



---

# LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL

*José Antonio ALONSO*

**U**n tema tan complejo como el propuesto sólo puede ser abordado con una aproximación de conjunto, únicamente posible a través de fragmentos. Asistimos, en España y en los países de nuestro entorno, a la emergencia de lo judicial en su sentido más amplio y por ello en el menos preciso. Me gustaría tratar de algunas de las más significadas cuestiones relativas al llamado sistema judicial, sin complejos pero también sin voluntad de agotar lo que, caracterizado precisamente por su gran capacidad de cambio, es inagotable. Desde la ideología progresista, lo judicial debe ser contemplado en relación al entorno geográfico, histórico y político en que se produce. Deber ser contextualizado. Ya se encargan otras opciones de simbolizarlo y con ello de manipularlo convenientemente.

Aunque nos faltan perspectivas indispensables, percibimos la existencia de un fuerte proceso de cambio histórico, de un nivel inimaginable, salvo en la especificación espacial: afecta a todo el planeta, en movimientos tectónicos incontrolados. La

denominación usual del fenómeno —globalización— apenas da cuenta de la magnitud y aristas del mismo. Como no podía ser de otro modo, lo judicial queda afectado, a veces de un modo claro, en ocasiones más sutilmente, por ese fenómeno. De una manera u otra, cuando lo judicial actúa, sea en el ámbito nacional o en el supranacional, es posible escuchar el ruido de fondo del gran enfrentamiento ideológico y político que se está produciendo en el planeta. Me gustaría tratar aquí lo que considero algunas de las manifestaciones más importantes de todo ello.

## Globalización y justicia

Con la caída del muro de Berlín simbolizamos el finiquito del gran factor de interpretación de las relaciones globales durante, al menos, medio siglo XX. El derrumbe de la oferta del llamado socialismo real y la emergencia imparable de las pautas de intervención neoliberales, liquidaron definitivamente el *compromiso socialdemócrata* (el pacto capital-trabajo) y dieron comienzo a un proceso de reducción de la dimensión social del Estado; si se quiere, de despolitización y tecnificación del Estado. En consonancia lógica quedó potenciada la internacionalización de los mercados de capitales, de bienes y servicios y del trabajo, y se redujo la fuerza de los espacios políticos nacionales. Coexistimos con una permanente revolución de la información, aún sin perfiles claros, sin horizontes específicos, pero con una ya perceptible capacidad de cuestionar las relaciones humanas y sociales presentes hasta ahora mediante la creación de dimensiones de espacio y tiempo propias y nuevas, y una gran capacidad para auxiliar —a menudo decisivamente— al proceso de mundialización económica, determinando la falta de control institucional sobre el mismo. Desde mi punto de vista, los sistemas o subsistemas judiciales democráticos nacieron y se han desarrollado fundamentalmente en las coordenadas del Estado-nación, para atender las necesidades propias de las sociedades así constituidas y con la capacidad de actuar en escalas de tiempo *normales* (y ciertamente ya con serios problemas de eficacia en esas referencias temporales). Es decir, justo en las coordenadas del mundo que se va. Este ha de ser el primero de los puntos de inquietud a la hora de acercarse a lo judicial.

Por lo demás, lo judicial, tal y como lo conocemos, tiene sus fuentes teóricas en un conjunto de convicciones propias del racionalismo democrático. Me referiré después a ellas, pero quiero indicar ya que para las posiciones ideológicas y políticas progresistas es indispensable mantener y aun profundizar esas

convicciones y hacerlas compatibles con el proceso de globalización. Precisamente, el gran problema de todo ese poder económico y de la información que está actuando a nivel mundial es su descontrol. La generación de desigualdad, y por ello de inestabilidad social, y los peligros para el medio ambiente aumentan exponencialmente, en directa correspondencia a nuestra incapacidad para frenar ese descontrol. ¿Podremos generar espacios de poder público-institucional capaces de introducir racionalidad en la gestión de ese poder mundializado? ¿Qué puede tener que ver en ello la parte de poder público-institucional que definimos como sistema judicial?

Creo que hay que estar de acuerdo con los que señalan que la globalización se inventa para el mercado, no para el derecho, y menos para el derecho público internacional, cuya debilidad se extrema en los procesos de mundialización, justamente porque el derecho público, construido con reglas rígidas, está ligado a la existencia del Estado y concentrado en éste, mientras que su alternativa, el derecho económico internacional *circula* con regulaciones abiertas, flexibles, adaptables en cualquier caso, y al margen del Estado. En este sentido, al derecho económico internacional le importan poco los gobiernos y las formalizaciones ideológicas, siempre que se respeten (y no queda más alternativa que hacerlo) las regulaciones básicas del *libre comercio*. Además, se diría que el sistema democrático no ha sabido reforzar (quizá reformular) su aparato institucional, para adaptarlo a los tiempos. En tal sentido pudiera hablarse de cierta generación interna de crisis institucional que se traduce en pérdida objetiva de credibilidad y coloca al sistema *como tal* en una situación poco provechosa para hacer frente a los retos de la mundialización. Me preocupa, en particular, la pérdida de vigencia de la institución parlamentaria.

No se trata de examinar aquí la pérdida de peso del poder parlamentario, en su doble consideración de hacedor de leyes y de controlador de la acción del ejecutivo, pero sí puede indicarse que tal tendencia se profundiza cuando, como ocurre, el terreno de juego político es ensanchado a magnitudes tan enormes como las consideradas. El ejecutivo se alza frente al parlamento porque resulta más conveniente su versatilidad para hacer frente a los retos de la globalización desde el punto de vista de la eficacia genérica de respuesta, de la capacidad para moverse espacialmente y desde el más concreto plano del *tiempo*: cuando los hechos relevantes políticamente se mueven en tiempo real, no parece que los parlamentos clásicos, nacionales o supranacionales, puedan tener una gran capacidad objetiva en cuanto a la réplica. El derecho, en su faceta de legalidad del

poder público, entra en las mismas coordenadas críticas que su fuente subjetiva de producción (el parlamento). Por lo tanto, creo que existe un doble principio de reducción de la capacidad legislativa, consecuente a la crisis del Estado-nación, y de desplazamiento de la soberanía para legislar. Reducción del derecho y modificación de sus fuentes subjetivas y, por tanto, modificación de la misma forma de las normas. La pérdida de sustancia normativa, en los sentidos indicados, es especialmente terrible cuando contemplamos el comercio internacional: bajo la aparente disculpa de la autonomía de la iniciativa privada, se ha producido una completa desregulación, demoleadora para los países periféricos.

De lo antedicho se deduce una discriminación que afecta, al menos, al monolitismo simbólico con que hasta ahora nos habíamos representado el sistema judicial. El proceso de mundialización, la crisis del derecho del Estado y la desregulación —desnormatización— de las relaciones sociales sujetas a esa mundialización, van a crear dos paradigmas de lo judicial. El sistema judicial público-institucional está entrando en la misma dimensión crítica que el derecho del Estado y por las mismas razones. Paralelamente, se produce una relegitimación de la justicia *privada*, del no-juez, del árbitro de los conflictos económico-financieros y comerciales de gran magnitud, extraídos de la posibilidad de ser manejados por el poder público. El juez público, aun el más tibio desde el punto de vista del compromiso, es heredero del racionalismo democrático e incorpora la pluralidad de valores contenidos en las declaraciones de derechos humanos y en las constituciones democráticas, cuya aplicación constituye su profesión. Ese aparato fuertemente normativo le convierte en poco conveniente para los intereses del nuevo orden, que necesita un sistema judicial exclusivamente tecnificado y «despolitizado». Tal sistema judicial lo va a reclutar de entre las filas del neocorporativismo judicial si consigue domar definitivamente al Estado. En otro caso, la recluta se producirá *desjudicializando* los conflictos, esto es, sometiendo su resolución a jueces *ad hoc* no pertenecientes a los cuerpos o carreras judiciales como ahora los conocemos. En cualquier caso, la pregunta respecto de quién tiene el poder judicial tendrá respuestas alejadas de lo que la democracia ha consolidado constitucionalmente. No será ese sujeto independiente, imparcial y sometido exclusivamente a la ley y al derecho. ¿Son inevitables esas conclusiones?

La cuestión recurrente es, entonces, si hay o no capacidad política, en el sentido más generoso de la palabra, para hacer frente al poder del mercado global, mediante la generación de

espacios institucionales públicos de respuesta. Para enfrentarse a la economía desde la política es preciso crear normatividad. Se ponen de relieve, en tal caso, una serie de referencias jurídicas, de entre las cuales destacaré dos. Tienen que ver con la posibilidad de globalizar —también— los derechos humanos y con el proceso de construcción de un poder político, institucional y ciudadano en Europa.

### **La internacionalización de la justicia penal**

A partir de la detención y confinamiento del general Pinochet en Inglaterra hemos empezado a ser conscientes de que los procesos de cambio histórico que dan cuenta del nuevo reparto de poder en el mundo afectan también al conjunto de la justicia. Sólo en un escenario internacional caracterizado por la desaparición de los dos polos de enfrentamiento propios de la posguerra mundial, en favor de la constitución de una única posición dominante, la occidental, es posible explicarse el desinterés de los países centrales de Occidente, con EE.UU. a la cabeza, en mantener aliados en zonas privadas de cada vez más valor estratégico. Como, por ejemplo, el Cono Sur americano. Los dictadores suramericanos y sus herederos ideológicos y políticos han quedado privados, de tal suerte, del apoyo sistémico e institucional que habían recibido en contraprestación a su papel de garantes contra el comunismo. En segundo extremo, no hay que omitir el interés objetivo que tiene el complejo neoliberal en aparentar que la mundialización económica va a ir seguida por la extensión global de los derechos humanos sin necesidad de crear estructuras institucionales fuertes para ello. En todo caso, la coyuntura actual va a reordenar, dándoles una mayor penetración, los principios sobre los que se venía propugnando la justicia universal.

La historia de la lucha por una justicia universal para la tutela de los derechos humanos se ha desenvuelto a través del cuestionamiento progresivo del principio de soberanía, que había sido el motor característico del modo en que los Estados se conducían en la escena internacional, y con el abandono progresivo del principio según el cual una hipotética responsabilidad por crímenes internacionales contra la humanidad sólo podría serle exigida (de nuevo, en hipótesis) al Estado, no a los sujetos individuales que los hubieran cometido. Con ello quedaba vedada la posibilidad de castigar realmente tales crímenes. Por tanto, es importante tener en cuenta el paso de la responsabilidad hipotética y abstracta del ente a la responsabilidad de la persona física.

El problema subsiguiente consiste en la falta de traducción normativa precisa de tales cambios. No existen, por ahora, mecanismos permanentes, seguros e incontestables, en el ámbito específicamente internacional, para exigir responsabilidad a los autores de delitos de tal naturaleza. Los tribunales penales internacionales se crean *ad hoc* y dependiendo de coyunturas más o menos afortunadas. La falta de tales espacios procesales en la comunidad internacional, en sí misma considerada, está provocando la expansión de determinadas jurisdicciones nacionales en busca de respuestas decentes. Los casos de Chile y Argentina, fundamentalmente trabajados en la jurisdicción española, han acabado por constituir paradigmas de tal estado de cosas. Además, presentan un interés irresistible, por la posibilidad de que alcancen objetivos reales desde el punto de vista del sistema penal. Más allá del testimonialismo, las órdenes internacionales de detención contra los supuestos autores producen al menos el efecto de confinarles a sus países. En circunstancias afortunadas —el asunto Pinochet es la muestra— puede llegarse a una efectiva detención y eventualmente al enjuiciamiento. En todo caso, se produce una presión notable sobre los países de la comunidad internacional, quedando cada vez más clara la necesidad de una regulación penal fuerte para el amparo judicial de los derechos humanos.

La argumentación técnica requerida para sostener la competencia de la jurisdicción española en los casos citados tiene como telón de fondo los principios antes referidos. Es importante dotarla de rigor y no sólo por una cuestión de prestigio. Hay que demostrar que un Estado democrático, España en este caso, puede garantizar un espacio de seguridad jurídica con un alto nivel de protección de los derechos. La plasmación definitiva del racionalismo democrático, en la medida en que puede perseguir eficazmente los crímenes internacionales contra la humanidad sin merma de los derechos que proclama defender. En los casos referidos, la Ley Orgánica del Poder Judicial (art.23.4) sostiene la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles *o extranjeros, fuera del territorio nacional*, que constituyan delitos de genocidio y/o terrorismo. Hay que aclarar al respecto que España y sus jueces actúan como miembros de la comunidad internacional, obligados por ello a la tutela de los derechos humanos con independencia del lugar en que esos delitos hayan sido conculcados. Es decir, la competencia se la autoatribuye España, como consecuencia de los compromisos adquiridos en los Convenios internacionales, no para la protección exclusiva de sus intereses como Estado sino para la protección de los intereses calificados por el derecho internacional como propios de la humanidad y de su estatuto de valores fundamentales.

Desde el punto de vista material, poca duda existe de que los hechos cometidos por los responsables de las dictaduras chilena y argentina constituyen genocidio y terrorismo. Con la legislación internacional (Convenio contra el crimen de genocidio de 1948 y Convención contra la tortura de 1984) y nacional española en la mano puede y por tanto debe sostenerse la actuación de la justicia española. El delito de terrorismo se caracteriza por la presencia de una organización armada, que ejecuta los delitos más graves contra la vida, integridad física y libertad de las personas, con la finalidad de subvertir el orden constitucional legítimo, datos todos que concurrieron en la actividad de los ejércitos golpistas de los países citados. El delito de genocidio consiste en matar, agredir sexualmente, lesionar o desplazar forzosamente a las personas con el propósito de destruir el grupo étnico, racial, religioso o nacional al que pertenecen. Entiendo que dentro de la categoría grupo nacional se comprenden los colectivos de nacionales de un país unidos por convicciones políticas determinadas. Por lo demás, la misma ley española confiere competencia a los jueces españoles para perseguir los delitos que según las leyes internacionales deban ser perseguidos en España, caso de la tortura, al tenor de la Convención en la materia.

Por lo tanto, desde España pueden ser investigados, enjuiciados y sancionados los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos en los espacios nacionales ajenos, en las condiciones señaladas. Pero, siguiendo la lógica de construcción de esferas institucionales en el ámbito internacional, fuertes e independientes de conyunturas más o menos circunstanciales, la propia comunidad internacional debe constituir una Corte Internacional de Justicia permanente. Lo exige el discurso globalizador mismo, la seguridad jurídica internacional y el principio de eficacia en el sentido fuerte: no es lo mismo perseguir a los criminales contra la humanidad desde un país, por central que fuere, que lo sería hacerlo desde la legitimación y con el poder del conjunto de la comunidad internacional.

## **El Tribunal Internacional de Justicia**

La Asamblea general de la ONU de diciembre de 1995 estableció un Comité preparatorio para la creación de una Corte Penal Internacional. Los trabajos culminaron en 1998, en la conferencia diplomática celebrada en Italia con tal finalidad. El 17 de julio de 1998 se aprobó en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que entrará en vigor cuando lo hayan ratificado al menos 60 países. Se trata de un eslabón fundamental para conseguir la mundialización de los derechos humanos.

El Estatuto puede resultar un buen texto normativo. Razonable, en la medida en que se hace cargo, desde la realidad, de las cuestiones a que puede dar lugar la investigación y el enjuiciamiento de los graves crímenes para cuya represión se crea. Como no podía ser de otro modo, el Estatuto y la Corte que lo regula descansan en un principio de colaboración por parte de los Estados, que siguen siendo los referentes de ayuda inevitables para la consecución de las finalidades que se pretenden. La Corte carece de fuerza por sí misma. Para la detención de los presuntos criminales, para la obtención de pruebas y para la ejecución de las penas se precisa el auxilio y la colaboración de los Estados. Sin embargo, desde otro punto de vista conviene dejar claro que el Estatuto se pronuncia expresamente en contra de cualquier justificación de los crímenes que pudiera basarse en la actuación dentro del Estado, de modo que la responsabilidad se exigirá a título individual, a las personas físicas que puedan resultar autoras de los delitos, sin que se admita la dilusión de tal responsabilidad mediante la huida al estatismo. De igual modo, no se asumen justificaciones clásicas como la posesión de cargo oficial o la obediencia debida a los superiores, aunque en este último caso la imprecisión técnica del Estatuto pueda abrir la puerta a coberturas inasumibles desde la lógica de la tutela real de los derechos humanos. En efecto, uno de los preceptos (art. 33) plantea la exención de responsabilidad para el que actúa bajo las órdenes del gobierno o de un superior «obligado por ley». Ocurre que en las estructuras represoras relevantes a los fines de la Corte todo el mundo actúa en esa condición legal de obligado. La Corte corregirá, sin duda, cualquier uso espúreo de esa puerta legal, en el curso de la aplicación del mismo Estatuto y de la legislación de apoyo.

La segunda de las características vertebrales de la Corte consiste en su dimensión complementaria de las jurisdicciones nacionales: actuará cuando éstas no quieran o no puedan juzgar de un modo justo. Por lo demás, la Corte es permanente, a diferencia de los tribunales creados *ad hoc* para el enjuiciamiento de casos ocurridos en conflictos puntuales. Sin permanencia, la Corte no adquiriría jamás legitimación ni poder real.

La Corte tendrá competencia para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. El Estatuto contiene las características básicas de tales delitos, con lo que se constituye (también) en ley penal material, definidora de tipos, aunque se remite a una elaboración legal posterior que precise los elementos de los delitos que regula. En todo caso, los declara imprescriptibles. Como complemento lógico, la Corte conocerá también de los delitos contra la administración de justicia, es decir, aquellos que se co-

meten para impedir (por ejemplo, mediante violencia o intimidación a testigos o mediante sobornos a funcionarios) la actuación de la propia Corte.

El Estatuto contiene además las reglas fundamentales del proceso. Hay que decir que recoge los principios clave de la jurisdicción democrática. Contiene referencias explícitas a la presunción de inocencia, al principio de legalidad, a la irretroactividad de lo desfavorable, al derecho al recurso. Y configura una estructura de justicia que asegura convenientemente la independencia de los magistrados y la imparcialidad de la investigación y enjuiciamiento.

La investigación se estructura sobre el binomio Fiscal-Sala de Cuestiones Previa. La idea es que el Fiscal sea el investigador y titular de la acción penal y la Sala de CP se constituya en órgano de control de aquél. El enjuiciamiento tiene, como es lógico, una doble instancia, articulada en dos Salas (una de Primera instancia y otra de apelación). En lo que respecta al nombramiento de los jueces y de los fiscales que ocuparán los espacios reseñados, he de decir que la iniciativa y los filtros de nombramiento, así como el estatus que se les procura, garantizan adecuadamente su independencia de criterio. La elección de esos cargos recae en la Asamblea de los Estados miembros, por mayorías agravadas y después de un proceso de selección en el que se priman una serie de aspectos objetivos, como la experiencia profesional, la formación en determinados sistemas jurídicos o el conocimiento de ciertos idiomas. El presidente de la Corte es elegido por sus pares. Veremos cómo se proyecten en la práctica tales previsiones, pero en principio hay que tener una confianza razonable en los aspectos relativos a la Corte considerada en sí misma. Pero insisto en que sin la colaboración de los Estados el Tribunal tendría una presencia poco más que virtual. La colaboración debe empezar por la firma y ratificación del Estatuto. El cumplimiento del Estatuto por la comunidad internacional dependerá, en la mayor medida, de la actuación de los países centrales. España se encuentra entre ellos y por su posición estratégica y cultural (su pertenencia a Europa y el potencial de relación con los países de América central y del sur) tiene un papel relevante que cumplir desde todos los puntos de vista.

## **La Unión Europea**

La construcción de la Unión Europea es interesante precisamente porque se está haciendo al mismo tiempo que la llamada globalización. Creo que por ello la Unión Europea (por ahora

un proceso, más que nada) está adquiriendo la categoría de paradigma de confrontación al paradigma de la globalización. Todos los que piensan en clave progresista se preguntan, de un modo u otro, si los europeos serán capaces de construir un poder público supranacional eficaz y democrático, lo bastante poderoso en términos orgánicos y normativos como para mantener y profundizar las conquistas vinculadas al ejercicio socialdemócrata del poder.

Hablar de la Unión Europea desde puntos de vista jurídicos no es sencillo. No únicamente por la propia complejidad del derecho comunitario, de sus fuentes e instituciones. También y sobre todo porque la fase de construcción política de la Unión Europea precede lógicamente a su traducción jurídico-normativa. Esta resulta cambiante y doblemente complicada, justamente por la falta de reposo de las decisiones políticas, aún en proceso en sus significados más esenciales. El llamado tercer pilar del orden europeo, más precisamente la parte del mismo que tiene que ver con el área de justicia, es una buena muestra de ello.

El referente normativo es, como se sabe, el Tratado de Amsterdam de 1997, por el que se modificaron el Tratado de la Unión Europea (Maastricht) y los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas. Después de Amsterdam, la Unión Europea quedó un poco más consolidada. Insuficientemente, pero más hecha.

Por lo pronto, se produjo un claro trasvase al pilar comunitario (al Tratado de la CE) de las cuestiones relativas a los visados, inmigración, asilo, fronteras y cooperación judicial en materia civil. Es decir, de las cuestiones que tienen que ver con la libertad de circulación de personas y con las libertades de mercado. Estas últimas constituyen el eje central de lo hecho en Europa, pero las primeras, las que se refieren a seres humanos, remiten al conjunto ético-normativo con el que Europa quiere caracterizarse: los derechos humanos. Puede decirse que todo el paquete que tiene que ver con la extranjería se acomoda a la lógica del capital más que a la lógica de los derechos humanos. Hay que leer detenidamente el Título IV del Tratado de la CE y examinar la actividad normativa y ejecutiva desplegada a partir del mismo para acreditar puntualmente esa apreciación. Pero está claro que la tendencia política y legislativa camina en favor del control de acceso al espacio geográfico de la CE de toda persona que no pueda contribuir objetivamente, mediante la aportación de capital y/o de trabajo, al mantenimiento de los niveles relativos de riqueza que hay en la CE. No se trata de una apreciación exclusivamente ideológica, sino deducida racional-

mente de los preceptos que el Tratado dedica al tema y de la *praxis* consecuente de la Comunidad y de los Estados que la conforman.

Al contrario que las cuestiones referidas, el sistema penal, lo que define realmente la soberanía de los Estados, no ha sido objeto de comunitarización. Continúa existiendo en el marco de la cooperación entre gobiernos o Estados y con características impropias de una auténtica realidad política, institucional y ciudadana. Antes de nada se debe indicar que el derecho de la UE entiende por cuestiones penales el cúmulo de acciones policiales y judiciales encaminadas a garantizar un «espacio de libertad, seguridad y justicia» mediante la represión de la delincuencia, sobre todo la organizada, relativa a los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, delitos contra los niños, y delitos de corrupción y fraude.

Puede decirse, en primer lugar, que el sistema decisorio en las cuestiones penales descansa en los Estados (gobiernos), no en las instituciones de la UE considerada como tal. Por lo tanto, el poder decisorio lo tiene el Consejo. La Comisión Europea y el Parlamento son asociados, de una manera periférica o al menos en absoluto decisiva, al funcionamiento y a los procesos de toma de decisiones. Aun descansando en el nivel intergubernamental o no comunitario, se descarta expresamente la eficacia directa de las decisiones y decisiones marco. El régimen decisorio sigue siendo, como regla, el de la unanimidad. Ciertamente que el mismo Tratado prevee una posibilidad de realizar un cierto mayor grado de integración mediante la llamada cooperación reforzada (título VII de la versión consolidada del Tratado) pero en la residual calidad de *último recurso*, dentro de sectores determinados y respetando la posición de los Estados que no quieran cooperar. Con todo lo señalado, la respuesta a las grandes preguntas (quién tiene el poder, cómo, sobre qué y quiénes se ejerce) obliga a una conclusión decepcionante en punto a la profundización en la UE como el gran espacio político de respuesta a la globalización.

Desde la perspectiva del incipiente sistema judicial europeo (de la UE, quiero decir) el Tribunal de Justicia quedó muy ligeramente reforzado. Las competencias concretas del Tribunal en el área o pilar de justicia e interior tienen que ver básicamente con dos cuestiones: la competencia prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones, convenios y medidas de aplicación tomados con fundamento en este pilar, y el control de legalidad de determinadas decisiones y litigios entre Estados o entre éstos y la Comisión Europea. Pero el Tratado excluye ex-

presamente la posibilidad de que el Tribunal controle «la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior». Es decir, en las cuestiones policiales, competencia de los Estados miembros (todas, en realidad) el Tribunal no tiene nada que decir o hacer. Junto al escaso nivel de integración comunitaria desde el plano institucional, el derecho de la UE relativo a Justicia e Interior, basado sobre la cooperación intergubernamental, contiene un claro deslizamiento al espacio policial y una clara difuminación del (virtual) espacio judicial. En efecto, se puede cooperar *realmente* en las materias atribuidas a las policías y a Europol, tanto desde el punto de vista operativo como desde el investigador y de la información. Pero la cuestión judicial, se maneja desde lo nacional o desde lo supranacional, queda relegada a una serie de posiciones de principio que tienen que ver más que con lo judicial en sentido estricto, con la política legislativa en materia judicial (ver art. 31 del TUE).

En conclusión, puede decirse que el sistema actual de justicia penal de la UE no se rige por la lógica de la integración comunitaria sino por la intergubernamental, lo que resulta decepcionante desde las posiciones políticas de principio en las que he insistido. Junto a ello, está clara la emergencia de cierta capacidad policial europea, pero sin contrapartida alguna en el plano judicial. Una Europa constituida para los ciudadanos y por ello para sus derechos y libertades, no puede dejar de dotarse de un sistema judicial propio que garantice un espacio de tutela real de los mismos sin grave detrimento de su credibilidad a medio plazo.

Desde luego, el gran objetivo ideal sería la elaboración de una auténtica Constitución europea, que creara una dimensión dogmática relativa a los derechos y libertades fundamentales de los europeos y una parte orgánica que diese la solidez necesaria, al máximo e indisponible nivel, a las instituciones europeas. El desarrollo de una Constitución de tal naturaleza dotaría a la UE del esquema judicial preciso, entre otros objetivos. Pero ello no parece posible en las actuales circunstancias. De todas formas, creo que la UE debería explorar la posibilidad de dotar de cierta capacidad legislativa directa —en el sentido convencional de la expresión— al Parlamento europeo en las materias penales antes referidas. Para ello sería necesaria una reforma constituyente que por ahora se antoja imposible. Sin embargo, con ello se conseguiría la deseable homogeneización de la legislación sobre esos delitos en todo el territorio de la UE, amén de dar al Parla-

mento la consistencia lógica que por ahora se echa en falta. Una legislación uniforme nos debería llevar a la aplicación jurisdiccional homogénea del derecho. La diferencia entre los sistemas penales de los diversos países de la UE no es, en modo alguno, insalvable (de hecho, se está produciendo cierta aproximación dogmática entre los más diferentes: Reino Unido-Continente). La conjunción definitiva se produciría mediante el desarrollo de la cláusula de tutela de los derechos humanos incorporada en el Tratado, a la que luego me referiré, y aprovechando la lógica del principio de subsidiariedad para el enjuiciamiento de los delitos comunitarios: supuesta una legislación penal europea, ésta sería aplicada por los tribunales nacionales o por los de la UE, siguiendo reglas de determinación de la competencia territorial ya conocidas, cuyo eje regulador hace depender la actuación de unos tribunales u otros de que el delito se haya cometido en un sólo país o en varios. En todo caso, se trataría de desarrollar una ingeniería legislativa y orgánica para la que los países de la UE y ella misma ya están preparados.

Cuando se escriben estas líneas (16 y 17 de octubre de 1999) se está celebrando en Finlandia el último Consejo Europeo, cuyo tema estrella es, según parece, el desarrollo del tercer pilar. El contexto queda mediatizado por las reiteradas victorias, en países centroeuropeos, de la extrema derecha. Según parece, los jefes de Estado y de gobierno están cargando las tintas en la lectura de Europa como fortaleza. Con el pretexto del peligro de aumento de la delincuencia por consecuencia de la inmigración, se está enfatizando la dimensión policial del problema en detrimento de las garantías jurídicas y de una visión social alternativa de la cuestión del flujo incesante de personas desde el Este y el Sur de la UE. Se trata de la parte negativa. En cambio, parece haberse aprobado el compromiso de exigir el levantamiento del secreto bancario y profesional para la lucha contra la delincuencia organizada. También se quiere caminar en pro de la ejecutividad de las resoluciones judiciales de un país de la UE en los demás, incluida la eliminación de la extradición en caso de sentencia condenatoria y del establecimiento de un sistema común en materia de asilo. La creación de una academia europea de policía y del Eurojust han sido objeto de consideración. Habrá que esperar al desarrollo de todo esto para comprobar hacia dónde y con qué ritmos camina Europa.

### **El sistema judicial español. Algunas notas**

En el espacio nacional los problemas que plantea el sistema judicial resultan mejor identificables. Es lógico, ya que las coordinadas políticas convencionales de espacio y tiempo están

muy reposadas. Sin embargo, hay que resaltar una distinción que el conservadurismo trata de hacer desvanecer. Una cosa es la política judicial (el gobierno de los jueces y las cuestiones derivadas) y otra la jurisdicción (la potestad constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). Las reglas aplicables a una y otra y el desarrollo conceptual de ambas son, obviamente, distintos.

Dejaré al margen, entre otras, una cuestión capital, pero que entiendo alejada del contenido de este artículo. Se trata de la dimensión de la justicia como servicio público, y el fundamental problema del tiempo de las respuestas judiciales. El retardo, la ablación del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, produce algunos de los efectos más perturbadores para la coherencia de la prestación de justicia y para la confianza de los ciudadanos en las instituciones relacionadas con tal área.

### **El gobierno de los jueces**

Una de las conquistas de la transición democrática española fue, sin duda, la consecución de un auténtico Poder Judicial democrático. Con la Constitución quedó fijado un estatus homologable a los del resto de los países de nuestro entorno geopolítico. La propia Constitución dedica un Título específico (el VI) para tratar *del Poder Judicial*, cuyo desarrollo se hace a partir de una gran declaración de principio: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados (...) independientes, inamovibles, reponsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» que exclusivizan «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos». Es decir, todas las notas que caracterizan lo judicial democrático frente, en nuestro caso, a una situación muy distinta: el sistema judicial del (tardo)franquismo había dibujado un escenario en el que los jueces carecían de poder real, desde cualquier punto de vista. Existía lo judicial pero no el Poder Judicial. Junto con una justicia política, buena muestra de la cual era el Tribunal de Orden Público, donde se concentraba el núcleo duro de la judicatura específica y declaradamente franquista, coexistía una gran franja media de jueces y fiscales caracterizada por una severa atonía cultural (en lo jurídico, en lo político y en general) y despojada de competencias sustanciales para el enjuiciamiento de cualquier conflicto relevante, y un pequeño número de jueces confesadamente demócratas, capaces culturalmente y comprometidos con los valores de la democracia que, a la postre, tuvieron que asumir buena parte de la complicada tarea de empezar a traer otros aires a este mundo.

Desde esa situación y con esos mimbres se hubo de afrontar el desarrollo de las pautas constitucionales. Aceptada, a veces costosamente, por los jueces la transición democrática, en los años ochenta hubo de ser resuelta una cuestión clave, definitiva de una soterrada pelea dentro y fuera de la judicatura. La Constitución había establecido que la judicatura tuviese un gobierno, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que «estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá y por veinte miembros (...) De éstos doce [serán elegidos] *entre* Jueces y Magistrados...*en los términos que establezca la ley orgánica*, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado». En otras palabras, la Constitución obliga a que ocho de los vocales del CGPJ sean elegidos parlamentariamente, pero deja abierto a lo que decida la LOPJ en cuanto al modo de elección de los otros doce. Las sutiles balanzas del proceso constituyente dejaron en el aire, como se ve, la capital cuestión de *quién* tiene, en definitiva, el poder.

La otra cuestión esencial remite al contenido de ese poder. Se trata de fijar legalmente *en qué* consiste el poder de tal institución de gobierno judicial. Al respecto de esto último, hay que decir que el Consejo español tiene realmente poder, es decir, no se trata de una institución ornamental o decisora de cuestiones menores (administrativo-burocráticas). Ni mucho menos. El CGPJ nombra la cúpula judicial (su propio Presidente, los magistrados del Tribunal Supremo, el Presidente de la Audiencia Nacional, los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, los presidentes de las Audiencias Provinciales), algunos Magistrados del Tribunal Constitucional y tiene competencias exclusivas y/o fundamentales para todas las cuestiones decisivas relacionadas con la recluta originaria de los jueces, la formación y la inspección y régimen disciplinario de los mismos, amén de informar leyes decisivas. La importancia política, con mayúscula, de la institución es incuestionable. Por ende, el interés respecto del nombramiento de sus miembros es enorme.

En 1985 se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, después de debates parlamentarios y extraparlamentarios que definieron dos espacios ideológico-políticos extremos en punto a la cuestión del *quién*, mantenidos hasta hoy con idéntica tozudez. La LOPJ optó por el modelo parlamentario, con lo cual todos los miembros del CGPJ pasaban a ser elegidos por las cámaras, pero ello no eliminó, lógicamente, el interés en su eventual modificación. Los sectores mayoritarios corporativo-conservadores de la judicatura continúan abogando desde entonces por una reforma de la LOPJ que establezca la elección

de los 12 miembros del CGPJ por los propios jueces y magistrados, mediante elecciones internas. Aunque, desde un prisma teórico-constitucional, los dos sistemas se ajusten a la Constitución, desde mi punto de vista es incuestionable la superioridad democrática de la elección parlamentaria. El CGPJ es competente, según dije antes, para decidir cuestiones que afectan a millones de ciudadanos, de un modo u otro. Sería inconcebible que los ciudadanos no estuvieran total y adecuadamente representados en esa institución. La referencia de representatividad permite constituir el diálogo sociedad-Estado y la(s) intermediación (es) propias de la democracia entre una y otro. Si la mayoría o parte del CGPJ fuese elegida internamente, ello significaría que aquellas cuestiones capitales para los ciudadanos serían indirectamente decididas por un cuerpo de algo menos de cuatro mil personas, carentes —a estos efectos— de legitimación democrática de origen. Se trataría, en definitiva de una moderna forma de absolutismo...más o menos ilustrado.

El apoyo político a tal modelo se encuentra en la oferta electoral del Partido Popular y quizá en algún grupo nacionalista, si la coyuntura política lo favoreciese, aunque deberían tener en cuenta que nos hallamos ante una cuestión en absoluto coyuntural. De hecho, se trata de un tema de capital importancia. Dentro de la judicatura, el apoyo al modelo corporativo es claramente mayoritario, pero con pautas casi exclusivamente inerciales y emocionales. La racionalización estratégica respecto de la convenciencia del modelo corporativo se encuentra sólo en las cúpulas de algunas asociaciones judiciales y en algunos clanes de la judicatura. Pero apenas existe elaboración intelectual de cobertura de todo ello. Es importante hablar de esto último y no sólo por cuestión de prurito. Las reflexiones explícitas en apoyo del modelo corporativo están vagamente vinculadas con las doctrinas del elitismo político (Pareto, Mosca....) del siglo XIX y con la línea que las une, para justificarlas, con las crisis institucionales, sociales y políticas (la demoledora corrupción incluida) recurrentes en los países del sur de Europa en la última mitad del siglo XX. Pero más allá de convicciones emocionales sobre la superioridad ético-intelectual de los jueces para gobernar autónomamente parcelas significativas del poder del Estado, es preocupante el engarce *real* que esas extendidas convicciones tienen con el moderno funcionalismo teorizado por autores como Luhmann.

El eje central del racionalismo democrático consiste en una manera específica de creer en el hombre, dotado de un estatuto de derechos —humanos— irrenunciable, y en una depurada

forma de idear el reparto del poder mediante la participación de los ciudadanos, la representación de los mismos en las instituciones y el juego institucional de contrapesos de cuyas sutilezas da cuenta, en el mundo del derecho, el constitucionalismo democrático. El funcionalismo propugna una sociedad de estructuras (con, al margen o sin los hombres, tanto da) que descansa en criterios de diferenciación funcional en la sociedad considerada. Los espacios funcionales, subsistemas, trabajan autónomamente unos de otros, repartiéndose también autónomamente el poder. Para ello crean sus propios códigos de funcionamiento y comunicación con el exterior, códigos usualmente binarios. En su mayor parte, los persistentes mensajes relacionados con lo judicial remiten a una perversión inevitablemente funcionalista: la configuración de un subsistema judicial regido por códigos binarios donde el eje principal lo constituye el par *jueces/no jueces* y el reparto autónomo del poder. La elección corporativa del CGPJ constituiría uno de los cierres de círculo contra el racionalismo democrático. De ahí su peligro.

Precisamente para relegitimar la elección parlamentaria, se hace indispensable asumir como error una de las constantes del modelo parlamentario vigente. Todos saben que en realidad el Parlamento se limita a ratificar formalmente la decisión que se toma fuera del mismo por las cúpulas de los partidos políticos, que seleccionan a los vocales del CGPJ al margen por completo de las cámaras. Se trata de una de las manifestaciones más visibles de la llamada *partitocracia*, es decir del abandono por los partidos políticos de su función mediadora entre la sociedad y las instituciones, en favor de la ocupación de éstas últimas. El fenómeno ha suministrado buena parte de la munición que utilizan los partidarios del modelo corporativo. La otra parte de la munición tiene que ver con el denominado *cuotaje*, con el reparto de los veinte puestos de vocales en proporción a la representación que tiene cada grupo político. Es natural que, con los presupuestos ideológicos antes expuestos, los corporativos no entiendan que el llamado *cuotaje* es consecuencia normal de la representación que a cada proyecto político le han dado los ciudadanos con sus votos. En consecuencia, creo que desde el progresismo no hay nada que objetar al reparto representativo de los puestos de vocales del CGPJ.

Cuestión distinta es la exclusión práctica del Parlamento en los nombramientos. El sistema institucional democrático no puede resistir la demostración quinquenal de *partitocracia*. La deslegitimación inducida por tal modo de proceder es directamente proporcional a la fortaleza creciente de los mensajes

corporativos... y a la debilidad del propio CGPJ y de sus miembros, afectados por la presión del mundo judicial. Por lo tanto, hay que darle al Parlamento la iniciativa y el gobierno de la elección de los vocales. No se trata aquí de analizar la ingeniería parlamentaria, pero me atrevo a proponer al menos la secuencia y criterios básicos. La selección de los candidatos a vocales del CGPJ debe hacerse en comisión parlamentaria, que tase los méritos (y los apoyos políticos y sociales) de los presentados por los partidos y pueda rechazar por mayoría cualificada las candidaturas que no reúnan una mínima credibilidad. El paso siguiente sería la comparecencia en el pleno de los designados candidatos, con el fin de que expliquen su programa de gobierno del CGPJ, para el caso de que fuesen elegidos; se trata del elemento fundamental del proceso, desde mi punto de vista. Porque los diputados o senadores conocerían lo que pretende el candidato respecto de las grandes competencias del CGPJ, antes referidas, y tendrían que responsabilizarse de la elección, y porque el candidato asumiría un compromiso por el cual podría ser tasada su responsabilidad política, con el alcance que correspondiere. La elección en sí misma debe seguir obedeciendo a la mayoría de 3/5 actualmente vigente.

No ignoro que con ello no desaparecería totalmente el elemento partitocrático, pero se devolvería protagonismo al Parlamento, algo sin duda legitimante de esta institución y del mismo CGPJ y por ende de todo el sistema institucional. Se trata, al menos, de introducir factores de comportamiento político con los que resistir el mayoritario (en la judicatura y en los medios de comunicación y, me temo, en la Universidad y en la sociedad en general) discurso en favor del modo corporativo y de todo lo que significa.

## **La jurisdicción**

La Constitución española, en línea con otras de nuestro entorno geopolítico, dice que «la justicia emana del pueblo y se administra (...) por Jueces y Magistrados (...) independientes, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (...) (quienes) no ejercerán más funciones» (art.117 de la CE). De ese precepto y del resto del contenido constitucional que hace referencia al judicial y al resto de los poderes del Estado se extraen dos de las notas configuradoras, supuesta su vigencia real, del sistema judicial democrático. Posiblemente las dos notas más características. Me refiero a la independencia y a la imparcialidad, las pautas que sirven de

marco para engarzar al poder judicial en el entramado institucional típico de la democracia. Dentro del marco, el poder judicial queda perfilado por una clara y deseable atomización o reparto competencial (poder judicial muy repartido entre los jueces del mismo), por la pasividad genérica en el ejercicio del poder (sólo activado cuando los jueces son requeridos a resolver un conflicto) y por la concreción del mismo (proscripción de causas generales). En general, con ello queda definido el poder judicial de la democracia.

## Independencia judicial

Los sujetos encargados constitucionalmente de administrar justicia mediante la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos disponen, en todos los sistemas democráticos, de un estatus de independencia declarado de máximo nivel, como norma constitucional. Este valor supremo debe garantizar la ausencia de ataduras en el sentido general, en el que los jueces ofrecen neutralidad y en el particular del asunto concreto enjuiciado, donde el sujeto judicial oferta imparcialidad.

En punto a la independencia judicial interesa destacar aquí las dos muy distintas versiones que de tal valor coexisten, polarizando las ideologías judiciales, dentro del mundo judicial. Desde luego, entre una y otra encontramos una multiplicidad de aproximaciones moderadas a tal valor constitucional, pero está claro desde mi punto de vista que todas ellas se decantan o propenden en definitiva hacia uno de los dos polos, por lo que la descripción vale como factor de análisis de la realidad judicial.

Uno de los dos extremos discursivos acerca de la independencia la contempla como valor final patrimonializado por los jueces y destinado a garantizar el espacio de intereses de éstos. Coincide en destacar la independencia de los jueces respecto de los demás poderes del Estado y respecto del sistema político, pero tiende a ignorarla respecto de los poderes sociales. El discurso contrario vé la independencia como un valor instrumental, es decir, destinado a servir para la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, titulares de esos derechos y, por lo tanto, propietarios también del instrumento *independencia*. En este caso se tiene en cuenta que el valor es igualmente referible a los espacios sociales de poder económico, mediático o sectario. No es aventurado aludir a la extrema y aparente emocionalización de la primera de las tesis, llevada al punto de un fundamentalismo incuestionable, metafísico, acrítico y precisamente por ello peligroso (*somos independientes*, sería la voz de re-

bato). Peligroso en la medida en que el juez queda tendencialmente alejado del conjunto de valores del racionalismo democrático y del terreno institucional del Estado *en* el que sirve. El segundo de los polos trata de racionalizar el tema de la independencia mediante la pregunta ¿independientes de qué y de quiénes? y, a través de ella, mediante la remisión a los valores constitucionales que conforman la dogmática de la Constitución. Las dos diferentes posiciones se proyectan sobre todo en el campo de la política judicial. Todas las propuestas corporativo-conservadoras giran en torno a esa inteligencia y se dirigen objetivamente a debilitar el poder público-institucional. Para ello, presionan con su sentido de la independencia al resto del aparato institucional del Estado, del que a menudo parecen extrañarse.

En el ámbito de la jurisdicción, es decir, del trabajo específicamente profesional de los jueces, el enfrentamiento está matizado por una propiedad afortunada del sistema democrático en su conjunto: la extrema racionalización del espacio procesal y material de la jurisdicción consecuente a la vigencia del principio de legalidad, que somete a los jueces a la ley, hace muy difícil que el fundamentalismo tenga una seria repercusión. Pero va perfilando un *sutil estado de cosas* que decanta el poder judicial hacia posiciones en las que las respuestas a aquella pregunta no quedan demasiado claras. Debiera estar muy claro que los jueces no pueden ser independientes de los valores constitucionales ni de la lealtad debida a las instituciones del Estado y de la sociedad a la que sirven. Si repasamos los grandes procesos judiciales, podemos acreditar la vigencia de la distinción referida como factor de análisis y de interpretación de lo ocurrido en cada caso.

En España existen condiciones objetivas más que suficientes para que cualquier juez se actúe con independencia del poder político. No tengo la más mínima duda al respecto. Pero las opciones progresistas tienen que presionar legítimamente para que la independencia sea actuable también respecto de los ya citados espacios sociales de poder. El proceso de debilitamiento de esta parte del poder público, consiguiente a la opción corporativa, está en la misma lógica neoliberal que la que existe en una de las partes de la contienda ideológica y política de la globalización.

## **Justicia y política**

En los últimos años de nuestro país no ha habido dicotomía más celebrada ni más utilizada, manipuladoramente la mayor parte de las veces para fines diversos. La utilización proviene

tanto desde la judicatura como desde la política y los medios de comunicación, pero es modulada en función de los intereses de quien, en cada caso, se pone al frente del discurso.

Por lo pronto, la judicatura conservadora la utilizó y la utiliza para poner en el disparadero político, de un modo sistemático, al Consejo General del Poder Judicial: desde estos sectores se dice que el sistema de elección parlamentario-partitocrática mancilla a los miembros del CGPJ y los deja sujetos a la obediencia política hacia los partidos. En un salto irresponsable, se llega a sostener (con sordina normalmente, para no tirar piedras al propio tejado) que tal mácula se extiende a los cargos nombrados por el Consejo. Es decir, a toda la cúpula judicial. El mensaje es demoledor para las instituciones democráticas. Obedece a una estrategia no sorprendente en cuanto derivada del interés de esos sectores en cambiar el modelo de elección del CGPJ, para dar paso a la elección corporativa de la mayoría de los vocales, y asentada en los perfiles culturales e ideológicos destacados anteriormente al hablar del discurso conservador acerca del CGPJ.

Por lo demás, desde los sectores corporativo-conservadores de la justicia se insiste en confrontar el binomio justicia-política de una manera tan metafísica que han conseguido que ese par haya acabado por ser un lugar común, que no explica realidad alguna pero que sirve a finalidades oblicuas. Normalmente, creo detectar que a la justicia se le asignan valores y significados *blancos*, mientras la política se encajona con dos parámetros: uno de jibarización (cuando hablan de política se refieren únicamente a los políticos profesionales relevantes desde el prisma poder-oposición del corto plazo) y otro de demonización (frente a la limpieza, tan simbolizada, de la justicia, la suciedad de la política). Claro que, cuando por la transcendencia de los asuntos enjuiciados, la jurisdicción adquiere un poder significativo, se provoca un trasvase milagroso: la justicia deja de ser justicia, se convierte en política (se aprovechan a tal fin la connotación personal de algún magistrado, el modelo de elección del CGPJ o cualquier rasgo que sirva a la transustanciación) y es descarnadamente tratada como tal.

No es sencillo desmontar ese entramado ideológico y político pues, precisamente por la elementalidad del discurso, obtiene una enorme capacidad de calado. De hecho, cala incluso en sectores progresistas, que bien harían, desde mi punto de vista, en normalizar la dicotomía. Justicia y política son cosas distintas, pero obedecen a la misma lógica democrática. En contraposición a los rasgos configuradores de la justicia, an-

tes apuntados (atomización, modo pasivo de resolver el conflicto, concretización), la política traduce un modo de operar sobre la realidad, de arreglar los problemas y conflictos de los ciudadanos, básicamente activo y genérico. Activo en cuanto los factores de legitimación de los políticos les habilitan para modificar los instrumentos normativos en cuyas franjas han de moverse, con una excepción relativa, ya que el paquete de derechos fundamentales es en general indisponible. En otras palabras, los políticos han de respetar la Constitución en todo caso y también las normas jurídicas menores mientras no sean cambiadas por los mecanismos legales. Dentro de las franjas de actuación que permiten las normas, la política queda habilitada para buscar activamente, por propia iniciativa, la solución que, en los usuales parámetros de legitimación (elecciones, etcétera), sea conforme a lo que la mayoría de los ciudadanos entiendan que es el bien común. Además, la solución política es *usualmente* abierta o genérica. Responde no a un conflicto concreto entre personas determinadas sino a caracterizaciones generales y abstractas, formuladas en hipótesis probables.

Fundamentalmente desde zonas políticas se ha producido la segunda de las interrelaciones justicia-política. Se despliega mediante una indebida mezcla de ambos espacios en el plano de la responsabilidad. En este caso, algunos sectores progresistas de la política no han sido ajenos a tan desafortunada mezcla. Al margen de caracterizaciones más o menos afortunadas, la confusión se produce cuando un determinado sujeto político, ante un determinado problema que ha sido judicializado, difiere su eventual responsabilidad política al futuro judicial, vinculando así su destino político a lo que digan los jueces cuando resuelvan el proceso. Se trata del «dimitiré cuando y si los jueces me declaran culpable». La otra cara de la moneda sería cuando un sujeto político es imputado en un proceso penal y sus adversarios, al margen de cualquier racionalización, aprovechan el estado de fuerte indefinición de la instrucción penal y el carácter notablemente simbólico del mismo proceso penal para exigir responsabilidades políticas como simple consecuencia de la imputación. De tal modo, los jueces quedan conferidos de facto, y a menudo en mera apariencia, con un poder que les es ajeno. La confusión subsiguiente es inevitable. Los jueces se ven obligados a jugar en el campo político y los políticos en el judicial, pervirtiéndose dos espacios que conviene tener separados si lo que se quiere es dotar de estabilidad institucional al sistema democrático. De nuevo, el asunto sólo es recuperable a través de la normalización de pautas culturales democráticas.

La responsabilidad política descansa, como se sabe, en principios de confianza subjetiva, cuyos contenidos o causas de exacción no están tasados normativamente; se gana o se pierde al albur de procedimientos institucionalizados y exigentes (elecciones, censuras parlamentarias, cuestiones de confianza) o de procedimientos difusos (censuras mediáticas, por ejemplo) y tiene como corolario extremo la expulsión política del sujeto reprochado del terreno político. La responsabilidad judicial precisa, para ser exigida, de la comisión de un ilícito perfectamente descrito en las leyes y se enjuicia en procesos estrictos y cerrados, donde rige una severa suposición constitucional de inocencia en vez de —como ocurre con la política— un mero subjetivismo más ó menos encauzado; la consecuencia extrema de la declaración judicial de responsabilidad la constituye el catálogo de penas contenido en las leyes, privación de libertad incluida.

Insisto en que la diferenciación y normalización de las complejas relaciones entre justicia y política sólo es posible mediante inyecciones culturales. Las reformas que se hagan, si no son acompañadas de una clara modificación de discurso, no tendrán capacidad para estabilizar tales relaciones. Y lo cierto es que no parece que ni desde dentro del mundo judicial ni desde fuera se esté actuando en tal sentido.

### **Algunos problemas de la instrucción penal**

El problema característico de la instrucción penal reside en la conjunción de dos notas, que son claramente identificables, una de las cuales es intrínseca a la misma instrucción mientras que la otra proviene de fuera. Cuando un juez abre unas diligencias penales, después de recibir una denuncia o querrela, provoca (lo quiera o no) un estado de fuerte indefinición en punto a la realidad. Se conoce que existe un proceso penal abierto a una o varias personas, pero la determinación objetiva de los hechos no es posible sino en el futuro hipotético, después de la investigación judicial. Pero, por lo pronto, la fuerte carga simbólica de la justicia, a veces la misma potencia real en el caso de detenciones, prisiones y otras medidas cautelares, se despliega en relación a unos sujetos. En los casos de gran trascendencia social, política y/o mediática el espacio virtual de los hechos, la indefinición lógica que existe al comienzo de la instrucción puede ser aprovechada por los interesados en el conflicto: un medio de comunicación se encarga de rellenar la indeterminación fáctica, aprovechando la credibilidad simbólica de la justicia, a la que suplanta. Lo que la justicia no puede contar por imposibilidad lógico-temporal (no puede establecer

conclusiones antes de investigar) lo cuenta la prensa. Cuando ello es reiterado, junto con otras disfunciones se produce una severa pérdida de credibilidad de la justicia. Cualquier ciudadano cuestionaría seriamente un poder público manejable a tales extremos. Sujeto a esas mezclas, no resulta extraña la pérdida de confianza en el sistema judicial. El refuerzo del poder público tiene relación con una serie de medidas, relacionadas con el deber de reserva y con el acceso de cualquier ciudadano a la instrucción.

En España existe legalmente la llamada acción *popular*. Es decir, la curiosa posibilidad de que cualquier ciudadano sin interés objetivo en el contenido del proceso penal, pueda acceder a la fase de investigación del mismo, usualmente sin más requisito que el de su mera voluntad. En consecuencia, con la eventualidad de que traslade al exterior la información obtenida en el proceso o, al menos, la apariencia de información. Todos los procesos de cierto interés en nuestro país han tenido partes personadas a través de ese mecanismo. En la mayor parte de ellos, el interés que demostraron tales acusaciones no tuvo nada que ver con la defensa de los derechos y libertades, aunque hay que reconocer un par de notables excepciones. Se trata de una rara mezcla de la sociedad y el Estado, desconocida en todos los sistemas de instrucción civilizados. La llamada acción popular debería reformarse, en el sentido de ser admitida sólo a entidades o asociaciones que previamente tuviesen reconocida la facultad de ejercerla. La lógica es clara: cualquier demócrata debe estar interesado en que la acción penal pueda ser ejercitada por organizaciones que acrediten históricamente su tarea de defensa de los derechos humanos, y con la misma intensidad en que no pueda ser utilizada por los que sólo buscan el interés personal.

El deber de reserva (en su caso el secreto) de la instrucción debe ser objeto de un refuerzo legal y de la identificación de la fuente vulneradora en cada caso, para desplegar la sanción que corresponda. Por el momento, poco más se puede decir, aunque es sintomática la ausencia de estudios serios al respecto, una tarea para la que está habilitado el Consejo General del Poder Judicial.

### **Instrucción e imparcialidad**

Con la legislación española de enjuiciamiento penal, el juez de instrucción se ve obligado a dirigir la investigación, lo que usualmente se traduce en buscar cargos contra la persona imputada en la instrucción. De tal modo adquiere plena vigencia

la pregunta: ¿Puede el juez instructor ser, a la vez, garante imparcial de los derechos del imputado y sujeto investigador de lo a este achacado? Una esquizofrenia de tal naturaleza malamente puede conducir a respuesta afirmativa. En los últimos tiempos se ha intentado reconducir el poder del juez instructor mediante mecanismos de aseguramiento objetivo de su imparcialidad. Por ejemplo, en el tema de la prisión provisional donde, a diferencia de lo que ocurría antes, el juez instructor no puede ya decretar *por iniciativa propia* tal medida, necesitando petición al respecto del fiscal o de alguna otra acusación. Pero lo cierto es que no se ha encarado una reforma global de la instrucción criminal, en cuyo marco habría de darse un sentido más perfecto y preciso al valor imparcialidad.

Desde luego, la reforma global de la instrucción tiene la suficiente importancia político-criminal como para exigir un pacto no menos global, un consenso amplio entre los actores de la política. Por el momento, sólo quisiera dejar claras las dos alternativas sobre las que, desde el punto de vista del sujeto o sujetos instructores, debería abordarse la revisión legal. El primero de los modelos alternativos transfiere la iniciativa completa de la instrucción al Ministerio Fiscal y deja al juez instructor como sujeto plenamente neutral, situado entre el fiscal acusador y el imputado y su defensor. De ese modo, el juez de instrucción tendría la tarea principal de garantizar los derechos fundamentales de las partes del proceso, lo que se traduciría fundamentalmente en la decisión respecto a conceder o denegar las medidas cautelares solicitadas, sobre todo aquellas que limitan derechos fundamentales (la prisión provisional, la intervención telefónica, el registro del domicilio, etcétera) y ordenar el proceso, en sus diferentes momentos hasta el juicio oral.

El problema del modelo tiene que ver con cierta indefinición constitucional en que se mueve el Ministerio Fiscal y con la desconfianza deducida del hecho, también constitucional, de que al Fiscal General lo nombra el ejecutivo y de que la tarea de los fiscales se articula sobre un tajante principio de dependencia jerárquica respecto de la cúpula de la institución. Con ello, es permanente la sospecha de la falta de neutralidad legal del Fiscal en los casos en que el ejecutivo o sectores de la política y de la sociedad ligados al gobierno están interesados por diversas razones. En tal caso, la cuestión sería establecer un escudo legal que protegiera al Fiscal de la eventualidad de que recibiese órdenes ilegales del gobierno.

Como se verá, si se acepta la tesis que acabo de exponer, una hipotética reforma legal tendría que ir antecedita o

acompañada de la modificación del estatuto del Ministerio Fiscal. Aquí quiero aclarar una cuestión que tiene que ver con el corporativismo. La protección a un fiscal que investigue un hecho supuestamente delictivo se le debe otorgar tanto respecto del gobierno como —esto parecen olvidarlo los corporativos— de los poderes económicos y mediáticos de la sociedad. Porque para el espacio ideológico del progresismo el problema es, justamente, no debilitar innecesariamente la dimensión pública del poder público. Una expansión del Fiscal en tesis corporativa (el fiscal autonomizado) se limitaría a trasladar la dependencia del Fiscal respecto del legítimo poder ejecutivo a la dependencia respecto de otros sujetos carentes de esa legitimación. Insisto, pues, en que la eventual reforma del estatuto del Fiscal tiene que asegurar la posición contraria de éste respecto del gobierno, sólo en la hipótesis de que recibiera órdenes ilegales. En lo demás, el Fiscal debe depender del poder del Estado que tiene la legitimación democrática y dirige la política interior y exterior (también la política criminal, claro está) porque así lo dice la Constitución expresamente.

El segundo de los modelos alternativos mantiene las figuras de juez y fiscal, tal y como las conocemos, y añade a éstos un tercer sujeto, *el juez de garantías*, cuya labor sería la de conceder y controlar las limitaciones de los derechos fundamentales del investigado (de nuevo, prisión provisional, intervenciones telefónicas, etcétera) desde la neutralidad del ajeno al cúmulo de intereses de la instrucción. Este modelo es considerable, pero exige un reforzamiento de medios materiales en una administración no sobrada de ellos, complica la estructura burocrática de la instrucción y con seguridad retardaría, aún más, el tiempo de resolución de la instrucción, ya en estos momentos claramente excesivo.

En todo caso, con un modelo u otro, urge profundizar en el valor imparcialidad, en el marco de una reforma global del enjuiciamiento penal. Las reiteradas advertencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en forma de condenas a España y a otros países, no han de ser despreciadas.

Una apresurada lectura de los sistemas de instrucción penal existentes en los Estados de la Unión Europea da cuenta de una notable diversidad (con Alemania y Francia en los extremos) que convendría homogenizar, en el marco de la construcción europea. El alto nivel de reflexión teórica que hay en el conjunto, permitiría racionalizar esa homogeneización y saltar sobre las indudables resistencias que encontraría el proceso.

En los sistemas judiciales democráticos a los jueces se les da mucho poder (cualitativamente) para que tengan poco (cuantitativamente). De hecho, ningún sistema democrático resiste definitivamente la concentración resultante de la suma de ambos aspectos. La tendencia al uso estratégico de un poder de tal naturaleza es clara en cualquier reseña histórica. El delicado conjunto de contrapesos puede traducirse en la necesidad de que el judicial sea un poder atomizado, es decir, con sus competencias muy repartidas horizontal y verticalmente, y concretizado. Con esto último quiere decirse que ha de conocer de asuntos objetiva y subjetivamente precisados por completo y sólo cuando es llamado a resolverlos según las reglas legales (la jurisdicción ha de venir al juez, no al revés). El juego de contrapesos queda sustancialmente perjudicado en los supuestos de descompensación orgánica y subjetiva.

Personalmente, entiendo que habría que reducir drásticamente los fueros judiciales de que gozan una serie (demasiado grande) de cargos públicos. La protección de las instituciones puede justificar la presencia de filtros procesales que eviten las inconveniencias de ejercicios abusivos de la acción penal, pero que la instrucción y enjuiciamiento se concentre en unos (pocos) tribunales determinados provoca una debilidad extrema del sistema judicial. Cuando se concentra poder se concentra, al tiempo, responsabilidad. El órgano judicial poderoso es, paradójicamente, más vulnerable ya que puede recibir ataques sistemáticos igualmente concentrados. Correlativamente, la tendencia del juez poderoso al uso estratégico del poder es inevitable, sea por autodefensa, por asunción de que ello es culturalmente posible y justificable, por intereses personales o por otras razones. En todo caso, la ruptura del pacto derrama desconfianza en los ciudadanos e inyecta más debilidad en el poder público.

En segundo lugar, la Audiencia Nacional debe ser repensada. Se trata de un tribunal que nació para dar cobertura al enjuiciamiento de la delincuencia terrorista, en momentos históricos en los que ello constituía un gravísimo problema en España. Ciertamente, además de las competencias en esa materia, se le dieron otras (incluso laborales y contencioso-administrativas) pero sólo para vestir la gran referencia jurisdiccional, el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. De confirmarse el final de ese problema, quizá haya llegado el momento de modificar la estructura judicial. Ello dependerá, también, de una voluntad política de gran consenso, que no sé si existe, y de ingeniería legislativa para la que no hay problema alguno.

Sin embargo, tengo que dejar constancia de una idea problemática. Con el fenómeno de la llamada globalización, la capacidad de maniobra de la gran delincuencia está aumentando exponencialmente. Esa delincuencia es cada vez más grande, está más y mejor estructurada técnicamente y tiene mayor territorio. La capacidad del poder público democrático para controlarla, en un marco garantista, disminuye proporcionalmente. En la medida en que los jueces y tribunales tengan que ver con la represión de esa delincuencia, habrán de estar dotados de poder real y de análoga magnitud. Con ello quiero indicar que no se puede desvestir la estructura judicial española de la Audiencia Nacional, y menos con un espacio judicial internacional tan poco desarrollado como el actual, sin garantizar al tiempo una adecuada sustitución, desde el referido punto de vista, de respuesta a la gran delincuencia. Posiblemente la solución pase por reforzar la jurisdicción natural de cada territorio autonómico de nuestro país y, como ya indiqué, construir un razonablemente poderoso sistema judicial europeo.

He tratado de identificar de un modo coherente algunas de las cuestiones más relevantes del sistema judicial, destacando la necesidad de profundizar en respuestas legales que den estabilidad a una parte del poder público cada vez más importante. No ignoro que ciertas reformas exigen el fuerte consenso político al que algunos se refieren como *Pacto de Estado por la Justicia*. Pero tampoco debemos olvidar que en referencia a la justicia hay dos discursos muy distintos, engarzados en sendas lógicas, propias de los dos espacios ideológicos y políticos en pugna en nuestro país y en el planeta.

---