamente obvio, de lo que la Constitución representa –*debe representar*– para el juez, discurren unas prácticas en las que el influjo de la norma fundamental, muchas veces, no se advierte fácilmente. El ideal garantista, como tal, no conoce punto de llegada. Pero, de haberlo, en hipótesis, estaríamos aún muy lejos de él.

Creo que en los jueces, en general, ha calado bastante la conciencia del reforzamiento del propio poder que se deriva de la Constitución vigente. No estoy tan seguro de que lo haya hecho de igual forma la idea de que ese poder sólo tiene sentido como independencia de una determinada calidad y para un sólo fin: dotar de eficacia a la jurisdicción –que es actividad del caso concreto– como función de garantía de derechos fundamentales. En esto, es decir, la garantía de los derechos fundamentales (prestación de un *servicio público*) desde la independencia (*poder*), se resuelve el papel constitucional de la jurisdicción.

## **VI. Acerca del los derechos sociales y su problemática de justiciabilidad**

Para una concepción de los derechos como la que antes se ha ilustrado, los conocidos como derechos sociales –“derechos fundamentales sociales”, al decir de ALEXY– serían los más típicos *derechos inexistentes o no-derechos*, por la notable precariedad de su tutela judicial.

Ahora bien, según se ha anticipado, fuertes razones de orden teórico autorizan a sostener que el enunciado constitucional del derecho lo constituye como tal derecho, es decir, le confiere existencia como expectativa de satisfacción normativamente sancionada y, por consiguiente, genera la correspondiente obligación para le legislador.

Como ha escrito PRIETO SANCHÍS, “todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido o núcleo indisponible para el legislador”.

En el caso de “los principios reconocidos en el Capítulo III” (del Título I de la Constitución Española), que es como ésta llama a los derechos que aquí se tratan, el artículo 53.3 es claro: su alegación ante la jurisdicción ordinaria sólo podrá producirse “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Ahora bien, el mismo texto fundamental prescribe que tales principios “informarán... la práctica judicial”, lo que implica algo más que la mera no-indiferencia de su consagración: la producción de alguna clase de eficacia jurídica.

Desde la perspectiva que aquí interesa, la de la posible justiciabilidad de los derechos sociales, se ha objetado como obstáculo insalvable que su efectividad requiere una compleja mediación estatal (legislativa, presupuestaria, organizacional) en la que el juez no podría, en modo alguno, subrogarse o actuar por sustitución, en virtud del principio de separación de poderes.

Así, resulta que el ámbito del discurso en la materia se encuentra circunscrito por los límites representados, de un lado, por la ineludible trascendencia normativa de todo enunciado constitucional y la necesidad de tomarse en serio al legislador constituyente; y, de otra parte, por el obstáculo fáctico en que puede erigirse la falta de voluntad política del legislador ordinario de producir el correspondiente desarrollo constitucional.

La doctrina jurídica ha explorado ese territorio, con resultados de indudable interés desde el punto de vista de la jurisdicción, como han puesto de relieve ABRAMOVICH y COURTIS en un detallado análisis.

Para empezar, es claro que ya no resulta posible sostener que exista algún tipo de derechos fundamentales que implique para el Estado la única exigencia de no hacer o de abstenerse de actuar. No hay derecho civil y político cuya garantía no obligue al Estado a predisponer recursos y medios de diversa índole, con la consiguiente repercusión presupuestaria. Por otra parte, hay violaciones de derechos sociales que tienen su origen en el incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado, en especial la de no discriminar (art. 14.1, CE). De modo que la diferencia entre esos derechos y los económicos, sociales y culturales debe ser relativizada, al tratarse de una cuestión más de grado que de naturaleza.

El resultado inmediato es que, al menos en el caso del primer grupo de derechos, los civiles y políticos, su contenido –en alguna medida– prescricional no representa un obstáculo a la intervención judicial.

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) obliga a los Estados “a adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconoci-

dos". A partir de aquí, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) ha declarado que si bien el logro de la plena efectividad de los derechos puede ser de realización progresiva, existen obligaciones con "efecto inmediato", como es la de garantizar que los derechos de que se trata se ejercerán sin discriminación y la de "adoptar medidas".

De donde resulta, que si ciertamente un masivo incumplimiento de un determinado deber estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales sería con toda probabilidad judicialmente irremovible (se piensa en la jurisdicción no constitucional), puesto que implicaría, entre otras cosas, un defecto de ley ordinaria; en presencia de incumplimientos parciales, el citado precepto del artículo 2 del PIDESC abre un evidente espacio a la intervención jurisdiccional.

Me refiero a la posibilidad de actuaciones inspiradas, aparte de en el principio de no discriminación, en el deber de progresividad y en la consiguiente obligación de no regresividad; en las que, además, dada una razonada afirmación, por parte del demandante de justicia, de la existencia de indicios de incumplimiento, es claro que tendría que producirse una inversión del deber de probar en perjuicio de la instancia concernida. Y, acreditada la realidad de la discriminación, correspondería a esta última la carga, ahora, de justificar que la regresividad de la concreta medida sería el coste necesario de una política general significativa de un avance en la perspectiva de la generalidad de los derechos previstos en el PIDESC, según la interpretación dada a éste por el ECOSOC.

De lo que acaba de exponerse hay que extraer una consecuencia: el de los genéricamente conocidos como derechos sociales no es un campo vedado a la jurisdicción. Por el contrario, ésta se encuentra llamada en causa ya, al menos, de entrada, por la consagración normativa de esos derechos como tales ("principios", art. 53.3, CE) y, después, porque allí donde se dé algún grado de desarrollo legal, la actividad interpretativa –inspirada en el principio *pro homine*– deberá estar reflexivamente orientada a dotar al derecho de que se trate del máximo de efectividad, para lo que pueden ser de indudable ayuda los criterios a que se ha hecho referencia y los que pueden recabarse de algunos casos especialmente significativos de la jurisprudencia del TEDH.

Es bien sabido que el Tribunal Constitucional español no ha sido especialmente avanzado en el tratamiento de los derechos sociales; para los que, por lo demás, es claro que tampoco corren los mejores tiempos. Pero también lo es que, en referencia a alguno de éstos, ha reconocido expresamente la existencia de un "núcleo o reducto indisponible por el legislador" (STC 37/1994). Algo, por otra parte, implícito en la propia calidad del enunciado constitucional como creación normativa de un derecho.

La jurisprudencia constitucional no puede ser indiferente para el juez que, cualquiera que fuera su sentido, no está legitimado para operar

como si ésta no existiera. Ahora bien, cuando aquél encuentre motivos para la discrepancia y se halle en condiciones de argumentar de forma convincente con buen fundamento constitucional, deberá hacerlo. Creo que alimentar, con rigor y desde el caso concreto, una dialéctica de esa clase en el marco de la aplicación constitucional de la ley, es un deber exquisitamente judicial. El deber de tutela de los derechos fundamentales lleva implícita la obligación de estimular –con rigor y consistencia argumental– una tensión permanente hacia la defensa/dilatación de sus límites; por la misma razón de que las prácticas político-administrativas suelen aquejar una marcada tendencia al redimensionamiento reductivo de aquellos. Proclamar ese deber no es postular una suerte de activismo voluntarista y gratuito, es contribuir a crear conciencia o a que no se pierda la memoria de que existe como tal deber para quienes –los jueces– tienen normativamente encomendada la garantía de unos derechos que cuentan con existencia constitucional-normativa. *Sólo* se trata, como ha escrito GARCÍA HERRERA, “de mantener vigente la inspiración transformadora de la Constitución y de preservar la tensión que el propio texto alienta entre realidad y proyecto”.

## **VII. En las nuevas fronteras de los derechos: un plus de judicialización inevitable**

Hay una esfera –semillero de serios problemas– de reciente emergencia desde el plano de la especulación ética al de la política del derecho y de la legislación. Es la esfera de la bioética, que ha acentuado el estatuto del cuerpo humano como *zona de conflicto*. El asunto tiene viejos antecedentes, como la prueba la cuestión del aborto. Pero ahora surge con renovados perfiles y con horizontes que cabe presumir amplios y muy abiertos a nuevos temas de discusión, que implicarán las correspondientes demandas de respuesta desde el derecho a cuestiones (la disposición del propio cuerpo, la identidad y la diferencia) que tienen que ver directamente con el derecho a la vida, a la salud, a la dignidad, en una perspectiva muchas veces inusual hasta la fecha.

En estos supuestos, como ha escrito RODOTÀ, se replantea con particular intensidad la opción entre dos modelos culturales de tratamiento: el de la jurisdicción y el de la legislación. Naturalmente no se trata de una opción radical y en términos excluyentes por uno de los integrantes del par, que no cabría en ningún caso. Ni el legislador puede dejar de sentirse interpelado y de responder a la demanda social; ni su respuesta, desde la generalidad de la ley, podrá prescindir de la mediación jurisprudencial.

El problema está en que, a juicio de este autor, las materias de que se trata, en buena medida abiertas y, en todo caso, muy conflictivas, no suelen ser susceptibles de un tipo tratamiento legislativo dirigido a solventar, en cada caso, el antagonismo de las posiciones, primando unila-

teral y definitivamente una de ellas, que sería la forma de *pacificar* normativamente el conflicto con carácter general.

Ahora bien, la naturaleza esencialmente pluralista de nuestras sociedades, que se refleja de forma emblemática en tales materias, tratándose de cuestiones extremadamente polémicas y con fuertes implicaciones éticas, no se acomoda bien a esa clase de técnicas de intervención, que no median sino que cortan drásticamente.

La naturaleza y el estado de la cuestión en estos asuntos, intensamente debatidos en marcos sociales pluralistas, es lo que está llevando a optar por el modelo cultural de la jurisdicción, de la decisión caso por caso, en marcos de legalidad flexible o por principios, necesariamente abierto por el propio carácter abierto y fluído de las cuestiones objeto de regulación.

Según el mismo RODOTÀ, la decisión judicial, en esta sociedad “caracterizada por un politeísmo de los valores (...) garantiza, además, una mayor adherencia a la situación concreta, evitando rigorizar la regla y permitiendo así una permanente adaptabilidad a una realidad en continua transformación, como es, precisamente, la que experimenta la incidencia de la innovación científica y tecnológica”.

Salta a la vista que estamos en presencia, en gran medida, de un nuevo espacio para la jurisdicción, con fuerte implicación en materia de derechos fundamentales, y con serias exigencias en tema de responsabilidad y de bagaje cultural.

### **VIII. Por una nueva geografía en la garantía de los derechos humanos fundamentales**

La pretensión de universalidad en la garantía de los derechos que expresa la Declaración de 1948, ha encontrado el mayor obstáculo a su realización en el viejo concepto de soberanía como *suprema potestas superiorem non recognoscens*, atributo de un poder *legibus solutus*. Semejante concepción del poder estatal, merced a la implantación –con todas las limitaciones que se quiera– del Estado de derecho, ha experimentado una relevante pérdida de vigencia en el orden jurídico interno, desde luego en los países del llamado “primer mundo”, aunque no sólo. Pero, por desgracia, la soberanía de “modelo Westfalia” permanece con notable vigor en el mundo de las relaciones internacionales que, salvo en lo que se refiere a la economía, hoy globalizada, siguen dándose *entre naciones* soberanas al viejo estilo. Éstas suelen ser llamativamente respetuosas de sus ámbitos de autonomía en la cuestión del tratamiento de los derechos humanos. Aquí, en la práctica, y a despecho de los pactos internacionales, prevalece en la mayor parte del mundo una perspectiva de *derecho interno*, que ha demostrado ser en muchísimas ocasiones garantía de no-derecho, de manos libres para poderes salvajes y de impunidad para sus

políticas homicidas. De este modo, y todavía en la segunda mitad del siglo que concluye, hemos asistido al desarrollo a gran formato de una lacerante paradoja: mientras el Estado de derecho conocía un sensible afianzamiento en el orden estatal, la escenificación del modelo, presupuesta simbólicamente en la institucionalidad y el marco de relaciones derivados de la Carta de la ONU, tiene traducción en lo que RIGAUX ha descrito como una “caricatura de Estado de derecho”.

En efecto, la idea de límite y contrapunto de la política democrática representada por la dimensión *de derecho* del Estado, bastante afianzada en el plano interno de los Estados constitucionales, está prácticamente ausente de las relaciones entre estados. En el espacio interestatal, reina el dogma de la soberanía, “máximo instrumento de la ideología imperialista del derecho contra el derecho internacional”, según KELSEN.

La experiencia de lo que significa en términos prácticos ese terrible reinado, enriquecida por algunas emblemáticas actuaciones judiciales de tribunales españoles y por el perfil no menos emblemático de –misericordia moral y jurídica de muchas de– las actitudes de oposición a las mismas, hace pertinente la evocación de la propuesta de avanzar hacia *La paz por medio del derecho*, que el mismo KELSEN expresó dando este título una de sus obras. En la que desarrolla el proyecto kantiano de “despolitizar” las relaciones internacionales por la vía de la “juridificación”.

Naturalmente, no es una propuesta planteada en términos de sustitución. Tan sólo postula que en las relaciones interestatales se dé a la política lo que es de la política y al derecho la garantía de los derechos. Sobre todo, la garantía jurisdiccional, la garantía en última instancia.

Del mismo modo que en la historia el Estado se constituye progresivamente a partir de la *jurisdictio*, o “modo judicial de gobernar” (ANDERSON) y que la centralización de la función de aplicar la ley precedió a la centralización de la función de producirla, KELSEN entendió que la creación de una jurisdicción internacional podría desencadenar un proceso similar de articulación político-jurídica de la sociedad internacional, en torno a los valores del derecho como garantía de convivencia pacífica.

Mi perspectiva aquí es mucho más reducida. No cabe duda que el avance imparable de la globalización económica hacia una preocupante sociedad-mercado internacional sin Estado, hace cada vez más perentoria la necesidad de un proceso de constitucionalización e institucionalización a esa misma escala, si se quiere preservar con un mínimo de eficacia los derechos. Pero sin renunciar a ese ambicioso horizonte necesario, lo cierto es que hoy y ya se dispone de unos instrumentos de legalidad y jurisdicción que permiten un nivel de respuesta a las más graves violaciones de los derechos que no debería dejar de darse en en todas las ocasiones que ello fuera posible.

El caso de los procesos judiciales seguidos en España y otros países contra las dictaduras del Cono Sur es paradigmático al respecto y pone de relieve

ve que una parte del vacío de persecución de los crímenes de aquéllas que se denunciaba, estaba siendo en la práctica una forma, siquiera implícita, de renuncia a la persecución, por la no utilización de instrumentos legales y procesales ya disponibles para las jurisdicciones nacionales.

En esa interesantísima y fundamental experiencia en curso, que tuvo en aquellos días su punto álgido en la detención y posible extradición de Pinochet (1915-2006), y que generó un consenso prácticamente universal, hubo, a mi juicio, algo de anticipación más que simbólica –modesta si se quiere, pero cierta– de ese orden jurídico universal que con tanta urgencia se necesita. En tal consideración, debe ser objeto de reflexión en una triple perspectiva, que cabe concretar en tres afirmaciones.

La primera es que ha de quedar definitivamente claro que no habrá derechos suficientemente garantizados sino lo están, tanto en el ámbito internacional como en el orden interno, sobre todo, frente a quienes se han manifestado como sus primeros y más acervos infractores, los propios Estados; y mientras el sistema de límites y las acciones de restauración y, en general, de tutela, no se encuentren jurídicamente predispuestos *erga omnes*, de forma rígida y eficaz, a salvo de cualquier derogación por razones de oportunidad política. En este punto, no hay duda de que la jurisdicción y la independencia judicial, tienen que jugar un papel esencial. Será la jurisdicción del país de que se trate, obviamente en primer término, cuando esté en condiciones de hacerlo con eficacia. Pero, en su defecto y en defecto de una instancia judicial internacional realmente operativa, y preventivamente, en cualquier caso, se impone dotar de eficacia al fuero universal del juez nacional, para que exista una auténtica alternativa a la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, que ha estado siendo la regla y que tiene tantos partidarios. En la conocida fábula del molinero y Federico II, recordada por RADBRUCH, la garantía de su derecho estaba en que hubiera “jueces en Berlín”. Ahora, es más claro que nunca, sólo puede radicar en la previsión cierta de que existirá un juez para cualquier crimen contra los derechos humanos, sea cual fuere el lugar donde se produzca. Lo que hasta aquí ha sido garantía de impunidad, debe traducirse en garantía judicial de tales derechos.

La segunda es que la preservación hacia el futuro de ese riquísimo pero frágil patrimonio que tiene adecuada expresión normativa en la Declaración Universal y en los textos complementarios, exige un urgente desarrollo legislativo internacional que se traduzca en la pronta publicación del Código penal de ese ámbito, en el que la ONU está desde hace tanto tiempo trabajando; y en la consiguiente puesta a punto de un verdadero Tribunal Penal Internacional realmente accesible a todas las víctimas de crímenes de lesa humanidad.

La tercera es que, no hay que engañarse: la elaboración jurídico-cultural de los derechos humanos y su garantía, es una tarea permanentemente inacabada, incompatible con actitudes conformistas y burocráticas. Ciertamente que en marcos constitucionales no ha de ser cosa de aventureros

y que no puede discurrir al margen de las reglas de la democracia política ni de las jurídicas del juego. Pero no es casualidad que, de IHERING a BOBBIO, se haya hablado de ella en términos de *lucha*, vocablo que en este contexto carece de cualquier connotación agresiva. Aquí lucha sólo denota esfuerzo o, mejor, sobreesfuerzo constructivo y reconstructivo, tensión ideal, compromiso con los valores más altos del ordenamiento. Esto quiere decir también apertura cultural, porque el derecho no se nutre de su propia sustancia. Pues, como dice el viejo maestro de Turín en las líneas finales de su hermoso prólogo a *Derecho y razón*, el libro de FERRAJOLI: “ni siquiera el más perfecto sistema del garantismo puede encontrar en sí mismo su propia garantía”.

### Bibliografía

- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en M. ABREGÚ y C. COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS Buenos Aires, 1997; “Contextos”, Revista crítica de derecho social, nº 1, 1997.
- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ALBERTI ROVIRA, E., *La protección judicial de los derechos y libertades*, Barcelona, 1986 (versión mecanografiada).
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ANDERSON, P., *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*, trad. de S. Juliá, Siglo XXI, Madrid, 1979.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Impunidad y protección de los derechos humanos*, en “El Otro Derecho”, nº 20, ILSA, Bogotá.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *La impunidad no es sólo cuestión de hecho. Sobre la persecución en España de los crímenes de la dictadura militar argentina*, en “Revista IIDH”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, nº 24, julio-diciembre de 1996.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, nº 93.
- Atienza, M., *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, nº 85.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Virtudes judiciales*, en “Claves de Razón Práctica”, nº 86, octubre de 1998.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- BONNANATE, L., *I doveri degli stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- BORRÉ, G., *Le scelte di Magistratura democratica*, en N. Rossi (ed.), *Giudici e democrazia*, Franco Angeli, Milán, 1994.
- CALAMANDREI, P., *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, con notas introductorias de A. Galante Garrone y M. Cappelletti, La Nuova Italia Editrice, Florencia, 1996.
- CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 1993.
- CASAMAYOR, *Les juges*, Editions du Seuil, París, 1978.
- DE CABO MARTIN, C., *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.
- DE CABO MARTIN, C., *Estado social de derecho y ley general*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 23, 3/1994.
- DE GIOVINE, A. y DOGLIANI, M., *Della democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, en “Questione Giustizia”, nº 2, 1993.
- DELGADO BARRIOS, J., *Los derechos y los jueces* (discurso leído por el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en la apertura del año judicial), Madrid, 1998.

- DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.
- DE LUCAS, J., *Globalización y derechos humanos*, en "Jueces para la Democracia", Información y Debate, nº 33, julio de 1998.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 9ª ed., 1998.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1997.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 3ª ed., 1998.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996.
- GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice e democratie*, Editions Odile Jacobs, París, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 4ª ed., 1998.
- GARCÍA HERRERA, M. A., *Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional*, en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.
- GARCÍA HERRERA, M. A., *Estado en transformación y desformalización del derecho*, en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, Madrid.
- GARCÍA PASCUAL, C., *Doctrinas contemporáneas de derecho internacional*, 1998 (versión mecanografiada).
- GARGARELLA, R., *Para una teoría de los derechos sociales*, en "Jueces para la Democracia", Información y Debate, nº 31, marzo de 1998.
- GUASTINI, R., *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín, 1995.
- GOZZI, G., *Per una teoria costituzionale della democrazia*, en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bolonia, 1997.
- HABERLE, P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993.
- HARO TEGGLEN, E., *Una frustración: los derechos del hombre*, Aymá, Barcelona, 1969.
- KANT, I., *La paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985.
- KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, trad. de L. Echávarri, introducción de M. Latorre y C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003.
- KELSEN, H., *Teoría general de las normas*, trad. de H. C. Delory Jacobs, Trilla, México.
- PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- PÉREZ LUÑO, E., *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III, Madrid, 1998.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de L. Recasens, prólogo de F. de los Ríos, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1930.
- RESTA, E., *Poteri e diritti*, Giappichelli Editore, Turín, 1996.
- RODOTÀ, S., *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, en RODOTÀ (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993.
- RUIZ MIGUEL, A., *Derechos liberales y derechos sociales*, en "Doxa", nº 15-16, vol. II.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 5ª ed., 2005.
- ZOLO, D., *La strategia della cittadinanza*, en D. ZOLO (ed.), *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

# Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía\*

## I. Introducción

La iniciativa que ha dado lugar, precisamente en estos momentos, a un encuentro multidisciplinar sobre “derecho y justicia” me parece realmente afortunada. En este mal comienzo del siglo XXI, cuando se ciernen las nubes más negras sobre el presente y el futuro del derecho y de la justicia, es decir, de los derechos, y cuando es patente que se encuentran en gravísimas dificultades los avances producidos en la materia a lo largo del atormentado siglo que acaba de pasar, es preciso alimentar una reflexión comprometida y constructiva acerca de lo que (nos) pasa en la perspectiva de esos dos planos, tan esenciales para una convivencia de calidad. Y, obviamente, no por el puro gusto de saberlo, sino porque, dada la naturaleza de los problemas, es un deber prioritario de las gentes del derecho *hacerse cargo* de la situación en la parte, realmente importante, que les corresponde.

Por eso, la referencia al siglo XXI la tomo en la dimensión cronológica más limitada: como relativa a este momento auroral del tercer milenio. Así, me propongo circunscribir el contenido de mi intervención a algunas consideraciones orientadas más al examen crítico de la presente situación, que al *pronóstico* de lo que está por venir. Y todo con la convicción de que la actual cultura jurídica y política, constitucional y democrática, tiene el deber de alentar fuertes razones para la acción en favor de la vigencia universal de (todos) los derechos, y está en condiciones de hacerlo con eficacia. Además –en medio de la desolación– bajo el estímulo de una esperanzadora imagen de estos meses. Me refiero a la de las calles y plazas de todo el mundo llenas de personas de bien haciendo valer, con tanta indignación como serenidad, las razones del derecho frente a la profunda sinrazón del poder salvaje en su expresión más emblemática y más odiosa, la de la agresión armada.

\* Texto de la conferencia de clausura del Coloquio Internacional Direito e Justiça no Século XXI, organizado por el Centro de Estudos Sociais, que dirige Boaventura de Sousa Santos, Universidad de Coimbra, 29-31 de mayo de 2003. Publicado en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 48, 2003.

Situados en la perspectiva que nos interesa, dirigir la mirada al siglo XX pone ante los ojos una experiencia terriblemente contradictoria: la de un espacio de tiempo connotado por la paradoja o, más aún, por la esquizofrenia, puesto que en él han convivido, a veces en estrecha relación de simultaneidad, avances extraordinarios de orden jurídico, en la categorización y consagración de los derechos, y las más profundas caídas en la inhumanidad.

El que esto haya sido así no es, desde luego, fruto de la casualidad. La dinámica histórica, el modo de presentación de esos momentos –los más altos y los más bajos desde la óptica aquí asumida– acredita la existencia de una fuerte tensión dialéctica entre unos y otros, que da la razón a HABERMAS cuando sostiene: “en la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales [en las constituciones] resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra”<sup>1</sup>.

La aludida es una relación que a lo largo de los cien años transcurridos se ha producido con singular intensidad. Y, gracias a la ventaja que para la observación representa la proximidad cronológica, y también merced al desarrollo experimentado por los medios de conservación de la memoria histórica, podemos hoy enfrentarnos con ella y hacerla objeto de análisis como si nuestra aproximación se produjera en tiempo real.

## II. El orden jurídico y la justicia heredados

Hace ya bastantes años, Lelio BASSO, cuestionando el simplismo de la visión de lo jurídico propia de la *vulgata* marxista, afirmaba que el derecho, como el poder mismo, es el “fruto de [un] encuentro de fuerzas”<sup>2</sup>. El gran socialista italiano, entonces, es decir, en el momento de pronunciar sus palabras, tenía razón. Pero la afirmación del *Manifiesto del Partido Comunista*: “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley”<sup>3</sup>, no fue siempre una consigna ideológica. En el momento de su formulación original tuvo verdadero valor descriptivo. Cuando, como recuerda ZAGREBELSKY, “las fuerzas antagonistas, en lo esencial, aparecían neutralizadas y no encontraban expresión en la ley”, cuando “el

<sup>1</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 470.

<sup>2</sup> Intervención en el congreso sobre *Giustizia e potere*, Anno Culturale Chianciano 1971, en “Democrazia e Diritto”, n° 4, 1971, p. 558. E. BLOCH dirá: “todo derecho se basa en voluntades en conflicto” (*Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, p. 185).

<sup>3</sup> MARX, C. y ENGELS, F., *Manifiesto del Partido Comunista*, en C. MARX y F. ENGELS, *Obras escogidas (I)*, Progreso, Moscú, 1978, p. 125.

proletariado y sus movimientos políticos eran mantenidos alejados del estado mediante la limitación del derecho de voto”<sup>4</sup>.

La “pregunta insistente: ‘¿cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres?’” que, como expresivamente escribe BOBBIO, ha dado lugar a respuestas que “constituyen uno de los capítulos más significativos y fascinantes de la filosofía política”<sup>5</sup>, tiene una de las más interesantes en los juristas y *philosophes* de la Ilustración, que se decantaron de forma inequívoca a favor de la primera opción. Así, MONTESQUIEU, cuando contrapone a “la voluntad momentánea del príncipe (...) las leyes”<sup>6</sup>, que en su ferviente admirador y seguidor, BECCARIA, constituyen la alternativa a “la incertidumbre, el más cruel verdugo de los miserables”<sup>7</sup>.

El estado legislativo de derecho –heredero inmediato de ese impulso teórico– representa un momento significativo en la historia de los intentos de realización de un gobierno de las leyes<sup>8</sup>, mediante el establecimiento de límites de carácter jurídico al ejercicio del poder. El fin último es la libertad, universalmente proclamada, pero la *delegación* en el mercado de la gestión de sus presupuestos materiales, y, consecuentemente, el carácter sólo formal de la garantía tendría como resultado la *reserva* del disfrute efectivo de ese y de los demás derechos para la clase social hegemónica.

El Estado legislativo de derecho, será, así, estado de derecho en sentido legal. Es decir, en la medida en que, en él, el poder debe ejercerse en las formas legalmente previstas; pero sin que esto implique un cambio sustancial de la calidad de la soberanía en el sentido tradicional de *suprema potestas*. Su depositario es ahora el legislador, vinculado sólo en el orden de los procedimientos, pero libre en el de los contenidos y los fines, puesto que la Constitución, salvo en el plano orgánico, carece de fuerza normativa. Es el triunfo del principio de legalidad, pero entendida ésta como expresión de un nuevo poder soberano, tendencialmente absoluto. La ley es válida sólo por el hecho de existir como tal. Y, además, puede ser “de excepción”, siempre que “la situación de las cosas” lo requiera,

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2ª ed., 1997, ps. 31-32.

<sup>5</sup> BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, trad. de J. F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 120.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, p. 62.

<sup>7</sup> BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 26.

<sup>8</sup> Cfr. al respecto la ya clásica obra de DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, p. 16.

porque “la autovinculación [de la soberanía] por la legislación ordinaria solamente tiene validez para lo que considere ella misma como situación normal”<sup>9</sup>.

Puede decirse, por tanto, en síntesis, que en el estado legislativo el momento democrático se corresponde con la omnipotencia de la mayoría, mientras el momento de derecho se agota en la primacía de la ley; pero ésta, en tanto que *ley ordinaria* es una mera manifestación prácticamente incondicionada de esa misma voluntad mayoritaria. Pues, en efecto, la Constitución sólo vincula en lo relativo al *quién* y al *cómo* de las decisiones, y se detiene en los límites de la política y del mercado.

La aludida concepción de la soberanía y la función atribuida a la ley condicionan y prefiguran el papel de la jurisdicción en el modelo. Aunque cubierta retóricamente con el manto de la independencia, aparece integrada en el ámbito del ejecutivo, como una más de sus articulaciones burocráticas, conforme a un diseño que tiene a su artífice en Napoleón Bonaparte. Este, coherente con su idea de que “*le plus grand moyen d’un gouvernement, c’est la justice*”<sup>10</sup>, dotó a la misma de una estructura piramidal, férreamente jerarquizada, organizada como *carrera* o *cursus honorum*, gobernada por un vértice de notables de toga, *longa manu* del ministro de Justicia, esto es, del poder político. Después, la yuxtaposición sistemática del plano jerárquico-organizativo y el propiamente jurisdiccional, darían como resultado la difusión capilar de la dependencia en las actitudes y en las prácticas de los jueces<sup>11</sup>.

De este modo, la institución, como un todo compacto, pudo prestar el inestimable servicio político de contribuir eficazmente a la desactivación y, cuando fue necesario, a la criminalización del conflicto social,

<sup>9</sup> SCHMITT, C., *La dictadura*, trad. de J. Díaz García, en “Revista de Occidente”, Madrid, 1968, ps. 49 y 248-249. En ese concepto de legalidad y soberanía, “soberano es quien decide sobre la situación excepcional”, según el propio SCHMITT (*Teología política*, en *Escritos políticos*, trad. de F. J. Conde, Cultura Española, Madrid, 1941, ps. 33 y ss. Hay una reimpresión por Editorial Doncel, 1975. Tomo la cita de ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La crisis del estado liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 177).

<sup>10</sup> Citado por ROYER, J. P., *Histoire de la justice en France*, Presses Universitaires de France, París, 1995, p. 407.

<sup>11</sup> En esto consiste *la astucia* del modelo. O sea, en inducir en los jueces una falsa conciencia de su modo de inserción, como independiente, en el aparato estatal, mientras se les controla –administrativamente– de forma capilar en el desempeño de su actividad jurisdiccional y en sus expectativas profesionales. La satisfacción de éstas exige ascender en el *cursus honorum* y para ello es preciso adecuarse a las *persuasivas* exigencias de conducta profesional y extraprofesional que se difunden desde el vértice. Es por lo que tiene tanta razón CASAMAYOR, al decir que, en este sistema: “*La magistrature n’est pas vendue à une classe sociale, la classe bourgeoise. Elle lui est acquise*” (*Les juges*, Editions du Seuil, 1973, p. 143).

desde la supuesta neutralidad. Constituyéndose en un firme baluarte de la reacción mediante la interpretación reductiva de los avances que en materia de derechos pudieran producirse en el ámbito legislativo, cuando éste fue abriéndose merced a la extensión del sufragio.

Es a partir de estas vicisitudes como se formará un (anti)modelo de juez que llegará incólume hasta la mitad del siglo pasado, y que –por su ductilidad– ha seguido ejerciendo una fascinación irresistible sobre las mayorías políticas que en, años recientes, se han visto implicadas en procesos por corrupción. Por lo demás, hay que decir que, desde el punto de vista cultural, tiene poco de singular: es una concreción fiel del tipo ideal de jurista del positivismo dogmático e ideológico<sup>12</sup>. Con la característica falsa conciencia acerca del auténtico papel del derecho y del propio rol en el modelo; la inmersión en el formalismo interpretativo; la inclinación irrefrenable –diríase que inscrita en su ADN– a operar como funcionario oficioso del poder en acto; con la predisposición, en fin, a ver certeza *del derecho* en lo que no era más que el resultado de la homogeneidad ideológica de los propios operadores de éste, entre sí, y con la clase del poder.

Es bien patente que el modelo de estado objeto de este sumario examen no resiste *el test* del artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. Y es que, como había anticipado lúcidamente CONSTANT, “la limitación abstracta de la soberanía no basta”<sup>13</sup>; o dicho con SIÈYES: “una Constitución, o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”<sup>14</sup>. Pues, en efecto, cuando la Constitución, en materia de derechos, se reduce a ser una declaración de intenciones y, por ello, la garantía jurídica opera sólo *en el papel*, termina afirmándose inexorablemente la total autonomía de la política. Y, sabido es, por una dilatada y dura experiencia, remota y también próxima, que la política –incluso la política democrática– librada a su propia dinámica es incapaz de controlarse a sí misma<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Se trata del jurista “intelectual orgánico privilegiado de las clases dominantes en la sociedad dividida”, a que se refiere CAPELLA (*Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*, Fontanella, Barcelona, 1970, p. 29).

<sup>13</sup> CONSTANT, B., *Curso de política constitucional*, trad. de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820, p. 17 (edición facsímil de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1989).

<sup>14</sup> SIÈYES, J. E., *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993, II, p. 814, citado en PORTINARO, P. P., *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, en G. GOZZI (ed.), *Democrazia, diritti, costituzine. I fondamentali costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 417.

<sup>15</sup> Es una afirmación que hoy ha demostrado ser válida incluso para las mayorías progresistas, con tendencia a presentarse a sí mismas como el poder, al fin, bueno, y, por ende,

### III. La prueba de los hechos y el nuevo papel del derecho

Puede sonar a simplificación, pero me parece lícito afirmar que el estado legislativo de derecho encontró su momento de la verdad en el proceso de involución autoritaria que concluye en Europa en la dramática experiencia de los fascismos<sup>16</sup>. En Alemania, Hitler llegó al poder a través de las urnas, con un programa que incluía la destrucción de éstas, con todo lo que prácticamente y simbólicamente significan. Como recuerda FERRAJOLI, en Italia, el Estatuto Albertino fue vaciado de contenido por Mussolini, haciendo uso de la legislación ordinaria, sin que existiera denuncia y, ni siquiera conciencia, de que se estaba atentando contra una Constitución<sup>17</sup>. En España, el franquismo no tuvo necesidad de cambiar una sola letra del ordenamiento judicial preexistente, para hacerlo funcional a su proyecto político.

Esa brutal experiencia de consolidación de poderes salvajes, que, en algunos casos, pudieron abrirse camino con *naturalidad* entre los pliegues del estado liberal; y, en otros, servirse útilmente de algunas de sus instituciones sin apenas tocarlas, puso sobre la mesa ese problema central de la democracia representativa, que es su incapacidad para garantizar, por sí misma, la calidad democrática de la política. Es así como entra en la agenda de las nuevas mayorías constituyentes de mediados del siglo pasado, bien que con nuevos perfiles, la vieja cuestión del derecho como límite a la incidencia de aquélla.

El histórico asunto se ilumina con una nueva luz: no puede haber democracia sin derechos. Porque éstos, no son para ella una referencia externa, sino su “fundamento funcional”, al correcto decir de HABERLE, que precisa: sólo “a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, se realiza un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de la democracia”<sup>18</sup>.

Es a partir de este presupuesto como se da el paso hacia la constitucionalización positiva de los derechos humanos como derechos funda-

---

a reclamar frente a ellas una atenuación de los controles que, supuestamente, sólo estarían justificados para otros actores políticos. Lo ha expresado muy gráficamente FERNÁNDEZ BUEY: “En el fondo lo sabíamos desde hace tiempo: el poder corrompe. Lo que nunca queremos acabar de aceptar es esto otro: también corrompe a los que han sido nuestros amigos” (*Corrupción en una democracia realmente existente*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 20, 3/1993, p. 6).

<sup>16</sup> Cfr. MANUEL HESPANHA, A., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, A. Serrano González, Tecnos, Madrid, 2002, p. 241-242.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, G. Pisarello, A. J. Estrada y J. M. Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 165.

<sup>18</sup> HABERLE, P., *La libertad fundamental en el estado constitucional*, trad. del italiano de C. Ramos y A. Luya, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 71.

mentales, o sea, *como normas* del máximo rango. El recurso, en una primera aproximación, podría parecer de un alcance meramente instrumental sin mayores consecuencias, puesto que lo buscado era dar estabilidad a la garantía constitucional frente a eventuales cambios de humor de las coyunturales mayorías. Pero, como ha puesto de relieve FERRAJOLI, el paso dado es de un alcance incomparablemente mayor. Con él, escribe, se produce el efecto de “injertar una dimensión sustancial no sólo en el derecho sino también en la democracia”<sup>19</sup>. De este modo, lo acontecido es todo un cambio de paradigma con respecto al precedente modelo de estado, y tanto para la política como para el derecho.

En cuanto a la primera, porque los derechos fundamentales se configuran como valores previos a ella misma, que, por eso, debe ser rigurosamente funcional a su realización. Según dice también FERRAJOLI, los derechos fundamentales constituyen para la democracia política “la *esfera de lo indecible*” y operan en relación con ella como “factores de legitimación (...) y, sobre todo, como factores de deslegitimación”<sup>20</sup>.

En el plano del derecho, la transformación inducida llega a través del cambio experimentado por la legalidad. La *pirámide normativa* se enriquece con un nuevo escalón, precisamente en el vértice ahora plenamente ocupado por la Constitución, con el resultado de la subordinación de la propia ley a esta ley superior, que le vincula también en el orden de los contenidos materiales. De nuevo FERRAJOLI: este dato introduce un cambio esencial en “la teoría de la validez. En el *estado constitucional de derecho* las leyes están sometidas no sólo a normas formales sobre la producción sino también a normas sustanciales sobre su significado”. Es lo que obliga a hablar, por contraste con el “*principio de legalidad formal* o de *mera legalidad*”, que constriñe únicamente en lo relativo a la forma de producción de las leyes, de un “*principio de legalidad sustancial* o de *estricta legalidad*, en virtud del cual una norma es válida, además de vigente, sólo si sus contenidos guardan relación de coherencia con los principios y derechos fundamentales establecidos en la constitución”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 23.

<sup>20</sup> Ídem, p. 24. A la esfera de los derechos fundamentales, así garantizados, se ha referido E. GARZÓN VALDÉS con la expresiva fórmula “coto vedado” (*Representación y democracia*, ahora en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 631 y siguientes).

<sup>21</sup> FERRAJOLI, L., *Lo stato di diritto fra passato e futuro*, en P. COSTA y D. ZOLO (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, ps. 354 y 357-358. Para una rigurosa exposición sintética del punto de vista del autor en la materia a que se alude, cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *La teoría general del garantismo. A propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y razón”*, en “Jurídica”, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n° 31, 2000, ps. 195 y siguientes.

#### IV. La jurisdicción “llamada en causa”...

La notable ampliación del área de la legalidad que implican las aludidas transformaciones conlleva un importante crecimiento del campo de *lo justiciable* y, en consecuencia, también un reforzamiento del papel de la jurisdicción. Sobre ésta pesa ahora, en toda clase de procesos, la responsabilidad de valorar la constitucionalidad de la ley, antes de aplicarla. Que es por lo que, dice PRIETO SANCHÍS, “la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria”<sup>22</sup>.

La nueva relevancia constitucional del papel del juez no podía dejar de tener consecuencias en el plano estatutario, es decir, del gobierno de la magistratura y de la independencia judicial. En cuanto al primero, hay algún caso, particularmente el italiano, pero también el español y el portugués, en que resulta atribuido a un nuevo órgano, Consejo de la Magistratura o del Poder Judicial, de composición mixta (judicial y de extracción parlamentaria<sup>23</sup>), con importantes efectos sobreañadidos. Uno será acabar con la concentración de funciones jurisdiccionales y de control jerárquico en manos del vértice judicial; y otro extraer el gobierno de los jueces<sup>24</sup> del ámbito del ejecutivo, con lo que, por primera vez podrá hablarse de independencia con alguna propiedad, puesto que se dota al principio de un dispositivo institucional de garantía.

Aparte las consecuencias de índole estrictamente institucional, la entrada en juego de este nuevo modo de articulación interna de la ins-

<sup>22</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Constitución y parlamento*, en “Parlamento y Constitución”, nº 5, 2001, p. 27.

<sup>23</sup> En el caso del Consejo español, introducido por la Constitución Española de 1978, siguiendo el modelo italiano, estaba previsto que la elección de la componente judicial (12 sobre 20) tendría lugar “entre” los jueces (art. 122). La mayoría socialista que accedió al poder en 1982, bajo la enseña de un reforzamiento de la legitimación democrática de la jurisdicción, pero, en realidad, con el único fin de asegurarse una posición hegemónica en el gobierno de la magistratura, introdujo un cambio consistente en deferir a las cámaras la designación, también, de los integrantes del sector judicial. El resultado ha sido la drástica politización partidista de la institución, desde entonces –más de 20 años– simple escenario de la confrontación política general, francamente inadecuado para la elaboración de una política de la justicia funcional a los valores constitucionales en la materia. Lo que la izquierda presentó como una opción de este signo para transformar la justicia en profundidad con criterios democráticos, está sirviendo ahora a la derecha como un útil instrumento, igualmente funcional, para *su política* sobre la administración de justicia. Los efectos de estas lamentables vicisitudes aún en curso, no han podido ser más demoledores, desde todos los puntos de vista.

<sup>24</sup> Es el modo habitual de referirse al tema, aunque sería más correcto hacerlo como “administración de la jurisdicción”, según propone PIZZORUSSO (*L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Milano, 1982, p. 82).

tancia judicial ha tenido otras de notable importancia político-cultural. En efecto, la inserción de un mecanismo democrático-representativo en una estructura de rígido perfil jerárquico como la judicial *heredada*, contribuyó activamente al desarrollo del pluralismo dentro de ésta<sup>25</sup>, a su apertura a la sociedad y a la puesta en marcha de un fértil proceso interactivo, cuyo resultado más patente es la erosión de las viejas dinámicas corporativas que habían hecho de la magistratura un cuerpo tan *separado*<sup>26</sup> de la ciudadanía como abierto a la directa influencia del poder en acto.

Es a partir de estos cambios cuando puede afirmarse que la jurisdicción ha pasado de ser un simple momento burocrático, uno más de los del estado-aparato, a constituirse en instancia con un peculiar estatuto que la sitúa en cierto modo *a caballo* entre el estado y la sociedad.

Semejante transformación capilar de la jurisdicción no podía dejar de incidir en la proyección práctica del ordenamiento, a través de la apertura de éste –y, con él, de todo el orden institucional– a nuevas demandas<sup>27</sup> a las que de otro modo habría sido –mejor, habría seguido siendo– impermeable. El pluralismo y la apertura cultural del medio judicial, al diversificar a éste internamente, le hicieron más funcional al nuevo orden jurídico-constitucional, también internamente contrastado, como corresponde a la expresión jurídica de un cierto politeísmo de los valores.

Este nuevo modo de ser de la jurisdicción y del ordenamiento ha supuesto la crisis del viejo concepto de certeza del derecho, (en realidad, más bien expresión del cierre de éste a los intereses de amplios sectores sociales). Al mismo tiempo ha hecho a la primera más permeable a las nuevas necesidades y más flexible a la hora de aportar respuestas a inéditas demandas emergentes. Tal es, por ejemplo, lo sucedido con las rela-

<sup>25</sup> Para el caso de la experiencia española, remito a mi trabajo *Sobre asociacionismo e independencia judicial*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 25, julio de 1996, ps. 88 y siguientes.

<sup>26</sup> Sobre la magistratura del estado liberal como “cuerpo separado”, cfr. S. SENESE, *Aparato judicial y lógica del sistema*, en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *política y justicia en el estado capitalista*, Fontanella, Barcelona, 1978, ps. 159 y siguientes.

<sup>27</sup> A este respecto, ha señalado agudamente RODOTÁ: “La arena judicial se ha convertido así en un lugar donde sujetos, de otro modo excluidos de los tradicionales lugares institucionales, consiguen hacer oír su voz. Por consiguiente, un canal para la representación política, con un innegable enriquecimiento del proceso democrático en su conjunto. (...) Ante la magistratura se han llevado conflictos que no tenían acceso a otras sedes institucionales. Sin embargo, no se puede decir que ésta haya sido una actividad impropia o incluso ilegítima, porque en la mayor parte de los casos, se atribuía relevancia a derechos, intereses, necesidades, sujetos que ya habían adquirido relevancia en el cuadro constitucional o, incluso, habían obtenido un reconocimiento formal por parte del legislador” (*Repertorio di fine di secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, ps. 173-174).

tivas a la bioética. Según ha señalado RODOTÀ<sup>28</sup>, en éste, como en otros casos problemáticos, se plantea con particular intensidad la alternativa entre dos modelos culturales de tratamiento: el de la jurisdicción y el de la legislación. Naturalmente, no se trata de la elección radical y en términos excluyentes de uno de los integrantes del par en presencia, que no cabría en ningún caso. Pues ni el legislador puede dejar de ser y sentirse interpelado y de responder a la demanda social; ni su respuesta, desde la generalidad de la ley, podría prescindir de la mediación judicial. Pero la cuestión es que existen, con tendencia a multiplicarse, problemas en gran medida abiertos y, en todo caso, muy conflictivos, no susceptibles de un abordaje legislativo capaz de reducir a unidad el antagonismo de las posiciones, por vía de síntesis o primando unilateral y definitivamente una de ellas, que sería la forma de pacificar normativamente el conflicto.

El carácter fuertemente pluralista de nuestras sociedades, que se refleja de forma emblemática en tales materias, extremadamente polémicas y con fuerte impregnación ético-política o religiosa, no se acomoda bien a técnicas de intervención, que, más que mediar, *cortan* drásticamente. La naturaleza de esta clase de asuntos y las situaciones de tensión que originan es lo que obliga con frecuencia a *optar* por el modelo cultural de la jurisdicción, de la decisión caso por caso, en marcos de legalidad flexible o por principios, que es lo que mejor se adecua a la propia fluidez del objeto de regulación y decisión. Es patente que se trata de un nuevo espacio para la jurisdicción, difícil de cancelar y que, indudablemente, está destinado a *complicarle la vida*, pues, como es bien sabido, el aumento de la discrecionalidad como la intervención en materias de alta densidad política, da lugar al planteamiento inmediato de objeciones de legitimidad<sup>29</sup>.

## V. ... “*ma non troppo*”

Pero la aludida no es la única gama de materias en las que se ha producido alguna forma de *delegación* del legislador y del sistema político en el juez. No es extraño que en coyunturas difíciles, el legislador, en vez de afrontar legislativamente de forma decidida alguna cuestión particularmente problemática, la *remita* deliberadamente a los jueces con el encargo implícito de que lleguen en su tratamiento hasta donde la mayoría no se había atrevido a llegar<sup>30</sup>. En otros casos, lo producido es el tratamien-

<sup>28</sup> RODOTÀ, S., *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, en S. RODOTÀ (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, ps. 421 y siguientes.

<sup>29</sup> Cfr. DE SOUSA SANTOS, B.; LEITAO MARQUES, M. M.; PEDROSO, J. y LOPES FERREIRA, P., *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*, Afrontamento, Porto, 1996, p. 20.

<sup>30</sup> Un caso paradigmático de esta clase de actuaciones se encuentra en el tratamiento que la despenalización del aborto recibió en España por parte de la primera mayoría socia-

to exclusivamente judicial de algún grave fenómeno de desviación, al omitirse toda otra clase de actuaciones preventivas o de respuestas. Me refiero, particularmente, al constituido por la gran delincuencia económica, ante el que los estados mantienen una histórica actitud de renuncia a intervenir con eficacia mediante instrumentos políticos y los del derecho privado y administrativo<sup>31</sup>, dando extraordinarias facilidades para que las conductas correspondientes puedan producirse en la más absoluta falta de transparencia y al margen de las reglas. Con lo que la reacción penal, por definición, y más en esta clase de casos, es tardía, lenta, poco eficaz y profundamente deslegitimadora. A pesar de que, con todo, en estos años, en medios judiciales se ha registrado el afianzamiento de una más depurada conciencia de la legalidad con interesantes efectos prácticos, y muy sugestiva de lo que podría ganarse en calidad de vida civil si las mayorías políticas decidieran alguna vez seguir a DWORKIN en su inobjetable demanda y tomar definitivamente “los derechos [es decir, todo el derecho y sus implicaciones institucionales] en serio”<sup>32</sup>.

Tomar “los derechos en serio” pasa necesariamente por tomar en serio, la jurisdicción, esto es, dar realización a su papel constitucional, algo que está muy lejos de suceder.

En la “Advertencia” que precede al texto del *Reglamento provisional para la administración de justicia* (1835), se lee: “Entre todos los males de que ha adolecido y aun adolece la España, tal vez ninguno tan grave y capital, ni reclama remedio con mas urgencia, que el de la falta de administración de justicia, y de legislación oportuna para ello”<sup>33</sup>. No es exagerado decir que, actualizando el lenguaje, el texto podría perfectamente intercalarse en cualquier discurso actual sobre el estado de la administración de justicia. Y es que, en efecto, este ámbito de la institucionalidad estatal es, por antonomasia, el de *la reforma pendiente*. Ciertamente es que den-

---

lista. El miedo de ésta a llevar demasiado lejos la confrontación con la Iglesia, hizo que la tímida opción asumida, fundada en el sistema de las indicaciones, dejase el problema virtualmente irresuelto, desoyendo con ello una abrumadora demanda social. Si bien, desde el partido mayoritario se dirigieron insistentes demandas a los jueces a favor de una renuncia a la persecución de esas conductas, induciendo así una actitud flexible e incluso alternativa frente las normas que, sin embargo, se demonizaba en otros terrenos, como el de la respuesta a la delincuencia de subsistencia, en el que se reprochó sistemáticamente *el exceso de garantismo*.

<sup>31</sup> Cfr., al respecto, GALGANO, F., *Repressione penale e riforma civile*, en “La Questione Criminale”, 3/1978, ps. 413 y ss.; y SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.

<sup>32</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

<sup>33</sup> El texto legal es de 26 de septiembre de 1835. Se cita por la edición de Imprenta de Don Miguel de Burgos, Madrid, 1836, p. 2.

tro de él se han dado transformaciones del calado de algunas constitucionales a las que acaba de aludirse; pero lo es también que tales transformaciones han tenido que convivir con un *statu quo* burocrático e instrumental que, en muchas de sus constantes, es heredero directo del siglo XIX. Algo inimaginable en otros espacios del aparato estatal, que han sabido adecuar técnicamente sus estructuras burocráticas a la calidad y naturaleza de las necesidades. Así, por poner un ejemplo, sería impensable fuera de la justicia un sistema de comunicaciones entre órganos tan rudimentario (incluso dentro de un mismo país) como el que sigue vigente. Creo que no es demasiado arriesgado ver en el carácter endémico de esta situación la *astucia* de una cierta *razón sistémica* que organiza, en este punto, la debilidad del estado de derecho, actuando al servicio de intereses parciales. Y quizá el mejor aval de esta hipótesis está en la regularidad con que los (siempre ocasionales) justiciables *de primera clase*, los *imputados excelentes* se sirven de la disfuncionalidad de la jurisdicción para defenderse de ella, en sus eficaces estrategias procesales *de ruptura*.

Esto enlaza con un asunto que aquí sólo cabe apenas apuntar: es el de la facilidad con que aquéllos pueden optar por un uso táctico del tiempo y de las garantías del proceso, en particular el proceso penal. Mientras la respuesta judicial ligada a la delincuencia de subsistencia, y muy en especial a la asociada a fenómenos como el de la inmigración legal y las toxicodependencias, discurre por los cauces de los procedimientos *de urgencia*, con cada vez mayor incidencia de las formas de *justicia contratada made in USA*; los procesos en que están implicados sujetos e intereses fuertes tienen siempre en las dificultades de gestión que ocasionan y, consiguientemente, en la posibilidad de dilatar su duración, un poderoso aliado en el camino de la impunidad.

Como han puesto muy bien de relieve HOLMES y SUNSTEIN<sup>34</sup>, los derechos, incluso los formales de garantía *cuestan*. Por ello, no debe extrañar la actual tendencia a registrar las garantías procesales en el capítulo de los costes sociales *improductivos*, de los bienes costosos, que no pueden ser dispensados a cualquier categoría de ciudadanos<sup>35</sup>. Así, cuando resulta

<sup>34</sup> Cfr. HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. de E. Cagliero, Il Mulino, Bologna, 2000, ps. 231-232. Es de sumo interés caer en la cuenta de que –como evidencian estos autores– no sólo tienen costes los derechos pensados para tratar de asegurar una existencia digna a los sujetos más débiles.

<sup>35</sup> No puedo dejar de llamar la atención con preocupación sobre la forma progresiva en que va instalándose en el sentido común de amplios sectores de juristas la idea de que hay que *liberar al estado* de esa clase de costes. Así, por ejemplo, se dice, sería necesario *administrar con tacto* prestaciones tan gravosas como la del juicio oral, que no puede ponerse al alcance de todos los imputados. Diríase que la “Escuela de Chicago” ha abierto una sección para juristas.

que mientras el imputado *de base* encuentra dificultades, cada vez mayores, para acceder a un estándar mínimo de tutela de sus derechos, los infractores de lujo caen en el proceso con cuentagotas y cuando lo hacen gozan del máximo amparo constitucional y se benefician, además, de las ventajas que las deficiencias del marco legal y procesal –con frecuencia escandalosas en estos casos– les deparan.

## VI. Quiebras en la legalidad del Estado constitucional de derecho

Una de las particularidades estructurales más salientes del modelo de estado de referencia es la ampliación de sus funciones –en particular las propias del ejecutivo– al ámbito de la economía. De permanecer fuera de sus límites pasó a intervenir en ella de manera directa, de diversas formas, una de las cuales, realmente importante, es la derivada de la gestión de las prestaciones en que se traducen los derechos sociales.

El crecimiento de lo público en la dirección indicada tuvo como consecuencia la conversión del estado en poderoso empresario, importante consumidor y productor de bienes y servicios. Esto trajo consigo el desarrollo hipertrófico de una inédita capacidad de adoptar decisiones con importante contenido económico, en un cierto vacío de derecho.

En efecto, la gestión político-administrativa de tales nuevos espacios, situados en la zona de confluencia del sector público y el mercado, dio lugar a la emergencia de nuevos sujetos, *empresarios públicos* ciertamente atípicos desde la perspectiva del orden jurídico, que por falta de previsiones legales eficaces al respecto y por la propia naturaleza de la actividad, pudieron operar en un marco de discrecionalidad casi ilimitada, contando con información privilegiada y con la capacidad de asumir riesgos que, en general, no estarían al alcance de los agentes económicos convencionales.

La administración de poder y dinero en un ámbito de práctica desregulación, por parte de sujetos en condiciones ideales para sustraerse a las reglas del derecho y a las del mercado, hizo emerger en esta clase de actuaciones, en el marco, pues, del estado constitucional de derecho, una nueva modalidad, ciertamente paradigmática, de la clase de situaciones de ilegalidad cuya posibilidad se había querido conjurar.

Es así como surgen y se difunden en años todavía recientes los fenómenos conocidos como de corrupción, que, por su extensión e importancia, distan de representar una anécdota de ilegalidad, para constituir un nuevo fenómeno macroscópico de degradación criminal del poder<sup>36</sup>. En

<sup>36</sup> Al respecto, pueden verse DELLA PORTA, D., *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, introducción de A. Pizzorno, Il Mulino, Bologna, 1992; ZANCHETTA, P. L., *Tangentopoli* entre perspectivas políticas y soluciones judiciales, Andrés Ibáñez, P., *Tangentopoli*

efecto, no se trata de episodios más o menos aislados de irregularidad en el manejo de los recursos estatales, sino de la apertura de todo un espacio *público* subterráneo, realmente franco de derecho, en el que una parte sustantiva de aquéllos se desvían a zonas opacas de la actividad política, en las que son objeto de apropiación por los partidos, los de gobierno, sobre todo, convertidos así en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos y, a veces, en paradójicos agentes difusores de ilegalidad en ámbitos institucionales. De este modo, bien puede decirse, una parte significativa de la política real se hace *clandestina*, y, por su importancia, condiciona desde ese plano las vicisitudes regulares de la política en acto en los espacios formal-constitucionales.

Tales nuevas formas de ilegalidad y de criminalidad del poder han tenido una difusión extraordinaria y, como no podía ser de otro modo, han acabado por ser objeto de la intervención judicial. Es cierto que la incisividad de ésta ha sido mayor o menor según el grado de independencia de la magistratura y del ministerio público en los distintos países. Pero, en todo caso, las correspondientes actuaciones habrían resultado impensables –y de hecho nunca se dieron– en marcos constitucionales de la precedente *generación*.

Que semejante modo de operar judicial haya sido posible –con todas las limitaciones a que antes se ha aludido– se debe, en resumen, a la conjunción de varios factores. El primero de ellos es la aludida transformación operada en el marco normativo, ahora vinculante *erga omnes*, es decir, también para los exponentes del poder público. En segundo término, se cuenta el acceso del juez a una reforzada situación de independencia. Y, en fin, la difusión en el ámbito de estos operadores de una nueva cultura de la jurisdicción<sup>37</sup>.

## VII. El derecho y la jurisdicción como “problemas”

La entrada en la escena de las constituciones de la segunda posguerra dio lugar, con razón, a que se hablase de un nuevo constitucionalis-

---

tiene traducción al castellano, en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, ps. 85 y ss.; LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S. (eds.), *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997; SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, cit. También, M. TRAVAGLIO, *Il manuale del perfetto impunito. Come delinquere e vivere felici*, Garzanti, Milano, 2000.

<sup>37</sup> Este es un factor muy digno de consideración, pues se da la circunstancia de que, incluso en países de nuestro ámbito cultural, como Francia y Bélgica, en los que el estatuto del juez y del fiscal no ha experimentado modificaciones de significación, los cambios culturales producidos en los medios de la judicatura, sobre todo en el modo de concebir la independencia, han contribuido de forma sensible a reforzar la incidencia práctica de ese valor en los comportamientos profesionales de amplios sectores de las gentes de toga.

mo, que ya desde el inicio planteó problemas de caracterización. En el esfuerzo de los teóricos por tipificar el fenómeno se han acuñado fórmulas sumamente expresivas, como la de “constitución dirigente”, de GOMES CANOTILHO<sup>38</sup> o la de “*costituzione-indirizzo*” acuñada por FIORAVANTI<sup>39</sup>. DI GIOVINE y DOGLIANI, en la misma línea, han hablado de “*democrazia emancipante*”, para referirse “a la idea de democracia emergente del constitucionalismo positivo de la segunda posguerra”, que, a su entender, implicaría “una profunda fractura (...) con la idea de democracia propugnada apologeticamente, por la cultura politológica liberal-democrática hoy dominante”<sup>40</sup>.

El carácter indudablemente normativo de tales textos, la densidad de su contenido material, con proyección omnidireccional en la práctica totalidad de los ámbitos del ordenamiento y de la experiencia jurídica, y el hecho de que, en general, respondieran en su origen a pactos constituyentes logrados por vía de síntesis de posiciones con frecuencia contrastantes, son las razones de la ya aludida *llamada en causa* a la jurisdicción, con un sensible reforzamiento del papel del juez-intérprete. Hasta el punto de que es difícil hallar un asunto sometido al conocimiento judicial que –por razón de afectación de derechos fundamentales sustantivos y/o procesales– no tenga implicaciones constitucionales. Ciertamente que, con objeto de recortar el alcance de este fenómeno, algún sector doctrinal ha tratado de evitar la aplicación directa de la Constitución por el juez reclamando como necesaria, en todo caso<sup>41</sup>, la previa interposición del legislador<sup>42</sup>. Pero, como ha escrito PRIETO SANCHÍS, “si la Constitución es una

<sup>38</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo per a compreensão das normas programáticas*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1982; del mismo autor, *¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, nº 43, enero-abril de 1995, ps. 9 y siguientes.

<sup>39</sup> FIORAVANTI, M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 101 (hay trad. española de M. Martínez Neira, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996).

<sup>40</sup> DI GIOVINE, A. y DOGLIANI, M., *¿Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, en “Questione Giustizia”, nº 2, 1993, p. 321.

<sup>41</sup> Así lo entiende PÉREZ ROYO: “El poder judicial únicamente se legitima democráticamente a partir de la ley. No puede legitimarse democráticamente a partir de la Constitución de manera directa”, en *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 5ª ed., 1998, p. 637.

<sup>42</sup> La interposición del legislador suele ser considerada como un condicionamiento virtualmente absoluto en el caso de los derechos sociales, de lo que resultaría una suerte de interdicción de la intervención judicial allí donde aquélla no se hubiera dado. Pero, como afirman ABRAMOVICH y COURTIS, “dada su compleja estructura, no existe derecho económi-

norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria<sup>43</sup>, pues, concluye el mismo autor, “todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido o núcleo indisponible para el legislador<sup>44</sup>”.

Pues bien, habiendo sido la apuntada, desde el inicio, una cuestión muy polémica<sup>45</sup>, ha generado la máxima intensidad conflictual en algunos momentos de los últimos años. En efecto, mientras lo debatido fue sólo la relación del juez con la Constitución y la ley ordinaria en el ámbito genérico de la interpretación, el problema no desbordó los límites académicos. Pero las nuevas formas de presencia judicial debidas a los procesos por corrupción seguidos contra sujetos públicos que, de Italia a Brasil, pasando por España y Japón, cubrieron la pasada década, produjeron notable sobresaltos y airadas reacciones en las clases políticas concernidas. Con ello se pasó del cuestionamiento teórico a la impugnación directamente política del estatuto constitucional del juez en el vigente modelo de estado. En tales circunstancias, de forma oportunista, algunos desempolvaron, cuidadosamente descontextualizado, el ya histórico libro de LAMBERT<sup>46</sup> y, con él, el fantasma del “gobierno de los jueces”.

*Demasiado derecho, demasiados derechos, demasiado rígidos, y, como consecuencia, demasiada jurisdicción*, parece ser el lema enarbolado por los

---

co, social o cultural que no presente *al menos alguna característica* o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación”. Al respecto, estos mismos autores entienden que del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, cabe inferir ciertos estándares de justiciabilidad, de indudable rango normativo, que deberían inspirar las prácticas judiciales (*Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en M. ABREGÚ y C. COURTIS (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 304 y 334 y siguientes). Cfr., de los mismos autores, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, con prólogo de L. FERRAJOLI, Trotta, Madrid, 2002.

<sup>43</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en J. D. MORENO (ed.), *Derecho y proceso*, en “Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid”, nº 5, 2001, p. 205.

<sup>44</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 110.

<sup>45</sup> Resulta necesario evocar en este punto el fundamental texto de O. BACHOF, *Jueces y Constitución* (trad. de R. Bercovitz, Taurus, Madrid, 1963), en temprano debate (1959) con quienes se manifestaron en contra del tratamiento dado al poder judicial en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

<sup>46</sup> E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard & cie., LGDS, París, 1921 (hay traducción italiana de R. D'Orazio y F. Megale, Giuffrè, Milano, 1996).

exponentes de todo un *partido transversal*<sup>47</sup> de *damnificados* por la justicia, como consecuencia de los procesos aludidos. En su denuncia ocupa un espacio central la queja por la supuesta cancelación de la necesaria autonomía de la política, al parecer, *sofocada* por el vigente orden jurídico y por las prácticas judiciales que éste hace posibles. Y es curioso que, en ese contexto, sean frecuentes las expresiones de añoranza del modelo de juez preconstitucional, el de estirpe napoleónica, ya aludido, por su mayor prudencia y *sentido del estado*, es decir, de la *razón de estado*.

## VIII. Poner las cosas en su lugar

La objeción, sin embargo, es insostenible, pues en el modelo de Estado que se contempla la política democrática tiene reservado un amplio espacio cuyos límites van desde lo jurídicamente indiferente hasta lo inconstitucional y lo ilegal y, en particular, hasta el Código Penal. Y no debe perderse de vista que –sintóticamente– la reacción más beligerante frente al actual sistema se ha debido a la apertura de causas por actuaciones de sujetos públicos de evidente y gravísima relevancia criminal. La oposición al modelo constitucional tiene, pues, increíblemente, un momento central en la impugnación del Código Penal como frontera de las acciones de gobierno<sup>48</sup>. De ahí la reivindicación del viejo concepto de soberanía como *suprema potestas* propio de un poder que se quiere a sí mismo *legibus solutus*.

Es importante observar que, en general, lo contestado no han sido defectos de legalidad que pudieran haberse producido en actuaciones judiciales concretas. Lo verdaderamente cuestionado de manera frontal,

<sup>47</sup> De izquierda a derecha, de derecha a izquierda, es llamativa la total simetría de las actitudes. En particular, las de resistencia a la actuación de los tribunales, mediante la puesta en juego de verdaderas estrategias *de ruptura*, dirigidas no a defenderse en el proceso, sino a hacerlo saltar por los aires. Es sumamente ilustrativo el hecho de que personajes públicos con responsabilidades de gobierno, actuales o recientes, no hayan dudado un momento en recurrir a las tácticas que VERGÈS atribuye, como típicas, a los justiciables situados fuera o contra el sistema (cfr. *Estrategia judicial de los procesos políticos*, trad. de M. T. López Pardina, Anagrama, Barcelona, 1970).

<sup>48</sup> Existe una nutrida fenomenología reciente en la materia, constituida por toda una reiteración de verdaderas posiciones *de fuerza* de distintos líderes políticos ante intervenciones irreprochables de la jurisdicción. Pero el caso ciertamente paradigmático es el de Berlusconi, con su imperio mediático *profesionalizado* en tareas de deslegitimación de las actuaciones de la magistratura, y el uso descarado de la mayoría legislativa al servicio de los propios intereses procesales: modificando la legislación vigente mediante leyes *ad hoc* con objeto de provocar la nulidad de comisiones rogatorias comprometedoras, cuando no, directamente, la prescripción de los delitos. Puede verse al respecto, FERRAJOLI, L., *Giustizia*, en F. TUCCARI (ed.), *Il governo Berlusconi. Le parole, i fatti, i rischi*, Laterza, Roma-Bari, 2002, ps. 73 y siguientes.

es el marco y el diseño de Estado que hace posible la intervención jurisdiccional como tal –la penal en particular– allí donde afloran indicios de delito en el operar de los sujetos públicos. Y, sistemáticamente, la denuncia es de invasión abusiva de la esfera política –¡nada menos!– ocultando el dato altamente significativo de que, en tales supuestos, la única extralimitación denunciable es la del que trasciende los límites impuestos por la legalidad, sobre todo si ésta es la legalidad penal. Ante supuestos de esta clase, es aberrante que pueda ponerse en duda la legitimidad del juez para actuar, y más aún que esto se haga en nombre de la democracia. Cuando lo cierto es que, en vicisitudes procesales de ese género, toda la legitimidad democrática está de parte de quien aplica la ley conforme a la Constitución frente a los malversadores del poder que ésta les había conferido. ¿Podría olvidarse que la Constitución y la ley son las más decantadas expresiones de la soberanía popular? ¿Y que –como recuerda ATIENZA– “el estado democrático de derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del estado, del poder a la razón, y no de la razón al poder”<sup>49</sup>.

Debe rechazarse, pues, la insidia consistente en presentar a la jurisdicción, función de la legalidad, como instancia ajena, cuando no antagónica, de la institución parlamentaria<sup>50</sup>. Según esto, mientras el político corrupto e incluso delincuente convicto seguiría ungido por el fluido legitimador de las urnas, el juez sería siempre un operador deficitario en materia de legitimidad, por su ajenidad a aquéllas. Y, por tanto, su intervención perturbaría *ilegítimamente* el curso y el pulso de la democracia política.

Al discurrir de este modo, se lleva a cabo una intolerable reducción procedimental de la democracia constitucional; y se olvida interesadamente que, en ella, no sólo existe un amplísimo espacio constitucionalmente asegurado para el desarrollo de la política, sino que, además, quienes la ejercen tienen la posibilidad de restringir radicalmente con medios lícitos la incidencia de eventuales actuaciones judiciales sobre la misma. En efecto, basta considerar que las que más preocupan de éstas –las de carácter penal– suelen producirse después de una crisis masiva de todos los controles parlamentarios y político-administrativos previstos, que es lo que permite la degradación criminal de las actuaciones públicas. En este campo, las intervenciones de control judicial están normalmente

<sup>49</sup> M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, ahora en *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2002, p. 55.

<sup>50</sup> Interesantes reflexiones sobre el particular pueden verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1ª ed., 1995, en particular, ps. 51 y siguientes.

precedidas de diversas formas de *descontrol* parlamentario y político-administrativo. De manera que bastaría una madura disposición a *tomar en serio* el lado *garantista* de la política, para que ésta pudiera mantener exento de intervenciones *ajenas* su propio espacio, y, además, de la manera más *fisiológica*. Es decir, haciendo innecesarias las actuaciones judiciales de restauración del orden jurídico, que habría sido preservado de forma previa. Ahora bien, una vez producida una acción delictiva en el sector público y por un sujeto de este carácter, sólo la reacción judicial desde la legalidad puede *poner las cosas en su sitio* y, sobre todo, hacer que las instituciones concernidas asuman su responsabilidad y, en especial, su papel de *garantes* para impedir en el futuro situaciones de esa índole. La función general-preventiva de la respuesta penal tiene aquí un importante campo de desarrollo.

En contra de lo que, también con frecuencia, se ha sugerido en estos años, en el diseño de Estado que se contempla, la jurisdicción –con todo– no tiene atribuida una función de contrapeso político en sentido fuerte. Pues no ejerce una fiscalización capilar y sistemática de las actuaciones de las otras instancias de poder. Antes bien, sus intervenciones son ocasionales y de carácter puntual, tienen que ver con actos concretos, a los que también se limitan los efectos de aquéllas; y se producen sólo a instancia de parte (¡ay! generalmente privada<sup>51</sup>) y nunca de manera caprichosa. Más aún, las causas penales únicamente se inician en presencia de relevantes indicios de delito; y, de existir alguna inercia en la materia, ésta –por razones culturales y de *complicidad* institucional (piénsese en la tónica inhibición del fiscal<sup>52</sup>)– operará en el sentido más favorable a la impu-

<sup>51</sup> Resulta curioso comprobar que mientras en Italia la reacción penal frente a la corrupción ha sido protagonizada por el ministerio público (independiente), en España, en general, se ha debido a la iniciativa privada, mediante el uso de la acción popular. Que, por cierto, en medios políticos, y con notable consenso, se querría ahora *redimensionar* en sus posibilidades legales de ejercicio. Es de lo más elocuente poner en relación el estatuto del ministerio público (de mayor o menor independencia) y la calidad de su implicación en la persecución de las ilegalidades del poder. Cfr., sobre el particular, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal*, en PREGO, A. (ed.), *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, CGPJ, Madrid, 1995; NICOD, J. C., *El ministerio público en Francia*, trad. de J. R. Prada, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 18, 1993; MUHM, R., *Dependencia del ministerio fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana. Crisis del modelo y perspectivas de reforma*, en “Jueces para la Democracia”, n° 22, 1994; y MAIA COSTA, E., *El ministerio fiscal en Portugal*, trad. de C. López Keller, en “Jueces para la Democracia”, n° 21, 1994.

<sup>52</sup> Y en las reacciones políticas y del propio vértice de la institución, cuando en el marco de ésta se producen actuaciones que rompen con ese estándar. Sintomático al respecto es lo sucedido con la que en España se conoce como *Fiscalía anticorrupción*, dirigida por Carlos Jiménez Villarejo. El rigor y profesionalidad de su ejecutoria fielmente inspirada en el principio de legalidad penal, han demostrado ser literalmente insoportables para la actual

nidad de los delitos producidos en ámbitos públicos, como ha sido históricamente la regla. Regla que, incluso hoy, tiene un elevado índice de vigencia, puesto que hay buenas razones para afirmar que la *cifra oscura* de la criminalidad en esos medios sigue siendo bien alta.

## IX. Los derechos como “hipoteca” y las otras hipotecas

La supremacía normativa de la Constitución, con la rigidez<sup>53</sup> como implicación, es un motivo recurrente para resucitar la vieja cuestión del posible antagonismo entre democracia y constitucionalismo. El debate tiene muchos ángulos. Aquí me limitaré a incidir sólo en algunos aspectos muy concretos.

Una de las objeciones de mayor calado dirigidas contra la caracterización de los derechos como fundamentales en el sentido constitucionalmente fuerte, es que “el ideal profundo de los derechos es el de una comunidad de individuos que se reconocen entre ellos como agentes morales de *igual dignidad*, y la regla de mayoría es la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y de cada uno a que la propia voz cuente, y cuente *en condiciones de igualdad* con la de cualquier otro en el proceso público decisorial”<sup>54</sup>. Otra objeción reiterada es que ese modelo de constitucionalismo, además de establecer limitaciones a la capacidad de decisión a las mayorías actuales, limitaría también drásticamente la autonomía para decidir políticamente de las mayorías futuras y de las generaciones por venir<sup>55</sup>.

Pero ninguna de las dos me parece en condiciones de poner en crisis el fundamento y la legitimidad del modelo. En efecto, la primera cifra la

---

mayoría política. Como lo fue también para la precedente, socialista, la idea de que la institución, entonces recién creada, pudiera ser presidida por ese fiscal, de reconocida independencia.

<sup>53</sup> La rigidez constitucional que, como escribe GARCÍA HERRERA, “no es una reclamación formal de control del cambio constitucional sino una exigencia imperativa de afianzamiento de unos contenidos sobre los que se asienta la convivencia” (*Rigidez constitucional y estado social*, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P., (ed.), *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, p. 62).

<sup>54</sup> Es como BAYÓN, J. C., expresa uno de los aspectos de la posición de WALDRON, J., *Diritti, democrazia, costituzione*, en “Ragion Pratica”, n° 10, 1998, p. 48. Al respecto cfr., asimismo, R. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; y LOPERA MESA, G. P., *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, n° 5, 2001, ps. 227 y siguientes.

<sup>55</sup> Un documentado examen crítico de éstas puede verse en HOLMES, S., *Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia*, en ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P. y LÜTHER, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, ps. 167 y siguientes.

igual dignidad en los ciudadanos en la colocación de todos en una posición que les permita decidir políticamente *con libertad*, es decir, sin restricciones en cuanto al *qué* de la decisión. La premisa es, pues, que de no existir la vinculación sustancial impuesta por el deber de respeto a los derechos fundamentales como límite a la voluntad de la mayoría, se alcanzaría esa igual libertad para todos en el punto de partida, reclamada por su calidad de agentes morales.

Ahora bien, lo que no resulta fácil es saber cómo ese presupuesto, ideal en el planteamiento que se examina, podría convertirse en presupuesto práctico, cuando, precisamente, la consagración de los derechos como fundamentales –incluidos, obviamente, los sociales<sup>56</sup>– es la respuesta a la bien acreditada radical desigualdad de las personas en el acceso a toda clase de bienes, en ausencia esa garantía. Al ser ésta la que hace posible “el despliegue de la autonomía de cada ciudadano, es decir, de su no negociable dignidad” (GARZÓN VALDÉS)<sup>57</sup>. Que es por lo que FERRAJOLI señala con razón que “los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello [la que él llama] dimensión ‘sustancial’ de la democracia, previa a la dimensión política o ‘formal’ de ésta”<sup>58</sup>. Pues, dicho con RODOTÀ, se trata “de un núcleo de derechos considerados esenciales para atribuir a un ordenamiento el carácter democrático, para realizar las ‘condiciones de posibilidad’ de la democracia pluralista”<sup>59</sup>.

Por otra parte, la segunda objeción peca llamativamente de unilateralidad en la óptica. Pues, en efecto, parece que el único modo de *hipotecar* la autonomía de las mayorías futuras es limitar constitucionalmente su capacidad de decisión en algunos campos. Es como decir que la eliminación del *gravamen* que supone la eficaz garantía –actual y de futuro– de los derechos, o sea, el establecimiento de una eficaz *no-garantía* de su efectividad, podría darse sin consecuencias para la libertad de actuación de los integrantes de esas mayorías parlamentarias y, sobre todo, de las mayorías sociales por venir.

<sup>56</sup> Como señala ALEXY, si el objetivo de los derechos fundamentales es que “la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a las libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de las libertades jurídicas” (*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 489). Al respecto, en la más reciente bibliografía española, puede verse SASTRE ARIZA, S., *Hacia una teoría exigente de los derechos sociales*, en “Revista de Estudios Políticos”, nº 112, abril-junio de 2001, p. 257.

<sup>57</sup> GARZÓN VALDÉS, E., *Optimismo y pesimismo en la democracia*, en “Claves de Razón Práctica”, nº 131, abril de 2003, p. 32.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit., p. 42.

<sup>59</sup> RODOTÀ, S., *Repertorio di fine di secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 49.

Por seguir en el uso de esa terminología iusprivatista, el establecimiento de mecanismos de garantía de derechos tiene, naturalmente, algo de hipoteca para aquel a quien corresponda más tarde la competencia de decidir en el mismo ámbito. Pero es obvio que también lo tendría la opción contraria, en razón de sus efectos prácticos negativos sobre los intereses más sensibles y vulnerables de amplios sectores de ciudadanos. Apurando el símil, como en el caso de las garantías inmobiliarias, la pregunta que hay que formularse es si *el peso* del gravamen *compensa* y a quién, en un cálculo de costes/beneficios. Y al respecto, sabemos bien cuál es el precio socialmente pagado por esa *estafa constitucional* que consiste en la inclusión retórica de derechos sin vinculación para el legislador; precio del que forma parte algo evocado muy gráficamente MAILER: que “nadie ha podido nunca votar sobre muchas de las cosas que realmente importan para el modo de vivir nuestra vida”<sup>60</sup>; porque, al no impedirlo la fuerza normativa de la Constitución, su adjudicación queda indefectiblemente librada al juego de *la política* y de *la ley* del mercado.

Los defensores del constitucionalismo débil, suelen denunciar como un *daño colateral* de la supremacía normativa de la Constitución el exceso de protagonismo que atribuye a la justicia constitucional y a la ordinaria, en relación con la institución parlamentaria. Es decir, a un grupo de sujetos no directamente legitimados por las urnas, que, no obstante, tendrían la última palabra a la hora de definir el dictado de éstas.

A la vista de este reproche que, en el caso de la jurisdicción ordinaria, en presencia de resoluciones incómodas, suele ir acompañado del de un acentuado déficit de legitimidad de los jueces, parece necesario hacer una primera objeción por defecto en el planteamiento. Y es que, normalmente, quienes así discurren, contraponen una imagen candorosa e incluso naif de la institución parlamentaria a una visión tremendista y apocalíptica de la jurisdicción. En efecto, tratándose de la primera suele argumentarse en términos de modelo y prescindiendo de lo que ocurre con él en la realidad; pero, en relación con la segunda, se hace justamente lo contrario, pues la referencia es a lo peor de su realidad práctica. En efecto, sistemáticamente se contraponen el *tipo ideal* de parlamento y el *antimodelo* de juez, constitucional u ordinario. Que es por lo que, creo, existen buenas razones para exigir cierto *juego limpio* en la fijación de las bases de esta clase de debates; y para reclamar que, tanto si se discurre sobre modelos como si se hace sobre su plasmación empírica, la opción de campo sea transparente y bilateral y la confrontación se ajuste a las reglas de la argumentación racional.

<sup>60</sup> MAILER, N., *¿Por qué estamos en guerra?*, trad. de J. Zulaica y M. L. Rodríguez Tapia, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 115.

Así las cosas, parece que lo que habría que someter a contraste es el dato empírico de un sistema representativo, que, ya en el modelo legal vigente, reduce el voto del ciudadano “a una adhesión a un cierto partido”<sup>61</sup>, y que en su modo habitual de operar está, además y lamentablemente, lastrado por la degradación partidocrática; pues, como ya se ha dicho, los partidos políticos se han convertido, en general, en agencias de gestión de intereses corporativos, cuando no en factores de difusión de diversas formas de ilegalidad. La experiencia reciente y en curso en la generalidad de nuestros países –que incluye una eficaz amortización de los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política– hace innecesario, según creo, cualquier esfuerzo argumental al respecto.

## X. La “revolución” de la legalidad

Pues bien, siendo así, ya no parece tan disparatado ni tan impropio reivindicar el papel de la Constitución como límite de la política<sup>62</sup> y un control de constitucionalidad y de legalidad de ciertas decisiones particularmente relevantes, éste *siempre en última instancia*, ejercido sólo a iniciativa de parte, de forma motivada y en un marco de publicidad y transparencia. Aunque el desarrollo de esa tarea corresponda, no a jueces paradigmáticos, sino tan de carne y hueso como los propios depositarios de la soberanía popular.

Como he apuntado antes, la más lacerante contradicción de nuestras poco satisfactorias democracias es la representada por el hecho de que –aun con constitución normativa, ¡qué habría sido sin ella!– hayan podido convertirse en escenario regular de gravísimas vicisitudes de ilegalidad, incluso criminal, y a veces masiva. Por no hablar de la *cifra oscura*, o sea, de lo que se ignora en la materia. Este es el verdadero escándalo, y también que la evidencia de lo que hay no escandalice lo suficiente. Porque impresiona pensar, con FLORES D’ARCAIS, que en el estado de cosas “una política de la legalidad [sería] hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables”<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> KELSEN, H., *El problema del parlamentarismo*, trad. de M. Atienza, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 92. Como ha escrito PRIETO, L., ese “monopolio (...) de los derechos de participación por los políticos acredita un preocupante divorcio entre los ciudadanos y las instituciones” (*Ética y política. Lección inaugural del curso académico 1992/1992*, Universidad de Castilla La Mancha, Ciudad Real, 1992, p. 23).

<sup>62</sup> Teniendo en cuenta, por otra parte, que como escribe LUCIANI, “Los santuarios de la política caen, en suma, porque la política no tiene nada santo que hacer venerar” (*Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, en “Politica del diritto”, n° 3, 1998, p. 367).

<sup>63</sup> FLORES D’ARCAIS, P., *Izquierda y legalidad*, trad. de P. Andrés Ibáñez, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 19, 1993, p. 28.

Pues bien, esos fenómenos de degradación se han debido en gran medida, también lo he apuntado, a que las instituciones de la democracia política no han cumplido una parte relevante de su papel: activar los controles preventivos de su incumbencia, que no han funcionado, y podría decirse que *por sistema*. Como tampoco lo han hecho, por lo regular, los dispositivos de exacción de responsabilidad política. Todo lo que constituye un buen argumento a favor de la necesidad de un momento de control desde el derecho de las desviaciones más graves producidas en el ejercicio de la política. Y no sólo por la necesidad abstracta de restablecimiento del orden jurídico perturbado; y tampoco solamente por corregir los desequilibrios materiales a que aquéllas hubieran dado lugar; sino, además, y esto es muy importante, porque en esas situaciones-límite, profundamente perturbadoras y profundamente deslegitimadoras del sistema, es rigurosamente imprescindible que no se produzcan vacíos de respuesta, odiosas situaciones de impunidad.

Una reflexión con los ojos bien abiertos sobre la experiencia del siglo que acaba de pasar y sobre la dramática realidad que nos está tocando vivir, permite afirmar, según creo, que si existe algún *lujo* que, en términos de costes/beneficios, los ciudadanos de nuestras –siempre deficitarias– democracias no pueden permitirse es el de la amortización de ninguno de los instrumentos de garantía de que se ha ido dotando el constitucionalismo. Y más, de aquéllos incorporados a los textos fundamentales en momentos de crecimiento democrático producidos a raíz de experiencias dramáticas particularmente aleccionadoras.

## **XI. El actual mal momento del derecho y de los derechos... y el futuro**

Una mirada sobre los aspectos más salientes de la actual coyuntura podría llevar a pensar que el discurso y la perspectiva de los derechos en sentido fuerte pertenece al pasado, al siglo pasado. En efecto, el trabajo recupera la condición de mercancía (que nunca perdió del todo) y, de seguir a ese ritmo, pronto bastarán para *regular* ese marco de relaciones los históricos cuatro o cinco artículos de los códigos civiles de tradición napoleónica, *come prima*; lo que llegó a haber de estado social en los países más afortunados se bate en retirada; la sanidad y la previsión públicas *adelgazan* ostensiblemente –donde se mantienen– y marchan, a veces con paso lento, pero siempre firme, hacia la privatización, junto con la seguridad e incluso las cárceles<sup>64</sup>... Y si eso ocurre con los derechos de la

<sup>64</sup> Cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, trad. de H. Pons, Alianza, Madrid, ps. 90 y ss. “Las cárceles como negocio. Empresas privadas construirán y explotarán 18 prisiones francesas”, titula expresivamente “El País” (7 de mayo de 2003) una información-reportaje sobre el particular.

segunda generación, los de la primera no lo están pasando mejor: bajo la enseña del 11 de septiembre convertido en siniestra fuente *de derecho*<sup>65</sup>, se ha impuesto un consenso universal dirigido a colocar las garantías bajo sospecha y a *enfriar* su vigencia hasta nueva orden. La inmigración<sup>66</sup> y el narcotráfico, y el terrorismo, tratados en algunos discursos como amenazas equiparables, son una buena coartada para la restauración de las políticas y las legislaciones de emergencia.

Y, ¿qué decir de la escena internacional, precisamente ahora? En el momento de redactar estas páginas, la imagen del *pistolero* de Washington, en el centro de la plaza de la “aldea global”, disparando compulsivamente su *colt* contra quien ha decidido que es *el enemigo*, resulta mucho más expresiva que un millón de palabras. Como lo es en materia de trato a las personas el horroroso espectáculo de los enjaulados de Guantánamo, que convencería a BECCARIA<sup>67</sup> y a PIETRO VERRI<sup>68</sup> de la necesidad actual de reescribir sus libros. Y a VOLTAIRE de que, como en otro tiempo la iglesia, hoy *el imperio* ha cambiado “los principios [de los *Padres Fundadores*] por perros de caza”<sup>69</sup>.

La *voladura* de la ONU y la desenfadada recuperación de la guerra como instrumento ordinario de la política ponen en este momento una nota de singular dramatismo en el primer área de problemas apuntados (pero la pone también de esperanza la calidad de la denuncia, casi universal, del carácter criminal de la agresión contra Irak, precisamente, por contraria al orden jurídico internacional. No creo que sea un exceso de ingenuidad advertir en ese clamor la presencia de una difusa aspiración a la instauración definitiva de un marco constitucional de relaciones de ese ámbito).

<sup>65</sup> “Bruselas denuncia un recorte de derechos en la UE a favor de la seguridad tras el 11-S”, es el titular con que el “El País” (6 de mayo de 2003) informa sobre el retroceso experimentado por los derechos fundamentales en los países de la Unión desde aquella fecha, según resulta del informe elaborado por una comisión de expertos independientes de los Quince. Sobre el mismo asunto, cfr. CARMONA RUANO, M., *El impacto jurídico del 11 de septiembre*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 45, 2002.

<sup>66</sup> Es bien elocuente la permanente referencia a la inmigración clandestina o, incluso, a la inmigración sin más, en los actuales discursos de *ley y orden*, claramente dirigida a dar el máximo de efectividad ideológica a la retórica de *guerra al crimen*, mediante la inserción en la misma de los “elementos alógenos que es imperativo evacuar del cuerpo social”, a que se refiere WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, cit., p. 26.

<sup>67</sup> BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, citado.

<sup>68</sup> Me refiero a *Observaciones sobre la tortura* (1777), trad. y prólogo de M. Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1977.

<sup>69</sup> *Prix de la justice*, art. VIII, ps. 547-547, citado por FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª ed., 2001, p. 649.

De otra parte, en ese mismo plano extraestatal prolifera una nueva categoría de sujetos *legibus solutus* realmente inasequible a cualquier acción preventiva o represiva de procedencia estatal<sup>70</sup>, a pesar de que sus actuaciones puedan ser masivamente homicidas (BOPHAL enseña)<sup>71</sup>. Como lo han sido –al menos por dolo eventual– las políticas de ajuste duro del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional<sup>72</sup>, que supuestamente tendrían por fin diseñar un futuro de humanidad para los países afectados por ellas. Es, pues, evidente, que el Estatuto de Roma y el Tribunal Penal Internacional no sólo llegan tarde, sino que se quedan todavía demasiado cortos, en vista de que la capacidad de tales agentes económicos transnacionales para incidir, gravísimamente y a gran escala, sobre los derechos de toda índole, incluidos los de tercera generación es, puede decirse sin exagerar, virtual e incluso prácticamente ilimitada, y suele darse sin consecuencias para los responsables. Esto, ya sólo con sus

<sup>70</sup> Sobre la incidencia del fenómeno de la globalización en el derecho y sus proyecciones institucionales, pueden verse FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2001; FERRARESE, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; e *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002; y DE SOUSA SANTOS, B., *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez, 1998, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Santa Fe de Bogotá.

<sup>71</sup> Me he ocupado de este asunto en *Intereses sin fronteras: ¿qué hacer por los derechos?*, en “Revista Internacional de Filosofía Política”, nº 15, julio de 2000, ps. 61 y ss. Y también en *La insostenible situación de los derechos: estado de derecho y estado de cosas*, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, vol. I, ps. 432 y siguientes.

<sup>72</sup> “Con las políticas de ajuste [el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional] han contribuido de manera activa y eficaz a aumentar los índices de morbilidad/mortalidad (...) El masivo drenaje de una parte consistente de los pobres recursos de los países-víctima, en los que la mayoría de la población está habitualmente por debajo del nivel de pobreza, se traduce inmediatamente en una reducción de la duración de la vida. Esto significa la no prevención, e incluso la causa, de la muerte de un enorme número de personas de carne y hueso, que suelen ser consideradas bajo la forma abstracta de puras representaciones estadísticas. Si se aplican a la calificación de las decisiones que se siguen de tales políticas criterios de valoración similares a los que rigen habitualmente la práctica de las jurisdicciones penales de todo el mundo, es inevitable hablar de ‘políticas homicidas’ [pues] no se trata sólo de acciones cometidas por imprudencia, sino más bien de homicidios dolosos, porque se han tomado medidas cuyas consecuencias negativas habían sido ya ampliamente experimentadas”. (Resolución del Tribunal Permanente de los Pueblos, adoptada en la sesión sobre las políticas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, en TOGNONI, G. (ed.), *Tribunale Permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979-1998*, Fondazione Internazionale Lelio Basso-Casa editrice Stefanoni, Lecco, 1998, p. 325). Para un expresivo análisis de las consecuencias de las políticas del FMI en un caso reciente, cfr. CHAVEZ, W., *Otro fracaso del Fondo Monetario Internacional. La rebelión boliviana*, Le Monde Diplomatique (edición en español), mayo de 2003, ps. 8-9.

actuaciones *regulares*. Pero es que, además, la deslocalización y *ubicuidad* con que actúan induce un grado de desregulación a sus prácticas capaz de banalizar no sólo las fronteras interestatales sino también las, a veces, ciertamente, sutiles, que existen entre la economía legal y la propiamente criminal<sup>73</sup>.

A tenor de las anteriores consideraciones, en las que no soy yo quien pone los tintes oscuros, podría afirmarse que el presente y el futuro que se avecinan no auguran, precisamente, “el tiempo de los derechos”<sup>74</sup>. Sin embargo, creo que de la reflexión precedente se desprenden poderosas y buenas razones para pensar algo distinto, al menos en un sentido. Este lo apunta muy bien FERRAJOLI, cuando escribe: la “forma universal de los derechos fundamentales (...) junto al rango constitucional de las normas que la expresan, se presenta, efectivamente, como la técnica idónea para la tutela de los sujetos más débiles, en cuanto asegura la indisponibilidad e inviolabilidad de las expectativas vitales establecidas como derechos fundamentales, colocándolas al abrigo de las relaciones de fuerza propias del mercado y la política. En otras palabras, *si queremos* que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal”<sup>75</sup>.

El tratamiento constitucional de los derechos humanos como derechos fundamentales, es, así, el modo más adecuado de dar protección universal a los individuos en cuanto tales, que son los verdaderos destinatarios de la tutela. Esto, con independencia de la diversidad de los marcos culturales de extracción o de aquéllos en los que puedan hallarse integrados. Pues como dice también FERRAJOLI, “el constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales, ante todo los de libertad, son la única garantía del pluralismo cultural, es decir, de la convivencia y del recíproco respeto de las diversas culturas”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Fin de milenio*, trad. C. Martínez Gimeno, Alianza, Madrid, 1997, ps. 228 y siguientes.

<sup>74</sup> Tomo la expresión del título de la obra de BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Trotta, Madrid, 2001, p. 362.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 370. Como ha escrito A. VALCÁRCEL, “ningún multiculturalismo sin una tabla de mínimos, ninguna diferencia que no respete los derechos individuales” (*Ética para un mundo global*, Temas de Hoy, Madrid, 2002, ps. 47-48). Un punto de referencia ineludible en esta materia son las consideraciones críticas de A. SEN sobre los “valores asiáticos”, su más que dudosa caracterización y su particular utilización, precisamente, por poderes no democráticos frente a la afirmación de los derechos fundamentales capaces de poner en difi-

Una experiencia plurisecular enseña que o se trata a las expectativas y necesidades vitales, jurídicamente, como derechos fundamentales, a todos los efectos, conforme al indicado paradigma, o el futuro, como la mayor parte del pasado, será de los más fuertes, de los poderes salvajes, con lo que esto significa. Es claro que el derecho ni llega solo ni el sólo basta: “los derechos, como decía Lelio BASSO, caminan en la historia con las piernas de las mujeres y de los hombres”<sup>77</sup>. Pero es más claro aún que no hay salida para la presente situación al margen del derecho, entendido éste como lo hace FERRAJOLI, en un desarrollo, impecable por su rigor, de todas las implicaciones del estado constitucional.

La cultura jurídica democrática tiene ante sí una gran responsabilidad en la materia, que consiste en desarrollar y profundizar con coherencia ese modelo, para incidir con nuevos mecanismos de garantía allí donde todavía no existen o donde los existentes se han mostrado ineficaces o insuficientes<sup>78</sup>. En esta línea es necesario –una vez más, tiene razón FERRAJOLI– poner a punto un nuevo constitucionalismo a la altura “del desafío que se plantea a la democracia [que] es el generado, por un lado, por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los estados y, por el otro, por el neoabsolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales, y por la crisis de las propias constituciones estatales como ‘estructuras constitutivas de la soberanía’”<sup>79</sup>.

---

cultades a sus políticas autoritarias. Es significativo que el autor no haya sido capaz de encontrar “ninguna prueba de la tesis de una gran dicotomía”. Por lo demás, dice, “las ideas contemporáneas de libertad y de derechos personales y políticos han asumido su forma actual hace bastante poco tiempo y es difícil considerarlo un empeño ‘tradicional’ de las culturas occidentales” (*Diritti umani e valori asiatici*, en A. MASSARENTI (ed.), *Laicismo indiano*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 165).

<sup>77</sup> Citado por BIMBI, L. (ed.), en AA.VV., *Not in my name. Guerra e Diritto*, Riuniti, Roma, 2003, p. 8 (trad. española, *No en nuestro nombre. Guerra y derecho*, Trotta, Madrid, 2003).

<sup>78</sup> Ya lo tenía claro CALAMANDREI, en 1946, cuando escribía: “La aparición de los derechos sociales en las constituciones es, más que el punto de llegada de una revolución ya realizada, el punto de partida de una revolución (o de una evolución) que se pone en marcha” (*L’avvenire dei diritti di libertà*, ahora en *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, Firenze, 1996, p. 43).

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 373. A veces, particularmente en medios políticos de carácter oficial, se hace referencias al proceso de integración europea y al desarrollo de la Unión como exponentes de una dinámica de consolidación institucional y fundación constitucional supuestamente orientada en el sentido de la propuesta a que acaba de aludirse. Pero el planteamiento es más propagandístico, es decir más ideológico, que descriptivo. En efecto, el *déficit democrático* de la Unión es bien patente. Como se sabe, el Parlamento es la única instancia en cuya configuración las ciudadanías participan directamente a través del sufragio, pero sus competencias son esencialmente consultivas. El poder realmente existente en ese ámbito lo ejercen el Consejo de Ministros y la Comisión, que representan a los gobiernos de los Estados miembro. Y, como bien señala ESTÉVEZ ARAUJO, son órganos que en su dinámica de fun-

El desafío es importante y reclama de las gentes del derecho con sensibilidad democrática, no sólo conciencia despierta de los problemas sino conciencia autocrítica de las actuales limitaciones de la propia cultura, heredada del viejo positivismo ideológico. Estas son consecuentes a un estado de la ciencia jurídica dominante presidido por la fragmentación disciplinaria del saber, que ha producido de forma masiva un curioso tipo de *hombre de leyes*: el jurista positivo de *derecho interno*, objetivamente pre-dispuesto por razón de (de)formación a la apología de todo lo existente como supuesta expresión de un ideal jurídico-racional trascendente<sup>80</sup>, y a desentenderse, como jurista, de todo lo que pudiera ocurrir fuera de las propias fronteras.

Esto es particularmente cierto en el caso del juez convencional, no en vano hijo y heredero de ese modelo que tiene en Bonaparte a su *diseñador*. De ahí que resulte especialmente urgente que la necesaria transformación de la cultura jurídica<sup>81</sup> en la clave ambiciosamente constitu-

---

cionamiento son mucho más permeables a la influencia de los *lobbies*, es decir, de los grupos de intereses organizados, que a la de los agentes sociales. De ahí que lo correcto sea concluir como él lo hace: "Además de ser sustancialmente no democrática en su funcionamiento, la Unión Europea ha sido también el fruto de un proceso de integración elitista y autoritario del que los ciudadanos de a pie han quedado prácticamente excluidos" (ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *Cesiones de soberanía: la OTAN, la Unión Europea y la Organización Mundial del Comercio*, en J. R. CAPELLA (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 187-188). Hay que decir, no obstante, en este contexto, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000) ha introducido, al menos en línea de principio, un cambio de inflexión que no debe ser infravalorado. Siquiera por dos razones: una es que contiene un estimable catálogo de derechos, con un inventario muy completo de los de la última generación. Y la otra que, no obstante la debilidad actual de su estatus normativo, se presenta como un paso hacia el establecimiento de la garantía de tales derechos, precisamente, en el plano espacial y político al que han ido desplazándose de forma progresiva los centros de decisión aludidos, que mediante ese desplazamiento han quedado fuera del alcance de los dispositivos de garantía de carácter interno.

<sup>80</sup> Acerca de este asunto, en la perspectiva de la formación convencional de los jueces y sobre la necesidad de una profunda transformación en la materia, puede verse DE SOUSA SANTOS, B., *Que formação para os magistrados nos dias de hoje?*, en "Revista do Ministerio Público", n° 82, abril-junio de 2000, ps. 7 y siguientes.

<sup>81</sup> El esfuerzo transformador de la cultura del juez tiene que desbordar los límites de lo estrictamente jurídico y proyectarse directa e intensamente sobre las fuertes implicaciones éticas de la función. Al respecto, son de sumo interés las indicaciones de ATIENZA, M., *Virtudes judiciales y ética judicial*, en *Cuestiones judiciales*, cit., ps. 119 y ss. Cfr., también del mismo autor, *¿Por qué no un código deontológico para jueces?*, en "Jueces para la Democracia", Información y Debate, n° 46, 2003, ps. 43 y ss. Asimismo, MALEM, J., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, en "Doxa", n° 24, 2001, ps. 379 y ss.; y *La vida privada de los jueces*, en J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ (eds.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, 2003, ps. 163 y ss. En la misma obra, FARRELL, M. D., *La ética de la función judicial*, ps. 147 y ss. Me he ocupado de este asunto en *Ética de la función de juzgar*, en "Jueces para la Democracia", Información y Debate, n° 40, 2001, ps. 19 y siguientes.

cional –de un constitucionalismo sin fronteras– a que acabo de hacer referencia, penetre de forma incisiva en el ámbito de la jurisdicción. Y esto no sólo, que no es poco, por el hecho de que ella tiene asignado un papel central en la garantía de toda clase de derechos, que está necesariamente llamado a ampliarse. Sino también porque, como recuerda KELSEN, del mismo modo que, en el pasado, “la obligación de someterse a la decisión de los tribunales nacionales precede con mucho a la legislación”<sup>82</sup>, cabe pensar hoy que en la perspectiva de la generación de esa “esfera pública del mundo”<sup>83</sup> que es la necesaria alternativa de estado de derecho al actual terrible *estado de cosas*, “la evolución natural tiende ante todo hacia la administración de justicia internacional”<sup>84</sup>. Es decir, como la experiencia jurídica enseña, el establecimiento, por limitado que sea, de la garantía jurisdiccional, en situaciones de precaria o incipiente institucionalización, lleva consigo *in nuce* un consistente potencial de desarrollo de todos los demás planos de organización según el derecho.

Es una buena razón para dirigir la atención hacia la administración de justicia, ahora ya también en el orden internacional, con dos fines. De una parte, para asegurar la independencia judicial, que es condición *sine qua non* para que la jurisdicción pueda ocupar con eficacia todo el espacio que constitucionalmente le corresponde. Y, de otra, y simultáneamente, para perfeccionar los mecanismos de garantía frente al juez, que, contra lo que sugiere cierto tópico corporativo, no encarna el poder bueno en un concierto de poderes perversos. Pues del judicial, como de todos los demás poderes, no cabe esperar más bondad en su actuación que la que puede asegurar un correcto sistema de prevención y represión de las acciones y omisiones prevaricadoras de los jueces.

Por tanto, y en definitiva, nunca, probablemente, como hoy se ha hecho tan patente que la democracia política y la garantía jurídica tienen profunda necesidad una de otra, porque son realmente inconcebibles si no es en recíproca y dinámica relación de complementariedad sustancial. Los escasos intervalos de razonable bonanza registrados en cualquier momento de la historia humana se han debido siempre a alguna forma de equilibrada integración práctica de los principios que inspiran ambos factores. Hacer que ésta sea una evidencia para todos, que pase a formar parte del sentido común de las gentes es, en esta hora difícil, un empeño que compromete de manera muy particular a los juristas.

<sup>82</sup> KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, trad. de L. Echávarri, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 54; reedición a cargo de C. García Pascual y M. La Torre, Trotta, Madrid, 2003.

<sup>83</sup> Tomo la expresión de *Per una sfera pubblica del mondo*, en “Teoría Política”, n° 3, 2000, ps. 3 y siguientes.

<sup>84</sup> KELSEN, *La paz por medio del derecho*, cit., p. 53.

## Legalidad, jurisdicción y democracia\*

### I. Aproximación a un “caso clínico”

Que las realidades denotadas por los términos que integran el título de esta intervención: legalidad, jurisdicción y democracia, se hallan desde hace ya bastante tiempo inmersas en un proceso de transformación, ha sido y es uno de los tópicos que con más facilidad y fundamento emergen en el contexto de la reflexión crítica de juristas y politólogos. Otra cosa es que esa constatación aparezca acompañada del inventario y análisis de los datos empíricos que pueden prestar fundamento real a afirmaciones de ese género.

Trataré de registrar algunos de los más relevantes de tales datos y de ilustrar de qué manera se proyectan en el perfil actual de cada uno de los integrantes del trío y cómo inciden, asimismo, en el modo de relacionarse entre ellos.

Con todas las dificultades y problemas que presenta la situación político-institucional en curso en países como el nuestro y otros vecinos, diré que, para lo que aquí me propongo, tiene *una ventaja*. Es que, tomada como “caso clínico”, resulta extraordinariamente fecunda si se le hace objeto de una observación atenta; fuerza a múltiples interrogantes y se resiste intensamente a lecturas desproblematizadoras.

Una particularidad central de esta situación es que, por una serie de motivos, el momento jurisdiccional, en años recientes y aún ahora, ha sido el espacio en el que han adquirido una insólita –por desacostumbrada– visibilidad, ciertos rasgos (patológicos) caracterizadores del *statu quo* de nuestras democracias, que es, en medida no desdeñable, de legalidad débil, e incluso de franca legalidad, de una parte significativa de las prácticas de quienes las gestionan en el primer plano de las responsabilidades políticas. Tales rasgos, con la impactante y perturbadora novedad que representa su emergencia, han contribuido poderosamente a inducir algunas transformaciones relevantes en el propio papel y modo de ser actual de la jurisdicción.

\* Publicado en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, Madrid, 1998.

terística de las dictaduras y que genera su particular modalidad de *certeza del derecho*.

La liberación del pluralismo político-cultural y el inevitable inicial coeficiente de inestabilidad normativa, cuando actúan sobre contextos como el que precedió a la Constitución de 1978, en el caso de España, abren el abanico de las lecturas posibles de la legalidad. Dando lugar a situaciones en las que ésta, como ha señalado ZAGREBELSKY, con frecuencia, expresa más que el fin la continuación de un conflicto.

En ocasiones, porque las coyunturales relaciones de fuerza en el ámbito parlamentario impiden que pueda llegarse, por causas directamente políticas, a acuerdos susceptibles de plasmarse como tales en disposiciones dotadas del deseable grado de claridad, de univocidad y coherencia interna. Aunque las materias objeto de regulación, consideradas en sí mismas, podrían permitirlo; no obstante lo cual, por ese déficit de consenso (o, a veces, por la pura calculada indecisión de la mayoría) se delegan en el juez, con su conflictividad más o menos intacta, para su difícil pacificación por esa vía. Piénsese en el tratamiento penal del aborto en España, *confiado* por la entonces mayoría socialista a una magistratura que, en el discurso de esa misma fuerza política, aparecía demonizada como masivamente reaccionaria.

Otras veces, los motivos son más bien de fondo. Porque hay materias inéditas como objeto de tratamiento legal y de un dinamismo tal y tan permeables al pluralismo de las posiciones, que se presentan con una complejidad difícil de reducir por medios legales. Se trata de cuestiones que, por su particular movilidad, no admiten intervenciones legislativas tajantes. Lo que lleva al legislativo a optar, aquí quizá fundadamente, por una delegación amplia en la jurisdicción, en un marco de referencias normativas de extremada flexibilidad.

Así, expresivamente, RODOTÀ, aludiendo a las cuestiones de bioética, entre otras, habla de “una legislación *abierta, elástica y ligera* en materias que se quiere dejar del todo disponibles por el *fluir* de la innovación científica y tecnológica y por la riqueza del debate social”.

Por estas y otras razones, resulta que ese equilibrado y pacífico modo de ser del orden jurídico habitualmente presentado como un presupuesto *natural* de la propia calidad y condición ordenadora del derecho, y que ha sido –y en ciertas medida continúa siendo– un tópico de la formación del jurista convencional, ha desaparecido objetivamente del escenario real de su aplicación. Con independencia del grado de conciencia del fenómeno que pueda tener en cada caso el encargado de llevarla a cabo.

De esta manera, presentaciones del ordenamiento jurídico como la pueril de REQUEJO PAGÉS, que lo asimila a “una red de distribución de agua” con un juez encargado de “manipular la llave de paso” para “recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento”, no puede resultar más inadecuada, ni

Lo realmente acontecido es el fin de la vieja omnipotencia del legislativo. Por eso se ha hablado justamente de “muerte del legislador”, es decir, de un tipo histórico de éste, el legislador jacobino, y puesto que el actual no es un creador desvinculado sino que, necesariamente, debe moverse dentro de los límites de la Constitución, desde que la ley puede incluso resultar deslegitimada. Es la consecuencia del deber de respeto a lo que –también FERRAJOLI– ha llamado “lo políticamente indecible”: lo que toca a los derechos fundamentales, la nueva *dimensión sustancial* de la democracia.

Es igualmente el fin de un modo tradicional de entender el ejercicio de los poderes discrecionales del ejecutivo. No por falta de espacio para éstos, sino porque tal espacio resulta redimensionado, al no existir ejercicio posible de poder *que no limite por algún lado con el derecho y, sobre todo, con los derechos*.

No quiere esto decir –en contra de lo que con intolerable demagogia se ha sugerido tantas veces– que los jueces pasen a ser supervisores permanentes de la decisión política. El poder judicial no es ni podría ser el poder *invasivo* que se denuncia desde la (mejor, desde una cierta inaceptable inteligencia de la) política. Como tampoco el poder benefactor que postulan algunos jueces y que reiteradamente comparece en ciertos discursos políticos... de oposición, que suelen durar el tiempo que se está en ella.

Evidentemente, no hay nada de eso. Porque una cosa es el ámbito de lo directamente controlable vía jurisdiccional contencioso-administrativa y otra muy distinta la viabilidad de la pretensión de que, en el vigente modelo de Estado, pudiera aceptarse como formando parte de su normalidad la existencia de modalidades de actuación política susceptibles de producirse en el vacío de juridicidad y de derecho.

Como he dicho en otro momento, saliendo al paso de un rudimentario ejercicio de demagogia, y en contra de lo afirmado por un conocido político, en alguna ocasión, es bien obvio que no hay tribunal de lo contencioso-administrativo que hubiera podido impedir un hipotético envío de naves españolas a la Guerra del Golfo; ni intentarlo, siquiera. Cosa bien distinta es que la decisión de una intervención semejante –en el marco de un Estado constitucional como el español actual– pudiera tomarse de la misma forma en que Felipe II mandaba a *sus* naves a combatir contra los ingleses. Difícil encontrar un acto más *político* que el minado yanqui del puerto de Corinto, en la Nicaragua sandinista, que mereció una fundada condena del Tribunal Internacional de La Haya en aplicación de la normativa internacional. Es decir, desde el derecho. Y, últimamente, los crímenes de las dictaduras latinoamericanas, o sea, políticas enteras y verdaderas sentadas en el banquillo, en el ejercicio de acciones que no son, desde luego, un ejercicio de arbitrariedad judicial y apuntan una línea de esperanzadora sujeción del ejercicio del poder –incluso en su sentido más fuerte– a límites de derecho, a su vez expresivos de exigen-

no acaben por ser *manos sucias* que, a su vez, no terminasen por hacer necesarias operaciones de *mani pulite*. Que también, a su vez, suscitarán denuncias de exceso en cualquier respuesta dada desde el derecho. Con la curiosa paradoja a que ha aludido GARCÍA DE ENTERRÍA, que en la España de estos años ha conocido manifestaciones de la mayor expresividad, en la opinión de algunos autores próximos a posiciones de poder: los controles desde el derecho serían impropios de las situaciones de democracia. Como si fueran más bien lo propio de los regímenes dictatoriales...

El resultado de la apuntada conjunción de factores ha sido de una ilegalidad en la actuación pública de proporciones verdaderamente *sistémicas*. Podría hablarse de la ilegalidad como atípica *constitución material* de estas nuestras peculiares democracias.

Ello, debe insistirse, porque ya no hay duda, como resultado de la huida del ejercicio del poder de las sedes predispuestas para su control formal. Desplazamiento que tiene su manifestación más clara en las vicisitudes que han llevado al partido político a su situación actual, que es la de detentador de importantes cuotas de poder fáctico, extralegal, que condicionan e incluso suplantán al que por imperativo constitucional debería ejercerse en los espacios formal constitucionales.

Esto es lo que significa en términos reales la partidocratización –que es oligarquización– de la democracia, por la desviación del partido político de su fundamental papel constitucional. La financiación ilegal, con todo lo que ya sabemos que supone de clandestinidad real del poder y de inducción multiplicadora de fenómenos de corrupción –que no es sólo corrupción económica– en toda la geografía del sistema, es el síntoma más elocuente.

## V. Novedades en el plano de la jurisdicción

Es el momento de hablar más en concreto de la jurisdicción.

Lo primero para decir que en el curso de las vicisitudes de historia reciente representadas por los fenómenos aludidos, normativos y fácticos, se han movido sensiblemente buena parte de los parámetros configuradores de su tradicional modo de ser y de operar.

Una de los elementos estructurales del nuevo estatus constitucional es el reforzamiento del papel del poder judicial en la relación con otras instancias. Es lo sucedido, en particular, cuando el gobierno de los jueces se desplaza a un Consejo<sup>1</sup>, según el modelo italiano, saliendo del ámbito del ejecutivo.

<sup>1</sup> La Constitución española de 1978 (art. 122), siguiendo el precedente italiano, introdujo el consejo General del Poder Judicial, como “órgano de gobierno del mismo”. Está integrado por el Presidente, quien es también presidente del Tribunal Supremo, y por veinte

Tal consiguiente ampliación del ámbito de *lo justiciable*, ha sido impropia-mente calificada –para sugerir algo abusivo– de *judicialización de la política*. Que no es tal, puesto que no es ésta la que se judicializa –algo que, por lo demás, sería imposible– sino algunas abdicaciones y, sobre todo, ciertas bien concretas gravísimas degradaciones criminales de aquella.

De ahí la pertinencia de la aguda fórmula del humorista Máximo, cuando apuntaba, en una viñeta del diario *El País*, a la “politización de la judicialización”. Es decir, a la descalificación como abusivamente *políticas* –de un supuesto *partido de los jueces*– de intervenciones profesionales de éstos, dotadas de pleno fundamento legal, dirigidas contra actuaciones delinquentes producidas en la gestión de la cosa pública.

Otra fuente de reforzamiento del papel de la jurisdicción dentro del sistema político es consecuencia de la preferencia por “el modelo cultural de la jurisdicción respecto al de la legislación” (a que antes he aludido, siguiendo a ΡΟΔΟΤΑ) y que es fruto de opciones expresas o tácitas del propio legislativo en el momento de traducir a la legalidad algunas decisiones en temas conflictivos.

Se trata de situaciones que, en su conjunto, han contribuido intensamente a poner al juez en el centro de un conflicto, que ha pasado a ser, en estos últimos años, el conflicto por antonomasia, puesto que la profunda crisis de la política, como crisis de ilegalidad, ha explotado y se ha hecho visible en el área de la jurisdicción y por la intervención jurisdiccional. Con la mayor frecuencia, bajo el estímulo de los medios de comunicación que, como en el caso de España, mal que bien, han venido a suplir el déficit de actuación del órgano de la acción penal, demasiado permeable a las sugerencias de la política en acto.

## VI. Problemas de estructura y función

Con independencia de la esencial legitimidad de la intervención de la jurisdicción en esta clase de asuntos, cuando se produce –y así suele ocurrir– por imperativo de legalidad, lo cierto es que las tensiones a que se ha visto sometida han servido también para poner de manifiesto sus importantes defectos estructurales.

Los más evidentes son los endémicos de infradotación, hiperburocratización y carencia de autonomía instrumental, que se traducen en enormes dificultades en el plano de la funcionalidad a las nuevas tareas, para las que evidentemente el juez no había sido pensado.

En el caso español, concurre, además, una peculiar síntesis de defectos estructurales y de concepción organizativa, que ha facilitado extraordinariamente algunos perversos efectos politizadores (de política tomada en el peor de los sentidos) e inductores de fragilidad en la institución y limitadores de la calidad de su capacidad de respuesta.

Uno de ellos, central por su omnidireccional y estructural proyección, es el actual sistema de designación de los componentes del Consejo

tico. Otros directamente políticos, como en particular el reclutamiento socialista de algunos jueces para las listas electorales, presentado cínicamente como recuperación para el programa y la futura práctica, de ciertos valores de la jurisdicción –en alza en la opinión, por la evidencia de la corrupción– pero en los que claramente no creía el autor del *fichaje* (recuérdese la sonrojante promesa televisiva de González, en debate con Aznar, de poner a Garzón al frente de una salvífica comisión encargada de limpiar la porquería de ilegalidades acumulada en el país). Otros, en fin, mediáticos. Pues difícilmente se habría llegado tan lejos en estos asuntos, de no ser por la contribución de muy distintos *media* a la consideración epidérmica, frívola y, muchas veces, instrumental de todos estos problemas.

Con todo, diría que el paradigma negativo del *juez de ida y vuelta*, en contra de lo que suele afirmarse, no es Garzón, cuyo caso es atípico y seguramente irrepetible, sino magistrados, como algunos de la Sala Tercera del Supremo, que desde diversas formas de vinculación a una mayoría gobernante o, incluso de la condición de agentes directos del ejecutivo, han podido pasar, sin solución de continuidad, a ejercer el control de legalidad de los actos de éste.

## VII. La cuestión cultural

Hay, además, otra dimensión problemática que atañe profundamente al juez de este momento. Es la que se refiere a su perfil cultural: sobre todo de cultura jurídica (en el más constitucional sentido del término).

Es una cuestión central por varias razones: porque condiciona e inevitablemente permea, en todos sus planos, la actividad del juez; porque preactúa a modo de lente a través de la que él se percibe a sí mismo y percibe la significación práctica de la propia función que desempeña; y, porque, consecuentemente, se halla muy ligada a la cuestión moral o deontológica.

La que ahora se examina es una dimensión rara vez hecha críticamente consciente por los jueces, que en esto han sido receptores pasivos de contenidos elaborados en otra parte.

Sin embargo la cultura del rol judicial –*la ideología de la carrera*– ha merecido siempre la mayor atención, tanto de los padres del modelo como de los que a lo largo de más de un siglo se han encargado de asegurar su reproducción mimética, en torno a la mesa camilla del *preparador* y mediante el control directo o mediato del acceso a la judicatura.

Como es bien sabido –o, cuando menos, existen ya buenas razones para saberlo– el sistema napoleónico de organización judicial se ha autojustificado siempre como el más funcional a la garantía de la independencia judicial, que gira en torno a la idea del juez técnico y de la asepsia política de éste y de la propia estructura orgánica.

mente burocrático, ritual, hermético, opaco y, por supuesto, aburrido, de siempre. Lo que sucede no por casualidad: es todo un síntoma.

Por otra parte, por poner un ejemplo, el juez resulta ser bastante más tributario del formalismo jurídico que de otras concepciones teóricas, como la analítica, mucho más acreditadas, tanto por su probada fidelidad en la captación de los modos reales de ser actualmente el derecho y de operar con él, como en sus derivaciones prescriptivas en tema de interpretación y papel del juez. En los medios judiciales sigue jugándose de manera habitual, cuando no con la ficción de la voluntad del legislador, con la del único significado puesto por éste en la ley. Sin conciencia de que, como escribiera Tarello, la norma *no tiene un significado* porque *es* ella misma significado en cuya atribución el juez-intérprete desarrolla un papel central, que, le convierte –quíeráse o no– en una suerte de colegislador.

Con esto no hago un ejercicio de erudición ni formulo un reproche culturalista. Quiero poner de manifiesto algo de la mayor importancia, que es una mala o deficiente percepción por parte del juez de la naturaleza y efectiva relevancia de la función que hoy desarrolla.

Me parece que está muy poco asumida la idea de que la función del juez intérprete tiene –aunque él no lo quiera o, peor, lo ignore– una consistente dimensión creadora, que le atribuye lo que FERRAJOLI ha llamado un *poder de disposición*, tanto más peligroso por incontrolable –sobre todo por él mismo– puesto que falta una clara conciencia de su existencia como tal.

A este respecto creo que sigue estando vigente en las pautas de comportamiento de los jueces una marcada tendencia al autoritarismo y una dificultad para la transparencia y la comunicación fluida con el exterior, que se traduce: en la dificultad e incluso la resistencia al contacto personal; en el uso excesivamente generoso de medidas como la prisión provisional; en la seriamente inadecuada prestación del deber de motivación de las resoluciones; en el hermetismo del lenguaje, también presente en los más jóvenes, ya desde el principio (lo que quizá debería llevar a alguna indagación sobre eventuales antecedentes genéticos externos de los procesos de socialización en la cultura de que se trata).

La motivación de las resoluciones judiciales *no se toma suficientemente en serio*. A pesar de que representa el auténtico momento de la verdad del perfil del juez y que lo cierto es que el actual, en un alarmante número de casos, justifica sus decisiones *pro forma* o de manera que sugiere un ejercicio puramente *defensivo* de la función, cual se expresa en la tendencia al blindaje de las resoluciones.

En esta carencia, más allá de lo que pueda significar en el caso concreto, veo el indicador extraordinariamente elocuente de una actitud judicial que sigue caracterizándose por la tendencia al monólogo, por un cierto autismo. Por la negativa, al menos implícita, a asumir el carácter necesariamente dialógico de la jurisdicción.

Las garantías son el núcleo duro de la profesionalidad del juez. No sin paradoja, aunque se dan *contra* él y por razón de desconfianza frente a sus eventuales excesos de poder, lo cierto es que él mismo es el que debe prestarlas. Y de cómo lo haga dependerá el grado de legitimación de su actividad.

El juez del viejo Estado liberal podía vivir de las rentas de la legitimidad que le venía dada por su propia condición de autoridad. El juez del Estado constitucional de derecho tiene más poder real pero la *auctoritas* no fluye sobre él de manera espontánea, sino que depende de la calidad de su ejercicio, que se produce en un régimen de menos intensa vinculación legal y en interlocución con un número más abierto y atento de sujetos.

Es, precisamente, por esa circunstancia de menor intensidad en la vinculación que propicia el actual modo de ser del orden jurídico, por lo que el juez debe ser mucho más consciente y *militante* en la observancia de las garantías. Para potenciar la dimensión de *saber*, es decir, de conocimiento informado sobre el objeto del juicio y de tratamiento técnicamente riguroso del texto legal aplicable, que dé a su ejercicio de *poder* la imprescindible racionalidad y equilibrio.

### VIII. Crisis de la política y papel de la jurisdicción

He dicho antes que esta reflexión iba a versar sobre la significación actual de cada uno de los elementos del trío presente en su título, pero también sobre como habían evolucionado en la inevitable interrelación.

El señalado reforzamiento del papel de la jurisdicción no se ha alimentado sólo de las variaciones experimentadas en el modo de ser del universo normativo. Hay otra dimensión de la realidad de estos años que ha sido seriamente condicionante al respecto: es la aludida profundísima crisis de la política, expresada sobre todo en el fuerte componente de ilegalidad (criminalidad, a veces) detectado en momentos significativos de esa actividad, que ha llevado al banquillo de los acusados a algunos de sus actores, y al juez a ver fuertemente redimensionado su papel e intensamente reforzada su significación política.

De parte política se ha reaccionado ante esta situación denunciando supuestas desviaciones estructurales del modelo constitucional de Estado. Incluso se ha sugerido que ese supuesto deslizamiento *de la política* hacia el juzgado implicaba una degradación de la calidad de la democracia, por la *invasión* judicial del campo de la soberanía popular.

En este tipo de afirmaciones (que nada tienen que ver con la crítica, tan necesaria como lamentablemente ausente) hay –además de altas dosis de miseria teórica y de irresponsabilidad política– un claro propósito táctico de desestabilización de procesos en curso y de inducción de descrédito sobre algunas actuaciones judiciales concretas.

las propias de la transformación del Estado en *constitucional de derecho*, producidas básicamente en otros ámbitos, que inducen a su vez las constatadas en el propiamente judicial.

Por ello, resultaría imposible: tanto el retorno al modelo de juez (supuestamente) “boca de la ley” y al tipo de certeza que él producía; como la inhibición del poder judicial (esto es, la jurisdicción) frente a actos de ilegalidad cometidos en ámbitos de poder, que demandan por imperativo legal su intervención.

Así, pues, contando con el innegable déficit de adecuación del juez actual a las exigencias que se derivan de la nueva naturaleza de su papel, la solución no podría venir dada por un imposible redimensionamiento reductivo de éste, es decir, por un retorno al precedente (anti)modelo de juez, sino sólo a través de un serio esfuerzo de readaptación a las nuevas necesidades, con proyección en distintos planos. En esencia se trata, no de reducir el papel constitucional del juez, sino de poner al juez en condiciones de responder a las exigencias de aquél.

Ello implica, desde el punto de vista organizativo, como es tópico afirmar pero imprescindible decir, rentabilizar, dotándolos de la mayor funcionalidad, los efectivos orgánicos. Naturalmente con respeto de las peculiaridades del modo de operar judicial. Superar, pues, de una vez, el viejo paradigma de la oficina judicial de corte galdosiano. En el bien entendido de que no se trata de informatizar *esta* oficina, sino de concebir y de una vez, dar el paso a otra diferente. La nueva, en el respeto de las exigencias que sin duda se derivan también para la dimensión burocrática de la jurisdicción de la condición de poder que le acompaña, tendría que responder asimismo a otra exigencia no menos ineludible. Es la que se desprende de la necesidad de imprimir a la relación con los ciudadanos el máximo de calidad, es decir, de humanidad. Sobre todo, reduciendo drásticamente el sentido de innecesario plus de gravamen que connota a cualquier forma de encuentro con la justicia. Eso que hoy da lugar a que todo el que se relaciona con ella resulte, aunque la misma sea civil, *penalizado* en algún grado.

Es a esto a lo que quiere aludirse cuando se reclama también para la justicia cierta dimensión de *servicio público*, con notable desazón de quienes ven en tal demanda una suerte riesgo implícito de degradación de la condición de *poder*. Aun cuando lo cierto es que en tal pretensión no hay nada de inquietante y menos de contradictorio. En efecto, el *poder* judicial impone, por ejemplo, una condena de privación de libertad, pero si entre la decisión que lo hace y el ingreso en la prisión mediase una estructura *de servicios* ágil, flexible y atenta a las situaciones personales concretas, que, además, hubiera operado ya con ese criterio desde el momento inicial de la apertura del proceso, no cabe duda que el *modus operandi* judicial perdería muchas adherencias innecesariamente sobrepenalizadoras.

prácticamente *de vacaciones* como lo está a muchos efectos. Por el contrario, se hace imprescindible rehabilitar la eficacia normativa y eficientemente constrictiva, cuando sea preciso, de los demás sectores de aquél, activando sus sistemas de sanciones (por ejemplo, la efectiva pérdida del derecho asociada a ciertos graves incumplimientos determinantes de nulidad), de manera que la pena llegase a ser, en efecto, la *ultima* –y por tanto, excepcional– *ratio*.

## Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tangentopoli*, en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Corruzione della politica e giurisdizione*, en AA.VV., *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milán, 1996.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, nº 93, enero-marzo de 1997.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de derecho*, en F. J. LAPORTA Y S. ÁLVAREZ, *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997.
- ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- BOURDIEU, P., *Sobre la televisión*, Anagrama, Barcelona, 1997.
- BRUTI LIBERATI, E., *Potere e giustizia*, en AA.VV., *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milán, 1996.
- BRUTI LIBERATI, E., *La magistratura e i fatti di corruzione politica*, en “Questione Giustizia”, nº 3-4, 1992.
- CAPPELLETTI, M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milán, 1984.
- CARMENA CASTRILLO, M., *Crónica de un desorden. Notas para reinventar la justicia*, Alianza, Madrid, 1997.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- FERRAJOLI, L., *El derecho como sistema de garantías*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 16-17. Ahora también en L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 1995.
- FLORES D’ARCAIS, P., *Izquierda y legalidad*, trad. de P. Andrés Ibáñez, en “Jueces para la Democracia”, Información y debate, nº 19.
- GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice e démocratie*, Editions Odile Jacobs, París, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la administración*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA HERRERA, M. A., *Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional*, en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho, El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.
- GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnanim, Valencia, 1997.
- GUARNIERI, C. Y PEDERZOLI, P., *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bolonia, 1997 (hay trad. española de M. A. Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 1999).
- GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.
- IGUASTINI, R., *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turín, 1995.
- IPPOLITO, F., *Politica e legalità*, en N. ROSSI (ed.), *Giudici e democrazia*, Franco Angeli, Milán, 1994.

## **Poder Judicial y juez en el Estado constitucional de derecho. El sistema de consejo\***

### **I. Introducción**

Del Estado de derecho liberal puede decirse que, en él, el momento democrático radica en la omnipotencia política de la mayoría y el momento “de derecho” en la primacía de la ley, como omnipotencia del legislador.

De ahí, de una parte, la radical autonomía de la política y, de otra, la precariedad de la garantía jurídica.

Esta precariedad fue consecuencia, en una primera aproximación, de la ausencia de un mandato constitucional realmente vinculante de posteriores contenidos legislativos. Y, ya en el plano más precisamente institucional, de la inexistencia de un momento judicial verdadero y propio, es decir, dotado de la independencia política precisa para hacerle funcional a la efectividad del principio de legalidad.

Es bien sabido, pero conviene recordarlo, que la institución judicial en ese modelo, en los países de la Europa continental, encarna fielmente la herencia napoleónica, bajo la forma de una administración de justicia integrada en el ejecutivo. Con el resultado de un juez políticamente dependiente y subalterno.

En España, en los primeros momentos de la transición, sobre todo, vigente en plenitud el sistema napoleónico de organización judicial, fue habitual entre los jueces el cuestionamiento autodefensivo de afirmaciones como la precedente acerca de su propia subordinación. Se hizo de frecuente circulación un falaz argumento: ¿qué juez había recibido alguna vez una indicación sobre lo que debería hacer o no hacer en un proceso concreto?

La respuesta era obvia: ninguno. Pues las *instrucciones* al juez estaban preconstituidas, por implícitas en su bagaje cultural y permanentemente reiteradas, de la manera más eficaz, en el férreo complejo organizativo. Efectivamente, el análisis de la dinámica y la economía del modelo debía proyectarse sobre un momento previo, estructural, integrado por varios estratos.

\* Publicado en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, CGPJ, Madrid, 1999.

Uno primero, de carácter prejudicial y político-cultural en sentido amplio. Con esto quiero hacer alusión al tipo de jurista ya prefigurado en la formación universitaria impartida en las facultades de derecho. Ésta era y seguiría siéndolo durante mucho tiempo (tanto que no puede decirse rotundamente superada) la propia del positivismo dogmático, del formalismo en la concepción del intérprete como descubridor del único sentido depositado en la ley por el legislador, del juez como operador técnico, políticamente neutro.

Sobre tal presupuesto, la formación del aspirante a juez, ya se sabe, corría –corre– a cargo del *preparador*, magistrado experimentado, transmisor de las rutinas y la ideología del rol. Como herramienta de trabajo para tal fin, las *contestaciones*: prontuarios de conocimiento jurídico des-problematizado, catequísticamente impartido para ser asimilado con fines de exposición y, sobre todo, de futura aplicación mecánicas.

Seguramente, nadie se ha expresado sobre las particularidades configuradoras de ese sistema como lo hicieron OLIVIERO Y SERENA: “La oposición es, sustancial e inevitablemente por tanto, la ejecución en el acto del examen de ‘discos’ previamente impresionados en el cerebro del opositor con arreglo al programa”.

No sería realista pensar que un proceso formativo de ese perfil sirviera sólo, concluyera su ciclo, en la preparación del examen de ingreso. Por el contrario, ha demostrado ser extraordinariamente funcional a la producción seriada de un (anti)modelo de juez. De ese juez al que, en el decir de CASAMAYOR, no habría necesidad de “comprar”, porque ya había sido “fabricado” en una cierta clave.

Es el juez DE MARTÍNEZ CALCERRADA: ungido de “vitalismo estamental”, que hace del “juez sólo y siempre juez”, de manera que “el órgano judicial, sometido a la contemplativa de personalidad que lo regenta, discurre por el concierto social, impregnado de su carisma profesional”. También el juez DE MIGUEL GARCILÓPEZ, investido de “unción carismática, el indispensable y santo orgullo...”.

Un juez, en fin, preso dentro de los límites de su formación paleopositivista y cerrada, y de la mitología subcultural e incluso un poco cutre que se expresa en los textos que acabo de citar.

Desde luego, nada de esto estaba reñido con el hecho de que en una magistratura así reclutada pudieran existir profesionales capaces de sustraerse en alguna medida significativa a los condicionamientos del modelo; y, en cualquier caso, profesionales subjetivamente honestos y autores de un trabajo profesional estimable.

Obviamente no es esa la cuestión. El análisis, como he apuntado, se sitúa en un plano estructural, cuya cabal comprensión exige la necesaria referencia al papel que en el contexto orgánico tomado en consideración tiene asignado, además, el uso del control jerárquico y de la disciplina.

El discurrir profesional del juez era objeto de escrutinio sistemático. A través de la lectura de sus sentencias, recurribles ante instancias superpuestas jerárquicamente no sólo en el plano procesal. Y, en particular, por el acopio de los datos de que nutrían los informes secretos (en estos podía leerse tanto que el informado compraba bienes a plazos como que tenía problemas en su matrimonio, para no hablar de posibles inclinaciones políticas no convenientes), regularmente elaborados por los presidentes. De la valoración de aquéllos, en un régimen de absoluta falta de transparencia, dependía la administración de las expectativas de carrera. Carrera en la que la progresión en el *cursus honorum* resultaba férreamente determinada por el grado de acomodación acrítica al paradigma imperante.

Pues bien, no creo que pueda interpretarse como un dato casual el hecho de que los jueces de las magistraturas de este diseño, italianos, alemanes, españoles, por poner ejemplos bien próximos, cuando el Estado liberal al que servían se precipitó por la pendiente de la involución autoritaria, le siguieran dócilmente, en sus políticas liberticidas. Y que, en el contexto de éstas, pudieran verse a sí mismos como neutros operadores del sistema jurídico.

Y no es casual que los regímenes correspondientes no hubieran tenido que modificar una línea de sus respectivos ordenamientos judiciales, para valerse de ellos y de los jueces en las nuevas situaciones.

En fin, tampoco pertenece al reino de lo aleatorio el dato, igualmente comprobado, de que esos mismos jueces encontraron, en cambio, problemas de supuesta ilegitimidad en las constituciones que en distintos países pasaron a presidir los nuevos ordenamientos democráticos al fin de las experiencias dictatoriales. Constituciones caracterizadas por exigentes planteamientos en materia de derechos fundamentales y un nuevo sentido del papel del juez, con el consistente fortalecimiento de su independencia.

## **II. Constitucionalismo de posguerra y jurisdicción. Un momento de ruptura**

La experiencia en materia judicial a que acabo de aludir, en el momento de superación de las vicisitudes de los fascismos dio lugar a una interesante reflexión sobre el papel del juez. A este respecto, es paradigmático el proceso abierto en Italia, que lleva a la creación de una institución de nuevo cuño, el *Consiglio Superior della Magistratura*, como soporte orgánico de un inédito sentido del estatuto y de la independencia del juez.

El modelo constitucional resultante incorpora algunas novedades de gran calado, que se proyectan de manera inmediata en el ámbito de la jurisdicción.

El legislador queda sometido a la Constitución. La política tiene límites en el derecho. Todos los poderes están sujetos a la ley. Los derechos

fundamentales resultan eficazmente positivizados y reforzados en su garantía. Se fortalece, en fin, el papel de la jurisdicción por la doble vía de la dotación de un nuevo régimen estatutario y de gobierno, y a través de la directa implicación del juez en el mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes. De donde se deriva un nuevo modo de relación del juez-intérprete con la ley.

La idea de un gobierno de los jueces alternativo al ejercido por el Ministro de Justicia en el ámbito del ejecutivo tiene ilustres precedentes teóricos en el caso de Italia. Los autores suelen citar a ROMAGNOSI, que ya en 1815 reclamaba para la administración del estatuto del juez la mediación de “una tercera autoridad”. Y de manera particular a MORTARA, que en *Lo stato moderno e la giustizia* (1885) demanda la creación de un “*Consiglio superiore di giustizia*, compuesto, al principio de cada legislatura, de diputados, senadores, magistrados de la casación civil y penal, en igual número para cada una de las categorías, que el ministro presidiría sin voto”. La propuesta del autor responde a un doble propósito: asegurar la independencia judicial y evitar el cierre corporativo de la magistratura sobre sí misma.

Ahora bien, en el ámbito legislativo, el órgano de ese tipo lo crea la ley de 30 de agosto de 1883, en el marco de la III República francesa y dentro de lo que fue calificado de “revolución judicial”. Aunque en realidad, el *Conseil Superieur de la magistrature* finalmente instituido fue sólo una forma de llamar al Tribunal de Casación, reunido en pleno para ejercer funciones disciplinarias.

La Constitución francesa de 1946 prevé un Consejo, cuyas competencias con respecto al precedente son sensiblemente reforzadas y que incluye una relevante novedad: el carácter electivo de algunos de sus componentes magistrados.

Dentro de Italia, una ley de 1907 había instituido un Consejo Superior de la Magistratura, pero concebido como órgano meramente consultivo, en el que estaba presente sólo la alta magistratura, representada a través de algunos de sus miembros (seis) elegidos de entre y por los integrantes de las cinco Cortes de Casación a la sazón existentes en el país y por nueve magistrados con categoría de presidentes de Apelación, de designación ministerial y nombramiento real.

Por ley de 1941 se prevé un *Consiglio superiore della magistratura presso il ministero de grazia e giustizia*. El propio ministro en la exposición de motivos dirigida al Rey se encargaría de aclarar su “rechazo al llamado autogobierno de la magistratura, incompatible con el concepto del Estado fascista”.

Todavía mediará, antes de llegar a la nueva Constitución, otra nueva intervención legislativa, de 1946, que, manteniendo el carácter consultivo del Consejo, ampliará sus competencias, introduciendo un mecanismo electivo de segundo grado para el reclutamiento de sus componentes, todos magistrados.

Durante el debate constituyente se producirá el vivo enfrentamiento de las diversas posiciones ahora ya bien conocidas en la materia. La Asociación Nacional de Magistrados pugnará por la independencia del ejecutivo, y por una organización vertical y de gobierno de los jueces por la cúspide judicial. Frente a ella, el recelo ante una eventual forma de *autogobierno*, es decir de gobierno corporativo, incluso desde la conciencia de la necesidad de evitar la reproducción del precedente sistema de gobierno ministerial.

El resultado final, fruto de un complejísimo debate, ya se conoce: un Consejo al que se atribuye el total de las competencias relativas al gobierno del estatuto judicial. Órgano de composición mixta y caracterizado por el origen electivo de sus componentes magistrados. La previsión constitucional es de predominio numérico de éstos, según la *ratio* de dos tercios/un tercio, precisamente por ser judicial la independencia que se trataba de garantizar.

El contexto constitucional en lo relativo al estatuto del juez se caracterizó por la inclusión de dos preceptos bien significativos: “los jueces están sujetos solamente a la ley” (art. 101); y “se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones” (art. 107).

Por lo demás, el Consejo tiene como presidente al de la República y de él forman parte el primer presidente y el procurador general de la Casación (art. 104).

La ley de 1958 estableció en 21 el número de miembros judiciales, elegidos, sí, pero dentro de las respectivas categorías y de forma que privilegiaba el elemento jerárquico.

“El sistema electoral es, y seguirá siéndolo en el curso de los años sucesivos, el terreno en el cual los sectores mayoritarios de las fuerzas políticas tratarán de recuperar momentos de influencia sobre el órgano de gobierno” (BRUTI LIBERATI Y PEPINO). Tal influencia se busca, además, por la vía —establecida en la misma ley de 1958— de atribuir al Ministro de Justicia el control de la iniciativa del Consejo, sistema éste que sería declarado inconstitucional en 1963.

Diversas vicisitudes legislativas desembocan en la adopción, en 1975 del sistema electoral proporcional, el más idóneo para asegurar la real representatividad de todos los componentes de la magistratura en su órgano de gobierno. Esta reforma se acompaña con la elevación a treinta del número de componentes, veinte “togados” y diez “laicos” electivos del Consejo.

### III. Acerca del poder judicial

De hallarse prácticamente fuera del discurso teórico y lo mismo del coloquial, el sintagma “poder judicial”, hoy acogido por la Constitución, ha pasado a ser frecuente objeto de usos impropios, también de algún abuso, y a experimentar como consecuencia cierto desgaste.

Por la importancia que tiene en la economía de esta exposición vale la pena realizar una sencilla labor de precisión conceptual.

En el debate que precedió a la aprobación de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 se habló insistentemente del Consejo General como poder judicial *tout court*, cuando no como titular de poder judicial. En ocasiones parecería que el poder judicial lo tienen o lo encarnan los jueces. De ahí, es decir, de la sugerencia de que pudiera tratarse del atributo de un órgano colectivo, asimilable en su naturaleza y en su forma de proyección al propio poder político, se pasaba sin solución de continuidad a predicar de él una inexcusable necesidad de legitimación democrática.

Ahora bien, no puede ser más obvio que el Consejo General ni es ni cuenta con poder judicial; y que éste tampoco tiene a *los* jueces por titulares. Podría afirmarse que ni siquiera al juez genérico, sin más. Porque poder judicial es sólo la jurisdicción y ésta se actualiza para el caso concreto y en el juez o tribunal concreto, legalmente habilitado para conocer. De este modo, jurisdicción es decir el derecho, pero cuando esta función la ejerce un sujeto dotado de determinadas condiciones estatutarias e investido, por la acción de un tercero, del conocimiento de un asunto, en virtud de las reglas de determinación de la competencia.

La de jurisdicción no es una noción fácil. Lo prueba que los autores han encontrado serias dificultades para dar de ella un concepto en función de las características materiales de su contenido, que no sería propiamente definitorio. Porque el acto de decir el derecho es identificable, por ejemplo, en un sinnúmero de prácticas administrativas a cargo de órganos que también estarían sujetos, en línea de principio, a un imperativo de imparcialidad en sus actuaciones.

Por eso, para caracterizar la jurisdicción tal y como resulta concebida en nuestros ordenamientos constitucionales, hay que atender a las peculiaridades de la posición estatutaria del juez. En particular a su condición de *tercero* frente a las demás instancias de poder. A su autonomía política, a la exención de toda subordinación, que es lo que le hace independiente. *Independiente para* y sólo para la aplicación de manera tendencial e igualitaria de la ley al caso concreto como sujeto imparcial.

La jurisdicción así entendida es todo y lo único que hay de *poder* verdadero y propio en el espacio judicial.

#### **IV. Sobre la naturaleza del Consejo como institución**

En la doctrina se ha discutido un problema de índole clasificatoria, a saber si el Consejo es órgano constitucional o sólo de relevancia constitucional. Pues bien, con independencia de cual sea la toma de posición en este punto, PIZZORUSSO ha puesto de manifiesto que la previsión de un Consejo del poder judicial y su papel en el gobierno de la magistratura es

una cuestión que no incide en los habituales criterios de caracterización de las formas de gobierno. La explicación, a juicio del autor, es que éstos tratan de responder a la pregunta *¿quién manda?*, o dicho con más finura “¿quién establece la dirección política en el país?”. Y es claro que en la materia el poder judicial carece objetivamente de atribuciones.

El Consejo no tiene capacidad legal ni posibilidades reales de adoptar decisiones que pudieran afectar a la generalidad de los ciudadanos; y lo mismo ocurre con el poder judicial, es decir, con la jurisdicción, cuya activación se produce de manera ocasional y no de forma sistemática ni conforme a un plan, siempre a requerimiento de parte y mediante actuaciones precisas, cuyo ámbito queda circunscrito por los propios límites objetivo y subjetivo de la cuestión suscitada.

Por eso, la mejor caracterización del órgano se debe al propio PIZZORUSSO, que lo ha descrito como de “administración del la jurisdicción”. Es decir, de ejecución de “las actividades administrativas que resultan instrumentales al ejercicio de las funciones jurisdiccionales”. Ahora bien, el propio autor no deja de señalar que la emergencia de una institución configurada como el Consejo lo ha sido en la experiencia italiana, podría justificar una reflexión orientada a determinar hasta qué punto esta circunstancia no obliga a tener en cuenta el papel que –como consecuencia– el poder judicial asume dentro de la correspondiente forma de gobierno. Sobre todo desde el momento en que la sumisión a la ley de todos los poderes convierte en potencialmente justiciables cuestiones que pueden ser de extraordinaria relevancia política.

De lo expuesto se infiere que el Consejo es un órgano superior en su ámbito propio, puesto que tiene atribuciones que le han sido conferidas directamente por la Constitución y en su ejercicio no está sometido a la voluntad de ningún otro. De este dato se deriva su legitimación activa y pasiva para ser parte en conflictos constitucionales.

Es órgano de gobierno administrativo de los jueces, y en tal sentido ocupa el espacio legalmente circunscrito que permite el estatuto de independencia de aquéllos.

No es órgano de dirección política, aunque su proyección no es políticamente indiferente. De una parte, porque tiene intervención en cuestiones de política judicial (informa anteproyectos de leyes y disposiciones generales en materias de relevancia judicial y otras, debe ser oído en el nombramiento por el gobierno del Fiscal General del Estado, nombra dos magistrados del Tribunal Constitucional); también porque puede elaborar con autonomía propuestas de esa clase y someterlas al poder político y a la opinión pública; y, en fin, porque mediante la política disciplinaria y, en general, través de sus intervenciones públicas proyecta, en negativo y positivamente, una cierta cultura de la jurisdicción y un modelo de juez.

A lo expuesto debe añadirse que el Consejo no es en modo alguno órgano de representación de intereses corporativos de los jueces. Y tam-

poco órgano de *autogobierno*, sino de gobierno autónomo, por el carácter mixto de su composición y porque no gestiona intereses *proprios*, sino que su actividad se inscribe en los presupuestos y condiciones de posibilidad de la prestación de la tutela judicial efectiva por los jueces, en condiciones de independencia.

## V. El Consejo como órgano de garantía

Tanto por las circunstancias históricas en las que se produce su irrupción en la escena del constitucionalismo, como por el contenido de los debates que acompañaron a este momento, como, en fin, por el diseño orgánico de que se le dota en el constituyente italiano, es claro que el Consejo resulta concebido como institución de garantía. De garantía de un valor, la independencia judicial, ahora de rango inequívocamente constitucional, que, al menos en la experiencia europea continental hasta la fecha no había contado con un aparato institucional capaz de servirle de eficaz soporte.

Lo que se busca garantizar mediante el Consejo es la independencia judicial, pero no cualquier forma de independencia, sino una independencia de cierta calidad y para un fin bien determinado.

Se trata de la independencia necesaria para asegurar la aplicación de la ley (ley más Constitución) como medio de tutela de derechos. Mirando, a la vez, a evitar que el aseguramiento de aquel valor, función del principio de legalidad que lo es a su vez del de igualdad, no se concrete en formas prevaricadoras de su ejercicio para fines impropios.

La claridad previa sobre la naturaleza del valor cuya efectividad se persigue es fundamental a la hora de discurrir sobre el perfil del órgano y el sentido de su proyección.

Cuando lo que se da, como tantas veces ha sucedido, es una fácil y tosca asimilación de gobierno judicial a gobierno político –con olvido de que el modelo de Consejo se ha forjado, precisamente, como alternativa a ese planteamiento, ya bien experimentado en sus negativas consecuencias– se hace hincapié en la dimensión de poder *ad intra* y de desarrollo vertical. Como consecuencia, se infiere la necesidad de su apoyo en mayorías fuertes, formaciones compactas que puedan asegurar eficiencia en la gestión.

Al razonar de ese modo se pierde de vista el sentido propio de la institución, que da, a su vez, sentido al modo de formación que registra el modelo originario de Consejo.

El modelo de Consejo se orienta, primero y antes que otra cosa, a hacer imposible tanto alguna forma de *héterogobierno* político de la magistratura como de autogobierno corporativo de los jueces, precondition para crear un espacio de *gobierno* o “administración de la jurisdicción” no sólo compatible sino esencialmente funcional al ejercicio independiente de esta última, es decir, de la justicia.

Se trata, pues, de un *gobierno*, en lo relativo al estatuto del juez, con límites precisos en su contenido, que se concreta en actos singulares, en gran medida reglados. De un *gobierno* que, a su vez, ha de ejercerse en condiciones de independencia del poder político verdadero y propio, que es frente al que habrá de prestarse normalmente la función de garantía, primer cometido institucional del Consejo.

Es por lo que PIZZORUSSO ha identificado en la *representatividad* el valor que debería resultar primado en la configuración y composición de este órgano. El Consejo debe ser una institución muy plural en su composición para que pueda estar ampliamente abierta al pluralismo de los valores, incluidos los de la jurisdicción, con objeto de favorecer la permeabilidad de los mecanismos de tutela jurídica a todos los que legítimamente concurren en la sociedad. A este respecto no cabe olvidar que la demanda de garantía judicial de los derechos emerge, normalmente, de los titulares de los que más la necesitan, es decir, de los sujetos que son débiles por hallarse en posiciones de debilidad.

En esa perspectiva el Consejo debe ser un órgano caracterizado no por la proclividad a la adopción de acuerdos preconstituidos en virtud de la homogeneidad o la afinidad política o ideológica de sus integrantes, sino por la disposición al debate políticamente *desinteresado*.

El pluralismo es un valor constitucional incuestionable en las sociedades democráticas contemporáneas y de sus ordenamientos jurídicos. En consecuencia, se trata de un rasgo político-cultural que no puede dejar de hallarse igualmente presente en el interior de la magistratura. Es, entonces, a la luz de este valor como cobra sentido hoy el principio del juez natural y el imperativo de predeterminación legal del juez que es su derivación. Este principio tiene su raíz en el dato, constitutivo, de esa integración plural de la judicatura, que es lo que hace que los jueces no puedan ser considerados como “ideológicamente fungibles” (NOBILI). De este modo, y como no resulta indiferente, en principio, el perfil particular del juez en cada caso, se trata de administrar con neutralidad esa *natural* diversidad y de tutelarla, en la medida que es expresión de un valor constitucional.

El Consejo debe ser un órgano apto por su composición para desarrollar adecuadamente esa función de tutela de la independencia de cada magistrado en el contexto de una magistratura internamente diversificada y plural.

Esta forma de concebir la función del Consejo es la más acorde con el papel de la jurisdicción en el Estado constitucional de derecho, asimismo cuando se mira a las peculiares características de la legalidad. En efecto, en este modelo el punto de partida de la actividad del juez-intérprete es un ordenamiento complejo e internamente dinámico, de cuya fisiología forma parte una tensión inicial Constitución-ley ordinaria, que implica directamente al juez, en cuanto le obliga a hacer un juicio crítico de

compatibilidad o coherencia sustancial del segundo con el primero de estos dos polos normativos.

Como es sabido, ese diverso modo de ser del orden jurídico induce un diverso tipo de certeza del derecho. Esta no es un rasgo presupuesto en la norma ni que se derive mecánicamente de su aplicación, que dista mucho de ser mecánica. La certeza posible es un resultado del juego de varios factores, de los cuales la calidad del texto legal es, qué duda cabe, un dato esencial y previo. Pero no un resultado que pueda darse por descontado, sino que necesita, como antecedente, de un esfuerzo y una tensión en el juez que presupone en él, como condición de posibilidad, una conciencia de la complejidad de los instrumentos con que opera y de lo decisivo de su propia aportación.

La imagen del juez “boca de la ley”, operador neutro, ha sido siempre una ficción y no precisamente inocente. Pero, no cabe duda que podía y de hecho pudo predicarse como un paradigma normativo e incluso como supuestamente descriptiva del papel real del juez durante un largo período histórico. A ese modelo, al que ya me he referido, correspondió también un sistema de gobierno, autoritario y vertical, que se justificaba por la compatibilidad esencial con esa previa visión del juez. En efecto, el marco ideal-funcional de una actividad mecánica sólo podía ser el de una maquinaria burocrática. El más coherente también en el plano de los valores consagrados: subalternidad, conformismo, uniformidad político-cultural (el supuesto apoliticismo).

Pues bien, si aquella imagen llegó a formar parte del sentido común del jurista y del juez, no cabe duda que hoy no podría invocarse con un mínimo de seriedad en nuestros medios. Creo que los cambios operados en el modelo constitucional y en el papel real del juez son lo bastante evidentes. Y siendo así, es por demás obvio que tales transformaciones no pueden quedar confinadas en el momento interpretativo, sino que deben hallar correspondencia necesaria en todos los demás planos del sistema judicial vigente.

En definitiva, no es casualidad que el nuevo tipo de legalidad resultante del vigente constitucionalismo se viera acompañado de un nuevo diseño en tema de gobierno judicial y de un también nuevo y acusado patrón de exigencia en materia de independencia.

Siendo, pues, de otra y muy diferente calidad la independencia y la profesionalidad judicial que debe ser tutelada, es inobjetable que la misma demanda, junto a otro tipo de juez, un, también diverso, órgano de garantía. Este, el Consejo, debe ser, como ya he dicho, una instancia muy plural en su composición.

Como órgano previsto en garantía de la independencia en la doble dimensión, externa (de la magistratura como instancia) e interna (la de cada juez en particular), sus componentes deberían ser personas connotadas por –y designadas en función de– su libertad de criterio, su apertu-

ra cultural, su capacidad de autonomía y su predisposición al debate. En tanto que personas con afinidades de partido y de asociación judicial, no podrían dejar, obviamente, de estar *situadas* dentro de los respectivos espectros, pero nunca para representarlos de forma acrítica, preconstituida y dogmática, al margen de la calidad de los valores en juego y del juego de las opciones de valor, a tenor de las cuestiones en presencia. La naturaleza y el papel constitucional del Consejo repudian la lógica unidireccional y fácilmente inductora de sectarismos del mandato imperativo, de la “correa de transmisión”, que –la experiencia española habla por sí sola– brillan tanto por su peculiar rigidez en la defensa de los intereses más coyunturales como por una llamativa *flexibilidad* en las cuestiones de principio.

La función del Consejo no se agota en la gestión del estatuto del juez. La garantía de la independencia en el plano externo exige de ese órgano una actividad ad extra que, unas veces, fluirá por cauces institucionales y de manera más o menos formalizada; pero que, en otros casos, deberá concretarse en formas flexibles de presencia, es decir, de interlocución con diversos actores sociales en el terreno de la opinión.

Desde esta perspectiva, una forma y no la menos eficaz de defender la independencia judicial es contribuir a crear la mejor cultura constitucional sobre este valor y su significación. Sobre el papel del juez y el sentido de la jurisdicción. Lo que muchas veces y, en particular, en situaciones tan conflictivas como las que frecuentemente se han producido en estos años, implicará tener que salir al paso de intervenciones públicas interesadamente deslegitimadoras de actuaciones judiciales concretas y de la propia instancia judicial.

## **VI. El Consejo en la experiencia española**

Está fuera de toda duda que el constituyente español de 1978 se inspiró en la Constitución italiana al proyectar el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), claramente, como alternativa al sistema de gobierno desde el ejecutivo.

El razonable equilibrio político que presidió la plasmación del diseño constitucional de la nueva institución, no tuvo prolongación coherente, sin embargo, ya en el primer desarrollo legislativo, debido a la Ley orgánica 1/1980. Esta dio al Consejo un tratamiento estimable en materia de competencias (sobre todo si se mira a la luz de la experiencia posterior), pero no así en la integración de su componente judicial. Ello, básicamente, por tres motivos: primó de forma clara la representación jerárquica (en proporción inversa a su significación porcentual en la magistratura); estableció de un límite mínimo del 15% del escalafón para el uso del derecho a constituir asociaciones profesionales de jueces; y adoptó un sistema de sufragio mayoritario corregido.

El propósito exteriorizado en este tratamiento no podía ser otro que asegurar la plasmación del Consejo en su primer mandato conforme al *statu quo* judicial heredado, asegurando la presencia en él de la oligarquía judicial del momento y excluyendo, a la vez, al sector minoritario conocido como progresista. Así, el órgano de gobierno, en su sector judicial, quedó integrado de manera exclusiva a expensas de la Asociación Profesional de la Magistratura, mientras que la componente no judicial contó con una abrumadora presencia de la mayoría política a la sazón gobernante. El resultado fue un Consejo de *partido único*, cortado de manera mimética por el patrón de esa mayoría e, inevitablemente, muy condicionado por ella, limitado en su capacidad de encarnar un momento institucional de verdadera autonomía y marcado ya por el lastre de un cierto déficit de legitimidad.

Por otra parte, esa formación del primer CGPJ, políticamente instrumental y cargada de coyunturalismo, difícilmente podría dejar de suscitar –como en efecto sucedió– una reacción de similares características, pero de signo contrario y de intensidad reforzada por parte de la mayoría socialista, tras la abrumadora victoria electoral de 1982.

Esa reacción fue a concretarse en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985. En materia de Consejo trajo como consecuencia una drástica reducción de las competencias del órgano y la reforma no menos drástica del sistema de elección de sus componentes. Y, merced a la anticipación de la edad de jubilación y a la política de nombramientos que hizo posible la configuración política del Consejo que inició su mandato en 1985, como efecto, el comienzo de un importante recambio a corto y medio plazo de la jerarquía judicial y del Tribunal Supremo.

Se ha especulado mucho sobre el carácter de esta reforma y acerca de su constitucionalidad o inconstitucionalidad. En cuanto a lo primero, me parece que el talante que expresa queda bien reflejado en la manera como la ha calificado *Díez Picazo*, cuando la describe como operación de “represalia política”. Lo segundo, tiene la mejor respuesta en la propia sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió el recurso de inconstitucionalidad suscitado al respecto: cabía, sí, una lectura constitucional del nuevo texto, pero, a juicio de esa alta instancia, era mejor y más funcional a la garantía de independencia de la jurisdicción, el modelo sustituido. Reforma marcadamente instrumental, por tanto, y de una constitucionalidad débil.

Las posteriores vicisitudes del órgano en la experiencia de tres mandatos sucesivos son lo bastante elocuentes, aún conviniendo en que no todos los períodos ni todo lo acontecido en cada uno de ellos sea necesariamente equiparable. Pero lo cierto es que el Consejo General del Poder Judicial español no ha remontado el vuelo. Los dos desarrollos legislativos que lo han tenido como objeto no han estado a la altura del diseño constitucional; y la actuación de las sucesivas mayorías políticas en el

momento de los nombramientos ha supuesto, en general, una escenificación diáfana de la perversa lógica partidocrática que informa el sistema; que tiñe, además, profundamente su forma de funcionamiento.

En efecto, el modelo de la LOPJ de 1985 tenía por finalidad, se dijo, una jacobina reconducción del gobierno de la magistratura al álveo de la soberanía popular, para dar satisfacción a una supuesta exigencia de democratización, ciertamente ajena al planteamiento del texto constitucional y al diseño del Estado constitucional presente en él. Lo realmente acontecido es la profunda inserción del Consejo en la degradación partidocrática que aqueja a las dinámicas de la democracia política en acto. Una penosa experiencia que tiene su ápice en el caso Pascual Estevill –bastante más que una anécdota– que, en el ciclo de todas sus elocuentes vicisitudes, del nombramiento a la fallida destitución, puso bien de relieve que las responsabilidades, como la misma miseria política en acto que llevó al indigno magistrado al órgano de gobierno, cuando ya era sospechoso de delito, estuvieron universalmente distribuidas, tanto en el arco parlamentario como en el propio Consejo.

El rasgo más caracterizador del vigente modelo de Consejo es que se trata de una institución que reproduce en su interior, de forma mecánica y dependiente, el espectro político general, la misma dinámica que la que en éste recorre las relaciones entre partidos, sin apenas mediación. Hasta tal punto que, en ese contexto, en general, no resulta fácil distinguir en su interior otras adscripciones significativas que las que conducen a los partidos de procedencia de la designación.

Tal parcelación partidista del Consejo se traduce en la política de nombramientos y en las decisiones más relevantes; materias en las que lo habitual es que el pleno se rompa sistemática y esencialmente en dos, siempre por la misma línea de fractura, al fin, línea de partido.

El grave defecto de origen tiene reflejo en el *estilo* de la gestión. Esta se halla presidida por la opacidad en la adopción de las decisiones, precedidas por deliberaciones secretas y de las que sólo trasciende el contenido de algunas filtraciones, siempre parciales e interesadas, y lo que se canaliza a través de ocasionales declaraciones institucionales que, como corresponde, son particularmente inexpresivas.

Un exponente significativo del talante institucional que trata de apuntarse se encuentra en la forma en que discurre la política de nombramientos. Esta, que jurídicamente responde al esquema del concurso de méritos, vierte al exterior, en un primer momento, bajo la forma, por lo general, de una terna, elaborada por la Comisión de calificación, ayuna de toda motivación de la valoración que expresa, y, definitivamente, con la proclamación, asimismo desnuda, de algún nombre.

El Consejo se mueve en este ámbito particularmente delicado y relevante de su actividad de gobierno con un decisionismo prácticamente

absoluto, reforzado porque, incluso, ha renunciado abiertamente a auto-limitarse e introducir algún grado de racionalización del propio poder mediante la objetivación de criterios, de estándares de profesionalidad a tener en cuenta, y la exigible motivación los acuerdos correspondientes.

El resultado es francamente deslegitimador para el propio Consejo y tiene también consecuencias claramente negativas, por derivación, para los órganos afectados. En particular, las Salas del Tribunal Supremo y, especialmente, cuando, como está siendo habitual, deben pronunciarse sobre cuestiones de altamente conflictivas. En tales supuestos, las consecuencias de ese modo de operar se proyectan bajo la forma de inducción al uso de claves de lectura de las resoluciones directamente políticas y de interpretación de algunos nombramientos como hechos *ad hoc*, en la perspectiva del caso o casos que *interesan*.

Así, resulta que el Consejo General del Poder Judicial, en lugar de constituir o alimentar con sus prácticas un momento de neutralización o desactivación política y de reconducción de las cuestiones relacionadas con la jurisdicción a un ámbito de transparencia presidido por la tensión hacia los valores que habrían de orientar idealmente el ejercicio de la jurisdicción, es más bien momento de un *continuum* que refleja con lamentable fidelidad el mismo degradado modo de ser partitocrático de la vida pública que prevalece en las sedes propiamente políticas.

## VII. Para concluir

Cuando se llega a un estado de cosas como el vigente entre nosotros en la materia, no es fácil proyectar vías de solución y, al mismo tiempo, es inexcusable incentivar una reflexión orientada en ese sentido. Una reflexión que, necesariamente, debería ser plural y también autocrítica, capaz de dar la máxima autenticidad al debate necesario. Este tiene que proyectarse, naturalmente, sobre los antecedentes de la situación en curso, que es lo que permitiría entenderla cabalmente.

El Consejo General del Poder Judicial soporta, desde su primera formación, el estigma de la manipulación político-instrumental partidista. El primer mandato emergió ya con esa impronta que, a partir de 1985, conoció ciertamente una exasperación, en la misma dirección, aunque con un cambio de sentido. Por eso puede hablarse de la frustración sostenida del imperativo constitucional, en claro perjuicio objetivo de la calidad de la independencia judicial. Y del papel constitucional y social de la jurisdicción en nuestro país, instancia que vive desde hace casi cuatro lustros en una grave crisis de legitimidad del órgano de gobierno. Crisis de legitimidad que lo es del órgano de gobierno central y también de los periféricos, puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial, con esquizofrenia incomprensible, al instaurar en ese ámbito el poco democrático sistema mayoritario de sufragio, regaló de hecho las Salas de Gobierno de

los Tribunales Superiores de Justicia a la Asociación Profesional de la Magistratura. Crisis de legitimidad, en fin, por cuyo papel en la crítica situación en curso de la jurisdicción hay que preguntarse –aunque lo cierto es que se elude sistemáticamente la pregunta– puesto que una “administración de la jurisdicción” tan cuestionable como cuestionada no puede haberse dado sin consecuencias para el destinatario final.

Esta afirmación en tema de legitimidad no tiene nada de exagerada, como lo prueba el hecho de que en tanto el sector conservador y mayoritario de la magistratura practica la descalificación sistemática de la institución por razón del pecado de origen, que no fue tal mientras –cierto que por otros derroteros procedimentales– jugó a su favor; en el sector progresista es frecuente que se argumente en defensa del *statu quo* del Consejo a partir de la colocación como premisa de una falsa alternativa entre lo ungido por el voto democrático y lo tocado de forma indeleble por las mezquindades de lo gremial. Cuando, precisamente, la mayor virtualidad del modelo original es su aptitud para prevenir los dos riesgos posibles derivados del eventual deslizamiento en cada una de tales posibles direcciones, mediante la inserción de una viva dialéctica política autónoma (por político-judicial y multipolar) en el interior del órgano de gobierno, con probada capacidad de irradiación sobre la propia magistratura en su conjunto; según ha hecho ver con ejemplar claridad alguien tan poco sospechoso de corporativismo judicialista como PIZZORUSSO, al reflexionar con el rigor que le caracteriza sobre la experiencia italiana.

Situado el asunto en un más acá político, de nuestra historia inmediata, habría que decir que cada uno de los momentos de (retro)desarrollo legislativo del modelo constitucional ha tenido sus responsables y sus coyunturales beneficiarios y, siempre, la misma víctima. Por eso nadie, ninguno de los actores colectivos –lo mismo da si autor directo o por partido interpuesto– podrá autoatribuirse la exclusiva condición de perjudicado ni la instalación desinteresada en algún improbable plano de principios. En cuanto a la víctima, por cierto, es doble y cualificada: el Consejo como institución y la jurisdicción y su papel constitucional en nuestro país; para los que el lastre acumulado en estos años representa una pesada hipoteca de futuro.

En el plano de las responsabilidades, las hay, desde luego, para los sujetos políticos, en primer término, pero, también, de manera muy especial, para las asociaciones judiciales –sobre todo, como he dicho, para las dos más significativas y que más se han significado en este asunto– que, en cada caso, han dado apoyo explícito a opciones de política legislativa cargadas de coyunturalismo y francamente cuestionables en una perspectiva constitucionalmente exigente. Aceptar que ha sido así, serviría para establecer las condiciones previas de un debate necesario orientado a producir una transformación importante del ceniciento clima cultural que envuelve –de parte judicial y política– el deteriorado universo del

gobierno judicial. Es un debate necesario que sigue sin darse y cuya ausencia hace temible un eventual “pacto de Estado para la justicia” que tuviera como presupuestos los de naturaleza cultural y política que en esta exposición he tratado de explicitar.

### **Bibliografía**

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., Movilla Álvarez, C., *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Transición en la justicia: independencia judicial entre Constitución y “governabilidad”*, en AA.VV., *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- BRUTI LIBERATI, E. y PEPINO, L., *Autogoverno o controllo della magistratura?*, Feltrinelli, Milano, 1998.
- CASAMAYOR, *Les juges*, Seuil, 1973.
- DÍEZ PICAZO, L. M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Edicions Alfons el Magnanim, Valencia, 1997.
- GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997 (versión española de M. A. Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 1999).
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Independencia del poder judicial*, con prólogo de Adolfo de Miguel Garcilópez, en “Revista de Derecho Judicial”, Madrid, 1970.
- MORTARA, L., *Lo stato moderno e la giustizia*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1885.
- OLIET, B. y SERENA, C., *Apuntes sobre organización de los tribunales españoles*, Imprenta Provincial, Huesca, 1ª ed., 1948.
- PIZZORUSSO, A., *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1ª ed., 1982.
- PIZZORUSSO, A., *La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura*, en “Jueces para la democracia. Información y Debate”, nº 24, noviembre de 1995.
- ROYER, J. P., *Histoire de la justice en France*, PUF, París, 1995.

## Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos judiciales\*

### I. La actual degradación del sistema

De las actuaciones del Consejo General del Poder Judicial sobre sus administrados, los jueces, la de nombramientos en régimen de discrecionalidad es, seguramente, la más relevante. Esto, en la perspectiva del concreto afectado, por su incidencia en la propia estima y en las expectativas *de carrera*. Y, en un plano más general, porque, por ese medio, se promocionan valores o contra-valores éticos y profesionales, con inevitable repercusión en las actitudes de quienes ejercen la jurisdicción y en la opinión de la ciudadanía acerca de ésta.

En efecto, la política de nombramientos comporta una valoración pública (positiva o negativa) de las capacidades, preparación y actuaciones del solicitante; condición que todos los miembros del escalafón tienen alguna vez. Y se trata de una apreciación mediante la que, objetivamente, se propone y promueve (e implícitamente se descalifica) algún modelo de juez. Es por lo que los criterios de que se haga uso en la materia gozan de indudable eficacia paranormativa en relación con los comportamientos de los jueces.

\* El 24 de septiembre de 2004 publiqué en el diario "El País" un artículo titulado *Política y política de nombramientos judiciales*. Algún tiempo después recibí una llamada de Agustín Azparren, vocal del Consejo General del Poder Judicial, diciéndome que tanto él como el también vocal Alfons López Tena querían hablar conmigo. En la conversación que mantuvimos me hicieron saber que les había interesado el planteamiento y me propusieron que lo desarrollase mínimamente con objeto de hacer lo que podría ser un documento de trabajo, dirigido a promover un debate sobre el asunto en el marco del Consejo. Como es natural, no tuve ningún inconveniente en contribuir a ese debate, antes al contrario, y redacté este texto. Al entregárselo, expliqué a mis interlocutores que prefería una difusión sin firma, puesto que se trataba de un simple *material* para la discusión y que ésta no era *conmigo*, sino *sobre* el asunto, lo realmente importante. Pero lo cierto es que el papel ha circulado ampliamente desde el principio con mi nombre y que de él, y de esta manera, han dado cuenta varios medios de comunicación. Por eso y con el fin de ampliar, en lo posible, esa discusión necesaria, he decidido publicarlo, con algunas modificaciones accidentales. Obviamente, contando con el asentimiento de los vocales a que me he referido, a quienes agradezco su inicial estímulo y su amable disposición.

Publicado en "Jueces para la Democracia", Información y Debate, nº 52, 2005.

Desde otro punto de vista, al ser la administración de justicia, en la mayor medida, una actividad que se resuelve en la valoración de conductas, su desempeño en condiciones ideales demanda de quienes la realizan probidad, imparcialidad, y equilibrio. Por eso, la plasmación de estos valores ideales en las actuaciones del Consejo representará un referente ético y un estímulo para los integrantes de la magistratura. Mientras, por el contrario, cualquier forma de arbitrariedad o de uso no justificado de la discrecionalidad en materia tan sensible, será inevitable fuente de desmoralización para aquéllos y de grave deslegitimación para el Consejo.

No es nada exagerado decir que, en la actualidad, y prácticamente desde el inicio de la andadura del órgano, se está en esta segunda situación. Ello debido a que la política de nombramientos se ejerce en un marco de práctica ausencia de autorregulación, en el que impera la discrecionalidad incontrolada, abierta con la mayor frecuencia al juego de factores de oportunidad y a la discriminación por razones de adscripción asociativa o puramente ideológicas, que es como decir políticas. Algo patente a gran formato, por ejemplo, en el caso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en particular, cuando las actuaciones de selección tienden a promover una cierta correlación *de fuerzas*, a veces, incluso, ante el enjuiciamiento, próximo a producirse, en una causa concreta, buscando incidir en él.

A la conjunción de éstos y otros elementos, se debe la objetiva apertura de los correspondientes procesos de selección a un verdadero *tráfico de influencias*, en ocasiones directamente políticas o político-partidistas. Y, también, que el modo habitual de gestionar ese área no asegure la promoción de los mejores, en claro perjuicio de la calidad, moral y técnica de la justicia. Así, lo que debería ser ejemplar paradigma de buen hacer es fuente de graves injusticias, agravios comparativos e inseguridad jurídica entre los jueces; donde el Consejo cosecha por tal razón un gravísimo desprestigio, que trasciende ampliamente los límites del mundo judicial.

En efecto, no es infrecuente que magistrados muy reconocidos por su trabajo jurisdiccional y, en ocasiones, también doctrinal, resulten postergados frente a otros de notable menor cualificación, en virtud de criterios implícitos que nada tienen que ver con los valores y con la ejecutoria profesional. Algo que también ha sucedido con algún cualificadísimo exponente de la cátedra. Y tales modos de operar se defiendan con la mayor naturalidad en medios del propio Consejo –eso sí, en conversaciones privadas– con argumentos de cínico *realismo político*.

Estas consideraciones y otras posibles, hacen que, en vista de la relevancia del asunto, y por la objetiva gravísima degradación de las prácticas en que se concreta, con las desastrosas consecuencias apuntadas, sea inaplazable un replanteamiento a fondo de los criterios imperantes en el tratamiento de que se le hace objeto.

## II. Necesidad de definir una alternativa creíble y practicable

Afrontar el tema con rigor requiere un ejercicio de reflexión autocrítica, que desemboque en la explícita ruptura con los usuales modos de operar, y que vaya seguido de la definición de una alternativa real y creíble en la materia.

Esta tarea precisa un esfuerzo orientado a:

– Determinar, con el máximo de adherencia a la realidad, los perfiles objetivos de los puestos de trabajo, mediante la fijación de sus rasgos relevantes, a tener en cuenta en los procesos de selección.

– Objetivar los criterios de evaluación, confiriendo una prioridad esencial sobre cualquier otra clase de méritos, a la capacidad de independencia y a la profesionalidad acreditada en el ejercicio de la jurisdicción, entendida como función constitucional de garantía de derechos.

– Atribuir la actividad de evaluación inicial a órganos *ad hoc*, no implicados en la resolución de los concursos, aptos, por su composición plural, para operar con imparcialidad conforme a criterios de apreciación esencialmente profesionales.

– Establecer un sistema adecuado para recabar los datos precisos de cuantas fuentes se hallen en condiciones de ofrecerlos con la necesaria fiabilidad.

No resulta obvio señalar que en este marco con el vocablo “profesional” se hace referencia a un cuadro de valores que está más allá de las habilidades técnicas y de la capacidad de *despachar* o *mover* –burocráticamente hablando– una carga de trabajo en la degradada clave *productivista* de “baremo”, que hoy ha terminado por imponerse. Pues “decir –constitucionalmente– el derecho”, en el contexto de un orden jurídico y una realidad tan complejos como los actuales, exige del juez *habilitación técnica*, pero no sólo. Y, desde luego, choca de manera abierta con el *economicismo* en la administración del propio *rendimiento* y con un planteamiento meramente *eficientista* de éste. Reclama laboriosidad, es cierto, pero fuertemente impregnada de sensibilidad a los valores fundamentales en presencia, de racionalidad crítica y autocrítica, de apertura cultural y de capacidad de interlocución, entre otras cosas.

## II. El perfil del órgano y del cargo

Todas las funciones relacionadas con el enjuiciamiento tienen una similitud sustancial, aun cuando no puedan ser mecánicamente asimilables; y difieren de las de “administración de la jurisdicción”. En efecto, éstas, es decir, las de carácter gubernativo estricto, como las vocalías del Consejo y presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, reclaman dotes de organización y de gestión, capacidad de proyecto y particular aptitud para las relaciones, personales e institucionales. De las primeras, algunas, como las propias de la casación, exigirán un nivel de formación

teórica por encima de la media en el ámbito disciplinar que corresponda, en cuanto preordenadas a elaborar criterios interpretativos capaces de suscitar aceptación, en razón de su autoridad cultural y técnica. Y, en fin, los puestos con algún grado de especialización, impondrán procesos selectivos adecuados para la evaluación de los conocimientos específicos.

Además, y es muy importante, ocasionalmente, puede darse la circunstancia de que el órgano vacante se halle afectado por problemas coyunturales, tales como los derivados de una excesiva carga de trabajo, defecto o mala calidad del personal, o algún tipo de conflicto que hubiera podido afectarle. En tales supuestos, y dado que se tratará de hacer frente a una especial situación crítica, habrá que determinar con precisión las necesidades, a fin de que puedan tomarse en consideración para primar aptitudes profesionales tal vez no requeridas en circunstancias de normalidad.

Los primeramente aludidos rasgos-estándar del órgano o puesto de trabajo tendrían que ser identificados y *codificados* con la posible objetividad, de manera que quepa operar con ellos como estables criterios de referencia. Su elaboración es un trabajo que podrían desempeñar comisiones suficientemente representativas, integradas por profesionales experimentados, de la justicia y, quizá, del foro. Éstas deberían oír a quienes sirvan o hayan servido destinos de esa clase, y cuentan, por tanto, con experiencia al respecto. Y, obviamente, deberán hacer uso de todos los datos de que el Consejo disponga en virtud de sus propias fuentes.

### III. Criterios de evaluación

Serán una suerte de guía en la ponderación de las aptitudes y méritos de los candidatos con tendencial objetividad. Entre tales criterios, habrá que distinguir unos de carácter general, referidos a las cualidades a primar en todo caso, y otros específicos, en función del concreto perfil del cargo o del puesto.

La dedicación regular al ejercicio de la jurisdicción será mérito preferente sobre cualquier otra, incluidas las consistentes en el desempeño de funciones con un tratamiento orgánico equiparable. Carece de toda justificación el hecho –profunda y lamentablemente instalado en la realidad institucional– de que tareas no jurisdiccionales, por lo general más cómodas y, paradójicamente, mejor o mucho mejor pagadas, conlleven *de facto* el *premio* añadido de una mayor *cotización* en los concursos para cubrir ciertas plazas. A veces, por el intolerable plus (*clientelar*) de ventaja que supone gozar del *favor* de los propios responsables de la decisión del concurso, en cuya proximidad se ha ejercido el oficio no jurisdiccional de procedencia. Y otro tanto hay que afirmar del dato recurrente de que el desempeño de ciertos cargos (gubernativo-judiciales o políticos) lleven aparejado el tácito ingreso en una informal *escalilla* o atípico escalafón

dentro del escalafón, de manera que el retorno al puesto jurisdiccional de procedencia comportaría una suerte de *descenso* o desdoro. Cuando tal opción, aparte de representar en este contexto el destino más digno, es la única alternativa ética y legalmente defendible; e, incluso, profesionalmente lo más adecuado para favorecer el conveniente o necesario reciclaje.

En general, son elementos a considerar:

- La capacidad de independencia, demostrada, en su caso, en la gestión de procesos dotados de especial dificultad, por ejemplo, por razón de los sujetos implicados, y en función de otros datos.

- La calidad media de las decisiones.

- La laboriosidad y la dedicación acreditadas en los puestos desempeñados con anterioridad.

- La rapidez y diligencia en el despacho de los asuntos.

- La accesibilidad y la calidad del trato dado a los justiciables, a los colegas, a los funcionarios, a los profesionales y a las personas en general.

- La antigüedad: dato que, por su objetividad, deberá prevalecer en presencia de méritos claramente equiparables.

Serán objeto de consideración específica las aptitudes, previamente catalogadas, requeridas en particular por la naturaleza de la función o del puesto.

En todo caso se atenderá a circunstancias objetivas e identificables en virtud de datos suficientemente diferenciados.

Al respecto, los de procedencia estadística, por su carácter meramente cuantitativo, nunca serán determinantes por sí solos, sino que deberán complementarse razonadamente con valoraciones de orden cualitativo, a tenor del contexto del órgano, en la situación concreta.

A estos efectos, no es posible prescindir del análisis de las resoluciones. Aquí no se trata de valorar el sentido de la decisión, ni en el plano técnico-jurídico, y menos en el ideológico o cultural. Se atenderá a la sistemática del texto, a la calidad descriptiva de los hechos probados, al orden en la presentación del cuadro probatorio, al rigor y la coherencia argumental en la motivación, tanto de la prueba como de las cuestiones de derecho, a la claridad expositiva.

Decidir en este punto exige contar con una muestra bastante de la actividad decisional de los candidatos. Una muestra que será aleatoria, para evitar sesgos o manipulaciones interesadas, pero a la vez suficientemente representativa. Lo que hace necesario que para su obtención se sigan criterios preestablecidos, de general observancia. La atención no se limitará a las sentencias, sino que se extenderá a toda clase de resoluciones fundadas. Para facilitar esta tarea, es necesario que los informes de la Inspección incorporen un capítulo relativo a la calidad de aquéllas, exclusivamente dirigido a constatar si se las dota de motivación *ad hoc* o si, por

el contrario, se hace uso de formularios, fórmulas estereotipadas, o se opera por remisión mecánica a otras resoluciones o a las actuaciones de autoridades administrativas. También debería contarse con información relativa a la estadística de nulidades determinadas por la falta de prestación de garantías procesales.

Podría ser de utilidad que los candidatos acompañasen a su solicitud una exposición de la labor realizada en el órgano de su actual destino, apta para complementar, explicar y contrastar la procedente de otras fuentes.

Aunque sea mérito preferente la calidad del desempeño del trabajo propiamente jurisdiccional, también se evaluará, de forma complementaria, el de carácter teórico o doctrinal. Éste sólo puntuará cuando, de ser positivamente valorable, guarde correspondencia en ese plano de la calidad con la prestación profesional. Y será grave motivo de descalificación si, por no ser así, acredita un patente desequilibrio en la distribución del interés y el esfuerzo, en perjuicio de la segunda.

La colaboración en actividades de docencia del propio Consejo merece, obviamente, ser valorada. Y, cuando responda a la circunstancia de que quien la presta haya acreditado una particular cualificación técnica en la materia de su dedicación, este dato tendrá una coherente repercusión en el orden curricular. Es objetivamente injusto que —como ha sucedido en ocasiones— la especial competencia profesional de que el Consejo se sirve para fines de formación, no sea, sin embargo, tenida en cuenta por él mismo al resolver concursos de méritos.

#### **IV. Órganos de evaluación**

Es una obviedad que donde mejor se conoce a los jueces y magistrados es en su entorno de trabajo, y que los auténticos depositarios de ese relevante caudal de conocimiento son los profesionales, de la jurisdicción y del foro, que actúan en el propio medio. En consecuencia, ni esa información ni esas fuentes deben ser desatendidas al valorar méritos como los que aquí en realidad importan. Entre otras cosas, porque mueve a escándalo que “secretos a voces” sobre, por ejemplo, la falta de empeño, dedicación o capacidad de un juez o magistrado, perfectamente conocida en su ambiente y fácilmente constatable, puedan carecer de incidencia, como sucede en ocasiones, en la resolución de un concurso.

Es cierto que las viejas inquisitoriales prácticas de los “informes reservados”, con sus demoledores efectos, han dejado una estela de desconfianza que sigue proyectándose sobre la idea de una evaluación interna y sistemática de la calidad de las actividades jurisdiccionales. Pero, al mismo tiempo, es patente que la circunstancia de no contar con ésta implica un déficit de conocimiento de la realidad, que impide actuar racionalmente sobre ésta. Y provoca el riesgo objetivo de que buenos y

malos jueces puedan merecer idéntica o similar consideración, con la consiguiente injusticia. Por lo demás, es una clase de información que puede obtenerse con todas las garantías para el interesado.

Parece, pues, necesario que el Consejo, en la perspectiva de un nombramiento discrecional, disponga de los datos necesarios y suficientemente contrastados; que, de una parte, le permitan operar con buen conocimiento de causa y dotando de justificación suficiente a sus decisiones y, de otra, hagan más visibles, y más difíciles, las eventuales desviaciones interesadas en función de criterios que no sean de mérito.

Es claro que valoraciones como las de que aquí se trata, reclaman la existencia de instrumentos institucionales idóneos para hacer que en ellas prevalezcan los criterios a los que ética y normativamente deben ajustarse. Es por lo que habrá que contar con órganos que, dotados de la necesaria capacidad técnica y con un estatuto que asegure su imparcialidad, estén en las mejores condiciones para actuar de la manera más objetiva. Así, debe pensarse en una suerte de comisiones judiciales de evaluación, ubicadas en el ámbito del Servicio de Inspección, que dispongan de los datos acopiados por éste y puedan obtener por sí mismas los demás necesarios para apreciar en concreto la calidad de las actuaciones profesionales objeto de dictamen. Como ya se dijo, no se trata de instituir una suerte de nueva instancia, pues la materia de estimación no es el acierto o desacierto de las resoluciones, sino la calidad del compromiso profesional que en ellas se exprese, desde todas las perspectivas que ya se han apuntado.

Por la misma razón, debería contarse con la información procedente de los profesionales del foro. Ciertamente cabe abrigar alguna desconfianza al respecto, debido a que sobre sus juicios podrían pesar, eventualmente, condicionamientos interesadas. Pero es un riesgo susceptible de ser neutralizado en la mayor medida, mediante la protocolización de ciertas pautas operativas. Entre éstas la de que cuando no se esté en condiciones de aportar una información relevante, bastaría con manifestarlo. Mientras que, en otro caso, el juicio o parecer, tanto positivo como negativo, tendría que concretarse y contar con apoyo expreso en datos.

## **V. La necesidad de cumplir el deber legal de motivar los nombramientos**

Se trata de una exigencia que nadie ajeno al poder de nombrar pone en cuestión, pero que, paradójicamente, nadie que se halle en situación de ejercerlo observa ni está dispuesto a observar. Esto, a pesar de que el deber de motivar “los acuerdos”, es decir, *todos* los acuerdos, responde a un imperativo legal (art. 137.5, Ley Orgánica del Poder Judicial). Introducido en 1994, sin duda con el fin, evidentemente frustrado, de incidir en el lamentable estado de cosas que se ha descrito.

Los actos que consisten en decidir, es obvio, tienen motivos, responden siempre a un porqué. Cuando éste aparece compartido por una pluralidad de sujetos, como es el caso, lo normal es que haya alcanzado cierto grado de objetivación, que haya sido de manera mínima racionalizado. Pero, no obstante, hay muchos *porqué* que nunca podrían exteriorizarse por falta de legitimidad. Tanto es así que cualquier concededor de esta materia sabrá de *razones* para nombrar o no nombrar, que se barajan y circulan con normalidad en el ámbito de los responsables, pero se hurtan al público y nunca se pondrían por escrito. Pues bien, ¿será mucho pedir que todos los nombramientos obedezcan a razones publicables y que, además, se publiquen?

Cierto es que practicar la motivación no es fácil, y complica los procesos decisionales. Pero tal es, precisamente, una de las causas que hacen del deber a examen una garantía esencial. Que, como en el caso de las resoluciones judiciales, se proyecta en una doble vertiente: *ad extra* y *ad intra*. En la primera porque, como bien se sabe, los afectados por las decisiones, y la ciudadanía, tienen derecho a conocer la *ratio decidendi* que las inspira. Es algo tan elemental, que desazona y constituye por sí mismo una denuncia el hecho de que, a estas alturas, haya que seguir plasmándolo como reivindicación. Más aún, en materia tan sensible como ésta, y frente a una institución como el Consejo que mal podría argumentar ignorancia al respecto.

En la segunda porque, como le consta a cualquier juez, situarse ante un cuadro de elementos de juicio con honestidad intelectual exige operar reflexivamente *sólo* dentro del terreno de *lo justificable*. Y hacerlo así es el mejor, más bien, el único antídoto frente a la arbitrariedad y el error.

Sentados estos presupuestos, no resulta aventurado afirmar que la resistencia sistemática a cumplir el deber legal de motivar los nombramientos judiciales, responde al propósito de preservar un ámbito de poder incontrolado, es decir, connotado de ilegitimidad esencial. A sabiendas de que hacerlo es rigurosamente antijurídico y una fuente objetiva de arbitrariedad y de injusticia.

Es verdad que en este asunto, como en algunos otros, seguramente, cabrá registrar matices diferenciales en la calidad de las actitudes en presencia en el Consejo, de mayoría o de minoría, de poder o de oposición. Pero se sabe por experiencia que tales actitudes son perfectamente intercambiables y suelen cambiar de hecho con el simple cambio en las posiciones dentro de aquél, a despecho del *color*. Y no sólo esto, porque, en general, los grupos mayoritarios y minoritarios han demostrado regirse en su interior y en la relación (de regular subalternidad) con los partidos por pautas muy similares. Al punto de que no sería fácil encontrar alguien con legitimidad para “tirar la primera piedra”.

Es por lo que, si algo necesita el sistema, es una profunda reconversión moral, movida por la conciencia de que así no se puede continuar.

Aquí lo utópico no es reclamar la transformación en clave principalista. No. Lo que se sitúa fuera del tiempo y de la realidad es la sola idea de que un estado de cosas del grado de deslegitimación y de desgaste del que se ha consolidado en la *política* de nombramientos, pueda perpetuarse sin costes que representen un verdadero suicidio para la institución.

Un planteamiento como el apenas esbozado tampoco sería realista si no hiciera, al menos, una indicación relativa a la causa última de lo que sucede. Es pacífico que tiene mucho que ver con el sistema de designación de vocales del Consejo, igualmente contaminado de partitocracia en todos sus ensayos (1980, 1985 y 2001). Aunque esta constatación genética no explica todo ni cierra el círculo de las responsabilidades. Porque lo cierto es que cada vocal nombrado, por el sistema que sea, tendrá siempre la suya propia y personalísima.

Pero, en fin, tampoco podría concentrarse en el Consejo, y ni siquiera en él y los partidos, el total de aquéllas. Nada de lo que ha sucedido y de lo que sucede –también de lo que vaya a suceder– en ésta y otras materias conexas, es ajeno a las asociaciones judiciales y a la magistratura no asociada. Por eso incumbe en primera persona a los integrantes de unas y otra, que, además de padecer la situación, la han consentido de algún modo, el deber moral y jurídico de confluir críticamente, con decisión, en esa línea esencial de principios básicos a los que se ha hecho referencia, para lograr que brillen en las actuaciones del Consejo. Bien visto, y puesto que se trata de jueces, no parece demasiado pedir. Es sólo procurar el cumplimiento de una exigencia ética elemental, que goza además de reconocimiento constitucional y legal.



## Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)\*

### I. Formación del concepto

El caso tenía cierta complejidad en materia de hechos. Se trataba de una estafa importante, producida mediante una serie de acciones y con cierta sofisticación. El tribunal había escuchado el testimonio del imputado, naturalmente, exculpatario: no hubo defraudación, sólo había recibido dinero *negro* para *blanquearlo*. Depusieron numerosos testigos, y existía también una copiosa documental, reiteradamente evocada en las sesiones del juicio. Así las cosas, llegado el momento de los informes orales, el Fiscal inició el suyo diciendo literalmente: “en cuanto a los hechos, puesto que el tribunal ha visto la prueba, me remito a la intermediación”. Ni más ni menos.

Y ¿qué es la intermediación? ¿Admitiría tal clase de *encargos* para actuar *por delegación*? ¿Trabaja por cuenta ajena? ¿Lo hace ella sola? ¿Cómo lo hace?

Históricamente, la intermediación, conforme ahora se la entiende, irrumpe en la escena como una implicación necesaria del proceso oral y público, intensamente reivindicado por los juristas y *philosophes* de la Ilustración, alternativa al inquisitivo, escrito y secreto. Esta actitud tiene un buen exponente en VOLTAIRE, con su demanda de un proceso “noble y franco” como el de “los romanos [en el que] se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podría responderles, interrogarles él mismo u oponerles un abogado”<sup>1</sup>. Aunque la reivindicación desborda el mundo de los intelectuales, para extenderse a amplios sectores de opinión: lo demuestra el hecho de que en las quejas que la ciudadanía francesa hizo llegar a sus mandatarios en la Asamblea Constituyente, recogidas en los famosos *cahiers de doléances* de 1789, “espejo fiel del espíritu público”, según ESMEIN, “lo primero que se reclama en materia de justicia es la publicidad de los procesos”<sup>2</sup>.

\* Publicado en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 46, 2003.

<sup>1</sup> En apéndice *Comentario sobre el libro “De los delitos y de las penas” por un abogado de provincias*, en C. de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. De las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 154.

<sup>2</sup> ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Topos Verlag, Vaduz, Liechtenstein, 1978, p. 404.

La implantación, por la legislación revolucionaria francesa, del modelo acusatorio fundado en el juicio oral y público no fue nunca completa<sup>3</sup>, y, además, duró poco, puesto que el código termidoriano (1795), primero, y luego, el napoleónico (1808), alumbraron el sistema mixto, que sí tendría una larga vida en Europa continental y en los países de su área de influencia<sup>4</sup>, y sigue aún hoy ofreciendo no pocos síntomas de preocupante supervivencia.

En cualquier caso, lo cierto es que el par oralidad-inmediación quedará definitivamente consagrado como seña de identidad y connotación básica del modelo ideal de enjuiciamiento en materia criminal. La publicidad, para BENTHAM, “el alma de la justicia”<sup>5</sup>, se representa como fundamental instrumento de garantía apto para prevenir atrocidades como las perpetradas con los justiciables al amparo del secreto, propio del proceso escrito. La transparencia que conlleva la realización de las actuaciones procesales en presencia de las partes y de terceros, es para este autor “un freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar”<sup>6</sup>. Y se considera también el medio más idóneo para asegurar una verdad procesal de superior calidad, propiciada por la concentración de los actos de prueba y, sobre todo, por el contacto directo del tribunal con las fuentes de ésta, en particular las de carácter personal.

La garantía implícita en la intermediación tiene que ver, pues, con el carácter *in-mediato*, es decir, no mediado o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa, que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento<sup>7</sup>. Así, para CALAMANDREI, poniendo el énfasis en la dimensión de la interactividad, “inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de

<sup>3</sup> Sobre tales vicisitudes, cfr. FERRÚA, P., *Oralità del giudizio e lecture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, ps. 1-66.

<sup>4</sup> Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero Bandrés, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª ed., 2001, ps. 566-567.

<sup>5</sup> BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio Florit, t. I, Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 140.

<sup>6</sup> Ídem, p. 142.

<sup>7</sup> Se habla también de intermediación en sentido temporal, para referirse a la necesidad de que concurra una relación de proximidad cronológica entre los distintos momentos de adquisición de la prueba y entre ésta y la emisión de la sentencia (cfr. PASTOR, D. R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 53). En este sentido la intermediación sería una de las dimensiones –la temporal– del principio de concentración. La otra es la espacial, en la que, con palabras de FOSCHINI, se realiza el “principio de localización” (*Sistema del diritto processuale penale*, t. II, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 1968, p. 376).

cambiarse oralmente sus comunicaciones”<sup>8</sup>. Aunque es en el carácter de la relación del juez con las fuentes de prueba donde los autores harán mayor hincapié. Frente al proceso penal del antiguo régimen, en el que el enjuiciamiento se efectuaba sobre un material que el tribunal recibía por escrito y, por tanto, ya elaborado en otra sede (muerto, al decir de PAGANO), se afirma ahora la superioridad del juicio presencial, en tiempo real, que, en expresivos términos del mismo autor, ofrece la ventaja de que “en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir, y tantas otras pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas”<sup>9</sup>. Por tanto, inmediatez como “observación inmediata” (FLORIÁN<sup>10</sup>); como forma de “acortar las distancias” (CARNELUTTI)<sup>11</sup>; o de “integral y directa percepción por parte del juez de la prueba” (SILVA MELERO<sup>12</sup>).

## II. Uso de la inmediatez

En la perspectiva apuntada, lo esencial del juicio se cifra en la relación directa del juez con las fuentes personales de prueba, que en la experiencia del proceso criminal son muchas veces las únicas y, en general, las de mayor rendimiento<sup>13</sup>. Y, además, vigente el principio de la libre convicción, no existiría otro *modus operandi* posible, puesto que el juzgador debe formar criterio con materiales *de primera mano*, en virtud de una apreciación personalísima. Es por lo que se ha dado por descontado que,

<sup>8</sup> CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, t. I, Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 330. Así también M. MASSA: “Oralidad significa inmediatez, es la inmediatez de la relación entre el juez y los testigos, en el sentido ‘espacial’ de la expresión” (*Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 278). MAIER dice: “presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales” (*Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, p. 585).

<sup>9</sup> PAGANO, F., *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1749, p. 106. También para BENTHAM, el objeto de conocimiento que propicia la inmediatez está en esos “caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisonomía, con el tono de voz, con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe...” (*Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 192). Como haciéndose eco de PAGANO, CHIOVENDA entiende que “el juez debe conocer de las actividades procesales (...) no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida” (*Principios de derecho procesal civil*, trad. de J. Casáis y Santaló, t. I, Reus, Madrid, 1925, p. 133).

<sup>10</sup> FLORIÁN, E., *De las pruebas penales. De la prueba en general*, trad. de J. Guerrero, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1982, p. 188.

<sup>11</sup> CARNELUTTI, F., *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, p. 173.

<sup>12</sup> SILVA MELERO, V., *Las pruebas en el proceso penal*, t. I, en “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1963, p. 28.

<sup>13</sup> “Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia” (BENTHAM, *Tratado*, t. II, cit., p. 83).

a partir de tales presupuestos, “no cab[rá] más de una instancia, porque el juicio no puede repetirse dos veces”<sup>14</sup>.

Ahora bien, ocurre que la manera de entender la práctica de la intermediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción<sup>15</sup>. En efecto, entendido éste como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos sólo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento y la justificación de los resultados<sup>16</sup>.

La consecuencia es que –conforme a ese punto de vista– “lo visto y oído”<sup>17</sup> por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos en lo esencial) verbalizable y justifi-

<sup>14</sup> Exposición de motivos de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870.

<sup>15</sup> Sobre el particular, cfr. NOBILL, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, ps. 50-55.

<sup>16</sup> Un buen exponente de este punto de vista se halla en la sentencia 2039/2001, de 6 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que se afirma: “esta sala carece de la posibilidad de modificar una decisión sobre los hechos *fundada en la impresión* obtenida por el tribunal de instancia directamente de las declaraciones prestadas en el plenario” (destacado agregado). Donde, “impresión”, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, es “efecto o sensación que algo o alguien causa en el ánimo, opinión producida por dicha sensación”.

<sup>17</sup> El argumento de que no resulta posible abordar críticamente la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de instancia, porque el que conoce en vía de recurso “no ha oído con sus oídos ni visto con sus ojos la prueba testifical” es recurrente en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (así, sentencias de 13 de abril de 2002, y de 12 de noviembre de 1991). También, expresivamente, la de 2 de marzo de 2001, en la que se lee: “Cuando el tribunal de instancia afirma que el testimonio del perjudicado es claro, es preciso y es contundente y que no ha apreciado móviles espurios ni elementos que pongan en duda su credibilidad, lo hace desde la percepción sensorial en la práctica de la prueba, atento a lo que el testigo ha dicho, la seguridad transmitida en su deposición, las reacciones que esa declaración ha producido en cuantos intervienen en el enjuiciamiento, etc., es decir, el contenido propio de la intermediación de la que esta sala carece”. También resulta expresiva al respecto la sentencia del mismo tribunal, de 24 de mayo de 1996: “La oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo la intermediación representan las ventajas del proceso celebrado a presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después otros ojos y oídos no percibirán. Se trata de valorar en la vista los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquéllos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones”.

cable<sup>18</sup>, sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en idéntico plano de proximidad, de la misma singular experiencia. Ni siquiera en el caso de una registración literal del interrogatorio, que nunca podría extenderse a aspectos gestuales de la comunicación –como los aludidos por PAGANO y BENTHAM en los textos citados– de los que el juez o el tribunal habría sido espectador privilegiado y exclusivo.

Así las cosas, la intermediación, rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de ésta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho. Este imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la instrucción.

Ahora bien, tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación. En efecto, el contenido de diligencias de la instrucción llevado al juicio mediante lectura, suele recibir en la jurisprudencia el tratamiento de material susceptible de rehabilitación como *prueba*, que se dice efectivamente *obtenido* en forma contradictoria, sólo porque las partes hayan podido pronunciarse sobre él. Por tanto, mediante una ficción insostenible, que consiste en pasar por alto el dato de la imposibilidad objetiva de confrontación de las partes y el juez con/sobre las fuentes de producción de los datos. Semejante expediente, reservado por la ley para las situaciones realmente excepcionales –por razón de imposibilidad material sobrevenida de traslado de aquéllas al juicio–, ha sido administrado con extraordinaria generosidad, hasta el punto de llegar a proyectarse incluso sobre el atestado policial, por el trámite de la ritual ratificación en la vista de sus redactores. Buen ejemplo de las seudotestificales *per relationem*, consistentes en una monosilábica confirmación, de que habla CORDERO<sup>19</sup>. O de “la farsa de la ‘confirmación’ de la declaración ya producida, que muchísimas veces es la confirmación de la confirmación hecha en la fase de instrucción, de las declaraciones realizadas en comisaría”, a que muy plásticamente se refiere MASSA<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> “La convicción que, a través de la intermediación, forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación” (Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 12 de febrero de 1993).

<sup>19</sup> CORDERO, F., *Scrittura e oralità*, en *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 213.

<sup>20</sup> MASSA, *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., p. 296.

Lo que acaba de apuntarse pone claramente de relieve el curioso uso diferencial del principio considerado, según el marco de aplicación. Pues, en efecto, mientras en el caso de los tribunales de segunda instancia, la falta de inmediación impediría un juicio sobre el juicio previamente realizado<sup>21</sup>; en el supuesto de la incorporación de materiales instructorios e incluso policiales al juicio oral, el hecho de haber sido elaborados unilateralmente por terceros y en otro ámbito, no impediría –según cierta jurisprudencia– una apreciación *inmediata* y genuina por parte del juzgador<sup>22</sup>. Como tampoco cuando se atribuye auténtico valor probatorio a precedentes declaraciones sumariales, utilizadas para contrastar afirmaciones de imputados y testigos en la vista oral, a tenor de una interpretación habitual del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Este criterio se ha llevado al límite en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que tiene su primera expresión en la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, con continuidad en otras varias del mismo tenor. La doctrina sentada es que los principios de inmediación y contradicción representan un obstáculo insalvable para una nueva valoración de las pruebas de carácter personal realizado por el juzgador de instancia, por parte de otro tribunal que conozca en vía de recurso. Para que éste pudiera operar con plenitud de jurisdicción tendría que valorar por sí mismo aquellas pruebas, que, por tanto, deberían (re)producirse de nuevo directamente ante él.

<sup>22</sup> Es el caso de alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como la sentencia de 27 de marzo de 2002, en la que se lee: "... la declaración policial del coimputado se ha incorporado al juicio oral a través de las declaraciones testificales de los funcionarios ante quienes se prestó, sometiéndose a la debida contradicción en el juicio, en cuyo caso ya puede ser valorada como prueba de cargo por el tribunal sentenciador. La sala *a quo* ha dispuesto en directo de dichas declaraciones testificales de los agentes que valora con inmediación...". Obsérvese que la contradicción y la inmediación se predicán aquí –nada menos que– de la declaración del testigo-policía-instructor del atestado, que lo es, además, de referencia y de las manifestaciones inculpatorias de un coimputado que guardó silencio en el juzgado y en el juicio. Lo que no fue obstáculo para entender que la correspondiente prueba de cargo –con aquél como supuesta fuente– había sido percibida por la sala de forma *inmediata* y *contradictoria*. Un criterio distinto es el mantenido en las sentencias del mismo tribunal de nº 577/2002, de 3 de abril y 1940/2002, de 21 de noviembre.

<sup>23</sup> En la interpretación habitual de este precepto por nuestra jurisprudencia, se reconoce al tribunal la facultad de *optar* entre las manifestaciones del testigo o del imputado producidas durante la fase de investigación y las del juicio. Al obrar así se pierde de vista que, como ha escrito FERRÚA, en casos como los del precepto citado, la declaración sumarial es "un medio que *sirve* al contradictorio, en cuanto constriñe al examinado a dar cuenta del cambio en la versión de los hechos (...) pero no ha sido *formada* en contradictorio". Por lo que "ninguna acrobacia lógica logrará nunca acreditar como prueba 'formada en contradictorio' una declaración recibida unilateralmente (...) Mientras no actúe la regla del contradictorio en la formación de la prueba, la puesta de manifiesto de una declaración sumarial vale lo que vale una pregunta, es decir, sirve para estimular una respuesta; y no se puede pensar en usar como prueba una pregunta" (*La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, en Kostoris, R. (ed.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 12). Al respecto, puede verse CORDERO, *Scrittura oralià*, cit., p. 212.

### III. ¿Qué es y qué permite la intermediación?

Como ha escrito IACOVIELLO, “la oralidad-inmediación es una *técnica* de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”<sup>24</sup>. Por tanto, y respondiendo a alguna de las preguntas formuladas al comienzo, tiene un valor instrumental y, en tal calidad de medio (al servicio de otros medios), puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, y es, precisamente, de la calidad del uso, de la que depende la calidad de la garantía<sup>25</sup>.

En efecto, la intermediación, la relación de proximidad témporo-espacial, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción *íntima –extrasensorial* casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones– de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la intermediación se convierte en una suerte de *blindaje* del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar *garantía* de irracionalidad del enjuiciamiento<sup>26</sup>.

No existe duda de que, como señala FERRÚA, “una de las principales ventajas del testimonio ‘oral’ es que agiliza el control del juez sobre la veracidad de las declaraciones; baste pensar en la posibilidad de contestar inmediatamente a cada antinomia o ambigüedad contenida en la deposición y, sobre todo, de observar la actitud (timbre de voz, expresión del rostro, etc.) del testigo durante el examen”<sup>27</sup>. Y tampoco es cuestionable que las partes del juicio están en las mejores condiciones “para encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para

<sup>24</sup> IACOVIELLO, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 151.

<sup>25</sup> A esta posibilidad me he referido en *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, de “Doxa”, nº 12, 1992, p. 297, ahora en esta misma obra.

<sup>26</sup> De “‘estado anímico de certeza’, como factor psicológico escondido en lo más profundo de la mente humana [que] ha de obtenerse en juicio de valor”, habla la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 1991, para referirse a la naturaleza de la convicción judicial en materia de hechos; por lo que no tiene nada de particular que en la de 24 de mayo de 1996 se llame a los jueces “dueños de la valoración”.

<sup>27</sup> FERRÚA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 287.

poner en claro olvidos e inexactitudes del testigo" (CAPPELLETTI)<sup>28</sup>, pues en definitiva, "de la discusión [del interrogatorio cruzado, en este caso] sale la luz"<sup>29</sup>.

Ahora bien, en ese contexto, una cosa es la objetiva productividad de la confrontación y del diálogo directo y descarnado, con traducción discursiva en expresiones y argumentos articulados con propósito de justificación, de explicación, de rectificación, de evasión o de excusa, susceptible de registrarse fielmente por escrito y, con ello, también de un examen diferido, que permita reconsiderar eventuales conclusiones apresuradas fruto de la percepción original inmediata. Y otra cosa la *lectura* del lenguaje gestual, de la actitud del que declara en el momento en que lo hace, conformada por rasgos esencialmente ambiguos, de imprecisa significación y, por ello, abiertos a todas las interpretaciones en cualquiera de las claves posibles. Pues, la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esa clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, t. I, Milano, 1962 (reed. 1972), p. 15, citado en FERRÚA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 288.

<sup>29</sup> Lo expresó bien plásticamente PAGANO, E.: "La verdad es como la luz, que brota de la colisión de dos cuerpos, al ser golpeados uno con otro" (*Logica de' probabili applicata a' giudizi criminali*, Agnello Nobile, libraio stampatore, Milano, 1806, p. 29).

<sup>30</sup> Siguiendo a WATZLAWICK, BIRKENBIHL distingue en la comunicación humana las señales "analógicas" (un gesto, un grito) de las "digitales", las verbales, que son "simbólicas, abstractas y a menudo 'complicadas'". "Las señales analógicas del plano de la relación acompañan *siempre* a las palabras que el sujeto pronuncia y proporcionan *siempre* informaciones suplementarias respecto al sentido que él 'pretendía' darles". Y –continúa– como indica el mismo autor antes citado, "señales como 'las lágrimas', 'la sonrisa' o 'apretar los puños' no se pueden hacer coincidir invariablemente con 'dolor', 'alegría' o 'agresividad/hostilidad', porque se pueden también verter lágrimas de alegría, se puede sonreír con presunción o en una situación embarazosa, y la acción de apretar los puños puede indicar un esfuerzo de autodisciplina, precisamente, para evitar un enfrentamiento. Y lo mismo vale para el silencio. Se puede callar porque se reflexiona, porque no se quiere dar una información, porque se espera que hable el otro, porque se quiere subrayar las palabras que se va a pronunciar o por inseguridad. ¡Es así de fácil malinterpretar las señales del lenguaje corporal! Por eso no debe extrañar que tantos individuos inhibidos y tímidos sean tenidos por arrogantes. Una persona experta puede llegar a saber si ha entendido correctamente las señales del lenguaje corporal. Pero sin una verificación pueden cometerse errores graves, por ejemplo, interpretando como 'negativa' una señal sólo porque en ese momento seamos *nosotros* los embargados por *un estado de ánimo negativo*. Incluso habiendo interpretado 'correctamente' al cien por cien determinadas señales, si no se efectúa un control pueden producirse errores estratégicos inauditos" (*Segnali del corpo. Come interpretare el linguaggio corporeo*, trad. italiana de M. E. Tonin Gogana, Franco Angeli, Milano, ps. 17, 22 y 23).

Con lo que resulta que elementos de indudable valor heurístico para el que interroga o el contradictor en la orientación del curso del interrogatorio o del debate<sup>31</sup>, pueden ser un importante y peligroso factor de inducción al error, y más si el juez pierde de vista los riesgos implícitos en observaciones de esa naturaleza, sobre todo cuando el observador (él, en este caso) no es un experto en la materia<sup>32</sup>. Salvo que se considere que las máximas de sentido común de empleo habitual en la experiencia corriente de las relaciones pueden ser usadas como pautas seguras en la valoración del testimonio<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Es aquí donde la observación de las actitudes de imputados y testigos puede ser más fructífera y sin particulares riesgos, es decir, en la conducción del interrogatorio, mediante la insistencia en una determinada línea, la solicitud de explicaciones sobre aquello en cuya exposición se ha advertido una vacilación, una respuesta evasiva, etc., lo que sin duda enriquecerá el discurso del interrogado con datos y referencias que, fielmente recogidos, permitirán un posterior análisis y la contrastación de la información así obtenida con la de otra procedencia, dentro del mismo cuadro probatorio.

<sup>32</sup> Un buen ejemplo de la falta de esa conciencia necesaria puede verse en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 813/1993, de 7 de abril, en la que se lee: “El ánimo homicida, o *animus necandi*, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para conocer el cual (...) los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis”. Adviértase, aparte de la aparatosa confusión conceptual apreciable en el uso de categorías como “juicios de valor” o deducción, el arriesgado desplazamiento de la valoración judicial a un terreno en el que el juez, es obvio, carece de competencia técnica, por lo que la pretensión de legitimidad para moverse en él con autoridad sólo puede producir el efecto, peligrosísimo, de convertirle en un *oráculo*, sin conciencia de serlo.

De forma menos exuberante, pero igualmente expresiva de una actitud judicial de extraordinario riesgo, una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de octubre de 1999, reza: “Muchas veces se ha dicho y ahora hay que repetirlo, que la presencia del testigo o acusado en el juicio oral aporta, no sólo una declaración, coincidente o no con las verdades anteriormente, sino también unos signos –forma de decir lo que expresa, los silencios, las miradas, los gestos, que son manifestaciones elocuentes de unos sentimientos que a veces no se saben o no se quieren expresar con claridad, por piedad, por miedo, por vergüenza, etc.– y éstos son aspectos muy importantes de la función judicial, en la que ha de hacerse un gran esfuerzo intelectual por descubrir, conforme a las reglas científicas de la psicología del testimonio y a los criterios de experiencia, la realidad”.

Un último exponente de la confusión que reina en nuestra cultura de la valoración de los aspectos internos de la conducta, puede verse en la siguiente cita de un informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo, emitido en el 2002: “No sólo no es necesario que en los ‘hechos probados’ el tribunal haga constar los elementos subjetivos de los delitos, sino que su lugar adecuado es la fundamentación jurídica porque en tanto que pertenecen a la psique, ni son ‘hechos’ ni pueden ser probados”. Es por lo que “la presunción de inocencia no afecta a los elementos subjetivos de los tipos penales, cuya existencia no puede ser probada, sino sólo ‘inferida’...”. En realidad, este desafortunado modo de discurrir es mero eco de un punto de vista recurrente en nuestra jurisprudencia de casación.

<sup>33</sup> Como parece desprenderse de los términos de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996: “Se trata de valorar en la vista los gestos, las acti-

En esta materia sorprende comprobar hasta qué punto la cultura imperante en medios jurisdiccionales diverge de los criterios que prevalecen entre los especialistas en psicología del testimonio<sup>34</sup>. El testigo, pasa, entre jueces y fiscales, por un medio diáfano de obtención de conocimiento sobre hechos, del que cualquier profesional del ramo está en condiciones de servirse con eficacia a base sólo de buen sentido y de una intención limpia. Ello, unido a que el carácter personalísimo e intransferible de la percepción y apreciación del contenido de tal clase de declaraciones –se dice– veda el control externo, y también a que se da por cierto que las decisiones con este exclusivo fundamento tienen poco o nada que motivar<sup>35</sup>, lleva, al fin, a la consagración de un subjetivismo infiscalizable que se traduce en puro decisionismo.

Por lo cierto es que no sólo la apreciación o valoración de los datos fácticos resultantes de declaraciones, sino, incluso, la propia percepción de éstos, es un tipo de experiencia extraordinariamente abierto a la imprecisión y al error, en contra de lo que suele pensarse<sup>36</sup>.

---

tudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquéllos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones”.

<sup>34</sup> Una aproximación útil a las aportaciones de esta disciplina puede encontrarse en MIRA, J. J. y DIGES, M., *Procesos intervinientes en la evidencia de testigos*, en F. JIMÉNEZ BURILLO y M. CLEMENTE (eds.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza, 1986, ps. 159 y siguientes.

<sup>35</sup> “Tratándose de pruebas directas, basta con su indicación, sin que sea preciso, en principio, ningún especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando de pruebas indirectas se trata” (Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 25 de abril de 1996).

<sup>36</sup> Me parece útil al respecto dejar aquí constancia de un supuesto emblemático de lo que se dice. Aludo al famoso encuentro de POPPER y WITTGENSTEIN, producido en el King's College, de Cambridge, el 25 de octubre de 1946, con ocasión de la conferencia organizada por la Sociedad de Ciencias Morales de la Universidad. POPPER, como conferenciante, sostenía la existencia de verdaderos problemas filosóficos. WITTGENSTEIN –que tenía en la mano el atizador de la chimenea, encendida– negaba que fueran tales problemas y no enredos o meras cuestiones de lenguaje por aclarar. Pues bien, el estado y el uso de ese instrumento por el filósofo, en el calor de la discusión (si estaba o no al rojo, si gesticulaba con él, alzándolo amenazadoramente, o lo empleaba para recalcar sus palabras, jugueteando, si, al concluir su intervención, salió de la estancia de forma brusca o sosegada...), son cuestiones sobre las que no ha sido posible hacer la luz, a partir de las versiones de lo sucedido ofrecidas por los presentes, entre los que se encontraban observadores tan cualificados como RUSSELL o TOULMIN, por poner sólo dos ejemplos. Es lo que hace decir a J. EDMONDS y a J. A. EDINOW: “Resultaba fascinante e irónico que los testimonios contradictorios entre sí, procedieran de personas que por profesión se ocupaban de teorías epistemológicas, acerca de las bases de conocimiento, de cómo se comprenden las cosas y de qué es la verdad. Con todo, se trataba del desarrollo de unos sucesos sobre los que los testigos presenciales se mostraban en desacuerdo respecto a cuestiones cruciales relativas a los hechos en sí, no a su interpretación” (*El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta*, trad. de M. Morrás, Península, Barcelona, 2001, p. 15).

Como señalan los autores que acabo de citar, conviene insistir, el problema está ya en la captación de los datos fácticos, esto es, antes aun de entrar en las cuestiones de valoración, en la medida en que cabe diferenciar ambos planos. Pues, mientras la literatura jurisprudencial, en el caso de las pruebas personales, habla de la percepción como un fenómeno lineal, que se produce casi *por contacto*, como efecto mecánico de la intermediación<sup>37</sup>, los expertos en psicología del testimonio presentan un universo problemático donde se encuentren, invirtiendo realmente el planteamiento. Así, STERN, uno de los primeros estudiosos de la materia, ya a primeros del siglo pasado, escribía que “el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla”<sup>38</sup>. Y si esto puede predicarse, en general, de cualquier espectador, como demuestra muy bien *el caso del atizador*, con mayor razón en lo que nos ocupa, pues, como escribiera GORPHE, “los testigos se hallan siempre en una condición negativa desfavorable, muy distinta de la de un observador”<sup>39</sup>. En efecto, quien presencia un hecho delictivo, más cuando consiste en una grave agresión, y, más aún, si se ve forzado a hacerlo desde la posición de víctima, por razón de la implicación emocional en el suceso<sup>40</sup>, que puede ser extrema, estará normalmente en la peor de las situaciones para crear respecto de él la distancia que le permitiría registrar con la objetividad necesaria las particularidades de la acción y de su autor<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Así, en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1423/2002, de 24 de julio: “... la intermediación *a través de la cual* el tribunal de instancia forma su convicción” (destacado agregado).

<sup>38</sup> STERN, W., *Zur Psychologie der Aussage*, Berlín, 1902, citado por L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, p. 36.

<sup>39</sup> GORPHE, *Apreciación judicial*, cit., p. 294.

<sup>40</sup> “Se sabe desde hace tiempo que las emociones pueden influenciar el ‘aspecto de las cosas’” (DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 59). “La lógica respuesta de ansiedad producida en un observador no habituado a la exposición a estímulos de esa naturaleza, suele inhabilitar a un alto porcentaje de testigos a la hora de efectuar una recuperación de esa información. Parece hoy bien probado que las situaciones de alta ansiedad inhabilitan al perceptor para efectuar una codificación precisa de la información y, consecuentemente, para dar cuenta con exactitud de ella posteriormente. Todo parece indicar que la fuerte activación fisiológica en que consiste la respuesta de alerta provocada por las escenas en cuestión se acompaña de alteraciones sensoriales muy notables. Habrá pues que considerar muy cuidadosamente los testimonios y/o identificaciones efectuadas por testigos cuya codificación se haya producido en situaciones de alto potencial ansiógeno” (SOBRAL FERNÁNDEZ, J., *La toma de decisiones judiciales: el impacto de los testimonios*, en STANGELAND, P. (ed.), *La criminología aplicada*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 338).

<sup>41</sup> “Es claro que el carácter súbito del suceso, el estado de estrés, el flujo caótico de las circunstancias que acompañan a la ejecución de un crimen, son factores que condicionan negativamente las capacidades perceptivas del observador” (DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 57).

Dice DE CATALDO NEUBURGER: “el recuerdo del hecho puro y simple no existe; un evento, por haber sido percibido resulta automáticamente alterado por el ‘valor añadido’ que le impone el perceptor”<sup>42</sup>. También parece acreditado que los repetidos intentos de recuperación del suceso, cuando se llevan a cabo en distintos momentos, separados por lapsos de tiempo relativamente largos, contribuyen a ejercer un efecto distorsionador de los contenidos mnésicos originales; que se verá acentuado cuando, además, se reciba información externa sobre el asunto, como sucede en los interrogatorios, en los que las preguntas suelen ir cargadas de sugerencias implícitas<sup>43</sup>. De lo que resulta que en el caso del testimonio judicial, si la posición inicial del observador no ayuda nada a la calidad de la observación, el procedimiento de introducción, examen y valoración de su resultado en la causa, lo hace todavía menos.

Por otra parte, la incidencia de los aludidos factores negativos aparece potenciada en el caso de los reconocimientos de personas, en los que “el error es muy fácil” (GORPHE)<sup>44</sup>, y además, la posibilidad de incurrir en él puede resultar agravada por el uso de fotografías<sup>45</sup>. En particular,

<sup>42</sup> Ídem, p. 35. También SOBREAL FERNÁNDEZ hace hincapié en “la naturaleza esquemática y reconstructiva de la memoria” y en “la inadecuación de la metáfora de la cámara fotográfica” (p. 337).

<sup>43</sup> DIGES, M., *Los falsos recuerdos, sugestión y memoria*, Paidós, Barcelona, 1997, ps. 32 y 45. También SOBREAL FERNÁNDEZ señala como el habitual sometimiento a una sucesión de interrogatorios, en el curso de la tramitación de una causa, puede inducir inconsistencias relevantes en los testimonios (*La toma de decisiones judiciales*, cit., p. 343).

<sup>44</sup> GORPHE, F., *La crítica del testimonio*, trad. de M. Ruiz Funes, Reus, Madrid, 1933, p. 229. Señala este autor que el fenómeno tiene algo de “esencialmente afectivo”, que responde a cierta tendencia referir los datos objeto de percepción a algo “ya conocido” (ídem, ps. 229-230). A esta circunstancia deben añadirse las de carácter ambiental (ídem, ps. 232-233), ya aludidas, determinadas generalmente por el hecho de que los que cometen acciones delictivas buscan deliberadamente escenarios que hagan difícil la observación.

A su vez, DE CATALDO NEUBURGER escribió: “el acto de reconocimiento es más aleatorio y falible que el testifical”, pues el que reconoce “en el momento culminante trabaja sobre materia alógica, en el cortocircuito de sensaciones racionalmente inexplorables”. Así, “puede resultar conocido un rostro quizá observado en situaciones diversas de aquélla por la que se procede y que induce al reconocimiento por el sentido de familiaridad que comunica. Además, las puras impresiones vivas duran menos que la memoria históricamente elaborada: recordamos los acontecimientos cuando ya se ha desvanecido la memoria de los rostros”. En fin, la autora llama la atención sobre el hecho de que “la investigación psicológica ha demostrado, desde los primeros años del pasado siglo, el alto porcentaje de falsos reconocimientos que se dan en este tipo de experimento” (*Esame e controesame nel processo penale*, cit., ps. 310-311).

<sup>45</sup> “La presentación de la fotografía ante la persona es, por sí misma, una fuente de error, de la que nadie, hasta ahora, parece haberse dado cuenta. Cuando el recuerdo de la persona es ligero, y la impresión afectiva y global no se ha precisado en una imagen clara y

habrá que decir, cuando éste se hace sin especial cuidado o incluso, lo que no es infrecuente en medios policiales, buscando más que la objetividad en la determinación de la identidad la confirmación rutinaria de la primera sospecha<sup>46</sup>.

Por último, vale la pena señalar que, en contra de lo que circula como tópico profundamente instalado en el sentido común de los profesionales de la jurisdicción, “el descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso únicamente a la clave verbal de la comunicación, es decir, cuando se prescinde de la clave visual”<sup>47</sup>. Lo que obliga a poner seriamente en cuestión el punto de vista tópico sobre la inmediatez.

### III. Riesgos en la valoración del testimonio

La testifical acostumbra a ser presentada, tópicamente, entre nosotros, y de manera hartamente impropia, como el paradigma de la prueba *directa*<sup>48</sup>, tomando este adjetivo en el sentido del primer CARNELUTTI, que lo

---

concreta, este recuerdo puede fijarse en la imagen proporcionada por una fotografía que pueda relacionarse con él, pero que tal vez no sea verdadera. Una vez fijado, por así decir cristalizado, dará al testigo la precisión y la estabilidad mnésica que buscaba, y cuando, después de la fotografía, se le presente la persona misma, la reconocerá según la fotografía más que según su verdadero recuerdo: se afirmará en su certeza subjetiva, verdadera o falsa, y no abandonará ya su presa. Esto ocurre frecuentemente” (GORPHE, *La crítica del testimonio*, cit., p. 237). Informa SOBRAL FERNÁNDEZ que “una revisión de 291 estudios publicados acerca de la capacidad de amplias muestras de sujetos para identificar correctamente rostros que previamente les habían sido presentados (bien en escenarios naturales, bien en fotografías, bien en proyecciones fílmicas) arrojó el resultado de porcentajes de identificaciones correctas que oscilaron entre el mínimo del 34,3% y el máximo del 44,2%” (*La toma de decisiones judiciales*, cit., p. 337). También M. L. ALONSO QUECUTY ha hecho hincapié en el riesgo de transferencia inconsciente que produce la exhibición de fotografías (*Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal*, en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (ed.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 420).

<sup>46</sup> Resulta ilustrativo al respecto el tipo de impresos de uso en la Unidad Orgánica de Policía Judicial, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, en los que, refiriéndose al sujeto de la diligencia, se lee: “... el cual a la vista de las mismas reconoce sin género de dudas al/los individuo/s numerado/s con el que se adjunta en folio aparte...”.

<sup>47</sup> DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame*, cit., p. 13. Al respecto, señala ALONSO QUECUTY, “hoy se admite que el juicio de credibilidad del testimonio de un jurado es más eficaz si en lugar de ver y oír al testigo, sólo escuchan la grabación de su declaración. Últimamente se ha llegado a proponer la conveniencia de presentar a los jurados sólo las transcripciones de las declaraciones, como situación idónea para detectar si lo que un testigo declara es cierto o no” (*Creencias erróneas*, cit. p. 431).

<sup>48</sup> “El tribunal *ha percibido directamente el contenido* de cuanto expresa el testigo, esto es, los hechos que vio personalmente” (sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1423/2002, de 24 de julio, destacado agregado).

refería a aquellos casos en los que “cae bajo la vista de un juez el mismo hecho a probar”<sup>49</sup>; a partir de “la idea de que cuando el testigo le cuenta al juez no hay otra cosa sino creerlo o no creerlo, mientras que cuando se vale de indicios él llega al hecho a probar a través de un razonamiento más o menos complicado”<sup>50</sup>.

El criterio que, como explica TARUFFO, “pone especialmente el acento en la *percepción* del juez en relación con el hecho a probar (...) es poco atendible porque no es verdad que el juez tenga la ‘percepción directa’ del hecho a probar escuchando una declaración testifical”<sup>51</sup>. En efecto, lo que el juez percibe directamente es la deposición testifical acerca de que los hechos han ocurrido de una determinada forma. Y a partir de este discurso, que, obviamente, debe ser interpretado y valorado críticamente –tanto desde el punto de vista de la credibilidad que pueda merecer el emisor como de la calidad informativa de su contenido– y situado en el contexto de los demás elementos de juicio, debe llegar a un cierto referente fáctico, lo que sólo puede hacerse a través de un juego de inferencias, fundado en máximas de experiencia, que puede ser ciertamente complejo. Es por lo que el tratamiento de este medio de prueba requiere dos *enjuiciamientos*. Uno acerca de la credibilidad del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro, relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su adherencia a la realidad empírica<sup>52</sup>. Por lo que se refiere a esta segunda vertiente del asunto, es claro que impone el examen los elementos probatorios así obtenidos en el contexto de los procedentes de

<sup>49</sup> CARNELUTTI, F., *Lezioni sul processo penale*, t. I, Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1946, p. 210 (versión española, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1950).

<sup>50</sup> CARNELUTTI, F., *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, 1971, ps. 145-146.

<sup>51</sup> TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, p. 454.

<sup>52</sup> Cfr. al respecto CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, cit., p. 307. Asimismo LOMBARDO, L., *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 434. En la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo suele aludirse a la existencia de dos planos de valoración, uno primero “dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación”, y, por tanto, no susceptible de control por quien no haya presenciado la prueba; y otro, del que se afirma que sólo “es necesario en ocasiones”, ya no fundado “directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior...” (sentencia 2047/2002, de 10 de diciembre). Cuando lo cierto es que *los dos juicios* son siempre necesarios y se hallan estrechamente interimplicados. Y (como el segundo) el primero tiene carácter inferencial y se produce mediante la aplicación de máximas de experiencia a la información probatoria de contenido empírico, recibida. Por lo que debe ser *rescatado* del oscuro reino de *lo intuitivo* y hacerse consciente, explícito, justificado y revisable.

otras fuentes de prueba, para llegar a la conclusión que su concordancia o falta de concordancia sugiera.

Ahora bien, en lo relativo a la valoración de la credibilidad del testigo suele operarse con el tópico de que la materia pertenece básicamente al campo de la intuición; es función de un *sexto sentido*, que permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual que el juez percibe desde la privilegiada posición que la inmediatez propicia y que, por ello, sólo él podría apreciar.

Ocurre, sin embargo, que el modo de obtener información de uso en tales estimaciones no presenta ninguna particularidad estructural que le haga esencialmente diferente del seguido en la segunda de las vertientes de la valoración del testimonio, como en la de las demás pruebas. Los elementos integrantes de la puesta en escena adoptada por el testigo (la palidez, el rubor, la seguridad o las dudas y tantos otros) son *procesados* de la misma manera que cualesquiera otros datos tomados de la realidad empírica. Esto es, tratados conforme a máximas de experiencia a las que se atribuye aptitud para asociar deductivamente a aquéllos alguna conclusión. La única diferencia es que al proceder así en este campo –sobre todo si falta conciencia clara del método y se piensa que la cuestión es más bien *de olfato*– se opera del mismo modo que en el curso habitual de la vida de relación, cuando se forma criterio sobre las personas. Esto es, mediante juicios implícitos, lo que GORPHE llama “síntesis automáticas”<sup>53</sup>; en las que, según el mismo autor, lo realmente producido es una “*inferencia inconsciente*”<sup>54</sup>, a partir de premisas que no se objetivan como tales, de manera que lo concluido se considera una suerte de percepción *directa*, a través de *impresiones*.

Nada más fácil que advertir la presencia de estos hábitos mentales en la cultura jurisprudencial al uso en tema de valoración del testimonio. Que es lo que explica la marcada propensión a confinar el asunto en el terreno de lo inefable, de lo inexpresable con palabras; a excluirlo, por tanto, del ámbito de lo justificable, de lo susceptible de motivación; y, en fin, da razón de la pretensión de cerrar el paso a la crítica externa en este campo<sup>55</sup>.

Hay un tipo de supuestos en los que el *modus operandi* descrito se hace presente de la forma más visible y con un exuberante desarrollo de

<sup>53</sup> GORPHE, *Las resoluciones*, cit., p. 22.

<sup>54</sup> GORPHE, *Apreciación judicial*, cit., p. 135.

<sup>55</sup> Así, expresivamente en la sentencia 1626/2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando se dice de la testifical que es prueba “directa” por lo que no cabe “censurar la apreciación que de ella hizo el tribunal *a quo*, que es el único que puede realizarla en virtud del principio de inmediatez”.

todas sus implicaciones negativas. Me refiero a los casos de una única prueba, la de la víctima-testigo de cargo, que, tratándose de agresiones sexuales, dista mucho de ser un ejemplo *de libro* en la experiencia jurisdiccional<sup>56</sup>.

Cuando, lo que es frecuente, no hay otros datos que los aportados por la afirmación del o de la testigo y la negación del acusado, la *ratio decidendi* suele reducirse en la práctica a cuestión de mera credibilidad, en la clave esencialmente *intuitiva* a la que se ha hecho mención<sup>57</sup>. Con la particularidad de que a los riesgos de una testifical de esa naturaleza (por lo dicho acerca del entorno de la observación que suele concurrir en tales casos, y por la bien conocida alta incidencia del error en los reconocimientos de personas) se uniría, para reforzarlos, la vigencia del tópico, tan implantado, sobre el carácter particularmente *íntimo* de la decisión en la materia, que la haría prácticamente inmotivada y, por ello, también, prácticamente irrecurrible.

A las inquietantes particularidades de este tipo de supuestos se suma otra, asimismo frecuente en la jurisprudencia al respecto. Y es que en las sentencias es recurrente una justificación de la legitimidad de la condena fundada en el *testis unus* que, aunque suele ir acompañada de una profesión de rechazo del paradigma de la prueba legal, implícitamente lo recupera en cierto modo. Es así cuando se argumenta diciendo que, de no reconocerse valor al testigo de cargo único, delitos tan odiosos como los de referencia transcurrirían en la impunidad<sup>58</sup>. *Excusatio* que tiene algo de

<sup>56</sup> Lo pone de manifiesto el detallado tratamiento de que hace objeto al asunto un autor como FRAMMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, trad. de S. Carrejo y J. Guerrero, t. II, Temis, Bogotá, 4ª ed., 1988, ps. 135 y siguientes.

<sup>57</sup> Lo expresa muy bien CORDERO: “cuando faltan elementos externos de corroboración, el resultado depende de factores emotivos” (*Guida alla procedura penale*, UTET, Torino, 1986, p. 323).

<sup>58</sup> Así en sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como las de 24 de enero y 11 de mayo de 1994, donde se dice que de no aceptarse esa atribución de valor incriminatorio al testimonio del testigo único quedaría impune un importante número de hechos delictivos, particularmente las agresiones a la libertad sexual y los robos con intimidación, llevados a cabo en parajes solitarios. En otras, como, por ejemplo, las de nº 2047/2002, de 10 de diciembre, y 1667/2002, de 16 de octubre, se afirma que la atribución de valor al testimonio de la víctima se hace “atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos (...) impide generalmente disponer de otras pruebas”. Verdad es que se sugieren ciertas pautas de apreciación: “ausencia de incredibilidad subjetiva”, “verosimilitud” y “persistencia en la incriminación”. Pero el problema es que estos lábiles indicadores suelen acogerse, con tendencial automatismo, como *garantía legal* de calidad del testimonio; es decir, *como si* bastasen por sí mismos, cuando lo cierto es que su presencia sólo podría ser tomada como un mínimo para entrar en la valoración crítica del testimonio. Pues es obvio que quien mantiene en diferentes ocasiones una declaración verosímil, sin exteriorizar animosidad, puede muy bien equivocarse o incluso falsear conscientemente la rea-

rehabilitación del *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici transgredi*<sup>59</sup>, pues lo cierto es que la única razón compatible con el principio de presunción de inocencia que puede invocarse como fundamento de cualquier condena, para que sea legítima, es que la prueba ha llevado, con el necesario rigor, a través de un discurso racional y justificado, a la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

#### IV. La segunda instancia: necesidad y posibilidad

El modo habitual de abordar la cuestión *segunda instancia, sí o no*, en materia penal tiene que ver no tanto con el principio de la libre convicción en sí mismo considerado como con un determinado modo de entenderlo, al que ya he aludido en lo que antecede. Me refiero a la tendencia a ver la valoración de la prueba en conciencia como una suerte de momento sublime, de acceso *quasi*-místico al conocimiento sobre *los hechos*. Pues si la abolición de las reglas de la prueba legal significa que la valoración probatoria que el juez realiza discurre sólo merced a su *convicción íntima*, entendida como vacío de reglas<sup>60</sup>, es que no es racionalizable, ni justificable, ni, por supuesto, susceptible de motivación y, menos aún, de fiscalización por terceros. Aquí, procesalmente hablando, la única garantía estaría en la rectitud y la imparcialidad del juez, ejercidas en régimen de inmediatez. Con lo que, asegurada ésta como forma de relación, y presumida la primera y no cuestionada la segunda, la calidad del juicio quedaría garantizada. Y diríase que *iuris et de iure*. Con el resultado, según lo ya dicho, de convertir la inmediatez –el *visto y oído*– en supuesto *método* infalible de conocimiento y valoración de la prueba<sup>61</sup>.

---

idad. Una buena prueba de esa inclinación a rehabilitar el *testis unus* en la aludida clave de *prueba legal* está en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de marzo de 2002, en la que se lee: “Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo *le concede valor suficiente* para desvirtuar la presunción de inocencia...” (destacado agregado).

<sup>59</sup> “En los delitos más atroces bastan las más ligeras conjeturas, y es lícito al juez transgredir el derecho”. Axioma probatorio fuertemente cuestionado por BECCARIA, *De los delitos*, cit., p. 46. Al respecto, puede verse también FILANGIERI, G., *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, t. III, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, p. 99.

<sup>60</sup> “El principio de libre valoración de la prueba, con arreglo a conciencia, como ha declarado la jurisprudencia, supone una apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, formando su convicción en torno a los problemas fácticos y sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente...” (Tribunal Supremo, Sala Segunda, sentencia de 7 de mayo de 1993). Formulaciones del punto de vista que se cuestiona como ésta no son ahora frecuentes, pero muy otra cosa hay que decir del planteamiento cultural subyacente en materia de valoración de la prueba, como, por lo demás, resulta advertible a través de otras referencias contenidas en este trabajo.

<sup>61</sup> Al obrar así se olvida que, como ha escrito TARUFFO, “cualquier juez, puede decirse, es un ‘hombre medio’ o un ‘hombre común’ cuando decide discrecionalmente en torno

Así las cosas, es este modo de ver la inmediatez, que no la inmediatez misma *como medio*<sup>62</sup>, lo que resulta incompatible con el establecimiento de la segunda instancia, con plenitud de jurisdicción, en materia penal. Pues, si la convicción judicial entendida como *intime conviction* y la sentencia esencialmente inmotivada, que es su corolario, dejan paso a la valoración racional de la prueba, según las reglas del método hipotético-deductivo, motivada de forma que resulte intersubjetivamente cognoscible y cuestionable; y todo a partir de lo acontecido en un juicio documentado con la fidelidad que hace posible la técnica actual, el problemático asunto adquiere un perfil muy distinto.

La apuesta rigurosa por un enjuiciamiento de calidad reclama, incuestionablemente, tanto un juicio de primera instancia llevado a cabo –en lo relativo a la *quaestio facti*– según las reglas de método que hoy rigen la adquisición de conocimiento empírico, en lo (mucho) que tienen de transferible al campo del proceso<sup>63</sup>; como la previsión de una segunda instancia que pueda resolverse en el enjuiciamiento pleno del anterior juicio. Lo que implica la posibilidad de un juicio tanto sobre lo que fue objeto del primero como sobre este juicio mismo y sobre la sentencia que lo decidió (obviamente, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria).

En este punto es preciso desterrar una falacia: la de que el juicio de primera instancia sería realmente *repetible* por el procedimiento de reiterar la totalidad de las actuaciones ante otro tribunal. Cuando lo cierto es

---

a la atendibilidad de una prueba. Aunque pueda tener alguna experiencia profesional en este campo, es recurriendo al sentido común como funda las propias valoraciones” (*Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ahora en *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, ps. 229-230).

<sup>62</sup> Necesario, en el juicio de primera instancia, pero no *autosuficiente* en el sentido sugerido por el tópico de que *basta* el modo de relación que implica el principio para asegurar la calidad del resultado. Éste, como se ha expuesto, únicamente podría alcanzarse mediante un uso racional y prudente de las posibilidades de conocimiento, a sabiendas, también, de los riesgos que la inmediatez conlleva. Lo que implica romper con el tópico de que en el contacto que la misma permite se hace *autoevidente* el resultado genuino de los medios de prueba personales; y tomar conciencia de lo arriesgado de ciertos tópicos de *sentido común* en tema de valoración del *lenguaje corporal*.

<sup>63</sup> Cfr. al respecto FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., ps. 51 y ss.; TARUFFO, *La prueba*, cit., ps. 422 y ss.; UBERTIS, G., *la ricerca della verità giudiziale*, en UBERTIS(ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992; y del mismo autor, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino, 1995. La bibliografía española en la materia se ha beneficiado recientemente de aportaciones de especial interés, procedentes del campo de la filosofía del derecho: IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003; GONZÁLEZ LAGIER, D., *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 46, 2003.

que esas vicisitudes son realmente irrepetibles<sup>64</sup> en las condiciones en que se dieron, por el efecto gravemente condicionante que la primera experiencia procesal tendría en las representaciones y en las actitudes del imputado y de los testigos<sup>65</sup>, e incluso, en las del mismo juzgador, que nunca lo sería ya *de primera instancia*. Por eso, el dato base que hay que tomar en consideración no es que el juez o tribunal de segunda instancia vaya a carecer de contacto directo con las fuentes personales de prueba. Es que este contacto, en condiciones de cierta genuinidad, sólo está al alcance, y por una vez, de un primer juzgador, cuya decisión no puede quedar blindada, por esto sólo, a la fiscalización jurisdiccional.

Siendo así, y tomando como punto de partida de la segunda instancia una correcta y fiel documentación de lo acontecido en la primera y una sentencia motivada con el necesario rigor<sup>66</sup>, la falta de ese contacto original con una parte del material probatorio, no representaría un obstáculo insalvable para la racional valoración de su rendimiento por otro tribunal. Incluso permitiría –lo que es una ventaja– que ésta pudiera realizarse con el distanciamiento crítico preciso para detectar y subsanar eventuales desviaciones *intimistas* e irracionales de la apreciación probatoria. Por otro lado, es claro que el conocimiento por parte del juez de primera instancia de que su actuación podría ser eventualmente objeto de esta clase de control jurisdiccional, preactuaría sobre su conciencia profesional llevándole a extremar la racionalidad en la formación y la justificación de las decisiones. Evitándose con ello un riesgo sobreañadido, implícito en la cultura de la prueba objeto de examen. Que es el derivado de la tendencia a privilegiar –más allá de lo que objetivamente les corresponda en el caso– el papel de las fuentes personales de prueba, sólo por el hecho de que, en términos de decisión y, sobre todo de motivación, obrar así hace bastante *más fácil y más segura* (frente a la crítica) la tarea de sentenciar.

<sup>64</sup> Ello no obstante, la constatación de un quebrantamiento relevante de garantías procesales, que normalmente inciden en el ámbito de la presunción de inocencia y repercuten de forma negativa en el ámbito de la prueba, puede justificar la repetición del juicio, como única salida de una situación en cierto modo aporética.

<sup>65</sup> Pues si este efecto es consecuencia habitual de la sucesión de interrogatorios, con mayor razón tendrá que producirse bajo el influjo, ya no del mero contacto aislado con el investigador policial o judicial, sino de la inserción en la compleja dinámica, fuertemente interactiva, de un juicio; que lleva consigo, además de un nuevo interrogatorio, el conocimiento de lo dicho por los demás interrogados, el cruce de opiniones entre quienes forman parte del entorno de interesados en la causa, e incluso de sectores más o menos amplios de público, con efectos quizá ampliados por la incidencia de los *media*, posiblemente incluida la televisión, y, en fin, la constancia del sentido de la decisión de primera instancia.

<sup>66</sup> Sobre el alcance de la motivación en materia de hechos, cfr. TARUFFO, *La prueba*, cit., ps. 435 y siguientes.

## V. Un apunte de conclusiones

A través de las referencias a ciertas decisiones emblemáticas que se han ido haciendo a lo largo del texto, cabe advertir en la práctica y en la jurisprudencia de los tribunales de la justicia penal la presencia regular de ciertos tópicos sobre la inmediación, su uso, sus implicaciones y sus efectos en el ámbito de la decisión, que tendrían que ser afrontados críticamente y revisados a la luz de las aportaciones de diversas disciplinas, como la teoría del conocimiento, la filosofía de la ciencia y la psicología.

En razón de lo expuesto y, en síntesis, el punto de vista aquí defendido puede esquematizarse en las siguientes afirmaciones:

1. La inmediación no es *un método* de adquisición de conocimiento, sino un medio de empleo en el juicio de instancia, necesario pero no suficiente a aquel efecto, que tiene sus reglas de uso y sus limitaciones. Y que conforme a la utilización que se haga de las primeras y según se actúe con conocimiento o desconocimiento de las segundas, puede llevar a resultados positivos o a otros francamente negativos e incluso aberrantes.

2. Las aportaciones testificales, aun cuando procedan de quien actúa con el firme propósito de ser fiel transmisor de lo percibido, pueden experimentar sensibles desviaciones de la realidad.

3. La memoria pura no existe, los contenidos mnésicos son el fruto de un complejo proceso de selección, en función de una diversidad de factores. Y el propio proceso penal, a través de la habitual superposición de interrogatorios sucesivos, puede tener efectos gravemente distorsionadores del resultado de la prueba.

4. El testigo de hechos que, por sus características de excepcionalidad y dramatismo, le hayan afectado ética o emocionalmente de forma intensa, nunca es un observador desinteresado ni, por tanto, buen observador, sobre todo si se trata de datos fisonómicos. Estas afirmaciones son todavía más pertinentes en el caso de la víctima.

5. La información que las personas pueden transmitir mediante el lenguaje gestual o corporal, que normalmente acompaña a sus palabras, está cargada de ambigüedades y es de muy difícil interpretación sin riesgo de error. Más aún en un solo contacto y por quien carece de recursos técnicos para ese fin.

6. La intención, el ánimo con que se realiza una acción, como todo lo que pertenece a la cara interna de la conducta, tiene existencia real, y en tal sentido es *un hecho*<sup>67</sup>, que, si acreditado, debe figurar entre los que el tribunal declare probados.

<sup>67</sup> Muy en contra, pues, de lo que se dice en reiteradísima jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que se excluye a los “elementos anímicos” del ámbito de “lo fáctico” (entre tantas, las siguientes: 1612/1993, de 24 de junio; 935/1998, de 13 de julio; 859/2000, de 16 de junio; 2084/2001, 13 de diciembre). Es una “falacia argumen-

7. La concurrencia de tales componentes de la conducta es susceptible de prueba, y para tenerlos por realmente existentes ésta debe convencer más allá de toda duda razonable.

8. Al ser parte de la *quaestio facti*, todo lo relacionado con la prueba de tal clase de hechos cae bajo el radio de acción de la presunción de inocencia, como regla de juicio.

9. Afirmar que un sujeto ha obrado con intención, por ejemplo, de dar muerte no es, pues, formular un juicio de valor<sup>68</sup>, sino de realidad. Este, desde el punto de vista epistémico, es de igual naturaleza que el que conduce a la conclusión de que “fulano apretó el gatillo”. Aunque, ciertamente, podrá presentar mayores dificultades de reconstrucción probatoria.

10. Inferir, en el contexto de la prueba, es realizar un proceso discursivo por el que se pasa de una información (que produce un estado de conocimiento), mediante el uso de reglas que son generalizaciones de saber empírico, a otro estado de conocimiento. Por eso, la inferencia no es una *alternativa* a la prueba, sino un medio de obtención de saber empírico, de utilización habitual e imprescindible en el desarrollo de la actividad probatoria.

11. El examen con intermediación de una fuente personal de prueba no pone en contacto –y menos directo– con *los hechos*. Permite percibir enunciados de contenido fáctico, que, de ser ciertos, bien interpretados según máximas de experiencia pertinentes y válidas, y siempre que las correspondientes conclusiones se traten con el debido rigor formal, podrán aportar información veraz sobre aquellos.

12. No existen fuentes *directas* de prueba, en el sentido de que ninguna prueba pone al juez en contacto directo *con los hechos*.

13. La marcada tendencia jurisprudencial a dar al juez *carta blanca* en la valoración de la prueba, cuando se trata de la (mal) llamada directa, puede llevarle, por comodidad, a infravalorar los datos probatorios de

---

tal suponer que como los estados de conciencia tienen un modo de existencia ontológica-subjetivo no pueden ser objeto de estudio de una ciencia epistémicamente objetiva. Pero esa no es la conclusión que se sigue. El dolor del dedo de mi pie es ontológicamente subjetivo, pero la proposición ‘a J. R. S. le duele ahora un dedo del pie’ no es epistémicamente subjetiva. Se trata de un simple hecho (epistémicamente) objetivo, no de una opinión (epistémicamente) subjetiva. Por tanto, el hecho de que la conciencia tenga un modo subjetivo de existencia no nos impide tener una ciencia objetiva de la conciencia” (SEARLE, J. R., *Mente, lenguaje y sociedad*, trad. de J. Alborés, Alianza, Madrid, 2001, ps. 40-50).

<sup>68</sup> De “juicios de valor o juicios de inferencia” se habla regularmente en la jurisprudencia para referirse a aquellos mediante los que se llega a la conclusión de que se ha producido o no un hecho de conciencia. Este asunto fue abordado críticamente por BENEYTES MERINO, L., *Juicio de valor y jurisprudencia*, “Poder Judicial”, nº 19, septiembre de 1990. Yo me he ocupado también del tema en *Acerca de la motivación*, citada.

otras precedencias y a prescindir del uso de éstos como elemento de contraste para, *cruzando información*, evaluar la calidad convictiva de los *directamente* percibidos.

14. En el proceso de adquisición de conocimiento mediante la prueba, el juez debe estar muy atento al curso de su propio ocurrir, sobre todo, al sucederse de las inferencias que lo articulan, para evitar saltos lógicos, conclusiones apresuradas, automatismos acríticos en la obtención de conclusiones. Debe también ser consciente de la calidad de las máximas de experiencia que emplea. Todo esto, muy en particular cuando las pruebas sean de carácter personal, pues su apreciación está sumamente abierta a la incidencia de los prejuicios.

15. La convicción judicial, correctamente entendida, no es “un estado anímico de certeza”, *un movimiento del alma*, ni un estado psicológico, sino el resultado de un estado de conocimiento, que debe alcanzarse en el marco de un proceso contradictorio, por un curso racional y críticamente autocontrolado de obtención y valoración de datos.

16. La motivación en materia de hechos no puede ser “una narración o descripción (...) del proceso psicológico que culmina en dar por probados o no los hechos cuestionados”<sup>69</sup>. Una cosa es lo que *acontece* en el psiquismo del juez y otra el modo como él mismo *conduce* el razonamiento que lleva a la decisión. Lo primero no puede (y por ello no debe) justificarse, lo segundo debe ser racionalmente controlado y justificado.

17. La adecuada asunción del deber de motivar obliga al juez a operar en el discurso probatorio con conciencia de los pasos del propio razonamiento. Una buena manera de comprobar la calidad racional de éste es explicarlo por escrito, objetivando así el rendimiento de cada medio de prueba, para descartarse de todo lo que no sea susceptible de verbalización<sup>70</sup>.

18. En la jurisprudencia, a partir de la del Tribunal Constitucional, suele afirmarse que no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación. Pues bien, sería mucho más correcto decir que existe un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales estén tan motivadas como sea necesario para que la decisión –en especial en

<sup>69</sup> Así se expresa la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 1 de febrero de 2000. Como dice, muy expresivamente, IGARTUA SALAVERRÍA, “ningún matemático confundiría la demostración de un teorema, o ningún científico la verificación de un aserto, con una página de su diario personal o con una historia de vida” (*Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 30, julio, 2000, p. 63).

<sup>70</sup> Me he ocupado de este asunto en *Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción*, en “Revista del Poder Judicial”, nº 57, 2000, ps. 155 y siguientes.

materia de hechos– sea plenamente comprensible, en el *porqué* y en su alcance. En este punto, dado el margen de libertad con que opera, juega un papel de primer orden la honestidad intelectual del juez.

19. El examen de las fuentes de prueba personales en régimen de intermediación no puede reiterarse sino es al precio de una importante pérdida de autenticidad, y de fiabilidad, por tanto, de los datos que pudieran obtenerse. Ello debido a que el uso de los correspondientes medios probatorios y el conocimiento por los sometidos a ellos del resultado ya atribuido a sus aportaciones en una primera apreciación, condicionan –de forma no necesariamente consciente, aunque también– ulteriores comportamientos.

20. Por lo que acaba de decirse, es necesario que el desarrollo del juicio de instancia sea documentado con la máxima fidelidad –en su “clave verbal”, incluyendo la literalidad de las preguntas y respuestas<sup>71</sup>– para hacer posible su examen en vía de recurso.

21. La doble instancia es una garantía esencial para verificar la calidad del juicio anteriormente producido. Y tal *juicio sobre el juicio* puede llevarse a cabo con garantía de calidad en el resultado, siempre que se parta de una buena documentación de lo acontecido en aquél y de una sentencia correctamente motivada.

22. En este segundo juicio, es verdad, se pierden –aunque no del todo, pues habrán servido para orientar el interrogatorio y hacerle rendir– aquellos aspectos (los gestuales) de la información sólo perceptibles merced al contacto directo con las fuentes personales de prueba. Pero lo cierto es que se trata de los datos menos fiables en su significación y más difíciles de interpretar con garantía de acierto. En cambio, la ausencia de implicación en el primer juicio, permite operar sobre sus aportaciones y valorar la racionalidad o falta de racionalidad de la valoración con la mayor objetividad que facilita el distanciamiento. Naturalmente –hay que insistir– contando con una buena documentación de la vista pública y con una sentencia rigurosamente motivada.

23. En la segunda instancia debe ejercerse plenitud de jurisdicción. Esta se extenderá, por tanto, también a la evaluación de la racionalidad de la estructura del juicio en materia de la habitualmente llamada prueba directa. El juzgador de segunda instancia no puede eludir el juicio ante una manifiesta incoherencia o una patente falta de justificación de aspectos centrales de la decisión sobre el hecho.

<sup>71</sup> Con la misma fidelidad y rigor, para facilitar la máxima autenticidad en la puesta de relieve de eventuales contradicciones con lo declarado durante la instrucción, deberían registrarse también las declaraciones producidas en esta fase y durante la investigación policial. Es decir, tomando en su literalidad las preguntas y respuestas. Con ello se evitarían tantos confrontaciones inútiles como se producen, al poner de relieve a acusados y testigos manifestaciones plasmadas en un lenguaje burocrático que denuncia la mediación, impertinente y perturbadora, del instructor (policial o judicial).



## Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal\*

“... la justicia que depende de la verdad de los hechos”

M. Murena<sup>1</sup>

### I. Introducción

A juicio de CALAMANDREI, “la motivación constituye el signo más importante y típico de la ‘racionalización’ de la función judicial”<sup>2</sup>. Y, aunque no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad –en el más amplio sentido de racionalidad democrática– al ejercicio del poder de los jueces<sup>3</sup>, lo cierto es que la resolución motivada, como resultado, sí ha operado *objetivamente* en favor de ese interés.

En efecto, por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no sólo para los destinatarios directos de ésta, sino al mismo tiempo e inevitablemente para terceros, comporta para el autor de aquélla la exigencia de un principio o un plus de justificación del acto<sup>4</sup>; y una mayor exposición de éste a la opinión.

\* Publicado en “Doxa”, nº 12, 1992.

<sup>1</sup> *Tratado de las obligaciones del juez*, Maximiliano MURENA (jurisconsulto napolitano) traducido del italiano al francés; y de éste al castellano por D. Cristóbal Cladera, Madrid, MDCCCLXXXV, por D. Plácido Barco López, p. 66.

<sup>2</sup> CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 115.

<sup>3</sup> Es un ejemplo emblemático al respecto, la pragmática napolitana de Fernando IV, del 22 de septiembre de 1774, que imponía a los jueces el deber de motivar, en este caso entendido en el sentido de expresar la norma aplicada; y que, más que democratizar el ejercicio de la jurisdicción, que hubiera sido impropio de un régimen autocrático, buscaba reforzar la centralización del poder, neutralizando uno de tantos particularismos feudales (sobre este episodio puede verse CORDERO, F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, ps. 663-666).

<sup>4</sup> “El motivo responde a la pregunta *¿por qué?* Tiene, por tanto, una función de explicación; pero la explicación (...) al menos en los contextos en los que motivo significa razón, consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender” (RICOEUR, P., *El discurso de la acción*, 2ª trad. de P. Calvo, Madrid, 1988, p. 50).

Lo prueba la histórica reacción de los jueces napolitanos<sup>5</sup>, sobre la intensidad de cuya resistencia a la pragmática de Fernando IV en favor de un incipiente apunte de motivación ilustra el dato de que, años después, tuvo que ser abolida. Pero más en general, las propias atormentadas vicisitudes pretéritas y actuales *del jugement motivé*, que, aunque dan sobrada razón a CORDERO en su afirmación de que “el hermetismo es connatural al narcisismo togado”<sup>6</sup>, apuntan a un más allá, o un antes, que tiene que ver con la propia naturaleza del poder en general.

No cabe duda de que es así cuando se trata de un poder, de cualquier modo, *absoluto*; porque “el estado se desequilibra y debilita” si “los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí acerca de los mandatos”<sup>7</sup> de aquél. Pero tampoco el estado *democrático*<sup>8</sup>, se ve libre de esa forma de atavismo, seguramente *genético*. De ello da buena cuenta la conocida propensión al secreto y, en el terreno que nos ocupa, la lectura y la práctica habitualmente reductivas del imperativo de motivar las resoluciones judiciales cuando éste ha hecho acto de presencia en algún texto legal<sup>9</sup>.

Con todo, es una evidencia que la constitucionalización del deber de motivar las sentencias (art. 120.3), a partir de 1978 y por primera vez en nuestra experiencia histórica<sup>10</sup>, ha significado un cambio de paradigma.

<sup>5</sup> “Scatena un putiferio la riforma”, CORDERO escribe gráficamente al respecto en *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 819.

<sup>6</sup> Ídem, p. 816.

<sup>7</sup> HOBBS, T., *Leviatán*, trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, p. 258.

<sup>8</sup> Cfr. al respecto, DE LUCAS MARTÍN, F. J., *Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, ps. 131 y siguientes.

<sup>9</sup> Entre nosotros, como es bien notorio, sólo en los últimos años y trabajosamente, ha empezado a abrirse camino una cierta cultura *democrática* de la motivación. Con todo, tiende a manifestarse de forma casi exclusiva en las sentencias y, dentro de éstas, preferentemente en la fundamentación jurídica.

Así, no son infrecuentes resoluciones como el auto de un juzgado de instrucción de Madrid, que *motivaba* la denegación de reformar otro previo de archivo de las actuaciones –fundado a su vez en que “los hechos no revisten caracteres de infracción penal”–, en “que las razones alegadas por la parte recurrente no alcanzan a desvirtuar el criterio que movió al instructor para dictar el auto que hoy se impugna...”.

<sup>10</sup> Sobre los antecedentes del tema, en general, cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1977, ps. 899 y ss. También RANIERI, F., *El estilo judicial español y su influencia en la Europa del antiguo régimen. España y Europa, un pasado jurídico común*, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia 26-28 de marzo de 1985, ed. a cargo de A. Pérez Martín, Universidad de Murcia, 1986, ps. 101 y siguientes.

En efecto, en España, como en otros del entorno, la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en él una garantía frente al arbitrio<sup>11</sup>.

Que es así y que hay un sentir al respecto más o menos generalizado lo pone de manifiesto la circunstancia de que esa línea argumental encuentre eco, en la primera mitad del siglo XIX, en obras de carácter eminentemente práctico, como la de VERLANGA HUERTA. Para este autor, “el dar los motivos de la sentencia, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley (...) El motivar los fallos tiene ya algo de publicidad, y he aquí una de las ventajas de esta práctica. Dispensar al juzgador de razonar los decretos que dé sobre la hacienda, vida y honor de los ciudadanos, es autorizarle tácitamente para ejercer la arbitrariedad...”<sup>12</sup>.

No es tan claro, sin embargo, que esa dimensión de naturaleza político-general, por así decir *erga omnes*, de la sentencia, resulte eficazmente traducida en la legislación ordinaria. Por el contrario, parece que en ésta hay más bien una tendencia a entender el deber de motivar como pura exigencia técnica “endoprocesal”<sup>13</sup>, que mira a hacer posible a las partes el ejercicio de la eventual impugnación.

Una confirmación de esta hipótesis puede hallarse España en la forma como la Ley de Enjuiciamiento Criminal trata el tema. En efecto, una vez excluido el control casacional de los hechos, el legislador se despreocupa de imponer al juez en la redacción de la sentencia (art. 142.2) alguna cautela en garantía de la efectividad del imperativo de vinculación de la convicción sobre aquéllos al resultado de “las pruebas practicadas en el juicio”, contenido el artículo 741.

<sup>11</sup> Así, T. SAUVEL, al referirse a la obra de la Revolución y su reflejo en la materia que tratamos, pone de manifiesto la existencia de una opinión crítica generalizada en contra de la famosa fórmula “*pour les cas résultant du proces*”, con que los tribunales del antiguo régimen *fundaban* sus decisiones; y la demanda de que éstas fueran siempre motivadas (*Histoire du jugement motivé*, en “Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger”, 1955, ps. 43-44).

Para España es expresivo el testimonio del diputado en las Cortes de Cádiz, José de Cea, que presentó un proyecto de decreto propugnando que para “quitar la malicia, fraude y arbitrariedad todo pretexto, y asegurar en el público la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistrados (...) en toda decisión (...) se expongan las razones, causas y fundamentos en que se apoyan (...) [para ] las decisiones se funden (...) sobre el texto expreso de las leyes...” (ORTELLS RAMOS, *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, cit., p. 905).

<sup>12</sup> VERLANGA HUERTA, F., *Procedimiento en materia criminal. Tratado que comprende todas las reglas procesivas de dicha materia respecto a la jurisdicción ordinaria*, t. I., Librería de Ríos, Madrid, 1842, p. 426.

<sup>13</sup> Así lo entiende, para Italia, AMODIO, E., voz “Motivazione della sentenza penale”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 186.

Así lo hizo notar GÓMEZ ORBANEJA, a cuyo entender, la forma de expresión de ese último precepto “sugiere indebidamente una operación íntima y secreta de que no hubiese que dar cuenta”<sup>14</sup>.

Es cierto que una Orden de 5 de abril de 1932 trató de salir al paso de la “práctica viciosa” en que generalmente se traducía la interpretación del artículo 142 por los tribunales. Pero sólo porque ello hacía “prácticamente imposible el normal desenvolvimiento del recurso de casación”. De este modo, la preocupación ministerial se circunscribía a obtener una adecuada expresión del resultado probatorio y un correcto deslinde entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, en tanto que elementos necesarios para el juego del control de legitimidad. Pero nada parecido, en el texto de la orden, a la exigencia de que en la sentencia se hicieran explícitos los patrones de valoración y el rendimiento conforme a ellos de cada medio probatorio en el caso concreto. Lo que, en último término, constituye una ulterior confirmación del criterio antes expuesto.

Este mismo criterio encuentra también apoyo autorizado en alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Seguramente en ningún caso en términos tan llamativos como los de la sentencia del 10 de febrero de 1978 (ponente Vivas Marzal), al declarar que “el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones”; añadiendo que “el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...”<sup>15</sup>.

Frente a este estado de cosas, la inclusión del deber de motivar en el artículo 120.3 de la Constitución, precisamente dentro del título VI dedicado al “poder judicial”, y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad, no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito FERRAJOLI, estas últimas, junto con la de motivación, son

<sup>14</sup> En GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Madrid, p. 249.

<sup>15</sup> Torno a la cita de J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 507. El autor indica que la sentencia de instancia que fue en este caso el referente de la de casación debió perderse en un injustificado relato de incidencias procesales irrelevantes para el fallo, omitiendo, sin embargo, otros datos relevantes. Pero señala también que ese mismo criterio “tiene respaldo en otras muchísimas decisiones del mismo Tribunal Supremo, aunque no siempre en términos tan contundentes” (p. 508).

“*garantías de garantías*”, de carácter “instrumental”, por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las “*primarias* o epistemológicas”<sup>16</sup>.

Es por ello que la motivación como mecanismo de garantía, en un diseño procesal del género del que se expresa en la Constitución de 1978, no puede limitar su funcionalidad al ámbito de las relaciones *inter partes*, asumiendo necesariamente una función extraprocesal<sup>17</sup>.

De esta función, y de la consiguiente inserción de la sentencia en un marco abierto, se deriva la apertura de un nuevo ámbito de relaciones, que tiene como sujetos, por un lado, al juez o tribunal, y, por otro, a la totalidad de los ciudadanos, que se constituyen en destinatarios también de la sentencia e interlocutores de aquéllos.

Y esto a su vez implica exigencias de naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista. Porque la sentencia, al (y para) trascender la dimensión burocrática, demanda un *estilo* diverso del convencional, que tendría que concretarse, en primer lugar, en un lenguaje diferente, adecuado para el nuevo tipo de comunicación, y, probablemente, también en una nueva estructura.

En este contexto la *quaestio facti* y su tratamiento en la sentencia, más que cobrar otro sentido, pueden llegar a adquirir el reconocimiento explícito del que efectivamente tienen: que es ser el momento de ejercicio del *poder judicial* por antonomasia. Puesto que es en la reconstrucción o en la elaboración de los *hechos* donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser –como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo– más arbitrario.

A tenor de las precedentes consideraciones, cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la “individualización del *iter* lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión”<sup>18</sup>; una actividad de tipo prevalentemente descriptivo<sup>19</sup>. Del anterior difiere el

<sup>16</sup> Éstas son la *formalización de la acusación*, la *carga de la prueba* y el *derecho de defensa* (FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. RUIZ MIGUEL y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª ed., 2001, ps. 614-615).

<sup>17</sup> En este sentido TARUFFO, M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, en *La sentenza en Europa. Metodo, tecnica e stile, Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 12-12 ottobre 1985*, Cedam, Padova, 1988, p. 189.

<sup>18</sup> Al respecto cfr. TARUFFO, M., *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 417.

<sup>19</sup> AMODIO se ha referido a este punto de vista calificándolo de “falacia descriptivista”, en cuya virtud “la motivación externa se elabora en una (...) descripción que tiene el único fin de hacer conocer lo que el juez ha elaborado ‘en su cabeza’” (*Motivazione della sentenza penale*, p. 214).

punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo<sup>20</sup>, que opera como *racionalización a posteriori*<sup>21</sup> de la decisión previamente tomada. FERRAJOLI ha reclamado recientemente para la actividad motivadora del juez un estatuto esencialmente *cognoscitivo*, único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico<sup>22</sup>. A este punto de vista haré referencia con algún pormenor más adelante.

## II. Hechos

Un magistrado italiano<sup>23</sup> ha escrito que, del mismo modo que el burgués gentilhomme se sorprendió al conocer que hablaba en prosa, los jueces podrían también experimentar sorpresa si fueran plenamente conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en el más elemental de los razonamientos de que habitualmente hacen uso.

La reflexión debe ir más allá porque, en tanto esa conciencia se produce, el discurso judicial (el jurídico-práctico en general) en acto, no puede dejar de acusar negativamente tal lamentable operar de sus autores sobre un cierto vacío epistemológico, por la falta de un conocimiento efectivo de los rasgos que lo constituyen.

Esta evidencia resulta todavía más patente en aquella vertiente del razonamiento judicial referida a lo que habitualmente se conoce como “lo fáctico”, o “los hechos”. Materia, por otro lado, particularmente descuidada en la mayoría de las teorías sobre la interpretación, y abandonada así en buena medida a la subjetividad del intérprete. Por eso FRANK pudo escribir con toda razón que “esta “discrecionalidad en cuanto a los hechos” o “soberanía” virtualmente incontrolada e incontrolable, ha pasado por alto a la mayoría de los juristas”<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Así, también entre nosotros, M. ATIENZA: “Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino que justificarlas” (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 23).

<sup>21</sup> Así lo entendió CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, cit., p. 125.

<sup>22</sup> Ídem, p. 640.

<sup>23</sup> Cfr. FASSONE, E., *Qualche altra riflessione in tema di prova*, en “*Questione Giustizia*”, 3, 1986, p. 721.

En la reciente doctrina española, Luis PRIETO SANCHÍS ha llamado especialmente la atención sobre la relevancia de la determinación de los hechos en la tarea interpretativa; poniendo de relieve cómo el margen de apreciación del juez es mayor a mayor proximidad procesal a la *quaestio facti* (cfr. *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, ps. 88 y siguientes).

<sup>24</sup> FRANK, J., *Derecho e incertidumbre*, trad. de C. M. Bidegain, revisada por G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 70.

Esa actitud ha tenido correspondencia en los textos positivos y, desde luego, en nuestra Ley de E. Criminal y en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo “exoneratoria de toda alegación sobre la convicción formada ‘en conciencia’”<sup>25</sup>.

El tratamiento judicial que habitualmente reciben los *hechos* suele reflejar una consideración de ellos como entidades naturales, previa y definitivamente constituidas desde el momento de su producción, que sólo se trataría de identificar en su objetividad. Lo escribió con mucha claridad FENECH, al referirse a ellos como “esos datos fríos de la realidad”<sup>26</sup>.

Es decir, los *datos* como lo *dado*, o sea, esa “realidad o cualidad de alguna realidad, que es dada, y también que está dada, cuando se halla presente a un sujeto cognoscente sin la mediación de ningún concepto”<sup>27</sup>.

Tal modo de existencia de los hechos permitiría al juez, de manera espontánea, sin mediaciones, una relación con ellos de total exterioridad, con el mínimo de implicaciones subjetivas. Pero lo cierto es que el hecho puro del positivismo filosófico decimonónico no parece que exista como tal; y, en consecuencia, tampoco caben “los juicios de hecho entendidos como simples constataciones del ‘dato bruto’”<sup>28</sup>. Por el contrario, en la moderna filosofía de la ciencia, tiene carta de naturaleza la idea de que se da “cierta intimidad conceptual entre lo que consideramos hechos y el lenguaje en que los afirmamos, o al menos entre los hechos y los tipos de entidad lógica que designamos como ‘enunciados’ (...) *Los hechos son aquello que afirman los enunciados verdaderos*”<sup>29</sup>.

Este nuevo paradigma, al ofrecer una visión diferente del proceso cognoscitivo, revela también un distinto modo de relación entre el sujeto que trata de conocer y el segmento de experiencia sobre el que proyecta su interés. Y en nuestro caso, entre el juez, los hechos probatorios y el *thema probandum*.

<sup>25</sup> PRIETO CASTRO, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 325.

<sup>26</sup> FENECH NAVARRO, M., *Enjuiciamiento y sentencia penal*, discurso inaugural del año académico 1971-1972, Universidad de Barcelona, p. 51.

Un punto de vista sobre los hechos, bien diferente, puede verse en DE LA VEGA BENAYAS, C., *Introducción al Derecho Judicial*, Montecorvo, Madrid, 1970, p. 191.

<sup>27</sup> FERRATER MORA, J., voz “Dado”, en *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid, 1979, vol. I, p. 705.

<sup>28</sup> UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25.

<sup>29</sup> HANSON, N. R., *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*, trad. E. de García Camarero y A. Montesinos, Alianza, Madrid, 2ª ed., 1985, ps. 16-17.

Así resulta que el juez se entiende no directamente con los *hechos* como tales, sino con proposiciones relativas a hechos, con “representaciones cognoscitivas” que denotan algo acontecido en el mundo real<sup>30</sup>. Lo que, bajo su apariencia de obviedad, tiene implicaciones prácticas de extraordinaria relevancia que no pueden pasar desapercibidas.

Éstas son, en primer lugar, que sobre el proceso de conocimiento relativo a los hechos, al estar también mediado por el lenguaje<sup>31</sup> –“el lenguaje y la situación son inseparables”<sup>32</sup>–, pesa idéntica carga de relativismo y de incertidumbre y ambigüedad<sup>33</sup> que en todos los demás casos en que esa mediación tiene lugar. Esto es importante porque las mismas peculiaridades (“ambigüedad”, “textura abierta”, “zonas de penumbra”) que se predicán de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción. Si, como dice ECHEVARRÍA, “la observación científica no es inmediata ni ingenua”, sino que “está cargada conceptualmente”<sup>34</sup>, cuánto más cargada *de todo* (preconceptos, prejuicios, etc.) no lo ha de estar una observación que suele acusar marcadísimas implicaciones emotivas, puesto que se traslada al proceso por la vía, siempre *contaminada*<sup>35</sup>, de las impresiones de testigos: terceros afectados/interesados o moralmente concernidos por el tema del juicio<sup>36</sup>. Impresiones adquiridas, la más de las veces, espontáneamente

<sup>30</sup> VAN DIJK, T. A., *Estructuras y funciones del discurso*, trad. M. Gann y M. Mur, Siglo XXI, México, 7ª ed., 1991, p. 81.

<sup>31</sup> Cfr. al respecto RUIZ MIGUEL, A., *Creación y aplicación en la decisión judicial*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984 (separata), p. 12.

<sup>32</sup> STUBBS, M., *Análisis del discurso. Análisis sociolingüístico del lenguaje natural*, trad. de C. González, Alianza, Madrid, 1983, p. 17.

<sup>33</sup> Lo expresó muy bien FRANK: “Hay también, una ambigüedad perturbadora en la palabra ‘hecho’. Los ‘hechos’ son ambas cosas: ‘subjetivos’ y ‘objetivos’”. (*Derecho e incertidumbre*, cit., p. 69).

<sup>34</sup> ECHEVARRÍA, I., *Introducción a la metodología de la ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*, Barcanova, Barcelona, 1989, p. 70.

<sup>35</sup> Interesantes indicaciones al respecto pueden encontrarse en MIRA, J. J. y DIGES, M., *Procesos intervinientes en la evidencia de testigos*, en JIMÉNEZ BURILLO, F. J. y CLEMENTE, M. (eds.), *Psicología social y sistema penal*. Alianza, Madrid, 1986, ps. 159 y siguientes.

<sup>36</sup> Como advierte VAN DIJK, “la información se ‘recodifica’ en información conceptual (...) la comprensión, el almacenamiento y la recuperación nunca son ‘puros’, sino que también interactúan con todos los procesos de ‘pensamiento’”, por eso, “la reproducción es sobre todo *producción*”. (*Estructuras y funciones del discurso*, cit., ps. 90-92). Observación que es pertinente tanto para el caso del testigo y su forma de aportar material informativo al juez, como para lo que se refiere al tratamiento por éste de ese material.

en el curso de la vida ordinaria y, desde luego, sin el distanciamiento crítico que por lo común acompaña a la actividad cognoscitiva de los científicos; tan cautos, sin embargo, como se ha visto, al evaluar la posible *objetividad* de su conocimiento.

Por otra parte, en el caso del juez, esa mediación discursiva se da no como mera *descripción* aséptica de lo que ya *existe* al margen de la actividad del operador; sino como proceso de *construcción* del supuesto de hecho, construcción a la que el juez contribuye activamente, *desde dentro*. Y en ella está presente toda la carga de subjetivismo que acompaña a cualquier actividad reconstructiva.

De aquí se deriva, pues, la exigencia de un cuidadoso control y una fuerte tensión hacia la adquisición del máximo de consciencia posible de todos los factores capaces de incidir sobre la propia actividad, que no tendrían que ser menores que los que, pacíficamente, se acepta concurren en la tarea interpretativa. Es decir, la referida más directamente a las normas.

Del mismo modo que se ha dicho que los enunciados observacionales están cargados de teoría<sup>37</sup>, en el área de nuestro interés, tendría que decirse que los enunciados fácticos corren, además, el riesgo de estar *cargados de derecho*. Lo que constituye otra particularidad del proceso de conocimiento de los hechos a tener en cuenta, a la vez que apunta a otro riesgo de su contaminación que no puede ser desatendido por el juez. En efecto, éste trabaja sobre una hipótesis, que incluye a su vez un punto de vista normativo, puesto que implica la afirmación de que en el caso concreto ha tenido lugar un hecho previsto como supuesto base de un determinado precepto. Ahora bien, aun dentro de ese contexto, y aun en la perspectiva de la evaluación de esa hipótesis, la *búsqueda de la verdad* ha de ser ajena a otro interés que no sea precisamente éste. Hablo de interés como *interés epistemológico* que tiene expresión legal en el principio de presunción de inocencia, criterio-guía que aquí debe jugar como barrera impuesta al intérprete para, no obstante moverse en el marco de una hipótesis normativa, ser capaz de tratar el material empírico que se le suministra por terceros con el máximo de neutralidad y de distancia respecto del derecho sustantivo de eventual aplicación, evitando caer en el riesgo fácil de *producir* un caso *ad hoc*<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Son bien elocuentes al respecto las palabras de N. R. HANSON: "En cierto sentido, entonces, la visión es una acción que lleva una 'carga teórica'. La observación de *x* está moldeada por un conocimiento previo de *x*. El lenguaje o las notaciones usadas para expresar lo que conocemos, y sin los cuales habría muy poco que pudiera reconocerse como conocimiento, ejercen también influencia sobre las observaciones" (*Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*, cit., p. 99).

<sup>38</sup> Vale la pena recordar que, hace ya casi 20 años, FERRAJOLI advertía del riesgo de forzar la realidad de los hechos, al establecer lo que de ellos resulta "jurídicamente relevante"

Situados en esta perspectiva es evidente que la actividad jurisdiccional presenta un especial grado de dificultad y su ejercicio plenamente responsable demanda un extraordinario nivel de autoconciencia sobre las peculiaridades de ella.

La mayor parte de los enunciados, como señaló RUSSELL, “está destinada a expresar hechos, que (salvo cuando se trate de *hechos psicológicos*) versarán acerca del mundo exterior”<sup>39</sup>. Esta circunstancia, en sí misma evidente, y la mayor dificultad de la captación y el tratamiento semántico de los “hechos psicológicos”, unida a alguna particularidad de nuestro derecho probatorio, ha llevado a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a “atribuir a aquéllos la inapropiada naturaleza de juicios de valor”, como ha puesto de manifiesto BENEYTES MERINO<sup>40</sup>.

Podrían citarse multitud de resoluciones<sup>41</sup>, pero sirva como ejemplo una sentencia reciente, la de 30 de octubre de 1991 (ponente De Vega Ruiz), que expresa muy bien el punto de vista de referencia, cuando dice que “los juicios de valor suponen, en definitiva, una actividad de la mente y del raciocinio tendente a determinar la intencionalidad del agente o sujeto activo de la infracción en las distintas formas comisivas”. Se trataría así de “juicios o “pareceres” de los jueces que indudablemente no deben ser incluidos en el *factum* de la sentencia por ser meras apreciaciones subjetivas”. Es la razón por la que “es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles por los sentidos, a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho”.

---

en cada caso, que acecha siempre a la actividad jurisdiccional. Postulaba “criterios de valoración y de juicio ‘factualmente relevantes’, es decir, adecuados al hecho considerado y tornado en su concreta realidad” (*Magistratura Democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, en BARCELLONA, P. (ed.), *L’uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1973, vol. I, ps. 117-118).

<sup>39</sup> RUSSELL, B., *La filosofía del atomismo lógico*, en MUGUERZA, J. (ed.), *La concepción analítica de la filosofía*, t. I, Alianza, 1974, p. 145 (cursiva agregada).

<sup>40</sup> BENEYTES MERINO, L., *Juicio de valor y jurisprudencia*, en “Poder Judicial”, 2ª época, n° 19, septiembre de 1990, p. 15.

<sup>41</sup> En general, por ejemplo, Moyna Ménguez (14 de junio de 1988), se reserva el calificativo de “hecho” para el ánimo o intención de matar, sólo cuando existe prueba directa; y se le considera “juicio axiológico o de valor” cuando la prueba es indirecta. O también, Puerta Luis (27 de enero de 1992), tratándose de casos similares, se habla de “un hecho psicológico que debe inferirse, al faltar normalmente prueba directa...”, con referencia al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes en un delito de receptación.

Así parece que la naturaleza de un dato fáctico, por más que de orden psicológico, dependería de factores externos, sobrevenidos, de índole procesal en este caso, como es el tipo de prueba.

Sabido es que lo que busca la opción que expresa este criterio es extender el ámbito del control casacional a determinados aspectos de la sentencia<sup>42</sup>: los relativos a la justificación de las conclusiones probatorias en materia de intención y motivos del agente; a los que se dé tratamiento de *quaestio iuris*, para hacerlos entrar dentro del ámbito material del recurso.

Ocurre, sin embargo, que el fin perseguido, que en apariencia ampliaría el control sobre algunos aspectos relevantes del enjuiciamiento, impone un precio objetivamente intolerable desde el punto de vista epistemológico, porque esa concepción niega o cuestiona implícitamente, o cuando menos siembra una seria confusión, acerca de la existencia como tal de una dimensión central de la conducta humana; y la posibilidad de acceder a un conocimiento racional de tal.

Es decir, siguiendo el razonamiento expresado en el fallo que se cita, el único aspecto del comportamiento del que podría predicarse la *existencia o inexistencia* real, y susceptible por tanto de recibir el calificativo de fáctico, sería el integrado por los actos exteriores, perceptibles u observables de modo sensorial directo<sup>43</sup>. Sólo esa dimensión del comportamiento podría ser tratada mediante proposiciones asertivas, es decir, aquéllas de las que cabe afirmar verdad o falsedad, porque sus referentes serían los únicos con posibilidades objetivas de tener o no tener existencia real.

Por contraste, la determinación del carácter intencional o no intencional de la acción o acciones a examen, el elemento subjetivo del delito, resultaría desplazado a un ámbito discursivo diferente, el de los “juicios de valor” (“bueno/malo”, “bonito/feo”), que en cambio son proposiciones carentes de referente empírico. Éstos, se expresan en lenguaje pre-

<sup>42</sup> Esta posición tiene un autorizado exponente en E. Aguilera de Paz: “esa amplia potestad que la ley concede [alude al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal], se refiere tan sólo a la apreciación de las pruebas que tengan relación única y exclusivamente con los hechos de la causa y no las que se contraigan a los elementos morales o jurídicos relativos a ellos” porque “según se expuso en sentencia [del Tribunal Supremo] de 7 de abril de 1902, recaída en causa por delito de estafa, respecto a la apreciación del engaño” estaba justificado el cuestionamiento por la vía del recurso de casación, “supuesto que éste (el engaño) no es un hecho porque no pertenece a la esfera de los sucesos reales perceptibles por los sentidos, sino una mera deducción de carácter jurídico, mediante la cual se puede llegar a la averiguación de si el agente, al ejecutar los hechos estimados como ciertos en la sentencia, procedió o no con ánimo doloso y con voluntad contraria a derecho, infiriendo lógicamente por los mismos datos de la sentencia lo que hubiera de simulación o fraude en los actos por aquél realizados, pues, de lo contrario, se desnaturalizarían los preceptos de la ley y se haría ineficaz, en muchos casos, el recurso de casación” (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2ª ed., vol. V, Reus, Madrid, 1924, p. 558).

<sup>43</sup> Cabe advertir, en este punto de vista, una clara expresión del que los autores han designado como “inductivismo ingenuo” (cfr. CHALMERS, A. F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, trad. de E. Pérez Sedeño y P. López Máñez, Siglo XXI, Madrid, 1982, p. 12 y ss.).

ceptivo, mediante enunciados que como tales no pueden ser ni verdaderos ni falsos, porque no corresponden a ningún hecho o circunstancia susceptible de verificación. No tienen contenido informativo que pueda ser objeto de prueba o refutación, sino como su propio nombre indica, contenido simplemente valorativo.

Es cierto, con todo, que en ocasiones puede darse una cierta contigüidad entre lo que son propiamente aserciones relativas a hechos psíquicos y lo que constituyen juicios de valor, en sentido propio, acerca de ellos. Así, cuando la afirmación de que concurrió un determinado ánimo, que como tal será una proposición de carácter asertivo, va acompañada de otra relativa, por ejemplo, a su consideración como de una especial perversidad.

A este respecto, vale la pena recordar que, como ha escrito Ayer, al *valorar* una acción “no estoy haciendo ninguna más amplia declaración acerca de ella. Sólo estoy poniendo de manifiesto la desaprobación moral que me merece. Es como si dijese ‘Usted robó ese dinero’, con un especial tono de horror, o como si lo escribiese añadiendo determinados signos de exclamación. El tono de los signos de exclamación no añaden nada a la significación literal de la oración. Sólo sirven para demostrar que la expresión está acompañada de ciertos sentimientos del que habla”<sup>44</sup>.

En consecuencia, visto el modo de operar de los “juicios de valor”, no puede sostenerse, en el plano epistemológico, una diversidad de naturaleza entre la actividad cognoscitiva dirigida a establecer la existencia *física* de un determinado acto y la que tenga por objeto conocer su dimensión intencional, es decir, las caras *externa* e *interna*, respectivamente, de un determinado comportamiento. Que el acceso a esta última pueda comportar un mayor grado de dificultad y que su determinación demande mayor cuidado o finura en la observación o en el análisis, no implica una distinta naturaleza de la actividad<sup>45</sup>.

Podrá decirse que, más allá de lo afortunado o desafortunado de algunas formulaciones, sería impensable que, por su obviedad, la *existen-*

<sup>44</sup> AYER, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Martínez Roca, Barcelona, 1971, ps. 124-125.

<sup>45</sup> “Decir que hay intencionalidad en la conducta es sugerir algo a la vez importante y que se presta con facilidad a equívocos. La formulación acierta al poner de relieve que la intencionalidad no es algo que queda ‘detrás’ o ‘fuera’ de la conducta (...) Lo equívoco de la formulación reside en sugerir una ‘localización’ de la intención, su confinamiento en un ítem de conducta determinado, como si se pudiera descubrir la intencionalidad mediante una inspección de movimientos (...) La conducta adquiere su carácter intencional del hecho de ser vista por el propio agente o por un observador externo en una perspectiva más amplia, del hecho de hallarse *situada* en un contexto de objetivos y creencias” (VON WRIGTH, G. H., *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñón, Alianza, Madrid, 1980, p. 140).

cia como tal de los factores intencionales pudiera resultar desconocida y menos negada por la tesis jurisprudencial de referencia. Pero aun admitiendo que así fuera, no por ello dejaría de resultar pertinente la crítica. Cuando menos por dos razones fundamentales.

La primera es que al atribuir a aquellas determinaciones el carácter de “juicio de valor”, se opera el desplazamiento de ellas a un campo especialmente connotado por la subjetividad menos controlable. El juez no vendrá obligado a expresar que –y por qué infiere que– algo ha contado con existencia real como parte o forma de un comportamiento ajeno, sino tan sólo a afirmar y en el mejor de los casos razonar su particular convicción, el porqué de la *atribución* de una determinada condición, que como tal (parece que en esa concepción) carecería de propia *existencia* empírica. Como recuerda CASTILLA DEL PINO, al tratarse de una estimación, “ésta ya no pertenece al objeto sino al sujeto de la proposición”<sup>46</sup>.

La segunda es que se trata impropriamente como deducción a un razonamiento que no tiene ese carácter. Porque, en efecto, derivar de datos empíricos obtenidos mediante el análisis de la información probatoria relativa a un determinado comportamiento, que éste respondió a un cierto propósito –“la presencia en el agente de una determinada intención y (aun puede que) de una actitud cognoscitiva relativa a los medios conducentes al fin”<sup>47</sup>–, es realizar una inferencia inductiva. Como se sabe, el razonamiento deductivo presupone la existencia de una ley de valor universal, que permite, mediante la subsunción en ella de un supuesto particular y si se observan determinadas reglas lógicas, llegar a una conclusión, que es verdadera si lo son las premisas. Algo que no sucede en el razonamiento inductivo, en el que falta ese presupuesto y cuya conclusión, al ir más allá de las premisas, propicia una diferente calidad de conocimiento.

Por eso, al operar del modo que se cuestiona, aparte de privar a un discurso institucional de tanto relieve del exigible rigor, se genera confusión no sólo acerca del carácter de alguna dimensión de la conducta humana, sino también –y quizá más aún–, sobre la naturaleza, del grado o la calidad de conocimiento que el juez puede llegar a obtener por la vía

<sup>46</sup> CASTILLA DEL PINO, C., *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*, Península, Barcelona, 1972, p. 178.

Como dice el autor, las proposiciones estimativas “desempeñan una función ostensiva, no respecto del referente u objeto externo, o supuestamente externo (...) sino del referidor o hablante. O, de otra forma, son palabras que expresan respecto del sujeto hablante, la sepa o no la sepa él”. Por contraste con la proposición indicativa que es “un juicio de hecho verdadero o falso” (ídem, ps. 101 y 103).

<sup>47</sup> VON WRIGTH, *Explicación y comprensión*, cit., p. 134.

de los impropriamente caracterizados como “juicios de valor” que, es evidente, nunca pasará de ser conocimiento *probable* y no deductivamente cierto.

Este aspecto de la cuestión goza a mi juicio de un relieve que no cabe desconocer, por lo importante que resulta que el juez tenga plena constancia del rendimiento de los instrumentos que utiliza, de la relatividad de los resultados, y que asuma su función como lo que debe ser realmente: antes que nada, una indagación cuidadosa sobre la *existencia* o *inexistencia real* de determinados datos de experiencia, en lo que, como luego veremos, nunca podrá contar con el auxilio de tranquilizadoras leyes de validez universal capaces de dar a sus inferencias consistencia axiomática.

BENEYTEZ MERINO, que como ya se anticipó, es, entre nosotros, autor de un encomiable esfuerzo –¿el primero?– de clarificación en este campo, ha sugerido designar a los aludidos supuestos “juicios de valor”, “juicios de inferencia”<sup>48</sup>. Propuesta que ha tenido una acogida peculiar –acogida peculiar, porque ahora, con frecuencia, simplemente se escribe “los juicios de valor o juicios de inferencia”–, tanto en la propia jurisprudencia de la Sala Segunda, como por algunos autores, para seguir sosteniendo –bajo diferente etiqueta– la misma actitud metodológica que se ha criticado<sup>49</sup>. Pero, si se analiza el sentido de los términos, no parece que la opción sea en sí misma demasiado afortunada como intento de descripción de la operación intelectual del juez que nos preocupa, puesto que *juicio* en este contexto es equivalente a “acto mental por medio del cual pensamos un enunciado”; o incluso “la afirmación o la negación de algo (de un predicado) con respecto a algo (un sujeto)”<sup>50</sup>. E *inferencia* no es sino un “proceso en el cual se llega a una proposición y se la afirma sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como puntos de partida del proceso”<sup>51</sup>. Con lo que resulta que la expresión “juicio de inferencia” es anfibológica, puesto que resulta referible tanto al razonamiento deductivo como al inductivo, para significar, al fin, algo tan impreciso e incluso tautológico como “juicio de razonamiento”. Por ello, quizá sería lo más sencillo hablar simplemente de inferencia inductiva, porque la expresión

<sup>48</sup> Ídem, p. 14.

<sup>49</sup> Así, en el caso de LUZÓN CUESTA, J. M., *La presunción de inocencia ante la casación*, Colex, Madrid, 1991, ps. 23-24. Y también, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Segunda de 18 de noviembre de 1999 (ponente De Vega Ruiz).

<sup>50</sup> La primera es la acepción, entre todas las posibles, por la que se decanta FERRATER MORA, que también relaciona, entre otras varias, la segunda que se recoge (*Diccionario de Filosofía*, cit., vol. II, ps. 1821-1822).

<sup>51</sup> Así, COPI, I. M., *Introducción a la lógica*, trad. de N. Míguez, Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 20.

cumple con la función descriptiva a que aspira todo acto de denotación; y porque no sugiere, como no debe sugerir, diferencia alguna de método en el modo de operar, por razón del objeto.

### III. Reconstrucción judicial de los hechos: modelos de referencia

#### III. 1. El historiador

La asimilación del trabajo del juez en la *quaestio facti* al del historiador, ha sido una constante, a partir de un conocido trabajo de CALAMANDREI<sup>52</sup>. Este autor señaló la existencia de importantes similitudes en el modo de proceder de ambos operadores: uno y otro estarían llamados a “indagar sobre los hechos del pasado y a declarar la verdad sobre los mismos” mediante “una obra de elección y construcción sobre ‘datos’ pre-existentes”<sup>53</sup>. Ahora bien, esta constatación no podía ocultar algunas diferencias de relieve. Entre ellas y, sobre todo, la determinada por la situación estatutaria de pasividad del juez, que es garantía de una “imparcialidad desapasionada” que nunca estará al alcance del historiador: éste elige el tema y “en la elección del tema está ya la confesión de una preferencia y en la formulación del problema se encuentra ya implícito el criterio de la solución”<sup>54</sup>.

Por lo demás, sigue apuntando CALAMANDREI, mientras el juez tiene limitadas también normativamente las fuentes de conocimiento (es el caso, por ejemplo, de la “ciencia propia”), el historiador “no sabría resignarse nunca a cerrar los ojos a la verdad, únicamente porque el sendero que le ha conducido hasta ella no esté indicado en los mapas oficiales”<sup>55</sup>. Además, en fin, donde éste último podría legítimamente expresar una actitud de incertidumbre, el juez estaría siempre obligado “a toda costa a llegar a una certeza oficial”<sup>56</sup>.

Asimismo, CALOGERO se ocupó de señalar la analogía de ambos modelos; incidiendo en una particularidad metodológica y es que: “como el historiador, también el juez se encuentra con el hecho no como una realidad ya existente, sino como algo a reconstruir”<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> CALAMANDREI, P., *El juez y el historiador*, en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, ps. 107 y siguientes.

<sup>53</sup> Ídem, p. 107.

<sup>54</sup> Ídem, p. 112.

<sup>55</sup> Ídem, p. 114.

<sup>56</sup> Ídem, p. 116.

<sup>57</sup> CALOGERO, G., *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam, Padova, 2ª ed., 1964, p. 129.

A pesar de lo sugestivo de la consideración comparativa, hay aspectos de la función del juez que condicionan desde fuera su forma de relación con los *hechos* y que no pueden dejar de apuntarse, aunque sea esquemáticamente. NOBILI<sup>58</sup> se ha manifestado en ese sentido, haciendo hincapié, en primer lugar, en el carácter eminentemente práctico de la orientación del juez. En efecto, el interés que mueve su actuación no es puramente gnoseológico, en la medida en que la averiguación de la verdad tiene que ver con la resolución de un conflicto. Por otro lado, esa búsqueda está también interferida por el momento normativo. Y esto no sólo porque tenga que conducirse por cauces más o menos predeterminados, como se ha visto, sino porque la cuestión sobre la que el juez está obligado a pronunciarse, incluso en su dimensión fáctica, suele estar profundamente teñida de aspectos de valor y la indagación judicial siempre se da en función de una hipótesis necesariamente normativa.

Con todo, este juego de búsquedas de analogías y matices diferenciales deja prácticamente intacto un aspecto de fondo que, en este caso, es el que más interesa. Lo ha puesto de manifiesto TARUFFO, al decir que así no se obtiene “ninguna indicación en torno al procedimiento en el que la investigación se exterioriza, ni precisa las características de lo que es objeto de la misma, ni aclara en qué consisten los datos en que se funda”. Y es que, por esa vía se da “sólo en apariencia una solución al problema del juicio de hecho, mientras en realidad no se analiza la estructura lógica del procedimiento”<sup>59</sup>.

Ese paso lo ha dado recientemente FERRAJOLI<sup>60</sup>. Este autor comparte el ya aludido clásico punto de vista de que el juez tiene que vérselas con una forma particular de verdad *histórica*, puesto que no está a su alcance la observación directa de las conductas objeto de enjuiciamiento. Pero, señala, la investigación judicial “no consiste sólo en la recogida de datos y piezas de convicción, sino sobre todo en experimentar y producir *nuevas* fuentes de prueba”; de manera que “lo que el juez experimenta no son los hechos delictivos objeto del juicio, sino sus pruebas”.

Ello, es decir, el intento de determinación de los hechos “probados” del pasado, a través del análisis de hechos “probatorios” del presente, confiere a la actividad las características de la inferencia inductiva.

Ahora bien, una inferencia inductiva peculiar en determinados aspectos, de los de que algunos ya han quedado señalados. Y que cuenta además con otro relevante elemento diferencial y es que en la inferencia

<sup>58</sup> NOBILI, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 49.

<sup>59</sup> TARUFFO, M., *Il giudice e lo storico: consideración metodologiche*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1967, p. 445.

<sup>60</sup> Ídem, ps. 25-26.

inductiva que realiza el juez cobra un valor esencial de signo positivo la falacia del *argumentum ad ignorantiam*, que 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”<sup>61</sup>. Es el principio de presunción de inocencia, al que ya aludió CALAMANDREI, al caracterizar al *in dubio pro reo* como instrumento preclusivo de la perplejidad del juez<sup>62</sup>, que juega ahora un papel central en la epistemología judicial, en la que no se limita a operar como regla de juicio, sino como verdadero eje del sistema.

### III. 2. El detective

La búsqueda de puntos de referencia metodológicos que puedan ser analógicamente explicativos de la naturaleza del trabajo del juez en materia de hechos, no se ha detenido en su asimilación al historiador.

Como es bien sabido, la investigación judicial parte de la constatación empírica de que se ha producido un determinado resultado. Un resultado anómalo, es decir, que rompe la normalidad. Desde esa evidencia primaria, llevada al juez habitualmente con un conjunto de otros datos, éste tratará de reconstruir el caso en la totalidad de sus elementos integrantes.

Tal modo de proceder a partir de *indicios*<sup>63</sup>, guarda relación con el modelo de la semiótica médica (donde el “indicio” es el “síntoma”), pero presenta también una cierta homología con el “razonar hacia atrás” de Sherlock Holmes.

Por eso, no tiene nada de extraño que filósofos y semiólogos se hayan ocupado del método de investigación criminal del personaje de Doyle con profundo interés<sup>64</sup>; creyendo haber encontrado en él una expresión del pensamiento de Ch. S. PEIRCE acerca de la hipótesis o abducción<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Cfr. COPPI, *Introducción a la lógica*, cit., p. 65.

<sup>62</sup> Ídem, p. 116.

<sup>63</sup> Indicio: “Cualquier cosa que indica la posibilidad de que haya existido, exista, haya ocurrido o vaya a ocurrir cierta cosa” (MOLINER, M., *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 1977).

<sup>64</sup> ECO, U. y SEBEOK, T. A. (eds.), *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Bompiani, Milano, 1983, es un buen ejemplo (versión en castellano por E. Busquets, Lumen, Barcelona, 1989).

Puede verse, asimismo, SEBEOK, T. A. y UMIKER-SEBEOK, I., *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de investigación*, trad. de L. Güell, revisión de I. M. Pérez Tornero, Paidós, Barcelona, 1987 (este libro contiene en realidad lo que es el trabajo inicial de los reunidos en el anterior).

<sup>65</sup> Cfr. la voz “Abducción”, en FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, cit., ps. 12-14.

Más recientemente FASSONE<sup>66</sup>, siguiendo las observaciones de ECO<sup>67</sup> sobre el particular, ha llevado directamente el punto de vista de PEIRCE al terreno de la reflexión sobre la prueba judicial.

En este planteamiento, el juez opera en su averiguación a partir del conocimiento del resultado y de una regla que actúan como premisas. Ahora bien, tal regla no es equivalente a la ley general del razonamiento deductivo. Ésta se halla bien determinada y contiene en sí misma toda la información relevante; así, operar la subsunción del caso concreto es una simple *aplicación*, “una mera explicitación del contenido semántico de las premisas”<sup>68</sup> que, si se hace con el necesario rigor formal, garantiza la validez del resultado. Pero no produce aumento de saber empírico, es decir, no permite ir hacia adelante en el conocimiento, descubrir algo nuevo.

La abducción se caracteriza, en cambio, porque ella “mira a encontrar, junto al caso, también la regla”<sup>69</sup>. Ésta puede ser de más o menos fácil localización, pero nunca susceptible de simple *aplicación* con la garantía del resultado que cabe esperar en el caso de la deducción. Aquí el valor de verdad no está plenamente garantizado por la validez de las premisas, por eso existe un riesgo.

En resumen, en el razonamiento deductivo, como se sabe, se dispone de una premisa mayor, que es una regla a cuya naturaleza ya se ha aludido; y de una premisa menor, a partir de las cuales se obtiene una conclusión en la forma también expuesta.

En la abducción, lo primero que se conoce es la conclusión (Fulano ha sido hallado con un cuchillo clavado en el corazón), que es justamente el punto de arranque del razonamiento. Se tiene o se puede llegar, además, al conocimiento de ciertas reglas (máximas de experiencia) –sobre cuyas particularidades se hablará más adelante– que pueden hallarse más o menos codificadas, ser más o menos precisas, más o menos experimentadas, de mayor o menor nivel de generalidad. Pero de su aplicación, una vez identificadas, no se deriva una conclusión necesariamente válida, sino sólo probable.

Porque, en suma, como escribió PEIRCE, mientras “la deducción prueba que algo tiene que ser (...), la abducción sugiere meramente que algo puede ser”<sup>70</sup>. En nuestro caso, una relación histórica, puesto que está refe-

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> ECO, *Corna, zoccoli, scarpe. Alcune ipotesi su tre tipi di abduzione*, en ECO y SEBEOK, *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, cit., ps. 237 y siguientes.

<sup>68</sup> BONFANTINI, M. A. y PRONI, G., *To guess or not to guess?*, en ECO y SEBEOK, *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, cit., p. 152.

<sup>69</sup> *Ídem*, p. 244.

<sup>70</sup> PEIRCE, Ch., *El hombre, un signo. El pragmatismo de Peirce*, trad., introd. y notas de J. Vericat, Crítica, Barcelona, 1988, p. 136.

rida a un momento pasado, y es la que se trata de establecer, entre un hecho y el acto causal.

Buscando precisar la diferencia entre la inducción y la abducción, el propio PEIRCE añadía que una y otra, naturalmente “conducen a aceptar una hipótesis en cuanto los hechos observados aparecen como consecuencias necesarias o probables de tales hipótesis”, pero “la abducción toma su punto de partida de los hechos, sin tener, al principio, a la vista alguna particular teoría, aunque se encuentre motivada por la sensación de que se requiere una teoría para explicar hechos sorprendentes. La inducción parte de una hipótesis que parece sugestiva sin tener al inicio algún hecho en particular a la vista, aunque se tenga la sensación de la necesidad de hechos para sostener una teoría. La abducción busca una teoría. La inducción busca hechos. En la abducción la consideración de los hechos sugiere la hipótesis. En la inducción el estudio de la hipótesis sugiere los experimentos que hacen la luz sobre los hechos auténticos a los que la hipótesis se refiere”<sup>71</sup>.

De esta cita de PEIRCE puede extraerse una conclusión elemental, que en ningún caso sería polémica: cualquiera que fuera la relación que llegue a establecerse entre inducción y abducción, ambas serían siempre formas de inferencia ajenas al modelo deductivo, es decir, sintéticas, cuyo resultado es innovador con respecto al contenido de las premisas y, por eso, siempre arriesgado.

Por otra parte, el drástico criterio de demarcación de que PEIRCE hace uso para distinguir entre ambos modelos, en función del punto de partida (hipótesis/hecho) y del objetivo (hechos/teoría), ha sido seriamente cuestionado<sup>72</sup>.

En fin, y para lo que aquí interesa, importa señalar que en el caso del juez del enjuiciamiento, es cierto que su inferencia lleva de un caso particular a un caso particular, de un hecho a otro hecho. Pero, en el punto de partida, existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria) que avanza una propuesta de explicación de la forma de acaecimiento del hecho motivador de la apertura del proceso. Y, desde luego, la indagación judicial no está orientada ni conduce a la construcción de teorías.

<sup>71</sup> SEBEOK y UMIKER-SEBEOK, “Voi Conoscete il mio metodo”: un confronto fra Charles S. Peirce Sherlock Holmes, en *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de investigación*, cit., p. 44.

<sup>72</sup> Así, por ejemplo, HANSON: “Muchos rasgos de la resolución de problemas reales por parte de la gente ordinaria y de los científicos ordinarios, exige la comprensión de los *critérios* en virtud de los cuales pueden distinguirse las *buenas* razones de las *malas* razones. Mucho antes de que un investigador haya acabado su investigación, haya solucionado su problema y haya escrito finalmente su informe de investigación, debe haber habido muchas ocasiones en las que se ha visto forzado a usar su cabeza, a invocar su razón, y a decidir entre las especulaciones que parecían potencialmente fructíferas y las que no lo parecían” (*Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*, cit., p. 52).

De este modo, cabe concluir con BESSO MARCHEIS que “el razonamiento abductivo puede proponerse como un modelo útil de descripción de momentos diversos y anteriores respecto al de la valoración de las pruebas y resulta, así, de utilidad bastante limitada a los fines de nuestro discurso”<sup>73</sup>. Por eso, y como enseguida se expone, siguiendo a FERRAJOLI, parece que se puede dar cuenta de la estructura del operar judicial acudiendo al modelo inductivo.

#### IV. Convicción libre del juez: de inspiración a inducción

##### IV. 1. *Intime conviction*

Desde que a partir del siglo XIII “la *aritmética de las pruebas* sustituyó al razonamiento”<sup>74</sup>, el sistema de la prueba legal aparece unido a la experiencia del proceso inquisitivo. Como se sabe, la teoría de la prueba legal guarda íntima relación con la figura de un juez estrechamente vinculado al poder que hoy diríamos ejecutivo, y a una concepción fuertemente autoritaria del proceso, concebido a su vez como instrumento capaz de procurar una verdad no *probable*, sino real sobre los hechos, apta para justificar incluso el recurso al tormento<sup>75</sup>. Por eso, sin perjuicio de cualquier otro tipo de consideraciones que al respecto pudieran hacerse, conviene no perder de vista la idea apuntada por GIULIANI de que “el problema de la tortura fue un problema de lógica”<sup>76</sup>. Es decir, una cuestión instrumental, de manera que si el proceso estaba preordenado a la obtención de una verdad absoluta, ésta, como fin, podría justificar el empleo de cualquier medio.

En tal perspectiva, el criterio de la prueba tasada, al establecer “ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza”<sup>77</sup> respondía formalmente al propósito de limitar el arbitrio del juez, que, dotado de una libertad extrema en la indagación, quedaría, no obstante, constreñido en sus aprecia-

<sup>73</sup> BESSO MARCHEIS, C., *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, en “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”, n° 4, 1991, p. 1138.

<sup>74</sup> GIULIANI, A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 184.

<sup>75</sup> F. CORDERO sitúa en el sustrato cultural del modelo inquisitivo la convicción de que “el Mal existe, anida por todas partes con temibles quintas columnas, y, puesto que el inquisidor lo combate, todo proceso es una diablomaquia” (*Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, en *La sentenza in Europa*, cit., p. 297).

<sup>76</sup> Ídem, p. 185.

<sup>77</sup> MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, sin ref. de trad., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, p. 30.

ciones a la predeterminación normativa del valor de las adquisiciones probatorias<sup>78</sup>.

No obstante este punto de partida, lo cierto es que el modelo, como no podía ser menos, dio lugar a unas prácticas<sup>79</sup> que condujeron “a la quiebra del sistema, tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral”<sup>80</sup>.

Bien reveladoras al respecto son las palabras de VOLTAIRE, en su comentario al libro de BECCARIA, cuando denuncia la admisión de “medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo, un *he oído decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa...”<sup>81</sup>.

Lo cierto es que la prueba legal experimentó las mismas vicisitudes que el proceso inquisitivo en su conjunto, a expensas, sobre todo, de la

<sup>78</sup> La pretensión, implícita en el sistema de la prueba legal, de sujetar al juez en su valoración a reglas de carácter supuestamente universal, dotadas de un –también supuesto– valor probatorio pleno, daba al modelo de razonamiento empleado, como ha señalado FERRAJOLI, una falaz estructura deductiva y por ello, una “aparente racionalidad”, no obstante lo cual el esquema lógico subyacente es el mismo que “está en la base de las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación” (ídem, ps. 113-114).

No veo contradicción entre este punto de vista y el de TOMÁS Y VALIENTE al aceptar que “tal vez” la tortura pudo significar “algo más racional que las ordalías” puesto que “fue un elemento probatorio jurídicamente regulado dentro de un proceso (de un proceso predominante o enteramente inquisitivo), y por tanto superador del anterior par de fuerzas ofensa-venganza” (*La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1973, p. 214). En efecto, mientras la reflexión de FERRAJOLI alude a una racionalidad *epistemológica*, la de TOMÁS Y VALIENTE lo hace a una de tipo más bien empírico. Como cuando G. AMATO, a propósito del mismo asunto, ve en la tortura medieval un tormento con *garantías*, que se pierden en la tortura renacentista (*Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1970, ps. 96-97).

<sup>79</sup> Sobre las prácticas del sistema ilustran muy bien VERRI, P., *Observaciones sobre la tortura*, trad., pról. y notas de M. De Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1977; y MANZONI, A., *Historia de la columna infame*, con nota de L. Sciascia, trad. de E. Gallego, Alianza, Madrid, 1987. Acerca de la experiencia española al respecto, cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI-XVII-XVIII*, Tecnos, Madrid, 1969, ps. 171 y ss.; y *La tortura en España*, citada.

<sup>80</sup> NOBILL, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., p. 112.

<sup>81</sup> VOLTAIRE, *Comentario al libro de los delitos y de las penas*, en apéndice de BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. J. A. De las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 158.

oposición hecha a ambos desde los presupuestos político-filosóficos de la Ilustración<sup>82</sup>.

Entre éstos se cuenta la renovada confianza en la razón, que lleva a una revalorización del “sentido común”<sup>83</sup>, y a que se ponga la vista en los jurados populares, opción a la que no es ajena una cierta influencia de la experiencia procesal inglesa. Esta tendencia, que tiene clara expresión en obras como las de FILANGIERI<sup>84</sup> y BENTHAM<sup>85</sup>, entre otros, cristaliza de forma paradigmática en la obra de la Asamblea Constituyente francesa.

La finalidad y el alcance de este trabajo obligan a pasar por alto las vicisitudes del principio de la *intime conviction*; particularmente aquéllas que, desplazándolo de sus raíces originales, dan razón de su definitiva inserción en el modo de operar de las magistraturas profesionales. Lo cierto es que, como consecuencia, el juzgador, en el marco del juego del principio de legalidad, quedará facultado para valorar libremente según su conciencia las pruebas practicadas.

A partir de ese momento, el principio, tanto en alguna teorización doctrinal como, sobre todo, en la práctica, apareció extraordinariamente teñido de subjetivismo, cual si el ejercicio de esa libertad de apreciación de datos probatorios en un contexto legal fuera, más que actividad racional, una especie de momento místico<sup>86</sup> y, en cuanto tal, incontrolable.

<sup>82</sup> Aunque la obligación de motivar las resoluciones judiciales fue una exigencia estimulada y favorecida por la cultura jurídica de la Ilustración, ésta, sin embargo, no se manifiesta de manera unívoca en la materia. Así, la consideración del juez como *bouche de la loi*, no deja prácticamente espacio para la motivación en la cuestión de hecho, puesto que conceptualmente elimina cualquier libertad del juzgador. Sobre este asunto, puede consultarse con provecho TARUFFO, M., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1974, ps. 18 y siguientes.

<sup>83</sup> Cfr. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., ps. 131 y siguientes.

<sup>84</sup> FILANGIERI, C., *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, vol. III, ps. 154 y ss. No obstante, hay que señalar que FILANGIERI se muestra partidario de “combinar la certeza moral del juez con la prescrita por el legislador, esto es, con el *criterio legal*” (p. 155).

<sup>85</sup> “¿Qué es una regla falsa en materia de procedimiento? Es una regla que tiende a poner en contradicción la decisión del juez y la ley; que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión” (BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Osorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1959, vol. I, p. 12).

<sup>86</sup> CORDERO, con palabras que por su expresividad ya son un obligado lugar común en la materia, se referirá críticamente “a la imagen de la libre convicción como de una voraz potencia superlógica”. Para afirmar su oposición a que “la libre convicción sea una suerte de potencia dionisíaca de la que no se pueda hablar sino en los términos alusivos con que la bacante hablaba del dios; que el intelecto no sea omnipotente no es un buen motivo para renunciar a usarlo donde podría ahora iluminarnos” (CORDERO, F., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, ps. 229-230).

Así, entre nosotros, un comentarista tan autorizado como AGUILERA DE PAZ interpretará el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la atribución al juez de un cometido que debe desempeñar “respondiendo a los dictados de la conciencia según las inspiraciones de su propio juicio acerca de la verdad de los hechos rectamente apreciados”<sup>87</sup>.

El riesgo de tal degradación del principio no pasó desapercibido a CARRARA, quien ya advirtió que “respecto al juicio acerca del *hecho*, el juez no tiene verdadero arbitrio, ni siquiera cuando se acepta su convicción íntima, pues siempre debe convencerse según la razón y según el proceso”<sup>88</sup>.

Que el juez no puede ser libre *de la prueba*<sup>89</sup>, es algo que, así formulado, no discutiría ni el más entusiasta de los defensores del principio que nos ocupa entendido *sub specie* del subjetivismo más extremo. Sin embargo, lo cierto es que, al postular un tipo de relación del juez con el resultado de la actividad probatoria, del género del que subyace al punto de vista doctrinal aludido y que cabe rastrear también en no pocas manifestaciones jurisprudenciales<sup>90</sup>, se está implícitamente apostando por una *libertad* para el juzgador que no conoce ni siquiera aquel límite.

En efecto, no basta la afirmación ritual de la vinculación del juez a las aportaciones probatorias. La propia experiencia histórica en la materia no podía ser más elocuente acerca de los límites de la capacidad efectivamente ordenadora de la norma, una vez acreditadas las vicisitudes del propio sistema de la prueba legal.

Esta evidencia, y puesto que la actividad valorativa del juez no puede darse sin un soporte de conocimiento previo racionalmente obtenido y que –en la moderna disciplina constitucional del proceso– ha de ser, además, motivado *erga omnes*, hace que, como lúcidamente apuntó NOBILI, el

<sup>87</sup> BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., vol. V, p. 560. “El legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador la apreciación de las pruebas” (p. 558).

<sup>88</sup> CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, vol. II, Temis, Bogotá, 1957, p. 356.

<sup>89</sup> Tomo la expresión de BETTIOL, G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padova, 1966, p. 203 (hay traducción castellana, de Gutiérrez-Alviz y Conradi, Reus, Madrid). La misma idea puede verse expresada en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Huet García, 7 de junio de 1991): “valoración de la prueba en conciencia o íntima convicción del juzgador quiere decir, sin duda, libertad de apreciación de la prueba, pero no prescindir de la misma ni de su análisis...”. Aunque no podría afirmarse que la Sala Segunda sea consecuente en la exigencia del contenido de la última afirmación, puesto que es, como regla, francamente tolerante con la omisión del análisis de la prueba en las sentencias de que conoce.

<sup>90</sup> Críticamente, sobre la incidencia de esta actitud en la jurisprudencia de nuestro país de los años 30 a 50, cfr. MARTÍNEZ PEREDA, J. M., *El convencimiento judicial en el proceso penal español*, en “Revista de Derecho Judicial”, n° 13, 1963, ps. 42-43.

nudo de la cuestión relativa a “la validez de las nuevas reglas” deba desplazarse del campo “de la *imperatividad de la norma jurídica*” al de la “fundamentación y eficacia científica”<sup>91</sup>.

#### **IV. 2. La inferencia inductiva del juez**

La representación ideal del modo de razonar del juez como un silogismo, que tiene en la conocidísima formulación de BECCARIA<sup>92</sup>, su expresión más acabada, aunque sigue formando parte del bagaje cultural de no pocos profesionales del derecho<sup>93</sup>, ha sido eficazmente cuestionada en su capacidad descriptiva<sup>94</sup> del modo de operar judicial en la elaboración de la sentencia.

Sin embargo, creo que en ningún caso se había hecho con el rigor con que FERRAJOLI ha llevado a término la, seguramente, más acabada tarea de crítica y propuesta de un modelo alternativo de comprensión de la tarea jurisdiccional.

A su juicio<sup>95</sup>, ninguna de las dos operaciones mediante las que se obtiene la verdad procesal responde al esquema del silogismo: ni la inducción representada por la prueba de los hechos, ni la deducción en que

<sup>91</sup> Ídem, p. 196.

<sup>92</sup> “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena” (BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 31).

Del grado de aceptación de este punto de vista da cuenta su acogida por procesalistas de tanto relieve como CARNELUTTI (cfr. *La prueba civil*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires, 1982, ps. 62-63).

<sup>93</sup> Para muestra un botón, en una sentencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Moner, 10 de enero de 1992) puede leerse: “... dentro del silogismo que entraña la sentencia...”.

<sup>94</sup> En esta línea vale la pena dejar constancia aquí del punto de vista de TARUFFO: “Hablar de función ideológica de la teoría silogística del juicio significa poner en evidencia que ésta tiende a acreditar una determinada imagen del juez, más que del juicio, destinada no tanto a delinear una realidad concreta, como a indicar cuál debería ser tal realidad. En efecto, la doctrina del silogismo judicial, 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” (TARUFFO, *La motivazione*, cit., ps. 163-164).

Entre nosotros se cuestiona ya la concepción silogística, por ejemplo, en FENECH, M., *Derecho procesal penal*, vol. II, Labor, Barcelona, 2ª ed., 1952, p. 237.

Más recientemente, sobre los límites de la categoría referida a la decisión judicial, lo ha hecho ATIENZA, *Las razones del Derecho*, cit., ps. 39 y siguientes.

<sup>95</sup> Lo que sigue se funda en FERRAJOLI, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., ps. 64 y ss., y 129 y siguientes.

consiste su calificación jurídica tienen la forma de las *proposiciones normativas*, sino de *proposiciones asertivas*, es decir, relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales. En uno y otro caso se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad.

Frente a lo sostenido por BECCARIA, FERRAJOLI ve en el *modus operandi* del juez no una inferencia, sino tres: una inferencia *inductiva*, que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria y permite afirmar, por ejemplo, que Fulano ha causado la muerte de Mengano; una inferencia *deductiva*, que tiene como premisa la anterior afirmación de hecho y un precepto, en este caso del Código Penal, y permite afirmar, como conclusión, que Fulano ha cometido un delito de homicidio; y un *silogismo práctico*, que integra la parte dispositiva, cuyas premisas son normativas (Fulano ha cometido un homicidio; al homicidio corresponde tal pena) y cuya conclusión es también una norma para el caso concreto: Fulano debe ser condenado a tal pena.

Así resulta que el lugar del silogismo de BECCARIA ha sido ocupado por dos silogismos de carácter teórico y un silogismo práctico o deóntico.

Acoger metodológicamente el carácter de inferencia inductiva de la averiguación de los hechos, supone a la vez asumir algo que, no obstante su aparente obviedad, tiene una relevancia que no debe desconocerse. Me refiero al dato de que con ello se sitúa reflexivamente el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las *explicaciones probabilísticas*, que son las que permiten afirmar algo, pero solo, y si la derivación es correcta, “con un alto grado de probabilidad, y quizá con ‘certeza práctica’”<sup>96</sup>.

De ello se sigue una consecuencia que no debe perderse de vista: probabilidad implica un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones; cuando ésta conduce a decisiones que afectan a bienes personales extraordinariamente sensibles, la incertidumbre implica a su vez una forma de *poder*. Un poder que, como inevitablemente discrecional en algún grado, nunca será del todo controlable<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> HEMPEL, C. G., *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de A. Deaño, Alianza, Madrid, 1973, p. 93.

<sup>97</sup> Hay en nuestra cultura procesal una marcada inclinación a atribuir a los juicios de hecho naturaleza deductiva (cfr., Sala Segunda, sentencias de Puerta Luis, 27 de mayo de 1991; Soto Nieto, 17 de junio de 1991; Huerta Álvarez de Lara, 29 de junio de 1991; Montero Fernández-Cid, 12 de julio de 1991; Ruiz Vadillo, 4 de septiembre de 1991); en lo que no parece arriesgado ver una resistencia implícita a aceptar que el conocimiento del juez en la materia no es el *conocimiento en sentido fuerte* que tradicionalmente se ha asimilado a la lógica deductiva. A ello responde la que TARUFFO ha llamado “‘juridización’ del juicio de hecho, que así resulta en buena medida reabsorbido en el ordenamiento como sistema completo y cerrado de criterios de decisión” (TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 164, nota).

Así las cosas, y para que esos márgenes de incertidumbre puedan verse reducidos tanto como sea posible, es fundamental que la inferencia judicial tenga siempre un referente empírico bien identificable<sup>98</sup>, que haga posible afirmar con rigor si las proposiciones relativas a él son verdaderas o falsas, evitando que bajo la apariencia de enunciados descriptivos se formulen sólo juicios de valor<sup>99</sup>.

La inferencia judicial tiene su punto de partida en un acaecimiento humano que rompa de algún modo la normalidad, de forma que interese al ordenamiento penal. Ello da lugar a la formulación de un intento de explicación, de una *hipótesis*, la acusatoria, que como cualquier hipótesis es un “enunciado sometido a contrastación”<sup>100</sup>.

Contrastar una hipótesis es, como se sabe, poner a prueba su valor explicativo, en este supuesto, del caso a examen. Tratándose del enjuiciamiento, ello se hace mediante el desarrollo de la actividad probatoria<sup>101</sup>.

Para que la hipótesis acusatoria pueda considerarse válida, se precisa una pluralidad de confirmaciones. La fecundidad de una hipótesis requiere que sea confirmada por más de un hecho. (El único hecho de haber estado Fulano en el lugar del crimen no lo acredita, sin más, como su autor).

<sup>98</sup> Es evidente que esta exigencia tiene que hallarse previamente satisfecha en la ley, mediante la efectividad del principio de “*estricta* legalidad”. Éste (frente al de “*mera* legalidad”, que va dirigido al juez y le impone la observancia de lo dispuesto en la ley) “se dirige al legislador, al que prescribe la taxatividad y determinación empírica de las formulaciones legales”. Porque, “sólo cuando están dotadas de precisas referencias empíricas y fácticas, las definiciones legales de las hipótesis de desviación son adecuadas para determinar de manera tendencialmente exclusiva y exhaustiva su campo de aplicación” (FERRAJOLI, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 35).

<sup>99</sup> Naturalmente, no se pretende expulsar los juicios de valor de una actividad como la judicial, en la que el momento valorativo ocupa un lugar fundamental. Se postula, sin embargo, un esfuerzo, una tensión –como actitud metodológica– orientada a que el juez opere con ellos de forma consciente y en el momento en que ha de hacerlo.

<sup>100</sup> HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 38.

<sup>101</sup> FERRAJOLI propone “llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que tenga a su vez el valor de un indicio”. El modelo, ilustra FERRAJOLI, funciona así: *Fulano* testifica que ha visto a *Mengano* salir de casa de *Perengano* con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada. Pues bien, tal afirmación es *prueba*, más o menos probable, según la sinceridad de *Fulano*, del hecho de que él ha visto a *Mengano*. Este segundo hecho es, en cambio, sólo un *indicio*, a su vez más o menos probable, según el crédito que se dé a la vista de *Fulano*, de que *Mengano* ha salido realmente de la casa de *Perengano* en las circunstancias que se ha dicho. Este tercer hecho es, a su vez, un indicio, más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, de que *Mengano* ha matado a *Perengano* (cfr. *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., ps. 130-131).

Es preciso asimismo que la hipótesis sea resistente a las contrapruebas aportadas por la defensa. Una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis: si la coartada es verdadera la hipótesis es falsa.

Tienen que resultar también desvirtuadas todas las hipótesis alternativas.

En todo este proceso, deben de tenerse en cuenta algunas indicaciones. Así, cuanto mayor es la distancia y por tanto mayor es el número de inferencias que han sido necesarias para derivar de los hechos probatorios el *thema probandi*, menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria.

Prueban más las pruebas que son más ricas en contenido empírico. Por eso si concurren varias hipótesis alternativas, se ha de optar por la más simple<sup>102</sup>.

Cuando al final de ese proceso de conocimiento, el juez aventura unos hechos como probados, habrá formulado, a su vez, una hipótesis acerca de la forma en que ellos tuvieron lugar. Una hipótesis probabilística, como consecuencia de que en la inferencia inductiva la conclusión va más allá de las premisas, aporta algo que no está contenido necesariamente en éstas y supone, en esa medida, un cierto salto hacia adelante.

Esto es lo que da un sentido también epistemológico<sup>103</sup> a la existencia de las garantías procesales, que configuran un marco *normativo*, regido por el principio de presunción de inocencia, en el que la inducción judicial ha de desenvolverse. Pero que en ningún caso altera la naturaleza *probable* del conocimiento adquirido por ese medio.

FERRAJOLI se muestra partidario de acudir al esquema nomológico-deductivo<sup>104</sup>, como medio de acreditar, de evaluar, la consistencia de la inferencia inductiva del juez. Esto permitiría alcanzar una justificación relativa, al permitir identificar los *criterios de decisión*.

Como se ha visto, la inferencia inductiva permite ir del *thema probandum* descrito en la hipótesis acusatoria a los hechos *probatorios* que son su explicación. Ahora bien, una vez realizada aquélla, puede dársele la vuelta, puede invertirse su curso, tratándola como si fuera una inferencia deductiva.

<sup>102</sup> HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., ps. 67 y siguientes.

<sup>103</sup> "Las garantías penales y procesales, además de *garantías de libertad*; son también *garantías de verdad*; [porque] 'saber' y 'poder' concurren de manera diversa en el juicio, según que las mismas sean más o menos realizables y satisfechas" (FERRAJOLI, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 46).

<sup>104</sup> Precisa su propuesta en ídem, ps. 141-143. Sobre el modelo de explicación nomológica-deductiva, cfr. HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., ps. 79 y ss.; y ECHEVARRÍA, *Introducción a la metodología de la ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*, cit., p. 55.

En ésta los hechos probatorios constituirán una primera premisa que, puesta en relación con otra: alguna(s) ley(es) o generalización(es) empírica(s) comúnmente aceptada(s) –*máximas de experiencia* en terminología procesal–, permitirá tener como probado el hecho de que se trata. O pondrá de manifiesto que no se procedió correctamente en la inferencia previa<sup>105</sup>.

Esta ulterior manera de operar es evidente que no convierte lo obtenido a través de ella en conocimiento deductivo, puesto que no altera el proceso cognoscitivo como tal<sup>106</sup>. No cambia por tanto la naturaleza probabilística del conocimiento adquirido, pero tiene indudables ventajas, desde el punto de vista del *control de la calidad* del curso argumental del juez: por un lado le obliga a ordenar el material probatorio ya contrastado, a verificar la forma en que lo ha sido, y a hacer explícitas las máximas de experiencia empleadas; y, por otro, permite también apreciar con más facilidad hasta qué punto uno y otras en su interacción *explican* y en qué medida, o no *explican*, en el caso concreto.

#### **IV. 3. El papel de las máximas de experiencia**

Al hablar de esta materia continúa siendo un punto de referencia necesario la noción elaborada por STEIN, que concibió las máximas de experiencia como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”<sup>107</sup>.

En una primera aproximación, la noción apunta a algo tan obvio como que resulta impensable que alguien –incluido el juez– pudiera pres-

<sup>105</sup> Una aproximación intuitiva a la elaborada propuesta de FERRAJOLI, puede verse en G. WALTER, cuando exige del juez una forma de apreciación y de expresión de la apreciación de la prueba “que sea repetible mentalmente”. (*Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y los límites del libre convencimiento judicial*, trad. de T. Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985, p. 359).

<sup>106</sup> Como escribe Letizia GIANFORMAGGIO, a diferencia de lo que sucede en el razonamiento deductivo, en el inductivo “la mera enunciación de la premisa, o eventualmente de las premisas, no es suficiente para probar de manera rigurosa alguna conclusión. Se sabe bien que una inferencia inductiva debe probarse, y la prueba viene dada por un elemento extraño al razonamiento” (*Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, en SCARPELLI, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunita, Milano, 1983, p. 144). Y es evidente que ese paradigma no se altera por la inversión nomológica-deductiva de un previo razonamiento inductivo.

<sup>107</sup> STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, trad. de A. De la Oliva, Temis, Bogotá, 1988, p. 27.

cindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimientos que proporciona la experiencia socialmente acumulada.

Sin embargo, el relieve adquirido por la noción en el momento y en la cultura procesal, del que es buena expresión el trabajo de STEIN, no se limita a esa perspectiva.

Como ha señalado TARUFFO<sup>108</sup>, esa elaboración doctrinal consistente en traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del *id quod plerumque accidit*, respondió de manera inmediata a la necesidad de salir al paso de las tesis de la escuela del derecho libre. Y, más en concreto, a la finalidad de hacer posible un control sobre el juicio de hecho por parte de la casación.

Por esa vía, una vez traducidos a *reglas generales* los criterios extraídos de la experiencia, el juicio de hecho recibía cierta impronta *normativa* y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva, de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor.

Lo expresaba con claridad ROSENBERG, al considerar el juicio de hecho como “una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas”<sup>109</sup>.

Se advierte fácilmente que esta forma de concebir la máxima de experiencia sigue estando profundamente instalada en la consideración jurisprudencial del juicio de hecho, como lo ponen de manifiesto las precedentes referencias.

Y no puede tampoco pasar desapercibido que la máxima, además de la función reconocida de propiciar el control lógico del juicio, tiene una clara dimensión ideológica: atribuir al conocimiento judicial del dato empírico una calidad de certeza (deductiva) que no tiene en absoluto. Y no la tiene porque la *ley* en que se traduce la máxima de experiencia no es una ley “de forma universal”, sino el fruto de la constatación de cierta regularidad en la forma de producirse determinados fenómenos o comportamientos<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> TARUFFO, M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970, p. 197 y siguientes.

<sup>109</sup> ROSENBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil*, Ejea, Buenos Aires, 1955, vol. II, p. 210; DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, vol. I, Zavallá, Buenos Aires, 1981, p. 175.

<sup>110</sup> “... la distinción entre leyes de forma universal y leyes de forma probabilística no se refiere a la fuerza del apoyo empírico de los dos tipos de enunciados, sino a su forma, que refleja el carácter lógico de la aserción que hacen. Una ley de forma universal es básicamente un enunciado en el sentido de que *todos* los casos en que se dan unas condiciones de tipo *F* se dan también unas condiciones de tipo *G*; una ley de forma probabilística afirma,

La máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal reconsideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de búsqueda de la verdad de los hechos.

Por otra parte, resulta casi innecesario decir que no todas las máximas de experiencia estarán dotadas de la misma eficacia explicativa en el momento de dar el salto de un hecho probatorio a otro que pueda considerarse probado.

Así, mientras algunas máximas de experiencia –piénsese en las que rigen la pericia dactiloscópica– gozan de un alto grado de elaboración y reconocimiento; otras serán el fruto de un reducido número de datos empíricos<sup>111</sup>, e incluso tener necesidad de ser, a su vez, probadas<sup>112</sup>.

Ahora bien, y como conclusión, con independencia de la calidad de la máxima de que se haga uso en cada caso, lo cierto es que, como escribiera FOSCHINI, “percibido el hecho fuente de prueba, éste permanecería absolutamente carente de significado y mudo, a los fines de la prueba, si no estuviera referido a la experiencia y, más precisamente, subsumido en una máxima de experiencia, porque sólo de ese modo resulta posible obtener el convencimiento acerca de la verdad del hecho diverso que es objeto de prueba”<sup>113</sup>.

## V. La motivación de los hechos en serio

El precepto contenido en el artículo 120.3 de la Constitución, más que cerrar, realmente abre el problema de la motivación, porque, una vez

---

básicamente, que bajo ciertas condiciones, que constituyen la ejecución de un experimento aleatorio *R*, se producirá un cierto tipo de resultado en un porcentaje específico de casos” (HEMPEL, *Filosofía de la ciencia natural*, cit., p. 102).

<sup>111</sup> M. NOBILI se muestra partidario de distinguir entre máximas de experiencia y lo que describe como “criterios sólo tendenciales del comportamiento humano” (*Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d’esperienza”*, en “*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*”, 1969, p. 184).

<sup>112</sup> Sobre este último aspecto, cfr. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, y NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette “massime d’esperienza”*, cit., ps. 171 y siguientes.

<sup>113</sup> FOSCHINI, G., *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965, ps. 414-415.

Es por lo que AMODIO insiste en la necesidad de “hacer explícito el canon de argumentación utilizado para llegar a la afirmación de haberse producido el hecho imputado”. Así, el modelo normativo de la motivación, se desarrolla según la siguiente secuencia: “hecho probatorio –máxima de experiencia– hecho probado” (ídem, ps. 208-209).

atribuido a ésta de modo inequívoco el carácter de deber –constitucional– del juez, resulta inexcusable plantearse el problema de sus dimensiones, del alcance de la exigencia.

Como es bien sabido, esa norma de nuevo cuño, fue a proyectarse en un contexto caracterizado por la escasa cultura y la práctica todavía más pobre de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En efecto, la sentencia penal estándar, el *estilo* de las resoluciones judiciales entre nosotros, estaba caracterizado por la declamación, por el hábito de la declaración apodíctica de ciertos hechos como “probados”, siguiendo en la forma el torturado y torturador modelo de la francesa *phrase unique*, redactada en jerga impenetrable, siempre bien aderezada de gerundios<sup>114</sup>. Tales hechos, seguidamente, se declaraban, con fórmula sacramental y sin ninguna pretensión explicativa, constitutivos de una determinada infracción penal, haciéndolo como si de una derivación puramente mecánica se tratase.

Esta tradición sigue harto viva todavía en la práctica de muchos juzgados y tribunales, aunque a partir de momentos relativamente próximos, ha comenzado a experimentar cambios cuyo relieve no sería justo desconocer.

Así, puede decirse, va abriéndose camino entre nosotros una cierta nueva cultura de la motivación en la que, sin embargo, todavía pesa más el lastre del viejo decisionismo inmotivado que el impulso emanado del imperativo del texto fundamental; sobre todo, en lo que hace referencia a la *quaestio facti*.

Es cierto que la relevancia de la motivación en la materia goza de autorizado reconocimiento jurisprudencial del más alto rango<sup>115</sup>. Pero

<sup>114</sup> Cfr. BAYO DELGADO, J., *De gerundios jurídicos*, en “Boletín Informativo Jueces para la Democracia”, nº 7, octubre 1991, p. 6; interesante apunte crítico sobre las particularidades del estilo de redacción que caracteriza a ese modelo.

<sup>115</sup> Expresiva al respecto resulta la sentencia 55/1987 del Tribunal Constitucional (Díez Picazo), que en un tema de imprudencia señalaba la necesidad de establecer “motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado”. Y también la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del 20 de febrero de 1990, en que, tras afirmar que en el campo penal “la relación de hechos probados es la piedra angular”, se hacía hincapié en que “si no se dan razones sobre el valor que el juzgador concede a la prueba practicada y se limita la sentencia, como ha sido norma hasta tiempos recientes, a expresar la calificación jurídica de los hechos que se habían declarado probados mediante un razonamiento que se mantenía secreto en la conciencia de sus autores, falla precisamente la motivación en aquella parte que, sin duda, es la más importante y constituye en muchos casos el tema único sobre el que versa el debate” (Delgado García). O la de la misma Sala (Soto Nieto, 20 de febrero de 1991), donde se llama también la atención expresamente sobre el relieve de la “motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia”.

Lo malo es que tal énfasis en la exigencia de motivación fáctica se reserva exclusivamente para la llamada prueba indirecta.

también lo es que, no obstante lo categórico de muchas de las aserciones, las propias resoluciones en las que ese criterio se expresa, fácilmente pasan luego, sin solución de continuidad, a dar por bueno lo que no son sino verdaderas ausencias de motivación.

Tal es, por ejemplo, el caso, de la llamada *motivación implícita*, o motivación “no dicha”<sup>116</sup>, que cuenta con una franca aceptación en nuestra jurisprudencia<sup>117</sup>. Sobre todo tratándose de supuestos de la llamada prueba “directa”<sup>118</sup>.

No resulta difícil adivinar que la renuncia –ésta quizá más que implícita– a dar realidad en la práctica a exigencias de principio como la que nos ocupa, que, por otra parte, se formulan con tanta firmeza, responde a criterios inequívocamente pragmáticos<sup>119</sup>. Lo malo es que la renuncia no es, como parece querer sugerirse, (*sólo*) a la expresión de la motivación, sino a la motivación misma. En efecto, aunque en una consideración superficial tal vez cupiera pensar que, en casos como los comprendidos en esa

<sup>116</sup> Cfr. TARUFFO, *La fisonomia della sentenza in Italia*, cit., p. 457; para una más amplia consideración, cfr. *La motivazione*, cit., ps. 437 y siguientes.

<sup>117</sup> Por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 174 y 175 de 1985, y 14 y 122 de 1991. También el mismo Tribunal Constitucional ha dado vía libre a la *motivación por remisión*, versión actualizada del castizo “por sus propios fundamentos” (Autos 688/1986 y 956/1988; y sentencia 27/1992).

<sup>118</sup> La contraposición entre prueba “directa” y prueba “indirecta” procede de BENTHAM (*Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, cit., p. 27).

La distinción es cuestionada por FERRAJOLI, a partir del criterio de demarcación, porque “las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca *directas* sino casi siempre pruebas *indirectas*”. De este modo, “si se excluyen los delitos cometidos durante un juicio, en los que el hecho probatorio y el hecho objeto de prueba son todo uno, las *pruebas directas no existen*” (FERRAJOLI, *Libre apreciación de la prueba*, cit., p. 132 y p. 182, nota 25). Hay que decir que, seguramente, las pruebas no serían directas en ese sentido ni siquiera en este último caso; en el que el enjuiciamiento del eventual delito resultaría transferido a otro tribunal, ante el que los magistrados que presenciaron el hecho inculparable tendrían que declarar como testigos.

<sup>119</sup> Son los mismos que se expresan en una marcadísima tendencia jurisprudencial –generalizada en toda clase de instancias– a *recuperar*, relegitimándolas por distintas vías, informaciones policiales connotadas de ilegalidad por el quebrantamiento de normas imperativas. Quizá uno de los casos más llamativos esté en el tratamiento de las infracciones del artículo 569.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en no pocas sentencias de la Sala segunda a pesar de lo diáfano de su expresión acerca de la presencia del secretario judicial en los registros, en la versión de 1882.

No resulta difícil adivinar en el fondo de estas actitudes la consideración de tales supuestos *sub specie* de un presunto conflicto entre el *ius puniendi* del Estado –derecho de la sociedad a defenderse, se dice también– y un cierto interés (exclusivo) del imputado que buscaría beneficiarse arteramente de la aplicación de las garantías. Cuando lo cierto es que el interés en la efectiva vigencia de éstas es de carácter público-constitucional y se orienta precisamente a la *defensa y subsistencia de la sociedad como sociedad democrática*.

fórmula, habría todo lo más cierta tolerancia con la reserva para el propio órgano decisor de los motivos de su opción acerca de la *quaestio facti*, no es así.

La exigencia<sup>120</sup> de trasladar a terceros los (verdaderos) motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación<sup>121</sup> y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes<sup>122</sup>. Y es que, efectivamente, no es lo mismo resolver conforme a una *corazonada*<sup>123</sup>, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene al principio de presunción de inocencia como *regla del juicio*<sup>124</sup>. Regla que tantas veces obliga a resolver

<sup>120</sup> La exigencia se entiende, naturalmente, como modelo-límite y apunta a la instalación en el juez-intérprete de una *tensión* hacia la transparencia y, al mismo tiempo, a tratar de impregnar su actividad decisoria de una cierta *distancia* autocrítica. Si esta actitud se predica como necesaria para el científico, cuyo hacer tiene que ver con entidades y magnitudes mucho más objetivas, con cuánto más motivo no ha de serlo para el juez, habida cuenta del alto nivel de implicación que es inherente a las cuestiones morales, y de lo difícil que resulta *filtrar* los presupuestos ideológicos, religiosos, culturales en general, desde los que inevitablemente se actúa.

<sup>121</sup> “Cuando en efecto la persona que realiza una opción sabe que tiene que motivar (y es la situación típica en que se encuentra el juez), no puede prescindir completamente de tal obligación y por tanto ya *se encuentra el campo de las soluciones eventuales restringido al de las opciones racionalmente justificables*: se vería constreñido a rechazar una determinada opción, quizá conforme a sus principios, cuando no fuese capaz de argumentarla favorablemente” (UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., ps. 53-54, cursiva agregada).

<sup>122</sup> Lo vio muy bien FRANK cuando escribió: “creo que hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye un panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escudriñar y criticar cuidadosamente sus motivaciones y a confrontar sus creencias...” (*Derecho e incertidumbre*, cit., p. 97).

También E. DOHRING cuando afirma: “un benéfico constreñimiento al autocontrol es el que impone el deber del averiguador profesional de justificar sus hipótesis por escrito”; algo que es válido “muy en especial para el juez, que tiene que fundamentar circunstanciadamente en la sentencia su concepción del estado de los hechos” (*La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación*, trad. de Tomás A. Banziaf, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 451 ).

<sup>123</sup> J. FERNÁNDEZ ENTRALGO ha recordado oportunamente lo “fácil que es ceder a la tentación de primar la intuición a costa de fabricar una verdad de artificio adaptada a aquélla, que más tarde se invocara para pretender mantener intangible el resultado de una tal manipulación” (*Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, n° 493-494, p. 3142).

<sup>124</sup> Tomo la expresión de ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, ps. 163-165.

contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquélla no encuentra confirmación plausible en el resultado de ésta.

Por eso, aunque en los casos de esa falta de motivación que se designa como motivación implícita la que más padece es en apariencia la dimensión *extraprocesal* del precepto del artículo 120.3 de la Constitución, la verdad es que el alcance de la claudicación es bastante mayor.

Motivar, escribe GIANFONNAGGIO, “significa justificar, y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control”<sup>125</sup>.

Efectivamente, la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal<sup>126</sup>. Un control, por cierto –conviene insistir–, no sólo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador a la que nos hemos referido<sup>127</sup>; y cuyo fin es, como se ha visto, implicarle (complicarle, diría) o comprometerle, para evitar la aceptación acrítica como convicción de alguna de las “peligrosas sugerencias de la ‘certeza subjetiva’”<sup>128</sup>. Esto, incluso en el caso hipotético de que toda la actividad probatoria fuera de la llamada *directa*<sup>129</sup>. Porque esa difícil eventualidad (donde además *directa* no significa necesariamente *simple*, ni fácil de valorar) nunca excluiría aquel peligro y por ende no podría autorizar al juez a rebajar el nivel de

<sup>125</sup> GIANFONNAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico*, cit., p. 136.

<sup>126</sup> “El control de la toma de decisión judicial en el área determinada por las normas legales es el postulado de todo sistema que se base en el principio de legalidad” (WRÓBLESWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igartua y J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 238). En esa línea las normas jurídicas son calificadas como “factores de restricción de los márgenes de la decisión” (p. 235).

<sup>127</sup> J. FERNÁNDEZ ENTRALGO ha hecho hincapié en la “función preventiva” de la obligación impuesta al juez de “depurar su propio discurso, en una labor autocrítica, que constituirá, sin lugar a dudas, la mejor profilaxis contra posibles quebrantamientos del derecho a la presunción de inocencia” (*La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional*, en “Poder Judicial”, número especial IV, dedicado a Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, p. 71).

<sup>128</sup> STELLA, F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 155. En idéntico sentido NOBILI: “certeza moral no debe significar nunca arbitrio, sino conocimiento razonado” (*La formazione*, cit., p. 281).

<sup>129</sup> FERNÁNDEZ ENTRALGO ha puesto de relieve cómo no existe argumento válido para limitar el alcance del deber de motivar a los supuestos en que la convicción se apoya en prueba indiciaria, cuando lo que está en juego es “la efectividad de un derecho fundamental” (*La motivación de las resoluciones*, cit., p. 76).

la racionalidad exigible en su trabajo; y porque, en cualquier caso, la sentencia no dejaría de estar dirigida a terceros, a toda la sociedad, que es lo que impone que se le dote de la información necesaria para que resulte un texto autosuficiente, que “se baste a sí misma”<sup>130</sup>, sin necesidad de remisiones a las actas del proceso.

Por eso no me parece aceptable el punto de vista de RUIZ VADILLO que no cree “obligado ni necesario” que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el porqué de la relevancia dada a cada medio en concreto: “por qué (se) creyó a dos testigos y (se) dejó de creer a tres o por qué (se) dio más credibilidad a un informe pericial que a otro”. Encuentra el autor la justificación de este criterio en que “en un tribunal colegiado (...) no todos sus 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, y no (sabe) cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos”; y, asimismo, en que “no parece conveniente ni menos necesario subrayar la incredibilidad de un testigo o de varios de manera expresa. Ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio”. De ahí que estime suficiente que se “deje constancia de los datos de que se ha dispuesto, declaraciones a favor o en contra, pericias en uno y otro sentido, etc., y cómo a su través, con prueba inequívoca de cargo, se llegó a la condena”. Porque “lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión”<sup>131</sup>.

Como se ha escrito en ocasiones, cada modo de sentenciar, como cada manera de escribir, lleva consigo una implícita selección del destinatario, del interlocutor. Desde esta perspectiva, diría que la propuesta de RUIZ VADILLO acota como espacio de diálogo sólo el estrictamente intraprocesal. Y lo hace en términos que se sitúan incluso por debajo del nivel de exigencia del artículo 10.6 a de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que imponía al juez el deber de plasmar “de manera expresa las pruebas practicadas y su resultado”, es decir, el *rendimiento* de cada una de ellas. Y más lejos aún de la prescripción de la regla segunda del artículo 85.2 de la Ley Procesal Militar, que, después de establecer la necesidad de consignar en la sentencia los hechos que se estimen probados, impone “la fundamentación de dicha convicción”.

<sup>130</sup> Tomo la expresión de MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. 1b, *Fundamentos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 593.

<sup>131</sup> RUIZ VADILLO, E., *Hacia una nueva casación penal*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1585, p. 5685.

En ambos casos se quiere algo más que el simple “dejar constancia de los datos”, se pide al juez que razone el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos. La “exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho”, al decir de MAIER<sup>132</sup>.

No basta con que el juez afirme que *tiene* (para sí) una convicción, debe exponerla para compartirla. Diría incluso que en la misma idea de conferir a un resultado probatorio por sí mismo existencia *objetiva* como “de cargo” hay algo de falaz. Porque lo que, en definitiva, lo constituye como tal es la atribución de una determinada valencia, dentro de un tejido de elementos de juicio en relación de mutua implicación.

Se advierte con claridad en el caso del voto disidente en un tribunal colegiado, que muy bien puede partir de los mismos datos probatorios que la resolución de mayoría, pero, eso sí, entendidos de una manera diversa. Modo de entender discrepante, que nunca podría proyectarse hacia afuera del órgano como un simple *porque sí*. Como parece que tampoco podría hacerlo la misma resolución que motiva el disenso y, en suma, ninguna resolución.

Cierto que puede haber casos de esos en los que, dicho coloquialmente, pudiera parecer que los hechos *se explican por sí solos*, pero esto realmente nunca es así: el juicio de hecho será más o menos elemental, pero no podrá dejar de producirse. Por otro lado, no conviene olvidar que el mandato constitucional es incondicionado, y que las resoluciones judiciales, que con harta frecuencia ilustran acerca de vicisitudes procesales inútiles desde el punto de vista de la economía de la justificación, suelen ser extraordinariamente parcas al recoger los datos que podrían dar cuenta de la forma en que se ha producido efectivamente la contradicción en el acto de la vista. Con ello resulta que si la sentencia penal rara vez es comprensible para quien no conozca los antecedentes de la causa, al ocultarse el nudo de la decisión, puede muy bien resultar un jeroglífico, incluso para las partes. Cuando lo cierto es que, como se ha dicho, la Constitución ha optado por hacer de ella un texto inteligible y, PERELMAN diría, convincente<sup>133</sup> incluso para alguien que la lea desde fuera de la relación procesal concreta.

Hay un dato, el de la *dificultad* de la auténtica motivación, también señalado por RUIZ VADILLO, que no puede dejar de reconocerse como cierto. Porque “motivación”, en el expresivo decir de CORDERO<sup>134</sup>, significa “máquina dialéctica”, ejercicio de una “función ostensiva (que) disuelve

<sup>132</sup> MAIER, *Derecho Procesal Penal Argentino*, cit., p. 244.

<sup>133</sup> Cfr. Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1979, p. 213.

<sup>134</sup> CORDERO, *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, cit., ps. 302 y 306.

los *arcana iustitiae*” llevándose con ellos –al menos tendencialmente– una forma siempre más cómoda de ejercicio de la jurisdicción.

Desde luego el de *motivar*, como cualquier ejercicio de racionalidad explícita, puede no ser fácil. Pero, ¿no será precisamente esa la dirección en que apunta el imperativo constitucional? Porque, en efecto, en la genealogía de todos los controles democráticos sobre los actos de poder, late el propósito de hacer su ejercicio racionalmente justificado, es decir, *más complejo*, pero también *más legítimo*<sup>135</sup>. Por eso tiene que ser necesariamente más difícil la función del juez en un modelo informado por el principio de legalidad que en el de la “justicia del *cadí*”.

También es verdad que el nivel de dificultad en la elaboración del discurso motivador puede crecer en el caso de los tribunales colegiados, pero quizá ello responda asimismo a la lógica interna del propio sistema, que les atribuye generalmente la resolución de los casos más complejos o de mayor trascendencia y el reexamen de lo actuado por otros órganos. En ellos la garantía radica, precisamente, en que la formación de la conciencia y la voluntad colectiva vaya más allá de la mera yuxtaposición de “intimidades”, para convertirse en una verdadera convicción *a trois* (esto, naturalmente, cuando son tres los magistrados que forman la sala).

## VI. Casación: juzgar el juicio de hecho

Como bien se sabe, y para decirlo con palabras ya clásicas entre nosotros, “límitase la casación, partiendo de los mismos hechos fijados en la sentencia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido hasta él”<sup>136</sup>.

Este punto de vista, con carta de naturaleza en el tratamiento tradicional de la casación, responde a la misma filosofía que impregna una de las formas de entender la libre convicción judicial.

Si ésta se concibe como un ejercicio de la más absoluta intimidad, como una experiencia intraducible, como una suerte de momento *pánico*, ello no puede más que llevar consigo la imposibilidad asimismo absoluta de *volver sobre él* para tratar de hacerlo como *desde afuera*. Pero ya hemos visto que esto no es ni ha sido nunca objetivamente así, aunque la *intime conviction* haya recibido en ocasiones ese tratamiento, que aún cuenta con partidarios.

El proceso de adquisición de conocimiento del juez no es estructuralmente más ni menos complejo que otros. Por otra parte, recuerda COR-

<sup>135</sup> “La ‘razón de’ ya no es entonces solamente algo que explica, sino que legitima” (RICOEUR, *El discurso de la acción*, cit., p. 52).

<sup>136</sup> GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 260.

DERO, el “hermetismo togado” es históricamente muy anterior a la acuñación de la convicción íntima como principio: “también los doctores italianos recomiendan reticencia: nunca *exprimere causam*”; porque “justicia oculta, jueces omnipotentes”<sup>137</sup>.

Precisamente por eso, en una concepción tendencialmente democratizadora del proceso como la que expresa nuestro texto constitucional, hay que entender que a la falta de obstáculos de índole gnoseológica, se añade una consistente razón política para profundizar, por la vía del control jurisdiccional, en la exigencia de la motivación.

En esa línea, una de las convenciones que resulta preciso combatir es la que tiende a recluir todo el componente lógico del juicio en el *de derecho*<sup>138</sup>, como si no existiera otra lógica que la deductiva: lo que sería, en fin, una forma más de insistir en la atribución de una inadmisibles carga de irracionalidad al *razonamiento* del juez.

A este “prejuicio epistemológico” se ha referido FERRAJOLI, apuntando la alternativa: “es claro que sí, al contrario, por lógica” se entiende la lógica no sólo deductiva, sino también inductiva, no hay razón para no admitir el control lógico de la casación también sobre la adecuación de la motivación en materia de hecho, es decir, sobre la carencia de confirmaciones (o pruebas) por *modus ponens* o sobre la presencia o no experimentación de contrapruebas por *modus tollens*<sup>139</sup>.

Con todo, lo cierto es que el control casacional del modo de aplicación de las máximas de experiencia –aunque sea limitado a los supuestos más llamativos– se ha abierto camino en experiencias comparadas regidas, como la española, por la previsión del exclusivo control de la transgresión legal. Tal es el caso de la jurisprudencia alemana y de la italiana.

Como señala WALTER, “hay quienes ven realizado en la práctica de los tribunales de casación el principio de que también pueden ser sometidas al control de esa instancia las comprobaciones de hechos (en virtud de la fórmula de ‘las transgresiones de las leyes del razonamiento y de la experiencia, de las constataciones poco claras y lagunosas’)<sup>140</sup>.

En este punto de vista hay implícito un replanteamiento del sentido de la convicción íntima, que, ciertamente, no podría estar sometida a patrones legales de valoración del material probatorio, pero que no puede

<sup>137</sup> CORDERO, *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, cit., ps. 302-303.

<sup>138</sup> Así CALOGERO, para quien, mientras en el juicio de derecho el carácter ilógico del juicio se confundiría con la “antijuridicidad”, que no escapa al control de la casación, el mismo vicio referido al juicio de hecho sería un *error de facto* del propio juicio de hecho, por sí mismo inculparable en casación (*La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 5).

<sup>139</sup> WALTER, *Libre apreciación de la prueba*, cit., p. 196, nota 83.

<sup>140</sup> Ídem, p. 350.

dejar de respetar las reglas del discurso racional. Por eso, concluye WALTER señalando cómo “la observancia de las leyes del razonamiento no constituye un límite de la apreciación de la prueba, sino que es inmanente a ésta. O mejor dicho, cuando se trata de la observancia de leyes del razonamiento, no hay lugar para una apreciación”<sup>141</sup>.

En el mismo sentido, y de forma bien plástica, se ha expresado CORDERO, con respecto a Italia, al hacer notar la vigencia práctica de un cierto control del uso de las máximas de experiencia. De no ser así, dice, “cualquier conclusión delirante sería invulnerable. Por ejemplo, *N* resulta condenado a partir de la siguiente premisa: es uno de los siete que pueden haber matado a *P*; y lo odiaba, al contrario que los otros; es imposible que pueda haber resistido el impulso; quien odia de esa manera no pierde cómodas ocasiones de matar”<sup>142</sup>.

La consolidación de ese punto de vista exige el definitivo desplazamiento de una viciosa concepción circular sobre el papel del principio de inmediación en la formación de la convicción.

La inmediación es, qué duda cabe, una *garantía*, pero sólo de carácter instrumental, preordenada a hacer posible a partir del contacto directo, una valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros.

Por el contrario, cuando la inmediación se usa –y es frecuente– como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte sus razones; y, después, para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas.

Así resultará que la inmediación, que por sí misma no es necesariamente un obstáculo frente al proceder arbitrario del juez, puede convertirse en paradójica *garantía* de discrecionalidad judicial incontrolada.

Para que no sea así, se hace preciso acabar con la confusión bien patente en la opinión de CALOGERO, antes citada, de que prueba y *quaestio facti* son la misma cosa. Porque, como escribe FERRAJOLI, debe distinguirse entre el *juicio sobre el hecho* y el *juicio sobre el juicio*. Y dentro de éste, “es claro que el juicio sobre la motivación forma un todo con el juicio de legalidad; y que el control sobre la consistencia (no de las pruebas sino) del razonamiento probatorio, es todo uno con las garantías de legalidad que expresan los tres clásicos brocardos *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sino lege* y *nulla poena et nullum crimen sino iudicio*”<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Ídem, p. 355.

<sup>142</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 936.

<sup>143</sup> FERRAJOLI, *I valori del doppio grado e della nomofilachia*, en *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, Materiali e atti del Centro Studi per la Riforma dello Stato, Suple-

Este modo de entender la cuestión se encuentra en alguna resolución de la Sala Segunda. Así la del 15 de abril de 1989 (ponente BACIGALUPO ZAPATER) que declara controlable en casación el que califica de “segundo nivel de valoración judicial”, que es el relativo “a las deducciones e inducciones que el tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral. Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la intermediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos. Por tanto, en la medida en que el tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones”.

La doctrina pone a la propia Sala Segunda ante un reto: franquearse ella misma, a través de la exigencia de la motivación explícita del juicio de hecho, el “completo acceso a ese razonamiento”, que, hoy por hoy, le cierra, sin consecuencias, cualquier tribunal que reserve para sí los criterios de valoración tenidos en cuenta. Y no digamos cuando se trata de la dichosa prueba *directa*.

El concepto de motivación en *sentido fuerte*, que constituye el antecedente necesario de un control casacional como el que justifica la sentencia que acaba de citarse, cuenta con inequívoco apoyo normativo del más alto rango.

En efecto, está la exigencia del artículo 120.3 de la Constitución. Aunque la colocación sistemática del precepto es un obstáculo para que su inobservancia permita el acceso al recurso de amparo, parece que en todo caso ésta habría de tener encaje en el supuesto del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime si se le relaciona con la previsión del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; salvo que pueda entenderse que el dictado constitucional en este punto carece de “carácter sustantivo” y/o no deba “ser observado en la aplicación de la ley penal”.

Pero, en último término, el defecto de motivación siempre tendría, como entiende BACIGALUPO<sup>144</sup>, las consecuencias de producir indefensión, relevante a los efectos del artículo 24, CE, y de encarnar una forma de ejercicio arbitrario de un poder público, de las proscritas en el artículo

---

mento nº 1, enero-marzo 1992, de “Democrazia e Diritto”, ps. 34 y 40-41. BACIGALUPO ZAPATER, E., *La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24,2 CE*, en “Estudios de Jurisprudencia”, año I, nº 1, junio 1992, ps. 47 y siguientes.

<sup>144</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *ibídem*.

9.3, CE. Esto, creo, no sólo en el caso de motivación incorrecta, sino también en el de pura y simple falta de expresión de la motivación.

Entenderlo de otro modo, supone la aceptación práctica del hecho de que el juez puede situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y también perder de vista que, más allá de consideraciones pragmáticas o de oportunidad y de eventuales costes coyunturales, el instrumento de la declaración de nulidad tiene, trascendiendo el caso concreto, una *ratio*. Ésta consiste en asegurar la capacidad ordenadora del orden jurídico y, en consecuencia, demanda de quienes tienen la responsabilidad de hacerla efectiva que se le dote, como es de ley, de una eficacia generalizada. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias. Si *se quiere* que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.



## **“Carpintería” de la sentencia penal (en materia de “hechos”)\***

### **I. Introducción**

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, del 4 de junio de 1982, en su “1º Considerando”, rezaba: “que el Juzgado de Instrucción ha hecho una correcta apreciación y valoración del conjunto de las pruebas practicadas con la ventaja de haber instruido las diligencias y haber celebrado el juicio oral, con una intermediación procesal de la que ha extraído unos hechos que no hay motivo alguno para cambiar, como la recurrente pretende, pues el criterio de la parte no puede prevalecer frente al del órgano jurisdiccional a no ser que se demuestre error en la apreciación de las pruebas o que se han deducido de las mismas unas consecuencias ilógicas, absurdas o contradictorias nada de lo cual se ha acreditado con la interposición y sostenimiento del recurso”.

El texto que acabo de transcribir, dicho esto sin la menor ironía, me parece, leído hoy, ciertamente luminoso, al menos por dos razones. De una parte, porque ilustra de forma bien plástica cómo la cultura procesal de España ha evolucionado –no sin esfuerzo– en aspectos relevantes. Así, no cabe duda, que cualquier tribunal que hoy se viera en la necesidad de discurrir sobre la posición ideal del juez en el enjuiciamiento, se expresaría con la misma firmeza que la Audiencia Provincial de Madrid en 1982, pero para sostener, justamente, todo lo contrario en la materia. Es decir, la necesidad de que quien juzgue sea alguien libre de implicaciones en los actos de investigación.

Pero el texto citado sirve también para poner de relieve que la evolución cultural experimentada en los medios de la jurisdicción española no ha sido en modo alguno uniforme ni homogénea durante todo este tiempo. Cierto es –y aquí la observación se refiere a la segunda parte de aquel– que seguramente se registrarían cambios de matiz en el estilo o en el modo de decir; pero no creo que pueda considerarse desterrado de la vigente cultura de los jueces el tópico de la apriorística superioridad de su propio criterio. Superioridad que en ese tipo de discurso y en la práctica se hace radicar no tanto y no solo en el supuesto *derecho* a hacerlo preva-

\* Publicado en “Poder Judicial”, nº 49, 1998.

lecer sobre el de la parte, sino en el dato implícito de que esto acontece en virtud de un verdadero privilegio, puesto que esa superioridad se predica de una *ratio decidendi* en materia de valoración de la prueba que, con la mayor frecuencia, no resulta verbalizada; tratándose, por tanto, de la superioridad autoritaria de una *razón* oculta.

En efecto, en esta materia, verdaderamente central en la economía de la resolución judicial, impera una extraordinaria tolerancia frente al déficit de motivación, con apoyo en conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional bastante tenue en la exigencia, y también en posiciones doctrinales de un tenor similar.

## II. La sentencia como acto de poder: particularidades

La sentencia penal es un acto preceptivo del juez, que siempre incide sobre bienes jurídicos sumamente sensibles y que, cuando es condenatoria, afecta intensamente a los sujetos concernidos en sus derechos fundamentales. En tanto que acto del poder público, del poder estatal, que es, no debe ser arbitrario (art. 9.3, CE). De ahí que se imponga a quien lo emite el deber de motivación (art. 120.3, CE).

A idéntica finalidad responde el cúmulo de dispositivos de garantía que integran la actual disciplina constitucional del proceso; antes, los que regulan el estatuto del juez; y, antes aún, el mismo principio de legalidad, que en materia penal ha de ser entendido de manera particularmente exigente, como *stricta legalidad*<sup>1</sup>. Unos y otros están idealmente orientados a asegurar que la verificación del carácter eventualmente delictivo de una conducta pueda hacerse con el menor coste para las personas afectadas. Y dentro de ciertos límites, cuyo respeto es condición de validez de los actos. Por otro lado, el proceso de adquisición de conocimiento sobre acciones de personas concretas que se desarrolla en el marco de procedimiento criminal, responde al paradigma de la contradicción. O lo que es lo mismo, se realiza a través de una actividad controversial y dialógica, que los sujetos implicados en ella protagonizan, y ante un observador imparcial que es el que tiene que decidirla.

Esto, con el fin de asegurar la imposición de la pena legal sea la consecuencia necesaria de la previa acreditación suficiente de que un sujeto ha sido realmente autor de una acción descrita en la ley como delito.

Por tanto, y es algo que singulariza a la sentencia penal como acto del poder del Estado, la pena tiene que haber sido precedida de una actividad de carácter cognoscitivo, de un estándar de calidad tal que permita

<sup>1</sup> Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, ps. 34-35.

tener como efectivamente producido en la realidad lo que se afirma como tal en los hechos que se dicen probados. Es decir, que es *verdad* que Fulano realizó la acción por la que se le condena.

En esto, es decir, en la circunstancia de que su *validez* esté subordinada a la *verdad* de los enunciados fácticos<sup>2</sup>, la sentencia penal se distingue tanto de otros actos de poder –que no demandan ninguna verdad acreditada, como fundamento– como de la generalidad de los actos jurídicos. Y en este rasgo de la sentencia cobra expresión el principio básico de legitimación de la jurisdicción. Que, como bien se sabe, no es de carácter representativo o consensual, puesto que lo que confiere legitimidad formal al enjuiciamiento es la circunstancia de que quien lo realiza se encuentra en condiciones –estatutarias y procesales– que le habilitan para la averiguación imparcial de la verdad.

Ese dato nuclear del diseño constitucional del juez y la jurisdicción se proyecta sobre la sentencia bajo la forma de una exigencia. Esta es que la dimensión de *potestas* de la decisión que contiene debe contar con la *auctoritas* que solo puede darle la evidencia de tener como antecedente y fundamento una actividad de adquisición y valoración de los datos relevantes inspirada en criterios de racionalidad gnoseológica.

Así, la decisión contenida en la sentencia no solo tiene que expresar una convicción digna de la confianza que pueda suscitar en terceros la transparencia del *iter* procesal, hoy dotado de mucha mayor visibilidad. Se trata de algo más, ha de reunir también las condiciones precisas de transparencia argumental en la justificación para hacer frente con eficacia a lecturas nutridas de legítima desconfianza. El fallo podrá o no convencer, pero, idealmente –y es la dirección en la que apunta el modelo constitucional– deberá haber sido bien y suficientemente explicado. A su destinatario por antonomasia, el acusado, a las restantes partes, pero todavía más, también a eventuales lectores ajenos a la relación procesal y al caso concreto.

Mientras la sentencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se concebía como acto esencial, si no exclusivamente, interno al proceso; la sentencia posconstitucional –de ahí el deber fuerte de motivar (art. 120.3, CE)– se abre a un espacio de mucha mayor amplitud, en gran medida extra procesal. En ella el juez, entra en interlocución con un haz de sujetos mucho más abierto, potencialmente ilimitado. Desde luego, en principio, pero, asimismo y cada vez más, también en la práctica.

Esta inflexión, no irrelevante, en el sentido y el *destino* del acto, no puede dejar de producir consecuencias en la propia morfología de éste. En efecto, si tiene que explicarse –que es autoexplicarse– incluso para

<sup>2</sup> Ídem, ps. 622-623.

quienes no están en el conocimiento de que gozan los directamente implicados en el proceso, deberá incorporar los datos que sean precisos para que pueda ser así. Por lo que, dicho con MAIER, será necesario que “se baste a sí misma”<sup>3</sup>.

Con ello se profundiza y enriquece la vieja demanda (insatisfecha) de claridad dirigida a los jueces. Porque ahora lo suscitado no es un asunto meramente formal o de estilo. Pues el interlocutor actual de aquéllos ya no es el abogado de la parte, sino la propia parte y la ciudadanía en general.

### III. Estatuto del “hecho”

Un libro reciente destinado a discurrir, desde la teoría del derecho, sobre algunas cuestiones de fondo de la decisión judicial, rotula la reflexión relativa a la *quaestio facti* de una manera bastante expresiva: “‘Hecho’: una noción problemática”<sup>4</sup>. Este modo de aproximación al asunto, que tiene –a partir de desarrollos ya clásicos en la filosofía de la ciencia– carta de naturaleza en otros ámbitos disciplinares del saber jurídico, dista todavía bastante de haberse instalado de la misma manera en la cultura procesal y, más aún, en la de los jueces. Ello como consecuencia de la presencia con que todavía cuenta en los medios de la práctica jurisdiccional alguna herencia de la doctrina de la exégesis y de la concepción silogística de la aplicación de la ley, que, como señalara ENGISCH, ha puesto siempre el acento en la llamada premisa mayor<sup>5</sup>.

Así, no resulta extraño ver al juez tratado como pasivo receptor de “hechos”, ya dados como tales, es decir, como una especie de material inerte, confiado a su intuición y a su “buen sentido”, en cuanto apenas necesitado de otra cosa que un simple tratamiento clasificatorio bajo alguna categoría jurídica, lista para *recibirlo*.

De este modo se explican circunstancias tan significativas como la franca expulsión habitual de los hechos de los repertorios jurisprudenciales; su práctica total ausencia de las obras de derecho procesal, de los planes universitarios de estudio, y ¡de los planes de formación de jueces!

Tal estado de cultura y de conciencia de los juristas prácticos y, sobre todo, de los jueces, aparte de otras consecuencias, producía y, en la medida en que permanece, produce un efecto paradójico. Reflejo de una concepción del trabajo jurisdiccional esencialmente dirigida a restar protagonismo al aplicador de la ley, venía, *de facto*, a abrir la puerta al

<sup>3</sup> MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, p. 871.

<sup>4</sup> MAZZARESE, T., *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giapichelli, Turín, 1996, p. 88.

<sup>5</sup> ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 69.

decisionismo más incontrolado en la determinación de los hechos. Precisamente allí donde más riesgo corre –en cualquier caso– la seguridad jurídica.

De este universo cultural forma parte esencial también una concepción de la prueba bien asentada en nuestros medios jurisprudenciales, incluido el Tribunal Constitucional. Es la que responde a la idea de la existencia de medios de prueba en sí mismos de más sencillo manejo que otros y de mayor eficacia *per se* en los resultados<sup>6</sup>. Desde esta óptica, la prueba de testigos, por ejemplo, representa el paradigma de la transparencia, la explicitud y el rendimiento probatorio. No obstante ser un medio que, a juicio de tratadistas tan autorizados como TARUFFO, “sigue siendo el instrumento más incierto e inseguro para la averiguación judicial de la verdad”<sup>7</sup>.

Así las cosas, la única forma de revertir la situación aludida y la inevitable estela de sus perniciosos efectos de variado orden, pasa por recuperar para la *quaestio facti* su constitutiva complejidad, de manera que se desplace definitivamente la añeja tendencia a la banalización de su relevancia en la experiencia jurisdiccional.

Esta línea de esfuerzo obliga a prestar atención a la forma en que los hechos empíricos pueden tener entrada en el proceso y a interrogarse por el modo más racional de conocerlos, en la perspectiva de operar jurídicamente sobre ellos, a sabiendas de la necesidad de justificar explícitamente lo que se haga en ese terreno.

Ya CARRARA hacía ver tempranamente que en la prueba se trabaja no directamente con hechos, sino con proposiciones que los tienen por objeto<sup>8</sup>. En efecto, la actividad probatoria se desarrolla a través de afirmaciones relativas a aquéllos, que se presentan en el acto del juicio de forma contradictoria, todas siempre con la pretensión de ser tenidas por verdaderas y excluyentes, por ende, de la verdad de las que se les opongan. Así, “cada afirmación probatoria que constituye el objeto de prueba resulta verdadera solo en función de un enfrentamiento efectuado no con un hecho, sino con otro enunciado”, señala UBERTIS<sup>9</sup>, de modo que, con

<sup>6</sup> De este asunto en la jurisprudencia de la Sala Segunda me he ocupado con algún detalle, en *La función de las garantías en la actividad probatoria*, en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1993, ps. 228 y siguientes.

<sup>7</sup> TARUFFO, M., *Prova testimoniale. Diritto processuale civile*, en *Enciclopedia del diritto*, XXX-VII, Giuffrè, Milán, 1988, p. 755.

<sup>8</sup> CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, vol. II, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, p. 381.

<sup>9</sup> UBERTIS, G. (ed.), *La ricerca della verità giudiziale*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 1992, p. 12.

CARNELUTTI: “la prueba (de un juicio) no puede consistir si no en un juicio diverso”<sup>10</sup>.

Por tanto, y es el primer nivel de complejidad sobre el que llamar la atención, lo fáctico en el proceso, que pertenece inevitablemente al pasado, tiene una existencia siempre lingüísticamente mediada<sup>11</sup> y su determinación se lleva a cabo a por un procedimiento conflictual y a través de aportaciones parciales. Parciales, con la mayor frecuencia, en el doble sentido de fragmentarias y (consciente o inconscientemente) interesadas. Por tanto, los enunciados fácticos que fluyen de la actividad probatoria incorporan “lecturas”, narraciones, es decir, interpretaciones o atribuciones de sentido, que deben, a su vez, ser “leídas” e interpretadas.

Consecuencia de esto es que el hecho en el proceso no aparezca ya “dado”, sino que resulta “construido”<sup>12</sup> dentro de él y, precisamente, con tales materiales y presentados de aquella forma. De esta manera, no cabe duda, el *objeto* del proceso tiene una consistente dimensión subjetiva<sup>13</sup>, presente en la transmisión, en la recepción y, en general, en todo el curso de la elaboración de los datos. Dimensión de la que ha de ser consciente el que juzga, para que su actuación esté presidida por una fuerte tensión hacia la objetividad, hecha de respeto de las reglas procesales del juego contradictorio y de conciencia crítica y, sobre todo, autocrítica de las hipotecas que comporta su condición de *lector* de otras *lecturas*, en la que y a través de las cuales se trata de llegar al mejor conocimiento posible de una *verdad* empírica relativa a la forma de producción de algún hecho pasado.

Pero no es el plano de la subjetividad de quienes intervienen en el proceso de elaboración de los materiales probatorios el único que ejerce una influencia *contaminante* de la hipotética facticidad *natural* de los hechos. En efecto, ésta *se pierde* inevitablemente desde el momento mismo en que algún comportamiento humano se hace experiencia jurídica: “un determinado actuar social puede considerarse jurídicamente significativo (esto es, jurídico) en cuanto sea inteligible a la luz de un sis-

<sup>10</sup> CARNELUTTI, F., *Diritto e processo*, Morano, Nápoles, 1958, p. 129. Versión en castellano Sentís Melendo, S., *Derecho y proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 146.

<sup>11</sup> Su comprensión, en consecuencia, “es accesible sólo en la forma de un texto” (PASTORE, B., *Giudizio, Prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milán, 1996, p. 126).

<sup>12</sup> Ídem, p. 69.

<sup>13</sup> “El hecho no se encuentra nunca, en el proceso cognoscitivo, en su absoluto aislamiento, sino siempre relacionado con el sujeto que conoce de él que, en cuanto tal, lo inscribe en un contexto axiológico-pragmático en el momento mismo en que lo hace objeto de la propia consideración” (UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milán, 1979, p. 28).

tema de reglas que le atribuyan, típicamente, un significado jurídicamente relevante”<sup>14</sup>.

No se trata, evidentemente, de poner en tela de juicio la existencia material de los hechos como tales. Es más, aunque percibidos a través de la mediación jurídica y seleccionados como objeto de interés por su relevancia en ese solo plano, el proceso tiene como orientación ideal la captación de aquellos en esa dimensión, es decir, evitando al máximo la producción de distorsiones o forzamientos, de manera que operar jurídicamente no se traduzca en la artificiosa creación de un supuesto *ad hoc*.

Ocurre, sin embargo, que aunque a veces se haya acudido al símil óptico para explicar el modo de ser de la relación de la derecho/hecho en la vertiente procesal, la figura de la lente jurídica a través de la que se vería una realidad extra o prejurídica, no es la más afortunada. Así, resulta que la misma distinción de una *quaestio facti* y una *quaestio iuris* se ha puesto en tela de juicio<sup>15</sup>. Y no cabe duda que si se habla de una *cuestión de hecho* es precisamente porque se ha decidido que lo sea *por/para* el derecho<sup>16</sup>. Éste, con su intervención, incorpora un plano semántico, sobre cuya existencia como tal debe existir igualmente claridad. Atribuir relevancia jurídico-penal a un hecho, que es lo que lleva a la instauración de un proceso, es dotarlo de una determinada significación en función de una norma.

De este modo, entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, entre las que corre una línea de demarcación que, en el expresivo decir de GUASTINI, es “fluctuante”<sup>17</sup>, media una “conexión estructural”<sup>18</sup>, que, en particular, en la experiencia procesal penal, está animada por un intenso dinamismo, bien descrito como “circular” por la concepción hermenéutica<sup>19</sup>. Hasta el punto de que, para caracterizar el movimiento que, en el proceso, impri-

<sup>14</sup> FERRAJOLI, L., *Interpretazione dottrinale e Interpretazione operativa*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1966, p. 293.

<sup>15</sup> Cfr. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, cit., ps. 84 y siguientes.

<sup>16</sup> Cfr. ZACCARIA, G., *L’arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padua, 1990, ps. 52 y ss., y 98 y siguientes.

<sup>17</sup> GUASTI, R., *Dalle fonti alle norme*, 2ª ed., Giappichelli, Turín, 1992, p. 52.

<sup>18</sup> Es como la define PASTORE, en *Giudizio, Prova, ragion pratica*, cit., p. 114.

Justamente, porque, como ha señalado UBERTIS, poniendo de manifiesto la intensidad de esa relación: “si el juicio sobre la *quaestio facti* no puede ser nunca de ‘puro hecho’ al estar estructurado por referencia a coordenadas jurídicas, el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al ‘hecho’” (*Fatto e Valore*, cit., p. 75).

<sup>19</sup> Cfr. ZACCARIA, *L’arte dell’interpretazione*, cit., ps. 54-55. También PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 55.

me la dialéctica controversial se ha hablado de la emergencia una “*cuestión mixta*”<sup>20</sup>. Que es tal, no por la yuxtaposición de las premisas del clásico silogismo, sino por la forma en que se produce su progresiva elaboración, a través de una secuencia de aproximaciones sucesivas, de “idas y venidas”, en el curso de la actividad decisional<sup>21</sup>.

#### IV. Apunte sobre la “verdad procesal”

Se ha especulado mucho en la materia, acerca de que se enfrentan posiciones que van desde el nihilismo más desesperanzado al realismo más ingenuo<sup>22</sup>. Lo cierto es que a estas alturas del debate y de la teoría, y de la historia del proceso penal cabe, creo que sin demasiado riesgo, hacer algunas afirmaciones. La primera es que el ideal a que tiende el proceso penal en el Estado de derecho (que ha constitucionalizado sus reglas) es que cada vez que se haga una afirmación del género: “*Fulano* ha realizado tal acto”, sea *verdad* porque, en efecto, haya sido así.

La segunda es que, aunque pueda parecer paradójico, el proceso penal está hoy en condiciones de producir mejor calidad de verdad que nunca, justamente por la actual racional modestia de sus pretensiones al respecto. Es decir, una vez aceptado –con algunas precisiones necesarias– que su concepto de la verdad “es exactamente el mismo que el que usan las ciencias empíricas”<sup>23</sup>. O sea, el que es propio del conocimiento *probable* que es el único al que cabe acceder con una metodología inductiva. Esta es la sola aplicable cuando lo que se persigue es averiguar si un hecho singular ha acontecido en el pasado y la acción correspondiente puede ser atribuida a un sujeto concreto.

<sup>20</sup> Cfr. asimismo PASTORE, *Giudizio, Prova, ragion pratica*, cit., p. 122.

<sup>21</sup> TARUFFO lo expresa con singular plasticidad, cuando escribe: “... se pone en evidencia el aspecto dialéctico y en cierto sentido circular o ‘en espiral’ de la relación norma-hecho; la calificación jurídica del hecho es vista como el fruto del isomorfismo entre construcciones conceptuales que ‘se acercan’ más que como un paso deductivo o subsuntivo; resulta claro que la opción de la norma aplicable es una consecuencia del modo como ‘se construye el caso’, y que también las opciones interpretativas son a menudo la consecuencia, más que la premisa, del supuesto de hecho concreto que debe ser calificado jurídicamente” (*I vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, I Mulino, Bolonia, 1991, p. 119. Existe trad. española, de J. J. Monroy Palacios y J. F. Monroy Gálvez, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Palestra, Lima, 2005).

<sup>22</sup> Una rica exposición de las diversas posiciones puede encontrarse en TARUFFO, M., *La Prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992, ps. 1 y ss. (hay trad. española, de J. Ferrer, *La prueba de los hechos jurídicos*, Trotta, Madrid, 2002).

<sup>23</sup> ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*; y *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 311.

Al tratarse, como es patente, de hechos pretéritos, la verdad procesal participa, en primer lugar, de las limitaciones propias de la verdad *histórica*. Y además, puesto que el conocimiento sobre el caso ha de obtenerse con intervención del sujeto al que el hecho se imputa y con la colaboración de otros sujetos capaces de aportar información por haber estado en algún tipo de relación con uno y/o con el otro, es obvio que el fin de averiguación perseguido no puede justificar el empleo de cualquier medio. Por eso, el proceso, en tanto que proceso cognoscitivo, está sujeto a límites legales que afectan a las fuentes de prueba y a su tratamiento, lo que hace que la verdad procesal sea una verdad también jurídicamente condicionada. FERRAJOLI habla de una verdad “normativa”<sup>24</sup>.

Ya se ha dicho antes que, en el proceso, la verdad (o la falsedad) no se predica de los hechos en tanto que acaecimientos de la realidad material, que, como tales, no llegan a él. Se opera con enunciados de los que aquéllos son el objeto. Enunciados debidos a diversos sujetos que interaccionan entre sí y con otro sujeto, que es el juez. Por lo que el desarrollo de la actividad probatoria acusa una inevitable carga de elementos de subjetividad difícilmente controlables, que se filtran en los enunciados relativos a los hechos que concurren en el momento probatorio y en el de la decisión y su motivación.

Por eso, es tan importante que se den las mejores condiciones en el plano del lenguaje para que en el curso del proceso pueda hacerse un uso correcto del término “verdadero” referido a aquellos enunciados. De aquí que, últimamente, la tradicional preocupación por los criterios epistemológicos de indagación de la verdad en materia de hechos –por la averiguación de lo *realmente* sucedido– haya trascendido al plano semántico<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Ídem, p. 60.

<sup>25</sup> Lo que se suscita en este contexto es el problema de las condiciones de uso del término *verdadero* referido a un enunciado relativo a los hechos. UBERTIS (*Fatto e valore*, cit., ps. 91 y 92) y ahora, sobre todo, FERRAJOLI, *in extenso* (*Derecho y razón*, cit., ps. 20-23), se muestran partidarios de recuperar la concepción semántica de la verdad formulada por TARSKI. Para lo que aquí interesa, basta señalar que alcanzar un nivel ideal de rigor en la formulación de los enunciados que en la sentencia judicial constituyen los hechos probados, sería preciso: primero, en el plano del lenguaje legal (*lenguaje objeto*), porque es el lenguaje sobre el que se va a discurrir, que los enunciados denotasen como delito auténticos hechos, taxativa y unívocamente descriptos (ej.: “el que matare”). Segundo, disponer de otro lenguaje (*meta-lenguaje*) semántico, igualmente riguroso, pero que ha de ser más rico que el anterior, es decir, que el lenguaje legal (*lenguaje objeto*). Este segundo tipo de lenguaje es aquel con el que opera, en nuestro caso, el juez. Tiene que ser riguroso para que no se pierda la precisión descriptiva que garantiza el tipo delictivo; y más rico, porque con él ha de poder hablarse: de las proposiciones del mismo tipo legal, del hecho empírico al que éste se refiere, y de la relación de correspondencia entre aquéllas y éste.

El planteamiento de TARSKI sirve para diseñar un modelo, en este terreno inalcanzable en su plenitud, pero al que se debe tender celosamente. Por el legislador, haciendo que

Esto, como escribe UBERTIS, porque “la afirmación probatoria que constituye el objeto de prueba resulta verdadera solo en función de una comparación efectuada no con el ‘hecho’ al que se refiere, sino con otro enunciado (por ejemplo, el obtenido de la deposición de un testigo que se considera fiable o el extraído del examen de un documento), verificándose, así, que las dos aserciones coinciden”<sup>26</sup>.

En esta confrontación de enunciados en que se resuelve la actividad probatoria, y en la decisión sobre ellos para atribuir o negar la calidad de verdadero(s) a uno(s) por referencia a otro(s), que es su valoración, juega un papel esencial, pues, el rigor en el uso del lenguaje. A empezar, naturalmente, por el del legislador.

Cuando el Código Penal se sirve de enunciados asertivos (por ejemplo, “el que matare”, para definir el homicidio), cuyo contenido es un supuesto de hecho de carácter inequívocamente empírico, posibilita, de una parte, la investigación observacional de las condiciones de la muerte concreta que es objeto del proceso, a través del examen de los elementos de juicio obtenidos de las distintas fuentes de prueba; y, después, la adecuada verbalización y comparación de los resultados de ese examen. En vista de éstos, podrá llegar a afirmarse, con (expresión del) fundamento probatorio, que es verdad que “Fulano ha dado muerte intencionadamente a Mengano”; hacerlo sin riesgo práctico de error para el interlocutor sobre el sentido del aserto; y concluir que esa es la conducta incriminada en aquél precepto.

Siempre que se dé esa precondition de rigor descriptivo en el lenguaje legislativo, se hace posible, incluso se facilita y se promueve eficazmente, el empleo de ese mismo estándar de rigor en los restantes momentos del desarrollo de la actividad procesal. En cambio, si en el punto de partida de ésta se sitúan términos no descriptivos (por ejemplo “la finalidad de subvertir el orden constitucional”, es decir, la atribución de la cali-

---

sus definiciones contengan referencias empíricas bien precisas. Por los teóricos del derecho y juristas en general, contribuyendo con rigor a la elaboración de ese *metalenguaje* que es la ciencia jurídica, orientado reflexivamente a servir de instrumento para la finalidad señalada. Por los jueces, mediante un esfuerzo cultural serio, dirigido a hacer un uso respetuoso y fiel del lenguaje legal, sirviéndose para ello de categorías jurídicas cuyo rendimiento esté bien contrastado. Un cuidado equivalente debe presidir el uso del lenguaje común en la elaboración de los hechos objeto destinados a ser subsumidos en las descripciones legales.

Como puede advertirse, el empeño es teórico-jurídico, pero demanda –y, no cabe duda, especialmente en el caso del juez– actitudes de despierta tensión autocrítica, para evitar al máximo deslizamientos inconscientes en el plano de las valoraciones, y también mucho de honestidad intelectual.

<sup>26</sup> UBERTIS, G., *Prova (in generale)*, vol. X, Digesto IV, Utet, Turín, 1995, p. 301.

dad de *subversivo*, o sea, un término valorativo<sup>27</sup>, como elemento cualificador de determinados actos), el resultado es, justamente, el opuesto. Porque el lugar del *hecho* lo ocupa un *juicio de valor*, y la *determinación* de la concurrencia o no de ese elemento, sobre todo en ciertos casos, comporta la confrontación de puras valoraciones y el mismo enunciado en que se exprese la decisión final implicará una atribución de cualidad, compartible o no compartible, pero, en sí misma, ni verdadera ni falsa.

En supuestos como el que acaba de aludirse, es decir, cuando el tipo penal no denota hechos empíricos susceptibles de verificación mediante la prueba, la calidad cognoscitiva de la actividad jurisdiccional se reduce drásticamente y el discurso probatorio se degrada a mera confrontación de (pre)juicios de valor. El defecto de taxatividad del enunciado normativo en el diseño de un tipo penal genera incertidumbre que se trasmite, inevitablemente, en su momento, al *thema probandum*. La sentencia está condenada a ser un ejercicio de decisionismo.

Como conclusión de estas consideraciones cabe afirmar que la condición de instrumento apto para la averiguación de la verdad en materia de hechos solo puede predicarse del proceso penal cuando se satisfacen determinadas condiciones, hoy constitucionalmente disciplinadas en lo esencial; siempre que se den otras como las que tienen que ver con la calidad del texto legislativo y la actitud cultural y profesional del juez y su grado de respeto de aquellas reglas del juego procesal.

La verdad procesal a la que cabe acceder es, pues, un resultado, no un atributo metafísico. Resultado de un esfuerzo y como tal, y con esa conciencia, debe perseguirse.

## V. Contextos de la jurisdicción

Se debe a REICHENBACH la propuesta de distinguir en el desarrollo del conocimiento científico lo que el llamó dos *contextos*. El *de descubrimiento* y el *de justificación*<sup>28</sup>. En el primero se incluye la fase de aquél consistente en una *actividad* de naturaleza heurística y que puede discurrir conforme a los más variados criterios y responde, en la mayor medida, a la capaci-

<sup>27</sup> El problema que suscitan los términos valorativos es que “su extensión [es decir, el conjunto de objetos a que es susceptible de aplicarse] es además de indeterminada *indeterminable*” (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 120).

<sup>28</sup> Una excelente exposición sintética de la propuesta de REICHENBACH, su aceptación y relevancia y la discusión de que, ulteriormente, ha sido objeto, puede verse en ECHEVARRÍA, J., *Filosofía de la ciencia*, Akal, Madrid 1995, ps. 51 y siguientes.

Del tema, en el marco del razonamiento jurídico, se ha ocupado ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, ps. 22-26.

dad imaginativa y la intuición de quien la desarrolla<sup>29</sup>. Los datos empíricos que están en el punto de partida de tal actividad se seleccionan con total libertad, libertad que rige asimismo en el momento de formulación de las hipótesis explicativas, puesto que éstas, como ha escrito HEMPEL, “no se *derivan* de los hechos observados, sino que se *inventan* para dar cuenta de ellos. Son conjeturas...”<sup>30</sup>. En el contexto de *justificación* las operaciones que se desarrollan son de carácter argumentativo y están orientada a convencer de la existencia de las mejores razones para la aceptación de la conclusión que se propone. Normalmente se resuelve en la explicación reconstructiva del desarrollo de la precedente *actividad*, bajo la forma de un *discurso*<sup>31</sup> racional, dotado de coherencia interna, que es lo que hará aceptable la decisión.

Algunos autores<sup>32</sup>, en momentos relativamente recientes, han considerado de utilidad la aplicación de la distinción de REICHENBACH al terreno del razonamiento jurisdiccional, puesto que éste –aquí siempre desde la perspectiva del juez– aparece articulado en varios momentos, el que precede a la decisión, el de la adopción de ésta y el de su justificación. Estos momentos, en la práctica jurisdiccional son algo más que virtuales, puesto que tienen una dimensión institucional, y una ubicación en sedes orgánicas diferenciadas. Así, el contexto del *descubrimiento* se identifica con la fase de la investigación procesal, que concluye con la formulación, y la propuesta, al juez de una hipótesis, que aquí es la hipótesis acusatoria. En este ámbito, el juez o el fiscal investigador opera con la lógica del detective, es decir, la propia del método abductivo, que consiste en “razo-

<sup>29</sup> A este respecto, W. C. SALMON, por ejemplo, se refiere al genial matemático indio, Ramanujan (1887-1920) que atribuía sus descubrimientos a las sugerencias que la diosa Namakkal le hacía durante el sueño (*Lógica*, trad. de C. Gerhard, Uteha, México, 1965, p. 16). ECHEVARRÍA recuerda el caso de “Kepler, quien partió en sus investigaciones de una analogía entre la Santísima Trinidad y el sistema solar” (*Filosofía de la ciencia*, cit., p. 53).

<sup>30</sup> HEMPEL, C. G., *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de A. Deaño, Alianza, Madrid, 1973, p. 33. Como señala este autor, no es en modo alguno indiferente el bagaje de conocimientos sobre el campo en que se mueve el investigador, a la hora de obtener resultados. En efecto, la actividad como tal es libre, pero es bien obvia la diferencia entre una libertad bien informada y la que no lo esté, a la hora de la adquisición de conocimiento sobre algún fenómeno. Las “conjeturas felices”, dice muy expresivamente el propio HEMPEL, no suelen deberse a principiantes.

<sup>31</sup> De “actividad” y “discurso” habla TARUFFO para referirse al contenido de cada uno de los dos contextos (*La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padua, 1975, p. 215).

<sup>32</sup> Así, AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milán, 1977, ps. 216-218; UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., ps. 55-56; y TARUFFO, *La Prova*, cit., ps. 417-420.

UBERTIS ha distinguido en el caso de la jurisdicción un tercer contexto, el de la decisión, que aquí se acoge porque su evidente fecundidad explicativa.

nar hacia atrás". Esta actividad se produce, como es bien claro, en el marco de la experiencia acumulada en operaciones del género, pero, en el plano de la adquisición de conocimiento, de un modo no codificado sino muy abierto a las opciones individuales, a las ocurrencias del investigador, como criterios orientativos de la búsqueda y selección de las propuestas de explicación hipotizables. Ciertamente, a mayor simplicidad del caso el abanico de las opciones posibles será tanto menor, incluso, con frecuencia, las pautas de comportamiento del operador estarán "cantadas". Pero en los supuestos más complejos, las actitudes y aptitudes de éste serán determinantes en cada caso de su particular orientación<sup>33</sup>. Un sujeto experimentado, dotado de imaginación y de excelente memoria, ante un caso difícil, se moverá en un horizonte de posibilidades de mayor amplitud y previsiblemente más fructífero que el que no goce de tales condiciones iniciales. Por eso, se ha señalado, que la elección de los criterios-guía llamados a conducir la investigación es materia cuyo estudio corresponde más a la psicología y a la sociología que a la epistemología.

La formulación de la acusación da paso a la fase de enjuiciamiento, que es el *contexto de la decisión*, momento específico del quehacer jurisdiccional, situado a caballo entre los dos que distingue la filosofía de la ciencia. Se inicia con la actividad probatoria, en la que cada parte opera con referencia a la hipótesis que intenta hacer prevalecer. Con el resultado de esa actividad, el juez evaluará la productividad explicativa de la hipótesis propuesta por la acusación, en concurrencia con las hipótesis alternativas que se le opongan. O, dicho con palabras de UBERTIS, aquí "el campo de las alternativas queda definido por las hipótesis reconstructivas que hayan superado la verificación resultante de la comparación con los resultados aportados por las pruebas practicadas"<sup>34</sup>. Y de esa situación se sale mediante la elección de la propuesta que, por conferir sentido a la mayor cantidad de datos probatorios, se estima dotada de mayor capacidad explicativa.

El *contexto de justificación* se abre con esa elección y en él deberá demostrarse que ella cuenta con un fundamento racional. Pues lo que

<sup>33</sup> Son la mar de ilustrativas a este respecto algunas afirmaciones –muy citadas– que CONAN DOYLE pone en boca de Sherlock Holmes, en diálogo con Watson. Así, cuando frente a la trivialización, como vestigio, por el segundo del sombrero que Holmes está observando, éste le sugiere que "lo mire, no como a un sombrero hongo estropeado, sino como a un problema intelectual".

Y, más tarde, ante la afirmación de Watson: "No veo nada", la respuesta de su interlocutor: "Pues lo tiene usted todo a la vista, Watson. Pero no acierta usted a razonar por lo que ve. Es usted demasiado tímido para sacar deducciones" (*La aventura del carbunco azul*, en *Las aventuras de Sherlock Holmes, Obras completas de Conan Doyle*, vol. II, trad. de A. Lázaro Ros, Orbis, Barcelona, 1987, ps. 121-123).

<sup>34</sup> EN TARUFFO, *Prova*, cit., p. 331.

aquí se trata de acreditar argumentativamente es que se ha operado con el necesario rigor formal en la obtención de los datos probatorios y en la articulación de la cadena de inferencias que, a partir de ellos, lleva a tener ciertos hechos por probados.

La indudable utilidad de trasladar el modelo de REICHENBACH a nuestro terreno es que contribuye a profundizar en el conocimiento del *modus operandi* judicial, claramente necesitado de reflexión y de análisis. De esta manera, también el propio juez puede ser más consciente de la naturaleza de su propia actividad y ejercer un mayor y mejor control racional de su desarrollo. Por lo demás, es bien claro que los aludidos momentos o contextos del proceder jurisdiccional son el resultado de una disección analítica y forman una secuencia lógica y no cronológica. En el modelo ideal se encuentran estrecha y dialécticamente relacionados, de manera que si es cierto que el juez al motivar parte de la decisión, también se trata de que al decidir tenga ya en cuenta la necesidad de motivar razonadamente su opción. Lo ha dicho muy gráficamente IACOVIELLO: “En realidad los contextos no son inconexos: el juez elige y decide en el ámbito de lo motivable, decide lo que está en condiciones de motivar”<sup>35</sup>. Aunque es de notar que lo que este autor expresa en términos asertivos constituye más bien el *desideratum* a que se orienta el paradigma prescriptivo hoy representado por la disciplina constitucional del proceder jurisdiccional.

## VI. La obtención de los datos probatorios

El juez del enjuiciamiento inicia su trabajo a partir de una hipótesis<sup>36</sup>, la hipótesis acusatoria, que recibe ya formulada con la pretensión de constituir la explicación del caso. En ella se afirma la conexión causal

<sup>35</sup> IACOVIELLO, F. M., *I criteri di valutazione della Prova*, en BESSONE, M. y GUASTINI, R. (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padua, 1995, p. 396.

<sup>36</sup> Como se sabe, la actividad investigadora que es el antecedente de una acusación en el proceso penal, tiene su origen en la producción de un hecho que aparece, al menos en principio, como realización del supuesto de hecho de un precepto penal. El hecho se presenta como resultado de una acción humana prohibida, cuya dinámica y cuyo autor, por lo general, deben ser objeto de averiguación. En el momento inicial de la indagación se cuenta con algunos datos empíricos, normalmente insuficientes. Con y a partir de ellos se trata de avanzar en el conocimiento. Y el primer paso en ese proceso es aventurar un intento de explicación, formular una hipótesis. Esto es, agrupar u ordenar los datos disponibles de una forma coherente, que les confiera un sentido que sirva para orientar la investigación. A través de ésta se producirá la obtención de nuevos datos, que pueden entrar o no en el esquema explicativo de esa hipótesis preliminar. En función de que sea así, se mantendrá, reforzándose o deberá ser replanteada o incluso habrá de desecharse. Cuando el investigador judicial entienda que dispone de una hipótesis suficientemente explicativa y que está en condiciones de sacarla adelante sobre la base de una propuesta probatoria de apoyo, la presentará como efectiva hipótesis acusatoria.

de un hecho tenido por penalmente relevante con la acción voluntaria de uno o varios sujetos, de la que, por tanto, aquél se predica como resultado. Resultado cuya constatación fue, en su momento, lo que dio oportunidad a la investigación que ha precedido a la acusación.

En apoyo de lo afirmado, la acusación señala algunas *fuentes de prueba* (personas, documentos), a través de cuyo examen como *medio* (audición del testigo, estudio del documento) persigue el *objeto* de identificar algún hecho concreto que adquiriera para el juez el valor de *elemento de prueba*. De ser así, cada uno de tales hechos, simples o secundarios, actuará como *dato probatorio*, al inscribirse entre las premisas que harán posible, en fin, la inferencia del hecho principal, eso que en las sentencias se coloca bajo la rúbrica *hechos probados*<sup>37</sup>.

Esto, porque lo que normalmente sucede es que el *thema probandum*<sup>38</sup>, el hecho principal, el penalmente relevante, que es el que en último término hay que probar, no aparece él mismo y de una vez como objeto de un solo medio de prueba. El hecho-base de la acusación suele presentarse procesalmente como hecho complejo, que, por tanto, tiene que ser probado a través de la acreditación de aquéllos más simples en que ha de descomponerse a efectos probatorios. Estos se convierten así en *objeto* individualizado de los concretos medios de prueba.

Puede darse, como a veces se da, el caso de un hecho muy simple, percibido directamente por un único testigo. En un supuesto de este género la deposición de éste versará directamente sobre el *thema probandum*, que será, él mismo, el *objeto* de prueba. Objeto *directo*<sup>39</sup> puesto que aquélla recae directamente sobre el objeto principal.

---

Esta forma de operar es la que se conoce como abducción o “razonar hacia atrás”, es decir, remontarse desde el efecto conocido hasta su causa. Establecer esta conexión causal exige disponer de algún elemento de generalidad, es decir obtenido por la generalización del resultado de anteriores experiencias. En suma, una máxima de experiencia.

<sup>37</sup> Tomo estas categorías en el sentido en que las emplea UBERTIS. Cfr. *Fatto e valore*, cit., ps. 103 y ss.; y, sobre todo, TARUFFO, *Prova*, cit., ps. 307 y 311.

<sup>38</sup> TARUFFO distingue el “*thema probandum*, es decir el conjunto de los hechos que es necesario averiguar como fundamento de la decisión”, del *objeto de la prueba*, o sea, el hecho particular que una prueba concreta tiende a demostrar” (*Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padua, 1970, p. 35).

<sup>39</sup> De prueba *directa* sólo se puede hablar en el sentido indicado, es decir, para referirse a la que versa inmediatamente sobre el *thema probandum*, pero no en el sentido habitual en la jurisprudencia alusivo a la dotada de una supuesta aptitud para transmitir sin mediaciones datos probatorios de, por tanto, más fácil y fiable aprehensión. Es tópico el caso, ya aludido, de la testifical, sobre cuya engañosa facilidad de valoración ha llamado también eficazmente la atención FERRUA (*Contraddittorio e verità*, en *Studi sul processo penal. II Anamorfosi del processo accusatorio*, Giapichelli, Turín, 1992, p. 52).

Pero, por lo general, la prueba de la veracidad de lo afirmado por acusación sobre el hecho propiamente dicho, o sea, el que implicaría la realización del tipo penal en función del cual se opera, se plantea de forma *indirecta*. Es decir, el objeto –de cada uno– de los distintos medios probatorios no es el que se postula como constitutivo del supuesto típico, el hecho principal, sino alguno secundario. Cada uno de éstos, si se considera acreditado, podrá servir, a su vez, como dato probatorio o base de una inferencia del conjunto de las dirigidas a la acreditación ulterior del hecho principal.

En este sentido, cada una de las afirmaciones sobre aspectos o elementos parciales del hecho principal en que es susceptible de descomponerse la acusación, en la medida en que su veracidad debe ser acreditada mediante concretos actos de prueba, constituye un objeto de prueba que como tal ha de ser tratado de forma individualizada, en un primer momento. Es decir, *la prueba* debe ser abordada como una serie de actos de prueba, practicados de forma relativamente independiente.

Cada uno de estos actos requiere del juez una valoración específica, a su vez dotada de cierta complejidad. Por ejemplo, si se tratase de la identificación de un individuo por otro, será preciso tomar en consideración las particularidades de la constitución de la “rueda”, la firmeza de las manifestaciones de este último, la concordancia o no de los rasgos reales de aquél con los que fueron facilitados por el segundo en el momento de la denuncia, etc. El resultado de estas comprobaciones previas constituirá la base de la inferencia que permitirá, en su caso, al juez pasar del *elemento de prueba*, aquí la afirmación positiva del testigo, al *resultado* de tener o no por producida la identificación.

Ha escrito FERRAJOLI que “solo si el tema del juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos –la acción, el resultado, la culpabilidad– puede ser objeto de prueba en sentido estricto”<sup>40</sup>. Pues bien, dada esta condición de posibilidad, todos y cada uno de los elementos constitutivos del tema de juicio, para que éste pueda producirse validamente como tal, deberán haber sido tratados efectivamente, con carácter previo, como otros tantos objetos de prueba en un primer estadio necesariamente analítico de ésta. Semejante descomposición reflexiva del *thema probandum* en tantos subtemas como fuere necesario es el paso ineludible que precede a una valoración racional de los datos probatorios como *conjunto*.

Que el juez debe operar analíticamente con el resultado de la actividad probatoria significa que ha de proceder por pasos, es decir atribuyendo a cada medio de prueba únicamente aquél que sea su rendimien-

<sup>40</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 129.

to concreto. Así, la conclusión inicial a que permite llegar la afirmación de un testigo presencial –si es que, por su actitud y por el modo como explica haber adquirido la información que transmite, merece credibilidad– es que ha visto lo que dice haber visto. Esta afirmación podrá servir de premisa de una inferencia que permita ir más allá, pero esto, si se produce, ya no será consecuencia estricta de la testifical, sino del resultado de ésta y de otros elementos de juicio que como tales deberán ser tomados.

## VII. De los datos probatorios a los hechos probados

Salvo en el aludido supuesto, poco corriente, de que, por la simplicidad del caso, el *thema probandum* resulte ser realmente el objeto de un solo medio de prueba; o sea, que la hipótesis acusatoria pueda entenderse confirmada por un solo elemento de prueba, la actividad probatoria será una actividad compleja. Es decir, el hecho que se trata de probar estará integrado a su vez por una serie de hechos diversos; la hipótesis acusatoria abarcará, así, un conjunto de subhipótesis, cada una dirigida a la explicación de uno de aquellos.

Naturalmente, el cuadro probatorio ofrecido en apoyo de la hipótesis acusatoria como tal tendrá una lógica interna, que la misma parte tratará de hacer prevalecer, como hilo conductor, a lo largo del desarrollo de las diversas actividades de prueba en que aquél se descompone. De este modo, la atomización que inevitablemente implica tal desarrollo secuencial estará *sobrevalorada* por una prepuesta de visión de conjunto.

También el juez, durante el desarrollo del curso probatorio, opera de manera similar. Formará criterio sobre el rendimiento de cada medio probatorio examinado, pero, al mismo tiempo, integrando estos elementos parciales de juicio en un juicio de conjunto sobre la propia hipótesis de la acusación y en función del comportamiento de ésta en el marco del contradictorio.

Por tanto, puede decirse, la fase probatoria está siempre animada por esa tensión dialéctica entre lo particular y lo general. Y la valoración de la prueba como tal debe entenderse como la integración o mediación racional y consciente de ambos momentos. La valoración de la prueba solo puede ser, pues, valoración del rendimiento de cada medio de prueba en particular y del conjunto de estos. Así, ese momento de valoración conjunta debe serlo *del conjunto de los elementos de prueba* previamente adquiridos de forma regular y antes ya efectivamente evaluados en su rendimiento específico. Es decir, el momento es de síntesis de lo aportado por una serie articulada de actos individuales de prueba.

Al final, el juez deberá entender que *existe prueba de cargo* si y solo si la hipótesis de la acusación tiene apoyo en todas las pruebas producidas y soporta ser confrontada con todas las contrapruebas practicadas a ins-

tancia de la defensa. Si la hipótesis acusatoria tomada como criterio ordenador y clave de lectura de todos los datos probatorios obtenidos no los integra armónicamente y los dota de sentido, existirá una duda relevante, con todas sus obligadas consecuencias.

Este modo de operar se separa netamente, pues, del representado por la conocida como *apreciación conjunta de la prueba* en la jurisprudencia tradicional, que venía a significar prácticamente si no la eliminación de esa primera aproximación analítica, sí su banalización, puesto que la valoración de la prueba se interpretaba como una especie de asunción *global* del resultado de ésta también globalmente considerada. De igual manera, el lugar de los dos momentos a que se ha hecho referencia aparecía realmente ocupado por una holística *impresión* de conjunto<sup>41</sup>.

Este último modo de proceder tiene un referente teórico en la que se conoce como *concepción narrativista*<sup>42</sup>, que plantea la decisión en materia de hechos como una elección entre hipótesis o propuestas globales. Una elección entre *historias*, fundada en el criterio de la “coherencia narrativa” y la calidad persuasiva. En este contexto, no es que el resultado de la actividad probatoria no cuente en absoluto, pero lo hace, como escribe TARUFFO, sólo en función de su capacidad “para dar fundamento a una u otra *story* globalmente considerada, no desde el punto de vista analítico de su relación con los hechos”<sup>43</sup>. De manera que, mientras el método analítico se funda en el análisis racional de todas y del conjunto de las aportaciones probatorias, con objeto de determinar el valor de veracidad que quepa atribuirles, el holístico atiende más a las particularidades estructurales y el tenor de la narración<sup>44</sup>.

## IX. La motivación en materia de hechos

El asunto que ahora se trata suele ser abordado mediante la exposición de dos modelos alternativos de valoración de la prueba, que tienen como referente otros tantos modos judiciales de proceder, asimismo contrastantes. El primero, el de la histórica prueba legal o tasada, en el que el

<sup>41</sup> Al “barullo y mogollón *impresionista*, que todavía hoy se empaqueta con la etiqueta de ‘valoración conjunta de las pruebas’” (IGARTUA SALAVERRIA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 188).

<sup>42</sup> De esta concepción, desde la filosofía del derecho, se ha ocupado J. CALVO GONZÁLEZ en *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993; y también en *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>43</sup> TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., ps. 281 y 283.

<sup>44</sup> A este punto de vista se ha referido IGARTUA SALAVERRIA, siguiendo a TARUFFO, en ídem, ps. 190-192, con atinadas observaciones críticas.

valor del resultado de cada medio probatorio está normativamente preestablecido con carácter general y determinación, por tanto, es ajena al criterio del juez. Como ha puesto de relieve FERRAJOLI<sup>45</sup>, en este sistema la valoración de la prueba recibe la forma de una (falsa) deducción. En efecto, se opera con la ficción de la existencia de reglas universales de validez probatoria, que, usadas como premisa mayor de un razonamiento, cuya premisa menor sería el concreto medio de prueba, permitirían, supuestamente, atribuir valor de prueba plena a la conclusión así obtenida.

El segundo, surgido a la vista de los aberrantes resultados de las prácticas judiciales fundadas en el anterior<sup>46</sup>, responde esencialmente al dato suficientemente acreditado de que en materia probatoria, es decir, en el tránsito de una proposición singular en materia de hechos a otra del mismo género hay un salto lógico que no puede evitarse por la mediación de ley alguna. Se trata de un rasgo propio de la gnoseología inductiva, presente en el *modus operandi* de adquisición del conocimiento judicial en el proceso. Puesto que, como no podía ser de otro modo, dado que el juez nunca tiene la posibilidad de percibir directamente el hecho principal, el acceso al conocimiento de éste solo cabe mediante la previa toma de conocimiento de otros datos que asimismo han de ser previamente probados. Es decir, a través de una cadena de inferencias.

El principio rector de este sistema es que en la valoración de la prueba es insustituible el criterio libre del juzgador: libre en el sentido de no susceptible de vinculación legal en su actividad gnoseológica. Ocurre, sin embargo, que ese criterio de libertad en el sentido que acaba de expresarse fue interpretado –por traslación mecánica de la experiencia del jurado inglés– como atribución al juez de la potestad omnimoda de valoración en un espacio vacío de reglas (no solo legales) de estimación<sup>47</sup>.

En efecto, el juez profesional tomó la *libre convicción por intime conviction*, con el resultado de considerarse legitimado para actuar como lo haría un jurado popular. El tenor de esta actitud y lo arraigado y difundido de ella quedan perfectamente de manifiesto en el modo de expresarse sobre el particular un texto muy usado por los profesionales de la

<sup>45</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., ps. 133 y siguientes.

<sup>46</sup> Para una crítica de la irracionalidad de las prácticas amparadas en el sistema de la prueba tasada, Cfr. VOLTAIRE, *Comentario sobre el libro “De los delitos y de las penas” por un abogado de provincias*, en apéndice *De los delitos*, cit., p. 112. Para un documentadísimo y sistemático tratamiento del asunto, véase NOBILL, M., *El principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1974, ps. 81 y siguientes.

<sup>47</sup> De “principio de absoluta libertad de los tribunales en la apreciación de las pruebas del juicio”, que “el legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador”, habla AGUILERA DE PAZ (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. V, Reus, Madrid, 2ª ed., 1924, ps. 557-558).

justicia de España, en años todavía recientes. Me refiero a la obra de SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, en la que se lee: “no hay por qué razonar, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los 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”<sup>48</sup>.

Mucho más próxima en el tiempo, y por ello más llamativa, es alguna jurisprudencia de la Sala Segunda, que expresa idéntica actitud cultural, al afirmar que “el principio de libre valoración de la prueba, con arreglo a conciencia, como ha declarado la jurisprudencia, supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, formando su convicción en torno a los problemas fácticos y sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente”. Pues, “en este orden es patente que el tribunal sentenciador no está obligado a hacer una concreta y expresa referencia a todas y cada una de las pruebas practicadas en la causa”<sup>49</sup>.

Cierto, que una interpretación del principio de la libre convicción atenta a los antecedentes histórico-legislativos de su asunción por el legislador liberal y al propio riguroso tratamiento de la decisión como función de un cuadro probatorio inequívocamente orientado a la adquisición de una verdad suficientemente contrastada en materia de hechos, tendría que haber sido bastante –como lo fue en el caso de algunos autores– para que la libertad en la valoración jurisdiccional hubiera sido inequívocamente entendida como ejercicio de crítica racional, de una racionalidad que no se presume, sino que debe acreditarse. Aunque, claramente, no bastó. Hoy, sin embargo, el precepto contenido en el art. 120.3 de la Constitución española no deja lugar a dudas. Y a pesar de ello, como es advertible por el valor sintomático de la sentencia citada y de prácticas a las que más tarde se hará referencia, la experiencia judicial en curso sigue aquejando un marcado déficit de racionalidad explícita en la concepción del enjuiciamiento<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> SÁEZ JIMÉNEZ, J. y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E., *Compendio de derecho procesal civil y penal*, t. IV, vol. II, Santillana, Madrid, 1968, p. 1287.

<sup>49</sup> Sentencia de 7 de mayo de 1997.

<sup>50</sup> A ello contribuyen opiniones tan cuestionables como la de RUIZ VADILLO (*Hacia una nueva casación penal*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1585, p. 5685), que no cree “obligado ni necesario” que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el “porqué de la relevancia dada a cada medio, en concreto por qué [se] creyó a dos testigos y [se] dejó de creer a tres o por qué [se] dio más credibilidad a un informe pericial que a otro”. Sostiene este punto de vista porque “en un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de culpabilidad y,

Escribió Pagano, en un texto muy citado, que “cualquier prueba es siempre indiciaria”<sup>51</sup>, puesto que –dirá en otra de sus obras– en el “análisis criminal” es preciso “valerse de los indicios para llegar a entender un hecho oscuro”<sup>52</sup>. Y hacerlo con un *instrumental* del que no forma parte regla alguna capaz de validar de forma inequívoca el resultado de ningún medio probatorio. Esto confina el proceso judicial de adquisición de conocimiento en materia de hechos en el ámbito de la inferencia inductiva. En ésta, como se sabe, ni siquiera en el caso de que las premisas sean ciertas y hayan sido tratadas con el exigible rigor lógico-formal, puede afirmarse que lo sea también la conclusión. Porque el contenido informativo de la misma excede del que preexiste en aquéllas; y, además, porque entre éstas no se cuentan leyes generales de validez universal, sino máximas de experiencia, generalizaciones plausibles, fundadas en el *id quod plerumquae accidit*, es decir, en lo que habitual (pero no necesariamente) suele suceder en supuestos del mismo género.

La actividad probatoria, como fundada, pues, en la inferencia inductiva, produce conocimiento probable. Llevada a cabo con todo el rigor que cabe exigir, puede hablarse de conocimiento dotado del máximo de probabilidad. Pero conocimiento cuya veracidad no es susceptible de demostración, sino fruto de una prueba.

La garantía de la calidad de ese conocimiento está pues en la propia calidad y rigor con que se haya producido la adquisición de los datos que están en la base de las sucesivas inferencias y, asimismo, en el rigor con que éstas se hayan efectuado por quien realiza el enjuiciamiento. Este rigor no puede presumirse y, desde luego, ni la Constitución ni la ley lo hacen. Y tampoco podría asegurarse su obtención de manera mecánica.

Lo más que cabe es predeterminar un marco normativo de exigencias de obligatorio cumplimiento, dirigido a hacer que la actividad intelectual del juicio se desarrolle de la forma más adecuada para garantizar aquélla calidad ideal del resultado. Es decir, que esa actividad intelectual esté dotada del máximo posible de racionalidad cognoscitiva. Lo que, en

---

por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra por el mismo camino y con idéntico recorrido, y no [sabe] cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos”; y, asimismo, en que “no parece conveniente ni menos necesario subrayar la incredibilidad de un testigo o de varios de manera expresa. Ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio”. De ahí que estime suficiente que “se deje constancia de los datos de que se ha dispuesto, declaraciones a favor o en contra, pericias en uno y otro sentido, etc., y como a su través, con prueba inequívoca de cargo se llegó a la condena”. Porque “lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión”.

<sup>51</sup> PAGANO, F., *Principii del codice penale (opera postuma)*, 1806, p. 80.

<sup>52</sup> PAGANO, F., *Logica de'probabili applicata a'giudici criminali*, Milán, 1806, p. 82.

este caso, quiere decir que se ajuste a los patrones de ese carácter que la teoría del conocimiento prescribe para la gnoseología inductiva.

En el marco de ésta, como es sabido, nada se da por supuesto por razón de estatus ni por razón de carisma del operador. Cualquier afirmación debe contar con el necesario soporte de datos de los que, a su vez, ha de acreditarse que han sido bien adquiridos. Acreditarse de la sola forma que cabe hacerlo: verbalizando la secuencia de pasos inferenciales, con el fin de que cualquier interlocutor eventual del que ha realizado el juicio pueda entender cómo se ha producido éste y el porqué de la decisión final sobre el objeto del mismo.

Así las cosas, no puede haber duda, motivar un enjuiciamiento en materia de hechos es, como ha escrito FERRAJOLI<sup>53</sup>, *justificar una inducción*. Pues del modo como ésta (aquí la inducción judicial a través de la actividad probatoria) se haya desarrollado, dependerá la calidad del resultado, es decir, de la convicción: que tendrá que ser de *certeza práctica* para que, como conclusión, pueda establecerse que determinadas afirmaciones de hechos han sido probadas.

A este respecto, conviene recordar que la inducción judicial opera por la atribución de aptitud convictiva al resultado del empleo de determinados medios de prueba. De donde motivar en esta materia de hechos significa, con TARUFFO, “explicitar, bajo la forma de argumentación justificativa, el razonamiento que permite conferir una determinada eficacia a cada medio de prueba, y que sobre esta base funda la opción a favor de la hipótesis sobre el hecho que en las pruebas disponibles halla un grado más alto de confirmación lógica”<sup>54</sup>.

De este modo, se trata de hacer explícitas las razones de un juicio<sup>55</sup>. No, por tanto, solo el resultado de éste; y tampoco solo esa conclusión acompañada de la mera indicación *pro forma* de los medios de prueba puestos en juego. Lo que ha de verterse al exterior es, pues, una articulada justificación del enjuiciamiento que, en el caso, ha lleva a la concreta decisión. Algo que no consiste en exteriorizar un proceso mental, sino en reconstruir *para uso de terceros* los pasos de un razonamiento complejo, dejando constancia expresa, de nuevo con TARUFFO, “de los datos empíri-

<sup>53</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., ps. 140 y 144, entre otras.

<sup>54</sup> En TARUFFO, *La prova*, cit., p. 409.

<sup>55</sup> Para P. COMANDUCCI, “la motivación en hecho es un proceso argumentativo consistente en aducir razones en favor de la conclusión siguiente: es verdadera, probable, verosímil o atendible, una aserción, o más específicamente el conjunto de aserciones que dan cuenta del presunto desarrollo de los hechos objeto de juicio” (*La motivazione in fatto*, en UBERTIS, G. (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 1992, p. 224.

cos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias realizadas a partir de ellos, y de los criterios empleados para llegar a las conclusiones probatorias; asimismo la motivación debe dar cuenta de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta y global de los diversos elementos de prueba, y de las razones en que se apoya la opción final en orden al fundamento de la hipótesis sobre el hecho”<sup>56</sup>.

Es decir, en contra de lo postulado por alguna jurisprudencia citada y de lo expuesto por RUIZ VADILLO, no basta con la simple enumeración de los medios de prueba asociada a la tajante afirmación de determinados hechos como probados. Eso, realmente, no garantiza nada o muy poco en tema de calidad del discurso decisonal. Es más, con propuesta de *motivación* tan débil, se priva a esta obligación constitucional de su efecto más eficaz como garantía, que consiste en que la conciencia del correspondiente deber preactúe ya en el *contexto de la decisión* provocando la expulsión del mismo de aquellos elementos de convicción que no sean susceptibles de justificación y verbalización.

En esa suerte de banalización de la motivación como exigencia es inevitable advertir la supervivencia de una concepción paleopositivista del derecho y de la jurisdicción, en la que prevalece una idea de ésta tributaria del sistema silogístico, que propicia el desentendimiento del proceso de elaboración de la *premisa menor*. Pero lo cierto es que ésta dimensión central del juicio se resuelve en una elección entre hipótesis. Por eso, si se quiere evitar el ejercicio arbitrario del poder judicial (que no es otro que el que se actualiza en el acto jurisdiccional), no cabe otra posibilidad que mantener alta la exigencia de justificación de las decisiones, esto es, de la exposición clara y suficiente de las razones de la elección efectuada por el juez en el supuesto concreto.

Lo que está en juego en el campo de la motivación, y en particular, de la motivación de la decisión en tema de hechos es mucho más que una cuestión de grado –de más o menos– en la calidad de las resoluciones, es *el ser o no ser racional del ejercicio de la jurisdicción, el ser o no ser de la jurisdicción misma*. Porque, como ha escrito Marina GASCÓN: “La racionalidad jurídica se expresa o desenvuelve a través de una labor de justificación o motivación de las decisiones que hoy tiende a verse no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces”<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Ídem, p. 409.

<sup>57</sup> GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 33.

## X. La expresión de la motivación en materia de hechos en la sentencia

Así, pues, ninguna duda acerca de que el deber de motivar no solo se extiende a los hechos, sino que es, antes que nada, justificación de la decisión sobre éstos, como núcleo que son de la sentencia y territorio de la misma en el que el juez se mueve con más libertad. Y, por ende, con más riesgo de error para los afectados.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 248.3, prevé que las sentencias cuenten con un apartado de “antecedentes de hecho”. No introduce ninguna precisión acerca de su contenido, pero es claro que ha de ser fáctico y que no puede confundirse con el de los “hechos probados”, de los que el propio texto legal los distingue claramente. Además, tampoco es discutible que los “antecedentes de hecho”, en la perspectiva del discurso motivador, se sitúan en un momento lógico-genético *anterior* al representado por los “hechos probados”. Y parece obvio que deben decir algo que ayude a entender por qué éstos han recibido semejante consideración.

Desde luego, si hay algo que no guarda ninguna relación con lo denotado por la expresión legal “antecedentes de hecho” es lo que –en la práctica generalizada de los juzgados de lo penal y de los tribunales– suele colocarse bajo la misma. En efecto, la sentencia estándar<sup>58</sup> presenta como tales la escueta referencia a algunas vicisitudes procesales, de ningún valor en la economía de la justificación de la decisión; a la que se une la expresión de la calificación de la acusación y la defensa; curiosamente, limitada a sus aspectos exclusivamente jurídicos. Por tanto, ni la menor alusión a algo que pudiera merecer la consideración de fáctico.

Así las cosas, si los “antecedentes de hecho” no pueden confundirse con los “hechos probados” y, al mismo tiempo, han de representar un momento en el *iter* que conduce al establecimiento de éstos como tales, no pueden tener otro contenido que el de lo que podría llamarse *antecedentes probatorios*. En ellos se tratará, pues, de dejar constancia de las *fuentes de prueba* señaladas por las partes para su examen y examinadas en el juicio; de si por *medio* de ese examen se han obtenido *elementos de prueba* susceptibles de ser valorados como datos probatorios, expresando cuáles. Se *describirá*, en síntesis, pero de forma suficientemente expresiva, los términos en que se ha producido la contradicción en el ámbito de la prueba, y su resultado.

<sup>58</sup> Esta afirmación se funda en el examen de una muestra de más de cien sentencias recientes de juzgados de lo penal y tribunales de Madrid, Barcelona, Valencia y Baleares. En ninguna de ellas los llamados “antecedentes de hecho” tenía el más mínimo contenido fáctico.

Es un plano de la sentencia que –desde el punto de vista expositivo– es previo a la motivación propiamente dicha en materia de hechos. Cabe afirmar que es el momento de presentación del sustrato empírico de la decisión sobre el *thema probandum*, mediante la exposición con el necesario detalle de las vicisitudes de la actividad probatoria<sup>59</sup>.

Es obvio, conviene insistir, que, por lo que se refiere al proceso discursivo de elaboración de la resolución, solo puede hablarse de *momentos* en sentido lógico y no cronológico. Por tanto, la exposición secuencial de éstos que impone la ley<sup>60</sup> no pretende reflejar el modo real de operar el juez en la formación de la convicción que es el contenido de la sentencia, sino dotar a ésta de una morfología que favorezca la comprensión del destinatario inmediato y, en general, del lector. Y, a la vez, que, el juez, sabiéndose ya ex ante obligado a verbalizar después las razones de su decisión, el qué y el cómo de la misma, ordenadamente y por planos, se mueva en el proceso decisorio en el ámbito de lo racional y lo racionalmente explicable y actúe con el máximo grado de autoconciencia y control sobre las verdaderas razones de la propia actividad decisoria.

Así, los “antecedentes procesales” tendrán como contenido la exposición de cómo el juez ha visto la actividad probatoria y su resultado. Siendo en un momento posterior, dentro del *contexto de justificación*, es decir, en la motivación y en un apartado específico de motivación de la valoración de la prueba, donde deberá explicar razonadamente el porqué del rendimiento atribuido a cada medio de prueba, del valor dado o nega-

<sup>59</sup> En una de las sentencias tomadas en consideración en esa *muestra* informal a la que me he referido, al hablar del desarrollo de la prueba, puede leerse: “Nos remitimos al acta, en aras de la brevedad...”. Pues bien, lo que reclama la ley, y, antes aún, la calidad de motivación y la autosuficiencia expresiva de la sentencia, es justo todo lo contrario. En efecto, no es posible formar criterio sobre el proceso decisorio si no se tiene conocimiento de los datos tomados en consideración o excluidos y del porqué de cada supuesto. Y no basta con que esos datos puedan (deban) estar contenidos en el acta si se ignora el tratamiento de que han sido objeto en el *contexto de decisión*. No es que la sentencia tenga que incorporar mecánicamente el contenido del acta. Pero sí debe contener, en síntesis suficientemente informativa, los términos concretos de la contradicción en el desarrollo de la actividad probatoria. Algo, en general, nada difícil de hacer en la práctica, y sin lo que la sentencia padecerá una laguna que la hará difícilmente comprensible, desde luego, para terceros ajenos a la causa, pero seguramente también para los propios implicados en ésta.

<sup>60</sup> La forma como se expresa el precepto de referencia, que solo distingue “antecedentes de hecho”-“hechos probados”-“fundamentos de derecho”, parece sugerir que la (constitucionalmente obligada) justificación o motivación de la valoración de la prueba debería incluirse dentro del primer apartado. Sin embargo, nada impide su inclusión en un área más específico de *motivación*, en el que, según el modelo que aquí se propone, habría que distinguir la relativa a los hechos y los fundamentos de derecho. Esta opción parece técnicamente más fundada, si se tiene en cuenta que la motivación fáctica puede tener también, en ocasiones, una consistente dimensión jurídica.

do a determinados datos, de cómo ciertos de éstos conducen a otros; ilustrando también acerca de las máximas de experiencia de que se ha servido con esa finalidad y, en fin, sobre la razón, en su caso, de haber atribuido relevancia probatoria a elementos de juicio procedentes de la fase de investigación. En definitiva, el juez deberá explicar sencilla pero suficientemente por qué llega a la conclusión de tener por acreditada o no una determinada hipótesis explicativa en materia de hechos.

Conviene recordar que *la prueba* como tal no existe en la realidad procesal y, por ello, no es susceptible de percepción directa. *La prueba* es un *producto sintético* de elaboración judicial, a partir de un material complejo y *contradictorio*. Y es ese proceso de elaboración el que el juez debe explicar. Eso y no otra cosa es la motivación en materia de hechos, que está objetivamente reñida con el viejo recurso de la “valoración conjunta de la prueba”, antes aludida y frecuente manera de escapar a lo que es ahora deber constitucional<sup>61</sup>. El resultado de la actividad probatoria ha de evaluarse en conjunto, es obvio, pero solo después de que haya sido objeto de una previa valoración analítica de cada uno de los segmentos que lo integran. Lo que no resulta aceptable es que pueda hablarse de síntesis donde no ha precedido un análisis explícito del material probatorio.

## XI. Sentencia estándar y modelo que se propone

Lo primero que hay que afirmar en el momento de hablar de la *sentencia media* actual producto de nuestros juzgados y tribunales en materia penal, es que, comparada con la de hace no demasiados años, ha experi-

<sup>61</sup> Hay un caso, documentado en la jurisprudencia disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, que ilustra muy bien sobre la verdadera naturaleza de un uso muy habitual de la “apreciación conjunta de la prueba”. Me refiero al conocido en su día como *caso D’Artagnan*, suscitado por la imputación –a partir de unas notas anónimas– al entonces juez de primera instancia de Puerto del Rosario del hecho de haber realizado una actuación judicial vestido de mosquetero. El juez fue sancionado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas y recurrió al Consejo. El ponente designado presentó al pleno de éste una propuesta de estimación del recurso, basada en un análisis pormenorizado y rigurosísimo, que recorría paso a paso el material probatorio, poniendo de manifiesto su llamativa inconsistencia. El pleno del Consejo rechazó, no obstante, la propuesta y acordó el nombramiento de un nuevo ponente. Luego se resolvió el recurso mediante una decisión en la que el lugar del análisis de la prueba lo ocupaba el siguiente párrafo: “del estudio y valoración de todas las pruebas practicadas, dentro de un proceso mental razonado y acorde con el criterio racional y lógico, se llega a la conclusión de que los hechos, que son el fundamento de todo el razonamiento de dicha resolución, han quedado completamente acreditados...” (!?).

Naturalmente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo revocó esa decisión, por entender que la actividad probatoria carecía de aptitud para destruir la presunción de inocencia del expedientado.

mentado un cambio sensible en materia de análisis de la prueba y motivación de la decisión en tema de hechos. Las resoluciones que hoy se emiten, con frecuencia, incluyen referencias explícitas al respecto y, en ese sentido, cuando así sucede, expresan un evidente grado de conciencia del deber constitucional de que se trata.

Ahora bien, ese esfuerzo motivador suele operar en un cierto vacío porque las sentencias, por lo general, ya se ha dicho, no contienen en absoluto<sup>62</sup> o no contienen suficientes referencias al desarrollo de la actividad probatoria y al rendimiento de cada medio de prueba, y, si lo hacen, es de una forma parcial y asistemática. Es decir, las más de las veces en ellas se opera *per saltum* para justificar unas conclusiones cuyos antecedentes no se explicitan.

Por otra parte, el método de exposición de ese discurso motivador insuficiente suele ser un tanto caótico, ya que habitualmente aparece integrado y formando parte de los fundamentos de derecho, dificultando la comprensión e incluso la lectura.

Al mismo tiempo, no son infrecuentes las sentencias que incluyen todo un discurso formal y solemne –*de ordenador*– con abundante aparato jurisprudencial sobre la importancia de la motivación, que luego, de hecho, viene a ocupar el lugar de ésta, prácticamente ausente.

A lo anterior hay que añadir que en la redacción de las resoluciones sigue aflorando el paradigma del “considerando”, la técnica de la *phrase*

<sup>62</sup> Vale la pena traer aquí noticia de las vicisitudes experimentadas por una sentencia de la Audiencia de Cáceres, que ilustran muy bien acerca de los obstáculos que la constitucional exigencia de motivación de las sentencias ha encontrado en la práctica. Se trata de la del 25 de febrero de 1988, que condenaba al acusado con la sola afirmación de que “los hechos que se declaran probados constituyen el delito de desacato”. Recurrida, fue casada por la de la Sala Segunda de 6 de julio de 1990, que la anulaba por ausencia de motivación y obligaba a la Audiencia a redactarla otra vez, subsanando ese defecto. La Audiencia dictó nueva sentencia, el 29 de noviembre de 1990, en cuyos hechos probados se lee: “discutiendo ambos [denunciante y denunciado] sin que aparezca definitivamente esclarecido el tenor literal de las palabras que el procesado dirigió a ...”. Sobre esta base, en los fundamentos jurídicos, se afirma escuetamente que “los hechos que se declaran probados no constituyen el delito de desacato...”. Nuevo recurso, ahora del fiscal, y nueva sentencia del Supremo, del 25 de enero de 1993, volviendo a casar por idéntico defecto de motivación. Y, en fin, una última sentencia de la Audiencia de Cáceres. Esta vez, también absolutoria, luego de que la sala hubiera “procedido a nuevas, profundas y meditadas deliberaciones (...) a un nuevo análisis de la prueba y a valorar de nuevo las declaraciones...”.

Aparte de lo que hubiera podido haber de malestar en la *reacción absolutoria* de la Audiencia de Cáceres a la primera anulación por el Supremo, lo que salta a la vista es que resulta bastante más fácil condenar sin motivación que motivando razonadamente la prueba en que se funda la condena. Precisamente, el plus de dificultad en el ejercicio de la jurisdicción que se deriva del imperativo del artículo 120.3, CE, es un aspecto esencial de la significación garantista del deber de motivar.

*unique*, con períodos larguísimos que hacen difícil no solo la lectura, sino, antes, la redacción.

Esto es todavía más perceptible en los relatos de hechos probados, a veces modelo de ambigüedad y confusión, con un hipérbaton excesivo, sobreabundancia de incisos, oraciones subordinadas de relativo y frases parentéticas que obstaculizan la comprensión<sup>63</sup>. (E, insisto, antes, la redacción). También es habitual el exceso de gerundios y la ausencia o el déficit de puntuación mayor<sup>64</sup>.

Un caso paradigmático de lo que nunca debería ser una exposición de hechos probados es el recurrente en los supuestos de accidentes de tráfico con la intervención de diversos sujetos y vehículos. Aquí los hechos suelen presentarse de manera que la introducción en la escena de cada uno de los protagonistas va acompañada de la inserción de todos sus

<sup>63</sup> No pocas veces, además y lamentablemente, los hechos probados son transcripción mecánica de los del escrito de acusación, a despecho de lo que pudiera haber sucedido en el juicio.

<sup>64</sup> Vale la pena traer a colación alguno de estos textos, todos recientes, que no han tenido que ser buscado, precisamente, con lupa.

“Probado y así se declara que: Sobre las 23 horas del día (...), los acusados (...), ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en compañía de otra persona a la que no se refiere la presente resolución, contactaron con el joven (...) que se sentó junto a ellos en un banco, al que vendieron una cierta cantidad de hachís por un precio de mil pesetas, siendo detenidos por una patrulla policial que había observado la transacción, ocupándosele en su poder 1,1 grs. de hachís”.

“Probado así se declara que en fecha no precisada de (...) el acusado (...), mayor de edad y sin antecedentes penales, compró un vehículo Volkswagen modelo 1300, matriculado (...), posteriormente averiguado, por lo que finalmente adquirió en Holanda un modelo más antiguo, 1303, que trasladó a España sin que llegara a concluir los trámites de su importación por lo que trasladó él personalmente, o bien por medio de otro las matrículas de aquél a éste, traspasando también el número de bastidor, circulando con éste que puso a nombre de su esposa, hasta que lo vendió a (...) el (...), quien casualmente descubrió la irregularidad, rescindiendo el contrato y poniendo los hechos en conocimiento de la Jefatura Provincial de Tráfico”.

“El día (...) encontrándose en el bar (...) de (...) el procesado A, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha (...) por delito de homicidio a la pena de 12 años y 1 día de reclusión menor, coincidió con B, de quien le separaban ciertas desavenencias por razones familiares y al salir a colación esta circunstancia e iniciarse una discusión entre ellos, de común acuerdo decidieron una pelea, a cuyo fin se trasladaron al paraje denominado (...) y sobre las 17 horas se enzarzaron en mutua agresión, consiguiendo separarlos C, quien pasaba por el lugar, y cuando B se disponía a coger el vehículo con el que se había trasladado hasta el punto donde se inició la reyerta, el acusado A lanzó contra él una piedra, cuyas características se desconocen por no haberse localizado, llegando a alcanzarle y derribarle al suelo, abalanzándose sobre B, quien sufrió heridas que precisaron de una primera asistencia médica, sin requerir ulterior tratamiento médico o quirúrgico y de las que tardó en curar (...) días, durante los que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, sanando sin secuelas”.

datos de edad, identidad, antecedentes, y de los del vehículo, seguro incluido, mediante una secuencia de oraciones subordinadas, con el resultado de hacer relato verdaderamente ilegible<sup>65</sup>.

A partir de las consideraciones que se han ido desgranando, y como conclusión, diré que, a mi juicio, la sentencia penal debería articularse en los siguientes apartados, después del encabezamiento:

- Antecedentes procesales
- Hechos probados
- Motivación
  - a) Sobre los hechos
  - b) Fundamentos de derecho

Los *antecedentes procesales* corresponden a lo que la ley describe como “antecedentes de hecho”. Creo que calificarlos de procesales produce el efecto de acomodar mejor el nombre al contenido que, relativo a los presupuestos probatorios de los hechos, con frecuencia deberá contener vicisitudes producidas en ámbitos institucionales: el policial-preprocesal o el del proceso propiamente dicho<sup>66</sup>. Por otra parte, todos los elementos de

<sup>65</sup> Lo más curioso es que este modo de proceder no es predicable sólo de jueces de edad madura, impregnados de la cultura de los “resultandos” y “considerandos”, sino también y con carácter prácticamente general, de profesionales de las promociones más recientes. Lo que ilustra con bastante elocuencia acerca del tipo de formación recibida.

Creo que habría que preguntarse a qué puede obedecer el hecho de que quienes practican esa suerte de *literatura judicial* manifiesten semejante proclividad a escribir de espaldas a los usos literarios vigentes. Incluso a protagonizar, a veces, supuestos de verdadera esquizofrenia, en los que el mismo sujeto escribe de forma diversa según el texto sea o no judicial. Algo que se manifiesta ya en cosas tan obvias como la expresión de mal gusto que supone autoatribuirse un tratamiento protocolario, cuando, como en las sentencias, se habla en primera persona; lo que probablemente ningún juez haría en cualquier escrito privado.

No puedo dejar de recordar aquí al magistrado Antonio Carretero, que, a propósito de ese uso, decía divertido: “Yo también me tuteo en las sentencias”.

<sup>66</sup> Un caso paradigmático al respecto es el del proceso en que el elemento de prueba central hubiera sido obtenido con grave quebrantamiento de un derecho fundamental, de manera que resulte un auténtico *vacío probatorio*. Cuando esto suceda, la sentencia no podrá contener hechos probados, puesto que los datos probatorios adquiridos de aquella forma no habrán podido ser valorados. En semejante supuesto, lo correcto será dejar constancia en el área de los *antecedentes procesales* de las vicisitudes determinantes de la nulidad, tal y como se han visto en el juicio. Vicisitudes que, obviamente, no deberían disfrazarse de hechos probados. Al operar de este modo, no se violenta la realidad procesal y, además, se ofrecen a la instancia concedora de un eventual recurso todos los datos necesarios para tomar conocimiento de la decisión impugnada, al objeto de confirmarla o revocarla.

Este criterio, que implica una relectura del artículo 851.1, en relación con el artículo 142.2, Ley de Enjuiciamiento Criminal, aparece acogido en la innovadora sentencia del 17 de noviembre de 1996, en la que se lee: “Si ninguna prueba de las producidas por la acusación puede ser valorada, es evidente que no es posible establecer, ni siquiera de manera hipotética, hechos probados. Consecuentemente, el art. 851,2º de la LeCr. así como el art.

hecho y de derecho, potenciales integrantes de su contenido, son materia producida en el juicio o, en todo caso, objeto de tratamiento dentro del mismo y, por eso, procesal.

Como he dicho, aquí debería hacerse expresión –de forma sintética pero lo bastante expresiva– del modo en que se ha producido la contradicción en lo tocante a la prueba. La redacción de este apartado debe estar presidida por un esfuerzo descriptivo de lo aportado por cada medio de prueba. Dejando también constancia de los datos o elementos de juicio procedentes de la fase anterior del proceso que se consideren susceptibles de valoración. Naturalmente, es asimismo el espacio adecuado para transcribir el contenido de las calificaciones definitivas de la acusación y de la defensa<sup>67</sup>.

En la redacción de los *hechos probados* habrá de prevalecer idéntico rigor descriptivo, con traducción inmediata en el plano del lenguaje y, muy en particular, de la sintaxis<sup>68</sup>. Deberá optarse por la frase breve y el orden y la gradualidad en la introducción de los datos en función de la propia dinámica y la economía de la acción que tiene que describirse; todo de la manera que mejor favorezca la comprensión de lo sucedido. Así, tendrán que aparecer claros, en primer plano, los datos precisos para ilustrar sobre el desarrollo de lo acontecido; desplazándose a un momento posterior la incorporación del resto de las informaciones de relevancia de carácter complementario o de relevancia formal, como las referencias al seguro del auto, o a los antecedentes penales.

Sería asimismo deseable aligerar el relato de elementos innecesarios. Por ejemplo, si en el encabezamiento se ha consignado la fecha de naci-

---

142.2º de la misma ley, no son aplicables a los casos en los que el Tribunal de instancia estima que todas las pruebas producidas en el proceso no pueden ser valoradas como tales por razón de lo dispuesto en el art. 11 LOPJ”.

Este criterio viene, además, a poner de manifiesto, todavía con más claridad, que los *antecedentes* que he llamado *procesales* constituyen un espacio con un papel particularmente relevante en la economía de la sentencia, que no tiene nada que ver con el mero ritual que habitualmente se le atribuye en una práctica generalizada.

<sup>67</sup> Por cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 142.3) exige la constancia en la sentencia de “las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa”, lo que, en puridad, exigiría la incorporación a aquélla también de los correspondientes relatos de hechos, con frecuencia de necesario conocimiento para una correcta inteligencia de la decisión judicial y, antes, de los términos reales del contradictorio.

<sup>68</sup> Sobre este y otros particulares del lenguaje judicial, cfr. BAYO DELGADO, J., *La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial*, en “Revista de Lengua i Pret”, nº 25, julio de 1996, en particular ps. 62 y siguientes.

De especial interés son las observaciones del autor sobre el uso (abuso) del gerundio en las resoluciones judiciales como factor de imprecisión, debido a “su condición de forma no personal del verbo, que por tanto no designa por sí mismo su sujeto”.

miento del acusado, no hay por qué volver a referirse a su edad, salvo que este dato sea relevante en concreto, por ejemplo, a efectos atenuatorios. Si no concurren antecedentes penales, sobra cualquier mención al respecto. Y, de manera muy especial, tendría que evitarse la inserción de esa frase intolerable por gratuitamente sobre-estigmatizadora: “Con antecedentes penales no computables”, que suele arrastrarse mecánicamente de los escritos de acusación<sup>69</sup>.

Partiendo de la previa información sobre las vicisitudes de la prueba, la *Motivación sobre los hechos* abre el espacio en el que se debe dejar constancia crítica razonada: de la eventual ilicitud de un medio de prueba y del porqué de tal consideración; del rendimiento atribuido a cada medio probatorio y de la razón de haberlo hecho así; del porqué de la inferencia de un cierto dato a partir de otro u otros y de la máxima de experiencia que permite dar ese *salto*. Y, tras la exposición sintética, la justificación de la necesaria síntesis. El sentido de este apartado se encuentra recogido con bastante claridad en el artículo 192.1 del vigente Código Procesal Penal italiano: “El juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados”.

Los *Fundamentos de derecho* propiamente dichos, por lo general, no suelen suscitar graves dificultades. Constituyen la parte de la sentencia para cuya elaboración la cultura jurídica recibida brinda al juez más y mejores recursos. Con todo, sí cabe apuntar que sería bueno despejar las resoluciones de innecesaria *erudición de disco duro*, de lujosas citas jurisprudenciales que, muchas veces, nada aportan, y reservar el correspondiente esfuerzo para cuando verdaderamente *lo exija el guión* porque se haya planteado un auténtico problema de interpretación o de subsumición, desplazando en los demás supuestos ese esfuerzo a la elaboración de los “antecedentes de hecho” donde, por lo general, será más productivo.

<sup>69</sup> Otra muletilla habitual, al menos en la Fiscalía de Madrid, y que asimismo se filtra en los relatos de hechos probados es la increíble afirmación de que el acusado llevaba la droga “en disposición de donación y venta” (*sic*). También la *literatura del ministerio público*, con la mayor frecuencia lamentable exponente del peor lenguaje burocrático, está necesitada de una profunda consideración crítica.



## Presunción de inocencia y prisión sin condena\*

### I. Introducción

La prisión provisional, como es bien sabido, tiene el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. En esa perspectiva, se le atribuye un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental predisposto para asegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad.

Esta consideración formal del asunto<sup>1</sup>, en apariencia pacífica, oculta cuando menos dos aspectos centrales de la institución. Uno es que, en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. La primera, es que desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata<sup>2</sup>. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización –en general bastante generosa– del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora<sup>3</sup>, ha tenido que ser revisado

\* Publicado en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Detención y prisión provisional*, CGPJ, Madrid, 1996.

<sup>1</sup> Para un desarrollo de este punto de vista, en la doctrina española, cfr. ASENCIO MELLADO, J. M., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, ps. 41 y siguientes.

<sup>2</sup> El papel realmente desempeñado por la prisión provisional produce todo un efecto transformador del sistema penal en su conjunto, como muy bien ponen de manifiesto CARRANZA, E.; HOUED, M.; MORA, L. P. y ZAFFARONI, R., *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1983, ps. 65-66.

<sup>3</sup> "... no solamente se hace sufrir a los hombres que son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto" (CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 75).

al alza, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por NOBILI: “hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal ... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carnelluttiana”<sup>4</sup>. Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear<sup>5</sup>.

La segunda –que sin duda tiene que ver con el anterior– es que la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría, *el problema* por antonomasia del proceso penal. Sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional de aquél que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia<sup>6</sup>.

## II. Vicisitudes constitucionales de la libertad personal

Franz NEUMANN, en un texto muy citado, a propósito del concepto de libertad como libertad jurídica, ponía de manifiesto que “la libertad es, más que otra cosa, ausencia de constricción” y que esta idea, que es la propia de la teoría liberal de la libertad, es clave para entender el constitucionalismo, en cuyos orígenes la libertad se concibe como “negativa”, en el sentido hegeliano de “unilateral”. Ello debido a que tiene como “presupuesto el individualismo filosófico: la idea de que el hombre es una realidad prescindiendo del sistema político en que vive” y que “el poder

<sup>4</sup> NOBILI, M., *La disciplina costituzionale del processo (I). Appunti di procedura penale*, edición ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, p. 249.

<sup>5</sup> Hasta qué punto es así, lo pone de manifiesto el hecho de que, en términos de opinión generalizada, sobre todo tratándose de determinados delitos, “no hay justicia”, cuando a la constatación del hecho y el descubrimiento del posible autor no sigue de manera inmediata la prisión provisional.

<sup>6</sup> Este carácter *problemático* de la prisión provisional se ha hecho particularmente visible últimamente en la reacción frente a la misma de una nueva categoría de *imputados excelentes*, que en países como Italia y España se han convertido en usuarios del proceso penal, con ocasión de la persecución de graves actos de corrupción. Así, en el caso de España, son reveladoras las manifestaciones acerca de la crueldad de la prisión provisional y la ardorosa reivindicación, frente al uso de ella, del principio de presunción de inocencia, generosamente difundidas por algunos políticos afectados y por exponentes de su entorno jurídico. En el caso italiano, aparte de la proliferación de expresiones de ese tipo, resulta por demás significativo que el consenso de ciertos sectores del arco parlamentario, antes siempre reacios a la reforma del instituto, se haya producido en el contexto de las actuaciones derivadas del proceso *mani pulite* y de otros del mismo género, de modo que la tan insistentemente reclamada modificación legislativa en la materia lleva fecha de 8 de agosto de 1995.

político, incorporado en el Estado, será siempre extraño al hombre, que no puede y no debe identificarse con aquél”<sup>7</sup>.

Este modo de concebir la libertad es, pues, el propio del constitucionalismo liberal, que tiene como presupuesto una drástica separación de la esfera pública y la esfera privada. El individuo es el *dominus* dentro de ésta, mientras el Estado ejerce su señorío en el ámbito de las relaciones políticas y sociales y no puede interferir legítimamente en aquélla, si no es por algún motivo de interés público.

La progresiva abolición de esa separación de esferas que se identifica con el advenimiento del Estado social y el paso a la democracia pluralista lleva consigo un tratamiento constitucional mucho más articulado y complejo de la libertad. Esta deja de ser concebida en su dimensión exclusivamente negativa y se abre paso una idea como libertad positiva, como expresión de la persona, en tanto que ser social con pretensiones de autorrealización en un campo de relaciones intersubjetivas (civiles, políticas, socioeconómicas) mucho más amplio que el propio de la autonomía individual<sup>8</sup>.

Ahora bien, este paso en la evolución histórica no implica la disolución de la vieja libertad *negativa* en las libertades *positivas*. Aquel concepto es un antecedente cronológico pero también un *prius* lógico y jurídico-constitucional de la categoría integrada por las segundas. Puesto que la capacidad de relación del sujeto como persona presupone su propia previa capacidad de autodeterminación, es decir, de decisión desde la autonomía.

Esta dimensión del sujeto resulta así, en el moderno constitucionalismo, enriquecida, pero en modo alguno abolida como momento central, “la parte más significativa del sistema (jurídico-positivo) de los valores supremos (constitución), que se impone como parámetro universal de la legitimidad de los diversos actos de los poderes ‘constituidos’ (comprendido el legislador) y como medida de la licitud de los comportamientos de los sujetos privados en su actuación personal de disfrute y estructuración de las objetivas *chances of life* que el ordenamiento les ofrece”<sup>9</sup>.

### III. La libertad personal del imputado

El uso de la prisión como forma de actuación del poder público interesa de manera inmediata a la libertad en su dimensión negativa y, en ese

<sup>7</sup> NEUMANN, F., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. de G. Sivini, Il Mulino, Bolonia, 1973, ps. 36-37.

<sup>8</sup> Cfr. Baldassarre, A., voz “Libertà. I) Problemi generali”, *Enciclopedia Treccani*, vol. XIX, Roma, ps. 18 y siguientes.

<sup>9</sup> Ídem, p. 16.

sentido (obviamente, salvo la privación de la vida), es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del *sistema de libertades*, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica.

En el proceso inquisitivo la prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: “un *prius* necesario para la obtención de las pruebas”, al decir de GREVI<sup>10</sup>. Lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento, en el que, a través de toda una “tecnología del cuerpo” se expresa la “microfísica del poder”, en la sugestiva interpretación de FOUCAULT<sup>11</sup>.

Una larga evolución histórica que es la del pensamiento ilustrado y la de la construcción de la propia categoría constitucional de la libertad llevó a la abolición formal de la tortura en la experiencia procesal y, con ello, a la disociación asimismo formal de la tortura y la prisión provisional.

Ese paso hizo, sin duda, mucho más tolerable la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad del instituto, en el que BECCARIA había visto, sin sombra de duda, “una especie de pena”<sup>12</sup>. Y no podía ser de otro modo, si se considera que, mucho antes, ya hubo autores que hallaron dificultades para distinguir entre tortura y cárcel. Así, Baldo, a cuyo juicio “*mala mansio, id est carcer, est species torturae*”<sup>13</sup>.

En cualquier caso, lo cierto es que la abolición de la tortura hizo más precaria la justificación de la privación preventiva de libertad dentro del proceso. Podría decirse que vino a restarle *legitimidad*, de donde la necesidad de buscar para ella nuevos fundamentos.

<sup>10</sup> Cfr. GREVI, V., *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Giuffrè, Milán, 1976, p. 3. Esta obra es una versión ampliada de la voz “Libertà personale dell'imputato”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Giuffrè, Milán, 1974, ps. 315 y siguientes.

<sup>11</sup> Cfr. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1986, ps. 33-35.

<sup>12</sup> BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 60.

<sup>13</sup> Citado por FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, vol. I, Milán, 1953, p. 237. Ciertamente que, como señala el propio FIORELLI –nota 13, p. 238–, *mala mansio* no era equivalente a cárcel sin más, sino a un tipo, especial por su rigor, de prisión provisional.

También, a juicio de J. MARCOS GUTIÉRREZ, la prisión provisional en la “melancólica y espantosa morada” que es la cárcel, atormenta (*Práctica criminal de España*, vol. I, Madrid, 1804, p. 210).

#### IV. Prisión provisional y presunción de inocencia

Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado<sup>14</sup>. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones<sup>15</sup>, hoy aparecen estrechamente interimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado *como si*<sup>16</sup> fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Es por lo que FERRAJOLI ha conceptualizado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de *libertad* y de *verdad*<sup>17</sup>.

Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores<sup>18</sup>, lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la Ilustración. En este punto es de referencia obligada la expresiva formulación de BECCARIA: “Un hombre no puede ser llamado *reo* antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”<sup>19</sup>. Y también la propuesta de FILANGIERI, de “tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito”<sup>20</sup>. Ambos autores, bien representativos de la antes aludida como la matriz continental del principio, cifran lo esencial del acusado en servir de funda-

<sup>14</sup> Cfr. al respecto, por todos, ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979, ps. 28-30.

<sup>15</sup> Mientras, como señala ILLUMINATI, la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado hunde sus raíces en el legalismo del pensamiento ilustrado continental, su caracterización como regla de juicio tiene su antecedente en el pragmatismo de la gnoseología judicial anglosajona (ibídem).

<sup>16</sup> En efecto, lo que activa la necesidad actual de afirmación concreta del principio es, precisamente, la emergencia de la imputación. Lo señala bien gráficamente, desde una perspectiva externa, A. ARTETA: “Nadie puede ser inculpado por el guardián de la ley salvo aquel a quien apuntan indicios objetivos de culpa; ese tal es presuntamente inocente porque *antes* ha parecido probablemente culpable” (*De la guerra gálica*, en “El País”, 13 de junio de 1996).

<sup>17</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, p. 549.

<sup>18</sup> Cfr. ídem, ps. 549-550.

<sup>19</sup> *De la guerra gálica*, cit., p. 52.

<sup>20</sup> FILANGIERI, C., *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, t. III, Madrid, 1821, p. 81.

mento a un nuevo modo de concebir la condición y la situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789<sup>21</sup>.

Consolidada la abolición formal de la tortura, establecido un marco procesal –también formalmente– presidido por el principio de presunción de inocencia, la cuestión de la prisión provisional, de su legitimidad, permanecerá en el pensamiento liberal demandando una justificación y recibiendo de los autores con matices diferenciales, pero siempre con un tinte de claro malestar de fondo en sus manifestaciones al respecto. Malestar que se expresa inequívocamente en el afán de rodear a la práctica de la institución de cautelas de difícil si no imposible prestación, como lo demuestra una ya bien dilatada experiencia en la materia.

Ninguna postura tan clara en este sentido como la de CARRARA, que subordinará su uso a “las necesidades del procedimiento”, haciendo hincapié en que “tiene que ser brevísima”, que “no es tolerable sino en graves delitos” y que “hay que procurar suavizarla” mediante la libertad bajo fianza; admitiendo su prolongación sólo para dar respuesta a “necesidades: 1º, de *justicia*, para impedir la fuga del reo; 2º, de *verdad*, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3º, de *defensa pública*, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno”<sup>22</sup>. Más tarde, en un trabajo titulado “Inmoralidad del encarcelamiento preventivo”, proclamará la *injusticia* de la institución, si bien como “una injusticia necesaria”<sup>23</sup>.

Por diferentes razones, contribuyeron eficazmente a aportar claridad a la polémica cuestión de las relaciones entre la prisión provisional y el principio de presunción de inocencia algunos caracterizados exponentes de la escuela positiva y, después, de la conocida como escuela técnico-jurídica. Lo hicieron por la vía de prescindir del elemento problemático del asunto: la presunción de inocencia. Poniéndola en discusión o bien propugnando su eliminación, en el caso de la primera, por motivos de defensa social<sup>24</sup>. Y negándola también en el supuesto de la segunda, a través de su representante más significativo, MANZINI, con argumentos de

21 “Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable” (art. 9).

22 CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, vol. II, nº 897, Temis, Bogotá, 1957, p. 375.

23 CARRARA, F., *Inmoralidad del encarcelamiento preventivo*, en *Opúsculos de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, vol. IV, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1978, p. 226. El autor manifiesta haber tomado la expresión de MESNARD, aunque sin cita de la obra (*Programa de derecho criminal*, cit. p. 373).

24 Cfr. ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, cit., ps. 17-18.

carácter procesal, pero no exentos de reminiscencias igualmente defen-  
sistas. Según este autor no hay nada “más tontamente paradójico e irra-  
cional” que la presunción de inocencia, pues “la imputación... debería  
constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad”. Ya que, “si se presu-  
me la inocencia del imputado, demanda el buen sentido, ¿por qué se pro-  
cede contra él?”. Para, en fin, mediando directamente en el tema que nos  
ocupa y argumentando por reducción al absurdo, preguntarse, sin duda  
como provocación a sus contradictores: “Por qué no abolir la prisión pre-  
ventiva?”<sup>25</sup>.

## V. La problemática justificación de la prisión provisional

Hace unos años, PAVARINI, al concluir una estimulante introducción  
crítica a la criminología, se refería, sin identificarle, a un famoso jurista  
que tiempo atrás había negado la condición de “buen” penalista a quien,

<sup>25</sup> MANZINI, V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6ª ed. act., vol. I, G. Conso y  
G. D. PISAPIA, Utet, Turín, ps. 226-227.

Recientemente Luciano VARELA CASTRO (*Fundamentos político-constitucionales y procesales*,  
en AA.VV., *El tribunal de jurado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 97) ha  
atribuido a MANZINI la identificación del principio de presunción de inocencia con el de *in  
dubio pro reo*, adscribiéndome a mí a la misma posición. El hecho de que no concrete el texto  
del autor italiano en que apoya esa afirmación obliga a pensar que se trata de una imprecisa  
*cita* de referencia, que es, sin duda, equivocada. En efecto, MANZINI, como aquí se ha pue-  
sto de manifiesto de forma precisa, a partir de los presupuestos ideológicos del fascismo,  
niega abiertamente el principio de presunción de inocencia. Tratándose del *in dubio pro reo*,  
cuestiona su operatividad como principio exegético en el plano de la interpretación, tanto  
de la ley penal sustantiva como de la procesal penal: “... en efecto, en la duda, nada auto-  
riza a plegar la ley a favor del imputado: ni la razón ni el derecho”, escribió; pero lo admi-  
te como criterio de valoración de la prueba producida en el juicio (cfr. ídem, ps. 130-131).

Mi posición al respecto (*La función de las garantías en la actividad probatoria*, en AA.VV.,  
*La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Consejo General del  
Poder Judicial, Madrid, 1993, ps. 231-234; también AA.VV., *Valoración de la prueba*, Funda-  
ción Myrna Mack, Guatemala, 1996, ps. 73-110) se cifra en cuestionar la pretensión de  
autonomía conceptual del principio *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia, por  
entender que todo lo que no es acreditada culpabilidad queda comprendido en el ámbito de  
esta última, cuya afirmación definitiva después de un juicio sólo puede ser incondicionada.  
Cuando se parte –que no es el caso de MANZINI– de la presunción de inocencia como presu-  
puesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación (cualquiera que sea la causa)  
sólo puede confirmar el estatus de inocencia preexistente. Lo contrario lleva forzosamente  
a la distinción inaceptable entre una absolución por inexistencia de pruebas y otra sólo por  
insuficiencia de éstas; y, como consecuencia, a establecer *categorías de inocentes*. Otra cosa es  
que el Tribunal Constitucional, por razones esencialmente pragmáticas, incluso de agenda,  
tenga necesidad de establecer algún criterio-filtro en el acceso al recurso de amparo. Pero  
de este dato de hecho no deberían derivarse perturbadoras consecuencias de índole con-  
ceptual.

el hecho de serlo, no le produjese *mala conciencia*<sup>26</sup>. Pues bien, si el derecho y el proceso penal son fértiles en ocasiones para la activación de ese sentimiento, es probable que nunca con tan buenas razones como cuando la actividad del profesional concernido tiene que ver con la justificación teórica<sup>27</sup> y, sobre todo, con la práctica de ese inquietante instituto que sigue siendo la prisión provisional.

Se ha podido comprobar en el caso de CARRARA, paradigmático por su sinceridad. Y es también advertible en un autor, HÉLIE, de obligada referencia cuando se trata de discurrir sobre la naturaleza y razón de ser de la prisión provisional. Es sintomático que el autor se encuentre en el deber de iniciar su discurso con la afirmación de que “la privación preventiva de libertad (*détention préalable*) de los inculcados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena”. Después, señalará que aquélla, “si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción”<sup>28</sup>.

En la expresión de HÉLIE, la prisión provisional no es (realmente) una pena sólo porque (jurídicamente) no *debe* serlo, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera. Lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso como por el modo en que se produce esa afectación. Así la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal<sup>29</sup>. Y es precisamente ésta la dirección en la que se han proyectado los esfuerzos dirigidos a proponer criterios de discernimiento convincentes entre ambas instituciones.

GREVI, sistematizando las posiciones doctrinales que concurren en este punto acerca de las funciones que suelen atribuirse a la prisión provisional, ha distinguido una especial preventiva y otra cautelar; para,

<sup>26</sup> PAVARINI, M., *Introduzione a... la criminologia*, Le Monnier, Florencia, 1980, p. 148. Versión castellana de I. Muñagorri, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1983.

<sup>27</sup> Como ha escrito ILLUMINATI, “la prisión provisional ha representado siempre, en la época moderna, un aspecto del proceso penal cuya existencia no ha podido llegar a justificarse nunca de manera plenamente convincente” (*La presunzione d’innocenza dell’imputato*, cit., p. 40).

<sup>28</sup> HÉLIE, M., *Traité de l’instruction criminelle ou theorie du Code d’instruction criminelle*, vol. V, Hingray, París, 1853, p. 748.

<sup>29</sup> Naturalmente, el criterio de discernimiento es el del fin jurídico-formal o interno, puesto que vista desde una perspectiva criminológica externa, la función que efectivamente cumple la prisión provisional en el modo de ser real del proceso en la generalidad de nuestros países, es, como se ha dicho antes, la de una anticipación de los efectos de la pena.

dentro de ésta, diferenciar la que constituiría una “cautela de tipo instrumental, en orden al desarrollo del proceso” y otra “de tipo final, en orden a la ejecución de la eventual condena”<sup>30</sup>.

a) *Prisión provisional y prevención especial*. Quienes asocian ambos términos estableciendo entre ellos una relación de funcionalidad, lo hacen asociando a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada, que es la que justificaría la medida. Esta responde a una finalidad de prevención de la realización de *otros* delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña también una función ejemplarizadora.

Como ha señalado AMATO, si en todos los casos los fines predicados de la prisión preventiva implican un grado de identificación entre imputado y culpable, en este supuesto se llega al máximo<sup>31</sup>. Lo que no impide que existan opiniones –no necesariamente adscribibles a la escuela positiva– que consideran que tal es la función prevalente de la medida cautelar personal, con plena conciencia, por lo demás, de lo que implica. Paradigmático es el caso de FOSCHINI, que atribuye a la prisión preventiva, entre otros, el fin de asegurar “principalmente la inmediatez o la solicitud del efecto reactivo de la colectividad jurídicamente organizada, respecto del delito cometido”<sup>32</sup>.

En este caso no existe, pues, duda: el efecto profiláctico que se busca a través de la privación preventiva de libertad, parte explícitamente de la presuposición de que el imputado podría *reincidir* en el delito cuya realización ya se le atribuye sin ambages.

Como escribe ILLUMINATI, no faltan autores que, partiendo del dato de experiencia de que existen imputados calificables de objetivamente peligrosos con un despreciable margen de duda, se muestran partidarios del reconocimiento de fines extraprocesales a la prisión preventiva, cautelares en sentido impropio, que no tendrían por qué implicar anticipación de la pena. No obstante, sin negar la realidad de ese riesgo, advierte tam-

<sup>30</sup> Cfr. ídem, ps. 44, 51 y 59.

<sup>31</sup> AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 376.

<sup>32</sup> FOSCHINI, G., *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, Milán, 2ª ed., 1965, p. 526. “Efecto reactivo –concluye el autor– que constituye el alma de la pena y que, si se tuviera que esperar al agotamiento del proceso, a menudo resultaría perdido y siempre en todo caso debilitado, con la consiguiente pérdida o disminución de eficacia de las actuaciones penales”. No menos clara es la posición de L. GRANATA sobre el particular, cuando afirma su convicción de que “no se puede tener un proceso penal, por así decir, *desarmado* hasta el pronunciamiento definitivo de condena” (*La tutela della libertà personale nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milán, 1957, p. 46). Acerca de la doctrina española en este punto, puede verse ASENSIO MELLADO, *La prisión provisional*, cit., ps. 37-39.

bién del que conlleva una “estructuración de la prisión preventiva en clave de defensa social” llamada necesariamente a operar sobre la “presunción de culpabilidad” como presupuesto. La única forma coherente de tratar tales situaciones es, a su juicio, la rápida conclusión del proceso. Y, en cualquier caso, en supuestos como los aludidos “es –dice– prácticamente imposible que el eventual peligro de futuros delitos no vaya acompañado de un bastante más tangible peligro de fuga”, sobre cuya base se podría operar con una finalidad más propiamente cautelar<sup>33</sup>.

b) *Prisión provisional y aseguramiento del desarrollo del proceso.* Aquí se asigna a la institución el papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso. De una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez o, bajo la autoridad de éste, a disposición del órgano encargado de la investigación, donde la misma corra a cargo del ministerio público; y, por otra, evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables.

Esta es de las tres opciones contempladas aquélla en que la asimilación de imputado a culpable se da en menor grado. A veces, incluso se argumenta en forma no demasiado convincente que hasta un imputado inocente podría verse tentado “a manipular el cuadro probatorio”<sup>34</sup> para asegurarse la absolución, en su caso debida. Lo que, al no ser descartable en hipótesis, vendría a demostrar que la medida cautelar en sí misma carecería en este caso de implicaciones culpabilizadoras.

De cualquier manera, nunca podría dejar de considerarse que la prisión provisional podría también limitar las posibilidades de realización de una defensa adecuada y, desde luego, una flexible relación con el encargado de ésta. Que no toda actividad de investigación relacionada con el imputado es susceptible de aseguramiento por esa vía, como ocurre con el interrogatorio, facultativo para el imputado en tanto que medio de

<sup>33</sup> Cfr. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., ps. 43-44.

En la doctrina española, sobre la neutralización del peligro de fuga y consiguiente evitación de la frustración del proceso como justificación constitucionalmente aceptable de la prisión provisional, pueden verse: FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Detención y prisión provisional*, en *Privaciones de libertad y derechos humanos*, Jueces para la Democracia-Hacer, Barcelona, 1987, ps. 81-82; y BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 382-383.

<sup>34</sup> Así, GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, cit., p. 55. AMATO, en cambio sostiene que este modo de entender la prisión provisional “sólo en parte se sustrae a la identificación entre imputado y culpable” porque, a su juicio, “el temor [de que pueda alterarse interesadamente el ‘cuadro probatorio’] se funda en la hipótesis de que el imputado, para demostrarse inocente, tenga necesidad de alterar el estado de los hechos; lo que quiere decir, evidentemente, que es culpable” (ps. 376-377).

defensa, más que medio de prueba en sentido propio. Y que, si adoptada con el sentido instrumental aludido, la prisión preventiva tendría que responder a una necesidad realmente existente y justificable de aquella garantía y cesar necesariamente una vez cumplida su finalidad cautelar-procesal.

c) *Prisión provisional y aseguramiento de la eventual condena*. Una vez concluida la fase de investigación y asegurada con ella en lo esencial la futura productividad de las fuentes de prueba, la función cautelar-procesal de la prisión preventiva podría –al menos en teoría– carecer de fundamento o perderlo en términos estimables. Pero tampoco parece descabellado contemplar la posibilidad de cierta implicación *necesaria* entre ambas modalidades o dimensiones de la institución (cautelar-instrumental y cautelar-final), puesto que un efectivo aseguramiento de fuentes de prueba claramente de cargo, obtenido durante el mantenimiento –y sobre todo si merced al mantenimiento– del imputado en prisión, reforzaría los motivos para prolongar ésta ante el riesgo de fuga que podría generar en él el miedo real a una ya más previsible condena. De ahí que la diferenciación que suele hacerse doctrinalmente entre este supuesto y el anterior, si admisible en términos analíticos, no esté llamada a desempeñar un gran papel en la experiencia procesal penal, donde ambos jugarán normalmente como momentos de un *continuum* en el que la eficacia del primero reforzará la conciencia de la *necesidad* del segundo.

En todo caso, el espacio *natural* de juego de esta dimensión de la prisión provisional como garantía de sometimiento del imputado a una pena eventual, siempre sería la fase del enjuiciamiento.

También aquí los autores han expresado su preocupación por evaluar lo que de asimilación de las figuras de imputado y culpable pudiera haber en el supuesto que se contempla y, así, su grado de compatibilidad con el principio de presunción de inocencia.

Pues bien, a este respecto y, leída desde nuestra realidad constitucional, no puede ser más interesante la posición de GREVI. Entiende este procesalista que el peligro de fuga del imputado como fundamento de la prisión provisional constituye “una circunstancia objetiva del todo autónoma de cualquier presunción *contra reum*”, lo que, a su juicio, no plantea ningún problema de compatibilidad esencial con aquel principio, en la forma que lo expresa el artículo 27.2 de la Constitución italiana<sup>35</sup>. Sin embargo, concluye, “una justificación de ese género sería mucho más difícilmente sostenible cuando la Constitución sancionase una presunción de inocencia verdadera y propia, ya que no tendría explicación posi-

<sup>35</sup> Este precepto, en su literalidad original, dice: “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”.

ble el empleo de semejante medida cautelar con una persona considerada *tout court* inocente. Esta misma medida puede tener sentido, en cambio, ante la presunción de no culpabilidad, ya que cuando se trata de un sujeto que ‘no es considerado culpable hasta la condena definitiva’ queda cierto espacio para la adopción de una cautela asociada a la eventualidad de una condena, en el que perfilar concretamente el *periculum in mora* (o *periculum libertatis*, según un típico lenguaje jurisprudencial) bajo la especie de peligro de fuga<sup>36</sup>.

## **VI. La ilegitimidad esencial de la prisión preventiva. El punto de vista de Luigi Ferrajoli**

La lectura de los procesalistas que con sensibilidad constitucional se han ocupado de la prisión preventiva permite advertir, invariablemente, en ellos el fondo de mala conciencia, el malestar a que antes he aludido, que tiene entre sus afectados antecedentes tan ilustres como los de CARMIGNANI<sup>37</sup> y CARRARA, por citar sólo algunos. Tal sentimiento se hace bien patente en estos años, por ejemplo, en ILLUMINATI, cuando reconoce con sinceridad que incluso un intento como el suyo de buscar la compatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia haciendo pagar a ésta el menor precio posible, es “siempre insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa” de la segunda<sup>38</sup>. Y asimismo en NOBILL, cuando con ocasión del tratamiento de la presunción de inocencia, denuncia un “intento de amplio alcance, dirigido a recuperar en la práctica para la represión penal aquellos espacios que parecerían cerrados por las garantías constitucionales reconocidas”<sup>39</sup>.

Luigi FERRAJOLI<sup>40</sup> es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación y del análisis de la forma en que un *statu quo* procesal consolidado *de facto*, en gran medida, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori a tra-

<sup>36</sup> GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, cit., p. 61.

<sup>37</sup> Cfr. *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Fratelli Nistri e Cc., vol. III, Pisa, 1832, ps. 237-238, donde al autor señala con claridad el problema que plantea la prisión preventiva como “mal, que el acusado sufre sin título de pena”. También en *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero, rev. J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, p. 248, donde manifiesta: “la *captura* de los reos (...) conviene más peculiarmente al proceso inquisitorio”.

<sup>38</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 48.

<sup>39</sup> NOBILL, *La disciplina costituzionale del processo (I)*, cit., p. 293.

<sup>40</sup> Cfr. ídem, ps. 549 y siguientes.

vés de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio. El catálogo de distintas *necesidades* sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento lamentable, pero procesalmente legítimo (al fin, por *imprescindible*), tiene mucho más que ver genéticamente con el degradado modo de ser actual del proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa.

Una vez claro que el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena, FERRAJOLI, con apoyo en datos bien observables de la experiencia procesal vigente, advierte que el fundamento de la función “cautelar final” de aquélla –el *peligro de fuga*– está no tanto en el miedo a la pena misma –hipotética y lejana en el tiempo– como al que suscita el conocido uso habitual de la prisión preventiva. Mientras que lo que confiere *racionalidad* instrumental a la función más específicamente procesal de la prisión provisional es la exasperante lentitud de los ritmos y tiempos procesales. De aquí una conclusión en la materia: “Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por ‘necesidades procesales’, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por ‘necesidades penales’”<sup>41</sup>. Y así resulta ser en la práctica, donde la prisión preventiva más que un elemento accesorio es uno de los ejes –y en ocasiones, más precisamente, el eje y el momento de máxima eficacia general preventiva– del sistema penal considerado en sus perfiles reales.

Esto es lo que hace afirmar al autor de *Derecho y razón* que “no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales”<sup>42</sup>. Convencimiento que le lleva a razonar la innovadora propuesta de “un proceso sin prisión provisional”<sup>43</sup>. Por incontestables exigencias de principio y por la constatación empírica de que, en lo esencial, las *razones* con las que se ha tratado de avalar el uso de la prisión provisional –desde que se tiene conciencia de las dificultades de su justificación racional– las proporciona, precisamente, la aberrante lógica desviada no *del proceso*, sino de su degra-

<sup>41</sup> FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 555.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ídem*, ps. 559-561.

dado modo de ser actual. No se le oculta a FERRAJOLI que su “propuesta puede aparecer a corto plazo como una quimera. Pero ello depende no tanto de razones lógico-jurídicas como sobre todo de la inercia de los aparatos y de la resistencia que siempre oponen las culturas conservadoras”<sup>44</sup>. La inercia –no casual– de los aparatos es bien visible en la rentabilidad del uso de la prisión provisional con fines de control social. Tanto que, como pone de manifiesto el propio autor, incluso dentro de las coordenadas legales del sistema procesal vigente podría reducirse en términos verdaderamente sustanciales el recurso a la prisión provisional<sup>45</sup>. Y no parece especialmente difícil imaginar –en esta sociedad posttecnológica– medios que, siendo infinitamente menos gravosos que aquélla para sus destinatarios, resultaran al mismo tiempo aptos para asegurar los objetivos procesales que se le atribuyen, si fuera ciertamente ésta la cuestión. Que evidentemente, no lo es.

## **VII. La justificación de la prisión provisional en el ordenamiento español**

La Constitución vigente (art. 17.1 y 4) consagra la legitimidad de la prisión provisional y remite al legislador ordinario el tratamiento de su forma y duración, que se encuentra en los artículos 503, 504 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Este texto, en su actual redacción, subordina el uso de la medida a la concurrencia de determinadas condiciones:

1. Que se haya producido un hecho calificable de delito (no falta).

<sup>44</sup> Ídem, p. 572. El peso de la “inercia de los aparatos” en esta materia es algo bien patente para cualquiera que cuente con alguna experiencia procesal. Y en cuanto a los factores culturales, en este caso subculturales, que tienen su mejor expresión en la categoría-muelle de la *alarma social*, nada más elocuente que el uso del criterio de “necesidad” que por instancias oficiales y por sus juristas de apoyo se hizo en defensa de “la patada en la puerta” como instrumento esencial de “lucha” contra la narcodelincuencia. Según ha quedado demostrado, ni el uso de ese aberrante instrumento tuvo efectos prácticos relevantes de contención de ese fenómeno; ni su feliz expulsión del ordenamiento llevó consigo algún retroceso significativo en la respuesta represiva a él. La permeabilidad de ciertos temas procesales a los usos ideológicos no puede ser más evidente, ni estos usos más peligrosos.

<sup>45</sup> De hecho, como ponen de manifiesto CARRANZA, HOUED, MORA y ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, cit., p. 49, en concreto, en la realidad de los países objeto de estudio en la obra y en el período contemplado, se aprecia una diferencia sustancial de la incidencia de la prisión provisional entre aquellos cuyo proceso penal se mueve en el ámbito del modelo europeo-continental, y los que lo hacen en el marco del proceso de tipo anglosajón. El 68,47% de presos sin condena sobre el total de encarcelados, en el primer caso, y el 22,57%, en el segundo.

Cfr. asimismo, CARRANZA, E., *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, n° 26, julio de 1996, ps. 81 y siguientes.

2. Que concurren “motivos bastantes” para su atribución a una persona.

3. Que el delito se encuentre sancionado con una pena superior según el nuevo Código Penal (Disposición transitoria 11ª) a tres años. Aunque en este caso podrá sustituirse por libertad provisional bajo fianza, si concurren (*cumulativamente*) los siguientes requisitos:

- carencia o cancelación de los antecedentes penales;
- creencia fundada de que no se va a eludir a la justicia;
- el delito no haya producido alarma;
- el delito no sea de los frecuentes en el territorio.

4. Que estando conminado el delito con pena menor de tres años, la prisión se considere necesaria en virtud de la concurrencia *de alguno* de los datos siguientes de:

- los antecedentes del imputado;
- las circunstancias del hecho;
- la alarma social producida;
- la frecuencia con que se cometan hechos análogos.

Por lo demás, en cuanto al tiempo de duración de la medida, el legislador español aunque establece determinados límites (art. 504.4), dada la elasticidad de éstos y la posibilidad de prórroga, deja un amplio margen de decisión al juez, si bien advirtiéndole que no deberá prolongar la prisión “más allá de lo necesario” (art. 504.3).

Como puede observarse con la lectura de los dos preceptos que se han desglosado, sólo el requisito de la creencia fundada de que el inculcado no tratará de sustraerse a la acción de la justicia (obstaculizando el desarrollo del proceso, se entiende), como razón que justificaría la sustitución de la prisión por la libertad provisional, es susceptible de conectarse a una función propiamente procesal. Pero sucede, como se ha visto, que no puede operar por sí sólo, sino en el conjunto de los demás elementos reseñados, entre ellas la de que “el delito no haya producido alarma”, de matriz netamente defensiva. De este modo, es obligado concluir que el tratamiento que la prisión provisional recibe en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal responde esencialmente a ese tipo de exigencias<sup>46</sup>.

Esto se hace explícito en el texto, como se ha visto, y lo confirman sin asomo de duda los primeros y más autorizados comentaristas. Así, REUS encuentra la justificación de la prisión provisional en la necesidad de dar satisfacción a las exigencias del “equilibrio social (...) el restablecimiento

<sup>46</sup> Tanto es así que, como ha escrito RODRÍGUEZ RAMOS, “los citados arts. 503 y 504 de la Ley de E. Criminal provocan en nuestra praxis lo que cabría llamar arbitrariedad legalizada, paradoja consistente en que el texto legal permite al juez, en la mayoría de los supuestos, cumplir la ley tanto si resuelve en favor de la libertad como si lo hace en favor de la prisión...”, citado por J. BANACLOCHE PALAO, en “Prisión preventiva”, nº 39, abril 1995, p. 382.

del derecho perturbado y la triste imposición de una pena<sup>47</sup>. Y con más claridad aún, si cabe, AGUILERA DE PAZ, a cuyo juicio la ley “debe amparar a la sociedad asegurando al culpable y procurando garantías a la ejecución de la pena por medio de la prisión del inculcado”<sup>48</sup>.

Es por ello que la búsqueda de un criterio de legitimación del instituto más fundado en exigencias de carácter procesal y más compatible, por tanto, con la naturaleza cautelar, haya tenido que orientarse hacia fuentes extralegales<sup>49</sup>, antes, preferentemente, de origen doctrinal y ahora, afortunadamente, ya de rango constitucional.

En este momento, el difícil intento de dar a la prisión provisional un fundamento procesal (y no penal-sustantivo) suele partir de la afirmación del principio de presunción de inocencia y de su reconocido carácter central como inspirador de la disciplina constitucional del proceso, que impondría una reconsideración de los preceptos analizados dirigida a dotar a la medida de una funcionalidad instrumental al servicio de aquél. Así, en esa nueva clave de lectura, el dato de la gravedad del delito tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia, impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado.

Esta orientación es la que se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que siguiendo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordina el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra “la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber:

<sup>47</sup> REUS, E., *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de setiembre de 1882 concordada y anotada extensamente*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, ps. 298-299.

<sup>48</sup> AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2ª ed. corregida y aumentada, p. 188. Aunque el autor reconoce que “son muchos los que la impugnan como medida preventiva” (p. 190) considera “admitido por todos los tratadistas el principio de la necesidad de la prisión provisional con los fines que ya tenemos indicados” (p. 194), sin duda queriendo significar que entre los procesalistas la cuestión, cuando el escribe, es pacífica.

<sup>49</sup> Hay que señalar, sin embargo, que los artículos 506 y 507 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la prisión provisional incomunicada, conectan la decisión de adoptar la medida en esta modalidad y su duración a exigencias más precisamente procesales, como la de “evacuar las citas hechas en las indagatorias” y “evitar la confabulación”. También puede reconocerse ese carácter al indicador del “riesgo de fuga”, de los nuevos artículos 504 bis 2 y 539, que autorizan al juez a decretar la prisión provisional cuando no hubiera podido celebrarse la preceptiva comparecencia para decidir sobre ella, si bien con el deber de convocarla nuevamente para dentro de las setenta y dos horas siguientes.

su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”<sup>50</sup>.

El Tribunal Constitucional admite que la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, en un primer momento, sobre la consideración preferente (y quizás exclusiva) de los datos de la gravedad del delito y de la pena. Pero, con carácter general, reclama que la ponderación del riesgo de fuga se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del afectado. Advirtiendo que la estimación que pudo justificar la decisión inicial no tendría por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento, que exigirá en cada momento una revisión de la actualidad de los elementos de hecho tenidos en cuenta inicialmente y de su aptitud para que se entienda vigente la necesidad de prolongación de la medida<sup>51</sup>.

Tanto la primera como las ulteriores decisiones deberán estar suficientemente fundadas, en el sentido de contener una clara referencia a los datos fácticos y una explícita apreciación de su relevancia jurídica.

Los aludidos criterios jurisprudenciales tienen la indudable virtud de situar la interpretación de los de carácter legal en un ámbito de racionalidad, que deberá presidir no sólo la adopción de la prisión provisional, sino también su misma duración, ofreciendo además algunas indicaciones instrumentales de referencia<sup>52</sup>.

Estas elaboraciones jurisprudenciales<sup>53</sup> han tenido, sobre todo, la utilidad de problematizar los usos tradicionales de la jurisprudencia ordinaria en tema de prisión provisional. Pero su capacidad de permear efi-

<sup>50</sup> STC 128/1995, dictada en el caso “Sotos-PSV” y que expresa de forma acabada la posición del Tribunal en la materia. Se elimina, pues, cualquier referencia al criterio legal de “alarma”, virtualmente expulsado del discurso del Tribunal, que, como resulta bien advertible, trata, además, con cautela el criterio, también legal, de la reiteración delictiva.

<sup>51</sup> En el supuesto contemplado por la sentencia, el caso “Sotos-PSV”, el Tribunal decidió que si había habido motivos fundados para la adopción de la medida, no así ya para su mantenimiento en el momento del recurso, entrando claramente con esta decisión en una valoración de pura legalidad ordinaria que, en principio, daría pie para el traslado a la alta instancia de todos los casos de prisión provisional en curso en que pudiera cuestionarse la justificación de su continuidad.

<sup>52</sup> Un tratamiento sistemático de estos criterios por la Comisión y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse en J. A. DEL OLMO, *La determinación del “plazo razonable” de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción en España*, en “La Ley”, nº 4090, 30 de julio de 1996).

<sup>53</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy reducida en la materia, habida cuenta de que tiene un limitadísimo acceso a la casación, y sólo a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, que prevé esa posibilidad por infracción de precepto constitucional (art. 5.4).

cazmente la utilización real de la misma ha de encontrar un límite objetivo difícilmente salvable. Es el representado por el dato de que lo que se impone legalmente al juez es algo más que un uso limpiamente *procesal* de la medida. Que difícilmente resultará cuestionado fuera de algunos casos muy particulares, de escasa significación estadística.

### VIII. El juez y la prisión provisional

Señalaba AGUILERA DE PAZ que en el terreno de la prisión provisional “los encontrados intereses del individuo y de la sociedad luchan abiertamente (...) más que en ninguna otra parte”<sup>54</sup>, queriendo aludir, sin duda, y claro es que con una imagen muy de la época, a la bien patente naturaleza contradictoria del instituto. Hoy, desde nuestra perspectiva, habría que enmendar al buen procesalista, por un lado, haciendo hincapié en el claro interés público que expresa el principio constitucional de la presunción de inocencia, en el que late algo más que un bien individual, lo que sin duda modifica los términos del conflicto; y, por otro, advirtiendo que el alcance de éste es seguramente mayor y más radical de lo que desde su óptica pudiera parecer. Pero esto, reconociendo al mismo tiempo lo fundado de la preocupación que se desprende de su observación, que si en algo ha ganado con el paso del tiempo y la prolongación del debate, es en razones para mantenerse vigente con bastante mayor intensidad, a la luz de la mejor cultura constitucional.

Es por lo que ahora, si de una parte resulta difícil hacer oídos sordos al planteamiento radical de FERRAJOLI (radical porque desnuda el problema en la raíz) y dejar de reconocer que incluso la consideración *más procesal* de la prisión provisional seguiría albergando una aporía difícil de desactivar; de otra, tampoco es posible eludir la evidencia de que, en rigor, ese modo de concebir el instituto no es el que se realiza en la práctica, lo que añade, en este plano, un nuevo nivel de contradicción.

Este segundo plano de la contradicción resulta perceptible con toda nitidez en el razonamiento del Tribunal Constitucional, cuando sostiene que “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena”<sup>55</sup>. Como si la dimensión definitiva e irreversiblemente punitiva de la prisión provisional radicase en el dato externo del fin eventualmente perseguido con ella, en lugar de ser una implicación material, esencial, de la propia naturaleza del instituto, que le constituye en todo caso.

Naturalmente, la terrible medida cautelar admite usos diferenciales y es susceptible de gradaciones en la intensidad de su componente de penalización inmediata. En efecto, en su utilización cabe registrar desde prác-

<sup>54</sup> En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 189.

<sup>55</sup> STC 40/87, citada a su vez en la STC 128/95.

ticas que se mueven incluso por debajo del estándar legal, hasta las que representan entre nosotros, hoy por hoy, los puntos más altos de una lectura constitucional de aquel<sup>56</sup>. Pero, es evidente que, incluso en estos casos, la cuestión sigue siendo seriamente problemática, como lo demuestra la cita jurisprudencial que acaba de hacerse y las aludidas dificultades del propio Tribunal Constitucional para moverse en un camino salpicado de obstáculos como los representados por los indicadores legales de “peligrosidad” y reiteración delictiva.

En cualquier caso, y como corolario de lo hasta aquí expuesto, hay una evidencia y es la de que todos esos ingredientes de conflictividad difícilmente eludible se precipitan de manera aparatosa sobre el momento judicial, haya o no conciencia de ello en quien lo gestiona.

Una primera cuestión, que en nuestro país no había sido vivida como tal hasta hace no mucho tiempo, es la relativa al estatuto y la posición procesal del órgano habilitado para acordar la prisión provisional. En concreto, es un asunto que forma parte del más complejo representado por el general cuestionamiento del sistema mixto y, en particular, de la figura y del papel del juez instructor, sobre el que aquí no cabe extenderse<sup>57</sup>. En síntesis, lo que se debate es la aptitud del implicado en la investigación para decidir con el equilibrio (imparcialidad) necesaria sobre la privación de libertad del indagado. Pues bien, saltando inevitablemente por encima de todo un cúmulo de aspectos que ahora no resulta posible considerar, lo cierto es que sea quien fuere el agente decisor, si lo que se trata de determinar es, precisamente, la existencia de indicios bastantes de delito a cargo de un sujeto en el estado actual del procedimiento, difícilmente podrá hacerse desde otra posición –directa o por subrogación implícita– que la del investigador, puesto que es a partir de los datos obtenidos por éste como habrá que decidir.

Cierto es que no resultará indiferente que la resolución se haya visto precedida de un trámite contradictorio y que pueda verse sucedida de la posible revisión en otra instancia. Pero, al fin, en los casos en que se haya impuesto la prisión provisional lo habrá sido sobre la base de datos –ellos sí provisionales– no obstante ser aquella, en la realidad de sus efectos, tan definitivamente penalizadora, como bien se sabe.

Se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión pro-

<sup>56</sup> Aquí es de cita obligada la ya aludida STC 128/95.

<sup>57</sup> Sobre este punto remito a mis trabajos: *El ministerio fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso*, en *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, ps. 81 y ss.; y *Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal*, en AA.VV., *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, ps. 1995 y siguientes.

visional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones. Al margen de la incidencia de las actitudes personales en cada supuesto específico, ello obedece, en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia. Baste señalar que la motivación, no obstante su papel central en la tarea jurisdiccional, sigue sin ser objeto de una disciplina específica: no se enseña, que es una de las razones por las que en muchos casos seguramente no llegará a aprenderse nunca.

Pero, no obstante esto, hay otra razón que grava notablemente el cumplimiento del deber de motivar<sup>58</sup> las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones<sup>59</sup> de aquellas. Y, siendo éstas *confesables*<sup>59</sup>, por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincente o verosímilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En el plano jurídico-formal, cuando se acepta esa compatibilidad de principio, la cuestión no puede ser más clara. Dicho con GREVI, “se trata de evitar que la garantía de la motivación pueda ser sustancialmente eludida –lo que no es raro que suceda en la práctica– mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la perezosa repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación”<sup>60</sup>. Ahora bien, no resulta posible desconocer que estas prácticas viciosas tienen también que

<sup>58</sup> Como se sabe, uno de los requisitos establecidos por el legislador liberal para acordar la prisión provisional es la concurrencia de “motivos bastantes” (art. 503.3, Ley de E. Criminal). Esta exigencia, ya desde los primeros comentaristas, se ha interpretado como un plus respecto de los “indicios racionales de criminalidad” que el artículo 384 pone en la base del procesamiento. Así REUS, (*Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de setiembre de 1882 concordada y anotada extensamente*, cit., vol. I, p. 309). Por su parte, en la misma línea, AGUILERA DE PAZ ve aquéllos como los “elementos que puedan servir de base y fundamento a un raciocinio por virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito al presunto reo, y que sea suficiente dicho raciocinio para que la conciencia del juez acepte la realidad de las sospechas deducidas contra él, y la convicción de culpabilidad que hasta entonces pueda apreciarse por los datos resultantes del sumario” (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., p. 202).

Ya antes, J. MARCOS GUTIÉRREZ, estimulaba a los jueces a que “antes de arrestar a alguna persona reflexionen sobre la mayor o menor gravedad del delito que se le imputa, sobre el grado de prueba que hay contra ella...” (*Práctica criminal de España*, cit., vol. I, p. 210).

<sup>59</sup> Ya se ha señalado que el criterio de la “peligrosidad”, siendo legal, parece haber sido expulsado del discurso explícito del Tribunal Constitucional.

<sup>60</sup> GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, cit., p. 149.

ver con la circunstancia que, por un lado, como apuntó CARMIGNANI y se ha demostrado, “las leyes no pueden determinar concretamente por qué indicios puede el juez ordenar el arresto del reo”<sup>61</sup>, lo que se traduce inevitablemente en la atribución y el consiguiente uso de una discrecionalidad difícil de justificar en concreto<sup>62</sup>, máxime cuando, además, habría de hacerse sin prejuizar, al menos de forma expresa. De donde el notable nivel de complejidad que la redacción de las resoluciones por las que se acuerda la prisión provisional presenta en cualquier caso, puesto que se trata de anudar los presupuestos jurídicos que habilitan para la adopción de la medida a referentes fácticos explícitos y mínimamente objetivables y contrastables, y de hacerlo sin anticipar criterios de valoración de la cuestión de fondo y, precisamente, en un estadio preliminar de la investigación. Además, y dado que la subsunción no puede operar por simple yuxtaposición de la norma al dato fáctico, en rigor, habría de articularse analíticamente su relación. En fin, hay que insistir, todo ello debería hacerse sin quiebra del principio de presunción de inocencia, que, como se ha visto, no puede dejar de sufrir en este asunto.

Los padecimientos de este principio, ya se ha dicho, comienzan en la propia Constitución, de la que recibe el tratamiento indefectiblemente problemático derivado de la presuposición de su compatibilidad con la prisión provisional. Pero con una particularidad ya aludida, que debe hacer aquí de nuevo acto de presencia: es que en los medios del procesalismo —el italiano de posguerra— que, dentro de nuestro ámbito de cultura, más y mejor se ha ocupado de esta materia, la circunstancia de que la Constitución italiana hubiera puesto “el acento en la cualificación de no culpabilidad, [es, precisamente, lo que] abre un cierto espacio a la previsión de institutos limitativos de la libertad personal, entre los que destaca la prisión preventiva”<sup>63</sup>. De donde se infiere que una proclamación en positivo de la “presunción de inocencia” como derecho fundamental, del género de la que hace suya la Constitución española (art. 24.2), no puede sino llevar consigo la cancelación o la drástica limitación de ese espacio, haciendo todavía más ostensible la aporía.

Ello implica que, en el caso español, la contradicción lógica tenga

<sup>61</sup> *Elementos de derecho criminal*, cit., p. 250.

<sup>62</sup> Piénsese en la dificultad de verbalizar razonadamente en el caso concreto un pronóstico como el de que el imputado “no tratará de sustraerse a la acción de la justicia”.

<sup>63</sup> GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, cit., p. 39. Frente a la propuesta de MANCINI en favor de la fórmula: “Se presume la inocencia del imputado...”, el comité de redacción “consideró oportuno adoptar una fórmula *menos drástica*” (cfr. FALZONE, V.; PALERMO F. y COSENTINO, F. (eds.), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, 1976, p. 98. La cursiva nos pertenece).

también un (todavía más) visible estatuto *constitucional*, puesto que la Constitución entra en llamativo y explícito conflicto consigo misma. Ahora bien, el hecho de que esa contradicción lógica se haya proclamado inexistente, o, mejor, irrelevante, por el Tribunal Constitucional, al declarar la legitimidad del uso –aunque no de cualquier uso– de la prisión provisional y su compatibilidad con la presunción de inocencia, no pacifica por eso la cuestión, ni puede eliminar las sombras que se agolpan sobre ella y su repercusión en la conciencia del juez intérprete. Pues, sin desconocer, naturalmente, ni un ápice de su valor positivo a la Constitución, lo cierto es que ni el constituyente quiso, ni hubiera podido, arrojarse el papel del carrolliano Zanco-Panco, de *Alicia a través del espejo*<sup>64</sup>; ni el texto fundamental, ningún texto fundamental, podría clausurar el horizonte axiológico, cerrando la puerta a la crítica del orden positivo desde una perspectiva *externa*; ni tampoco impedir que ésta se filtre –como factor de conflicto– en el momento aplicativo, complicándolo extraordinariamente.

## IX. Para concluir

Una reflexión como ésta tiene necesariamente que cerrarse con la convicción de que el trabajo de quien administra un instituto tan contaminado de ilegitimidad, y tan contaminante, como la prisión provisional, termina siendo, inevitablemente y aún en el mejor de los casos, *trabajo sucio*.

El juez penal que no esté dispuesto a engañarse ni engañar ha de asumir con toda lucidez esta dimensión de la realidad de su oficio. No hacerlo así sería protagonizar una vergonzante huida del conflicto, ya por cerrar los ojos –cosa bien difícil– a la verdadera naturaleza de la prisión provisional, o bien por la expulsión *de facto* del polo problemático del discurso: el exigente principio de presunción de inocencia, actuando *como si* no existiera. Creo, no obstante, que hay una razonable y productiva tercera vía, no para salir de la contradictoria situación (lo que no es posible), sino para vivir en ella con cierto *productivo* realismo. Es una vía que no lleva a la resolución de la aporía, que evidentemente no está al alcance del juez, puesto que es sistémica, sino que, siendo ésta irresoluble, pasa por la necesidad de tenerla activa y lúcidamente presente.

Se trata, en suma, de reconocer que no existen prácticas *limpias* de la prisión provisional; ni siquiera cuando se producen mediante el uso de ese relativamente sofisticado instrumental de origen jurisprudencial a

<sup>64</sup> La referencia es al conocido pasaje: “Cuando yo uso una palabra –insistió Zanco Panco con un tono de voz más bien desdenoso– quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos” (CARROLL, L., *A través del espejo y lo que Alicia encontró al otro lado*, trad. y prólogo de J. Ojeda, Alianza, Madrid, 1973, p. 116).

que se ha hecho referencia. Pues, del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anticipando *de iure* y de facto ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignado.

Pues bien, sólo actuando con esa (mala) conciencia resultará viable –y no cabe duda que en esta labor serán de utilidad aquellos estándares idealmente racionalizadores– limitar, no ya dentro de lo posible, sino teniendo siempre reflexivamente hacia lo imposible el empleo del terrible instrumento, que, además –cierto que éste sería *otro* tema–, al dotar al insatisfactorio *statu quo* procesal de su conocida eficacia en términos de control social inmediato, contribuye activamente a su perpetuación en los constantes actuales. Así, en esta materia, la *mala* conciencia del juez vendría a desempeñar el cometido de una atípica y última garantía del imputado, de carácter cultural. Porque, en efecto, la prisión provisional, más que, como ha escrito ASENCIO MELLADO<sup>65</sup>, “necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal”, lo es para asegurar la viabilidad del actual degradado modo de ser real *de este* proceso penal<sup>66</sup>, que descansa ostensiblemente en la “confusión entre poder final y poder instrumental [y en la] *contaminatio* entre proceso y pena”<sup>67</sup>. Si el proceso penal vigente en la generalidad de los países, puede permitirse ser como es, o sea, mantener el extraordinario grado de infidelidad al modelo ideal-constitucional, el impresionante nivel de disfuncionalidad y divergencia respecto de los fines proclamados en ese plano, que le caracteriza, es porque la prisión provisional –y con ella el proceso– ocupa, en notable medida, y no de manera accidental, el lugar de la pena, y absorbe buena parte del papel represivo que a ésta jurídico-formalmente le corresponde.

<sup>65</sup> Ídem, p. 136.

<sup>66</sup> G. PISAPIA ha hablado al respecto de “*expediente práctico* en un sistema procesal que no de garantía de pronta solución (...) y no puede dar a la institución de la prisión provisional un fundamento racional ni una verdadera y propia justificación jurídica” (*Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, en *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Convegni di studio “Enrico de Nicola”, Giuffrè, Milán, 1965, p. 95).

<sup>67</sup> De Luca, G., *Principi costituzionali di libertà e istruzione formale*, en *Atti del convegno nazionale di studio su I problemi della istruzione formale*, Bologna, 1973, p. 3, citado por M. NOBILI, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia: significato politico d’una vecchia polemica*, en “La Questione Criminale”, n° 1, 1977, p. 87.



## Jurado: el debate debe continuar\*

En la Europa continental de la segunda mitad del siglo XVIII, el difuso malestar provocado por la degradación del proceso penal, inquisitivo y centrado en la prueba legal, hizo que juristas y filósofos sensibles a los problemas de la libertad y del poder dirigieran la mirada al jurado popular inglés. No fue difícil idealizarlo: frente a los jueces del *ancien régime*, crueles, ensimismados, omnipotentes y lejanos, los ciudadanos-jurados, socialmente próximos al justiciable, ofrecían una atractiva imagen de serenidad y equilibrio, de capacidad de aproximación dialógica al objeto del juicio, en un clima de elemental y sana racionalidad. Se veía en ellos la encarnación de lo natural y lo sencillo, frente al artificio representado por la ensobrecida nobleza de toga y por las sinuosidades burocráticas de un sistema de enjuiciamiento profundamente arbitrario y hermético. Es elocuente al respecto el juicio de DUPORT sobre el tribunal popular: “una institución primitiva que siente todavía los bosques de los que procede y que respira profundamente la naturaleza y el instinto... lo bueno es que en ella todo se decide por el camino derecho y la buena fe”<sup>1</sup>.

Esta percepción del asunto encontró eco en juristas tan caracterizados como CARRARA, que halló en el jurado uno de los componentes del “cuadrilátero de las libertades” (los otros son la guardia nacional, la prensa libre y el parlamento); y mostró su preferencia por las “impresiones de un corazón virgen” frente a “la costumbre de un funcionario”<sup>2</sup>. En polémica con CARMIGNANI, que expresaría su perplejidad por la circunstancia de que, ante un fenómeno humano tan difícil de definir como el modo en que nace en el “ánimo la prueba del hecho”, alguien pudiera preferir “la ignorancia” y “el criterio instintivo del hombre”<sup>3</sup> como paradigma metodológico.

\* Publicado en AA.VV., *Juicio por jurado. Cuestiones teóricas y práctica*, Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>1</sup> Durante el debate sobre la institución en la Asamblea Constituyente francesa, Sesión del 26 de diciembre de 1790, en “Moniteur” del día 27, citado por A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Topos Verlag AG, Liechtenstein-País, 1978, p. 436.

<sup>2</sup> F. CARRARA, *Programa de derecho criminal. Parte general*, trad. de J. J. Ortega y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, p. 234.

<sup>3</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Fratelli Nistri, Pisa, 1832, vol. IV, ps. 108-110.

Han transcurrido más de dos siglos y la institución tiene escasa vigencia; que, significativamente, es, en términos estadísticos, apenas testimonial en los Estados Unidos, país de referencia en la materia. La polémica del jurado, cuando se activa, sigue girando en torno a las mismas cuestiones, si bien en el contexto teórico del enjuiciamiento se han producido cambios de relieve, muy enriquecedores. Tal es la razón por la que creo que puede ser útil realizar un sintético intento de exploración crítica de los presupuestos culturales de que se nutre la opción por el conocido como jurado puro, en relación con aquellos avances, a fin de extraer algunas consecuencias en la perspectiva de nuestra experiencia en curso.

En apoyo del jurado suele hacerse un uso generoso del argumento democrático. Según éste, el instituto aportaría a la jurisdicción una legitimación de ese carácter que le falta. En un planteamiento muy generalizado, no exento de cierto jacobinismo naif, la clave radica en la participación. Y, cosa curiosa, la que se reclama para la administración de justicia es directa y de una intensidad desconocida en el marco general de la política, hoy aquejada de una gravísima crisis endémica, con serias consecuencias en el plano de la legitimidad. Precisamente, porque la intervención del ciudadano a través del sufragio “se limita tan sólo a una adhesión a un cierto partido”<sup>4</sup>.

Semejante modo de ver el asunto denota una mala comprensión y, a veces, incluso, resistencia a aceptar que el modelo de Estado constitucional de derecho vigente entre nosotros tiene su fundamento ideal en la armónica integración de dos momentos complementarios: el propiamente *democrático* y el *de derecho*. Ambos necesariamente preordenados –en su unidad/distinción– a dar satisfacción efectiva a las exigencias de principio que imperativamente se derivan de la consagración positiva de los derechos fundamentales al más alto nivel normativo.

En ese contexto, la legitimación del acto jurisdiccional no guarda relación, y mucho menos directa, con la democracia política: el juez no debe ser un delegado o agente de la mayoría ni la justicia un cauce de participación en aquélla. Su función es *de garantía* de derechos, que, (sólo) en ese sentido, tiene una ineliminable dimensión de contrapoder. Por eso, el lugar de su ubicación en el modelo no está en el momento *democrático*, sino en el *de derecho*. Ello, es bien obvio, no significa ajenidad del juez al dictado de la soberanía popular, sino que éste sólo le vincula bajo la forma –ciertamente, genuina– de manifestación la que es la ley general. Cuya recta aplicación puede, en ocasiones, obligarle a decidir con un criterio contramayoritario. Tal es el sentido de la independencia como valor constitucional.

<sup>4</sup> H. KELSEN, *El problema del parlamentarismo*, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 92.

Por tanto, en un sistema como el español vigente, la legitimidad democrática que pudiera connotar al jurado por razón del método de designación de sus componentes, no aporta nada de especialmente valorable a la función de juzgar. En ésta, como el juez, el tribunal popular se legitimará o deslegitimará *sólo* por la calidad del proceso decisonal y de la decisión.

Otro de los tópicos de que se ha nutrido históricamente el juradismo es el paleopositivista de la limpia separación hechos/derecho en la experiencia jurisdiccional; que es lo que permitiría escindir ésta en dos planos netamente diferenciables, para confiar el primero a los ciudadanos-jurados y el segundo al juez profesional. Sin embargo, hoy sabemos bien que la compleja dinámica del juicio se resiste a semejante tratamiento; pues no es en modo alguno lineal ni unidireccional, sino de un desarrollo que se ajusta más bien a la idea de *circularidad*, acuñada por la hermenéutica. En efecto, lo denotado como *hechos*, ya desde el atestado, es un segmento de realidad empírica, *recortado* de ésta según el criterio de la *relevancia*, es decir, por razón de su correspondencia *prima facie* con el supuesto fáctico de una norma penal.

No se quiere decir con esto que *los hechos* carezcan de sustantividad en cuanto tales. En modo alguno, su existencia histórica es objetivamente autónoma y anterior al momento de la primera valoración con criterios jurídicos. Y es importante operar siempre con conciencia de este dato, para evitar forzamientos de la realidad, reduccionismos juristicistas de ésta y, en definitiva, *pre-juicios*. Pero, al mismo tiempo, sólo será posible proceder de este modo cuando exista claridad sobre la clase de sutil relación que mantienen las dimensiones fáctica y jurídica en la formación de la decisión judicial. En particular, porque, respetando como se debe respetar la *autonomía ontológica* de los hechos, no puede olvidarse que, aquí, éstos *valen* sólo en cuanto jurídicamente *significan*. Que es por lo que en la elaboración de la sentencia el curso no es de sentido único sino que tiene algo de articulado *ir y venir* entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*. Por poner un ejemplo, es obvio que, para la existencia del homicidio como delito, hace falta probar que el ánimo de dar muerte estuvo presente en la conducta del protagonista de la acción, es decir en *la realidad de los hechos*. Pero también lo es que, una vez fijados éstos, deben ser interpelados desde y con conocimiento del derecho para precisar la concreta modalidad de esa presencia.

Otro lugar común en la materia es el representado por la afirmación de la existencia de alguna clase de delitos, los conocidos como *naturales*, cuya acreditación, en general, se produce en virtud de prueba (llamada) *directa*, lo que los haría especialmente aptos para un enjuiciamiento no técnico, a base de puro buen sentido. Pero el sustrato argumental de semejante planteamiento es de una patente inconsistencia. La pretendida *naturalidad* de ciertos delitos –por ejemplo, el homicidio del “drama

rural”– está implícitamente asociada a formas elementales de convivencia que, por lo general, ya no se dan. En ese sentido son hoy más *naturales* los fraudes dotados de alguna sofisticación, pero de regular incidencia estadística en las relaciones de amplios grupos de ciudadanos de a pie, en el contexto de *la sociedad de la información*.

Por otra parte, el valor *naturalidad* como sinónimo de sencillez, es función de una cierta simplicidad en el modo de aproximación. Que es por lo que un desarrollo cultural del grado del experimentado por disciplinas como las psicológicas y la jurídico-penal, no puede dejar de aportar inevitable complejidad a casos que, vistos con una óptica menos elaborada, serían reconducibles a esa discutible categoría clasificatoria.

Algo similar debe decirse de la prueba. Terreno en el que resulta insostenible la pretensión de que existen medios de comprobación *directa* aptos para poner al juzgador en contacto inmediato con lo verdaderamente acontecido. Según este punto de vista<sup>5</sup>, muy presente aun en nuestra jurisprudencia, habría fuentes de prueba que como, en el tópico, el testigo presencial, por su naturaleza –se dice–, propiciarían un contacto *sensorial* del juez con la información probatoria, incluso con el referente objetivo de ésta; lo que, prácticamente, haría innecesario un proceso intelectual de elaboración de los datos. Frente a otra clase de pruebas, que, al recaer sobre hechos secundarios, reclamarían un esfuerzo inferencial y reflexivo complejo para, en su caso, avanzar desde ellos hasta el que es objeto de la imputación. Pues bien, el delito *natural* y su comprobación mediante prueba directa, es el ideal campo de juego del jurado, en la *vulgata* de la institución.

Pero no hace falta ningún esfuerzo argumental para poner de manifiesto que ese modo de discurrir es rigurosamente falaz. Pues, como ya escribiera PAGANO, “cualquier prueba es siempre indiciaria”<sup>6</sup> y el de las llamadas directas en el sentido indicado no es, precisamente, terreno llano.

En el breve debate que precedió a la reimplantación del jurado puro en España, por Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, modificada por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, se hicieron presentes de una u otra forma, aun en medio de las prisas, todas las cuestiones a que acaba de hacerse referencia.

En primer lugar, la cuestión política. En este plano, los partidarios oficiales del jurado –como si desde 1789 no hubiera llovido ni una gota– reexhumaron ante la opinión los viejos tópicos: el jacobinismo político y

<sup>5</sup> He tratado recientemente este asunto en *Sobre el valor de la inmediación. Una aproximación crítica*, en “Jueces para la Democracia”, Información y Debate, nº 46, ps. 57 y siguientes.

<sup>6</sup> F. PAGANO, *Principi del codice penale (opera postuma)*, Agnello Nobili, Milano, 1806, p. 51.

el antijudicialismo de oportunidad<sup>7</sup>. Situando con ello, significativamente, la defensa de las bondades de la institución fuera del campo propiamente jurisdiccional, y cifrando éstas más que en sus propias virtudes en los defectos de la administración de justicia profesional. Por cierto, contraponiendo por sistema a un ciudadano-jurado candoroso, como de fábula, el lado más oscuro de la peor realidad del juez de oficio.

Ya en el desarrollo del texto, como no podría ser de otro modo, hubo de hacerse frente a los problemas que inevitablemente plantea la institución. En este orden de cosas, el legislador de 1995 fue consciente de que algunas de las clásicas cuestiones antes apuntadas no podían abordarse como había sido habitual hacerlo. Así, en lo relativo a la relación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, a la valoración de la suficiencia de la prueba, a la presentación del objeto del veredicto, a la motivación de éste y de la sentencia. De ahí que se viera obligado a suscribir *un pacto con la realidad* y construir un peculiar modelo de jurado, *de libro y bajo tutela* del magistrado profesional; descargando expresamente y de forma reiterada en éste –lo dice, además, la Exposición de motivos– una parte esencial de la responsabilidad del resultado de la experiencia. Así, el magistrado-presidente recibe el encargo de hacer para el jurado una presentación didáctica de lo visto y oído en el juicio, mediante la descomposición analítica del fruto de las vicisitudes probatorias, señalando, incluso, el sentido (favorable o desfavorable) de lo que resulte (art. 52). También se le encomienda que instruya a los componentes del tribunal popular acerca de lo que es “la función que tienen conferida” (art. 54.1). Es decir, que explique para la ocasión *cómo se juzga*, o lo que es lo mismo, cómo se valora un cuadro probatorio, según el modelo de enjuiciamiento altamente exigente del artículo 24 CE. Y es claro que el legislador no piensa en la satisfacción de un mero requisito de trámite, pues en la calidad de esa difícil enseñanza, que supone apta para producir un improbable aprendizaje instantáneo, ve una “de las condiciones del éxito o fracaso del enjuiciamiento”, según se lee también en la Exposición de motivos. El propio magistrado-presidente tiene, asimismo, atribuida la función de exponer a los jueces populares “detenidamente, en forma que puedan entender, la naturaleza de los hechos sobre los que ha versado la discusión” (art. 54.2). Ciertamente es que, a renglón seguido (art. 54.3), se le prohíbe toda “alusión a su opinión sobre el resultado probatorio”. Pero salvo que lo reclamado fuera la simple reiteración *fonográfica* de los distintos discursos concurrentes en el juicio, resulta difícil concebir una ilustración sobre “la

<sup>7</sup> A la sazón muy cultivado, preferentemente, en medios de la mayoría política, afectada por procesos bien conocidos, debidos, como se ha demostrado, a exclusivas razones de legalidad.

naturaleza de los hechos” –precisamente, de los *hechos objeto del mismo*, es decir, del juicio– que no comporte una valoración explícita del resultado de la prueba. Por último, aunque la justificación del veredicto incumbe, obviamente, al jurado (art. 61.1.d), para *vestir* la sentencia, se impone al magistrado-presidente el deber de “motivar por qué consideró que existía” prueba de cargo (Exposición de motivos). Claro reconocimiento de que esa decisión central, conceptual y realmente inescindible de la evaluación probatoria propiamente dicha, requiere un bagaje con el que el juez popular no cuenta. Es, sin duda, por lo que se hace del jurado del *modelo español* una suerte de escabinado *de facto*, pero, por ello, sin ninguna de las ventajas que esta fórmula podría presentar sobre la adoptada.

Admite, en fin, el legislador que el jurado se encuentre en la incapacidad material de dar forma escrita a la propia convicción, y para ese supuesto prevé la ayuda de un funcionario –secretario u oficial– en “la confección o escrituración del acta” (art. 61.2). Lo contemplado es un caso tratado *sub specie* de exclusiva inhabilidad instrumental para la redacción. Pero la pregunta obligada es si, dado el supuesto, no habría más bien que dudar de la aptitud misma de los jurados que experimenten tal dificultad, para comprender de forma cabal la secuencia de proposiciones contradictorias de carácter fáctico cuya valoración no aciertan a verbalizar.

La hipótesis contemplada en ese precepto ocupa en la economía del texto de la ley un lugar marginal, pero me parece que ilustra muy bien sobre la aporía de fondo profundamente inscrita en la opción legislativa que se examina. Me refiero a la objetiva dificultad de encaje en un contexto como el que resulta de la vigente disciplina constitucional del proceso, que gira en torno al principio de presunción de inocencia. Este, como se sabe cada vez mejor, entraña, a su vez, la opción por un modo de entender la valoración de la prueba que no es técnico, en el sentido de técnico-jurídico, pero que está sujeto, en lo esencial, a las mismas reglas de método que rigen la obtención de conocimiento empírico en el ámbito del saber científico y que, además, está circundado de implicaciones normativas.

Que así es, lo pone bien de manifiesto el reciente y progresivo desarrollo de toda una cultura de la prueba judicial que entronca directamente con la filosofía de la ciencia, con la epistemología, con la psicología, con la teoría de la argumentación... (una prestigiosa editorial jurídica europea inauguró, hace algunos años, una colección titulada *Epistemología judicial*). Y es que, en efecto, una de dos: u obras como, por ejemplo, la reciente y monumental de Michele TARUFFO sobre *La prueba de los hechos*<sup>8</sup>, son mera filigrana intelectualoide para entretenimiento de diletantes, o el adecuado tratamiento de un cuadro probatorio, en nuestro momento de cultura, plantea problemas reales, teóricos y de método, de

<sup>8</sup> Trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.

verdadero calado, que deben ser afrontados como tales. Y no me estoy refiriendo a los obvios de falta de preparación y experiencia para el enjuiciamiento del ciudadano medio convertido en jurado, sino a otros, hasta ahora raramente planteados, que tienen que ver con la formación convencional del juez de profesión e incluso del procesalista. Problemas sobre cuya existencia real, afortunadamente, comienza a haber una conciencia hasta hace poco inédita.

Creo que tal es la cuestión y tales son los términos en que se hace necesario abordarla, a partir del modelo de enjuiciamiento impuesto por el art. 24 CE, en particular, por el principio de presunción de inocencia. Este con toda la riqueza de sus implicaciones, obliga a una profunda revisión de las pautas de tratamiento del material probatorio en la experiencia procesal para llenar el que ahora resulta ser un importante vacío cultural.

Inviabile el tópicus de las pruebas llamadas *directas*, como aquéllas que revelan *los hechos*, por vía *sensorial* y libre de mediaciones perturbadoras, a “cualquiera que tenga ojos en la cara”. Patente la complejidad semántica del juego conflictual de los diversos discursos probatorios concurrentes en el juicio; comprobada la ambigüedad del lenguaje corporal y los riesgos de su *descodificación* mediante el uso de las ingenuas recetas dictadas por “el más común de los sentidos”. Sabido que conocer mediante la prueba no es cuestión de intuición sino de método: el hipotético-deductivo, cuyo empleo riguroso y autoconsciente no es, precisamente, fácil; y sabido también que no puede haber juicio de calidad donde no exista una depurada conciencia racional y autorreflexiva de los distintos pasos inferenciales a través de los que se forma la convicción. Acreditado, en fin, que sólo una motivación intelectualmente honesta y suficientemente explícita hace posible el adecuado control –propio y ajeno– de ese articulado proceso de adquisición de conocimiento, que siempre discurre en un marco cargado de implicaciones jurídicas, es patente –insisto– que lo que salta a primer plano no es la, obvia, carencia de aptitud del ciudadano medio para operar con el rigor requerido en ese universo problemático, sino la necesidad de abordar con decisión las endémicas carencias de la cultura procesal heredada en la materia.

Es por lo que creo que, aquí, a la vista del contexto constitucional vigente, con toda su carga de implicaciones teóricas y de método, la conclusión sólo puede ser una: la cuestionable aptitud del jurado puro para hacer frente de manera eficaz a las exigencias del enjuiciamiento propias del modelo del artículo 24, CE. Es decir, del que se funda en una valoración racional de la prueba, dotada de motivación suficiente.

En efecto, valorar la prueba es un modo de obtener saber empírico sobre el objeto de una imputación para concluir si ésta se corresponde o no con la realidad de lo sucedido. Es, pues, una actividad articulada en una sucesión de estados de conocimiento, que se produce mediante el

tratamiento individualizado de los datos probatorios y la ulterior evaluación de conjunto, todo conforme a máximas de experiencia de eficacia explicativa suficientemente acreditada en la práctica social. Por tanto, la clase de aproximación a los elementos del cuadro probatorio resultante de un juicio que exige este modo de proceder, no puede ser meramente intuitiva ni holística, sino que en ella se ha de operar analíticamente y por pasos, con conciencia crítica y autocrítica del desarrollo de éstos, único modo de saber *hasta dónde* pueden llevar cada uno de ellos y todos en su conjunto. Incluso, no es en absoluto infrecuente que las *impresiones* obtenidas a través de los sucesivos momentos de una vista, deban ser desterradas, luego, al elaborar la sentencia, porque son de imposible objetivación en el discurso justificador de la valoración de la prueba, es decir, de imposible verbalización razonada.

Propiciar esta clase de ejercicio intelectual es, precisamente, una de las funciones centrales y constitucionales de la motivación, que sirve, antes aún que para explicar a terceros la *ratio decidendi* de la sentencia, para que quien o quienes tienen la responsabilidad de elaborarla puedan verificar por sí mismos la racionalidad del propio discurso. Realizar el esfuerzo de explicitar éste con coherencia es, puede decirse, *la prueba del nueve* de la calidad de la decisión judicial. Porque, cuando se actúa con honestidad intelectual, es fácil comprobar que hay conclusiones de imposible justificación, hasta el punto de que la pluma *no corre* sobre el papel si se intenta expresarlas.

Pues bien, es claro que el descrito es un tipo de ejercicio que difícilmente puede estar al alcance de un jurado y que, desde luego, se compece mal con la fragmentación del proceso decisional que impone el *modus operandi* que éste lleva consigo, en el que la estimación de la prueba aparece artificiosamente dissociada en dos planos, el relativo a la *suficiencia* de aquélla para una eventual condena y el de la *valoración* en concreto como de cargo, cuyo tratamiento resulta atribuido a distintos sujetos (el magistrado-presidente y el jurado); y cuando la redacción y la motivación de la sentencia es cometido de quien, propia y formalmente, no juzga. A pesar de que, como se ha visto, tenga atribuida (en la Exposición de motivos) cierta responsabilidad –diría que moral o política– en el resultado del juicio.

Que las cosas son en realidad de éste y no de otro modo lo pone bien de manifiesto la atormentada experiencia jurisprudencial en curso en materia de motivación de la decisión, es decir, del veredicto, tratándose del tribunal popular. Así, es patente que se ha llegado a establecer dos distintos estándares de exigencia, uno de ellos, el relativo al jurado, de muy bajo perfil, que, en muchos casos, se ha dado por cumplido con la mera indicación de las fuentes de prueba, y, en muchos otros, con alguna telegráfica referencia a los elementos de ésta. Y todo, como único modo de evitar la reiteración de nulidades.

Es por lo que creo que, en definitiva, es inevitable concluir que, en el plano en que se sitúan las precedentes consideraciones –que es el obligado del art. 24 CE–, la institución del jurado es, cuando menos, *de una constitucionalidad débil*. Dato éste que, visto con perspectiva histórica, expresa toda una paradoja. En efecto, después de que el jurado hubiera pasado a formar parte del universo conceptual de la Ilustración, como expresión de la razón y de equilibrio en el enjuiciamiento, frente a la arbitrariedad a entonces reinante, el desarrollo cultural en la materia ha revelado que la realidad del instituto encarna, más precisamente, la antítesis de ese modelo ideal, es decir, del paradigma ilustrado de racionalidad en el tratamiento, en este caso, de los asuntos sometidos a la justicia penal.

La publicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no clausuró, obviamente, ningún debate, pero introdujo una dimensión esencial del asunto, que es la de derecho positivo. Y ésta vino a abrir un nuevo *frente*: el del tratamiento de todas esas cuestiones en una perspectiva *interna*, la propiamente jurídico-positiva. Tal es la línea en que se mueven los trabajos agrupados en este volumen, que versan sobre problemas que la práctica de estos años ha demostrado son sumamente espinosos y echan sobre los hombros del magistrado-presidente (y los tribunales de apelación y casación) una responsabilidad mayor aún de la que, siendo ya grande, preveía expresamente la ley. El propósito de los autores, todos ellos experimentados en la conducción de juicios con jurado, es bien evidente desde la primera línea de las respectivas aportaciones: tratar de salir al paso de esos problemas con una orientación constructiva. Pero sin mistificarlos, dando instrumentos de trabajo al práctico y materia de reflexión al legislador, que sigue teniendo “una pelota en el tejado”. El esfuerzo es tan encomiable como necesario a tenor de la calidad y cantidad de las dificultades. Porque, una vez que la institución franqueó las páginas del Boletín Oficial del Estado, es preceptivo operar con ella de la mejor de las maneras posibles, esto es, con rigor intelectual y con el máximo respeto al principio de legalidad, por tanto sin encono, pero asimismo sin *beatería*: con profesionalidad. Pues lo que, al fin, está en juego es la calidad de trato a personas de carne y hueso en situaciones generalmente dramáticas, en un marco legal que, como se ha visto, no lo hace nada fácil.





Editores del Puerto

## En torno a la jurisdicción

Perfecto Andrés Ibáñez

Dentro de la amplitud del tema y la diferencia temporal en que fueron escritos, los artículos que componen este libro poseen un hilo conductor claro que informa toda la obra. Se trata de determinadas “obsesiones” del autor, esto es, de sus preocupaciones más profundas referidas a ciertos problemas estructurales del ejercicio de la jurisdicción. Caracterizado por su cercanía a muchos países de la región, y por su compromiso político con la defensa de los derechos fundamentales de las personas, Andrés Perfecto Ibáñez nos presenta una herramienta de extrema utilidad en todos los sentidos pero, especialmente, en la era posterior a “Casal”, donde el análisis de la motivación sobre los hechos y la solución jurídica aplicable se han vuelto temas de conocimiento necesario para todos los operadores jurídicos.

Del mismo modo, en trabajos como el de encarcelamiento preventivo entra de lleno en una polémica que gana cada vez más adeptos en nuestro país.

Son estos valiosos instrumentos teóricos los que los jueces y litigantes necesitan para poder generar prácticas transformadoras en el ámbito de la administración de justicia penal.

Este libro entonces, además de su rigor teórico, cumple también la valiosa función de presentarse como una herramienta transformadora de las prácticas jurídicas.



En torno a la jurisdicción

Perfecto Andrés Ibáñez

# En torno a la jurisdicción

Perfecto Andrés Ibáñez

