

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

“LA DERROTA DEL DERECHO”

DISCURSO DE INGRESO

en la academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña

JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA

y

CONTESTACIÓN

del miembro de número de la academia

IL·LM. SR. D. JUAN CÓRDOBA RODA

BARCELONA

MMXII

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

“LA DERROTA DEL DERECHO”

DISCURSO DE INGRESO
en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña
JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA

BARCELONA
MMXII

DISCURSO DE INGRESO
en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña
JOSÉ JUAN FERREIRO LAPATZA

I INTRODUCCIÓN

Quiero y debo comenzar mi intervención con un recuerdo personal y académico de mi predecesor en la plaza para cuya cobertura he sido generosamente propuesto por los académicos Dres. Cordoba Roda, Reina y Jiménez de Paga. Y, asimismo generosamente aceptado como académico electo por esta digna corporación en su reunión de 25 de noviembre de 2009.

Me refiero, al hablar de mi predecesor, al Prof. Dr. D. Ramón Badenes Gasset. Y no he sufrido equivocación alguna al referirme a un recuerdo personal y académico.

Cierto que no tuve el honor de tratar directa y personalmente con el prof. Badenes; pues él ya había dejado sus tareas docentes cuando, mediada la década de los ochenta, yo me incorporé a la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Pero ya mucho antes había conocido al Dr. Badenes a través de su obra. Pues para un trabajo redactado en el tercer curso de mi licenciatura, en la Cátedra de Derecho Civil, se nos había recomendado la obra de Badenes Gasset sobre tanteo y retracto publicada en 1958. El nombre de Badenes ya me era conocido por las citas de Castan, cuyo manual estudié durante los cuatro cursos de Derecho Civil que entonces se realizaban en la carrera.

Pero la lectura de su obra, “La preferencia adquisitiva en el Derecho español” me hizo conocer, con atención y detenimiento a un gran jurista. Grande por su modo de conceptualizar las relaciones sociales reflejadas en el ordena-

miento. Grande por su claridad y por la precisión del lenguaje jurídico utilizado. Su nombre no fue nunca olvidado por mí.

Y su recuerdo se acentuó cuando, ya en 1985 se acercó a mi despacho de la Facultad un abogado barcelonés que se presentó con el nombre de Ramón Badenes Chillida para solicitar de mí la dirección de su tesis doctoral.

Al preguntarle yo si tenía algo que ver, dados sus apellidos, con el prof. Badenes, me contestó: “ya lo creo, es mi padre”.

Nunca pude aplicar mejor el dicho popular “de tal palo tal astilla”. El Dr. Badenes Chillida realizó su tesis con todo rigor y detenimiento. Mucho más del que yo podía esperar de un abogado en ejercicio que tiene que compatibilizar su trabajo diario —un trabajo duro y fuerte como sabemos todos los que hemos ejercido la abogacía— con un trabajo de investigación que merezca verdaderamente este nombre.

Yo no creo en las casualidades. Creo que somos una suerte de partículas libres de un Uno que marca, dentro de sí, un orden en nuestras vidas, que también forman parte de él. Y en ese orden inscribo mis relaciones personales y académicas en cuya memoria y honor procedo ahora a pronunciar mi discurso.

II LA DERROTA DEL DERECHO

Dos son, a mí entender los significados que con más frecuencia se usa la palabra derrota: camino o senda que sigue algo o alguien y vencimiento en una lucha.

El título de mi discurso hace referencia a los dos: un camino o retirada o vencimiento en la lucha por el Estado de Derecho.

Este título no ha sido, desde luego, una ocurrencia momentánea o de última hora con el propósito de llamar la atención.

Por el contrario, alude al tema que más me ha ocupado y preocupado en los últimos años como profesional del Derecho. Como persona que ha ejercido toda su vida el oficio de jurista. Un oficio con el que me he sentido realizado y remunerado como individuo, y con el que he tenido la conciencia cierta de servir a la sociedad en la que vivo en algo que es esencial y de enorme importancia para ella. El hombre es un animal político; y la “polis” solo puede vivir si se organiza jurídicamente, a través del Derecho.

El Estado —ha dicho Kant— solo puede entenderse como un conjunto de ciudadanos bajo leyes jurídicas. Por ello me preocupan ahora enormemente dos fenómenos que percibo con viveza todos los días al leer la prensa —sobre todo la llamada prensa de opinión—, al escuchar a los responsables políticos, en los ambientes académicos, profesionales o culturales en los que me muevo; en mis contactos, en fin con todas las personas con las que me relaciono. A los que,

si se encuentran aquí, tengo ya ahora que pedir perdón por obligarles a escuchar, una vez más, bastantes cosas que ya he dicho públicamente o que he publicado en anteriores ocasiones.

No hago con ello sino –y así reitero mis disculpas ante estas personas—seguir las pautas metodológicas que me enseñaron mis maestros (Berliri, en Bolonia; Paulick en Würzburg; Valdés Costa en el ILADT; y sobre todos, Sainz de Bujanda en Madrid) en la Universidades en las que he estudiado y aprendido pautas metodológicas que se siguen, por lo demás, con frecuencia en toda obra científica.

Si el tema es suficientemente importante, debo de dedicar a él varios años. Años para pensar, para observar la realidad social, para leer, y para construir, poco a poco, la obra final. Y este poco a poco puede dar origen –cuando se procede honestamente— a diversas publicaciones si se da, en cada una de ellas al menos un paso más sobre anteriores escritos, clases, conferencias o intervenciones públicas de diverso diseño.

Esto es lo que hago yo ahora al volver a hablar quizás por última vez, de aquellos dos fenómenos o realidades que , según he dicho hace un momento percibo con claridad y viveza todos los días.

El primero es el desprecio por el Derecho y la Ciencia que lo estudia, que lo critica, que lo crea y analiza. El segundo, la sustitución de normas jurídica por otras reglas, consejos o cánones de conducta que no tienen la fuerza del Derecho, que no son normas jurídicas pero que –en la intención, sobre todo de aquellos que las impulsan, las publican y las apoyan—tienden a confundirse con los preceptos o reglas de Derecho creando una apariencia jurídica con la que se pretende, pura y simplemente la retirada del Estado de Derecho. Del Estado y del Derecho como organizadores de nuestra vida social, para hacernos retornar a un estado “natural” en el que los fuertes deben imponerse a los débiles, pues esto es, según los poderosos de cada momento, lo “natural”.

“En cada Estado –dice Trasímaco en “La República”—la justicia no es más que la utilidad del que tiene la autoridad en sus manos, y por consiguiente, del más fuerte. De donde se sigue, para todo hombre que sabe discurrir, que la justicia y lo que es ventajoso al más fuerte en todas partes y siempre es una misma cosa”.

Sócrates-Platón no están de acuerdo, naturalmente con ello. La justicia, la ley, el Derecho deben imponerse a todos, evitando la lucha de todos contra todos y protegiendo así a todos, incluso a los que hoy son los más fuertes, y pueden, mañana, dejar de serlo.

Esta es la idea que ha movido nuestra evolución y civilización como seres racionales partícipes de una civitas, de una sociedad en que todos se reconocen como iguales, sujetos todos a la ley y al derecho.

Y esta es la idea que han atacado desde siempre todos aquellos que desean ver liberado el lado más oscuro del alma humana, el afán de dominación sobre los de-

más como puso de relieve como nadie, hace ya más de cuatro siglos de historia Hobbes. Y ya en terminología actual esta es la idea que atacan, con todas sus posibilidades, aquellos que ahora quieren sustituir el Estado por el mercado; los que buscan a toda costa la desregulación, la retirada y derrota del Estado de Derecho.

Por ello, para recordar lo que debiera ser obvio, conviene que nos detengamos en esta expresión –Estado de Derecho—con una corta explicación de cada uno de los términos o palabras que la componen.

Todos, y especialmente los juristas, tenemos una cierta idea de lo que es el Derecho. Yo, naturalmente, también la tengo.

Una idea ampliamente compartida por los juristas del ámbito europeo continental. Aquel ámbito en el que el Derecho ha alcanzado, en mi opinión, un punto más alto de elaboración racional.

Conforme a esta idea, y en un sentido objetivo, en cuanto esta palabra designa un objeto, un sector, aspecto o parte de la realidad, el Derecho puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida social de una comunidad. Tal conjunto de normas puede ser identificado como el ordenamiento jurídico de esa comunidad. Entendiendo por norma jurídica una regla de conducta que la comunidad política hace suya y a la que, en consecuencia, presta su propia fuerza coactiva.

Una comunidad hace suya como norma jurídica una determinada regla de conducta, cuando ésta se exterioriza a través de una de las fuentes que la propia comunidad política reconoce como cauces o modos de producción del Derecho o, si se quiere, como “formas” del Derecho válidamente producido: Constitución, ley, reglamento, costumbre, etc.

La comunidad política define así –y esta idea debe quedar muy clara ya que constituye el leitmotiv de mi intervención—lo que es y lo que no es Derecho, delimitando un ordenamiento jurídico con el que trata de garantizar, en todo caso, un determinado tipo de organización social. Con el que trata de garantizar, en una sociedad democrática, un orden esencial de convivencia compatible con la libertad individual.

En un sentido diferente al sentido objetivo de la palabra Derecho al que acabo de referirme, el Derecho como ciencia social, como saber acumulable y objetivo capaz de ser comunicado, como diría Bobbio, intersubjetivamente, es un sistema de conceptos que sirve para organizar el Estado, la comunidad política, la sociedad.

Dentro de este sistema conceptual la ciencia del Derecho construye, fabrica esquemas de conducta o relaciones sociales simples (la filiación, la posesión, la obligación, p. ej.) que pueden combinarse en esquemas complejos, las instituciones (familia, propiedad, tributo, p. ej.) que la comunidad política puede hacer suyos incorporándolos a una norma jurídica. Norma jurídica que, a su vez, está destinada a insertarse en un sistema que debe de responder, como todo sistema, a

ciertas reglas estructurales (jerarquía, competencia, generalidad y especialidad, coherencia etc.). Norma jurídica que constituye el instrumento técnico natural para la realización del Derecho, que pasa, así, de ser un puro conocimiento científico a ser una técnica de organización social real y efectiva.

Pues bien, como todo instrumento técnico, desde el más sencillo, como el azadón o el martillo, al más complicado, como puede ser un acelerador de átomos, la norma jurídica ha de reunir para ser tal (subrayo: para ser tal) las cuatro características esenciales de todo instrumento técnico. Acuñaadas no solo por la ciencia y por la técnica sino, en un escalón superior, por la filosofía de todos los tiempos, desde Aristóteles, el gran enciclopedista del saber filosófico griego, a Heidegger, especialmente en un trabajo publicado en español —“La pregunta por la técnica”—en 1994. Y voy a referirme en pocos segundos a estas cuatro exigencias de todo instrumento técnico y, por tanto de toda norma jurídica.

- La forma. Con un lenguaje técnico coherente —gramatical, sintáctica y científicamente— la norma ha de saber transmitir con claridad el mandato que contiene.
- El contenido. La norma ha de identificar sin confusión la conducta social a que se refiere. Sin este contenido esencial, dice Canaris, la norma no es una norma, es una apariencia (y subrayo ahora esta palabra), es una apariencia normativa que no puede ser tenida en cuenta como norma.
- Forma y contenido han de adecuarse al fin para el que fue fabricado el instrumento.
- El instrumento ha de poder ser utilizado en el espacio para el que fue fabricado. En nuestro caso, en el espacio constitucional para el que fue fabricada la norma.

Un espacio que, con arreglo a los conocimientos acumulados durante siglos por la Ciencia del Derecho, debe ser ocupado por un sistema normativo, un ordenamiento claro, preciso, coherente y abarcable por sus destinatarios, basado en normas dotadas del necesario grado de abstracción y generalidad. Generalidad y abstracción, “tipicidad”, unidas indefectiblemente a las ideas de igualdad, certeza y seguridad consustanciales con todo Estado democrático de Derecho.

Permítanme que me detenga unos minutos en estos dos conceptos, esenciales en la construcción de un Estado de Derecho. Generalidad y abstracción no son sólo dos conceptos técnicos a utilizar en el análisis jurídico como exigencias de forma en la constitución del ordenamiento. Son fundamentalmente y sobretodo exigencias de contenido para la realización efectiva del Derecho. Son requisitos sustantivos y esenciales de toda norma jurídica que se incorpora a un ordenamiento democrático. Pues, lo repito e insisto en ello, generalidad y abstracción incorporan y aplican con toda intensidad los dos valores superiores, la esencia misma de la democracia: la igualdad y la libertad.

El carácter abstracto de una norma o, si quiere, la tipificación cierta y precisa de la acción social ordenada jurídicamente está íntimamente unida a la seguridad y a la certeza y se coloca, así, en primerísima línea, al servicio de la libertad.

La generalidad de la norma no es sino el reflejo más genuinamente jurídico de la igualdad.

Piero Calamandrei, en la conferencia de inauguración del curso 1934-1935, en la Universidad de Florencia, en los tiempos ya más duros del fascismo mussoliniano, en un texto recogido en una pequeña obra que, con el título “Fe en el Derecho”, acaba de publicarse ahora en castellano, fue quien mejor ha puesto de relieve que sólo normas dotadas del suficiente grado de abstracción y generalidad pueden nuclear y configurar el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho.

Pues solo ellas pueden impedir las decisiones arbitrarias; la arbitrariedad de jueces y funcionarios.

La decisión arbitraria sin una base jurídica conocida por todos e igual para todos es lo que mejor permite calificar y excluir a un Estado del círculo de los Estados de Derecho. Y no me estoy refiriendo solo, ni siquiera fundamentalmente, a las dictaduras. Me estoy refiriendo sobre todo a aquellos Estados en los que el descuido y el menosprecio del ordenamiento entendido como conjunto de normas abstractas y generales permiten la reducción o retirada del ordenamiento jurídico del campo de la regulación de las relaciones sociales. Y en el mismo grado permiten la extensión del Estado de hecho; la vuelta al Estado natural en el que, como acabo de recordar, se destapa el fondo más consistente, por desgracia, del alma humana: el afán de dominio sobre los demás. La lucha de todos contra todos. Aunque no sea lucha física sino lucha económica en un mercado —según dicen los economistas más liberales— en que como los caballeros de la Edad Media —todos pueden luchar contra todos venciendo el más fuerte— o —como se dice ahora— el más competente; en un mercado no intervenido de competencia perfecta. En un Estado de hecho, vuelvo a decir, en el que el fuerte se impone a los débiles y reduce a estos a un estado de sumisión en el que ninguna norma les ampara.

Fue otro gran jurista, sin embargo, Hans Kelsen quien, en los mismos años treinta en que se gestó su obra a partir de su “Teoría pura del Derecho”, más contribuyó a menoscabar el valor de generalidad y abstracción como componentes esenciales de la norma, confundiendo norma y decisión o acto de aplicación a un caso concreto; sea un acto de un particular (el contrato como *lex inter partes*), de un funcionario o de un juez.

Y fue otro gran jurista, Carl Schmitt quien —en aquellos mismos años en su obra sobre los tres modos de pensar el Derecho y con independencia de su ideología claramente nazi— volvió a poner las cosas en su sitio subrayando una vez más la, para mí y para muchos, muy clara distinción entre la norma que se integra y forma parte del ordenamiento y el acto de aplicación o decisión conforme a Derecho que aplica este ordenamiento a un supuesto singular y concreto.

Convencido como estoy ahora y he estado siempre de que sólo el Derecho concebido, en su núcleo y esencia como conjunto de normas abstractas y generales, como ordenamiento, puede hacer realidad el Estado de Derecho.

Pero el Derecho, ya lo sé, no es solo su núcleo y esencia; no es solo el ordenamiento. Es también la comprensión, la explicación y la decisión o aplicación del ordenamiento en un caso concreto.

Hacer Derecho es también comprender y aprender el ordenamiento y también aplicar y aprender a aplicar el ordenamiento.

Pero no debemos confundirnos. El centro de atención de todo jurista es el ordenamiento. Los conceptos generales y fundamentales. Las relaciones estructurales que permiten verlo como un todo, como una unidad, como un sistema. Solo conociéndolo así podemos aplicarlo correctamente. Solo enseñándolo así podemos enseñarlo correctamente.

El centro de atención de todo jurista ha de ser el Ordenamiento. Ya sea en su análisis directo, como estudioso o investigador, ya sea en su intervención, en la elaboración de una norma, sea aplicándolo, sea enseñándolo.

El análisis de los actos de aplicación, el acto de aplicación en sí mismo solo puede ser realizado, comprendido y estudiado desde, a partir, dentro, ante y bajo el ordenamiento general. Para comprenderlo, acatarlo y, en su caso criticarlo y promover su reforma.

Parece, sin embargo, que en los últimos años, en España en particular, pero también en el resto de la Europa continental, la atención de los juristas se está trasladando del ordenamiento general al análisis del caso concreto. Sin duda en ello ha intervenido decisivamente, junto a otros factores, endógenos, la influencia del Derecho norteamericano. Un sistema u ordenamiento en el que el precedente tiene una gran importancia. Aun con la eterna duda dentro de todo el sistema anglosajón, de sí el precedente crea o concreta una norma o aplica una norma o un orden compuesto de principios o normas generales escritas o no escritas. Con la flexibilidad, pero también con la inseguridad que ello comporta.

Pues bien, a mi juicio, este traslado o variación de perspectiva traerá graves consecuencias sobre nuestra Ciencia del Derecho y la formación de nuestros juristas. Y ello, no lo duden, irá en detrimento de la bondad y perfección de nuestro Ordenamiento y dificultará la realización entre nosotros del Estado de Derecho.

La técnica del caso concreto, cuando se exagera en el análisis del Derecho, incita a ver fragmentariamente este sistema de normas. A perder de vista su unidad. A atender únicamente a las normas aplicables al caso, a las sentencias y decisiones administrativas que ya las han aplicado. A cuidar cada árbol sin tener en cuenta el bosque; y, al final, a fabricar un ordenamiento también fragmentado en que lo importante es el cada vez más aislado grupo de normas aplicables a una materia concreta. Grupo de normas que se suman, sin más, a otros grupos de normas en un conjunto asistemático, prolijo e ininteligible, como el que, quizás, ya estamos padeciendo.

La técnica del caso concreto empuja a dar más importancia de la debida a sentencias y decisiones administrativas que no crean normas sino que aplican normas jurídicas. Y a confundir estos productos jurídicos-sentencias y decisiones administrativas que aplican el ordenamiento –con otras “cosas” que “no son Derecho”, Códigos de conducta, recomendaciones de determinados organismos (ICAC, Banco de España, FMI, OCDE) y, en fin, todas aquellas otras cosas que, en el ámbito de la Unión Europea, integran, también, el llamado “soft law”; decisiones, comunicaciones, recomendaciones y dictámenes de distintos órganos de la Unión. Todos aquellos productos o actos, acuerdos o recomendaciones que no son Derecho. Que llenan el espacio que debería cubrir el Derecho; y que transforman –reduciendo el ámbito de su aplicación y forzando así su retirada— un estado o situación de derecho en un estado o situación de hecho.

La ofensiva contra el Derecho, contra el Estado de Derecho no se detiene. Promovida siempre por aquellos que, obviamente, creen con razón que su fuerza sobre los demás puede imponerse mejor en una situación de hecho que en un Estado de Derecho. Y no se conforman solo con sustituir las normas jurídicas por consejos, recomendaciones y otras actuaciones que no crean normas jurídicas.

El deterioro del sistema, la retirada y destrucción del Derecho alcanza su más evidente y alto grado de perversión, cuando se consigue hacer leyes que no son leyes, hacer normas que no son normas, hacer Derecho que no es Derecho y que sólo es una apariencia de Derecho que encubre vacíos jurídicos cada vez más evidentes y notorios.

Y ello ocurre no sólo cuando la inepticia técnica de quienes elaboran las leyes consiguen redactar artículos que nada dicen. Así, por ejemplo, el art. 36.1 LGT nos dice, en una más que evidente tautología, que “son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias”. Es decir, que son obligados tributarios los obligados tributarios.

Pero ocurre, sobretodo y con especial gravedad, cuando el legislador publica en el BOE una ley que dedica numerosos artículos a crear una apariencia normativa, de regulación de una determinada materia, sector o parte de nuestra organización social, en ocasiones de una singular importancia, que carecen de contenido jurídico alguno, que no contienen norma jurídica alguna y que son simples apariencias de normas que cubren un absoluto vacío jurídico. Falsas normas cuya falsedad se demuestra con el hecho de que su supresión –si se borran del BOE—no variaría un ápice nuestra organización jurídico-social.

Me refiero, por ejemplo, y creo que es un ejemplo significativo, a la inmensa mayoría de las normas que regulan, en apariencia y en los distintos Estatutos de Autonomía la Hacienda de cada Comunidad, con especial incidencia, aparente, en los ingresos.

De hecho repito, de hecho España, el Estado español no puede sino definirse, hacendísticamente hablando sino como un Estado federal. Las cifras cantan: un 35% aproximadamente del gasto público está a cargo de las entidades locales; un 35% de las Comunidades autónomas y un 30% del Estado central.

Y sin embargo, jurídicamente y hablando siempre de la Hacienda pública, España es, según la Constitución, un Estado fuertemente centralizado. Pues la única norma jurídica con eficacia real y efectiva que contiene la Constitución respecto a los ingresos de las Comunidades está contenida en el art. 157.3 CE y dice que el Estado podrá regular mediante Ley Orgánica el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades respecto a sus ingresos. En cualquier forma, en cualquier momento, con cualquier contenido, siempre que respete, en cualquier grado, mínimo o máximo la autonomía que la propia Constitución reconoce a entidades locales y Comunidades autónomas.

Es el Estado el que fija unilateralmente —actualmente a través de la LOFCA— los ingresos de las Comunidades autónomas. Sin que éstas —las C.C.A.A.— puedan ampararse en ninguna otra norma que los determine con un mínimo de precisión.

¿Por qué, entonces, los Estatutos de Autonomía dedican tantos artículos a la Hacienda Pública y, dentro de ella, a los ingresos de cada Comunidad?

Pues, sencillamente, y en mi opinión, para crear una apariencia normativa, no una normativa, de Estado federal respecto al reparto de los ingresos públicos.

El caso del Estatuto de Cataluña últimamente aprobado es paradigmático. Ninguna norma real y efectiva se contiene en los artt. 201 a 211 que contiene el Título VI del Estatuto que, pretendidamente, se refiere a la financiación de la Generalidad.

No quiero referirme a todos y cada uno de estos artículos; ya lo he hecho, también en público, en ocasiones anteriores.

¿Qué norma contiene, p. ej., el art. 201, en el que se dice que la financiación de la Generalidad se rige por los principios de autonomía, coordinación, transparencia, suficiencia, responsabilidad, equidad y lealtad institucional? ¿Qué norma contiene el art. 203 cuando dice que corresponden —¡claro!— a Cataluña los rendimientos de los impuestos cedidos, así como su gestión, así como “en el marco de las competencias del Estado”, ciertas capacidades normativas?

¿Qué dice el art. 206 en el que se prevé nada menos que “la participación en tributos del Estado y mecanismos de nivelación y solidaridad”?

El título de este artículo anuncia ya el contenido plagado de términos económicos en frases vacías de contenido.

Así, los recursos de Cataluña se basarán en sus necesidades de gasto y capacidad fiscal.

Así, el porcentaje se establece teniendo en cuenta sus servicios y competencias.

Así, los recursos de Cataluña podrán ajustarse para garantizar la nivelación y solidaridad con las demás comunidades para alcanzar niveles similares, siempre y cuando lleven a cabo el mismo “esfuerzo fiscal”. ¿Cómo se mide el esfuerzo fiscal? Cada economista dará una respuesta: presión fiscal, recaudación por impuestos directos, recaudación por habitante, etc., etc.

Así, debe tenerse en cuenta para fijar las necesidades de gasto la población rectificadora por costes diferenciales y variables demográficas como el porcentaje de población inmigrante, densidad, núcleos de población urbana y “población en situación de exclusión social”.

Pues bien, o más bien pues mal; sobre este vacío jurídico se han sembrado tantas discusiones, tantas divisiones entre los ciudadanos de este país; se han quemado tantas energías políticas que debieran haberse empleado en algo útil. Cervantes, sigue siendo, por desgracia, quién mejor nos ha retratado. Luchamos contra molinos, peleamos contra fantasmas, contra puras apariencias desprovistas de contenido, contra el vacío.

Y para remachar el clavo, el TC en su ya célebre Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña se refiere también a los artículos 201 a 211, a los que ahora me estoy refiriendo y, asombrosamente, declara inconstitucional el inciso “siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar” del apartado 3 del artículo 206.

Muy interesado en aprender del T.C. lo que nunca había sabido o entendido, es decir, que quiere decir exactamente “esfuerzo fiscal”, me fui a la pág. 660 de la Sentencia.

Y en esta página se puede leer lo que sigue: “esta frase” (la que se refiere al esfuerzo fiscal) “incurrir en inconstitucionalidad. Aunque el precepto no precisa cual haya de ser el contenido y alcance que tenga la expresión esfuerzo fiscal...”. O sea, que se declara inconstitucional una frase que el propio Tribunal reconoce que no sabe lo que quiere decir. Ya he pedido públicamente que si alguien lo entiende que me lo diga y me contradiga. Nadie me ha contestado. Y yo sigo sin entender nada.

Pues aunque el TC continúa diciendo que, diga lo que diga, esta frase es inconstitucional porque condiciona la actuación del Estado respecto a las otras CCAA, acto seguido dice que otra frase (apartado 5 del mismo art. 206) que condiciona de modo expreso la actuación del Estado frente a todas las comunidades (dice: “El Estado ha de garantizar que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de las rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación”) es constitucional si se interpreta de acuerdo con lo que dice el Tribunal. Lo mismo dice respecto a otros muchos artículos del Estatuto.

Pero en este preciso último punto sí que entiendo lo que está produciendo. Lo tengo muy claro. El T.C. sí que puede decir que una ley es contraria a la Cons-

titución y, en consecuencia, expulsarla del ordenamiento. De acuerdo con la interpretación de **la Constitución** que el propio Tribunal haya realizado. De acuerdo, incluso, con la interpretación que de esa ley a estos efectos haya realizado.

Lo que no puede hacer el T.C. es declarar una ley conforme a la Constitución solo si se interpreta como el T.C. dice que se debe interpretar. Porque entonces está modificando en algún modo el sentido de esa ley. Está modificando esa ley. Está legislando; y el T.C. no puede legislar. Y si legisla está actuando fuera de los límites de su competencia; de sus posibilidades de actuación. Y su actuación fuera del campo de su competencia ha de considerarse irrelevante: jurídicamente inexistente.

La escandalera promovida en estos últimos años en medios políticos y periodísticos primero con la elaboración, después con la aprobación y después con la STS sobre el Estatuto se ha centrado con frecuencia en apariencias jurídicas y vacíos normativos como las consideraciones interpretativas a los que me acabo de referir y que, insisto, en mi opinión no tienen contenido normativo, no son Derecho. Son otras cosas, que intenta llenar un vacío que solo las normas jurídicas pueden llenar.

Y que muestran con claridad y sobretodo, el deterioro que ha sufrido nuestra cultura jurídica. Y la responsabilidad de los juristas que, de algún modo hemos contribuido a configurarla; incapaces de intervenir con rigor, claridad y autoridad en temas jurídicos, en temas básicos de nuestra organización social. Dejando el campo abierto a periodistas, contables sociólogos, economistas, pedagogos o a arbitristas de toda laya que nunca han aprendido, porque en todo caso no es su oficio, aquello que jurídicamente condiciona el hacer jurídico que se dirige a transformarse o plasmarse en una norma jurídica.

Pues bien, lo que he dicho hace unos momentos y en primer lugar del Estatuto catalán, podría repetirse, siempre en mi opinión, en cuanto al País Vasco, impuesto por la fuerza de las armas (de ETA) desconociendo su acomodación a la Constitución y a su disposición transitoria 3ª y revestido, en cuanto al cupo, por un ropaje jurídico-matemático (Ley 25/2003) altamente impreciso que no disfraza más que un pacto de hecho privilegiado para esta Comunidad autónoma.

Y podría repetirse, en general y dejando ya el tema estatutario al que desde hace algunos minutos me he estado refiriendo, respecto a todo el sistema financiero y al bien de cambio que conforma el corazón de este sistema, es decir, el dinero.

Cuando yo empecé a estudiar economía –hace muchos, muchos años– me maravillé al enterarme de que hasta bien entrado el siglo XIX cada Banco podía crear su propio dinero, en una etapa que yo (ingenuo de mí) considere entonces prehistórica e inconcebible desde el punto de vista de un Estado de Derecho moderno, racional y democrático en el que el Derecho evita la lucha entre los ciudadanos por la conquista del poder sobre los demás; reservando, entre otras co-

sas, claro está, al Estado el poder de emitir dinero y asegurando una rigurosa regulación de este bien de cambio, esencial para la vida y organización social en nuestros días.

Después, aprendí el multiplicador del dinero bancario; pero creí que si se regulaban bien las reservas y la actividad y la contabilidad de los Bancos, se podía creer razonablemente que tanto el poder de emitir dinero como el dinero en sí mismo estaba controlado por el Estado a través del ordenamiento jurídico.

La crisis actual me ha hecho ver la realidad. Los bancos son quienes emiten el dinero sin una mínima normativa que permita regular sus acciones u operaciones. Adquiriendo, p. ej., activos que, si están vacíos de contenido transforman la operación de transferencia a cambio de dinero en una donación o en un engaño. El Estado y el Derecho se han retirado en gran medida del mundo financiero, cediendo el poder a los Bancos. Y la lucha por el dominio del dinero y sobre los demás se ha desatado con los resultados y episodios que todos estamos viendo y padeciendo.

¿La vía de solución? Que el Estado recupere su poder y que como miembro de la Comunidad Internacional colabore también en una normativa rigurosa y eficaz del mundo financiero. Que se acabe con, como se dice ahora, la desregulación, es decir, la ausencia de normas jurídicas que regulen este sector esencial para la organización en común de nuestras vidas.

Una normativa que, en mi sentir, debe pasar por el control por el Estado de una parte sustancial de las Entidades financieras. Cosa que en España no sería tan difícil como en otros países. Bastaría con nacionalizar las Cajas de Ahorro y no privatizarlas para entregarlas después, en bandeja —ya lo verán, ya lo están viendo— a los Bancos más potentes del país. No sería una expropiación porque las Cajas no pertenecen a nadie. Y los eventuales intereses de sus directivos y empleados no son patrimonio propio ni de unos ni de otros.

Brasil (no nos fijemos solo en China) ha sido el país de occidente que mejor ha resistido la crisis, quizás, porque una parte sustancial de la Banca está en manos del Estado, directa o indirectamente. No sería posible creer que el sistema bancario y crediticio debería estar dominado por el Estado para limitar la lucha por el poder que hoy ya no se ejerce, fundamentalmente, por medio de la fuerza militar o física, sino a través, precisamente del dinero, sea el dólar, el yuan o el euro?.

Y, así, concluyo, pensando como pienso que el Derecho sigue siendo necesario, imprescindible para una vida en sociedad. Y que hoy el Derecho y el Estado están en retirada de amplios sectores de esta vida social, a alguno de los cuales me he referido en esta intervención. Pero esto queda oculto en muchos casos a través de ropajes aparentemente jurídicos vacíos de contenido. El mundo financiero al que, especialmente, he dedicado mi oficio de jurista me lo ha hecho ver claramente. Y yo he intentado ahora hacérselo ver a Vds.

Destruir estos ropajes diciendo –como aquel niño del cuento—que el rey va desnudo es una línea fundamental de actuación de los juristas si queremos que la comunidad humana siga siendo un conjunto de ciudadanos bajo leyes jurídicas. Siga siendo el producto de un pacto que somete la vida de la comunidad, en todas las relaciones internas básicas y esenciales, al Derecho. Al Derecho como producto de la razón, del logos, del alma humana como ininterrumpidamente sostuvo la filosofía occidental desde su alumbramiento primero en Egipto y después en Grecia y Roma.

Epicuro, en el siglo III antes de Cristo, afirmaba que el pacto de los miembros de los pueblos primitivos de no agresión y convivencia entre ellos, dio origen al Derecho. Al Derecho como producto de la razón humana y no impuesto por los dioses.

Hobbes o Rousseau no son más que citas obligadas en esta línea de civilización y convivencia.

Una línea que exige de todos y especialmente de los juristas que evitemos la retirada y derrota del Derecho. Fijando muy bien el rumbo de nuestra actuación. Con la vista puesta en un ordenamiento racional y completo que sirva al Estado de Derecho. Un Estado que no pueda permitir que ningún ciudadano de la república sea más fuerte que la república e imponga su dominio sobre todos los demás. Un estado en el que todos participamos como ciudadanos libres e iguales bajo un techo común que todos podemos y debemos –evitando la derrota del Derecho—contribuir a crear, a perfeccionar y a mantener.

Sant Carles de la Ràpita, a 1 de abril de 2011

CONTESTACIÓN

del miembro de número de la academia

ILMO. SR. D. JUAN CÓRDOBA RODA

El Profesor José Juan Ferreiro al comienzo de su discurso nos dice que ha elegido el tema de la derrota del Derecho, porque es lo que más le ha preocupado en los últimos años como profesional del Derecho. El Profesor Ferreiro es Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Es autor de una extensa obra científica y en particular del Curso de Derecho Financiero Español, que es la obra de referencia en la literatura jurídica de habla española. Ha sido Presidente de la Comisión de Expertos que analizó el anteproyecto de Ley General Tributaria. Y ha ejercido la abogacía siempre dentro de la especialidad del Derecho tributario. Toda esta trayectoria del Profesor Ferreiro confiere autoridad y autenticidad a lo manifestado por él en cuanto a la preocupación que le ha conducido a elegir el tema de su discurso.

Una idea ampliamente compartida por los juristas del ámbito europeo continental, es la de que el Derecho puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida social de una comunidad. La comunidad política define así lo que es y lo que no es Derecho, delimitando un ordenamiento jurídico con el que trata de garantizar, en todo caso, un determinado tipo de organización social. El sistema normativo debe estar constituido por un conjunto de normas dotadas del necesario grado de abstracción y generalidad; generalidad y abstracción, unidas indefectiblemente a las ideas de igualdad, certeza y seguridad, consustanciales con todo Estado democrático de Derecho. El carácter abstracto de una norma o, lo que es lo mismo, la tipificación cierta y precisa de la acción social ordenada jurídicamente está íntimamente unida a la seguridad y a la certeza, y se coloca, así, al servicio de la libertad. La generalidad de la norma no es sino el reflejo más genuino de la igualdad.

La referencia de todo jurista ha de ser pues el ordenamiento, ya sea en su análisis directo como estudioso o investigador, ya sea en su aplicación a la vida real.

Ello no obstante desde hace ya años la atención de los juristas se ha ido desplazando desde el ordenamiento jurídico como objeto de referencia, al caso con-

creto. La técnica del caso concreto empuja a dar importancia decisiva al precedente, en la medida en la que es análogo o similar al nuevo supuesto planteado.

La exposición del Profesor Ferreiro que hasta aquí he recordado, resulta de gran interés para analizar no solo la teoría, sino además, la realidad de la práctica forense, como paso seguidamente a explicar.

El ordenamiento jurídico está integrado por un conjunto de normas expresadas en la Ley y que doctrina y jurisprudencia han interpretado y completado en virtud de la aplicación de un conjunto de valores. Así, el principio de que no hay delito sin acción culpable, comporta el que no basta ser Administrador o representante de una persona jurídica para incurrir en responsabilidad penal, sino que es preciso que dicho sujeto lleve a cabo de modo culpable una conducta prevista como delito. El principio de que no hay delito si no existe lesión de un bien jurídico, comporta el que para afirmar que se ha cometido un delito de falsedad documental no basta con que se haya alterado un documento, sino que es preciso que dicha alteración tenga carácter esencial y afecte al tráfico jurídico. Y el principio de humanidad, que resultaría lesionado de imponerse una pena cuando los hechos tuvieron lugar en época muy alejada a la de su enjuiciamiento, condujo a la creación por la jurisprudencia años atrás de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Karl Engisch en un libro titulado “La idea de la concreción en el Derecho”, explica este fenómeno en virtud del cual el Derecho se concreta al caso particular a través de un proceso lógico en el que a las leyes aplicables al supuesto concreto, se suma la creación por doctrina y jurisprudencia de un sistema o dogmática, que descansa en la realización de unos valores. El ordenamiento jurídico representa así una realidad objetiva, ciertamente en evolución, consistente en un sistema basado en la Ley y completado por una labor creativa de doctrina y jurisprudencia. Y lo que se debe aplicar al caso individual, es el ordenamiento jurídico, entendido como esta realidad objetiva.

Ello no obstante desde hace ya años y como en su momento observó Lorenz el pensamiento sobre el sistema ha sido sustituido por el pensamiento sobre el problema. Con estas palabras se expresa el desplazamiento del Derecho desde el ordenamiento jurídico como realidad objetiva, a la contemplación del caso individual. El ordenamiento como punto de referencia para la resolución del caso individual, es sustituido por el análisis del caso individual, y en particular por la averiguación de si en el pasado se produjo un caso similar, como precedente.

Este fenómeno de la suplantación del ordenamiento jurídico por la técnica del caso particular tiene una incuestionable realidad en la práctica forense. Con frecuencia se oyen hoy expresiones como “no dispongo de una bola de cristal para conocer el futuro” o “carezco de las condiciones de adivino para hacer un pronóstico de cuál va a ser el resultado de un proceso”. El paso lógico siguiente es

el de que la sociedad y en ocasiones, el profesional del Derecho conciben el juicio como un riesgo en el que cualquier resultado es posible.

Estas consecuencias ciertamente perversas de la contemplación del Derecho como técnica del caso particular, merecen una rigurosa valoración crítica.

Ante todo, conviene partir de la idea de que la resolución del hecho objeto de enjuiciamiento no debe resultar de la técnica del caso particular, sino de la aplicación del ordenamiento jurídico equivalente al sistema antes descrito.

Cuestión distinta es que prever el resultado de un juicio puede ser tarea muy difícil, cuando no imposible. Fundamentalmente por la razón de que al no haberse todavía practicada la prueba, obviamente no se conoce su resultado. Pretender lo contrario, comportaría el efectuar un prejuicio de lo que todavía no ha sido juzgado.

Todo ello guarda una relación con la figura procesal de la conformidad en los procedimientos penales. Recuérdese que la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que: “la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, y si la pena no excediere seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con lo manifestado por la defensa”. La conformidad presupone la existencia de una negociación entre acusación y defensa. Expresiva resulta, entre otras muchas, la sentencia de 3 de diciembre de 2008: “como es práctica usual en el foro, la conformidad en un determinado relato inculpativo y en las consecuencias penales y civiles derivadas de él, no surge de forma espontánea, sino que es el fruto de una expresa negociación entre el Ministerio Fiscal y otras acusaciones que pueden existir con la defensa. En aras a conseguir tal conformidad, es normal que acusadores y acusados, dentro del respeto al principio de legalidad, traten de acercar posiciones, rebajando las acusaciones sus peticiones, ya en relación a la calificación jurídica, concurrencia de agravantes o admisión de atenuantes con evidente incidencia en la pena a solicitar. Conseguido el acuerdo, no puede éste ser cuestionado sin que tal actividad, de evidente deslealtad constituya una actividad fraudulenta. En definitiva, sobrevuela el tradicional principio romano del *pacta sunt servanda*”.

La preocupación por cual pueda ser el resultado de un juicio, unida a la percepción de éste como un riesgo en el que todo es posible, puede conducir a preferir la conformidad a la celebración del juicio. No en vano se ha dicho que la conformidad puede en ocasiones comportar la renuncia al Derecho.

El acusado con el asesoramiento de su Abogado, para tomar la decisión de conformarse o no, efectuará una previsión de cuál puede ser el resultado del Juicio. El resultado puede ser más o menos incierto. La inseguridad puede prevenir de la contradicción existente entre las varias diligencias de prueba practicadas en el sumario. Tal es el caso de que en un robo la víctima ha identificado en rueda

al acusado pero otro testigo ha declarado que el acusado en el momento en el que se cometieron los hechos, se encontraba a 100 kilómetros de distancia. Dicha inseguridad aumenta en los casos en los que la prueba que puede llevar a la condena, consiste en simples indicios, como sucede en el delito de blanqueo de capitales previsto por el artículo 301 del Código Penal, que castiga “al que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito”. La prueba de que los bienes tienen su origen en un delito, debería resultar de la prueba directa consistente en el testimonio de la sentencia condenatoria por tal delito. Pero en ocasiones la jurisprudencia ha sostenido que no es necesaria dicha prueba para la estimación de un delito de blanqueo de capitales, sino que es suficiente que un conjunto de indicios indiquen que los bienes provienen de la comisión de un delito. Piénsese, por ejemplo, en que el dinero objeto de transmisión, no se justifique por los ingresos del acusado, en que este no pueda acreditar el origen legítimo del dinero o en que el dinero se transporte en bolsas o maletines.

La decisión del acusado de conformarse puede provenir de razones distintas a las de la previsión de cual puede ser el resultado del juicio. Tal sería el supuesto de que de ser varios los acusados y estar todos menos uno dispuestos a conformarse, la mayoría presiona al que desea ir a juicio, para que preste su conformidad, consiguiendo finalmente que así lo haga. Y la conformidad de un acusado puede encontrar su causa en el pavor que literalmente siente de enfrentarse a un juicio oral.

Que la conformidad tenga lugar porque el acusado reconoce su responsabilidad y asume una actitud resocializadora, a lo que en ocasiones hacen referencia la doctrina y la jurisprudencia, no resulta en absoluto necesario para la validez de la conformidad, ni habitualmente se da en la práctica real.

En suma, lo que mueve al acusado a conformarse, no es el reconocer que ha cometido los hechos de los que se le acusa, sino la suposición, acertada o no, de que le es más conveniente conformarse que celebrar el juicio.

La ley atribuye aquí al Abogado una función esencial para garantizar la libertad del acusado en la prestación de su conformidad y la observancia del Derecho. Así el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dice: “también el Tribunal podrá acordar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensa lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición”. El adjetivo “necesario” debe referirse a la defensa. Necesario será el juicio, cuando su celebración es precisa para la defensa del acusado. Y para determinar tal necesidad es preciso atender a dos aspectos: la libertad del acusado y la previsión del desarrollo del juicio. Averiguar si el acusado es, o no, libre para prestar conformidad, lo podrá hacer su Abogado, pero muy difícilmente el Juez o Tribunal en virtud de un simple trámite de información al acusado y de preguntas dirigidas a él al inicio del juicio oral, como acer-

tadamente observa Fairen Guillen. Y además el Abogado deberá valorar si a la vista del Derecho aplicable, incluida la normativa reguladora de la prueba, procede rechazar la conformidad y celebrar el Juicio.

La situación que expresa el indicado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que el acusado dé su conformidad y, ello no obstante, el defensor considere necesaria la celebración del juicio, prácticamente no se produce en la realidad. De existir una discordancia entre defendido y Abogado sobre la necesidad de la celebración del juicio, dicha discordancia se resolverá en una etapa anterior al inicio de la celebración del juicio, en la que el Abogado y su defendido dialogarán y valorarán si se presta la conformidad o se celebra el juicio.

Con lo hasta aquí expuesto hemos tratado de explicar que el discurso del Profesor Ferreiro contiene una argumentación de un evidente valor teórico y además una indudable transcendencia y unas claras consecuencias en aspectos esenciales de la práctica real.

ÍNDICE

Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña
José Juan Ferreiro Lapatza

I.	Introducción	5
II.	La derrota del derecho	6
	<i>Contestación del académico de número Ilmo. Sr. Juan Córdoba Roda</i>	<i>21</i>

