

DERECHO Y JUSTICIA EN EL SIGLO XXI: MAS DIFICIL TODAVIA*

Perfecto Andrés Ibáñez**

Introducción; 1. El orden jurídico y la justicia heredados; 2. La prueba de los hechos y el nuevo papel del derecho; 3. La jurisdicción 'llamada en causa'...; 4. ...'ma non troppo; 5. Quiebras en la legalidad del estado constitucional de derecho; 6. El derecho y la jurisdicción como 'problemas'; 7. Poner las cosas en su lugar; 8. Los derechos como 'hipoteca' y las otras hipotecas; 9. La 'revolución' de la legalidad; 10. El actual mal momento del derecho y de los derechos... y el futuro.

Introducción

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

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

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

* Texto de la conferencia de clausura del Coloquio Internacional “Direito e Justiça no Século XXI”, organizado por el Centro de Estudos Sociais, que dirige Boaventura de Sousa Santos, Universidad de Coimbra, 29-31 de mayo de 2003.

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

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

1. El orden jurídico y la justicia heredados

Hace ya bastantes años, Lelio Basso, cuestionando el simplismo de la visión de lo jurídico propia de la *vulgata* marxista, afirmaba que el derecho, como el poder mismo, es el “fruto de [un] encuentro de fuerzas”². El gran socialista italiano, entonces, es decir, en el momento de pronunciar sus palabras, tenía razón. Pero la afirmación del *Manifiesto del Partido Comunista*: “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley”³, no fue siempre una consigna ideológica. En el momento de su formulación original tuvo verdadero valor descriptivo. Cuando, como recuerda Zagrebelski, “las fuerzas antagonistas, en lo esencial, aparecían neutralizadas y no encontraban expresión en la ley”, cuando “el proletariado y sus movimientos políticos eran mantenidos alejados del estado mediante la limitación del derecho de voto”⁴.

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

¹ J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pág. 470.

² Intervención en el congreso sobre *Giustizia e potere*, Anno Culturale Chianciano 1971, en *Democrazia e diritto*, n° 4, 1971, pág. 558. E. Bloch dirá que “todo derecho se basa en voluntades en conflicto”, (en *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1980, pág. 185).

³ C. Marx y F. Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*, en C. Marx y F. Engels, *Obras escogidas (I)*, Editorial Progreso, Moscú, 1978, pág. 125.

⁴ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2ª ed. 1997, págs. 31-32.

⁵ N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. de J. F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pág. 120.

⁶ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, pág. 62.

⁷ C. De Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. De las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 26.

El estado legislativo de derecho -heredero inmediato de ese impulso teórico- representa un momento significativo en la historia de los intentos de realización de un gobierno de las leyes⁸, mediante el establecimiento de límites de carácter jurídico al ejercicio del poder. El fin último es la libertad, universalmente proclamada, pero la *delegación* en el mercado de la gestión de sus presupuestos materiales, y, consecuentemente, el carácter sólo formal de la garantía tendría como resultado la *reserva* del disfrute efectivo de ese y de los demás derechos para la clase social hegemónica.

El Estado legislativo de derecho, será, así, estado de derecho en sentido legal. Es decir, en la medida en que, en él, el poder debe ejercerse en las formas legalmente previstas; pero sin que esto implique un cambio sustancial de la calidad de la soberanía en el sentido tradicional de *suprema potestas*. Su depositario es ahora el legislador, vinculado sólo en el orden de los procedimientos, pero libre en el de los contenidos y los fines, puesto que la Constitución, salvo en el plano orgánico, carece de fuerza normativa. Es el triunfo del principio de legalidad, pero entendida ésta como expresión de un nuevo poder soberano, tendencialmente absoluto. La ley es válida sólo por el hecho de existir como tal. Y, además, puede ser “de excepción”, siempre que “la situación de las cosas” lo requiera, porque “la autovinculación [de la soberanía] por la legislación ordinaria solamente tiene validez para lo que considere ella misma como situación normal”⁹.

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

La aludida concepción de la soberanía y la función atribuida a la ley condicionan y prefiguran el papel de la jurisdicción en el modelo. Aunque cubierta retóricamente con el manto de la independencia, aparece integrada en el ámbito del ejecutivo, como una más de sus articulaciones burocráticas, conforme a un diseño que tiene a su artífice en Napoleón Bonaparte. Este, coherente con su idea de que “le plus grand moyen d’un gouvernement, c’est la justice”¹⁰, dotó a la misma de una estructura piramidal, férreamente jerarquizada, organizada como *carrera* o *cursus honorum*, gobernada por un vértice de notables de toga, *longa manu* del ministro de Justicia, esto es, del poder político. Después, la yuxtaposición sistemática del plano jerárquico-organizativo y el propiamente jurisdiccional, darían como resultado la difusión capilar de la dependencia en las actitudes y en las prácticas de los jueces¹¹.

⁸ Cfr. al respecto la ya clásica obra de E. Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1966, pág. 16.

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

¹⁰ Cit. por J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, Presses Universitaires de France, París, 1995, pág. 407.

¹¹ En esto consiste la *astucia* del modelo. O sea, en inducir en los jueces una falsa conciencia de su modo de inserción, como independiente, en el aparato estatal, mientras se les controla –administrativamente- de forma

De este modo, la institución, como un todo compacto, pudo prestar el inestimable servicio político de contribuir eficazmente a la desactivación y, cuando fue necesario, a la criminalización del conflicto social, desde la supuesta neutralidad. Constituyéndose en un firme baluarte de la reacción mediante la interpretación reductiva de los avances que en materia de derechos pudieran producirse en el ámbito legislativo, cuando éste fue abriéndose merced a la extensión del sufragio.

Es a partir de estas vicisitudes como se formará un (anti)modelo de juez que llegará incólume hasta la mitad del siglo pasado, y que –por su ductilidad– ha seguido ejerciendo una fascinación irresistible sobre las mayorías políticas que en, años recientes, se han visto implicadas en procesos por corrupción. Por lo demás, hay que decir que, desde el punto de vista cultural, tiene poco de singular: es una concreción fiel del tipo ideal de jurista del positivismo dogmático e ideológico¹². Con la característica falsa conciencia acerca del auténtico papel del derecho y del propio rol en el modelo; la inmersión en el formalismo interpretativo; la inclinación irrefrenable –diríase que inscrita en su ADN– a operar como funcionario oficioso del poder en acto; con la predisposición, en fin, a ver certeza *del derecho* en lo que no era más que el resultado de la homogeneidad ideológica de los propios operadores de éste, entre sí, y con la clase del poder.

Es bien patente que el modelo de estado objeto de este sumario examen no resiste *el test* del art. 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. Y es que, como había anticipado lúcidamente Constant, “la limitación abstracta de la soberanía no basta”¹³; o dicho con Sièyes: “una Constitución, o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”¹⁴. Pues, en efecto, cuando la Constitución, en materia de derechos, se reduce a ser una declaración de intenciones y, por ello, la garantía jurídica opera sólo *en el papel*, termina afirmándose inexorablemente la total autonomía de la política. Y, sabido es, por una dilatada y dura experiencia, remota y también próxima, que la política –incluso la política democrática– librada a su propia dinámica es incapaz de controlarse a sí misma¹⁵.

capilar en el desempeño de su actividad jurisdiccional y en sus expectativas profesionales. La satisfacción de éstas exige ascender en el *cursus honorum* y para ello es preciso adecuarse a las *persuasivas* exigencias de conducta profesional y extraprofesional que se difunden desde el vértice. Es por lo que tiene tanta razón Casamayor, al decir que, en este sistema: “La magistrature n’est pas *vendue* à une classe sociale, la classe bourgeoise. Elle lui est *acquise*” (en *Les juges*, Editions du Seuil, 1973, pág. 143).

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

¹³ B. Constant, *Curso de política constitucional*, trad. de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820, pág. 17. (Edición facsímil de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1989).

¹⁴ J.-E. Sièyes, *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993, II, pág.814, cit. por P. P. Portinaro, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamentali costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997, pág. 417.

¹⁵ Es una afirmación que hoy ha demostrado ser válida incluso para las mayorías progresistas, con tendencia a presentarse a sí mismas como el poder, al fin, bueno, y, por ende, a reclamar frente a ellas una atenuación de los controles que, supuestamente, sólo estarían justificados para otros actores políticos. Lo ha expresado muy gráficamente Fernández Buey: “En el fondo lo sabíamos desde hace tiempo: el poder corrompe. Lo que nunca queremos acabar de aceptar es esto otro: también corrompe a los que han sido nuestros amigos” (en *Corrupción en una democracia realmente existente*, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n°20, 3/1993, pág. 6).

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

Puede sonar a simplificación, pero me parece lícito afirmar que el estado legislativo de derecho encontró su momento de la verdad en el proceso de involución autoritaria que concluye en Europa en la dramática experiencia de los fascismos¹⁶. En Alemania, Hitler llegará al poder a través de las urnas, con un programa que incluía la destrucción de éstas, con todo lo que prácticamente y simbólicamente significan. Como recuerda Ferrajoli, en Italia, el Estatuto Albertino fue vaciado de contenido por Mussolini, haciendo uso de la legislación ordinaria, sin que existiera denuncia y, ni siquiera conciencia, de que se estaba atentando contra una Constitución¹⁷. En España, el franquismo no tuvo necesidad de cambiar una sola letra del ordenamiento judicial preexistente, para hacerlo funcional a su proyecto político.

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

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

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

¹⁶ Cfr. A. Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europea, Síntesis de un milenio*, ed. de A. Serrano González, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 241-242.

¹⁷ L. Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, ed. de G. Pisarello, A. J. Estrada y J. M. Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 165.

¹⁸ P. Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional*, trad. del italiano de C. Ramos y A. Luya, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pág. 71.

¹⁹ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pág. 23.

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

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

3. La jurisdicción ‘llamada en causa’...

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

La nueva relevancia constitucional del papel del juez no podía dejar de tener consecuencias en el plano estatutario, es decir, del gobierno de la magistratura y de la independencia judicial. En cuanto al primero, hay algún caso, particularmente el italiano, pero también el español y el portugués, en que resulta atribuido a un nuevo órgano, Consejo de la Magistratura o del Poder Judicial, de composición mixta (judicial y de extracción parlamentaria²³), con importantes efectos sobreañadidos. Uno será acabar con

²⁰ *Ibidem*, pág. 24. A la esfera de los derechos fundamentales, así garantizados, se ha referido E. Garzón Valdés con la expresiva fórmula “coto vedado” (en *Representación y democracia*, ahora en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 631 y ss).

²¹ L. Ferrajoli, *Lo stato di diritto fra passato e futuro*, en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, págs. 354 y 357-358. Para una rigurosa exposición sintética del punto de vista del autor en la materia a que se alude, cfr. M. Gascón Abellán, *La teoría general del garantismo. A propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y razón”*, en *Jurídica*, Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana (México), n° 31, 2000, págs. 195 y ss.

²² L. Prieto Sanchís, *Constitución y parlamento*, en *Parlamento y Constitución*, n° 5/2001, pág. 27.

²³ En el caso del Consejo español, introducido por la Constitución española de 1978, siguiendo el modelo italiano, estaba previsto que la elección de la componente judicial (12 sobre 20) tendría lugar “entre” los jueces (art. 122). La mayoría socialista que accedió al poder en 1982, bajo la enseña de un reforzamiento de la

la concentración de funciones jurisdiccionales y de control jerárquico en manos del vértice judicial; y otro extraer el gobierno de los jueces²⁴ del ámbito del ejecutivo, con lo que, por primera vez podrá hablarse de independencia con alguna propiedad, puesto que se dota al principio de un dispositivo institucional de garantía.

Aparte las consecuencias de índole estrictamente institucional, la entrada en juego de este nuevo modo de articulación interna de la instancia judicial ha tenido otras de notable importancia político-cultural. En efecto, la inserción de un mecanismo democrático-representativo en una estructura de rígido perfil jerárquico como la judicial *heredada*, contribuyó activamente al desarrollo del pluralismo dentro de ésta²⁵, a su apertura a la sociedad y a la puesta en marcha de un fértil proceso interactivo, cuyo resultado más patente es la erosión de las viejas dinámicas corporativas que habían hecho de la magistratura un cuerpo tan *separado*²⁶ de la ciudadanía como abierto a la directa influencia del poder en acto.

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

Semejante transformación capilar de la jurisdicción no podía dejar de incidir en la proyección práctica del ordenamiento, a través de la apertura de éste –y, con él, de todo el orden institucional– a nuevas demandas²⁷ a las que de otro modo habría sido –mejor,

legitimación democrática de la jurisdicción, pero, en realidad, con el único fin de asegurarse una posición hegemónica en el gobierno de la magistratura, introdujo un cambio consistente en deferir a las cámaras la designación, también, de los integrantes del sector judicial. El resultado ha sido la drástica politización partidista de la institución, desde entonces –más de 20 años– simple escenario de la confrontación política general, francamente inadecuado para la elaboración de una política de la justicia funcional a los valores constitucionales en la materia. Lo que la izquierda presentó como una opción de este signo para transformar la justicia en profundidad con criterios democráticos, está sirviendo ahora a la derecha como un útil instrumento, igualmente funcional, para *su política* sobre la administración de justicia. Los efectos de estas lamentables vicisitudes aún en curso, no han podido ser más demoledores, desde todos los puntos de vista.

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

²⁵ Para el caso de la experiencia española, remito a mi trabajo: *Sobre asociacionismo e independencia judicial*, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n° 25, julio 1996, págs. 88 y ss.

²⁶ Sobre la magistratura del estado liberal como “cuerpo separado”, cfr. S. Senese, *Aparato judicial y lógica del sistema*, en P. Andrés Ibáñez (ed.), *política y justicia en el estado capitalista*, Fontanella, Barcelona, 1978, págs. 159 y ss.

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

habría seguido siendo impermeable. El pluralismo y la apertura cultural del medio judicial, al diversificar a éste internamente, le hicieron más funcional al nuevo orden jurídico-constitucional, también internamente contrastado, como corresponde a la expresión jurídica de un cierto politeísmo de los valores.

Este nuevo modo de ser de la jurisdicción y del ordenamiento ha supuesto la crisis del viejo concepto de certeza del derecho, (en realidad, más bien expresión del cierre de éste a los intereses de amplios sectores sociales). Al mismo tiempo ha hecho a la primera más permeable a las nuevas necesidades y más flexible a la hora de aportar respuestas a inéditas demandas emergentes. Tal es, por ejemplo, lo sucedido con las relativas a la bioética. Según ha señalado Rodotà²⁸, en éste, como en otros casos problemáticos, se plantea con particular intensidad la alternativa entre dos modelos culturales de tratamiento: el de la jurisdicción y el de la legislación. Naturalmente, no se trata de la elección radical y en términos excluyentes de uno de los integrantes del par en presencia, que no cabría en ningún caso. Pues ni el legislador puede dejar de ser y sentirse interpelado y de responder a la demanda social; ni su respuesta, desde la generalidad de la ley, podría prescindir de la mediación judicial. Pero la cuestión es que existen, con tendencia a multiplicarse, problemas en gran medida abiertos y, en todo caso, muy conflictivos, no susceptibles de un abordaje legislativo capaz de reducir a unidad el antagonismo de las posiciones, por vía de síntesis o primando unilateral y definitivamente una de ellas, que sería la forma de pacificar normativamente el conflicto.

El carácter fuertemente pluralista de nuestras sociedades, que se refleja de forma emblemática en tales materias, extremadamente polémicas y con fuerte impregnación ético-política o religiosa, no se acomoda bien a técnicas de intervención, que, más que mediar, *cortan* drásticamente. La naturaleza de esta clase de asuntos y las situaciones de tensión que originan es lo que obliga con frecuencia a *optar* por el modelo cultural de la jurisdicción, de la decisión caso por caso, en marcos de legalidad flexible o por principios, que es lo que mejor se adecua a la propia fluidez del objeto de regulación y decisión. Es patente que se trata de un nuevo espacio para la jurisdicción, difícil de cancelar y que, indudablemente, está destinado a *complicarle la vida*, pues, como es bien sabido, el aumento de la discrecionalidad como la intervención en materias de alta densidad política, da lugar al planteamiento inmediato de objeciones de legitimidad²⁹.

4. ...'ma non troppo'

Pero la aludida no es la única gama de materias en las que se ha producido alguna forma de *delegación* del legislador y del sistema político en el juez. No es extraño que en coyunturas difíciles, el legislador, en vez de afrontar legislativamente de forma decidida alguna cuestión particularmente problemática, la *remita* deliberadamente a los jueces con el encargo implícito de que lleguen en su tratamiento hasta donde la mayoría no se había atrevido a llegar³⁰. En otros casos, lo producido es el tratamiento exclusivamente judicial

²⁸ S. Rodotà, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, págs. 421 y ss.

²⁹ Cfr. B. De Sousa Santos, M.M. Leitaó Marques, J. Pedroso y P. Lopes Ferreira, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português*, Edições Afrontamento, Porto, 1996, pág. 20.

³⁰ Un caso paradigmático de esta clase de actuaciones se encuentra en el tratamiento que la despenalización del aborto recibió en España por parte de la primera mayoría socialista. El miedo de ésta a llevar demasiado lejos

de algún grave fenómeno de desviación, al omitirse toda otra clase de actuaciones preventivas o de respuestas. Me refiero, particularmente, al constituido por la gran delincuencia económica, ante el que los estados mantienen una histórica actitud de renuncia a intervenir con eficacia mediante instrumentos políticos y los del derecho privado y administrativo³¹, dando extraordinarias facilidades para que las conductas correspondientes puedan producirse en la más absoluta falta de transparencia y al margen de las reglas. Con lo que la reacción penal, por definición, y más en esta clase de casos, es tardía, lenta, poco eficaz y profundamente deslegitimadora. A pesar de que, con todo, en estos años, en medios judiciales se ha registrado el afianzamiento de una más depurada conciencia de la legalidad con interesantes efectos prácticos, y muy sugestiva de lo que podría ganarse en calidad de vida civil si las mayorías políticas decidieran alguna vez seguir a Dworkin en su inobjetable demanda y tomar definitivamente “los derechos [-es decir, todo el derecho y sus implicaciones institucionales-] en serio”³².

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

En la “Advertencia” que precede al texto del *Reglamento provisional para la administración de justicia* (1835), se lee: “Entre todos los males de que ha adolecido y aun adolece la España, tal vez ninguno tan grave y capital, ni reclama remedio con mas urgencia, que el de la falta de administración de justicia, y de legislación oportuna para ello”³³. No es exagerado decir que, actualizando el lenguaje, el texto podría perfectamente intercalarse en cualquier discurso actual sobre el estado de la administración de justicia. Y es que, en efecto, este ámbito de la institucionalidad estatal es, por antonomasia, el de *la reforma pendiente*. Ciertamente es que dentro del mismo se han dado transformaciones del calado de algunas constitucionales a las que acaba de aludirse; pero lo es también que las mismas han tenido que convivir con un *statu quo* burocrático e instrumental que, en muchas de sus constantes, es heredero directo del siglo XIX. Algo inimaginable en otros espacios del aparato estatal, que han sabido adecuar técnicamente sus estructuras burocráticas a la calidad y naturaleza de las necesidades. Así, por poner un ejemplo, sería impensable fuera de la justicia un sistema de comunicaciones entre órganos tan rudimentario (incluso dentro de un mismo país) como el que sigue vigente. Creo que no es demasiado arriesgado ver en el carácter endémico de esta situación la *astucia* de una cierta *razón sistémica* que organiza, en este punto, la debilidad del estado de derecho, actuando al servicio de intereses parciales. Y quizá el mejor aval de esta hipótesis está en la regularidad con que los (siempre ocasionales) justiciables *de primera clase*, los *imputados excelentes* se sirven de la

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

³¹ Cfr. al respecto: F. Galgano, *Repressione penale e riforma civile*, en *La Questione Criminale*, 3/1978, págs. 413 y ss.; y A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.

³² R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

³³ El texto legal es de 26 de septiembre de 1835. Se cita por la edición de Imprenta de Don Miguel de Burgos, Madrid, 1836, pág. 2.

disfuncionalidad de la jurisdicción para defenderse de ella, en sus eficaces estrategias procesales *de ruptura*.

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

Como han puesto muy bien de relieve Holmes y Sunstein³⁴, los derechos, incluso los formales de garantía *cuestan*. Por ello, no debe extrañar la actual tendencia a registrar las garantías procesales en el capítulo de los costes sociales *improductivos*, de los bienes costosos, que no pueden ser dispensados a cualquier categoría de ciudadanos³⁵. Así, cuando resulta que mientras el imputado *de base* encuentra dificultades, cada vez mayores, para acceder a un estándar mínimo de tutela de sus derechos, los infractores de lujo caen en el proceso con cuentagotas y cuando lo hacen gozan del máximo amparo constitucional y se benefician, además, de las ventajas que las deficiencias del marco legal y procesal –con frecuencia escandalosas en estos casos- les deparan.

5. Quiebras en la legalidad del estado constitucional de derecho

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

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

En efecto, la gestión político-administrativa de tales nuevos espacios, situados en la zona de confluencia del sector público y el mercado, dio lugar a la emergencia de nuevos sujetos, *empresarios públicos* ciertamente atípicos desde la perspectiva del orden

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

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

jurídico, que por falta de previsiones legales eficaces al respecto y por la propia naturaleza de la actividad, pudieron operar en un marco de discrecionalidad casi ilimitada, contando con información privilegiada y con la capacidad de asumir riesgos que, en general, no estarían al alcance de los agentes económicos convencionales.

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

Es así como surgen y se difunden en años todavía recientes los fenómenos conocidos como de corrupción, que, por su extensión e importancia, distan de representar una anécdota de ilegalidad, para constituir un nuevo fenómeno macroscópico de degradación criminal del poder³⁶. En efecto, no se trata de episodios más o menos aislados de irregularidad en el manejo de los recursos estatales, sino de la apertura de todo un espacio *público* subterráneo, realmente franco de derecho, en el que una parte sustantiva de aquéllos se desvían a zonas opacas de la actividad política, en las que son objeto de apropiación por los partidos, los de gobierno, sobre todo, convertidos así en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos y, a veces, en paradójicos agentes difusores de ilegalidad en ámbitos institucionales. De este modo, bien puede decirse, una parte significativa de la política real se hace *clandestina*, y, por su importancia, condiciona desde ese plano las vicisitudes regulares de la política en acto en los espacios formal-constitucionales.

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

Que semejante modo de operar judicial haya sido posible –con todas las limitaciones a que antes se ha aludido– se debe, en resumen, a la conjunción de varios factores. El primero de ellos es la aludida transformación operada en el marco normativo, ahora vinculante *erga omnes*, es decir, también para los exponentes del poder público. En segundo término, se cuenta el acceso del juez a una reforzada situación de independencia. Y, en fin, la difusión en el ámbito de estos operadores de una nueva cultura de la jurisdicción³⁷.

³⁶ Al respecto, pueden verse: D. Della Porta, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, introducción de A. Pizzorno, Il Mulino, Bologna, 1992; P. L. Zanchetta, “*Tangentopoli* entre perspectivas políticas y soluciones judiciales”, P. Andrés Ibáñez, “*Tangentopoli* tiene traducción al castellano”, en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 85 y ss.; F. J. Laporta y S. Alvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997; A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, cit. También, M. Travaglio, *Il manuale del perfetto impunito. Come delinquere e vivere felici*, Garzanti, Milano, 2000.

³⁷ Este es un factor muy digno de consideración, pues se da la circunstancia de que, incluso en países de nuestra ámbito cultural, como Francia y Bélgica, en los que el estatuto del juez y del fiscal no ha experimentado modificaciones de significación, los cambios culturales producidos en los medios de la judicatura, sobre todo en el modo de concebir la independencia, han contribuido de forma sensible a reforzar

6. El derecho y la jurisdicción como ‘problemas’

La entrada en la escena de las constituciones de la segunda posguerra dio lugar, con razón, a que se hablase de un nuevo constitucionalismo, que ya desde el inicio planteó problemas de caracterización. En el esfuerzo de los teóricos por tipificar el fenómeno se han acuñado fórmulas sumamente expresivas, como la de “constitución dirigente”, de Gomes Canotilho³⁸, o la de “*costituzione-indirizzo*” acuñada por Fioravanti³⁹. Di Giovine y Dogliani, en la misma línea, han hablado de “*democrazia emancipante*”, para referirse “a la idea de democracia emergente del constitucionalismo positivo de la segunda posguerra”, que, a su entender, implicaría “una profunda fractura (...) con la idea de democracia propugnada apologeticamente, por la cultura politológica liberal-democrática hoy dominante”⁴⁰.

El carácter indudablemente normativo de tales textos, la densidad de su contenido material, con proyección omnidireccional en la práctica totalidad de los ámbitos del ordenamiento y de la experiencia jurídica, y el hecho de que, en general, respondieran en su origen a pactos constituyentes logrados por vía de síntesis de posiciones con frecuencia contrastantes, son las razones de la ya aludida *llamada en causa* a la jurisdicción, con un sensible reforzamiento del papel del juez-intérprete. Hasta el punto de que es difícil hallar un asunto sometido al conocimiento judicial que -por razón de afectación de derechos fundamentales sustantivos y/o procesales- no tenga implicaciones constitucionales. Ciertamente, con objeto de recortar el alcance de este fenómeno, algún sector doctrinal ha tratado de evitar la aplicación directa de la Constitución por el juez reclamando como necesaria, en todo caso⁴¹, la previa interposición del legislador⁴². Pero, como ha escrito Prieto

la incidencia práctica de ese valor en los comportamientos profesionales de amplios sectores de las gentes de toga.

³⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo per a compreensão das normas programáticas*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1982. Del mismo autor, *¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 43, enero-abril, 1995, págs. 9 y ss.

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

⁴⁰ A. Di Giovine y M. Dogliani, *¿Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, en *Questione Giustizia*, nº 2, 1993, pág. 321.

⁴¹ Así lo entiende Pérez Royo: “El poder judicial únicamente se legitima democráticamente a partir de la ley. No puede legitimarse deomocráticamente a partir de la Constitución de manera directa”, en *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 5ª ed. 1998, pág. 637.

⁴² La interposición del legislador suele ser considerada como un condicionamiento virtualmente absoluto en el caso de los derechos sociales, de lo resultaría una suerte de interdicción de la intervención judicial allí donde aquélla no se hubiera dado. Pero, como afirman Abramovich y Courtis, “dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna característica* o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación”. Al respecto, estos mismos autores entienden que del art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, cabe inferir ciertos estándares de justiciabilidad, de indudable rango normativo, que deberían inspirar las prácticas judiciales. (En *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en M. Abregú y C. Courtis (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos*

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

Pues bien, habiendo sido la apuntada, desde el inicio, una cuestión muy polémica⁴⁵, ha generado la máxima intensidad conflictual en algunos momentos de los últimos años. En efecto, mientras lo debatido fue sólo la relación del juez con la Constitución y la ley ordinaria en el ámbito genérico de la interpretación, el problema no desbordó los límites académicos. Pero las nuevas formas de presencia judicial debidas a los procesos por corrupción seguidos contra sujetos públicos que, de Italia a Brasil, pasando por España y Japón, cubrieron la pasada década, produjeron notable sobresaltos y airadas reacciones en las clases políticas concernidas. Con ello se pasó del cuestionamiento teórico a la impugnación directamente política del estatuto constitucional del juez en el vigente modelo de estado. En tales circunstancias, de forma oportunista, algunos desempolvieron, cuidadosamente descontextualizado, el ya histórico libro de Lambert⁴⁶ y, con él, el fantasma del “gobierno de los jueces”.

Demasiado derecho, demasiados derechos, demasiado rígidos, y, como consecuencia, *demasiada jurisdicción*, parece ser el lema enarbolado por los exponentes de todo un *partido transversal*⁴⁷ de *damnificados* por la justicia, como consecuencia de los procesos aludidos. En su denuncia ocupa un espacio central la queja por la supuesta cancelación de la necesaria autonomía de la política, al parecer, *sofocada* por el vigente orden jurídico y por las prácticas judiciales que el mismo hace posibles. Y es curioso que, en ese contexto, sean frecuentes las expresiones de añoranza del modelo de juez preconstitucional, el de estirpe napoleónica, ya aludido, por su mayor prudencia y *sentido del estado*, es decir, de la *razón de estado*.

por los tribunales locales, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 304 y 334 y ss.). Cfr., de los mismos autores, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, con prólogo de L. Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2002.

⁴³ L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en J. D. Moreno (ed.), *Derecho y proceso*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 5/2001, pág. 205.

⁴⁴ L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, cit., pág. 110.

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

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

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

7. Poner las cosas en su lugar

La objeción, sin embargo, es insostenible, pues en el modelo de Estado que se contempla la política democrática tiene reservado un amplio espacio cuyos límites van desde lo jurídicamente indiferente hasta lo inconstitucional y lo ilegal y, en particular, hasta el Código Penal. Y no debe perderse de vista que –sintómicamente– la reacción más beligerante frente al actual sistema se ha debido a la apertura de causas por actuaciones de sujetos públicos de evidente y gravísima relevancia criminal. La oposición al modelo constitucional tiene, pues, increíblemente, un momento central en la impugnación del Código Penal como frontera de las acciones de gobierno⁴⁸. De ahí la reivindicación del viejo concepto de soberanía como *suprema potestas* propio de un poder que se quiere a sí mismo *legibus solutus*.

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

Debe rechazarse, pues, la insidia consistente en presentar a la jurisdicción, función de la legalidad, como instancia ajena, cuando no antagónica, de la institución parlamentaria⁵⁰. Según esto, mientras el político corrupto e incluso delincuente convicto seguiría ungido por el fluido legitimador de las urnas, el juez sería siempre un operador deficitario en materia de legitimidad, por su ajenidad a aquéllas. Y, por tanto, su intervención perturbaría *ilegítimamente* el curso y el pulso de la democracia política.

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

⁴⁹ M. Atienza, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, ahora en *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2002, pág. 55.

⁵⁰ Interesantes reflexiones sobre el particular pueden verse en E. García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid, 1ª ed. 1995, en particular, págs. 51 y ss.

Al discurrir de este modo, se lleva a cabo una intolerable reducción procedimental de la democracia constitucional; y se olvida interesadamente que, en ella, no sólo existe un amplísimo espacio constitucionalmente asegurado para el desarrollo de la política, sino que, además, quienes la ejercen tienen la posibilidad de restringir radicalmente con medios lícitos la incidencia de eventuales actuaciones judiciales sobre la misma. En efecto, basta considerar que las que más preocupan de éstas –las de carácter penal– suelen producirse después de una crisis masiva de todos los controles parlamentarios y político-administrativos previstos, que es lo que permite la degradación criminal de las actuaciones públicas. En este campo, las intervenciones de control judicial están normalmente precedidas de diversas formas de *descontrol* parlamentario y político-administrativo. De manera que bastaría una madura disposición a *tomar en serio* el lado *garantista* de la política, para que ésta pudiera mantener exento de intervenciones *ajenas* su propio espacio, y, además, de la manera más *fisiológica*. Es decir, haciendo innecesarias las actuaciones judiciales de restauración del orden jurídico, que habría sido preservado de forma previa. Ahora bien, una vez producida una acción delictiva en el sector público y por un sujeto de este carácter, sólo la reacción judicial desde la legalidad puede *poner las cosas en su sitio* y, sobre todo, hacer que las instituciones concernidas asuman su responsabilidad y, en especial, su papel de *garantes* para impedir en el futuro situaciones de esa índole. La función general-preventiva de la respuesta penal tiene aquí un importante campo de desarrollo.

En contra de lo que, también con frecuencia, se ha sugerido en estos años, en el diseño de Estado que se contempla, la jurisdicción –con todo– no tiene atribuida una función de contrapeso político en sentido fuerte. Pues no ejerce una fiscalización capilar y sistemática de las actuaciones de las otras instancias de poder. Antes bien, sus intervenciones son ocasionales y de carácter puntual, tienen que ver con actos concretos, a los que también se limitan los efectos de aquéllas; y se producen sólo a instancia de parte (¡ay! generalmente privada⁵¹) y nunca de manera caprichosa. Más aún, las causas penales únicamente se inician en presencia de relevantes indicios de delito; y, de existir alguna inercia en la materia, ésta –por razones culturales y de *complicidad* institucional (piénsese en la tópica inhibición del fiscal⁵²)– operará en el sentido más favorable a la impunidad de los delitos producidos en ámbitos públicos, como ha sido históricamente la regla. Regla que,

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

⁵² Y en las reacciones políticas y del propio vértice de la institución, cuando en el marco de ésta se producen actuaciones que rompen con ese estándar. Sintomático al respecto es lo sucedido con la que en España se conoce como *Fiscalía anticorrupción*, dirigida por Carlos Jiménez Villarejo. El rigor y profesionalidad de su ejecutoria fielmente inspirada en el principio de legalidad penal, han demostrado ser literalmente insoportables para la actual mayoría política. Como lo fue también para la precedente, socialista, la idea de que la institución, entonces recién creada, pudiera ser presidida por ese fiscal, de reconocida independencia.

incluso hoy, tiene un elevado índice de vigencia, puesto que hay buenas razones para afirmar que la *cifra oscura* de la criminalidad en esos medios sigue siendo bien alta.

8. Los derechos como ‘hipoteca’ y las otras hipotecas

La supremacía normativa de la Constitución, con la rigidez⁵³ como implicación, es un motivo recurrente para resucitar la vieja cuestión del posible antagonismo entre democracia y constitucionalismo. El debate tiene muchos ángulos. Aquí me limitaré a incidir sólo en algunos aspectos muy concretos del mismo.

Una de las objeciones de mayor calado dirigidas contra la caracterización de los derechos como fundamentales en el sentido constitucionalmente fuerte, es que “el ideal profundo de los derechos es el de una comunidad de individuos que se reconocen entre ellos como agentes morales de *igual dignidad*, y la regla de mayoría es la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y de cada uno a que la propia voz cuente, y cuente *en condiciones de igualdad* con la de cualquier otro en el proceso público decisonal”⁵⁴. Otra objeción reiterada es que ese modelo de constitucionalismo, además de establecer limitaciones a la capacidad de decisión a las mayorías actuales, limitaría también drásticamente la autonomía para decidir políticamente de las mayorías futuras y de las generaciones por venir⁵⁵.

Pero ninguna de las dos me parece en condiciones de poner en crisis el fundamento y la legitimidad del modelo. En efecto, la primera cifra la *igual dignidad* en los ciudadanos en la colocación de todos en una posición que les permita decidir políticamente *con libertad*, es decir, sin restricciones en cuanto al *qué* de la decisión. La premisa es, pues, que de no existir la vinculación sustancial impuesta por el deber de respeto a los derechos fundamentales como límite a la voluntad de la mayoría, se alcanzaría esa *igual libertad* para todos en el punto de partida, reclamada por su calidad de agentes morales.

Ahora bien, lo que no resulta fácil es saber cómo ese presupuesto, ideal en el planteamiento que se examina, podría convertirse en presupuesto práctico, cuando, precisamente, la consagración de los derechos como fundamentales -incluidos,

⁵³ La rigidez constitucional, que como escribe García Herrera, “no es una reclamación formal de control del cambio constitucional sino una exigencia imperativa de afianzamiento de unos contenidos sobre los que se asienta la convivencia” (*Rigidez Constitucional y estado social*, en P. Andrés Ibáñez (ed.), *La experiencia jurisprudencial: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 62).

⁵⁴ Es como J. C. Bayón expresa uno de los aspectos de la posición de J. Waldron en la materia, en *Diritti, democrazia, costituzione*, Ragion Pratica, nº 10, 1998, pág. 48. Al respecto, cfr. asimismo R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; y G. P. Lopera Mesa, *La problemática legitimidad de la justicia constitucional*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 5/2001, págs. 227 y ss.

⁵⁵ Un documentado examen crítico de estas puede verse en S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia*, en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Lüther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, págs. 167 y ss.

obviamente, los sociales⁵⁶- es la respuesta a la bien acreditada radical desigualdad de las personas en el acceso a toda clase de bienes, en ausencia esa garantía. Al ser ésta la que hace posible “el despliegue de la autonomía de cada ciudadano, es decir, de su no negociable dignidad” (Garzón Valdés⁵⁷). Que es por lo que Ferrajoli señala con razón que “los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello [la que él llama] dimensión ‘sustancial’ de la democracia, previa a la dimensión política o ‘formal’ de ésta”⁵⁸. Pues, dicho con Rodotà, se trata “de un núcleo de derechos considerados esenciales para atribuir a un ordenamiento el carácter democrático, para realizar las ‘condiciones de posibilidad’ de la democracia pluralista”⁵⁹.

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

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

Los defensores del constitucionalismo débil, suelen denunciar como un *daño colateral* de la supremacía normativa de la Constitución el exceso de protagonismo que atribuye a la justicia constitucional y a la ordinaria, en relación con la institución

⁵⁶ Como señala Alexy, si el objetivo de los derechos fundamentales es que “la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a las libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de las libertades jurídicas”, en (*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 489). Al respecto, en la más reciente bibliografía española, puede verse S. Sastre Ariza, *Hacia una teoría exigente de los derechos sociales*, Revista de Estudios Políticos, n° 112, abril-junio de 2001, pág. 257.

⁵⁷ E. Garzón Valdés, *Optimismo y pesimismo en la democracia*, en Claves de razón práctica, n° 131, abril/2003, pág. 32.

⁵⁸ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, cit., pág. 42.

⁵⁹ S. Rodotà, *Repertorio di fine di secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pág. 49.

⁶⁰ N. Mailer, *¿Por qué estamos en guerra?*, trad. de J. Zulaica y M. L. Rodríguez Tapia, Anagrama, Barcelona, 2003, pág. 115.

parlamentaria. Es decir, a un grupo de sujetos no directamente legitimados por las urnas, que, no obstante, tendrían la última palabra a la hora de definir el dictado de éstas.

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

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

9. La ‘revolución’ de la legalidad

Pues bien, siendo así, ya no parece tan disparatado ni tan impropio reivindicar el papel de la Constitución como límite de la política⁶² y un control de constitucionalidad y de legalidad de ciertas decisiones particularmente relevantes, éste *siempre en última instancia*, ejercido sólo a iniciativa de parte, de forma motivada y en un marco de publicidad y transparencia. Aunque el desarrollo de esa tarea corresponda, no a jueces paradigmáticos, sino tan de carne y hueso como los propios depositarios de la soberanía popular.

Como he apuntado antes, la más lacerante contradicción de nuestras poco satisfactorias democracias es la representada por el hecho de que –aun con constitución

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

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

normativa: ¡qué habría sido sin ella!- hayan podido convertirse en escenario regular de gravísimas vicisitudes de ilegalidad, incluso criminal, y a veces masiva. Por no hablar de la *cifra oscura*, o sea, de lo que se ignora en la materia. Este es el verdadero escándalo, y también que la evidencia de lo que hay no escandalice lo suficiente. Porque impresiona pensar, con Flores D'Arcais, que en el estado de cosas “una política de la legalidad [sería] hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables”⁶³

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

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

10. El actual mal momento del derecho y de los derechos... y el futuro

Una mirada sobre los aspectos más salientes de la actual coyuntura podría llevar a pensar que el discurso y la perspectiva de los derechos en sentido fuerte pertenece al pasado, al siglo pasado. En efecto, el trabajo recupera la condición de mercancía (que nunca perdió del todo) y, de seguir a ese ritmo, pronto bastarán para *regular* ese marco de relaciones los históricos cuatro o cinco artículos de los códigos civiles de tradición napoleónica, *come prima*, lo que llegó a haber de estado social en los países más afortunados se bate en retirada; la sanidad y la previsión públicas *adelgazan* ostensiblemente -donde se mantienen- y marchan, a veces con paso lento, pero siempre firme, hacia la privatización, junto con la seguridad e incluso las cárceles⁶⁴... Y si eso ocurre con los derechos de la segunda generación, los de la primera no lo están pasando mejor: bajo la enseña del 11 de

⁶³ P. Flores D'Arcais, *Izquierda y legalidad*, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia*. Información y debate, n° 19, 1993, pág. 28.

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

septiembre convertido en siniestra fuente de *derecho*⁶⁵, se ha impuesto un consenso universal dirigido a colocar las garantías bajo sospecha y a *enfriar* su vigencia hasta nuevo orden. La inmigración⁶⁶ y el narcotráfico, y el terrorismo, tratados en algunos discursos como amenazas equiparables, son una buena coartada para la restauración de las políticas y las legislaciones de emergencia.

Y ¿qué decir de la escena internacional, precisamente ahora? En el momento de redactar estas páginas, la imagen del *pistolero* de Washington, en el centro de la plaza de la “aldea global”, disparando compulsivamente su *colt* contra quien ha decidido que es *el enemigo*, resulta mucho más expresiva que un millón de palabras. Como lo es en materia de trato a las personas el horroroso espectáculo de los enjaulados de Guantánamo, que convencería a Beccaría⁶⁷ y a Pietro Verri⁶⁸ de la necesidad actual de reescribir sus libros. Y a Voltaire de que, como en otro tiempo la iglesia, hoy *el imperio* ha cambiado “los principios [de los *Padres Fundadores*] por perros de caza”⁶⁹.

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

De otra parte, en ese mismo plano extraestatal prolifera una nueva categoría de sujetos *legibus solutus* realmente inasequible a cualquier acción preventiva o represiva de procedencia estatal⁷⁰, a pesar de que sus actuaciones puedan ser masivamente homicidas

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

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

⁶⁷ *De los delitos y de las penas*, cit.

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

⁶⁹ *Prix de la justice*, art. VIII, págs. 547-547, cit por L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª ed. 2001, pág. 649.

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

(Bophal enseña)⁷¹. Como lo han sido –al menos por dolo eventual- las políticas de ajuste duro del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional⁷², que supuestamente tendrían por fin diseñar un futuro de humanidad para los países afectados por ellas. Es, pues, evidente, que el Estatuto de Roma y el Tribunal Penal Internacional no sólo llegan tarde, sino que se quedan todavía demasiado cortos, en vista de que la capacidad de tales agentes económicos transnacionales para incidir, gravísimamente y a gran escala, sobre los derechos de toda índole, incluidos los de tercera generación es, puede decirse sin exagerar, virtual e incluso prácticamente ilimitada, y suele darse sin consecuencias para los responsables. Esto, ya sólo con sus actuaciones *regulares*. Pero es que, además, la deslocalización y *ubicuidad* con que actúan induce un grado de desregulación a sus prácticas capaz de banalizar no sólo las fronteras interestatales sino también las, a veces, ciertamente, sutiles, que existen entre la economía legal y la propiamente criminal⁷³.

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

⁷¹ Me he ocupado de este asunto en *Intereses sin fronteras: ¿qué hacer por los derechos?*, en Revista Internacional de Filosofía Política, n° 15, julio 2000, págs. 61 y ss. Y también en *La insostenible situación de los derechos: estado de derecho y estado de cosas*, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, vol. I, págs. 432 y ss.

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

⁷³ Cfr. M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura, 3 Fin de milenio*, trad. C. Martínez Gimeno, Alianza Editorial, Madrid, 1997, págs. 228 y ss.

⁷⁴ Tomo la expresión del título de la obra de N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal”⁷⁵.

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

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

La cultura jurídica democrática tiene ante sí una gran responsabilidad en la materia, que consiste en desarrollar y profundizar con coherencia ese modelo, para incidir con nuevos mecanismos de garantía allí donde todavía no existen o donde los existentes se han mostrado ineficaces o insuficientes⁷⁸. En esta línea es necesario –una vez más, tiene razón Ferrajoli– poner a punto un nuevo constitucionalismo a la altura “[d]el desafío que se plantea a la democracia [que] es el generado, por un lado, por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los estados y, por el otro, por el neoabsolutismo de los grandes

⁷⁵ L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pág. 362.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 370. Como ha escrito A. Valcárcel, “ningún multiculturalismo sin una tabla de mínimos, ninguna diferencia que no respete los derechos individuales” (en *Ética para un mundo global*, Temas de hoy, Madrid, 2002, págs. 47-48). Un punto de referencia ineludible en esta materia son las consideraciones críticas de A. Sen sobre los “valores asiáticos”, su más que dudosa caracterización y su particular utilización, precisamente, por poderes no democráticos frente a la afirmación de los derechos fundamentales capaces de poner en dificultades a sus políticas autoritarias. Es significativo que el autor no haya sido capaz de encontrar “ninguna prueba de la tesis de una gran dicotomía”. Por lo demás, dice, “las ideas contemporáneas de libertad y de derechos personales y políticos han asumido su forma actual hace bastante poco tiempo y es difícil considerarlo un empeño ‘tradicional’ de las culturas occidentales” (*Diritti umani e valori asiatici*, en A. Massarenti (ed.), *Laicismo indiano*, Feltrinelli, Milano, 1998, pág. 165).

⁷⁷ Cit. por L. Bimbi, en L. Bimbi (ed.), *Not in my name. Guerra e Diritto*, de varios autores, Editori Riuniti, Roma, 2003, pág. 8. (Trad. española, *No en nuestro nombre. Guerra y derecho*, Trotta, Madrid, 2003).

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

podere económicos y financieros transnacionales, y por la crisis de las propias constituciones estatales como ‘estructuras constitutivas de la soberanía’⁷⁹.

El desafío es importante y reclama de las gentes del derecho con sensibilidad democrática, no sólo conciencia despierta de los problemas sino conciencia autocrítica de las actuales limitaciones de la propia cultura, heredada del viejo positivismo ideológico. Estas son consecuentes a un estado de la ciencia jurídica dominante presidido por la fragmentación disciplinaria del saber, que ha producido de forma masiva un curioso tipo de *hombre de leyes*: el jurista positivo *de derecho interno*, objetivamente predispuesto por razón de (de)formación a la apología de todo lo existente como supuesta expresión de un ideal jurídico-racional trascendente⁸⁰, y a desentenderse, como jurista, de todo lo que pudiera ocurrir fuera de las propias fronteras.

Esto es particularmente cierto en el caso del juez convencional, no en vano hijo y heredero de ese modelo que tiene en Bonaparte a su *diseñador*. De ahí que resulte especialmente urgente que la necesaria transformación de la cultura jurídica⁸¹ en la clave

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 373. A veces, particularmente en medios políticos de carácter oficial, se hacen referencias al proceso de integración europea y al desarrollo de la Unión como exponentes de una dinámica de consolidación institucional y fundación constitucional supuestamente orientada en el sentido de la propuesta a que acaba de aludirse. Pero el planteamiento es más propagandístico, es decir, ideológico, que descriptivo. En efecto, el *déficit democrático* de la Unión es bien patente. Como se sabe, el Parlamento es la única instancia en cuya configuración las ciudadanías participan directamente a través del sufragio, pero sus competencias son esencialmente consultivas. El poder realmente existente en ese ámbito lo ejercen el Consejo de Ministros y la Comisión, que representan a los gobiernos de los estados miembros. Y, como bien señala Estévez Araujo, son órganos que en su dinámica de funcionamiento son mucho más permeables a la influencia de los *lobbies*, es decir, de los grupos de intereses organizados, que a la de los agentes sociales. De ahí que lo correcto sea concluir como él lo hace: “Además de ser sustancialmente no democrática en su funcionamiento, la Unión Europea ha sido también el fruto de un proceso de integración elitista y autoritario del que los ciudadanos de a pie han quedado prácticamente excluidos”. (J. A. Estévez Araujo, *Cesiones de soberanía: la OTAN, la Unión Europea y la Organización Mundial del Comercio*, en J. R. Capella (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 187-188). Hay que decir, no obstante, que en este contexto la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E. (Niza, 7 de diciembre de 2000) ha introducido, al menos en línea de principio, un cambio de inflexión que no debe ser infravalorado. Siquiera por dos razones: una es que contiene un estimable catálogo de derechos, con un inventario muy completo de los de la última generación. Y la otra que –no obstante la debilidad actual de su *status* normativo, se presenta como un paso hacia el establecimiento de la garantía de tales derechos, precisamente, en el plano espacial y político al que han ido desplazándose de forma progresiva los centros de decisión aludidos, que mediante ese desplazamiento han quedado fuera del alcance de los dispositivos de garantía de carácter interno.

⁸⁰ Acerca de este asunto, en la perspectiva de la formación convencional de los jueces y sobre la necesidad de una profunda transformación en la materia, puede verse B. De Sousa Santos, *Que formação para os magistrados nos dias de hoje?*, en Revista do Ministério Público, n° 82/abril-junio d 2000, págs. 7 y ss.

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

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

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

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

⁸² H. Kelsen, *La paz por medio del derecho*, trad. de L. Echávarri, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 54. (Reedición a cargo de C. García Pascual y M. La Torre, por Trotta, Madrid, 2003).

⁸³ Tomo la expresión de L. Ferrajoli, en *Per una sfera pubblica del mondo*, en *Teoría Política*, n° 3/2000, págs. 3 y ss.

⁸⁴ H. Kelsen, op. cit., pág. 53.