



PERFECTO **ANDRÉS IBÁÑEZ**
ROBERT **ALEX Y**

**Jueces
y ponderación
argumentativa**

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

La presente obra contiene un trabajo de Robert Alexy: “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en el cual estos tres conceptos son analizados como integrantes del sistema conceptual del constitucionalismo discursivo.

Asimismo, se incorporan dos trabajos de Perfecto Andrés Ibáñez, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia” donde se trata a la argumentación como medio legal de averiguación de hechos jurídicos relevantes y, en consecuencia, resolverlos conforme a derecho, y “Legalidad, jurisdicción y democracia” que analiza aquellos datos empíricos que pueden solventar la afirmación de que la legalidad, jurisdicción y democracia se encuentran recogidos en un proceso de transformación que impacta la estructura y funcionalidad del Estado. En efecto, es necesario el cambio de paradigma cultural para garantizar una política y democracia de calidad.

JUECES Y PONDERACIÓN
ARGUMENTATIVA

Serie
ESTADO DE DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL

Coordinadores
Miguel Carbonell, J. Jesús Orozco Henríquez,
Rodolfo Vázquez

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición: Margarita García Castillo
Formación en computadora: D. Javier Mendoza Villegas

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
ROBERT ALEX Y

JUECES Y PONDERACIÓN ARGUMENTATIVA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2006

Primera edición: 2006

DR © 2006, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-3640-5

CONTENIDO

Presentación	IX
Rodolfo VÁZQUEZ	
Ponderación, control de constitucionalidad y re- presentación	1
Robert ALEXY	
I. Ponderación	1
II. El control de constitucionalidad.	11
III. Representación	12
La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia	19
Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ	
I. Introducción	19
II. Los hechos en el proceso	22
III. Operar con "hechos"	26
IV. Por qué ha de justificarse la decisión	34
V. ¿En qué consiste la justificación?	35
VI. Dinámica de la justificación	38
VII. A manera de conclusión	46
VIII. Bibliografía	51

Legalidad, jurisdicción y democracia	53
Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ	
I. Aproximación a un caso clínico	53
II. Vicisitudes de la legalidad	54
III. Política y derecho(s).	59
IV. Ampliación del espacio público y des- regulación	62
V. Novedades en el plano de la jurisdicción.	64
VI. Problemas de estructura y función . . .	67
VII. La cuestión cultural	71
VIII. Crisis de la política y papel de la juris- dicción	78
IX. Algo menos que unas conclusiones . . .	81
X. Bibliografía	85

Jueces y ponderación argumentativa, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 26 de junio de 2006 en Compuformas Paf, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

La presente obra corresponde al tercer número de la serie *Estado de Derecho y Función Judicial* que se publica con los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. En este número se incluye un trabajo de Robert Alexy titulado *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, y dos trabajos de Perfecto Andrés Ibáñez titulados *La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia* y *Legalidad, jurisdicción y democracia*. Los tres textos fueron presentados en el Tercer Seminario Internacional sobre Estado de Derecho y Función Judicial que se llevó a cabo en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en mayo de dos mil cuatro, en cuya organización participó activamente el Instituto Tecnológico Autónomo de México a través del Seminario Eduardo García Máynez.

Robert Alexy analiza los conceptos de ponderación, control de constitucionalidad y representación como tres de los cinco elementos que forman el sistema conceptual del constitucionalismo discursivo. En cuanto a la ponderación, se señala que es uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales. Alexy define a la ponderación como la optimización relativa a principios contrapuestos, además

describe su estructura e indica que la ponderación puede ser fragmentada en tres etapas: la primera establece los grados de insatisfacción de un primer principio; la segunda establece la importancia de satisfacer el principio opuesto, y en la tercera se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio. Y, en contra de las objeciones de Habermas, Robert Alexy muestra que mediante la ponderación es posible establecer la corrección de los juicios jurídicos dentro de un discurso de forma racional.

Sobre el control de constitucionalidad, se afirma que éste es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a —o en contra de— la legislación parlamentaria. La base lógica del control de constitucionalidad es la contradicción y es un concepto esencialmente proposicional y, por lo tanto, argumentativo o discursivo. La cuestión de la ponderación es el principal problema de la dimensión metodológica del control de constitucionalidad pues el asunto central es cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento. Por tal motivo, el autor considera necesario analizar el concepto de representación pues el control de constitucionalidad sólo puede legitimarse si es compatible con la democracia. Robert Alexy apunta que la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquel también es una forma de representación del pueblo y esto sólo es posible mediante el concepto de representación argumentativa. Señala que un modelo democrático adecuado no sólo debe incluir decisión sino también argumentación,

razón por la cual la relación entre el pueblo y el parlamento no debe determinarse únicamente por votos, sino también por argumentos, en cambio, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. Por último, contra la objeción de que la representación argumentativa es sólo una quimera, Alexy establece que existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: la existencia de argumentos correctos o razonables y la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos o razonables.

En *La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia*, Perfecto Andrés habla del ejercicio de la jurisdicción como un proceso legal de averiguación o determinación de hechos controvertidos, jurídicamente relevantes, para resolver sobre ellos conforme a derecho. Dicho proceso permite acceder a un grado aceptable de certeza práctica sobre los hechos que sirven de base a la decisión judicial a través del fenómeno probatorio. Se analiza una cuestión que generalmente no se percibe como problemática, que es la de los hechos en el proceso, pues el proceso probatorio no se trata de hechos en sentido ontológico, sino de enunciados sobre hechos. Por tal motivo, también se explica cómo operar con tales enunciados, cómo debe ser el modo de proceder en el ámbito de la valoración de la prueba y señala que, aunque no existe un catálogo cerrado de reglas que pauten el *modus operandi* judicial, sí hay algunos criterios dignos de consideración.

De la misma manera, el autor pone énfasis en que la responsabilidad del juez se ha convertido

cada vez más en la obligación de justificar sus decisiones ya que el conocimiento obtenido mediante la inducción probatoria es conocimiento probable por lo que es preciso acreditar que la decisión no es arbitraria sino que se funda en razones objetivables. Esta garantía tiene que ver con el rigor en la selección y el tratamiento de las fuentes de prueba, en la calidad de las máximas de experiencia aplicadas a la producción de distintos elementos de prueba y en la puesta en relación de estos entre sí. Además se describe en qué consiste la justificación y cuál es su dinámica y se hace la aclaración de que no todos los casos de valoración y justificación de la decisión exigen el mismo esfuerzo, pero que en todos habrá de hacerse lo necesario para que el lector de la sentencia pueda tener claro: las hipótesis de partida, las fuentes de prueba utilizadas y los medios para examinarlas, los elementos de prueba obtenidos y su aportación al resultado. Es importante que todos estos puntos se expresen de forma clara en la sentencia ya que, como indica el autor, el lenguaje de las sentencias traduce una forma de concebir la jurisdicción pues la manera de argumentar sobre la prueba, de discurrir sobre los hechos y de practicar la motivación es más que una cuestión técnica, remite a un asunto de fondo que es el modelo de juez que, en realidad, se quiere o no se quiere.

En *Legalidad, jurisdicción y democracia*, Perfecto Andrés realiza un análisis de los datos empíricos que pueden servir de fundamento real a la afirmación de que legalidad, jurisdicción y democracia se hallan inmersas en un proceso de transformación. Se toma como "caso clínico" la situación político-institucional de España para ilustrar

de qué manera se proyectan los datos empíricos en el perfil de cada integrante del trío legalidad, jurisdicción y democracia, y cómo inciden en el modo de relacionarse entre sí.

El autor describe el modelo de Estado constitucional de derecho en relación con la realidad política española y apunta que el desarrollo de la dimensión normativa y el de la dimensión político-empírica del nuevo modelo de Estado constitucional no han ido de la mano ni se han producido con la deseable sincronía dando lugar a problemas de estructura y funcionalidad. Por otra parte, se examina la cultura jurídica como otra cuestión problemática central y se señala que no se ha producido el cambio de paradigma cultural suficiente para que el Poder Judicial sea eficaz, y satisfacer así la precondition para una política y una democracia de calidad.

De lo expuesto, Perfecto Andrés extrae como consecuencias que el modo de ser actual de la jurisdicción depende, en gran medida, de datos objetivos y de modificaciones político-estructurales propias de la transformación del Estado en constitucional de derecho. Por tal motivo, es necesario un esfuerzo de readaptación a las nuevas necesidades para no reducir el papel constitucional del juez, sino poner al juez en condiciones de responder a las exigencias del nuevo modelo.*

Rodolfo VÁZQUEZ

* Agradecemos a Andrea Meraz por su colaboración en la presentación y revisión de los materiales para la presente edición.

Ponderación, control de constitucionalidad y representación 1

 Robert ALEXY

 I. Ponderación 1

 II. El control de constitucionalidad. 11

 III. Representación 12

PONDERACIÓN, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y REPRESENTACIÓN*

Robert ALEXY

El constitucionalismo discursivo es una teoría que deriva de la relación de cinco conceptos diferentes: 1. Los derechos fundamentales; 2. La ponderación; 3. El discurso; 4. El control de constitucionalidad, y 5. La representación. El sistema formado por estos cinco elementos es muy complejo. El esquema que se presentará a continuación se centra en los conceptos de ponderación, de control de constitucionalidad y de representación.

I. PONDERACIÓN

Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales. En el derecho constitucional alemán la ponderación forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).

* Quisiera agradecer a Stanley L. Paulson su ayuda y consejo en cuestiones de estilo de la versión inglesa de este texto. Traducción al castellano de René G. de la Vega.

El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. De modo tal, que expresan la idea del óptimo de Pareto. En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Estas posibilidades jurídicas están esencialmente definidas por principios contrapuestos. La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.¹ Esta regla podría denominarse "ley de la ponderación".²

¹ Véase, Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 102. Existe versión castellana: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

² *Idem*.

1. *Dos objeciones*

El fenómeno de la ponderación dentro del derecho constitucional genera una gran cantidad de problemas de los que aquí no podría hacer una lista ni, mucho menos, discutir a fondo. Por ello, sólo me limitaré a dos objeciones.

La primera de ellas ha sido formulada por muchos autores. Esta objeción rechaza la idea de que la ponderación sea un procedimiento racional. Se dice que consiste en una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados. La razón de esta objeción es, como sostiene Habermas, que "no existen estándares racionales" para ponderar.³

La segunda objeción es un poco más sutil, y se refiere a un problema conceptual. Nuevamente, podemos referirnos a Habermas, quien ha presentado una versión bien interesante del problema. Habermas ha mantenido que la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo; correcto e incorrecto, así como, también, de la idea de justificación, colocándola dentro de una esfera definida por conceptos como adecuado e inadecuado y como discreción. Se ha dicho que la "ponderación de valores" puede orientar un juicio en cuanto a su *resultado*, pero no puede *justificar* ese resultado:

La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos ade-

³ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, trad. William Rehg, Cambridge, 1996, p. 256. Existe versión castellana: *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

cuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta.⁴

La segunda objeción es al menos tan seria como la primera, pues es equivalente a la tesis de que la pérdida de la categoría de corrección es el precio que hay que pagar para ponderar o balancear. Si la ponderación sólo puede producir resultados, pero no puede justificar dichos resultados, entonces debería ubicarse fuera de la esfera definida por conceptos como verdad, corrección, conocimiento, justificación y objetividad. Los habitantes de este territorio son, *qua* entidades, juicios o proposiciones que se asignan a sí mismos la calidad de verdadero o falso, correcto o incorrecto. En otras palabras, estas entidades expresan lo que en realidad es; lo que puede ser calificado como verdaderamente cognoscible y no sólo meramente creído. De la misma manera, más allá de un mero apoyo retórico, estas entidades requieren de justificación. Esta región puede ser denominada como el imperio de la objetividad.

Si la ponderación fuera excluida desde un inicio de la esfera de objetividad, la aproximación ponderativa sufriría un golpe terrible. El control de constitucionalidad está necesariamente conectado con una pretensión de corrección,⁵ por lo que si la pon-

⁴ Habermas, Jürgen, "Reply to Symposium Participants", en Michel Rosenfeld y Andrew Arato (eds.), *Habermas on Law and Democracy*, Los Ángeles y Londres, Berkeley, 1998, p. 430.

⁵ Alexy, Robert, "Law and Correctness", en M.D.A. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford, 1998, pp. 209-214.

deración o el balanceo fueran incompatibles con la corrección, la objetividad y la justificación, no tendría lugar alguno en el derecho constitucional.

¿Es, entonces, la ponderación intrínsecamente irracional y subjetiva? ¿Significa acaso la ponderación que debemos despedirnos de la corrección, de la objetividad y de la justificación, y que, por consiguiente, debemos también abandonar la razón?

2. La estructura de la ponderación

Resulta difícil responder a estas preguntas sin antes saber qué es la ponderación. Y saber qué es presupone conocer su estructura. La ley de la ponderación indica que puede ser fragmentada en tres etapas. La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio. Si no fuera posible formular juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de interferencia; segundo, los grados de importancia y, tercero, la relación entre los elementos anteriores, las objeciones de Habermas estarían justificadas. Así pues, la cuestión gira en torno a la posibilidad de realizar esa clase de juicios.

Para mostrar la posibilidad de juicios racionales en relación con la intensidad de la interferencia y con los grados de importancia, tomaré una decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán,

sobre las advertencias de los riesgos para la salud.⁶ El Tribunal califica el deber de las compañías de tabaco de advertir sobre el riesgo de fumar como una interferencia relativamente menor o *leve* respecto de la libertad de ejercer una profesión (*Berufsausübungsfreiheit*). Por lo contrario, una prohibición total de todos los productos del tabaco sería considerada una interferencia *grave*. Entre estos casos leves y graves se pueden encontrar interferencias de intensidad *moderada*. En este sentido, es posible desarrollar una escala con niveles de leve, *moderado* y grave. Este ejemplo demuestra que se pueden realizar asignaciones válidas de acuerdo a esta escala.

Ello también es posible en relación con la fundamentación opuesta. Los riesgos que se generan por fumar son enormes. Por ello, las razones que justifican la interferencia son de gran peso. En este sentido, si la intensidad de la interferencia se establece como leve o menor, y el grado de importancia de las razones para interferir es alto, entonces, el resultado del examen de proporcionalidad en el sentido estricto puede ser bien descrito —como, de hecho, lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán— como *obvio*.⁷

Las enseñanzas del caso del tabaco pueden ser corroboradas estudiando otros casos. Otro completamente diferente sería el fallo del caso *Titanic*. Una revista satírica de gran circulación, *Titanic*, se refirió a un militar parapléjico retirado como “asesino nato” y, en una edición posterior, le llamó “tullido”. Un tribunal alemán resolvió en contra de la re-

⁶ BVerfGE 95, 173.

⁷ BVerfGE 95, 173 (187).

vista, condenándola a pagar al oficial daños y perjuicios por un monto de 12 mil DM. *Titanic* interpuso un recurso de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una "ponderación de caso específico"⁸ entre la libertad de expresión de la revista (artículo 5 (1) (1) de la norma fundamental) y, el derecho general a la identidad personal del oficial (artículo 2 (1) en conexión con el artículo 1 (1) de la misma norma). Trataré de mostrar cómo este caso puede ser reconstruido utilizando la escala triádica: *leve, moderado y grave*.

La estructura de la escala triádica no es suficiente para mostrar que la ponderación es racional. Para ello, es necesario que se tenga en cuenta también que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de inferencias; el cual, a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección. En tanto que un sistema de inferencias, la subsunción en una regla puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado "justificación interna"; el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica. Es de central importancia para la teoría del discurso jurídico que en el caso de la ponderación de principios exista una contraparte de este esquema deductivo.⁹ Este esquema podría llamarse "fórmula del peso".

La representación más sencilla de la "fórmula del peso" sería la siguiente:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

⁸ BVerfGE 86, 1 (11).

⁹ Alexy, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris* 10, 2003, pp. 433-449.

I_i equivale a la intensidad de la interferencia con el principio P_i ; digamos, el principio que protege la libertad de expresión de *Titanic*. I_j representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; en nuestro caso, el principio que protege el derecho a la personalidad del oficial parapléjico. $W_{i,j}$ equivale al peso concreto de P_i . Haciendo que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia (P_i) y de la importancia concreta del principio en colisión (P_j), la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es, en realidad, un peso relativo.

Ahora bien, la objeción es clara debido a que sólo se puede hablar de cocientes en la presencia de números, y en la medida en que los ejercicios de ponderación llevados a cabo en el derecho constitucional no se utilizan números. La réplica a esta objeción podría comenzar con la observación que el lenguaje de la lógica utilizado por nosotros para demostrar la estructura de la subsunción no es utilizado en los razonamientos judiciales pero que este lenguaje es, sin embargo, la mejor vía posible para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Esto mismo es aplicable, para demostrar la estructura ilativa de los principios a través de números que son substituidos por las variables de la fórmula del peso.

Los tres valores del modelo triádico, leve, moderado y grave, pueden ser representados por l , m y g . Existen numerosas posibilidades para asignar valores a l , m y g . Una posibilidad muy simple, pero a la vez sumamente instructiva, consiste en tomar la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 ; esto es, 1, 2 y 4. Sobre esta base, l tiene el valor 1, m el valor 2, y g el valor 4. En el fallo del caso *Titanic*,

el Tribunal consideró que la intensidad de intervención de (I_i) con la libertad de expresión (P_i) es grave (g), y que la importancia de satisfacer el derecho a la identidad personal (P_j) del oficial (I_j) al describirlo como un "asesino nato" es moderada (m), posiblemente leve (l), debido al contexto altamente satírico de la revista. Ahora bien, si en este caso insertamos los valores asignados a g y a m por la secuencia geométrica, el peso concreto de P_i ($W_{i,j}$) sería $4/2$; que representa 2. Si I_i fuese m e I_j fuese g , el valor atribuido sería de $2/4$; esto es, $1/2$. En todos los casos de empate este valor es de 1. La prioridad de P_i se queda expresada por un peso determinado mayor que 1, y la prioridad de P_j por un peso menor que 1. La descripción del oficial como "tullido" fue considerada como grave. Ello dio lugar a un empate y, consecuentemente, a que no prosperara el recurso constitucional de *Titanic*, en cuanto a los daños y perjuicios derivados de la descripción como "tullido".

La racionalidad de una estructura inferencial depende, esencialmente, de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas racionalmente. La estructura que expresa la fórmula del peso no sería una estructura racional si su *input* fuesen premisas que la expulsaran del ámbito de la racionalidad. No es ese, sin embargo, el caso. El *input* que representan los números son juicios. Un ejemplo de ello es el juicio de que la descripción pública de una persona minusválida como "tullido" supone una "vulneración grave"¹⁰ de su derecho a la personalidad. Este juicio expresa una pretensión de corrección que, dentro del discurso, puede ser jus-

¹⁰ BverfGE 86, 1 (13).

tificada como la conclusión de otro esquema de inferencia. El Tribunal Constitucional Federal operó de esta forma presentando el argumento de que la descripción de un parapléjico como "tullido" era humillante e irrespetuosa. Junto con la corrección de los argumentos relativos a la intensidad de la interferencia con la libertad de expresión, la fórmula del peso trasfiere la corrección de este argumento al juicio sobre el derecho de *Titanic* en el caso concreto; lo cual, una vez más, implica al juicio que expresa la decisión del Tribunal —acompañado de las premisas adicionales—. Esta es la estructura racional para establecer la corrección de los juicios jurídicos dentro de un discurso. Los elementos básicos de esta estructura son juicios o proposiciones. Ello supone que la naturaleza de la ponderación puede ser caracterizada por algo que podría ser llamado como "proposicionalidad". Siendo así las cosas, se puede rechazar la objeción de Habermas que sostiene que la ponderación nos deja afuera de la esfera de la justificación, de la corrección y de la objetividad.

Las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos. En otras palabras, la fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí.

El discurso es el tercer elemento de los cinco que forman el sistema conceptual del constitucionalismo discursivo. Ahora podemos ver claro que la ponderación está conectada con el discurso. La ponderación no es posible sin el discurso, y las distintas clases de argumentos o estructuras de in-

ferencias incluyen necesariamente la estructura ponderativa, tal y como lo pone de manifiesto la fórmula del peso.

Sobre esta base se puede contrarrestar la objeción de irracionalidad de Habermas: argumentando que la ponderación es tan racional como el propio discurso. Si el discurso práctico no fuera racional, no habría racionalidad práctica en absoluto.

La ponderación no sólo está relacionada necesariamente con el discurso, sino también con los derechos fundamentales.¹¹ De allí se sigue que los derechos fundamentales están necesariamente relacionados con el discurso. Surge ahora la siguiente pregunta: ¿cuáles son las consecuencias de ello para el cuarto elemento del sistema conceptual del constitucionalismo discursivo; esto es, para el concepto de control de constitucionalidad.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a —o en contra de— la legislación parlamentaria. Su base lógica es el concepto de contradicción. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución. Esta contradicción a nivel normativo viene acompañada por una contradicción en el nivel de los juicios acerca de normas. En la mayoría de los casos, los fallos de los tribunales constitucionales son explícitos y tienen la forma de “la ley *L* es inconstitucional”. Mientras que los juicios parlamentarios

¹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1, pp. 69-86.

son —al menos a lo largo del proceso legislativo; esto es, previamente al recurso de constitucionalidad—, por lo general, sólo implícitos, y tiene la forma: “la ley *L* es constitucional”. Estas dos clases de contradicciones muestran que el control de constitucionalidad es esencialmente proposicional y, por lo tanto, argumentativo o discursivo.

Ahora bien, el control de constitucionalidad consiste en algo más que meras afirmaciones concernientes a la constitucionalidad. El tribunal constitucional no sólo dice algo, sino que también hace algo. Por lo general, tiene el poder de invalidar actos inconstitucionales del parlamento.

Este tipo de participación en la legislación implica que la actividad del tribunal constitucional no sólo tiene un carácter proposicional o discursivo, sino también un carácter institucional o autoritativo.

La cuestión de la ponderación es el principal problema de la dimensión metodológica del control de constitucionalidad. El asunto central de su carácter institucional puede formularse preguntando cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento. Esta pregunta nos coloca ante el eterno problema de la relación entre el control de constitucionalidad y la democracia.

III. REPRESENTACIÓN

El control de constitucionalidad representa un ejercicio de autoridad estatal. En un Estado democrático, en el que “toda autoridad del Estado proviene del pueblo” —como queda establecido en el artículo 20 (1) (1) de la norma fundamental de la República Federal Alemana—, el control de consti-

tucionalidad sólo puede legitimarse si es compatible con la democracia. En tanto que el parlamento es el representante del pueblo, el ejercicio de autoridad estatal del poder legislativo es legítimo. Esta clase de representación es democrática, pues todos los miembros del parlamento son elegidos y controlados por elecciones generales y libres. Pero en el caso del control de constitucionalidad las cosas son bien diferentes, al menos, en un aspecto general. Por regla general, los jueces de los tribunales constitucionales no cuentan con legitimación democrática directa; lo que quiere decir que, normalmente, el pueblo no tiene la posibilidad de controlarles negándoles la reelección. ¿Es esto compatible con la democracia?

La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo. Ahora bien, esta estrategia parece estar bloqueada por dos obstáculos. Primero, la representación parece estar necesariamente relacionada con elecciones y, segundo, si la representación fuera posible sin la presencia de elecciones, ¿por qué debería prevalecer esta forma de representación frente al sufragio?

1. *La representación argumentativa*

El concepto de representación argumentativa es la clave para solucionar los anteriores problemas y, por consiguiente, también es central para solucionar el problema general del control de constitucionalidad. La representación consiste en una relación de dos partes, entre los *repraesentandum*

y los *repraesentans*. En el caso de la legislación parlamentaria, la relación entre un *repraesentandum* —el pueblo— y los *repraesentans* —el parlamento— está esencialmente determinada por las elecciones. Ahora bien, sería posible dibujar un esquema democrático que comprenda exclusivamente un sistema de toma de decisiones centrado en los conceptos de elecciones y de regla de la mayoría. Se trataría de un modelo de democracia puramente decisionista. Sin embargo, un modelo democrático adecuado debe incluir no sólo decisión, sino también argumentación. Al incluir en el concepto de democracia la idea de argumentación, la democracia se torna en deliberativa. La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible. Por esta misma razón, la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos. En este sentido, la representación parlamentaria del pueblo es, a la vez, volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva.

En cambio, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. El hecho de que la representación parlamentaria sea al mismo tiempo volitiva y discursiva demuestra que la argumentación y la representación no son incompatibles. Por el contrario, un adecuado concepto de representación debe referirse —como afirma Leibholz— a ciertos “valores ideales”.¹²

¹² Leibholz, Gerhard, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3a. ed., Ber-

La representación es más que una procuración mediante poderes —como propone Kelsen—¹³ y, también, más que una transformación de los *repraesentandum* en algo existente —como mantiene Carl Schmitt—. ¹⁴ La representación incluye, desde luego, elementos de ambas ideas; es decir, la representación es necesariamente normativa y real, pero estos elementos no agotan el concepto¹⁵. La representación expresa necesariamente una pretensión de corrección. Por lo tanto, un concepto de representación bien definido deberá contener una dimensión ideal que relacione la decisión con el discurso. En consecuencia, la representación ha de ser definida como la conexión de dimensiones normativas, fácticas e ideales.

2. *Las condiciones de una verdadera representación argumentativa*

Un crítico del control de constitucionalidad podría objetar que todo esto termina por ser una sobreidealización. Sostendría que la representación argumentativa es sólo una quimera. Una vez que

lín, 1966, p. 35, 'ideelle Werte'. Comp. Further id. 32:, Die Wertspaäre, die allein eine Repräsentation zuläBt, ist eine ideell bestimmte'.

¹³ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Wien, 1960, p. 301. Existe versión castellana: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

¹⁴ Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, 5a. ed., Berlín, 1970, p. 209.

¹⁵ Con Schmitt, esto se hace claro cuando dice, que sólo un "tipo de ser desarrollado" ('gesteigerte Art des Sein(s) es capaz de existencia ('einer Existenz [,] fähig'); Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 210.

lo ideal es sustituido por lo real, el tribunal constitucional es libre de declarar cualquier argumento como un argumento en representación del pueblo. Ya no habría ni límites ni control. Así, el control de constitucionalidad podría alejarse tanto como lo deseara de lo que la gente realmente piensa y demanda, y, sin embargo, afirmar que la representa. El camino del constitucionalismo discursivo, que empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad, termina en una ilusión en la que es posible legitimar cualquier cosa.

Esta objeción puede ser rechazada si podemos demostrar, primero, que el control de constitucionalidad como argumento o discurso no es ilimitado y segundo, que el control de constitucionalidad en tanto representación está conectado con lo que la gente realmente piensa. Los argumentos constitucionales se pueden distinguir unos de otros, en la medida en que son buenos o malos, mejores o peores. Así pues, el control de constitucionalidad como argumento no permite todo. El análisis de los ejemplos anteriores muestra que en la argumentación constitucional es posible, en buen grado, la argumentación racional —y, por lo tanto, la objetividad—. También muestra que la existencia de casos en que los argumentos lleven a un empate no supone peligro alguno para el control de constitucionalidad. En los casos de empate, el legislador tiene discrecionalidad, y si la constitución no ha de decidir todos y cada uno de los casos, esta discrecionalidad del legislador es necesaria.¹⁶ Todo lo que se necesita es una clase de casos que

¹⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1, pp. 388-425.

tengan un alcance suficientemente amplio; casos en los que los juicios sobre la intensidad de interferencia puedan ser respaldados por argumentos reconocidos como buenos o, al menos, como plausibles; argumentos que, además, sean aceptados constitucionalmente.

La existencia de argumentos buenos o plausibles es suficiente para la deliberación o la reflexión, pero no para la representación. Para esto, no sólo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además, un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección. Sólo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez. Esto muestra que existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: *a)* la existencia de argumentos correctos o razonables y *b)* la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables. El control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo.

Sí estas dos condiciones se cumplen, la respuesta a la pregunta anteriormente formulada sobre por qué la argumentación representativa debería tener prioridad sobre la representación basada en elecciones y reelecciones, ya no representa dificultad alguna. El constitucionalismo discursivo, como

un todo, es una empresa para institucionalizar la razón y la corrección. Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.

La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia	19
Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ	
I. Introducción	19
II. Los hechos en el proceso	22
III. Operar con "hechos"	26
IV. Por qué ha de justificarse la decisión . .	34
V. ¿En qué consiste la justificación?	35
VI. Dinámica de la justificación	38
VII. A manera de conclusión	46
VIII. Bibliografía	51

LA ARGUMENTACIÓN PROBATORIA Y SU EXPRESIÓN EN LA SENTENCIA

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

I. INTRODUCCIÓN

Ejercer jurisdicción es *decir imparcialmente el derecho* en una situación controvertida o de conflicto. Por tanto, con referencia a un estado de cosas que se presenta al juez como problemático para que decida sobre él mediante la aplicación de la norma que corresponda.

Así entendido, el concepto de jurisdicción resulta aplicable al tratamiento judicial de cualquier litigio, en el que, por lo regular, unos sujetos tendrán pretensiones relativas a algún objeto o bien jurídico, en general, recíprocamente excluyentes, y cada uno de ellos reclamará para la propia la declaración de ser conforme a derecho con el reconocimiento de determinados efectos que le convienen.

En este sentido la experiencia jurisdiccional puede tomarse como un fenómeno unitario, que opera como instrumento legal de averiguación o determinación de hechos controvertidos, connotados por el dato de ser jurídicamente relevantes, para resolver sobre ellos conforme a derecho. Esta afirmación

vierte ya directamente sobre el fenómeno probatorio, que es el que aquí concretamente interesa.

Jurisdicción implica proceso como secuencia de actividades normalizadas y, entre éstas, en todos los casos, las que tienen por fin acreditar que un cierto hecho ha tenido o no existencia real.

Esa inexcusable referencia a estados de cosas con existencia histórica, presentes en las afirmaciones de las partes implicadas y, también, en las del juez que ponen fin al proceso, conecta intensamente a éste con una categoría conceptual de suma relevancia en la materia que nos ocupa: la de verdad. Tanto que, no sólo para el procesalista, sino, antes aun, en el sentido común de la mayoría de los ciudadanos, la misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos, por procedimientos y conforme a criterios que se considera generalmente válidos a ese efecto.

El concepto de *verdad procesal* ha producido abundante literatura y algunos tópicos, entre ellos el que se cifra en la distinción de dos calidades de la misma, "formal" y "material", en función del tipo de proceso (en particular, penal y civil) y en atención a la naturaleza pública o privada de los intereses en juego. Pero lo cierto es que administrar justicia sólo puede ser gestionar con criterios racionales problemas del mundo real y difícilmente podría sostenerse (y menos aceptarse) hoy una forma de ejercerla que discurriera por sistema de espaldas al dato empírico.

De este modo, no cabe duda que la calidad de verdad que puede producir, en general, el proceso, tiene en todo caso una dimensión inevitablemente formal, en la medida en que su búsqueda

está sujeta a limitaciones procedimentales de diverso tipo y debe darse por concluida en algún momento legalmente prefijado. Pero esto no implica que se haya optado por designar, convencionalmente y a cualquier precio, como *verdad a lo que salga* como tal de un proceso y por esto sólo. Se opera, como presupuesto, con la evidencia empírica de que —incluso con las limitaciones aludidas, dadas en garantía de determinados valores o derechos— el proceso tal como hoy idealmente se le concibe, a través de la actividad probatoria, permite acceder a un grado aceptable de certeza práctica sobre los hechos que sirven de base a la decisión judicial.

Una de las limitaciones que concurren a caracterizar el tipo de verdad fáctica que se persigue en el proceso, viene dada por la circunstancia de que éste sólo debe versar sobre hechos que sean relevantes para el derecho. Lo que implica el establecimiento de un previo criterio de selección, que afecta tanto al tipo de cuestiones susceptibles de ser tratadas procesalmente como a la clase de datos de posible aportación relativos a éstas.

Pero dentro de estos límites y de las restricciones probatorias antes aludidas, el sistema se orienta básicamente a hacer coincidir el resultado de la averiguación procesal con la realidad extra y preprocesal. A esta finalidad responde de manera sustancial la vigencia del principio de contradicción, que, a pesar de lo que suele convencionalmente aceptarse, representa bastante más que un simple cuadro de reglas de juego, pues tiene densas implicaciones de método, el más acreditado, de averiguación de la verdad en el plano empírico. A él se refiere la expresiva sentencia popular: “de

la discusión sale la luz". Con un equivalente en la metafórica afirmación del procesal-penalista Paganó: "la verdad es como la luz que salta por la percusión de dos cuerpos".

Esta dimensión de método es determinante, en el sentido de que el desconocimiento de sus exigencias, ya se deba a la iniciativa del legislador o a la actitud del juez, reduce o excluye en la misma medida la aptitud del proceso como medio para alcanzar una verdad en materia de hechos digna de ese nombre.

II. LOS HECHOS EN EL PROCESO

Bertrand Russell, al comienzo de una de sus obras que versa sobre cuestiones de verdad y significado, señalaba que el primer nivel de dificultad que presentan algunos problemas es que, a quienes tienen que afrontarlos, les falta conciencia de que existan realmente como tales. Pues bien, algo parecido podría decirse al abordar una cuestión de apariencia pacífica como la que ahora va a ocuparnos, la *quaestio facti* en el proceso. Generalmente, no ha sido percibida como problemática, o, al menos, como problemática de sus verdaderos problemas, ante los que la cultura jurídica tradicional ha permanecido con frecuencia indiferente. Podría haber complejidades probatorias en un proceso concreto, pero se ha dado por sentado que el juez, como operador jurídico dispone, ya y *per se*, de instrumentos conceptuales idóneos para operar con eficacia en ese campo; lo que, en gran medida es incierto.

Se trata de una actitud que no es reprochable a los jueces a título de indiferencia o desinterés: no

es tanto cosa de la corporación como implicación de cierta cultura jurídica. El asunto tiene raíces profundas, que dan al tema particular alcance. Y es que la aproximación *ingenua* o desproblematizadora al mundo de *los hechos* en la experiencia jurídica es consecuencia directa de la (de)formación de los jueces y de los juristas tributarios en su bagaje del iuspositivismo ideológico. Éste, como bien se sabe, prescinde, en general, del tratamiento de la *quaestio facti* en el ámbito teórico de la aplicación del derecho, o la banaliza; de una forma que, a veces, cobra errónea expresión en el uso del viejo brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*, a pesar de que no es una regla de aportación probatoria, sino de distribución de la competencia entre órganos judiciales. El mismo modo de entender el asunto tiene asimismo una proyección específica en el ámbito del derecho de la prueba, en la consideración de ciertos medios de ésta como *directos*, es decir, dotados de una aptitud especial para poner fácilmente al juzgador en contacto inmediato, esto es, sin mediaciones, con *los hechos* concebidos como entidades dotadas de acabada existencia objetiva en el plano de la realidad extraprocesal.

Pero los hechos no ingresan en el proceso como entidades naturales, como porciones de pura realidad en bruto. La aptitud de los datos empíricos para integrar la cuestión fáctica, el *thema probandum* de un eventual proceso se debe a la razón (artificial) de que interesan, es decir, son relevantes, para el derecho; que, por eso, los ha preseleccionado en abstracto como integrantes del supuesto de hecho de alguna norma, asociando a ellos consecuencias jurídicas para el caso de que

llegaran a producirse en concreto. Es lo que, a su vez, determina que pueda nacer en alguien el interés por afirmar y probar su existencia o su inexistencia. De esta manera y por esta vía es como *los hechos* pueden llegar a adquirir estatuto procesal. Es decir, como contenido de ciertos enunciados, como materia semántica y, siempre, porque se les tiene por jurídicamente relevantes.

Cuando los hechos adquieren relevancia procesal ya no existen como tales, pertenecen al pasado. Pero si hubieran tenido existencia real, si hubieran llegado a producirse realmente, quedará de ellos alguna representación, rastros, huellas, en personas o cosas. Por eso, no son constatables y únicamente pueden inferirse probatoriamente a partir de lo que de ellos pudiera permanecer.

En consecuencia no es de hechos en sentido ontológico, sino de enunciados sobre hechos de lo que se trata en el proceso. Y, así, los valores de verdad o falsedad sólo pueden predicarse de las correspondientes aserciones. Los hechos como tales no son verdaderos ni falsos, habrán o no tenido existencia real y en función de ello, las relativas afirmaciones guardarán o no una relación de correspondencia con la realidad. En el proceso, el que pretende lo hace a partir de una afirmación de contenido fáctico que presenta como cierta y susceptible de acreditarse como tal, y a la que atribuye aptitud para ser subsumida en una previsión legal, de donde se derivará el efecto jurídico que persigue.

A la aludida complejidad del material fáctico como objeto de conocimiento, se une la circunstancia de que, en su vertiente procesal, lo que habi-

tualmente se denota como "los hechos", dista de ser asimismo una cuestión simple.

Ya Bentham advirtió que, aunque, en teoría, se puede concebir un hecho de absoluta simplicidad, en la práctica, lo que se ha presentado como "un hecho" es siempre "una agregación de hechos, un complejo de hechos". Por eso, el propio Bentham distinguía el hecho principal, cuya existencia o inexistencia se trataría de probar, del hecho probatorio, que es el empleado para acreditar la existencia o inexistencia de aquél. Esta distinción tiene hoy carta de naturaleza y ha adquirido mayor complejidad.

Así, Ubertis distingue, en el plano más general, entre hechos "jurídico-sustanciales", que son aptos para recibir una calificación jurídica y hechos "jurídico-procesales", que para existir como tales requieren la previa instauración de un proceso y que tienen respecto de los primeros un carácter funcional o instrumental, dentro de la economía del procedimiento probatorio.

El hecho "jurídico-sustancial" por antonomasia es el hecho *principal*, que en el caso del proceso penal es el que resulta ser objeto de imputación; el que acota el área de la actividad probatoria y es en sí mismo jurídicamente relevante. Su correspondiente procesal-civil sería el hecho o hechos "constitutivos" ("impeditivos" o "extintivos").

Taruffo dice que el hecho principal integra el conjunto de circunstancias que forman la premisa fáctica de la norma aplicable y son el presupuesto necesario para que se produzcan los efectos jurídicos previstos en aquélla.

Según lo ya anticipado, es claro que *el hecho principal* es singular sólo por una convención lin-

güística, pues dentro de él cabe identificar diversos segmentos individualizables mediante el análisis. No sólo: hacerlo es el insustituible modo de operar con rigor en la materia. De ahí que el propio Ubertis, se muestre partidario de emplear la categoría de hechos *primarios*, para referirse a los distintos tramos o fragmentos individualizables del hecho principal. Y esto no por algún prurito de sofisticación clasificatoria, sino para dotar del máximo de precisión al discurso probatorio.

Lugar preferente entre los *hechos jurídicos procesales*, ya aludidos, ocupan los hechos *probatorios*, que son datos con aptitud para probar, operando como premisa menor de un razonamiento inferencial, en virtud de una máxima de experiencia. Esto es, sobre la base del conocimiento de que, de la presencia de alguno de aquéllos en un cierto contexto, suele seguirse el acaecimiento de otro. A esta categoría clasificatoria pertenecen los hechos notorios y los elementos de prueba.

III. OPERAR CON "HECHOS"

Los datos fácticos acceden al juicio, y antes al proceso mismo, como afirmaciones complejas. O sea, estructuradas en forma de hipótesis o propuestas de explicación, a las que se acompaña con la indicación de determinadas fuentes de información aptas para aportar datos idóneos para la confirmación de aquéllas.

Son afirmaciones, que, *prima facie*, deben aparecer dotadas de verosimilitud y plausibilidad y ser susceptibles de integrar el supuesto de hecho de una norma, dado que el objetivo buscado es prác-

tico: provocar un efecto jurídico vinculante. Y gozan ya de cierto grado de elaboración pues quien las formula habrá procurado dotarlas de funcionalidad al fin perseguido. En el caso del proceso penal, la hipótesis acusatoria habrá estado precedida de una actividad de investigación (incluso, ya antes, aunque ésta sea informal, la querrela del particular). En el caso del proceso civil, el demandante, antes de dar forma a su pretensión, se habrá cuidado de anticipar, siquiera sea mentalmente, el efecto posible de los elementos de juicio que está en condiciones de suministrar.

Por otra parte, tanto en el escrito de acusación como en la demanda civil hay un diseño estratégico subyacente, que sugiere un plan de desarrollo de la actividad probatoria y una propuesta de lectura del previsible resultado de la misma dirigida al juzgador. Este diseño estratégico, aun siendo implícito, deberá gozar de cierta visibilidad que le haga perceptible e incluso sugestivo a los ojos del juez. En efecto, piénsese que ya antes de que se desarrolle el procedimiento probatorio en el correspondiente momento procesal, las proposiciones de prueba de las partes tendrán que haber superado el filtro que representa el pronunciamiento acerca de su admisión.

En este punto corresponde al tribunal emitir una decisión selectiva sobre los distintos medios de prueba propuestos, que se resuelve en un juicio de *relevancia*. A efectos de admisión es relevante toda prueba que conectada a la afirmación de hechos que hace la parte que la propone, en el supuesto de asumirse ésta como verdadera, el resultado de esa prueba podría aportar elementos de juicio válidos para su confirmación. Es, pues, un

juicio acerca de la presumible eficacia o rendimiento de un concreto medio probatorio en el contexto predeterminado por la formulación de un *thema probandum*.

Este último llega al juicio como hipótesis, como versión que se postula acerca de lo sucedido en el asunto que se debate, para que como tal sea examinada de forma contradictoria. La hipótesis sugiere una relación de coherencia entre los distintos elementos integrantes de la cuestión de hecho, que es lo que la hace plausible. Y se ofrece como *comprobable* a partir de los datos susceptibles de obtenerse de las fuentes de prueba que se señalan. La hipótesis es una propuesta de explicación, que debe aparecer dotada de apariencia de verdad en lo que afirma. Pero ella misma no prueba, precisa ser probada.

En el área del enjuiciamiento, por tanto, se trabaja con hipótesis ofrecidas por las partes, de ahí que suelen presentarse normalmente en términos alternativos, esto es, excluyentes. Con ellas se opera conforme a la metodología hipotético-deductiva, que en este caso consiste en deducir los efectos reales que tendrían que haberse producido si la hipótesis fuese verdadera, para, seguidamente, comprobar mediante las pruebas si aquéllos han tenido existencia histórica cierta en el plano empírico.

Una buena hipótesis, ya en el momento inicial de su planteamiento, debe aparecer capaz de abrazar todos los hechos relevantes de que se dispone, organizarlos adecuadamente, sugerir una explicación a simple vista convincente sobre la forma de su producción. Después, resultará, además, efectivamente explicativa cuando sea compatible e integre

armónicamente el conjunto de los elementos aportados por la actividad probatoria. Este efecto eventual no se produce de forma automática ni necesaria: la explicación mediante la hipótesis más convincente, una vez confirmada, no genera certeza deductiva sino conocimiento probable. Por eso, debe, primero, ser examinada críticamente en su aptitud para explicar, y, luego, de resultar acogida, ha de justificarse el porqué de esta opción. Precisamente porque el método judicial de adquisición de conocimiento está inevitablemente abierto a la posibilidad de error, es por lo que resulta tan importante operar con método y teniendo clara conciencia de los pasos que se dan en la formulación de las inferencias y de hasta dónde lleva realmente cada uno de ellos.

A este respecto es preciso tener en cuenta que, en contra de lo que sugiere una convención muy arraigada en la cultura judicial de la prueba, como se ha anticipado, no existen pruebas directas en el sentido —atribuido a ese término en algún momento por Carnelutti— de aptas para poner al juez en contacto inmediato con el *thema probandum*. Ese criterio clasificatorio ha solido reservarse para las pruebas testimonial y documental, cual si estuvieran dotadas de una especial capacidad representativa de hechos. Pero lo cierto es que ni el testigo ni el documento permiten al juez percibir directamente lo que se trata de probar. Se dice, a veces, que el único juez en situación de juzgar con prueba directa sería el que hubiese presenciado la realización del hecho justiciable. Pero ni aun así, puesto que ese juez-testigo (y, por tanto, prevenido y no imparcial) tendría que deponer en esa segunda

condición ante el tribunal competente para el enjuiciamiento.

El juez, a través de la declaración testimonial —como en el caso de cualquier otro medio de prueba— no constata, sino que puede inferir que en un momento anterior tuvo lugar el acaecimiento de un cierto hecho. Y ello pasando de lo único directamente percibido, la declaración escuchada (con todos los problemas implícitos en la interpretación de cualquier discurso), a lo que constituye su referente, mediante una apreciación crítica ciertamente compleja, puesto que deberá comprender todos los datos que podrían hacer o no atendible las manifestaciones del testigo: autenticidad, capacidad para la observación, calidad de memoria... Un ejercicio, el de la crítica del testimonio, nada fácil, pues, por ejemplo, la riqueza en contenido de datos, que a simple vista podría parecer un valor, quizá sea debida a una peligrosa reelaboración es post, no necesariamente intencional y consciente, y a veces paradójicamente propiciada por la superposición de los diversos interrogatorios que impone el proceso mismo.

Es, precisamente, la variedad y la complejidad de los factores implícitos en la prueba a que se alude y la insuficiente conciencia que de ello se tiene, lo que hace de la testimonial una prueba cargada de riesgo, sobre todo cuando es única, y no se diga si de un solo testigo. Y, curiosamente, en la experiencia procesal resulta ser la que con más desenvoltura se maneja, como si el juez estuviera dotado de una especial capacidad de penetración en la mente del que declara, a través de sus palabras y, en particular, de su lenguaje gestual. Tópico éste, con frecuente expresión en las sentencias —y me-

nos mal si se expresa— que contrasta con apreciaciones tan cargadas de buen sentido como la del jurista ilustrado Murena, según el cual, “la inquisición de la verdad por medio de testigos es lo más difícil para un juez”.

El modo de proceder en el ámbito de la valoración de la prueba debe ser inicialmente analítico: el resultado de cada medio probatorio habrá de ser considerado en ese momento en su individualidad, como si fuera el único. Esta clase de examen requiere, primero, la identificación de la correspondiente *f fuente* de prueba (la persona, el documento, el objeto de la pericia) y su localización original en el escenario de los hechos o el tipo de relación mantenida con éstos. Habrá de valorarse también la aptitud del *medio* probatorio propuesto para obtener información útil de la fuente de que se trate, habida cuenta de sus circunstancias, del estado de conservación, en función del transcurso del tiempo y de otros factores. Producido el examen, deberá concretarse el rendimiento en *elementos de prueba* susceptibles de valoración.

En el curso de esta actividad valorativa el juez hace uso de *máximas de experiencia*: el universal que permite pasar de un enunciado particular de hecho a una conclusión (otro enunciado) de la misma clase. Se trata de generalizaciones de saber empírico de muy diverso valor, que no producen certeza deductiva, ya que la conclusión que propician no se sigue con necesidad lógica de las premisas. Ello hace que la actitud crítica del juez deba extenderse también a la calidad de las mismas. Pues es obvio que, por ejemplo, no merecen el mismo grado de fiabilidad la que sugiere que las personas unidas por vínculos afectivos a alguna de

las partes tienden a la parcialidad del testimonio, la que dice que si el suelo está mojado en toda su extensión es que ha llovido, o la que funda la afirmación de identidad de dos improntas digitales.

En la materia probatoria no existe un catálogo cerrado de reglas que pauten el *modus operandi* judicial. Sí hay algunos criterios dignos de consideración, que los autores, entre ellos, particularmente Taruffo, concretan en los siguientes: no deberá acudirse al uso de métodos que en la consideración común sean tenidos por irracionales. Es preciso operar con conciencia de que la prueba como resultado no lo es nunca de una simple constatación, sino de un complejo de inferencias, de algunas operaciones mentales que atribuyen un protagonismo inevitable al juzgador. Este ha de tener claro, en el curso de aquéllas, cuando y, sobre todo, por qué da el *salto* de la identificación de algunos datos, tenidos por antecedentes, a una conclusión. Es decir, con qué base de apoyo y en función de qué regla y el grado de seguridad que ésta ofrece por su calidad. Debe saber que cuando se opera mediante una cadena de inferencias, a mayor número de éstas menor garantía en el resultado de la inducción probatoria. Que las pruebas son tanto más eficaces cuando más ricas en contenido empírico. Que por lo general explica mejor la hipótesis más simple. Que, en fin, aquélla que resulte acogida, habrá de integrar armónicamente todos los datos relevantes derivados de la actividad probatoria. Aunque no será obstáculo para apreciar positivamente el resultado de ésta el que pudieran quedar algunos "cabos sueltos", siempre que no formen parte del núcleo del *thema probandum*.

La valoración o apreciación conjunta, como he dicho, sólo puede producirse en un segundo momento. Esto no quiere decir que en el curso del análisis deba/pueda prescindirse de la perspectiva global del cuadro probatorio. De forma natural el resultado de cada medio de prueba irá produciendo su efecto en la conciencia del juez, le aportará un grado de información, generando un estado de conocimiento abierto a la integración de nuevos datos procedentes de los restantes medios de prueba. Pero es imprescindible que en algún momento cada uno de éstos haya sido contemplado como si realmente fuera el único disponible, para evaluarlo de forma individualizada. Y sólo una vez examinado de este modo el resultado de la totalidad de la prueba propuesta, deberá el juzgador proceder de forma reflexiva a la evaluación global del mismo.

En la concepción de la actividad probatoria que aquí se postula, la valoración conjunta tiene reservado un papel muy diferente al tradicionalmente desempeñado en la práctica jurisdiccional y que guarda relación, como luego se advertirá, con la emergencia del deber de motivar. La valoración conjunta de la prueba en su versión histórica era en realidad una cláusula de estilo, una fórmula ritual tras de la que se ocultaba un uso incondicionado del arbitrio valorativo. A veces, la simple vía de escape para eludir las dificultades de tratamiento de un cuadro probatorio complejo y, así, decidir cómoda y, con toda probabilidad, intuitivamente.

IV. POR QUÉ HA DE JUSTIFICARSE LA DECISIÓN

Constata Aarnio que “la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones... maximizar el control público de la decisión”.

Y es que, como ya he dicho, si de la recepción por el juez de diversas afirmaciones en materia de hechos se siguiera *necesariamente* una determinada conclusión también fáctica susceptible como tal de ser conocida por terceros, la expresión de la *ratio decidendi*, la justificación de la decisión carecería de sentido. Pero ocurre que en la materia se abre un amplio margen de apreciación al criterio del operador judicial, quien, por ello, tiene la responsabilidad de la opción y de acreditar la racionalidad de ésta.

Los juristas y los jueces, cierto que desde hace no mucho tiempo, acostumbramos a hablar de motivación de las sentencias en términos que ya sugieren con claridad la exigencia de un discurso justificativo. Lo que no se tiene tan claro, en cambio, es que, como ha subrayado Ferrajoli, motivar una sentencia en materia de hechos es justificar una inducción, lo que, sépalo o no el juez, le lleva a un terreno escombrado de dificultades en el que han vertido no pocos esfuerzos autores como Hanson, Hempel y el propio Russell, entre muchos otros. De esta manera, cuando las leyes procesales dejan esa tarea en manos del juzgador imponiéndole el uso del criterio racional, la sana crítica o la valoración en conciencia, como instru-

mento de trabajo, más que resolver el problema lo plantean en toda su extensión. Pues, como sucede con la inducción en general, también en la inducción probatoria del juez, la conclusión va más allá de las premisas y el conocimiento que proporciona no puede considerarse cierto sólo porque éstas lo sean. Precisamente, porque la afirmación en que aquélla se expresa implica *un salto* de lo que se conoce a lo que se trata de conocer por ese procedimiento, un ir más allá en contenido informativo de los antecedentes de que se había dispuesto.

El conocimiento obtenido mediante la inducción probatoria es conocimiento probable, que no pierde ese estatuto epistemológico por más que se exprese formalmente en una sentencia firme. Por ello, la garantía de su atendibilidad tiene que ver con el rigor en la obtención de los datos a través de los distintos cursos inferenciales. En nuestro caso, con la selección y el tratamiento de las fuentes de prueba, con la calidad de las máximas de experiencia aplicadas para la producción de los distintos elementos de prueba y en la puesta en relación de estos entre sí.

V. ¿EN QUÉ CONSISTE LA JUSTIFICACIÓN?

Es un lugar común en la literatura jurisprudencial afirmar que la motivación consiste en que el juez exteriorice el *iter* lógico, incluso psicológico por el que ha llegado a la adopción de la decisión. Este modo de concebir la motivación es francamente erróneo. Primero, porque en él se produce una confusión de dos planos, el de la decisión y el de su justificación, que el juez debe conscientemen-

te diferenciar, por más que, es obvio, se interrelacionan en el desarrollo práctico de su tarea. Y, en segundo término, porque en cada uno de esos dos planos se opera con criterios metodológicos de distinta naturaleza, pues el proceso decisonal es de carácter heurístico, de búsqueda o descubrimiento de las premisas y de los parámetros o criterios de decisión, lo que, por otra parte, hace que quien lo protagoniza no pueda tener de él una percepción del grado de objetividad —diríase *externa*— preciso para verterla al exterior con fidelidad notarial. Escribe Saramago, en uno de sus últimos libros: “En rigor no tomamos decisiones, son las decisiones las que nos toman a nosotros”. Naturalmente, es un modo metafórico de expresarse, pero no cabe duda que la cita apunta con verdadera fortuna descriptiva un aspecto —y un riesgo— del *modus operandi* en la materia que no debe dejarse de lado.

En el modelo, hoy constitucional, se trata de que el deber de motivar preactúe —y buena parte de su eficacia radica en que lo haga de manera efectiva— sobre el curso de la actividad propiamente decisonaria, circunscribiéndolo dentro de un marco de racionalidad. Pero es claro que, en la elaboración de la sentencia, el momento de la justificación sigue y se abre, metodológicamente, una vez que la decisión ha sido adoptada. Por eso, lo que puede y debe hacer el juez no es describir o casi mejor *transcribir* el propio proceso decisonal, sino justificar con rigor y honestidad intelectual la corrección de la decisión adoptada.

Es preciso acreditar que la decisión no es arbitraria sino que se funda en razones objetivables, esto es, susceptibles de verbalización, y dignas de

ser tenidas por intersubjetivamente válidas. Wroblewski, por su parte, ha distinguido dos planos dentro del área de la justificación: uno *interno*, del que debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. Y otro *externo*, que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas. Ésta, es cierto, se produce en un marco de libre valoración, pero bien entendido que, en este caso, libertad sólo quiere decir inexistencia de prueba tasada. El juez, en la apreciación de la prueba, es libre frente al legislador, por decisión de éste, pero no lo es para operar al margen de lo sucedido en el juicio ni de espaldas a los criterios habituales del operar racional.

Así, motivar la decisión sobre los hechos quiere decir elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio. Y, como se ha anticipado, el correspondiente deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el ámbito previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo. El juez que asuma con profesionalidad y honestidad intelectual el deber de motivar se esforzará por eliminar de su discurso valorativo aquellos elementos cuya asunción no fuera susceptible de justificación racional, para moverse únicamente en el ámbito de lo racionalmente justificable (Iacoviello).

Cuando el juez decide tener unos hechos como probados, es que los considera realmente producidos. Se decanta por una de las hipótesis concu-

rrentes, excluyendo la o las restantes y debe dejar constancia del porqué.

VI. DINÁMICA DE LA JUSTIFICACIÓN

Tomemos, como punto de partida, un supuesto recurrente en la práctica de la justicia penal: el atraco a un banco. El juicio se abre porque concurre una hipótesis acusatoria, es decir, una propuesta de explicación plausible de lo realmente ocurrido, que llega al tribunal acompañada de la proposición de unas pruebas, *prima facie* consideradas relevantes, esto es atinentes al asunto y aptas en principio para confirmar las afirmaciones de la acusación.

El atraco fue ejecutado por varios individuos, que portaban armas. Dos llegaron en un vehículo, otro estaba a la espera y permaneció en el exterior de la entidad bancaria, junto con un cuarto que, habiendo accedido ya antes a la misma, franqueó la puerta a los primeros a la vez que salía.

El hecho así descrito sintéticamente, incluyendo la identidad y la distribución de los distintos papeles entre los implicados, constituye el *thema probandum*, la imputación, esto es el hecho con relevancia típica o hecho *principal* que es susceptible de descomponerse en una serie de hechos (los *primarios* del mismo *Ubertis*), que corresponderían a los distintos elementos del tipo. Como es obvio, por su complejidad, una hipótesis acusatoria, en general, no se prueba de una vez en su totalidad, sino que en su tratamiento obliga a proceder gradualmente o por pasos. Esto es, de forma fragmentaria, segmentándola en subhipótesis, sobre

las que, de la misma forma *regional* vierten normalmente los datos procedentes de las distintas fuentes de prueba, que hacen referencia a esa segunda categoría de hechos.

La actividad probatoria puede aportar elementos de juicio aptos para integrar directamente la imputación o hecho *principal*, es decir, hechos *primarios* y, finalmente, los hechos probados. Pero también datos *probatorios*, que en sí mismos no son susceptibles de recibir ninguna calificación jurídica y que únicamente sirven para hacer prueba sobre los primeros (*principal* y *primarios*). Estos hechos acceden al proceso, ya por razón de notoriedad como elementos de prueba.

Por otro lado, es bien patente que en el proceso, comparece otra clase de hechos, mejor sería decir actos procesales, que son los integrantes de la secuencia probatoria, en particular, los medios de prueba, mediante los que se opera sobre las distintas fuentes de prueba.

Como he señalado antes, el esfuerzo clasificatorio evidenciado en el empleo de esas categorías no responde a una simple veleidad teórica, sino que, fruto de una reflexión analítica sobre la práctica de los tribunales, retorna a ésta para hacerla más rigurosa. En efecto, ese acervo conceptual constituye el *instrumental* de que se valen quienes intervienen en el proceso, incluso cuando no son conscientes de ello. Y no cabe duda de que un uso reflexivo del mismo ayudará eficazmente tanto en la formulación de la hipótesis acusatoria o de la demanda como en su discusión y en la propuesta de alternativas a una u otra y, en particular, en el examen del resultado de la actividad probatoria y su valoración.

En este último campo, el procedimiento no es de *verificación*, en contra de lo que a veces se dice, porque las hipótesis judiciales no son susceptibles de experimentación: pueden únicamente ser confirmadas o refutadas mediante el resultado de la actividad probatoria. La verdad procesal no se *demuestra*, se prueba.

Pues bien, lo que el juez ha de acreditar de forma explícita mediante el proceso de justificación o motivación es el uso correcto de esos instrumentos. Esto es, que ha operado de forma racional —por tanto en cada caso y en cada paso con un *porqué* fundado y verbalizable— para tomar la decisión de acoger o rechazar alguna de las hipótesis o intentos de explicación que le fueron presentadas.

Debe, por tanto, comenzar por recoger en la sentencia las hipótesis en contraste, y expresar con claridad como reacciona cada una de ellas a tenor de lo que resulta del cuadro probatorio. Bien entendido que éste, como producto sintético de lo ocurrido en el juicio, supone una previa valoración analítica de la calidad de cada fuente de prueba, de la(s) máxima(s) de experiencia empleada(s) en su examen, y del rendimiento de cada uno de los medios de prueba. De todo ello se debe dar cuenta en la resolución.

El modo de proceder suele descomponerse en los siguientes pasos: (1) formulada una hipótesis (por ejemplo: Fulano ha robado dinero, en un atraco en el que resultó lesionado); (2) se deducen de ella las consecuencias que, de ser cierta, se derivarían de la misma (Fulano tendría que presentar los estigmas propios de un traumatismo, habría guardado o hecho uso del dinero...), y (3) se comprueba si el resultado de la actividad pro-

batoria permite tener por existentes en la realidad los signos de esa hipótesis (Fulano fue asistido por un médico, presenta una cicatriz, cambió ostensiblemente de estándar de vida...).

Una hipótesis puede estimarse verdadera cuando se muestra compatible con los datos probatorios bien obtenidos, porque los integra y explica en su totalidad, armónicamente; y no resulta desmentida por ninguno de ellos. Esto no quiere decir, como se ha anticipado, que una buena hipótesis no pueda dejar algún "cabo suelto", algún dato sin explicar. Pero éste, para tenerla por válida, nunca podría ser fundamental en la economía de la misma.

Según Copi, las exigencias que debe satisfacer una hipótesis para que pueda ser tomada en consideración son las siguientes: *relevancia* (el hecho que se trata de explicar debe ser deducible de ella); *susceptibilidad de control* (ha de resultar posible formular observaciones que permitan confirmarla o invalidarla); *compatibilidad con las hipótesis previamente establecidas* (una hipótesis compleja no admite contradicción entre sus distintos segmentos, debe ser autoconsistente); *aptitud para explicar* (debe optarse por la que más y mejor explica); y *simplicidad* (tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, es preferible la teoría más simple que se adapta a todos los hechos disponibles).

Como resulta patente y sabemos muy bien los juristas, en la tarea jurisdiccional relativa a los hechos concurre un extraordinario margen de manobra. Por ello, el que la ejerce, debe ser muy consciente del porqué de los pasos que da en el curso

de su realización. En este sentido, motivar es autoimponerse límites.

El que, a grandes rasgos, acaba de exponerse es el método propio para obtener conocimiento fáctico de calidad en cualquier campo del saber empírico y es, por tanto, el que ha de seguirse en la actividad jurisdiccional, para que ésta conduzca a una convicción racional y racionalmente justificable. Así, el juez debe hacer uso de esa clase de instrumentos, todavía no suficientemente introducidos en su acervo cultural. Porque, insisto, es la única vía de aproximación racional a la *quaestio facti* y el único modo de ejercer un control de ese carácter en el proceso de formación de criterio sobre la misma.

El uso de ese método es lo que permite, además, una justificación suficiente e intersubjetivamente válida de la decisión. En efecto, una convicción obtenida en virtud de una corazonada, de un movimiento del ánimo o por empatía, tendrá alguna *explicación* pero será injustificable. Lo que no ocurrirá con aquélla a la que se llegue de la forma que se propugna.

Este modo de operar complica, no cabe duda, el trabajo del juez. Pero sólo relativamente, porque también le ayuda de manera eficaz en él. Por otra parte, hay que señalar, con esas pautas de actuación no se *importa* en el campo de la jurisdicción una complejidad que le sea ajena: simplemente resulta explicitada la que le es propia, que permanecía oculta bajo una concepción psicologista y falseadora de la verdadera naturaleza de la función de juzgar. Por lo demás, la dificultad del método es sólo aparente y tiene mucho que ver con el factor de novedad.

No todos los casos de valoración y justificación de la decisión exigen el mismo esfuerzo. Pero en todos ellos habrá de hacerse el necesario para que el lector de la sentencia pueda tener claro: cuál o cuáles han sido las *hipótesis* de partida relativas al hecho principal y sus elementos integrantes (hechos *primarios*); cuáles las *fuentes* de prueba utilizadas y por qué *medios* se ha producido su examen, y cuáles los *elementos* de prueba obtenidos en cada caso y su aportación al *resultado* que se expresa en la decisión sobre los hechos. También de qué *máximas de experiencia* se ha hecho uso y por qué, pues ya se sabe que no todas gozan de la misma calidad.

Es necesario que los presupuestos procesales —esto es, probatorios— de la valoración de la prueba tengan expresión en la sentencia, y el lugar adecuado para hacerlo es el que la Ley Orgánica del Poder Judicial española llama sin demasiada fortuna “antecedentes de hecho” (artículo 248, 3o.). En efecto, una sentencia en la que no exista constancia —mediante una síntesis suficientemente explicativa, elaborada con honestidad intelectual— de lo sucedido en el ámbito de la prueba no podrá ser bien entendida y, menos, discutida por quien la lea. Y es obvio que la sentencia ha de resultar un documento autosuficiente a esos efectos (aunque parezca mentira, no faltan ocasiones en las que un juez se remite “en aras de la brevedad, al acta del juicio”).

De otro lado, una vez relacionado el material probatorio, y puesto que el actuar del juez con él es inevitablemente selectivo, deberá dejar constancia expresa y asimismo suficiente del porqué de las distintas opciones que realiza. Así, constatado que

el testigo *A* ha dicho *X*, deberá poder saberse la razón de dar o negar credibilidad a su testimonio. Porque tiene que haber alguna *razón*.

Estas últimas consideraciones remiten a un tipo de objeción, recurrente en el discurso de quienes se muestran reacios a un planteamiento exigente del deber de motivar y asimismo presente en cierta jurisprudencia. Me refiero al valor que implícita y también explícitamente se otorga al factor intuición, cuyo uso no es susceptible de ser verbalizado (el "sexto sentido" judicial y policial, de que se ha hecho eco en alguna sentencia). Pues bien, de aceptarse como legítimo su uso en la valoración de la prueba, habría que responder a la pregunta de si cabe reconocer validez a sentencias condenatorias sin más *justificación* que el *acto de fe* o la simple relación empática del juez con un testigo.

El ejemplo que mejor ilustra esta clase de supuestos es el de la sentencia condenatoria fundada en un único testimonio de cargo valorado *intuitivamente* o haciendo uso *del olfato*. La verdad es que el caso-límite suele ser de construcción libresco y de escasa recurrencia estadística. Pero el aludido es un tipo de caso que no deja de darse. A mi juicio, una situación probatoria de ese género tendría que desembocar en la absolución por insuficiencia de prueba, dada la imposibilidad de justificar discursivamente la decisión. Esta conclusión es la que reclama la lógica de un sistema inspirado en el principio de presunción de inocencia y que ha dado rango constitucional al deber de motivar las sentencias. Pero también aboga por ella una poderosa razón de carácter práctico: la de evitar salidas cómodas en la valoración de un cuadro probatorio, que raramente será de tanta simplicidad,

pues lo más frecuente es que concurran algunos elementos de contraste aptos para confrontar las manifestaciones de imputados testigos.

En este punto, dando por supuesta la radical importancia de la inmediación, es preciso señalar asimismo el riesgo de cierto modo de entenderla. La importancia es obvia, puesto que la formación de juicio exige contacto directo —y, si fuera posible, original— con las fuentes y medios de prueba, y obtención personal de las conclusiones en la materia. El riesgo radica en que, en contra de lo que sugiere un arraigado tópico jurisprudencial, la inmediación no es *el método*, sino un recurso instrumental, cierto que de capital significación. Es condición necesaria pero no suficiente de una correcta apreciación de la prueba y no puede absolutizarse en su valor sin convertirla en una suerte de coartada que permita al juez huir del cumplimiento del deber de justificar en todo caso y de forma suficiente sus decisiones. Sin inmediación no podría hablarse de verdadero enjuiciamiento, pero ésta no asegura una correcta valoración de la prueba, de la que (dando aquélla por supuesta) sólo la justificación racional de la decisión puede ser garantía eficaz.

Aunque lo normal —y hasta obvio, en principio— es que la actividad probatoria desemboque en una declaración de hechos probados, podría darse el supuesto de imposibilidad objetiva de tener algunos como tales. Esto sucede, por ejemplo, en el proceso penal, en las ocasiones en que concurre una radical ilicitud de la prueba ofrecida en apoyo de la hipótesis acusatoria, de manera que, a falta de prueba valorable, el resultado sólo puede ser de vacío de hechos. En España y hasta

no hace mucho tiempo, la jurisprudencia exigía, incluso en estos supuestos, en una interpretación literalista de los artículos 142 y 851, 1o. de la Ley de E. Criminal, la concreción de unos hechos como probados, con el resultado de forzar a los tribunales a suponer como tales algún conjunto de circunstancias ni siquiera dotadas de calidad fáctica en sentido estricto (por ejemplo, un determinado modo irregular de proceder policial o judicial). Pues bien, de operarse como aquí se propone, se evitarían esas mistificaciones, pues la sentencia, aun sin hechos probados (porque, en efecto, los de la acusación no pudieron serlo por radical ausencia de prueba valorable) daría cuenta del porqué de esa forma de presentación, permitiendo un abordaje crítico de la misma y su eventual revocación, dado que la *ratio decidendi* resultaría lo bastante transparente. Para que así sea, deberían recogerse en la resolución con detalle y como “antecedentes procesales” todas las incidencias relevantes del atípico curso probatorio y, luego, valorarse en derecho en el área de la motivación.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Este texto desarrolla la aportación a un seminario sobre los problemas del lenguaje forense, del que —podría parecer— a lo largo de estas páginas no se ha dicho una palabra. Por ello se impone una reflexión final al respecto.

El sintagma “lenguaje forense” tomado no en abstracto sino referido a una situación concreta denota el modo como se expresan —y, antes aun, razonan— en general, los juristas de ese preciso

momento. Pues bien, en tal dimensión, es decir, como forma de manifestarse los juristas, como medio de interlocución de éstos entre sí y con su entorno acerca de los problemas y asuntos de que se ocupan, aquél traduce un estado de cultura, una manera de entender el propio oficio.

El lenguaje forense de hoy nos sirve, por tanto, para decir, pero, a la vez *dice mucho de nosotros mismos*. Y, en particular, el lenguaje de las sentencias, traduce o expresa una forma de concebir la jurisdicción. Por otra parte, muy especialmente, en el ejercicio de ésta, la manera de argumentar sobre la prueba, de discurrir sobre los hechos, de entender y, sobre todo, practicar la motivación, es bastante más que una cuestión técnica, remite a un asunto de fondo que es el modelo de juez que, en realidad, se quiere o no se quiere.

En una sentencia de la Sala Segunda, dictada muy a finales de los setenta, se decía que el tribunal:

debe abstenerse de recoger... la resultancia aislada de las pruebas practicadas... el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones; dicho de otro modo... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...

Más cerca de nosotros, ya entrados los noventa, en otra sentencia de la misma Sala se lee que la convicción "depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación..."

Y un autor como Ruiz Vadillo, hace apenas unos años, dejó escrito que no es “obligado ni necesario” que el tribunal explique 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... Lo importante —concluía— es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados y de ellos obtener la correspondiente conclusión”.

Hoy, probablemente, no es demasiado fácil ver por escrito este tipo de manifestaciones. En cambio es de lo más frecuente encontrar formas evidentes de una inconfesada profesión de lo que implican. Por ejemplo, en los miles de “vistos” que los fiscales ponen a resoluciones rigurosamente inmotivadas, siempre que les den la razón en el fondo. También, en las muchas ocasiones en que los letrados, ante una sentencia en intolerable forma de *ukase* que favorece su posición de parte, impugnan un recurso defendiendo la incoercible *soberanía* del juzgador, que no postularían en otra situación. A pesar del sentido —preconstitucional, predemocrático— del poder como *suprema potestas superiorem non recognoscens*, que se expresa en ese concepto, cuando es patente que el poder del juez, como el de cualquier autoridad del Estado constitucional de derecho es inconcebible al margen de la idea de límite.

Se trata, pues, como he anticipado de una cuestión central, la del modelo de juez. En los textos que he transcrito, de una forma patente, y en las actitudes a que acabo de aludir, de forma algo más discreta, luce claramente un (anti)modelo de juez y de jurisdicción, autoritario y decisionista,

que nadie defendería hoy de manera expresa. Se trata de un (anti)modelo que tiene, naturalmente, su propio lenguaje, que justamente preocupa. Lenguaje dotado de una clara funcionalidad: es el más adecuado para *mandar sin dar explicaciones* para aplicar el derecho, *sin explicarse*, creando, eso sí, una atmósfera de cierto ritualismo y sugiriendo una racionalidad de fondo, sólo aparente puesto que oculta apenas la consagración del arbitrio en aspectos centrales de la decisión.

Ese patrón, que podría decirse —más o menos— superado en el discurso teórico, no lo está en modo alguno en la práctica. Un síntoma claro es que hay buenas razones para tener que ocuparse del *lenguaje forense como problema*. Algo de lo más pertinente, pues, en efecto, lo es. En una primera aproximación, porque genera dificultades de comprensión y en el plano de la comunicación, pero esto no es, con todo, lo más importante. El núcleo de la cuestión radica en que el lenguaje constituye un síntoma relevante del modo de ser actual de la función jurisdiccional (tomada en el conjunto de sus operadores), que no se adecua lo bastante al paradigma acogido en la Constitución española de 1978.

No diré que desde esa fecha no se hayan dado pasos significativos, pero son insuficientes. Sobre todo porque en la materia no se ha operado con la radicalidad exigible, quizá porque falta conciencia de la necesidad de afrontar la cuestión como lo que realmente es: un crucial problema de fondo, de raíz, de matriz cultural.

En el caso de la jurisdicción, el habitual hermetismo en el discurso, es trasunto de una modalidad de poder, *soberano* en el viejo sentido, que tiende

a manifestarse en forma de *diktat*, como mandato desnudo y que *se justifica* de manera formal por el sólo hecho de provenir de una determinada instancia. En ese contexto basta con que resulte claro el sentido del fallo al sólo efecto de provocar la actitud que se pretende en el destinatario. La calidad de los antecedentes y el curso de formación de la misma resultan objetivamente indiferentes.

La preocupación por lo que supone ese modo de operar judicial es antigua, en especial en el proceso penal, en el que ha generado toda una gama de opciones operativas, desde el "juicio de Dios", a la prueba tasada, al principio de presunción de inocencia como regla de juicio conectado con el de contradicción y la exigencia de motivación. Estos últimos, considerados en la plenitud de sus implicaciones, expresan el máximo de conciencia sobre los problemas de la jurisdicción como forma de ejercicio del poder, una materia que afortunadamente inquieta cada vez más y en la que hay un largo camino por recorrer y que debería recorrerse.

El lenguaje forense es un punto en ese camino, pero sería un grave error hacerle objeto de una consideración aislada, porque, ya se ha dicho, es un síntoma, extraordinariamente elocuente, pero un síntoma. Tanto que si en una experiencia de laboratorio fuera posible producir, de una vez, un juez en todo conforme al ideal representado por el modelo de referencia, le veríamos expresarse de una forma diferente a la que hoy es todavía corriente entre nosotros. Con esto no quiero decir que no merezca la pena incidir en este momento, de manera puntual, en el plano de la expresión lingüística. Debe hacerse, porque siempre será útil. Pero, para que ese esfuerzo resulte realmente eficaz, de

la clase de eficacia que se necesita, es preciso que se integre en un ambicioso diseño estratégico de cambio cultural. Esta es, en realidad, la verdadera apuesta.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, núm. 12, 1992.
- , "Carpintería de la sentencia penal [en materia de 'hechos']", *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998.
- , "Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción", *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio Florit, Buenos Aires, EJEA, 1959.
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, trad. de N. Alcalá Zamora, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- COPI, I., *Introducción a la lógica*, trad. de N. Míguez, 10a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1971.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, J. C. Bayón. R. Cantarero, A. R. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid, Trotta, 2000.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., "Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) I y II", *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núms. 46 y 47, 2003.
- IACOVIELLO, F.M., "I criteri di valutazione della prova", en M. Bessone y R. Guastini (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, Cedam, 1995.
- IGARTUA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- MURENA, M., *Tratado de las obligaciones del juez*, trad. de Cristobal Cladera, Madrid, Plácido Barco López, 1785.
- PAGANO, F. M., *Logica de' probabili applicata a' giudici criminali*, Milán, Agnello Nobile, 1806.
- RUIZ VADILLO, E., "Hacia una nueva casación penal", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1585.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1992. Hay traducción en español, de J. Ferrer, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.
- UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milán, Giuffrè, 1979.
- WROBLEWSKY, J., *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igartua Salaverria y F. J. Ezquiaga Ganuzas, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989.

Legalidad, jurisdicción y democracia	53
Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ	
I. Aproximación a un caso clínico	53
II. Vicisitudes de la legalidad	54
III. Política y derecho(s).	59
IV. Ampliación del espacio público y des- regulación	62
V. Novedades en el plano de la jurisdicción.	64
VI. Problemas de estructura y función . . .	67
VII. La cuestión cultural	71
VIII. Crisis de la política y papel de la juris- dicción	78
IX. Algo menos que unas conclusiones . . .	81
X. Bibliografía	85

LEGALIDAD, JURISDICCIÓN Y DEMOCRACIA

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

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 aun 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.

II. VICISITUDES DE LA LEGALIDAD

Comencemos por la legalidad. El universo normativo en el que hoy se mueve y con el que opera el jurista práctico y, en particular, el juez, tiene —sobre todo en el caso de España, puesto que la Constitución democrática es de 1978— ciertamente poco que ver con el de hace no tantos años.

Algunos fenómenos propios del Estado del *welfare*, como la “descodificación”, es decir, la fragmentación y multiplicación desordenada de los instrumentos legales, con la consiguiente atomización y pérdida de generalidad, eran, sin duda, perceptibles ya en la situación anterior. Pero, naturalmente,

es sólo el acceso a la democracia y la entrada en vigor de la Constitución lo que produce la emergencia de un verdadero ordenamiento jurídico de nuevo cuño y, además, las condiciones de contexto que contribuyen a modificar también la relación con él del jurista intérprete.

En efecto, una Constitución como la española actual implica mucho más que la adición de una nueva "fuente" en el tradicional sentido formal del término o el sólo formal crecimiento en altura de la pirámide normativa. La colocación de ésta en la cima de un nuevo orden de valores con pretensiones de vigencia efectiva, que incluye la sumisión a la legalidad de todos los actos del poder público, provoca inevitables tensiones, discontinuidades y fracturas en el ordenamiento resultante. Pues éste no es el producto de una simple yuxtaposición de planos normativos, sino de la viva dinámica interactiva suscitada por una Constitución movilizadora.

Supone también un sensible desbordamiento de los límites convencionales del ámbito de la interpretación, debido a la *perturbadora* proyección del texto fundamental sobre la legalidad ordinaria, en forma de obligada *relectura*; con la consiguiente profundización de aquella tarea, por la apertura a un inédito sistema de principios desde los que la ley debe ser abordada ahora críticamente para valorar su legitimidad, con la ostensible modificación del papel del jurista, del juez, en este caso, en su relación con ella.

De otra parte, la norma emergente es, a su vez, exponente y producto de una nueva situación, caracterizada por la incorporación del pluralismo cultural y político *no sólo como dato, sino como*

valor, en el interior de la propia experiencia normativa.

En efecto, la aplicación del derecho en el Estado legislativo monoclasa se hacía desde y en un marco de homogeneidad política que contribuía, sin duda, a producir cierto tipo de certeza del derecho, generalmente atribuida —por abstracción del dato político— como virtud inmanente a la propia calidad de la ley misma. Algo parecido, en sus efectos, a lo sucedido en ordenamientos como el español predemocrático. Sólo que, en éste caso, por la vía de la restricción directa que es característica 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 nuestro país, *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 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, las 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 estar más reñida con la realidad ni ser más perversa en sus resultados. Porque, en esta materia, cierto que bien digna de preocupación, no hay actitud más suicida que la de obsecarse en presentar la vigente legalidad como un universo construido *more geométrico*, (aunque sea queriendo salir al paso de eventuales ejercicios de *aventurerismo judicial*), en lugar de propugnar y procurar la adecuación de la conciencia y, sobre todo, de la formación del jurista-juez, al verdadero modo de ser actual de aquélla. Que es lo que podría capacitarle seriamente para operar con conocimiento del alcance y real sentido de su actividad. A la vez que cerraría al paso a situaciones de auténtica esquizofrenia interpretativa, tan frecuentes, como las de quienes, precisamente porque tributarios de esa suerte de *formación* paleo-positivista, *aplican* principios con la preocupante seguridad y desenvoltura de quien se creyera simple accionador del "grifo" de Requejo Pagés.

Basta reflexionar sobre lo copioso de la literatura jurídica producida en estos años acerca de una cuestión como la caracterización y el papel de los "principios" en los ordenamientos jurídicos de la segunda posguerra. Ingrediente normativo que, como se ha puesto de relieve a partir de los trabajos de Dworkin, presenta una dimensión "de peso o importancia", que, en el supuesto de interferencias de principios obliga a quien ha de resolver a "tomar en cuenta el peso relativo de cada uno". Es

decir, a un juicio de ponderación que desplaza los confines de la discrecionalidad interpretativa y amplía el campo de lo judicialmente decidible. Quiéralo o no así el juez.

De este modo, el paso del *Estado legislativo* al *constitucional de derecho* conlleva un profundo cambio en la textura y la calidad del orden jurídico, bien caracterizado por Zagrebelsky como “derecho dúctil”.

Es el cambio de carácter estructural, según señala Ferrajoli, inducido por la invención de las “constituciones rígidas”, que “incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo al Poder Ejecutivo y Judicial, sino también al Poder Legislativo”. Después de que la experiencia de los totalitarismos fascistas pusiera de manifiesto que el consenso popular no es suficiente garantía de la calidad de la democracia ni un límite efectivo a las eventuales degeneraciones del poder político.

III. POLÍTICA Y DERECHO(S)

De esta innovación se sigue un importante cambio también para la democracia, que experimenta una evidente *juridificación*, debida a que la política ha de producirse dentro y bajo el imperativo de la legalidad —ahora siempre *ley más Constitución*— frente a la que no es predicable la a veces pretendida autonomía de aquélla, que ifaltaría más! y es terrible que sea necesario decirlo, no tendría por qué estar reñida con el respeto de las reglas jurídicas del juego democrático.

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 la 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 *salvífico* 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 por vía jurisdiccional contencioso-administrativa y otra muy distinta la viabilidad de la pretensión de que, en el vigente modelo de Estado, pudiera acep-

tarse 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 exigencias de respeto de principios al margen de los cuales no cabe convivencia humana digna de ese nombre.

Es evidente que el nuevo modelo de Estado —como Estado constitucional— implica una ampliación del campo del derecho a expensas del de la política, entendida de la forma en que tradicional-

mente venía haciéndose. Pero sólo eso: no la cancelación de la política como tal, que, al contrario, de producirse conforme al modelo y cerrándose a la ilegalidad, con frecuencia criminal y masiva, resultaría indudablemente dignificada. Más aun, la pregunta es si cabe imaginar otra política democrática que la que se produzca dentro de la propia legalidad democrática.

Esto, frente a lo que a veces se dice, no tiene nada de contradictorio. Antes bien, es la recuperación de la coherencia del sistema, por la satisfacción de una demanda ya implícita en la misma forma Estado de derecho. Porque —en contra también de lo sugerido con intolerable demagogia— en la relación que implica el par política/derecho, la legitimación democrática no fluye exclusivamente en, de, o hacia la primera, sino que tiene su más granada y madura expresión en el segundo. En la ley, que es producto de la soberanía popular. El producto por antonomasia.

IV. AMPLIACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y DESREGULACIÓN

También corresponde al modelo de Estado constitucional de derecho y a su realidad política subyacente, el reforzamiento del papel del Ejecutivo, por su directa intervención en la economía. En efecto, éste se ha proyectado en la realidad social de manera sumamente incisiva y con inédita altísima capacidad para producir actos de directa o indirecta relevancia económica.

Ahora bien, los dos nuevos desarrollos de la dimensión normativa y político-empírica del modelo

no han ido de la mano ni se han producido con la deseable sincronía. Al contrario, han experimentado, en su relación, un evidente *decalage*.

La ampliación del espacio público a que se ha aludido y que se concreta en la aparición de nuevos sujetos y nuevas formas de actuación, no ha estado acompañada de los correspondientes desarrollos normativos, sino que, al contrario, se ha dado en un marco de verdadera desregulación. Desregulación que en la práctica ha implicado fuerte poder en acto y en ausencia de controles. Alumbrando, además, una situación vivida por el Ejecutivo, no desde la conciencia de ese sensible vacío de normatividad, realmente existente, sino como supuesta traducción de un mal entendido principio de formal legitimación democrática autosuficiente para el ejercicio de una política de *manos libres*. Antecedente inmediato de acciones de restablecimiento de la legalidad como la que tiene su referente más emblemático en el proceso de *mani pulite*. Algo que hoy da pie a la formulación de toda una máxima, que es elemental generalización de una experiencia de acreditada en política: no hay *manos libres* que 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, extra-legal, que condicionan e incluso suplantán al que por imperativo constitucional debería ejercerse en los espacios formales constitucionales.

Esto es lo que significa en términos reales la partitocratización —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 clandestinización 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 paráme-

tros configuradores de su tradicional modo de ser y de operar.

Uno de los elementos estructurales del nuevo *status* 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, según el modelo italiano, saliendo del ámbito del Ejecutivo.

En efecto, la separación del vértice jurisdiccional y del gobierno administrativo de la vieja carrera —en ese nuevo marco de independencia externa— ha hecho aflorar la independencia interna, al sustraer la actividad jurisdiccional al control panóptico —formal e informal— de la jerarquía judicial, *longa manu* del poder político.

La apertura de la institución judicial al valor constitucional del pluralismo, ha contribuido a dotar de nuevos presupuestos político-culturales a la independencia, que así resulta reforzada en sus contenidos y en las posibilidades de proyección práctica.

No es que no perviva el juez de viejo estilo (éste no es cuestión de edad), que tiene indudable e incluso bien consistente presencia. Pero se ha producido un claro cambio de clima, que es, incluso, fácilmente perceptible.

También se ha dado un cierto atípico reforzamiento de la significación de la jurisdicción, a veces convertida —de nuevo se impone la cita de Rodotà— en “un canal para la representación política”, al confluir sobre ella demandas de satisfacción de intereses sociales constitucionalmente reconocidos que, por efecto de la correlación de fuerzas del momento, no dispondrían de otro cauce de acceso al sistema institucional.

Otras —muchas— veces, las demandas de reacción penal a acciones tipificadas como delito, debidas a sujetos públicos, son a la vez un subrogado de la exigencia de responsabilidades propiamente políticas, desatendidas en las sedes que tienen constitucional y legalmente encomendada esa clase de control.

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 la misma.

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 delincuentes 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 Rodotà) 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 antononasia, 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 la misma se produce —y así ha solido ocurrir— por imperativo de legalidad, lo cierto es que las tensiones a que se ha visto sometida han servido también para poner de manifiesto importantes defectos estructurales de la misma.

Los más evidentes son los endémicos de infra-dotación, 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 desig-

nación de los componentes del Consejo General del Poder Judicial.* Con un antecedente que no suele recordarse: el de la ley de 1980, primera quiebra de la cultura constitucional en este punto, puesto que, en vez de abrir el órgano —y con él la magistratura— al pluralismo como garantía de autonomía cultural y política, lo entregó de manera fraudulenta a una única opción asociativa, marcada y unidireccionalmente política. Aparte las consecuencias en términos de deslegitimación que tal

* La Constitución española de 1978 (artículo 122), siguiendo el precedente italiano, introdujo el Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno del mismo. Este órgano está integrado por el presidente, que lo es también del Tribunal Supremo y por veinte miembros, de los que doce serán nombrados entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales y ocho por las cámaras, a razón de cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por tres quintos de sus miembros.

El primer desarrollo de esta norma se produjo por Ley Orgánica 1/1980. En ella, la mayoría de centro-derecha reguló el procedimiento electoral para la designación de los once componentes judiciales, y, con objeto de mantener el precedente *statu quo* político-judicial, exigió un límite mínimo de inscritos (15% del escalafón) para acceder al asociacionismo, cerrando así el paso a la judicatura progresista, y, además, un sistema de sufragio mayoritario. Esto produjo como resultado el copo del nuevo órgano por el vértice jerárquico de la judicatura transfranquista. Y dio lugar a que la mayoría socialista, en el poder a partir de 1982, por Ley Orgánica 6/1985, forzando el texto constitucional, optase por un nuevo sistema de elección de los vocales del Consejo General de Poder Judicial, convirtiéndolo en parlamentaria en su totalidad, con la consiguiente ventaja. El sistema fue ya entonces muy contestado, el Tribunal Constitucional entendió que el texto de la Constitución permitía “una lectura” en el sentido de la reforma, pero lo cierto es que abrió el paso a un sistema de cuotas, en virtud del cual los partidos mayoritarios *se reparten* literalmente la institución, que, como consecuencia de esta manipulación partidocrática, ha sufrido un enorme desprestigio y padece un fuerte déficit de legitimidad.

maniobra llevó consigo; sirvió para *legitimar* la que luego, después de octubre de 1982, pondría en práctica la nueva mayoría, con el resultado que se conoce.

En el orden propiamente jurisdiccional ha pesado de forma sensible la inadecuación y la precariedad de los instrumentos procesales, en la materia penal, que es la que aquí interesa, vale la pena recordarlo, constituidos por un tejido decimonónico que —salvo en el caso de la reforma de 1978— ni siquiera podría decirse mejorado por los sucesivos remiendos.

En este ámbito pesa notablemente la crisis que hoy experimenta la acción penal, formalmente en manos de un juez instructor muy cuestionado como modelo (no diré que sin razón), con el desgaste que ello implica, sobre todo cuando, como ocurre, no se ha previsto una aceptable solución de recambio; y materialmente (aún con alguna apoyatura formal) cada vez más desplazada a un fiscal en grave situación de *impasse*. Esto, como consecuencia tanto de la falta de claridad legislativa, que también asimismo grava su *status*, como de la dependencia política que acusa y del lastre de una tradición de pasividad burocrática que le había convertido en apático y ritual manipulador *de papel*.

Cuenta, y mucho, además, por su protagonismo último, el negativo diseño orgánico que expresa la Audiencia Nacional. Sobre todo a través de sus juzgados centrales. Esa suerte de *jurisdicción hiperactiva total* que —negación del principio del juez natural— permite una anómala concentración de *Poder Judicial*, abierta a la producción de las indeseables consecuencias de diversa índole que se

han desplegado de forma tan exuberante en nuestra realidad reciente y en curso.

Estas consecuencias son, en abstracto: de riesgo de abusos, por la hipertrofia de las posibilidades de actuación que se derivan de la desmesurada amplitud de la competencia material; de proyección de un modelo de juez cargado de inevitable protagonismo anómalo y de otras connotaciones sin duda negativas; de favorecimiento de proyecciones demagógicas en la opinión de la situación resultante, como la tan socorrida de presentar la intervención judicial, en los supuestos de mayor tensión conflictiva, como una polarización personalizada presidida, en exclusiva, por la lógica del amigo/enemigo.

A lo anterior tendría que unirse el recusable régimen estatutario que hizo posible las vicisitudes del emblemático caso de Garzón. Aunque en éstas, además del diseño estructural y legal pesan otros factores. Algunos personales que pueden tener interés, pero no aquí y para el análisis político. 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 *filechaje*. (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.

Para comprobar hasta qué punto es esto falso, basta constatar la predisposición del juez —*apolítico*— de ese modelo, el juez del positivismo dogmático, a la acrítica y dócil integración en experiencias autoritarias. Y también su significativo rechazo, como *políticas*, en el momento de su implantación, de las constituciones rígidas garantizadoras de derechos. En particular de algunos valores, como el pluralismo, la libertad de expresión, el laicismo, la tolerancia. Buenos ejemplos de lo uno y de lo otro fue lo sucedido en la Alemania de Weimar, en la Italia y en la España de los cuarenta.

Ese modo de entender la función judicial tuvo, entre nosotros, una excelente expresión literaria en la obra de Martínez Calcerrada, *Independencia del Poder Judicial* (1970). Decía este autor, refiriéndose al examen de ingreso en la judicatura, que el mismo “imprime al seleccionado [una] a modo de unción carismática”; “vitalismo estamental” por cuya virtud “el juez sólo y siempre juez... el órgano judicial, sometido a la contemplativa de personalidad que lo regenta, discurre por el concierto social,

impregnado de su carisma profesional". El prologoista de la obra, en este caso prologoista de lujo, de Miguel Garcilópez, señalaba que "la independencia es más todavía una virtud que un atributo legal", de ahí que sea "la *independencia funcional* lo que verdaderamente importa; más que la propia independencia orgánica o cualquier otra fórmula, accesoria, de autogobierno judicial". En suma, el ingreso como rito inicial a una función sacerdotal y la independencia como atributo metafísico del juez, adquirido por investidura y no resultado de la vigencia objetiva y la asimilación cultural por el juez de un sistema de garantías, que garantía de derechos fundamentales.

Pues bien, esa manera de concebir al juez y su tarea ha experimentado, como no podía ser de otro modo, el desgaste que se deriva de la transformación del contexto político, del afianzamiento de los derechos y de los cambios experimentados por la sociedad civil. Pero no puede decirse que haya sido efectivamente desmontado en el plano cultural, a través de la necesaria reflexión sobre el modelo de juez, que una Constitución como la vigente en España y los nuevos contenidos con que se ha enriquecido el papel de la magistratura reclaman de forma vehemente.

De la formación inicial del juez ha evolucionado en alguna medida el contenido de los programas. Se estudia Constitución como disciplina teórica y puede que se preste ya más atención a la venta a plazos y al *leasing* que a la enfiteusis. Pero no se ha producido el necesario cambio de paradigma cultural.

Hay un primer indicador de lo que digo que me parece de lo más elocuente: es el tenor formal del

discurso judicial. Tenor formal que es, a su vez, todo un discurso sobre las actitudes de fondo.

En efecto, el lenguaje a través del que se ejerce la jurisdicción hoy entre nosotros, sigue siendo con la máxima frecuencia el mismo pesadamente 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 —quíerose 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 de 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, que 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.

El aludido déficit cultural tiene consecuencias de diversa índole: de carácter técnico-profesional y también en el plano deontológico. Estas, a su vez, repercuten en la calidad del servicio que se presta y producen asimismo efectos sumamente deslegitimadores.

El defecto de comprensión suficiente de los nuevos rasgos del papel judicial lleva a una deficiente calidad de la respuesta. Si, por ejemplo, falta conciencia del fuerte componente de creatividad que hoy impregna la actividad interpretativa, en modo alguno reductible al tópico proceso de aplicación subsuntiva; si, de la mano de cierta jurisprudencia, se actúa en la idea de que hay clases de prueba en las que la certeza sobre los hechos fluye casi mecánicamente y de modo natural, no cabe duda que faltará la tensión intelectual necesaria, el imprescindible agudo sentido de la responsabilidad, que deben estar presentes en quien goza de un consistente e irreductible margen de creatividad en los actos de toma de decisiones. Y se hará inteligible, para el observador externo, el porqué de la recurrente banalización de la exigencia de justificar adecuadamente aquéllas, y de la habitual falta de conciencia de la necesidad de que la observancia de ese deber preactúe como momento de garantía durante todo el proceso decisonal, en particular en la valoración de la prueba.

Cuando, como sucede, también con frecuencia, el objeto del proceso tiene una especial —ya no inusual— relevancia social o pública y el alcance de la decisión va a desbordar el marco de intereses de los sujetos procesales, no puede operarse sin conciencia de esa dimensión, incompatible con actitudes cerradamente burocráticas, pero abierta al

mismo tiempo a los deslizamientos inconscientes, condicionados por las presiones del ambiente. Cuando la realidad tiene una dimensión mediática tan relevante y tan constrictiva, no cabe un modo ingenuamente acrítico de estar y actuar en ella, que es el propio del juez carente, como suele suceder, del menor bagaje en la materia. Porque también en este punto el vacío de formación es sensible.

Creo que el desfase cultural a que me he referido es bien claro en la actitud de muchos tribunales ante el fenómeno de la publicidad televisiva, que en nuestro país ha llevado a una irreflexiva conversión de tantas salas de justicia en platós, sin siquiera un mínimo de reflexión y no obstante la probada influencia transformadora, o, mejor dicho, fuertemente distorsionadora, que ese medio ejerce sobre las actitudes y el propio clima del juicio oral. Puesto que, como ha escrito con agudeza Bourdieu, el mercado televisivo, esencialmente presidido por la tiranía de los índices de audiencia, proyecta esa perversa lógica mercantil sobre todo lo que trata, con independencia de cuáles puedan ser las consecuencias para los valores en juego.

Unas consideraciones como éstas tienen que desembocar, inevitablemente, en el terreno de las garantías e incluir una reflexión sobre el modo de entenderlas y profesarlas.

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 es él mismo quien 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 del ejercicio del mismo, 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) detec-

tado 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 la significación política del mismo.

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.

Ahora bien, si no es cuestionable que tal género de intervenciones judiciales se produzca allí donde concurren determinadas exigencias legales; tampoco debe caerse en el espejismo de considerar que el Poder Judicial deba constituirse en una suerte de *contrapeso* de los otros poderes, porque no hay tal.

El Poder Judicial, sobre todo en la vertiente penal, la que aquí interesa, no es un interlocutor permanente y tampoco una contraparte sistemática y activa de las otras instancias de poder. Por el contrario, opera de manera eventual y ocasional, en función siempre de una denuncia externa, y, cuando interviene, lo hace acto por acto y siempre en función de que concurren datos sugestivos de que,

en función de un preciso referente legal, ha podido producirse un hecho delictivo.

De esta manera, es claro que el juez que encarne adecuadamente el modelo —lo que implica necesariamente un correcto diseño orgánico— no planifica ni gradúa los ritmos o las secuencias de sus intervenciones, que deben serle solicitadas. De este modo, cuando, como ha sucedido en los últimos tiempos, se produce la evidencia de una masiva precipitación de los actos del poder en la ilegalidad, la intervención judicial resulta determinada, de forma inmediata, precisamente, por las desviaciones legales (y más si de código penal) que hayan podido producirse; y, en último término, también por el incumplimiento —a veces verdadero objetivo abandono— de su papel por parte de las instancias de control político y de legalidad administrativa que deberían haber actuado en vía previa y no lo hicieron.

De darse una adecuada prestación de esos controles constitucional y legalmente debidos, el papel de la jurisdicción en tales ámbitos políticamente calientes se vería sensiblemente reducido, como es lo ideal.

A este ideal pertenece, pues, la reducción objetiva de ese papel, pero —¡ojo!— no por la incapacidad del Poder Judicial para desempeñarlo, sino por la deseable de una necesidad real y actual de ejercicio del mismo. Ahora bien, que exista la posibilidad de ejercerlo eficazmente cuando fuere legalmente necesario, es la precondition de una política de calidad y también de democracia, como creo que se ha demostrado.

Mientras no es política ni realmente posible una *democracia judicial*, tampoco cabría hablar de de-

mocracia allí donde la jurisdicción no tenga asegurada la posibilidad de cumplimiento de su papel constitucional en presencia de acciones que constituyan desviaciones legales, y más si éstas son de naturaleza criminal.

IX. ALGO MENOS QUE UNAS CONCLUSIONES

Lo expuesto lleva a extraer algunas consecuencias.

El modo de ser actual de la jurisdicción depende, en una medida relevante, de datos objetivos, de transformaciones político-estructurales: 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 el mismo 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, 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, 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 mo-

mento inicial de la apertura del proceso, no cabe duda que el *modus operandi* judicial perdería muchas adherencias innecesariamente sobrepenalizadoras.

Justicia-penal-*poder*, pero *servicio*, implicaría *isolamente!* eliminar de su administración todo aquello que hace que el proceso sea tan inadmisiblemente destructivo para quien lo sufre. Ciertamente es que este aspecto del modo de operar procesal se encuentra tan arraigado como para hacer pensar que pertenece de manera esencial a su propia *naturaleza*. Pero, aunque los instrumentos procesales no puedan quizá resultar totalmente desprovistos de una cierta inevitable *agresividad*, es innegable que ésta no debería en modo alguno ser del mismo grado, ni aceptada de idéntico modo, en un modelo que la Constitución quiere presidido intensamente por el respeto a la presunción de inocencia, que en otro como el precedente, ajeno a tan relevante exigencia de principio.

Del principio de presunción de inocencia se desprenden exigencias en materia de tratamiento de imputado —y no se diga de quien ni siquiera lo es— que deberían impregnar profundamente el trato personal recibido en las oficinas de justicia. Pues bien, ésta es una dimensión que no puede quedar librada a la buena voluntad o la disposición personal de los funcionarios, sino que debería inscribirse objetivamente, a través de previsiones reglamentarias, técnicas de organización del trabajo y, también, de un esfuerzo programado de reconversión cultural, en todos los momentos del trámite. Si así se hiciera, no cabe duda de que, para tranquilidad de quienes tienen miedo a la filosofía del *servicio*, la jurisdicción como *poder* resultaría fortalecida

porque generaría mucho mayor consenso, ganando en legitimación.

También, en el orden formativo, como he anticipado, se impone un profundo cambio de paradigma, que no puede dejarse a la improvisación. A mi modo de ver, en el déficit formativo del juez de este momento está, quizá, el mayor problema. Por las consecuencias de orden práctico que padecen los destinatarios de las decisiones y por los graves efectos deslegitimadores que de ellas se derivan para la jurisdicción en su conjunto. Como he tratado de hacer ver, el juez actual padece un notable desfase cultural, en gran medida porque su bagaje responde a una concepción del orden jurídico que no observa las peculiaridades del que está actualmente en vigor, lo que redundará inevitablemente en la insatisfactoria calidad del trabajo que con él se hace.

Consecuentemente, asimismo, en el plano deontológico, el de las actitudes profesionales, también es constatable un serio déficit de reflexión y dependencia objetiva de patrones que son función de cierto preconstitucional (anti)modelo de juez. El juez no puede ser el burócrata ensimismado de viejo estilo que, con muchísima frecuencia, sigue siendo. Como consta por la rigidez de las barreras que normalmente existen entre él y quienes son sus interlocutores y los destinatarios de su trabajo y, también, por el carácter ultraformalista y cerrado de las resoluciones.

Por último, pero no en fin, el único juez no puede ser sólo, como ahora parece, el juez penal; ni el ordenamiento jurídico no penal seguir prácticamente *de vacaciones* como lo está a muchos efectos. Por el contrario, se hace imprescindible rehabilitar la efica-

cia 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 *última* —y, por tanto, excepcional— *ratio*.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tangentopoli*, tiene traducción al castellano en Perfecto Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- , "Corruzione della politica e giurisdizione", *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milán, Feltrinelli, 1996.
- , "Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, enero-marzo 1997.
- , "La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de derecho", en Laporta, F. J. y Silvina Álvarez, *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama, 1997.
- BRUTI LIBERATI, Edmundo, "Potere e giustizia", en AA VV, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*.

- , "La magistratura e i fatti di corruzione politica", *Questione Giustizia*, núms. 3-4, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Giudici legislatori*, Milán, Giuffrè, 1984.
- CARMENA CASTRILLO, Manuela, *Crónica de un desorden. Notas para reinventar la justicia*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, "El derecho como sistema de garantías", *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núms. 16-17. Ahora también en Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid, Trotta, 1995.
- FLORES D'Arcais, Paolo, "Izquierda y legalidad", trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 19.
- GARAPON, Antoine, *Le gardien des promesses. Justice e démocratie*, París, Editions Odile Jacobs, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1997.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, "Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional", en Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.

- GARCÍA PASCUAL, Cristina, *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnanim, 1997.
- GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia, *La democrazia giudiziaria*, Bolonia, Il Mulino, 1997.
- GUASTINI, Ricardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- , *Il giudice e la legge*, Turín, Giappichelli, 1995.
- IPPOLITO, Franco, "Politica e legalità", en N. Rossi (ed.), *Giudici e democrazia*, Milán, Franco Angeli, 1994.
- IRTI, Natalito, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, "Independencia del Poder Judicial", *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, 1970.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- RODOTÀ, Stefano, *Repertorio di fine di secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992.
- SENESE, Salvatore, "Giudice. Nozione e diritto costituzionale", *Digesto*, Turín, Utet, vol. VII, 1991.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2a. ed., trad. de M. Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1997.

ZANCHETTA, Pier Luigi, "Tangentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales", en Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.



PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Director de la revista *Jueces para la Democracia. Información y Debate*; miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos (Fondazione Internazionale Lelio Basso, Roma); magistrado del Tribunal Supremo de España.

Autor de *El poder judicial, Justicia/conflicto*; *Los "hechos" en la sentencia penal*; editor, entre otras obras, de: *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*; *Detención y prisión provisional*, y *La experiencia jurisdiccional del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*.



ROBERT ALEXY

Catedrático de Derecho público y Filosofía del derecho en la Universidad Christian Albrecht de Kiel; miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Gotinga y de la Asociación para las Ciencias “Joachim-Jungius”, en Hamburgo.

De sus numerosas publicaciones se han traducido al castellano sus libros y colecciones de ensayos: *Teoría de la argumentación jurídica*; *Teoría de los derechos fundamentales*; *El concepto y la validez del derecho*; *Derecho y razón práctica*; *Teoría del discurso y derechos humanos*; *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*.