El papel de la justicia penal en el Estado de la crisis

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

Una observación incluso superficial permite percibir en el momento presenta diversos indicadores sumamente expresivos de algunas transformaciones relevantes producidas durante los últimos años en el mundo de la justicia; de la justicia penal sobre todo.

Bastaría considerar algunos supuestos bien conocidos: el caso Ballesteros, los de *El Nani* y la *mafia policial*, el del espionaje, también *policial*, a algunos partidos políticos, el caso de la colza; y más recientemente el caso Amedo y los casos Guerra y Naseiro.

Los casos aludidos son muy distintos unos de otros. Pero todos en su conjunto evidencian, en una apreciación global, un claro sobredimensionamiento del papel de la justicia.

En efecto, no puede ser más notorio que la justicia tiene incluso un exceso de presencia dentro del conjunto de los temas que son objeto de preocupación social, de los que se nutre la opinión. Bastaría para confirmarlo el progresivo desplazamiento del tratamiento periodístico de muchas de esas cuestiones a las páginas *de nacional*, lejos de la *crónica de sucesos* y además a cargo con frecuencia de comentaristas políticos.

Al mismo tiempo cabe constatar también la existencia de algunos signos que parecerían apuntar precisamente hacia todo lo contrario: la pérdida de papel de la jurisdicción en otros campos, como el del control social de determinadas conductas, que discurre cada vez en mayor medida al margen de aquélla y de la propia ley; también el del control de legalidad de la actividad de la policía en el que igualmente la justicia encuentra especiales dificultades para el desarrollo de su cometido constitucional. En fin, la escandalosa incapacidad de esa misma justicia para tutelar de manera efectiva los intereses sociales agredidos por la llamada delincuencia económica, mediante la persecución eficiente de las correspondientes conductas antijurídicas.

La causa de tal aparente hiperprotagonismo de la jurisdicción seguramente hay que buscarla en una serie compleja de circunstancias, que tienen que ver de manera especial con transformaciones operadas en el propio Estado y en su manera de relacionarse con la sociedad. Y también, cómo no, en la propia específica naturaleza del llamado poder judicial.

Entre nosotros Carlos de Cabo ha analizado estos fenómenos de manera muy sugestiva, al interpretarlos en el contexto de la crisis del Estado social.

El creciente intervencionismo del Estado social hizo del Estado el lugar de mediación de las relaciones de capital y trabajo. Con la crisis del modelo el Estado pasa a ser un lugar privilegiado del conflicto social. Ello produce una particular forma de *politización*, en el sentido de que «no hay problemática o reivindicación que no se convierta inmediatamente en demanda al Estado y exija y produzca una intervención política»[1].

Esta nueva situación se refleja también en la función de la institución parlamentaria, que experimenta una acusada pérdida de protagonismo político por la pérdida de capacidad de control del ejecutivo. Con ello, además de una importante quiebra en la práctica del estado de derecho, se abre un vacío en la necesaria fiscalización del poder desde el poder. Vacío que, en ocasiones, tiende a cubrirse, quizá patológicamente, para decirlo con Luhmann, mediante «el deslizamiento» de algunos problemas decisionales al ámbito de la jurisdicción[2].

Correlativamente, la ley sufre una transformacción importante en su misma morfologia y también en su función que dista mucho de ser la que le asignara el primer positivismo jurídico[3].

En efecto, el actual ordenamiento no puede estar más lejos de la idea de código. Se vive incluso un proceso de «descodificación»[4] y desestabilización normativa sobre todo en algunos ámbitos. Y una extraordinaria proliferación de reformas y disposiciones, que en ocasiones determinan la superposición de planos entre sí contrastantes —incluso antagónicos— en el orden de los principios dentro de un mismo texto legal. (La tan burdamente remendada Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente puede ser el ejemplo más claro.) Esto tiene como repercusión inevitable un fuerte potenciamiento de la discrecionalidad judicial en el ámbito de la interpretación.

Al mismo tiempo, parece cada vez más evidente que el equilibrio del sistema en sus constantes, la llamada *gobernabilidad*, demanda del orden jurídico la asimilación tolerante de una notable cuota de ilegalidad[5], a la que parece *no podría* renunciar. (Los casos Guerra y Naseiro enseñan.)

El defectuoso funcionamiento de algunas instan-

[1] C. de Cabo. *La crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1986, p. 39.

[2] N. Luhmann. *Stato di diritto e sistema sociale*, trad. de F. Spalla, Guida Editori, Napoli, 1978, p. 59.

[3] Puede verse P. Barcellona. *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milano 1984 pp. 141 y ss. También M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984., pp. 29 y ss. y M. Brutti, «I giudici, le regole, l'illegalità», en *Democrazia e diritto*, 4-5/1986, pp. 7 y ss.

[4] La expresion se debe a N. Irti en *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

[5] Sobre esa «política de la ilegalidad» puede verse P. Flores D'Arcais, «La democracia tomada en serio», en *Claves de razón practica*, mayo 1990, n. 2, pp. 4 y 5.

cias político-administrativas, o bien la circunstancia de que las mismas permanecen cerradas de hecho a determinadas demandas sociales, hacen que lleguen a la instancia judicial, penal especialmente, asuntos extraordinariamente conflictivos, que por lo general desbordan su capacidad de resolución. Son muchas las demandas sociales que buscan en la criminalización de ciertas conductas, preferentemente públicas, la forma de abrirse camino en el sistema. Generalmente tienen que ver con derechos sociales básicos jurídicamente desprotegidos y así simplemente abandonos a la discrecionalidad administrativa.

Por eso se habla con razón de una cierta «judicialización del conflicto socio-político»[6], que arranca al juez de su cometido tradicional de resolutor de microconflictos, para lanzarle a la mediación de conflictos de notables relieve en el orden sociopolítico.

Es justo así que se haya utilizado el término *suplencia*[7], para referirse a una nueva función atípica que el juez se ve llevado a desempeñar para cubrir determinados vacíos como el antes apuntado.

Se alude con ella precisamente a esa carga de nuevas competencias que instancias políticas y administrativas contribuyen a desplazar sobre la magistratura a causa del mayor o menor incumplimiento de sus funciones de prestación, mediación o control.

Es lo sucedido en muchos de los supuestos antes señalados.

Quizá sea uno de los más significativos el constituido por aquellos casos en los que se ha puesto en evidencia todo un modo de operar policial francamente connotado de ilegalidad, evocador de algo más que situaciones episódicas, para apuntar a la existencia de una grave contradicción irresuelta que afecta a la esencia misma del estado de derecho. Me refiero a la representada por la existencia de *momentos de verdadero poder fáctico* en las prácticas de alguna institución, la policial en concreto.

Se trata de casos como algunos aludidos en los que resulta curioso que la cuestión de fondo hubiera podido pasar al margen de la denuncia política, de la sensibilidad de las cámaras, hasta el momento de adquirir estado judicial.

El desplazamiento sobre la jurisdicción de estos nuevos cometidos, aparte de su valor de síntoma de que en muchos casos «no sirve la política que nace de la relación Gobierno/Parlamento»[8], tiene al final un grave efecto deslegitimador para la misma justicia, aunque pueda presentarse como una forma de aparente reforzamiento de su significación.

Esto es así porque esa nueva tarea desborda francamente sus posibilidades de intervención en condiciones de mínima eficacia y porque hace aparecer como nuevas competencias judiciales lo que no son sino manifestación de graves incumplimientos y desequilibrios registrados en otras instancias. Convirtiendo al juez en un *político por subrogación*. No porque la función judicial pueda ser ajena a un cierto nivel de politización, sino porque en este caso se opera una *sobrepolitización patológica*.

Así, no es extraño que mientras agentes políticos y sociales se afanan en la utilización estratégica de la jurisdicción para incidir sobre algunas gravísimas disfuncionalidades o inadecuaciones de las prácticas del sistema al modelo constitucional y legal, desde los propios aparatos del Estado se busque la neutralización de la instancia judicial y su descrédito[9] si llega el caso.

Es evidente que estas circunstancias hacen más difícil de hecho el desarrollo de los cometidos específicamente judiciales, que pasan forzosamente a un segundo plano, desde luego en la opinión, pero sobre todo en la práctica cotidiana de muchos juzgados y tribunales.

Se ha hecho también referencia a otro fenómeno de extraordinaria importancia que, por el contrario, pone de manifiesto una expropiacion *de facto* a la jurisdicción de contenidos que sí tendrían que ser sólo y específicamente jurisdiccionales.

Me estoy refiriendo a la extraordinaria ampliacion del espacio policial —como espacio policial autónomo— que está teniendo lugar en estos años. Particularmente bajo la forma de intervenciones masivas sobre amplios estratos de población (sujetos marginales, especialmente jóvenes, extranjeros...), en las que el factor desencadenante de la actuación no es la investigación de un posible hecho delictivo, sino el dato sociológico de pertenencia a un determinado sector social.

Junto a actuaciones de este tipo, que afectan individualmente a los concernidos en cada ocasión, pero extraordinariamente difundidas, hay que registrar otras que constituyen auténticas expediciones preventivas de castigo, dirigidas generalmente contra los habitantes de zona suburbiales de infravivienda, bajo la forma de operaciones estacionales (de primavera, verano...), de naturaleza esencialmente propagandística[10].

En unos y otros casos es fácil apreciar la emergencia o incluso consolidación de un verdadero derecho penal-procesal de carácter policial, de orientación básicamete preventiva y de carácter rigurosamente extralegal, fundado en la sospecha.

El recurso a esta clase de medidas se hace de modo explícito sin ulteriores finalidades procesales,

[6] Así C. de Cabo, en *op. cit.*, p. 75

[7] Un interesante análisis de este fenómeno puede encontrarse en D. Pulitanò, «Suplenza giudiziaria e poteri dello stato», en *Quaderni costituzionali*, 1/1983, pp. 93 y ss.

[8] D. López Garrido. «Una historia interminable», en «Temas de nuestra epoca: La crisis de la justicia», *El País*, 21 de enero de 1988.

[9] Descrédito harto facil, por otra parte, en las actuales condiciones de inefectividad del poder judicial en su dimensión de servicio publico.

[10] En la linea de una burda legitimación de estos modos de operar se inscribe la pretension de sancionar administrativamente el consumo público de drogas. De hacerse efectivo lo que ahora se proyecta, supondria pura y simplemente la *penalizacion del consumo* de aquéllos cuya *privacidad* se desarrolla inevitablemente en la calle. (Sobre la desigual distribución de los ámbitos de vida privada y sus consecuencias en el orden penal, puede verse: E. Lamo de Espinosa y J. Carabaña, «Vicios privados y virtudes publicas. Consideraciones sobre etica, marginacion social y derecho penal», en *Sistema*, n. 53, 1982, pp. 33 y ss.).

No debe perderse de vista, no obstante, que el consumo se encuentra ya fuertemente *penalizado* de hecho entre nosotros, pues no cabe dar otra significación a la pesada incidencia de la actuación policial *preventiva* sobre aquellas personas en las que concurren determinados estigmas y, más extensivamente, sobre los sectores sociales a que normalmente pertenecen

sino por puras razones inmediatas de una llamada protección ciudadana o de mantenimiento de la seguridad en la calle.

Así la intervención policial pierde su naturaleza siquiera formalmente instrumental y subordinada al ejercicio de la jurisdicción, que es características de su colocación en el Estado de derecho, para cargarse de significación *sustantiva* y convertirse en el órgano autónomo de una nueva y anómala función penal extraconstitucional y de hecho[11].

Lo expuesto ofrece un panorama en el que la jurisdicción, particularmente en su dimensión penal, sufre una profunda crisis de identidad funcional, que repercute negativamente en su propia significación como instancia preordenada a la prestación de determinadas garantías.

En efecto, encuentra dificultades insalvables de orden práctico —y no sólo— para desarrollar una función represiva verdaderamente coherente con el imperativo constitucional. Al extremo de dejar desprovistas de tutela amplias franjas de intereses y necesidades sociales, en tanto se hiperprotegen otras de forma escandalosa. Escandalosa también desde el punto de vista procesal.

Mientras, simultáneamente, ya hemos visto cómo un importante segmento de las actividades de control social discurren cada vez más al margen de la justicia. E incluso al margen del Estado. Ahí está para demostrarlo la intranquilizadora proliferación de policías privadas, no se sabe si paralelas, como expresión de un fenómeno de *refeudalización* del poder, de rearme autónomo de la propiedad privada.

Por otro lado, resulta ser un dato bien expresivo hasta qué punto el ejecutivo puede ser beligerante frente a la jurisdicción, cuando se trata de decisiones o actuaciones de la misma que le afectan.

El poder judicial ha demostrado en este punto ser particularmente incómodo e incluso en ocasiones *insoportable*[12] en la forma que aparece diseñado en la Constitución. Tanto por razones de carácter económico como político.

En cuanto a lo primero, no cabe duda que el gasto de justicia es uno de los considerados *improductivos* en el marco del vigente modelo de Estado. Así, es ya una idea ampliamente difundida que resulta obligado abaratar los costes de la justicia, por la vía de *deflacionar el proceso*, de reservar el juicio oral para un reducido porcentaje de casos, en la línea de la justicia americana.

Por lo que se refiere a lo segundo, el fortalecimiento de la instancia policial va acompañado de un decidido propósito de reforzar también el papel del fiscal[13] en el proceso —sobre todo en un momento que se dice extraprocesal—, desde su posición de dependencia del ejecutivo.

Todo lo expuesto hace ostensible una clara línea de tendencia impresa en la dinámica del Estado actual, que se orienta hacia el depotenciamiento del momento juidicial como momento de control o de garantía, con cierta dimensión de contrapoder. Dimensión ésta que es consecuencia de la particular ubicación del poder judicial en el marco del estado de derecho, que lo sitúa en alguna medida fuera del marco estricto del estado-aparato y en una posición de autonomía[14].

No cabe duda que esto es algo que hoy choca francamente con la dinámica de decisionismo y necesidad de sustraerse al derecho que el ejecutivo del Estado moderno pone reiteradamente de manifiesto.

[11] Me he ocupado de esto en «Juzgado de guardia: "el estado de bienestar" en el banquillo», en *Jueces para la Democracia. Informacion y Debate*. pp. 12 y ss.

[12] La gravisima agresión política de que se hizo objeto a la juez Huerta en el *caso Linaza* es no desde luego el unico pero si el ejemplo mas claro a que cabe acudir (Puede verse a este respecto mi «Independencia del juez pero autonomia de la guardia civil: a propósito del "caso Huerta"», en *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 206 y ss.).

[13] De nuevo el *caso Linaza* tiene una valencia de extraordinario relieve pedagógico sobre el papel político del Ministerio Público en nuestro presente contexto institucional. Véase al respecto el moderado ejercicio de la acción penal por parte del fiscal de Bilbao en aquel supuesto, no obstante la llamativa riqueza de los indicios de culpabilidad para los después condenados que refleja la lectura ahora de la importante sentencia de la Seccion Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 16 de noviembre de 1990.

[14] Puede verse L. Ferrajoli *Dritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1 ª ed 1989, p. 593.