

Democracia con jueces

Perfecto Andrés Ibáñez*

Aproximación al tema

La relación entre los polos del par que da título a este trabajo ha sido, es y está destinada a ser siempre inevitablemente conflictiva; de distintos grados y calidades de conflicto, según los momentos de referencia.

En el Estado liberal de derecho, y no sólo cuando este es expresión de un contexto sociopolítico «monista» o «monoclase»,¹ sino prácticamente a lo largo de todo su desarrollo,² la administración de justicia es apenas una mera articulación burocrática, político-culturalmente compacta, entre las demás integrantes del aparato estatal. Ciertamente que con algunas particularidades diferenciales, carentes de trascendencia en lo sustancial, pues nunca fueron obstáculo para su eficaz integración/sumisión a la disciplina del ejecutivo, por el trámite de un ministerio *ad hoc*. A este contribuyó de manera decisiva, como se sabe, el modelo napoleónico de organización judicial,³ que, a partir de un proceso de selección inicial muy condicionado políticamente, organiza a los jueces en un entramado vertical, férreamente jerarquizado, con el efecto de una práctica anulación de la capacidad de independencia en la aplicación del derecho y la resolución de las causas.

* Magistrado del Tribunal Supremo Español.

En semejante marco, la relación juez/democracia es inexistente, o más bien de signo negativo. En efecto, los valores que esta implica resultan esencialmente ajenos a la judicatura, tanto en el plano orgánico como en el cultural. Por otro lado, la institución presta el servicio político de limitar, cuando no criminalizar generosamente, una amplia gama de conductas que, en contextos democráticos normalizados, constituyen, precisamente, un ejercicio de derechos básicos universalmente reconocidos a los ciudadanos.⁴ Pues, en efecto, es bien sabido que, históricamente, el desarrollo y afianzamiento de aquellos en el aludido marco estatal tuvo que producirse en oposición a criterios jurisprudenciales siempre significativamente limitativos en la materia.

Se da incluso la circunstancia de que la compacidad ideológica y la consistente homogeneidad de la burocracia judicial así constituida, la dota de una estabilidad e impermeabilidad a los cambios de signo progresivo que, en momentos de crecimiento democrático, cuando este se da en situaciones de continuidad institucional, puede plantear problemas de importancia. A veces, incluso, por la resistencia activa y militante de la magistratura o de significados sectores de la misma a la aplicación de la legalidad avanzada.⁵

En todo caso, ya sea porque los jueces —titulares de una forma de poder— no deben su nombramiento al sufragio y permanecen al margen del sistema de partidos, como es el caso de los países de la Europa continental; o bien, en la opción angloamericana, porque los integrantes de la jurisdicción, aún designados por elección popular o por el ejecutivo, tienen atribuida, en mayor o menor medida, una función de freno o contrapeso, su relación con el circuito democrático de formación de la voluntad política es de inevitable tensión y siempre potencial (y fisiológicamente) conflictual.

Pues bien, lo expuesto sirve para identificar dos ámbitos en los que, a mi juicio, debe hoy abordarse el tema, realmente sugestivo, de la relación entre jueces y democracia. Esto es, el que tiene que ver con la colocación institucional de aquellos y su relación con los órganos de la democracia política en el marco estatal; y el relativo al papel que el principio democrático juega o debería jugar en la propia organización de la magistratura y en la cultura del juez.

El juez en el Estado constitucional de derecho: el plano de la legalidad

En el Estado legislativo de derecho, la ausencia de una constitución normativa más allá del plano orgánico, y la organización de la dependencia del

juez en los términos aludidos limita la función de este al tratamiento de la micro-conflictualidad (civil y penal) propia de las relaciones entre particulares. En el Estado constitucional de derecho se produce, como es bien sabido y consta por experiencia reciente, un significativo reforzamiento de la presencia de aquel como *poder judicial*, en el sentido de *jurisdicción*, esto es, de aplicación del derecho *erga omnes*, incluidas las instancias de poder, y en condiciones de independencia.

En efecto, en los ordenamientos constitucionales de la segunda posguerra cabe registrar una consistente expansión del papel del derecho con la consiguiente ampliación, también, del papel de la jurisdicción.

La razón de este paso es bien conocida: la experiencia de los fascismos puso claramente de manifiesto que el mero juego de la democracia representativa y el consenso popular no garantizan por sí solos la calidad de la democracia y la bondad de los resultados de la política. Según esto, el Estado liberal de derecho habría demostrado su incapacidad o la falta de condiciones para hacer efectiva la garantía jurídica,⁶ que, en consecuencia, se trataría de reforzar en el plano normativo y dotando a éste de los necesarios soportes institucionales.

Se debe a Luigi Ferrajoli⁷ la formulación que mejor ilustra este proceso de transformación (verdadero «cambio de paradigma de la política y del derecho»); producido, esencialmente, a través de la consagración de los derechos fundamentales como «dimensión sustancial de la democracia», también «esfera de lo indecible», que en las constituciones rígidas están llamados a operar de manera efectiva en la forma de un sistema de límites y vínculos a la acción de los poderes públicos. De todos ellos, incluido, pues, el legislativo.

Los derechos fundamentales reciben por esta vía el tratamiento jurídico que corresponde a su calidad de «fundamento funcional de la democracia», porque es sólo «a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales como se realiza un proceso de libertad que es elemento esencial de la democracia» (Häberle);⁸ para la que antes aquéllos apenas habían pasado de ser un mero referente externo.

Semejante transformación no podía dejar de repercutir decisivamente en la posición del juez en sus relaciones con la política y con el derecho. De una parte, al hacer posible su acceso a un estándar de independencia antes impensable, que, en algunos casos (el italiano es emblemático), se materializa en la puesta a punto de una nueva institución de garantía de ese valor —el *Consiglio Superiore della Magistratura*⁹—. Y también por la sustancial modificación de la relación del juez con la ley en el momento de la interpretación/aplicación, que ahora comporta necesariamente un juicio de constitucionalidad, puesto que «existencia» y «validez»¹⁰ no son ya la misma cosa, al contrario de lo que sucedía en una democracia de corte

eminentemente procedimental; y, en consecuencia, el juez sólo queda sometido a la ley válida y está obligado a cuestionar la legitimidad constitucional que, a su juicio razonado, no guardé la necesaria relación *material* de coherencia con la Constitución.

El juez en el Estado constitucional de derecho: la «intervención» sobre «la política»

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

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

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

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

Es así como surgen y se difunden en años todavía recientes los fenómenos conocidos como de corrupción, que, por su extensión e importancia, distan de representar una anécdota de ilegalidad para constituir un nuevo fenómeno macroscópico de degradación criminal del poder.¹¹ En efecto, no se trata de episodios más o menos aislados de irregularidad en el manejo de los recursos estatales, sino de la apertura de un espacio público subterráneo, realmente franco de derecho, en el que una parte sustantiva

de aquellos se desvían a zonas opacas de la actividad política en las que son objeto de apropiación por los partidos de gobierno, convertidos así en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos y, a veces, en paradójicos agentes difusores de ilegalidad en ámbitos institucionales. De este modo, bien puede decirse, una parte significativa de la política real se hace *clandestina*, y, por su importancia, condiciona desde ese plano las vicisitudes formales de la política en acto en los espacios formal-constitucionales.

Tales nuevas formas de criminalidad del poder han tenido una difusión extraordinaria y, como no podía ser de otro modo, han acabado por ser objeto de la intervención judicial.¹² Es cierto que la incisividad de esta ha sido mayor o menor según el grado de independencia de la magistratura y del ministerio público en los distintos países.¹³ Pero, en todo caso, las correspondientes actuaciones habrían resultado impensables –y de hecho nunca se dieron– en marcos constitucionales de la precedente *generación*.

¿La democracia política «colonizada» por la jurisdicción, desde el derecho?

Las nuevas formas de presencia judicial representadas por el cuestionamiento de la constitucionalidad de las leyes y, sobre todo, por la persecución criminal de sujetos públicos –con la extraordinaria carga de deslegitimación que implica para estos el sometimiento al proceso– han producido notables sobresaltos y encendidas reacciones¹⁴ en el plano de la política práctica y también algunas consecuencias en el de la teoría política.

En el primero de estos, podría hablarse sin exageración de la conformación de un verdadero *partido transversal*,¹⁵ si no de una auténtica *internacional* de políticos *perjudicados* por la jurisdicción, que bajo la enseña del título de la clásica obra de Lambert,¹⁶ *oportuna* y apresuradamente rescatado, y debidamente descontextualizado, proclaman los riesgos de un «gobierno de los jueces». Desconociendo las poderosas razones con que Bachof¹⁷ había demostrado la inviabilidad de esa demagógica alternativa irreal, ya en 1959, frente a las suspicacias levantadas en algunos sectores de la opinión jurídica y política alemana por la Ley Fundamental de Bonn.

Demasiado derecho, demasiados derechos, demasiado rígidos, parece ser el lema y el problema, con el resultado –se dice– de una especie de cancelación de la autonomía de la política, que habría acabado por ser *sofocada* por el orden jurídico y, sobre todo, por las prácticas judiciales que este, en su modo de ser actual, hace posibles.

En tal contexto no faltan expresiones de añoranza de formas más férreas de organización de los jueces, conforme al patrón de la jerarquía administrativa, que sometieran eventuales iniciativas de alto riesgo al prudente tamiz de instancias de vértice, con *mayor sentido del Estado*.¹⁸

La objeción, sin embargo, no puede tenerse en pie, cuando lo cierto es que en el modelo de Estado que se contempla la política democrática tiene reservado un espacio tan amplio como que sus límites van desde lo jurídicamente indiferente hasta lo inconstitucional y lo ilegal y, en particular, hasta el Código Penal. Y no debe perderse de vista que —sintómicamente— la reacción frente al actual sistema cuando realmente se ha producido con mayor beligerancia es frente a la apertura de causas por actuaciones de sujetos públicos de evidente y gravísima relevancia criminal.¹⁹ La línea de oposición al modelo constitucional pasa, pues, sobre todo, por la impugnación del Código Penal como frontera de las acciones de gobierno. De ahí la reivindicación del viejo concepto de soberanía como *suprema potestas* propio de un poder que se quiere a sí mismo *legibus solutus*.

Al fin, lo contestado no han sido defectos de legalidad que pudieran haberse producido en actuaciones judiciales concretas. Lo verdaderamente cuestionado de manera frontal es el marco y el diseño de Estado que hace posible la intervención jurisdiccional como tal —la penal en particular— allí donde afloran indicios de delito en el operar de los sujetos públicos. Y, sistemáticamente, la denuncia es de invasión abusiva de la esfera política,²⁰ así como suena, con la pretensión de hacer pasar el dato altamente significativo de que, en tales supuestos, la única extralimitación denunciabile es la de quien trasciende los límites de la legalidad, con frecuencia de la legalidad penal. Ante supuestos de esta clase, resulta aberrante que pueda ponerse en duda la legitimidad del juez para actuar, y más aún que esto se haga en nombre de la democracia. Cuando lo cierto es que, en vicisitudes procesales de ese género, toda la legitimidad democrática está de parte de quien aplica la ley conforme a la Constitución —ambas, la más decantada expresión de la soberanía popular— frente a los malversadores del poder que esta les había conferido.

Debe rechazarse, pues, la insidia consistente en presentar a la jurisdicción como instancia ajena, cuando no antagónica, de la institución parlamentaria.²¹ De manera que, mientras el político corrupto e incluso delincuente convicto seguiría ungido por el fluido legitimador de las urnas, el juez sería siempre un operador deficitario en materia de legitimidad por su ajenidad a aquellas. Y, por tanto, su intervención *ilícitamente* perturbadora del curso y del pulso de la democracia política.

Cuando así se discurre se lleva a cabo una intolerable reducción procedimental de la democracia que, en el Estado constitucional, es cuestión no

sólo de formas sino también principios y contenidos, de derechos fundamentales, que deben ser respetados y realizados para que aquellas alcancen su verdadero sentido, que radica en servir de garantía a la plena vigencia universal de estos últimos.

Así, pues, no sólo existe un amplísimo espacio constitucionalmente asegurado para el desarrollo de la política, sino que, además, está en manos de quienes ejercen la posibilidad de restringir radicalmente con medios lícitos la incidencia de eventuales actuaciones judiciales sobre la misma. En efecto, basta considerar que las que más preocupan de estas —las de carácter penal— suelen producirse después de que se haya dado una crisis masiva de todos los controles parlamentarios y político-administrativos previstos, que es lo que permite la degradación criminal de las actuaciones públicas. De manera que bastaría una madura disposición a *tomar en serio* esa parte de la política, para que esta pudiera mantener exento de intervenciones *ajenas* su propio espacio, y, además, de la manera más *fisiológica*. Es decir, haciendo innecesarias las actuaciones de restauración del orden jurídico, que habría sido preservado de forma previa. Ahora bien, producida la acción delictiva en el sector público y por un sujeto de este carácter, sólo la reacción judicial puede *poner las cosas en su sitio* y, sobre todo, hacer que las instituciones concernidas asuman su responsabilidad y, en especial, su papel con objeto de hacer imposibles en el futuro situaciones de esa índole. La función general-preventiva de la respuesta penal tiene aquí un importante campo de desarrollo.

En contra de lo que, también con frecuencia, se ha sugerido en estos años, en el diseño de Estado que se contempla, la jurisdicción —con todo— no tiene atribuida una función de contrapeso político en sentido fuerte. Pues no ejerce una fiscalización capilar ni superpone su actuación de forma sistemática a las de las otras instancias de poder, con las que no mantiene una interlocución crítica permanente. Antes bien, sus intervenciones son ocasionales y de carácter puntual, tienen que ver con actos concretos, a los que también se limitan los efectos de aquellas; y se producen sólo a instancia de parte (¡ay! generalmente privada)²² y nunca de manera caprichosa. Más aún, las causas penales únicamente se inician en presencia de aparatosos indicios de delito; y, de existir alguna inercia en la materia, esta —por razones culturales y de *complicidad* institucional (piénsese en la general inhibición del fiscal)— operará en el sentido más favorable a la impunidad de los delitos producidos en ámbitos públicos, como ha sido históricamente la regla. Regla que, incluso hoy, tiene un elevado índice de vigencia, puesto que hay buenas razones para afirmar que la *cifra oscura* de la criminalidad en esos medios sigue siendo bien alta.

Lo que la democracia constitucional da y reclama al juez

El Estado constitucional de derecho, es verdad, comporta cierta *redistribución* de poder en favor del judicial, como consecuencia de la mayor relevancia del papel de este y de la consiguiente revitalización de su independencia. También conlleva un replanteamiento del criterio de legitimidad de la jurisdicción. Ahora bien, de una correcta inteligencia y consideración de estos rasgos estructurales del modelo se sigue no sólo el reforzamiento de la capacidad legal de intervención del juez, sino, asimismo, una serie de exigencias en materia de profesionalidad y de control (obviamente, de carácter no político) de responsabilidad por sus actuaciones que, por cierto y es de lamentar, en general, no han sido objeto de la debida atención y desarrollo.

El juez no es un sujeto político y tampoco un órgano de representación, pues le compete el desempeño de una función de garantía en última instancia de la efectividad de los derechos fundamentales y, en general, de la observancia de la legalidad; de lo que se sigue, como corolario, la exclusiva sujeción a la Constitución y a la ley y la ajenidad al sistema de partidos. Es por lo que su legitimación no puede depender del sufragio; sino que, cumplidas las exigencias legales precisas para el acceso a la función, la legitimación se tiene (o no) por el correcto ejercicio de aquella dentro de los parámetros constitucionales y legales. Es decir, mediante la observancia de las prescripciones estatutarias y de las reglas del proceso contradictorio, y, de estas, muy en particular, el imperativo de motivación de las resoluciones en materia de hechos y en derecho.

Así las cosas, la legitimidad del juez no es formal sino materialmente democrática, en cuanto su función está preordenada y es esencial para la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la «dimensión sustancial de la democracia», y debe ajustarse estrictamente a la legalidad constitucionalmente entendida, siendo, así, esta su vía de conexión con la soberanía popular. Se trata de una clase de legitimidad que no es asimilable a la derivada de la litúrgica investidura de las magistraturas del Estado liberal: *sacramental* y para siempre; sino *condicionada* y estrechamente vinculada a la calidad de la prestación profesional, sometida a la crítica pública y a eventuales exigencias de responsabilidad previstas en el ordenamiento.

El régimen estatutario del juez que demanda el modelo de referencia es, desde luego, rigurosamente incompatible con los criterios de articulación jerárquica que atentan contra su independencia; y también con las modalidades de disciplina que pudieran hacerlo contra su libertad ideoló-

gica y de conciencia en la valoración de las pruebas y en la aplicación de la ley al caso. Así, en cuanto a lo primero, y dicho en positivo, la organización judicial debería responder a criterios de *horizontalidad*, es decir, adoptar como imagen plástica de referencia la del *archipiélago* en lugar de la *pirámide* (Beria di Argentine),²³ para evitar que el momento jurisdiccional resulte interferido por el momento político-administrativo, como es la regla en el diseño napoleónico.²⁴ Y por lo que se refiere a la cuestión, central, de la disciplina, la reacción de esta clase sólo debería estar asociada a los incumplimientos profesionales, suficientemente tipificados y, además, por lo general, fácilmente detectables y objetivables con las necesarias garantías, para evitar manipulaciones inaceptables.²⁵ En tal sentido, democracia en el ámbito de la jurisdicción quiere decir ausencia de jerarquía como criterio de articulación política incompatible con la independencia, máxima difusión territorial del poder de juzgar, y cultura de la independencia como exclusiva sujeción a la ley.

La verdad es que en estas materias, no obstante su relevancia, suele haber un serio déficit de desarrollo de las aludidas exigencias constitucionales. Y el resultado es que, en la práctica, y tanto en el tema de la organización como en el de la disciplina, por lo general, siguen estando vigentes reglas legales y pautas bien poco compatibles con el actual perfil constitucional de la función jurisdiccional y del juez.²⁶ Más aún, cuando se producen planteamientos críticos sobre el particular a raíz de alguna actuación judicial incómoda o cuestionable, no es raro que surjan demandas de restauración del viejo modelo burocrático, que aseguraría la correspondencia de cada resolución a los criterios, siempre más fiables, *del superior*. Así, tampoco es infrecuente la irresponsable añoranza, como factor de certeza, de cierto tipo de vinculación al precedente judicial, sólo posible al precio de la falta de independencia del juez. Es la que concurre cuando este debe asumir mecánicamente los criterios del *superior en el orden procesal y jerárquico*, como única forma de hallar satisfacción en sus expectativas *de carrera*. Sistema que presupone una magistratura esencialmente cortada por el patrón de la administración, sustancialmente impermeable al pluralismo político-cultural, y que produce *certeza*, sí, pero sólo para el grupo social dominante y al precio de una justicia inequívocamente *de clase*.

Con todo, no cabe negar que demandas incluso como la de formulación tan impropia a que acaba de aludirse, apuntan a un problema real de la jurisdicción en el actual modelo de Estado. Y es que, en efecto, la mayor libertad operativa del juez en que se traduce su reforzada independencia y el inadecuado tratamiento de la responsabilidad profesional, sobre todo, cuando van acompañados de algún déficit de formación, pueden ser, y de hecho son, claros factores de inseguridad jurídica.

Ahora bien, este no es un resultado que deba cargarse en la cuenta del principio de independencia del juez rectamente entendido según el modelo constitucional, puesto que sólo se debe a un inadecuado tratamiento y desarrollo de este último. En efecto, la clase de *certeza del derecho* y de *seguridad jurídica* resultantes de la vigencia del sistema napoleónico de organización judicial no tenían que ver con la constitucional sujeción del juez a la ley, sino con su dependencia político-administrativa y la consiguiente homogeneidad ideológica, producidas en los términos antes ilustrados. Pero lo cierto es que los vínculos derivados de la sumisión a la jerarquía y del control ideológico capilar de los jueces como factor de *certeza y seguridad jurídica*, no han sido eficazmente sustituidos por mecanismos compatibles con el sentido constitucional de la independencia realmente aptos para producir la razonable y necesaria armonía y estabilidad en los criterios jurisprudenciales, de la calidad que demanda un Estado que sea efectivamente de derecho y, sobre todo, de derechos. Estos mecanismos son, en lo sustancial, una consistente dotación cultural,²⁷ un bien articulado sistema de instancias y recursos, que impida la dispersión de criterios jurisprudenciales;²⁸ y un tratamiento adecuado y riguroso de la responsabilidad disciplinaria por los incumplimientos profesionales. Todo en un marco permeable y abierto a la crítica pública de las resoluciones judiciales.

Las cuestiones problemáticas suscitadas por el papel del juez en el modelo constitucional de referencia tienen también una importante dimensión cultural que no puede ser desatendida. Las reticencias de raíz política frente al poder de aquel con su reforzado estatuto, favorecidas por la inercia en materia de formación, han llevado a hacer que los jueces sigan viéndose a sí mismos preferentemente en el espejo heredado del jurista del positivismo dogmático. Es decir, como intérpretes privilegiados del único sentido de la ley, cual mecánicos y *naturales* productores de certeza. Ello a consecuencia de una deficiente comprensión del orden jurídico, cuyo modo de ser actual no tiene la necesaria presencia en los textos de preparación del ingreso en la magistratura y tampoco aparece debidamente incorporado al *sentido común profesional* de sus operadores. Así, no es exagerado afirmar que el juez de estos años padece, en la materia, cierto *síndrome del burgués gentilhomme*, es decir, un mal conocimiento o incluso desconocimiento de la verdadera calidad de los instrumentos que emplea, por ejemplo, cuando pondera en la aplicación de principios sin plena conciencia del alto margen de discrecionalidad que se abre ante él y de la necesidad de justificar adecuadamente su uso.

Curiosamente, a producir el resultado que se expresa en este fenómeno han contribuido no poco —desde el ámbito académico— autores que, preocupados por el *extrapoder* del juez y por los riesgos del activismo judicial, han tratado de mantener a aquel en su adscripción al más rancio de los

paleoformalismos. Esta actitud tiene un buen exponente en posiciones como la de Requejo Pagés, para quien «el juez debe limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento».²⁹

Por esta y otras vías de similar inspiración, se contribuye a generar y perpetuar el tipo más peligroso de juez: el que opera desde la falsa conciencia de los perfiles reales del propio papel, de la naturaleza del poder que ejerce. La insistencia —burda o más elaborada— en la apología del formalismo interpretativo y hasta del paradigma exegético, lleva directamente a la difusión de actitudes judiciales irresponsables presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente, de la discrecionalidad inevitable.

Creo, sinceramente, que en este plano, frente a las distintas formas de defraudación de las exigencias del vigente modelo constitucional en materia de jurisdicción que habitualmente se ponen en juego, con sus lamentables consecuencias de diversa índole, sólo cabe, por ineludible imperativo de respeto al mismo y porque, además, es el único modo de conjurar riesgos como los apuntados, procurar que los jueces sean operadores plenamente conscientes de la centralidad de su función y de la verdadera calidad de su poder. Sólo así podrán ejercerlo del único modo legítimo que cabe, es decir, con estricta sujeción a la ley, con el adecuado sentido de la responsabilidad, con pleno respeto de las reglas procesales del juego, con conciencia informada del alcance de sus decisiones y dotando a estas de justificación racional en todos sus aspectos, que las haga suficientemente comprensibles.

Las garantías jurídicas constitucionalmente fuertes en cuanto presididas por la vocación de efectividad que les confiere el hecho de ser judicialmente accionables, comportan, según se objeta en algunos casos, cierta hipoteca para la libertad de acción de las mayorías actuales, impuesta por una mayoría, un día constituyente, que ahora no existe, con la *no-democrática* mediación judicial. Pero la cuestión no está en la existencia de la hipoteca en sí misma, sino en lo que realmente garantiza y en la calidad de la alternativa que representaría su inexistencia como tal. Y a este respecto hay buena constancia histórica y actual de la clase de hipotecas que el constitucionalismo débil y la falta de garantía jurisdiccional de los derechos supone para las ciudadanía presentes y por venir. Y, asimismo, experiencia sobrada de hasta dónde puede y suele llegar el poder político, incluso democrático y progresista, librado a su propia dinámica: esto es, sin límites de derecho, jurisdiccionalmente accionables, a su actuación.

El judicial no responde, obviamente, a la tópica imagen de *poder bueno per se* que durante tanto tiempo ha difundido de sí mismo. Está sujeto a idénticos riesgos de degradación que el ejercido por cualquier otra instancia y toda su bondad posible depende del juego eficaz de las garantías,

que son formas institucionalizadas de legítima desconfianza frente al juez. Por tanto, es claro que sin garantías procesales —que a su vez presuponen las orgánicas— no hay ejercicio de poder judicial constitucionalmente aceptable. Del mismo modo que sin poder judicial que ocupe el espacio que la Constitución le asigna no hay democracia efectiva, es decir, de sujetos con derechos.

Notas

1. Uso estas expresiones en el sentido de G. Zagrebelski para referirme a las sociedades liberales del siglo XIX y primera parte del XX, en las que «las fuerzas antagonistas, en lo esencial, aparecían neutralizadas y no encontraban expresión en la ley», en las que «el proletariado y sus movimientos políticos eran mantenidos alejados del Estado mediante la limitación del derecho de voto» (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1995, págs. 31-32).

2. La justicia, en el modelo estatal de referencia, ha resultado ser un mundo especialmente integrado y compacto; un «cuerpo separado», con fuerte tendencia a la endogamia, culturalmente cerrado y muy poco sensible a las transformaciones del entorno social (véase Salvatore Senese, «Aparato judicial y lógica del sistema», en *Política y justicia en el Estado capitalista*, de varios autores, ed. de P. Andrés Ibáñez, Barcelona, Fontanella, págs. 159 y ss.).

3. A la iniciativa de Napoleón Bonaparte —para quien «le plus grand moyen d'un gouvernement, c'est la justice»— se debe el modelo de organización judicial vigente en los distintos países de la Europa continental y su área de influencia a partir de las primeras décadas del siglo XIX. La primera piedra del nuevo edificio es la Constitución del año VIII, que «en dos artículos bastante discretos, el artículo 41 y el artículo 68 [...] fija el marco de un *estatuto de la magistratura* que en sus grandes líneas ha llegado hasta nosotros» (Royer). Ese marco está dado, en principio, por la atribución del nombramiento de los magistrados al poder ejecutivo con la contrapartida de la inamovilidad. De él formarán parte esencial también la articulación de los jueces en *carrera*, férreamente gobernada desde el vértice (el Tribunal de Casación, la Corte Suprema) que junto a las funciones jurisdiccionales de última instancia asumirá las de control, es decir, de promoción y disciplina, esto es, de administración de las expectativas profesionales de los funcionarios judiciales, en un régimen de altísima discrecionalidad, bajo «la autoridad soberana, absoluta, del ministerio de justicia» (Flandin).

El modelo de *carrera* fue ya contestado en los primeros momentos de su instauración. Frente a él, el propio Flandin (en un discurso de 10 de febrero de 1894) reivindicó un procedimiento en el que el *avancement* no dependiera de la *favueur*, para que la carrera pudiera salir «de la sombra de los corredores ministeriales» y su desarrollo se hiciera transparente.

Tales sensatas reclamaciones no tuvieron ningún éxito y, como es sabido, el esquema napoleónico gozó de una enorme difusión, al extremo de que aún perma-

nece, prácticamente intocado, en muchos países, o en algunos de sus mecanismos organizativos centrales en otros que han introducido cambios en el sistema de gobierno judicial, conservando, sin embargo, la *carrera* y la más alta discrecionalidad en la política de nombramientos.

Como contrapunto a la opción napoleónica, es de señalar lo sucedido en la Italia republicana, en el desarrollo de la Constitución actualmente vigente. Precisamente para conjurar «los peligros de la carrera» (Calamandrei), aquel texto estableció en su artículo 103.3 que «los magistrados se distinguirán entre sí solamente por la diversidad de sus funciones». Sobre el desarrollo de este precepto con el resultado de la abolición de la carrera, puede verse A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, 3ª ed., 1990, págs. 45 y ss.; también, E. Bruti Liberati y L. Pepino, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio Superiore*, Milán, Feltrinelli, 1998, págs. 100 y ss. Estos autores recogen una cita de F. Cordero sobre la significación práctico-política del paradigma de *carrera* que vale la pena transcribir: «Cada magistrado dependía de algún modo del poder ejecutivo en cuanto a carrera; los seleccionadores eran altos magistrados con un pie en la esfera ministerial; tal estructura piramidal orientaba el código genético; el *imprinting* excluía opciones, gestos, gustos que repugnasen a la *bienséance* filogubernativa; y al ser una desgracia resultar discriminados, como en toda carrera burocrática, reinaba el impulso mimético» (*I poteri del magistrato*, en «L'Indice penale», 1986, 1, pág. 31). (Las referencias a las vicisitudes francesas están tomadas de J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, París, Presses Universitaires de France, 1995, págs. 407, 425-426, 608 y 610. La cita de Calamandrei es de *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, EJEA, Buenos Aires, 1960, pág. 98).

4. Sobre esta dimensión del papel de la magistratura puede verse: G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870/1922*, Bari, Laterza, 1969. Como señala muy bien el prologoista de la obra, A. Galante Garrone, a través de sus páginas y mediante el análisis de la jurisprudencia en materia tan emblemática como el tratamiento del derecho de huelga, el autor demuestra que la magistratura y el ministerio público, al vaciar de contenido el concepto de «causa razonable» que haría legítimo su ejercicio, actuaban «no sólo y no tanto por las interposiciones y las presiones gubernativas, como por una íntima, espontánea propensión, que reflejaba los requerimientos de una opinión dominante resentida y perturbada, y de particulares ambientes sociales» (págs. X-XI). Y es que, en efecto, una de las *virtudes* del contemplado modelo organizativo es su capacidad de generación de un cierto *sentido común* en los jueces que los convierte en un medio extraordinariamente eficaz de control social, a través incluso de la interpretación reductiva de las normas dotadas de algún contenido progresivo en materia de derechos.

5. Tal fue el caso que en Italia se conoce como «guerra de las Cortes», producido por la negativa de la Corte Suprema a aplicar la Constitución reinterpretando la legalidad preconstitucional, que hizo que sus sentencias tuvieran que ser llevadas reiteradamente ante la Corte Constitucional, lo cual hizo prevalecer los preceptos constitucionales (algunas indicaciones al respecto pueden verse en R. Canosa y P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bolonia, Il Mulino, 1974, págs. 327 y ss.). Esa decisión de la alta magistratura de «congelar la

Constitución» produjo un interesantísimo movimiento de base e. Los propios jueces, de reivindicación del respeto a la jerarquía normativa y dirigido a introducir la norma suprema en el circuito interpretativo (sobre el particular, véase S. Senese, ponencia recogida en *Atti del seminario su «La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale»*, Milán, Giuffrè, 1978, págs. 46-48).

6. Es bien ilustrativo al respecto el papel jugado por las distintas magistraturas en los países europeos durante la experiencia de los fascismos, así como en otros supuestos, más recientes, de involución totalitaria en los países del Cono Sur de América Latina. Resulta la mar de elocuente comprobar cómo —con excepciones de carácter individual— aquellas evolucionaron de forma *natural* con los respectivos contextos para integrarse con plena funcionalidad en los *nuevos Estados*. Y, por cierto, contestar, con mayor o menor beligerancia, a las nuevas constituciones en el momento de la restauración de la democracia.

7. Entre otras obras del autor pueden consultarse al respecto: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de P. Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, en particular, págs. 15 y ss.; y «Lo stato di diritto fra passato e futuro», en P. Costa y D. Zolo (comps.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, Feltrinelli, 2002, págs. 349 y ss.

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

9. El *Consiglio Superiore della Magistratura* nace con la Constitución italiana de 1947. Está integrado por magistrados (2/3) elegidos por sufragio directo dentro de la propia magistratura y por juristas (1/3) que lo son por las cámaras parlamentarias. El diseño de la institución respondía al propósito de asegurar la tutela de la independencia judicial, evitando al mismo tiempo tanto el riesgo de cierre corporativo a que tendría que llevar una composición exclusivamente judicial, como el heterogobierno político en que podría derivar la alternativa opuesta. El primer efecto de la entrada en vigor de la nueva institución fue extraer las funciones de gobierno del ámbito de la judicatura, de manera que la alta magistratura tuvo a partir de ese momento un cometido exclusivamente jurisdiccional.

La Constitución española de 1978 introdujo el modelo de Consejo en su versión italiana original. Sin embargo, el diseño constitucional no fue suficientemente respetado en su primer desarrollo legislativo por la mayoría de centro-derecha, lo que provocó una reacción drástica por parte de la mayoría socialista tras su victoria electoral, consistente en disponer la elección parlamentaria de todos los miembros del Consejo, incluidos, por tanto, los judiciales. Después de veinte años de experimentación de este sistema, el resultado ha sido de una clara sobrepolitización partidista de la institución, que soporta por ello una notable carga de deslegitimación. Este resultado ya lo había previsto el Tribunal Constitucional que a pesar de haber declarado compatible ese tratamiento legal con el imperativo constitucional (cabría, al menos, dijo, una lectura en tal sentido), advertía de los riesgos de que por esa vía el órgano de gobierno de los jueces pudiera verse arrastrado a la lógica del Estado de partidos, como, en efecto, ha sucedido. Es por lo que el propio Tribunal Constitucional aconsejaba la vuelta al sistema original.

En muchos países de Amé. Latina, en años todavía recientes, se han instituido Consejos de la Magistratura, con diversas variantes en los respectivos diseños, en los que invariablemente se reitera el mantenimiento de atribuciones de gobierno en poder de las Cortes Supremas, con lo que implica de continuidad del viejo sistema.

(Sobre el Consejo italiano puede verse, en la bibliografía en castellano, A. Pizzorusso, «La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n° 24/1995. Sobre las aludidas vicisitudes del Consejo Español, P. Andrés Ibáñez y C. Movilla, *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986 y P. Andrés Ibáñez, *Justicia/conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988. Sobre el desarrollo de la implantación de la institución en América Latina, H. Fix-Zamudio y H. Fix-Fierro, *El Consejo de la Judicatura*, México, UNAM, 1996.)

10. Sobre el particular, véase L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero Bandrés, Trotta, 5ª ed. 2002, págs. 357 y ss.

11. Al respecto, pueden verse: D. Della Porta, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*, introducción de A. Pizzorno, Il Mulino, Bolonia, 1992; P. L. Zanchetta, «Tangentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales», P. Andrés Ibáñez, «Tangentopoli tiene traducción al castellano», en P. Andrés Ibáñez (comp.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 85 y ss.; F. J. Laporta y S. Alvarez (comps.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997; A. Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991. También, M. Travaglio, *Il manuale del perfetto impunito. Come delinquere e vivere felici*, Milán, Garzanti, 2000.

12. La experiencia de estos años sobre el particular es ciertamente riquísima y denota un grado de generalidad y extensión de las prácticas ilegales de los sujetos públicos realmente sorprendente. En particular, porque estas han dejado de ser privilegio de las llamadas «repúblicas bananeras» y de los países en precario grado de desarrollo, para hallar un escenario privilegiado en los del Primer Mundo con democracias constitucionales consolidadas.

A esa nutrida fenomenología de la delincuencia del poder se une ahora —es paradigmático también en esto el caso de Italia— la respuesta a la respuesta judicial, que tiene escandalosas manifestaciones recientes y en curso en la obra legislativa promovida por Berlusconi y llevada a cabo por la mayoría que le sustenta. Se trata de leyes *ad hoc* dictadas para desactivar de la forma más grosera los procesos criminales en marcha que afectan al *Cavaliere*, a las que se unen insidiosas actuaciones políticas de criminalización de los magistrados que se limitan a cumplir con su deber de aplicar el Código Penal. Al respecto, véase Luigi Ferrajoli, «Giustizia», en *Il governo Berlusconi. Le parole, i fatti, i rischi*, Roma-Bari, Laterza, 2002, págs. 73 y ss.

13. Resulta del mayor interés comprobar cómo la intensidad y la calidad de la respuesta desde la legalidad a la corrupción suele estar en relación directa con el grado de independencia de la magistratura y, muy en particular, del ministerio público. Así, en Italia, siendo cierto que por la singularidad de las vicisitudes políticas del país durante los años de la Democracia Cristiana y del *pentapartito*, la corrupción pudo alcanzar un altísimo grado de desarrollo, también lo es que el

fenómeno no habría adquirido la visibilidad ni provocado la reacción jurisdiccional que se conoce de no haber sido por la garantía de independencia que allí asiste al fiscal, que goza de un estatuto similar al de la magistratura decisoria. A lo que habría que añadir la fuerte cultura de la jurisdicción que en el país ha hecho posibles formas de respuesta judicial a fenómenos como el terrorismo y la mafia.

Sobre la relevancia del estatuto del fiscal como factor decisivo en la persecución o encubrimiento judicial de los fenómenos de referencia, puede verse: J. Nicod, «El ministerio público en Francia», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 18/1993; A. Crenier, «Il pubblico ministero in Francia», en *Questione Giustizia*, 4/1999; R. Muhm, «Dependencia del ministerio fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana. Crisis del modelo y perspectivas de reforma», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 22/1994; del mismo autor con M. Muhm, «Alemania: en busca de la independencia de la magistratura», en la misma revista, 33/1998; P. Andrés Ibáñez, «Por un ministerio público “dentro de la legalidad”», en *Nueva Doctrina penal*, 1998.

14. Este es un asunto que bien merece ser objeto de reflexión. La entrada de un imputado *excelente* en el proceso penal suele estar acompañada de un aparato despliegue de propaganda antijudicial que, por lo regular, mira a la descalificación, no sólo de la singular iniciativa, sino de la institución en general. Al extremo de que ha sido de lo más frecuente que esa clase de inculpados hayan protagonizado verdaderos «procesos de ruptura», poniendo en juego tácticas *procesales* dirigidas no a defenderse dentro de la causa, sino, directamente, a hacerla saltar. Resulta revelador comprobar que sujetos con actuales responsabilidades de gobierno o que las han desempeñado en el pasado inmediato, notables exponentes del *establishment*, hacen uso, en marcos institucionales, de formas de actuación propias de quienes operan al margen del sistema y buscan su destrucción. (Sobre el tipo original de procesos de ruptura (hoy desbordado por las experiencias a las que acabo de aludir), véase J. M. Vergès, *Estrategia judicial de los procesos políticos*, trad. de M. T. López Pardina, Barcelona, Anagrama, 1970.

15. De izquierda a derecha, de derecha a izquierda, es realmente llamativa la simetría de las actitudes.

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

17. O. Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de R. Bercovitz, Madrid, Taurus, 1963. Como escribiera este autor: «No se puede designar realmente como “soberano” a quien no puede actuar más que represivamente, a quien carece de toda iniciativa propia para la configuración política, a quien sólo puede actuar a petición de otro órgano estatal o de un ciudadano lesionado, a quien, finalmente, en el desempeño de su función de control, tiene que limitarse a los asuntos que —considerados desde el punto de vista del órgano de control— le llegan casualmente. Tampoco se puede pasar por alto que la función de control de los tribunales no implica solamente una disminución de poder del legislativo y del ejecutivo, sino también un fortalecimiento de la autoridad de los poderes controlados» (pág. 51).

18. No es infrecuente que con ocasión de algunos procesos, llevados con inobjetable legalidad, contra sujetos con altas responsabilidades políticas, a falta de otro posible reproche, se haya imputado a los jueces *falta de sentido del Estado*, es decir, insuficiente conciencia de la singular naturaleza de los sutiles equilibrios en que de ese modo incidían de forma perturbadora, *dificultando* objetivamente *la gobernabilidad* (no importa que las causas pudieran seguirse por verdaderos *crímenes de Estado*). Es sumamente ilustrativa la actitud de un periodista español que a raíz de la condena del jefe de los servicios secretos por un delito de interceptaciones ilegales, expresaba —por todo comentario— la queja de que se hubiera condenado a «un hombre de Estado». En su discurso quedaba claro que los jueces no lo eran. Sin duda porque *sólo* actuaron a partir de la Constitución y la ley.

19. Resulta paradigmático al respecto el que en España se conoce como *caso Marey*, que, además, va bastante más allá de la simple irregularidad en el manejo de fondos públicos, que, por supuesto, también se produjo. Se trata del secuestro de un ciudadano francés, supuestamente integrado en la banda terrorista ETA, organizado desde el ministerio del Interior. El Tribunal Supremo dictó sentencia condenatoria, entre otros, contra un ex ministro del ramo, un ex secretario de la Seguridad del Estado y un ex director general de la Policía, sentencia que ha sido recientemente confirmada por el Tribunal Constitucional, al rechazar los recursos de amparo formulados contra ella. Pues bien, el Partido Socialista, en el gobierno en la época de los hechos, con el ex presidente González a la cabeza, protagonizó una auténtica *revuelta* contra la jurisdicción, tachando la sentencia de *injusta y política*, incluso con concentraciones ante la prisión en la que tuvieron que ingresar los condenados, sobre los que, por cierto, pronto llovieron indultos. Sobre esta resolución, puede consultarse con provecho: J. Igartua Salaverria, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, Trotta, 1999.

Antes, en los años ochenta, se había producido otro caso también de singular relevancia y muy ilustrativo para el tema que aquí se trata, cuando una juez de Bilbao inició la persecución de un delito de torturas a un detenido, durante su permanencia en el cuartel de la Guardia Civil de esa ciudad. Lo he analizado en «Independencia del juez, pero autonomía de la Guardia Civil: A propósito del “caso Huerta”», ahora incluido en P. Andrés Ibáñez, *Justicia/conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 206 y ss. Los agentes sospechosos se negaron a comparecer ante la juez para la diligencia de identificación, secundados por la jerarquía del cuerpo y luego por el gobierno y la mayoría parlamentaria. Después, se dictarían sentencias condenatorias... y también concurren indultos.

En fin, me parece del mayor interés a este respecto la clara coincidencia de ex presidentes de gobierno como González, Thatcher y Menem en la frontal oposición a la irreprochable iniciativa judicial contra Pinochet, por *razones*, obviamente, *de Estado*.

20. En un marco de Estado constitucional de derecho, cuando la ilegalidad —y más si criminalmente relevante— aflora en ámbitos públicos, no hay alternativa: la acción de la justicia debe *invadir* los espacios del delito, aunque estos sean nucleares dentro de la institucionalidad estatal, aunque pertenezcan al *sancta sanctorum* (es un decir) de ésta. En tales casos, si hay alguna invasión ilegítima que denunciar,

no será precisamente la del juez, debido, por razón de legalidad, sino la representada por las conductas —siempre graves, en ocasiones gravísimas— violadoras de esta. Sonroja tener que recordar algo tan obvio como que el mal está siempre en la llaga y no en el dedo que la señala.

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

22. Resulta curioso comprobar que mientras en Italia la reacción penal frente a la corrupción ha sido protagonizada por el ministerio público, en España, en general, se ha debido a la iniciativa privada, mediante el uso de la acción popular. Que, por cierto, en medios políticos, y con notable consenso, se querría ahora *redimensionar* en sus posibilidades legales de ejercicio.

23. A. Beria di Argentine, *Giustizia anni difficili*, Milán, Rusconi, 1985, pág. 204.

24. En efecto, en ese modelo, el sistema de instancias jurisdiccionales corre en paralelo a la escala jerárquica, de manera que, por lo regular, la instancia que conoce del recurso promovido contra la resolución de otro, no sólo expresa un diferente momento procesal, sino un superior grado en el escalafón de la carrera. De este modo, y puesto que en este plano jerárquico en el que tienen su sede funciones de control de marcado perfil ideológico, es obvio que esta clase de fiscalización se filtra también, de manera eficaz, en las decisiones de los tribunales superiores.

25. Resulta revelador que el régimen legal y la exigencia práctica de la responsabilidad disciplinaria sobre los jueces ha estado generalmente dirigido a velar por valores como el «prestigio» o el «decoro», fácilmente instrumentalizables en clave de control ideológico y generadores de enorme inseguridad jurídica; mientras que los incumplimientos profesionales en perjuicio del justiciable estándar han podido producirse, en general, en un cierto régimen de impunidad. Es por lo que en ocasiones se ha hablado, con razón, de un *pacto no escrito*, en cuya virtud el sistema aseguraría a los jueces inmunidad frente al exterior, a cambio de fidelidad y funcional integración en la política en acto.

26. Por no hablar de líneas de nombramientos (para cubrir puestos con funciones de gobierno o en los altos organismos judiciales) inspiradas en motivaciones político-partidistas, cuando no pensadas para condicionar en una determinada dirección la resolución de una causa relevante, en curso o de posible incoación.

27. Pienso no sólo en la imprescindible preparación técnico-jurídica, sino en la necesidad de un comprometido esfuerzo de formación de la sensibilidad profesional de los jueces en ciertas materias, como, muy en particular, el respeto de las garantías y el celo en la motivación de las decisiones.

28. En efecto, por esta vía y con instrumentos puramente jurisdiccionales, puede obtenerse un alto estándar de homogeneidad en la respuesta judicial. Para ello se hace necesaria la concentración de las funciones de apelación en el menor número de órganos posible y la máxima apertura del recurso de casación, aunque sólo sea en interés de ley. Algo bien distinto de lo que ahora sucede en España en materia penal, cuya realidad al respecto puede servir muy bien como ejemplo de lo que no debe hacerse. En efecto, las sentencias por delitos conminados con penas de hasta cinco años de prisión pueden ser recurridas en apelación antes las Au-

diencias Provinciales, que deciden en última instancia, sin posibilidad de casación, y, por tanto, sin que exista una instancia encargada de la unificación de los criterios de esa clase de tribunales, cuyo número gira en torno al centenar y medio. Ciertamente es que, en la práctica, por vía doctrinal y de debate se consigue una notable aproximación de las soluciones jurisprudenciales, pero estos son medios colaterales que deberían funcionar en todo caso, además y a partir de la puesta en juego de los recursos orgánicos más racionales.

29. J. L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 154. El autor completa su punto de vista sobre el particular describiendo el sistema jurídico como una red de distribución de agua y al juez como el encargado de manejar la llave de paso, «sin añadir nada».