

DIFUSIÓN DEL DERECHO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Andrés Ollero Tassara(*)

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

SUMARIO: I. LA APARIENCIA COMO REALIDAD.—II. INFORMAR SOBRE LO DESCONOCIDO.—III. LA «JUDICIALIZACIÓN» DE LA POLÍTICA.—IV. TRIVIALIZACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS.—V. CONCEPTUACIÓN JURÍDICA Y LENGUAJE ORDINARIO.—VI. MARCO DOCTRINAL Y EXPECTATIVAS CIUDADANAS.—VII. GARANTISMO Y JUICIOS PARALELOS.—VIII. JUECES JUSTICIEROS.—IX. LA «POLITIZACIÓN» DE LA JUSTICIA.—X. EL DERECHO COMO LENGUAJE.

Al cabo de más de diecisiete años, durante los que he dispuesto de abundante excusa para llevar al Congreso de los Diputados los resultados de mis esfuerzos académicos, es lógico que asuma con especial gratitud esta ocasión que el Colegio Libre de Eméritos y nuestras dos prestigiadas Reales Academias me brindan de trasladar al ámbito de la reflexión intelectual experiencias forjadas en tan prolongada brega parlamentaria. Aun no siendo la primera vez que disfruto de tal posibilidad(1), ello sólo me lleva a valorar aún más la oportunidad que se me ofrece para hacerlo ahora en marco para mí tan honroso.

I. La apariencia como realidad

Si algo he aprendido en mi andadura parlamentaria es que en política las cosas no son como son sino como parecen(2). Una vez más he

(*) Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), ha sido miembro del Congreso de los Diputados a lo largo de cinco Legislaturas.

(1) Muestra de ello quedó, para bien o para mal, en «El parlamentario en el sistema político español», ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre *El Poder Legislativo en la actualidad* organizado por la mejicana Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y publicada luego en *Revista de las Cortes Generales* (Madrid) 1994 (31), pp. 7-30. También en «El parlamento a debate. La opinión de los protagonistas», incluida en *El Parlamento a debate* (ed. M. RAMÍREZ), Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 211-220, o «La actividad parlamentaria en una socie-

dad mediática», en *El debate de la comunicación*, Madrid, Fundación General Universidad Complutense-Ayuntamiento, 1998, pp. 51-53.

(2) A J. J. TOHARIA tal constatación, a fuer de sociológicamente obvia, no le habría producido ningún sobresalto: «las opiniones forman parte del mundo de las percepciones y de las impresiones; los conocimientos, en cambio, pertenecen al mundo de los hechos y de las certezas». «En la vida social si algo es definido como real deviene real con todas sus consecuencias y con independencia de lo que “objetivamente” (en la medida en que quepa utilizar tal adverbio) pueda realmente ser. La realidad social, simplemente, no es: se construye. En última instancia no constituye sino una “representación colectiva”: un estado de opinión». *Opinión pública y*

tenido así oportunidad de ver constatadas en la práctica lo que hasta ahora habían sido para mí sólo bien conocidas teorías. Tal fenómeno emparenta con la existencia de las llamadas «expresiones realizativas», a través de las que el lenguaje cumpliría una función «performativa» (3), de particular relevancia en el ámbito jurídico. Parece, en efecto, que es posible incluso construir realidades con palabras, en la medida en que éstas, empleadas en determinados contextos, se muestran capaces de generar patentes efectos sociales. Sirva de ejemplo tópico la expresión oral del consentimiento matrimonial...

En política este fenómeno se agudiza. Si bien es cierto que a medio y largo plazo el acontecer político acaba marcado por decisiones personales o colegiadas, cuya efectiva relevancia ha podido a veces pasar inadvertida incluso a sus propios autores, el día a día se asienta sobre la mera apariencia; de modo especial sobre la forjada a través de los medios de comunicación (4). Al fin y al cabo la opinión pública se alimenta de una generalidad cuantitativa y de una coincidencia, que implica una concordancia en el sentir o estimar cuyas causas reales serán muy variadas (5).

En mis primeros pasos parlamentarios tuve curiosidad por conocer cuál era la preparación profesional de los asesores de plantilla de un Ministro de Educación, que se sentía llamado a reformar dicho ámbito desde la Primaria hasta el Doctorado. Me sorprendió que a ninguno de ellos se le podía considerar experto en temas educativos. Significativamente, la mayoría eran periodistas; prueba sin duda de que se atribuía al modo de comunicar las reformas la misma importancia, al menos, que a su propio contenido.

Partiendo de esta experiencia, a nadie podrá extrañarle que el significado del derecho para el ciudadano dependa en buena medida más de

Justicia. La imagen de la Justicia en la sociedad española, Madrid, Consejo General Poder Judicial, 2001, pp. 62, 64 y 66.

(3) Las «performative utterances» analizadas por J. L. AUSTIN encontraron significativo eco en los «realistas» escandinavos. Cfr. K. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad* (traducción de E. Garzón Valdés), Buenos Aires, 1968, p. 38; y A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* (traducción de J. Barboza), Buenos Aires, 1961, p. 107; aunque éste más tarde se mostrará crítico al respecto, «Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas», en *El concepto de validez y otros ensayos* (traducción de E. Bulygin y E. Garzón Valdés), Buenos Aires, 1969, pp. 131 y 132.

(4) J. L. SÁNCHEZ NORIEGA ha analizado la «fabricación de la realidad mediada» a través de estos «canales de apreciación de

la realidad» que afectan a individuos y grupos, con especial atención a la «teoría de la agenda», cuya influencia «no estaría tanto en «qué» hay que pensar, sino «sobre qué» hay que pensar», e incluso «cómo pensarlo» y «qué valor concederle». *Crítica de la seducción mediática. Comunicación y cultura de masas en la opulencia informativa*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 65, 132, 134 y 214. De «canalización periodística de la realidad» había hablado ya J. L. DADER, ocupándose también del efecto «agenda-setting», en *Opinión pública y comunicación política* de A. MUÑOZ-ALONSO y otros, Madrid, Eudema, 1990, pp. 295 y 304-305. También al respecto V. SAMPEDRO BLANCO, *Opinión pública y democracia deliberativa. Medios, sondeos y urnas*, Madrid, Istmo, 2000, pp. 96-107.

(5) E. MARTÍN LÓPEZ, *Sociología de la opinión pública*, Madrid, Beramar, 1992, p. 27.

cómo aparece ante él que de sus reales contenidos. Se ha teorizado no poco sobre el condicionamiento a que se ven sometidas las opiniones en nuestra tecnologizada sociedad de la información. Pero, a mi modo de ver, el problema es más hondo. No se trata sólo de que la palabra esté retrocediendo ante la primacía de la imagen, o de que cunda una creciente preponderancia de lo visible sobre lo inteligible, ni de que la política gire en torno a meras opiniones, incapaces de comunicar «saberes» y limitadas a ofertar meros «pareceres» (6). La cuestión previa consistiría en que tales opiniones con frecuencia no reposan siquiera sobre hechos reales, ni sobre el alcance que en términos rigurosos le sería propio. No se parte de los hechos sino de su apariencia y en torno a esa previa trama hermenéutica girarán luego los consabidos pareceres.

II. Informar sobre lo desconocido

El problema se agudiza porque, en una sociedad incapaz de funcionar al margen del derecho, lo jurídico no ocupa prácticamente lugar alguno en los programas de enseñanza obligatorios para el ciudadano. Éste se verá inmerso en un contexto informativo en el que el derecho ejerce un creciente protagonismo, sin haber recibido previamente noticia alguna que le permita orientarse por sus vericuetos con posibilidad de acierto. Por otra parte, no es difícil estar de acuerdo con esta rotunda afirmación: «el conocimiento de la publicación de las leyes por la opinión pública resulta irrelevante a nivel jurídico-positivo» (7). Nada de esto impedirá que todo ciudadano clame pidiendo justicia y esté presto a esgrimir sus derechos (8). Nadie, sin embargo, le ha ilustrado sobre la importancia de las formas procedimentales para decantar apasionadas intuiciones sobre lo justo, o sobre la diferencia entre un mero deseo lícito capaz de encontrar benévola aceptación social y un derecho propiamente dicho (9).

Añádase a ello la difusa fe en las posibilidades taumatúrgicas de la

(6) Véanse al respecto las bien conocidas reflexiones de G. SARTORI en *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 11, 12 y 69-70.

(7) A. AREVALO GUTIÉRREZ, «La publicación de las leyes y su conocimiento por la opinión pública», en *Parlamento y opinión pública* (COORD. F. PAU VALL), Madrid, Tecnos, 1995, p. 141.

(8) En los sondeos sobre la Justicia «el porcentaje promedio de no respuesta» es «apenas del orden del 10%», por más que un 84% de los propios encuestados consideren que «el lenguaje y los procedimientos de los tribunales son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio». *Opinión pública y Justicia*

(cit. not. 2), pp. 60 y 150. Los puntos 5 a 7 de la *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia* promovida, en su día, en el marco del Pacto de Estado por el Ministerio de Justicia, intentaban garantizarle una «Justicia comprensible».

(9) Ilustrativo al respecto el razonamiento de nuestro Tribunal Constitucional, distinguiendo en la STC 120/1990 de 27 de junio entre derecho y mero «agere licere», al esgrimir unos terroristas en huelga de hambre su presunto derecho a la muerte. De ello nos hemos ocupado en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreteado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994, pp. 59 y ss.

ley, que lleva al ciudadano a pensar que no hay problema social que no pueda encontrar solución por la vía de una reforma legal(10). El envés negativo es el convencimiento de que si el problema ha surgido es porque la ley está mal hecha, o por no haberse previsto su necesidad con adecuada anticipación. La consecuencia puede acabar siendo que los responsables políticos se presten temerariamente a la labor legislativa, más para demostrar que asumen su «deber» que por compartir semejante credulidad.

Significativa suele resultar también la ignorancia sobre el papel de los diversos poderes, y muy en particular sobre el de las Cortes Generales; acentuada en ocasiones porque su reflejo en los medios de comunicación se ve condicionado por las urgencias que caracterizan a la labor informativa. Basta que en la referencia de lo tratado en un Consejo de Ministros se aluda a la presentación de un mero anteproyecto para que—incluso entre documentados colegas de la Facultad de Derecho—cunda el vivo interés por una «ley» que ya se ha dado por aprobada cuando ni siquiera ha cobrado aún rasgos de proyecto. No es difícil, pues, que los menos versados acaben convencidos de que las leyes las hace el Gobierno(11); por más que la evolución que sufre todo proyecto legislativo en su trámite parlamentario es más que suficiente para desatar las iras y frustraciones de los expertos que, invitados por el entorno ministerial, contribuyeron a engendrarla *in vitro*.

Cuando cualquier ciudadano se arroga en la diaria conversación patente de Ministro o legislador, se expone a rayar en la autosuficiencia. Se considerará, por el contrario, lo más natural del mundo que se erija en juez de las más variadas causas, presuntamente solubles con el mero recurso al sentido común. De ahí que acabe resultando cada vez más frecuente el nada disimulado maridaje entre asesor jurídico y gabinete de imagen cuando personalidades de alto fuste se ven obligados a afron-

(10) J. J. TOHARIA detecta este «anhelo de justicia total»; «lo que se espera del sistema legal es que garantice que “alguien” esté obligado a prever toda posible contingencia negativa» y ello consolida una «cultura de la reclamación». *Opinión pública y Justicia* (cit. not. 2), pp. 25 y 26.

(11) Cerca de la mitad de los entrevistados en 1987 se muestran convencidos de ello, mientras sólo una cuarta parte atribuía a las Cortes la elaboración de las leyes; resultado verosímelmente nada coyuntural. J. R. MONTERO, tras aludir al «antiparlamentarismo heredado de la cultura política franquista», resalta esta «escasa centralidad» de nuestro Parlamento. «Parlamento y opinión pública: las percepciones y los niveles de apoyo de las Cortes Generales» en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*

(ed. A. GARRORENA MORALES), Madrid, Tecnos, 1990, pp. 105, 116, 101 y 103. Diez años después P. DEL CASTILLO e I. GRESPO delimitan al respecto «tres etapas muy diferentes», que arrancarían de «una fase de vitalidad, y también de centralidad, que coincide con el período de transición política (1977-1982)»; una segunda fase de crisis, «que coincide con la mayoría socialista en las cámaras (1982-1993), y una tercera, de revitalización, que se inicia con los Gobiernos de minoría del Partido Socialista Obrero Español (1993-1996) y del Partido Popular (a partir de 1996)». «La opinión pública y el Congreso de los Diputados» en *El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 395.

tar complejos procesos penales de previsible incidencia en los medios de comunicación. No parece descartarse la posibilidad de que una actividad presuntamente destinada a «mediar» («existir o estar una cosa en medio de otras») acabe más bien por «mediatizar» («intervenir dificultando o impidiendo la libertad de acción de una persona o institución en el ejercicio de sus actividades o funciones»)(12); a nadie puede extrañar que se actúe en consecuencia.

III. La «judicialización» de la política

El tejer y destejer de la apariencia política encuentra en el derecho un privilegiado ámbito de desarrollo, favoreciendo por vía activa o pasiva fenómenos como los que tienden a incluirse bajo este rótulo.

La variante activa de esta «judicialización» consiste en transmutar en presunto litigio jurídico obvias exigencias de responsabilidad derivadas de una torpeza o demasía política. La equivocada idea de que uno tiene derecho a todo aquello que no esté específicamente prohibido se ve ahora sustituida por la oportunista sugerencia de que el político no tiene otros deberes, respecto a los ciudadanos a los que representa, que los que el ordenamiento jurídico (sobre todo en su vertiente penal) le imponga.

Alimenta esta querencia evasiva la reconocida lentitud de la justicia, que puede servir de eficaz burladero ante las urgentes acometidas de la aludida «responsabilidad política». El juego de la representación democrática implica una radical muestra de confianza por parte del ciudadano, rubricada por la inexistencia de mandato imperativo(13) capaz de vincular al parlamentario en su futura tarea. Pero éste sí debería considerarse vinculado por la permanente obligación de mostrarse merecedor de tal confianza. Para ello habría de acudir con presteza a disipar ante la pública opinión cualquier sombra que pudiera empañarla(14); sea cual sea la calificación jurídica que, en contexto bien diverso, su conducta pudiera merecer.

Si para confiar la propia salud a un médico, o los intereses propios a un asesor fiscal, el ciudadano no suele conformarse sólo con la ausencia de inhabilitación por conducta dolosa, no se entiende muy bien por qué hayan de ser los jueces de lo penal los encargados de certificar al

(12) Respectivamente, acepciones 4 y 2 relativas a dichos términos en el Diccionario de la Real Academia Española.

(13) «Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo», según el artículo 67.2 de la Constitución Española.

(14) E. MARTÍN LÓPEZ analiza, de la mano de Edward A. Ross, los «méritos y de-

méritos de la opinión pública en comparación con el derecho», resaltando su «mayor flexibilidad», al ser «menos mecánica en su aplicación» que la ley, su «mayor capacidad de penetración, debido a que actúa reforzando las demandas morales», así como el hecho de ser «más inmediata en su acción». *Sociología de la opinión pública* (cit. not. 5), pp. 79 y 80.

político de turno que cunde una indisimulable desconfianza ciudadana sobre su efectiva idoneidad. El político, en cuanto personaje público, no es un ciudadano como otro cualquiera. Ni a la hora de recabar protección para su honor o intimidad, ni a la hora de esgrimir una presunción de inocencia, sagrada en el ámbito procesal, pero que ha verse precedida por una inmediata asunción de responsabilidades cuando se desempeñan cargos públicos(15).

Tal actitud, que se lleva a cabo con envidiable naturalidad en otros países, no goza de tradición alguna entre nosotros, lo que constituye una de las más llamativas carencias de nuestra vida democrática. Como consecuencia, se llega incluso a generar como efecto perverso la actitud opuesta: aquel que aun considerándose inocente dimita, por entender que no ha sido capaz de despejar las desconfianzas suscitadas por su conducta, pasará *ipso facto* a ser considerado culpable a todos los efectos. Cuando la Justicia pueda tardíamente despejar tales dudas, rara vez logrará hacer resucitar su cadáver político. Peor aún que la probada resistencia de nuestros políticos a afrontar una posible dimisión es este estrambote agravante, que la identificaría con una simple y llana autoinculpación.

El juego llega a invertirse, dada la incapacidad del ciudadano para hilar tan finos matices, cuando el político inculpativo exhibe como patente de inocencia una resolución judicial que no iba más allá de atestiguar una mera insuficiencia de prueba. Es obvio que ello devuelve consolidada, a cualquier ciudadano, su presunción de inocencia previa al proceso; pero no la convierte necesariamente en certificación de inocencia probada. En lo que a la responsabilidad política se refiere, la sentencia seguirá siendo irrelevante. Tal ocurrirá cuando, aun siendo obvios e incluso probados los hechos, las pruebas aportadas se vean desestimadas por haber sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; pero se dará también cuando una conducta, aun no mereciendo reproche penal tipificado, se perciba socialmente como un atrevimiento capaz de alentar una inmediata retirada de confianza.

Que una sentencia sobre determinados manejos resulte absolutoria, por no estar tipificados en nuestro Código Penal podría, si acaso, suscitar una propuesta de reforma legal; pero convertir tal circunstancia en liberadora de responsabilidades políticas y presentar a sus expeditivos gestores como víctimas de un pretérito e interesado linchamiento resulta desmesurado.

(15) De ello, con abundante referencia a los diagnósticos doctrinales suscitados por polémicas del momento, nos ocupamos en «Responsabilidades políticas y Ra-

zón de Estado», incluido en *La criminalidad organizada ante la Justicia* (dir. F. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI), Sevilla, Universidad, 1996, pp. 23-35.

IV. Trivialización de figuras jurídicas

Una y otra vez la apariencia acaba dislocando estrábicamente aspectos elementales de la calificación jurídica. La tendencia al exceso argumental en el debate político llevará a buscar por vía jurídica una rotundidad adicional. La mera negativa ante la descalificación ajena parece saber a poco, si no se ve acompañada por la interposición de una querrela. Una mera rutina procesal, como su casi obligada admisión a trámite, marcará en los medios de comunicación el punto final de su virtualidad política. En el mejor de los casos se producirá un posterior desistimiento a cencerros tapados. En el peor, no se evitará que una jurisdicción sobrecargada, además de asumir trabajo adicional, se vea obligada a fijar una arriesgada toma de posición en plena trifulca política. Por más que la resolución se exprese en términos técnicos, su interpretación por los medios de comunicación se producirá siempre en claves más comprometedoras.

Si de la, desgraciadamente frecuente, descalificación política personal pasamos a la crítica de iniciativas o proyectos legislativos, lo que se trivializará ahora será su pretendido alcance inconstitucional. El ciudadano no suele estar muy versado, como es lógico, en el diseño del control de constitucionalidad como «legislación negativa», de patente kelseniana. Ignora en consecuencia la innumerable cantidad de disparates que cabe llevar a la práctica sin que la Constitución sufra el mínimo menoscabo. Por otra parte, la inculcada devoción ciudadana a la Constitución la emparenta más con el derecho natural racionalista, y su excelsa proyección codificada, que con el mero establecimiento de un modesto rasero, por debajo del cual cualquier propuesta jurídica se situaría bajo mínimos. La Constitución, cual cielo jurídico plenamente realizado, aparece como la suma de todos los bienes jurídicos sin mezcla de mal alguno. En consecuencia, toda propuesta que no sea la más positiva imaginable podría considerarse, por mejorable, inconstitucional.

El político discrepante no deja de tomar nota de ese estado de opinión; de ahí que ante cualquier proyecto de sus adversarios fulmine, para abrir boca, una ráfaga de reparos de constitucionalidad. Evita así, expeditivamente, que su postura se malinterprete como una irrelevante sugerencia de matiz. En la cotidiana opinión pública la Constitución, entre unas cosas y otras, no gana para sustos.

Por si fuera poco, el control de constitucionalidad se realiza, por vía de amparo, con un carácter subsidiario respecto a la previa intervención del Poder Judicial. Ello hace que la mayor parte de las resoluciones del Tribunal Constitucional acaben cobrando el papel de «sentencias sobre sentencias», amenazando incluso con dar paso a lo que se ha caracteri-

zado como «casación universal»(16). Han menudeado como consecuencia bien conocidas fricciones entre tal alta magistratura y el Tribunal Supremo, condensadas en el socarrón diagnóstico de que en España Tribunal Supremo sólo hay uno y no se llama así... Pero volviendo al juego estrábico de apariencia y realidad, ello incidirá también sobre la opinión pública.

Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional(17), con ocasión de un recurso de amparo, mereció en efecto amplios titulares: al parecer (y la apariencia manda...) «condenaba» a un político de dilatada y prestigiosa trayectoria. El aludido —en un rasgo entre nosotros, como se ha señalado, notablemente inusual— no dudó en asumir su responsabilidad política: dimitió de modo fulminante, para evitar toda repercusión sobre su partido; a la vez que con aparente (que no real) incoherencia se declaraba inocente(18).

Es obvio que el Tribunal Constitucional no es un órgano de la jurisdicción penal, capaz de condenar o declarar culpable a nadie, y menos en litigios de orden laboral; se pronuncia, si acaso, sobre condenas o desestimaciones previas de la jurisdicción correspondiente. En el fondo, en el resultado final del litigio habían acabado influyendo no poco los propios órganos judiciales, al no haber secundado adecuadamente la disposición «activa» que en casos de este tipo les exige el Constitucional a la hora de evaluar la prueba(19). El litigio podría haber quedado ya solventado en trances procesales anteriores, lo que habría llevado consigo una escenificación del problema ante la pública opinión quizá menos espectacular.

V. Conceptuación jurídica y lenguaje ordinario

La señalada dimensión demiúrgica del lenguaje y el continuo fundido de escenarios aparentes y reales se acentúan porque el derecho no se limita a servirse del lenguaje como mero instrumento; «se produce a través del lenguaje»(20). En la medida en que la semántica jurídica no

(16) ATC 862/1986, merecedor de cita en la STC 134/1991, de 17 de junio, de la que fue ponente José Gabaldón.

(17) La STC 98/2003 de 2.VI.2003, de la que fue ponente el Magistrado Roberto García-Calvo. Sus precedentes jurisprudenciales he tenido ocasión de estudiarlos en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

(18) A. MINC recuerda que en Francia, como consecuencia de la «confusión absoluta entre responsabilidad política, responsabilidad administrativa y responsabilidad

penal» la frase «responsable pero no culpable» de la ministra Dufoix con motivo del problema suscitado por las transfusiones con sangre contaminada, «se consideró como una afirmación criminal». *La borra-chera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995, p. 222.

(19) STC 166/1988, de 26 de septiembre, de la que fue ponente el Magistrado De la Vega Benayas.

(20) A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997 (2ª), p. 111.

se identifica necesariamente con la del lenguaje profano surgirá una nueva fuente de problemas, que acaba afectando a la confianza que la ley y los jueces que la aplican merecen al ciudadano.

Arquetípicas al respecto resultan las polémicas motivadas por la apreciación o no por el juez penal de la existencia de «ensañamiento» en la conducta del agresor frente a su víctima. Bastaría remitirse al lenguaje académico para que el problema se mitigara notablemente, pero es bien sabido que la mayor parte de los ciudadanos consulta el Diccionario con no mayor frecuencia que el Código Penal. Para la Real Academia, en efecto, ensañarse no es sino «deleitarse en causar el mayor daño y dolor posibles a quien ya no está en condiciones de defenderse», y la saña no sería sino una «intención rencorosa y cruel». Nos encontramos, pues, ante la apreciación de circunstancias subjetivas, vinculadas primariamente al *animus* del agresor, y no ante referencias objetivas mecánicamente contabilizables. Éstas son las que generan notable escándalo cuando un juez constata que se pueden propinar hasta catorce puñaladas sin experimentar con ello particular deleite ni buscar de modo específico generar un más intenso dolor. Podríamos incluso encontrarnos ante un arrebató, de posible relevancia atenuante.

De ahí que se haya hablado de la existencia de una doble valoración de las conductas delictivas —según la realice un jurista profesional o un profano—, que muestran una irrefrenable querencia a discurrir en paralelo(21), sin que ni siquiera conceptos difusos como el de «alarma social» lleguen a servir de adecuado puente.

VI. Marco doctrinal y expectativas ciudadanas

A todo ello sería preciso añadir el doble mundo de expectativas ante el que se ve emplazado el profesional del derecho, con el juez como arquetipo(22). Deberá, por un lado, contrastar su enjuiciamiento con el de los autores de mayor influencia en la doctrina dominante; no podrá ignorar tampoco el punto de vista del ciudadano(23). No es nada infre-

(21) En realidad, la presunta subsunción del caso no se produciría tanto bajo la norma sino en relación con las expectativas de quienes interaccionan dentro del sistema simbólico abierto por el lenguaje. A. KAUFMANN, *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemein Verbrechenlehre*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1982, p. 24.

(22) De ello nos hemos ocupado en «El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho», *Persona y Derecho*, 2002 (47), pp. 279-324; especialmente pp. 300-301.

(23) Por más que P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA señale, al tratar de «los límites de la responsabilidad política difusa de los tribunales», que «una cosa es que las actuaciones judiciales estén sometidas al escrutinio de la opinión pública, y otra bien distinta que los jueces se hallen sometidos a los dictados de esa opinión». «La responsabilidad de los tribunales ante la opinión pública ante los medios informativos», en *Poder Judicial y medios de comunicación* (dir. J. A. FOLGUERA CRESPO), Madrid, Consejo General del Poder Judicial (Estudios de Derecho Judicial n.º 21), 2001, p. 63.

cuenta que ello aboque a un presunto dilema entre libertad y seguridad, entre el respeto a las garantías del imputado y el afán de reparación esgrimido por la víctima.

Aun a riesgo de simplificar, no es infrecuente que desde perspectivas doctrinales «progresistas» la apuesta por la libertad amenace con vaciar de contenido a la seguridad, a la que se acaba atribuyendo una dimensión meramente represiva, muy lejos de su entendimiento como simple dimensión diacrónica de la libertad misma(24). La pena tenderá a justificarse casi en exclusiva con finalidad de reinserción rehabilitadora, como si ninguna otra fuera legítima. A nadie extrañará que todo ello contribuya a diseñar un tratamiento penal particularmente atento a la efectividad de los derechos del delincuente, que se agudiza si se suscriben planteamientos que consideran a la sociedad, de modo real aunque no inmediato, como auténtica culpable de la conducta desviada. En consecuencia los derechos de la víctima tenderían a pasar a segundo plano(25), salvo que otros puntos de vista no menos identificables con el progreso inviertan tal querencia. Así viene felizmente ocurriendo en tiempos recientes cuando se abordan problemas derivados de la violencia doméstica, elocuentemente expresivos de la arraigada discriminación de la mujer.

El dualismo resulta aún más acusado cuando se confronta el garantismo procesal, cuyo formalismo queda lejos del horizonte de comprensión del profano, y la evidencia justiciera del ciudadano en particular sintonía con la víctima. La situación se convierte así en particularmente delicada, hasta poder someter al juez a una fáctica ordalía a la hora de hacer uso de la obligada discrecionalidad. Así ocurre cuando de aplicar medidas cautelares o de dosificar el tratamiento penitenciario se trata. La renuncia a dictar una posible prisión provisional o la concesión de un permiso al recluso penderán sobre la cabeza del juez, que se convertirá en blanco de todas las críticas si el inculpado acaba sustrayéndose a la acción de la Justicia o el recluso toma las de Villadiego. La única solución para el juez —tan eficaz como paradójica— consistiría en optar por lo «seguro» en menoscabo de la libertad, renunciando drásticamente al juicio discrecional que la misma ley le confía.

VII. Garantismo y juicios paralelos

El garantismo pasa de la incompreensión al mero ridículo cuando

(24) De la relación entre seguridad e historicidad de la justicia nos hemos ocupado en nuestro libro *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 279-283.

(25) Un 71% de los encuestados suscribe que «el exceso de preocupación por los derechos de los acusados puede acabar perjudicando a las víctimas», mientras sólo

un 19% se muestra en desacuerdo. J. J. TOHARIA, *Opinión pública y Justicia* (cit. not. 2), p. 152. La citada *Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia*, dentro de su segundo apartado —«Una Justicia que protege a los más débiles»— en los puntos 22 a 25 incluye, entre otros, los derechos de las víctimas de un delito a ser informadas y a que se preserve su intimidad.

acaba midiéndose no ya con el ciudadano empeñado en que se aseguren sus derechos sino con los medios de comunicación (26), y con quienes a través de ellos se esfuerzan por ejercer las libertades más dignas de protección de nuestro ordenamiento constitucional (27). Las más refinadas garantías sobre presunción de inocencia o derecho a la defensa en condiciones de igualdad pueden convertirse en mero ritual macabro ante la presión de los medios (28). Se trata de un problema de singular alcance, fácil objeto de tónica denuncia pero de difícil solución, dado que a la ya citada prioritaria protección de las libertades informativas se une la particular mala conciencia a la hora de plantearles cualquier límite, en una sociedad que ha experimentado durante decenios su condicionamiento represivo.

Los famosos «juicios paralelos» (29) se han convertido ya en paisaje obligado de una sociedad en la que, quizá como paradójica consecuencia de su progreso cultural, las viejas páginas de «sucesos» se han visto sustituidas por las de tribunales.

VIII. Jueces justicieros

Obviamente conectado con lo anterior surge el no menos patológico fenómeno de los llamados «jueces-estrella». En él pueden acabar confluyendo tres factores: el enconado debate sobre el deseable papel del juez en su contorno social, un afán por añadir énfasis didáctico o justiciero a la obligada aplicación de ley, e incluso alguna inmadura búsqueda de protagonismo personal.

Poco cabe decir sobre esta última versión, salvo que difícilmente

(26) «El juicio público, tan arduamente conseguido, se ha vuelto en contra de la imparcialidad de la justicia», sentencia J. L. SÁNCHEZ NORIEGA, *Crítica de la seducción mediática* (cit. not. 4), p. 247.

(27) Sirva de ejemplo, a la hora de ofrecer a libertad de expresión y derecho a la información el máximo nivel de eficacia protectora cuando se ejercen por profesionales a través de los cauces institucionales del mundo de la comunicación, la STC 165/1987, de 27 octubre, de la que fue ponente Eugenio Díaz Eimil.

(28) De «la publicidad del proceso como garantía procesal y el acceso de los medios informativos a las actuaciones judiciales» se ha ocupado J. A. FOLGUERA CRESPO, que apela a «la autorregulación de la actividad profesional de los medios», a la vez que considera que, ante este «complejo escenario», «tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, de-

berían decantar "standars" o criterios interpretativos lo más claros, sintéticos y precisos posibles», generando «reglas jurídicas de creación jurisprudencial». «Poder Judicial, medios informativos y opinión pública» en *Poder Judicial y medios de comunicación* (cit. not. 23), pp. 17-20 y 50.

(29) Alusiones sobre el particular en la STC 171/1990, de 5 noviembre, de la que fue ponente Miguel Rodríguez-Piñero, que descarta «en su F. 9 que la información publicada haya puesto en peligro la imparcialidad y el prestigio de los tribunales» y la STC 219/1992, de 3 diciembre, de la que fue ponente Julio González Campos, que señala en su F. 5 que aunque «no cabe exigir al informador una precisión absoluta en el lenguaje técnico-jurídico, sin embargo no puede admitirse que los concretos términos o expresiones empleados en una noticia carezcan de relevancia en relación al derecho al honor».

acabará pasando inadvertida, lo que no redundará precisamente en beneficio del prestigio profesional del exhibicionista. Que un legendario «macarra de ceñido pantalón, pandillero tatuado y suburbial» sentencie épicamente, al verse abatido por seis disparos, «qué demasiao, de esta me sacan en televisión» (30) puede constituir todo un documento sociológico. Que el juez de guardia se empeñe en rivalizar con él en el empeño mueve a la melancolía.

Distinto es el caso del juez justiciero. Éste busca en el eco de la opinión pública apoyo para contrarrestar estereotipos negativos para la justicia o incluso para hacer saltar lo que considera estrecho corset legal. Muestra del primer caso sería su afán por desmentir el consabido reproche de que la ley no es igual para todos (31); filtrará en sus más tempranos inicios diligencias que afecten a profesionales de fuste o personajes notorios de la vida económica y social (32). Por más que luego todo quede en nada, por falta de materia o sobra de asesoramiento, sólo algo se verá garantizado: difícilmente les quitarán lo bailado.

El juez justiciero cobra dimensión universal cuando, impaciente ante el lento y condicionado avance de los tribunales internacionales, decide poner a prueba la capacidad del propio ordenamiento para atajar delitos merecedores de castigo sin fronteras. Suscribe para ello una peculiar versión de la «desobediencia civil». Esta figura apunta, como es sabido, a la reforma de una ley injusta infringiéndola para, al convertirse en víctima de su sanción, provocar en la pública conciencia ética una sacudida que cuestione su fundamento y provoque su derogación. Baste recordar la probada eficacia de la insumisión a la hora de prestar el servicio militar. El desobediente es una especie de mártir civil que se convierte en semilla de justicia. El juez justiciero «desobedece» a su modo la ley, o sus interpretaciones más rigurosas, al pretender someter a ella conductas consideradas hasta el momento ajenas a su ámbito de acción. No le importará aparecer como incompetente (módica ración de martirio) a cambio de erigirse en paladín de unas expectativas de justicia que la pública opinión no dudará en suscribir. No es descartable

(30) J. SABINA, *Con buena letra*, Madrid, Temas de Hoy, 2002, p. 39.

(31) En efecto, cuando se plantea si «a la hora de aplicar las leyes penales a una persona en España hoy se da el mismo trato a todos sin que se hagan diferencias según de quien se trate» un 62% se muestra «poco o nada de acuerdo»; el doble de los que, un 31%, se muestran «muy o bastante de acuerdo». Un 83% atribuye un mejor trato a «la gente rica e influyente», aunque un 67% se considere a sí mismos tratados con igualdad; lo que indicaría que «ningún sector o grupo social se siente en concreto especialmente discriminado, pese

a que la opinión genérica dominante en todos ellos es que esa discriminación existe». J. J. TOHARIA, *Opinión pública y Justicia* (cit. not. 2), pp. 112 y 151, 113 y 157, y 116.

(32) A. MINC podría considerar que fenómenos de este tipo son consecuencia de que la «democracia de la opinión pública» da entrada al populismo, caracterizado por un «antielitismo primario», que «necesita al juez, aunque no muestre ninguna deferencia por las reglas del derecho, para desacreditar a las élites, condición fundamental para su éxito». *La borrachera democrática* (cit. not. 18), pp. 190, 193 y 203.

que, con el tiempo, su heterodoxa aplicación de la ley acabe desembocando en una drástica reforma, o consolidando todo un nuevo paradigma jurisprudencial.

IX. La «politización» de la justicia

El alimento primigenio del juez-estrella tiene, sobre todo, que ver con el debate sobre el adecuado engarce de las condiciones de juez y de ciudadano. El punto de vista clásico, fácilmente tachable de conservador, consideraba que las responsabilidades arbitrales del juez le obligaban a asumir inevitables condicionamientos en su estatuto ciudadano. No se trataba tanto de pretender que hubiera de estar ayuno de ideas y convicciones —por más que alguno, quizá en un alarde de sinceridad, así se presentara— como de que no debiera transparentarlas. Frente a quienes en ello vieran alguna suerte de hipocresía, es preciso volver a insistir en el ya mentado juego de realidad y apariencia, con el inevitable protagonismo de la segunda en el ámbito de la pública opinión. Para merecer la confianza ciudadana el juez, como la mujer del César, no sólo debe ser imparcial (independencia subjetiva, sometida exclusivamente al tribunal de su propia conciencia) sino que ha de parecerlo (independencia objetiva, sometida obligadamente al tribunal de la opinión).

El problema, objeto de enjundioso debate en nuestro proceso constituyente, fue resuelto en teoría de modo drástico. La imparcialidad objetiva del juez resultaba incompatible con su vinculación subjetiva a estructuras partidarias⁽³³⁾. El regate práctico se produce al limitarse tal prohibición al ciudadano juez que se hallara administrativamente «en activo», facilitando a la vez generosas situaciones de excedencia que permitieron el correteo por los más variados cargos. De la antes aludida «judicialización de la política» habríamos pasado a la «politización de la justicia»: jueces que, precisamente por no ser un ciudadano más, se convertían en reclamos electorales, ocupaban altos cargos y volvían luego a desempeñar sus tareas jurisdiccionales ocupándose inevitablemente de personas o asuntos sobre los que en dicha fase podrían haber trabado particular conocimiento.

Todo ello llevó por el año 1996 a una enumeración restrictiva de los cargos públicos que podría ocupar un juez con reserva de su antigua plaza, así como al establecimiento de una no muy meditada cuarentena profesional al abandonarlos, posteriormente reformada para evitar tentadores fraudes de ley.

La agudización del problema tras la modificación en 1995 del sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judi-

(33) «Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos

públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos» (artículo 127.1 de la Constitución Española).

cial es bien conocida(34). Su reforma, en el marco del llamado Pacto de Estado por la Justicia, contribuyó decisivamente a desactivar la polémica entre los grupos políticos que controlan la elección; aspecto nada despreciable en lo que a apariencias se refiere, lo que ha aliviado sin duda la situación. Pretender que haya contribuido a la vez a erradicar la realidad del problema en el ámbito del propio Consejo sería incurrir en un notable exceso. Las etiquetas de «conservadores» y «progresistas» marcan decisivamente a los miembros de la carrera judicial, como obligada deuda al sistema de promoción, sin que el hecho de que en su mayoría no estén integrados en ninguna asociación profesional resulte prácticamente relevante.

X. El derecho como lenguaje

Nada menos adecuado, como resultado de estas reflexiones sobre el juego de apariencia y realidad, a caballo entre teoría y praxis, que derivar hacia un pesimismo fatalista. A mantenernos en un optimismo bien informado colaborará profundizar en la entraña real del derecho como lenguaje, y en el papel que apariencia y realidad cumplen en todo contexto lingüístico.

Hemos tenido ocasión de comprobar la capacidad del lenguaje para convertirse en «constituyente de la realidad». «El lenguaje configura la realidad, sólo quien tiene lenguaje posee mundo». Con el lenguaje como medio, el hombre se apodera del mundo y puede incluso apoderarse de su prójimo, ejerciendo poder; pero «sobre todo, el hombre a través del lenguaje se apodera también de sí mismo, se construye su mundo». En la medida en que es lenguaje, «también el derecho es un mundo»(35).

Parece más razonable cobrar conciencia de la continua necesidad de traducción que esta realidad lleva consigo y educarse en ella, que marginarse en la nostálgica incompreensión de quien aspira a un inviable esperanto. En una sociedad enriquecida por la convicción de que hablar una sola lengua no es sino síntoma de pobreza, habría que invitar —no sólo a los juristas sino también a educadores e informadores— a ejercer la actitud «políglota» de quien se sabe llamado continuamente a conjugar apariencia y realidad, ser y deber ser.

(34) La polémica había surgido ya en plena transición democrática, como ha recordado F. CAYON GARCÍA, «Prensa y opinión en el período constituyente», en *Historia de la transición y consolidación democrática en España* (ed. A. SOTO y otros), Madrid, UNED-UAM, 1995, p. 469.

(35) «Cuando el derecho "se aplica", se realiza, se produce una mediación de dos mundos»; porque «a través de la realización del derecho el deber ser y el ser se ponen en contacto». A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie* (cit. not. 20), pp. 111 y 112.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Director

ANTONIO PAU PEDRÓN

Director Adjunto

LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA: UN DESAFÍO PARA EL ESTADO DE DERECHO

Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003

PONENCIAS:

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ	ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH
JAVIER BARNÉS	AMANDO DE MIGUEL
LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO	ANDRÉS OLLERO TASSARA
HANS GERALD CROSSLAND	ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO
PEDRO CRUZ VILLALÓN	PEDRO DE PABLO CONTRERAS
FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ	GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
EMILIO JIMÉNEZ APARICIO	JUAN ANTONIO RUIZ GARCÍA
FRANCISCO J. LAPORTA	FERNANDO SÁINZ MORENO
JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR	PABLO SALVADOR CODERCH
MARIO G. LOSANO	GREGORIO SALVADOR
MIQUEL MARTÍN CASALS	IGNACIO SÁNCHEZ CÁMARA
CARLES VIVER I PI-SUNYER	

COMUNICACIONES:

BONIFICACIO DE LA CUADRA
CLARO J. FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ
CARMEN JEREZ DELGADO



COLEGIO
LIBRE DE
EMÉRITOS

THOMSON



CIVITAS