

JUTGES, POLÍTICS, PERIODISTES

AELS MITJANS DE COMUNICACIÓ ESCRITA TINGUEREN UNA IMPORTÀNCIA CABDAL, TOT AL LLARG DEL SEGLE XIX, EN LA CONFORMACIÓ DE L'ESTAT DE DRET I DEMOCRÀTIC. NINGÚ NO DUBTA AIXÒ, QUE JA ÉS MATÈRIA DE TESI. POTSER, PERÒ, ESTEM PAGANT ARA LES CONSEQÜÈNCIES, UN SEGLE I ESCAIG DESPRÉS. PERQUÈ, TOT I LA IMPORTÀNCIA *EFFECTIVA* QUE HA TINGUT LA PREMSA ESCRITA EN L'ARQUITECTURA DEMOCRÀTICA, NI ARA NI ABANS HA GAUDIT DE CAP TIPUS DE LEGITIMITAT DIMANADA, DIRECTAMENT O INDIRECTAMENT, DE LA SOBIRANIA POPULAR. PER AIXÒ ÉS QUE ELS SEUS EXCESSOS SÓN ESPECIALMENT BLASMABLES. CAL REPETIR, DONCS, QUE LA PREMSA NO TRADUEIX NI LA VEU NI LA VOLUNTAT D'UN POBLE QUE DIPOSITA PERIÒDICAMENT LA SEUA OPINIÓ EN UNS RECEPTACLES CREATS *EX PROFESSO*. ES DIUEN URNES I NO *EL MUNDO* NI *ABC*, NI *LEVANTE* NI *MEDITERRÀNEO*, NI *EL PAÍS*. ES DIUEN URNES I NO ENQUESTES, PROSPECCIONS DEMOSCÒPIQUES NI CAP ALTRE EXERCICI DE REALITAT MÉS O MENYS VIRTUAL, PERÒ SOBRETOT INTERESSADA I PARTIDISTA. ÉS PER AIXÒ QUE, TANT SALVADOR CARDÚS COM SAMI NAÏR, NO DUBTEN NI UN PÈL A REMARCAR LA IMPERIOSA NECESSITAT DE REGULAR EL GUIRIGALL MEDIÀTIC. SI NINGÚ NO S'ESCANDALITZA DE LA INTERVENCIÓ LEGISLATIVA SOBRE EL MERCAT CAPITALISTA, UN ALTRE TANT HAURIA DE PASSAR AMB EL MERCAT DE LA COMUNICACIÓ. PERQUÈ LA DEMOCRÀCIA CONSISTEIX TAMBÉ A CONTROLAR, A TRAVÉS DELS INSTRUMENTS ESPECÍFICAMENT CREATS (PARLAMENT, COMISSIONS, ETCÈTERA), LES ESTRUCTURES DEL PODER SOCIAL. I DEMOCRÀCIA ÉS, ESPECIALMENT, SUFOCAR EL CONFLICTE. NO ENCORATJAR-LO NI MOLT MENYS CREAR-LO. A DIFERÈNCIA D'AQUEST ESTAT DE COSES, ELS ALTRES PODERS SÍ QUE DERIVEN DE LA SOBIRANIA POPULAR, SÍ QUE SÓN INSTRUMENTS DEMOCRÀTICS I DEMOCRATITZADORS. I AIXÒ NO ELS RESTA PROTAGONISME NI BEL·LIGERÀNCIA. PRECISAMENT SI ALGUNA COSA HA MARCAT, A MÉS DE CERTS PERIÒDICS, L'ÚLTIMA LEGISLATURA SOCIALISTA HA ESTAT EL PODER JUDICIAL. JOAQUÍN GARCÍA MORILLO I ERNEST VIDAL ANALITZEN, RESPECTIVAMENT, ELS PERILLS QUE COMPORTA LA JUDICIALITZACIÓ DE LA POLÍTICA I LA PROBLEMÀTICA INTERPRETATIVA D'AQUEIXA FIGURA QUASI SOBREHUMANA: EL JUTGE.

EL NOU ESCENARI DE LA POLÍTICA



JUDICIALITZACIÓ DE LA POLÍTIKA I POLITITZACIÓ DE LA JUSTÍCIA

Joaquín García Morillo*

THE STRUCTURAL CONFLICT BETWEEN THE JUDICATURE AND THE OTHER BRANCHES OF GOVERNMENT HAS ALWAYS EXISTED IN ALL DEMOCRATIC STATES, AS *PER DEFINITIONEM* THEY EACH CONFORM TO ANTITHETICAL METHODS. THIS ANTAGONISM HAS RECENTLY INTENSIFIED FOR A VARIETY OF REASONS: ESPECIALLY THE GRADUAL INCREASE OF THE SOCIAL STRUGGLE FOR PUBLIC POWER CONTROL. FURTHERMORE, THERE IS A VERY IMPORTANT NEW ELEMENT IN THE INCREASE OF THIS TENSION, NAMELY THE MASS MEDIA. BEYOND THE INTRINSIC VIRTUES OF THE SOCIAL AND JUDICIAL CONTROL OVER POWER, GARCÍA MORILLO WARNS OF THE DANGEROUS CRIMINALIZATION OF THE SOCIAL ATMOSPHERE WHICH MAY LEAD TO THE EXCESS AND ABUSE OF THIS CONTROL. THAT IS, "JUDICIALIZED" POLITICS AND POLITIZED JUSTICE.

El conflicte entre els jutges i els altres poders de l'estat s'ha produït en tots els països i en totes les èpoques: des de la decapitació de Tomàs Moro fins a les dificultats de Franklin Roosevelt per a desenvolupar el *New Deal*, que el Tribunal Suprem li bloquejava, tots els sistemes han experimentat enfrontaments entre el poder judicial i els poders legislatiu o executiu. Tant és així que algunes de les institucions que avui es consideren bàsiques en un estat de dret, com la cassació o els tribunals constitucionals, tenen l'origen, entre altres coses, en aquests conflictes i en el desig de superar-los.

Si ha tingut lloc en tots els temps i en totes les parts és perquè la tensió entre política i justícia és, per dir-ho en termes moderns, estructural: una i altra són activitats absolutament contraposades, que es realitzen per òrgans que actuen segons uns criteris radicalment diferents. En efecte, l'activitat política es guia sobretot, si no exclusivament, per criteris d'oportuni-

regeix —o hauria de regir-se— exclusivament per criteris de legalitat, tot desentenent-se absolutament de l'oportunitat, a la qual cosa cal afegir la necessària publicitat dels seus actes i la independència que penetra capil·larment tot un poder judicial que resideix individualment en cadascun dels seus membres.

Tanmateix, les activitats d'òrgans regits per principis tan antagonics desemboquen de vegades en un mateix objecte: el poder de l'Estat. La confrontació entre aqueixes dues estructures que, amb mètodes tan diferents, treballen un mateix objecte és, doncs, quasi inevitable... en una societat democràtica, ja que en una societat autoritària el poder polític priva a l'estructura judicial de les seues notes bàsiques, com hem pogut comprovar tantes voltes a Espanya.

Però encara que siga estructural la contradicció entre política i justícia, és innegable que ha experimentat una intensificació quasi qualitativa en els darrers anys. Pràcticament en tots els països s'han produït actuacions judicials que han tingut una profunda repercussió política: sens dubte a Espanya, Itàlia i França, però també a Bèlgica, Alemanya, Portugal, els Estats Units, Grècia... i fins la Gran Bretanya o Suècia.

El creixent protagonisme de la justícia en la política té, sens dubte, causes molt diverses, i no totes negatives. El pronunciat intervencionisme estatal des de la segona postguerra és, indubtablement, la més important d'aqueixes causes: l'actuació pública en la sanitat, l'educació, la planificació urbanística, les infraestructures o tants altres camps ha de perjudicar, per força, drets o interessos —de vegades legítims i d'altres no— que s'intenten fer valer a través de la justícia.

**«ALGUNS JUTGES RECONeixEN
CONCEBRE EL PODER JUDICIAL COM
UN PODER QUE TE COM A FUNCIÓ LA
CONFRONTACIÓ AMB ELS ALTRES
PODERS DE L'ESTAT»**

tat, de manera que les actuacions es valoren en termes d'èxit o fracàs; a més, no poques voltes es basa en la discreció o fins i tot en el secret, i té un caràcter grupal que s'assenta sobre els llaços de dependència fortament arrelats. Per contra, l'actuació judicial es

D'altra banda, l'elevat volum dels fons que manegen les administracions públiques genera, alhora, ànsies predadores, tant en els subjectes públics com en els particulars. Hi cal afegir que en els darrers decennis s'ha incrementat notablement la sensibilitat social respecte del control de l'exercici de les potestats públiques en general i de la utilització dels fons públics en particular, un fenomen especialment perceptible en els països, com ara Espanya, amb una llarga història de poders polítics mancats del més mínim control. Aquest desig de control de les activitats dels poders públics és, sens dubte, en si mateix positiu, però es tradueix per força en un augment dels conflictes jurídics.

La darrera de les causes mereix una menció a part, per moltes raons. Es tracta de la influència, com més va més pronunciada, dels mitjans de comunicació. Aquesta influència té una transcendència capital, perquè atorga a cada succés una gran repercussió. I, si bé es mira, això, la repercussió, és el que genera totes les patologies.

Res d'això no es pot comprendre si no partim, com a base, de la gran importància que la publicitat té en els actuals sistemes democràtics. En efecte, en els sistemes parlamentaris moderns, com l'espanyol, els partits formen grups cohesionats i disciplinats. Normalment, el govern és constituït pel grup dirigent del —o dels— partit majoritari. En conseqüència, l'oposició no pot, en circumstàncies normals, esperar arribar al poder a través de la majoria parlamentària, llevat que aquesta canvie a través d'unes eleccions. D'altra banda, en els sistemes presidencialistes, com el dels Estats Units, és totalment impossible canviar el president abans de les següents eleccions.

Això vol dir que, des del dia que se celebren unes eleccions, els partits que hi són derrotats, i per això minoritaris, saben que no podran arribar al poder sinó fins després d'unes altres eleccions. Per tant, tota la seua tasca és enfocada cap a aqueixes eleccions, això és, es dirigeix a convèncer l'electorat que ha de canviar d'opinió, i que ha de fer-ho tan aviat com puga. Per tal que aquesta tasca de convicció de l'electorat siga possible, la publicitat és capital... tan capital com ho és perquè la majoria persuadeisca l'electorat a fi que aquest continue donant-li el suport. I és ací on apareixen les patologies, perquè la influència dels mitjans de comunicació, juntament amb la necessitat que té l'oposició de la publicitat, pot convertir les actuacions judicials en part —o fins i tot en element central— de l'estratègia política. Quan això passa, tot es complica i embrolla, especialment per una raó fonamental: perquè els temps judicials són radicalment diferents dels polítics; en política, com va dir Harold Wilson, una setmana és una eternitat, i en jus-

tícia una simple diligència pot exigir diversos mesos. La diacronia entre el temps polític i el judicial, en combinació amb la publicitat, és una arma molt útil per als estratèges de la judicialització de la política.

Naturalment, no només és inevitable sinó desitjable i exigible que els comportaments il·lícits dels càrrecs públics o els responsables polítics siguen perseguits i, si cal, sancionats. Això no sols no és patològic sinó que és del tot indefugible. Però el problema no rau en el fet que la justícia s'endinse en el terreny de l'actuació dels

**«ELS PARTITS QUE HI SÓN
DERROTATS EN UNES ELECCIONS NO
PODRAN ARRIBAR AL PODER SINÓ
FINS DESPRÉS D'UNES ALTRES
ELECCIONS. TOTA LA SEUA TASCA ES
DIRIGEIX A CONVÈNCER L'ELECTORAT
QUE HA DE CANVIAR D'OPINIÓ. PER
TAL D'ACONSEGUIR-HO LA PUBLICITAT
ÉS CAPITAL. AIXÒ I LA INFLUÈNCIA
DELS MITJANS DE COMUNICACIÓ POT
CONVERTIR LES ACTUACIONS
JUDICIALS EN PART —O FINS I TOT
ELEMENT CENTRAL— DE L'ESTRATÈGIA
POLÍTICA. I ÉS ACÍ ON APAREIXEN LES
PATOLOGIES»**

polítics, sinó en el comportament dels actors polítics i judicials. Quan els actors polítics no deixen que la justícia actue, sinó que presenten querelles, compareixen als processos, sol·liciten proves i demanen penes, judicialitzen la política: utilitzen el sistema judicial per als seus fins polítics, això és, no perquè es faça justícia sinó com un element de la seua estratègia política, com un mitjà per a deteriorar l'adversari. Per a això, tenen dues grans motivacions. La primera, ja ho hem dit, és la publicitat, que confereix una gran rendibilitat política a aqueixes actuacions judicials. La segona és que en la vida política —parlamentària— estan, perquè així ho ha volgut l'electorat, en minoria; tanmateix, en la justícia regeix el principi d'igualtat de parts, així que es trenca en seu judicial la desigualtat que els electors configuren, lliurement i democràticament, en seu política.

I quan la política es judicialitza és inevitable que la justícia es polititze, és a dir, que les seues actuacions siguen llegides i interpretades en clau política i que se'ls atribuesquen efectes polítics. Aquest efecte s'aguditza si, com ha succeït a Espanya, França i Ità-

lia, els jutges —alguns jutges— reconeixen concebre el poder judicial com un poder que té com a funció la confrontació amb els altres poders de l'Estat, que ha de suplir la funció de control polític que, al seu parer, no realitzen els òrgans polítics i que només ha

**«SI EL DEBAT EN SEU
PARLAMENTÀRIA SOBRE L'ERRONI I
L'ENCERTAT, L'INCONVENIENT O EL
CONVENIENT, SE SUBSTITUEIX PEL
DEBAT ALS JUTJATS SOBRE EL LÍCIT I
L'IL·LÍCIT, TOTS HO PAGAREM»**

d'aplicar les lleis vigents quan les consideren subjectivament vàlides, cosa que és especialment transcendent si es considera que els jutges no tenen més legitimació que la superació d'una oposició i la subjecció a la mateixa llei. Aquests jutges conceben el poder judicial, doncs, com a subjecte actiu de la vida política,

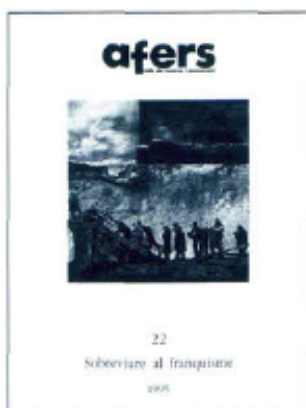
cosa radicalment distinta del que pretén la Constitució.

La judicialització de la política, i la politització de la justícia, són patològiques perquè comporten la criminalització del debat polític, una cosa que era comuna a l'Edat Mitjana i que hom creia que havia estat superada amb l'aparició dels règims parlamentaris i de la responsabilitat política, l'objectiu dels quals fou, precisament, la civilització de la política. Si el debat en seu parlamentària sobre l'erroni i l'encertat, l'inconvenient o el convenient, se substitueix pel debat als jutjats sobre el lícit i l'il·lícit, tots ho pagarem: els polítics, perquè el resultat de les seues activitats no es limitarà ja a l'èxit o al fracàs en la lluita política i la gestió de la cosa pública, sinó que posarà en perill el seu patrimoni o la seua llibertat; i la ciutadania, perquè se'ns furta el debat polític sota pretext del judicial, i la contesa política assolirà tals graus d'animadversió que la vida política democràtica, almenys com la coneixem avui, desapareixerà.

*Catedràtic de Dret Constitucional. Universitat de València.

editorial afers

Revista fundada per: Sebastià Garcia Martínez



IX:22 (1995) Sobreviure al franquisme

Josep BENET: Sobreviure al franquisme. Introducció / Ramir REIG: Estratègies de supervivència i estratègies de millora. Els treballadors al País Valencià durant el franquisme (1939-1975) / Francesc ROCA: Antifranquisme: llibertat o igualtat? / David GINARD I FÉRON: L'oposició franquista a les Balears (1939-1977) / Sergio RODRÍGUEZ TEJADA: De la resistència a l'oposició. El moviment estudiantil valencià sota el franquisme (1956-1973) / Hilari RAGUER: L'Església i el règim de Franco / Joan SAMSÓ I LLENAS: L'activitat editorial en català entre el 1939 i el 1951 / Francesc VILANOVA I VILA-ABADAL: La delegació de la Generalitat a Catalunya (1946-1948). Les divergències entre l'exili i l'interior / Albert FORMENT: Art i franquisme al País Valencià. Notes per a una reflexió / Jordi PORTA I RIBALTA: L'antifranquisme a les entitats. L'exemple de la RUSA / Pere ANGUERA: Un ateneu sota el franquisme. El Centre de Lectura de Reus / Joan COLOMINES I PUIG: Lectura crítica de poesia en la clandestinitat, 1959-1964 / *Recensions:* J. CASASSAS, G. ENSENYAT PUJOL, G. MUÑOZ, Telesfor M. HERNÁNDEZ, M. J. LÓPEZ TERRADA, A. MANENT, E. MOLNER CLOSAS, R. RAMON, M. C. RICO, R. I. RODRÍGUEZ, N. SALES / *Resseïres culturals:* J. RIBAS I VINYALS, M. BORRÀS / *Publicacions rebudes*

- Subscripció anual (tres números): 5.200 Pta. (IVA inclòs)
- Exemplar solt: 3.120 Pta. (IVA inclòs)
- Pagament bancari: demaneu butlleta de subscripció

editorial afers

Informació i subscripcions:

Apartat de Correus 267 / Tel. (96) 126 86 54 / 46470 Catarroja (País Valencià)

JUSTIFICACIÓ I LÍMITS DE LA CREACIÓ JUDICIAL DEL DRET

Ernest J. Vidal Gil*

THE JUDGE IS A PROMETHEAN FIGURE WHOSE FUNCTION MUST BE ABOVE ALL CONDITIONS AND PARTY BIASES. ERNEST VIDAL BRIEFLY REVIEWS —WITH MYTHOLOGICAL METAPHORS AND ALLEGORIES— THE DIFFERENT NOTIONS OF THE JUDGE; FROM THE COLD BLIND LAW EXECUTOR TO THE SOCIAL AGENT WHO PLACES SPECIFIC JUSTICE IN FRONT OF THE INEXORABLE UNIVERSAL LAW. ACCORDING TO THE AUTHOR, THE LATTER IS THE MOST REASONABLE INTERPRETATION, AS LONG AS WE BEAR IN MIND THAT THE JUDGE IS A CREATOR OF LAW BY DEMOCRATIC CONSENT, A HETERONOMOUS SUBJECT.

La figura i funció del jutge han estat objecte d'una constant anàlisi que s'accentua en temps de crisi i canvi social. El jutge es troba de vegades en la paradoxal situació de tenir l'obligació de resoldre *d'acord amb el Dret* els supòsits que es plantegen i no saber quin Dret ha d'aplicar, simplement i planerament perquè no existeix. Tot i admetre l'existència dels *casos fàcils*, la major part de les vegades ens trobem davant *casos difícils*, en els quals ha d'entrar la discrecionalitat, i els *casos tràgics*, en els quals o bé cap solució no és satisfactòria o bé emergeix el conflicte entre la consciència del jutge i la llei.

No és gens estrany que hom recórrega a la mitologia per a explicar el caràcter *sobrehumà*, i potser també *inhumà*, inherent a la funció d'administrar justícia. Per a uns, el jutge és Júpiter; per a altres, Hèrcules; potser, també, Hermes. I també hi ha qui, davant la impossibilitat de trobar cap divinitat que tinga tots els requisits, recorren al santoral diví i fins i tot al mateix diable, i afirmen que el jutge posseeix alguna cosa del justicier Ariel, de Prometeu i de Júpiter, amb alguns aspectes de Mefistòfil, probablement perquè, com els mortals, tinga alguna cosa de pervers.

■ JÚPITER I L'ACTE JUST

L'acte just consisteix en la correcta aplicació d'una norma; el jutge, mitjançant la subsumpció, aplica les normes com un autòmat. La justícia serà un resultat fix, estàtic, immune a tota connotació afectiva o pasional (*dura lex sed lex*) que es manifesta en la tradicional, hieràtica i impertorbable imatge amb la bena sobre els ulls que presideix els Tribunals de Justícia i mostra el model del jutge anònim, convencional i tra-

dicional del positivisme legalista que “és la boca muda que pronuncia les paraules de la llei”. Aquesta és la concepció pròpia del formalisme jurídic del XIX, i de la dogmàtica iusprivatista que parteix del principi de separació de poders, afirma la submissió del jutge a la llei, redueix l'acte d'aplicació del Dret a la subsumpció del cas en la llei on el jutge exclou la interpretació

«PER A UNS, EL JUTGE ÉS JUPITER;
PER A ALTRES, HÈRCULES; POTSER,
TAMBÉ, HERMES. I TAMBÉ HI HA QUI,
DAVANT LA IMPOSSIBILITAT DE
TROBAR CAP DIVINITAT QUE TINGA
TOTS ELS REQUISITS,
RECORREN AL SANTORAL DIVÍ I FINIS
I TOT AL MATEIX DIABLE»

tot actualitzant l'aforisme “*in claris interpretatio non fit*”, afirma, conseqüentment amb els principis de plenitud i coherència de l'Ordenament jurídic, que només hi ha *casos fàcils*, i rebutja de ple l'equitat, perquè la singularitat del cas concret és incompatible amb la universalitat. Tanmateix, no és menys cert que la bena que cobreix els seus ulls produeix ceguesa, que la seua pretesa imparcialitat serveix la ideologia dominant, i que l'aplicació correcta d'una norma injusta augmenta la injustícia del sistema.

■ HÈRCULES I LA REGLA DE JUSTÍCIA

La justícia de la regla reforça la seguretat jurídica

mitjançant la certesa que els casos successius seran resolts d'acord amb aquells que, semblants, els servequen de precedent. És una tècnica que s'adapta millor al model jurisprudencional anglosaxó i al principi de l'*stare decisis*. Davant la concepció formalista i mecànica, el jutge guanya activisme i protagonisme. L'important no és la norma sinó el cas. Davant el model anterior, *sempre* caldrà interpretar la norma, que no serà una *dada prèvia* sinó un *resultat*. Aquest model reconeix l'existència dels *casos difícils* que només Hèrcules pot resoldre, i planteja el problema de la legitimitat i els límits de la creació judicial del Dret.

■ HERMES I L'AGENT JUST

L'agent just, origen, àrbitre i mesura de tota justícia, que realitza actes justos, i conjuga la racionalitat amb l'afectivitat, constitueix el tercer criteri. Els seus actes no són només justos sinó justificats; d'ací ve l'exigència moral i el deure jurídic de motivar les resolucions judicials. No obstant les seues importants diferències, caldria situar en aquesta orientació les darreres tendències de la teoria de l'argumentació i del raonament jurídic que tracten el concepte de justícia com el resultat d'un procés racional i raonable. Juntament amb els *casos fàcils* i els *difícils*, sorgeixen els *casos tràgics*. Davant les concepcions apriorístiques, formalistes i objectivistes de la justícia, que



sempre diposen d'"una resposta correcta", els problemes que planteja aquest model afecten no sols la justícia sinó la justificació del resultat, i remetent directament al problema de la legitimitat i legitimitació del jutge en el marc de les societats pluralistes, democràtiques, tolerants, relativistes i obertes, amb percepcions diferents sobre el que és la justícia. La justificació sorgeix com un límit a l'arbitrarietat i representa l'esforç per a dotar de legitimitat els processos d'administració i aplicació de la justícia.

■ EL JUTGE CREADOR DE DRET

Davant la teoria de la subsumció i en ple fervor de la reacció antiformalista, l'escola del dret lliure, que "rebutja per primera vegada els principis de vinculació del jutge a la norma i de plenitud no ja de la llei sinó fins i tot del Dret", configura un jutge creador autònom del Dret, incompatible amb "els ideals de la legalitat, de la passivitat, de la fundació racional, del caràcter científic, de la seguretat jurídica i de l'objectivitat". La seguretat jurídica, que denuncien els partidaris del Dret lliure, ja no és la coartada ideològica de la burgesia capitalista del XIX, i actualment no és garantia de la llibertat. Dworkin ha advertit que postular la creació judicial del Dret implica un doble error: d'una banda, atempta contra la legitimitat democràtica, ja que el jutge no crea sinó que aplica el dret que prové del legislador; i, d'una altra banda, aplica retroactivament el Dret.

■ LA CREACIÓ JUDICIAL DEL DRET

Tanmateix, les coses no són tan simples com semblen. La sentència existeix i vincula des que el jutge la pronuncia. Una sentència és una norma particular i concreta que s'afegeix a l'Ordenament jurídic que no està sols format per normes generals i abstractes i que, a més, pot revestir efectes *erga omnes*. Això no comporta l'acceptació de les concepcions antiformalistes, ni l'adopció de l'irracionalisme tan pròxim a les anomenades escoles "lliures" que "alliberen el jutge però no el ciutadà al qual se'l priva de la protecció que li ofereix la Llei general i abstracta". Tampoc no significa la recuperació de cap iusnaturalisme que allibere el jutge de la submissió a la legalitat, i vulnere els principis de seguretat i certesa jurídiques.

La creació judicial del Dret accepta que la sentència és un *acte de voluntat* que done lloc a la "creació d'una norma nova" i implica que l'Ordenament jurídic té una *textura oberta*, que hi ha zones de penombra que el jutge ha d'aclarir i que en temps com el

present, de canvi i transformació social, el jutge, alliberat de la bena que li encega els ulls, realitza el seu treball en un sistema normatiu obert, respecte del qual ha d'omplir les llacunes i resoldre'n les contradiccions, en el marc d'una societat en transformació on el Dret és una variable que dependent respecte al sistema social.

Aquests casos mostren fins a quin punt és ambigua la diferència entre el legislador i el jutge. Tots

**«EL JUTGE ES TROBA
DE VEGADES EN LA PARADOXAL
SITUACIÓ DE TENIR L'OBLIGACIÓ DE
RESOLDRE D'ACORD AMB EL DRET
ELS SUPÒSITS QUE ES PLANTEGEN I
NO SABER QUIN DRET HA
D'APLICAR, SIMPLEMENT I
PLANERAMENT PERQUE NO
EXISTEIX»**

dos disposen d'un poder de creació del Dret, i si bé s'afirma que el del legislador és autònom i el del jutge heterònom, la diferència decau si pensem que el legislador també està subjecte, com el jutge, a la Constitució i a les lleis. Si el criteri consisteix en el fet que el legislador dicta normes generals i abstractes i el jutge

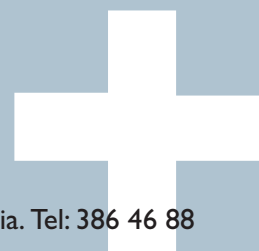
normes particulars i concretes, la distinció també és menor en els casos de declaració d'inconstitucionalitat pel TC, i en els supòsits d'estimació pel TC d'un recurs d'empara, i d'anul·lació de reglaments il·legals per les Sales del Contenciós administratiu dels Tribunals Superiors de Justícia, de l'Audiència Nacional i del Tribunal Suprem.

Des d'un punt de vista empíric és una obvietat afirmar que els jutges creen Dret. També sembla clar que, des d'un punt de vista formal, tota sentència crea una nova norma. Alhora, pense que des d'un punt de vista normatiu els jutges i els tribunals, atesa la incapacitat de la teoria de la subsumció per a resoldre els *casos difícils* i els *tràgics*, han de crear materialment Dret amb subjecció als límits previstos en l'Ordenament jurídic. La discrecionalitat, la motivació i l'observança de la teoria de l'argumentació i del raonament jurídic són punts de referència inexcusables sobre això, que en última instància garanteixen el *govern de lleis* davant l'arbitri dels homes, i articulen les garanties formals i processals necessàries però insuficients, amb la realització de la justícia material, sempre en els límits de l'Ordenament, respectant la legitimitat democràtica *d'origen* del legislador que té un poder autònom de creació del Dret, davant la legitimitat derivada, *d'exercici* del jutge, que només disposa d'un poder heterònom per a crear Dret.

*Departament de Filosofia del Dret. Universitat de València.

MÈTODE

Redacció MÈTODE: Av. Blasco Ibáñez, 13. València. Tel: 386 46 88
Publicitat. Tel: 386 46 85



INSERIU ACI LA VOSTRA PUBLICITAT

LA PREMSA, UN PODER DE PODERS

Salvador Cardús i Ros*

THE AUTHOR FOCUSES UPON THE FACTUAL CHARACTER OF THE POWER OF THE MASS MEDIA WHICH FALSELY ENDOWS ITSELF WITH BOTH DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE ABILITY TO TRANSLATE A FICTITIOUS POPULAR WILL. ACCORDING TO SALVADOR CARDÚS, THIS IS THE ORIGIN OF THE POWER OF THE MEDIA AS WELL AS THE FACT THAT THEY BECOME THE STAGE UPON WHICH THE OTHER BRANCHES DISPUTE THEIR STRUGGLE. HOWEVER, THIS IS NO EXCUSE FOR THE ABUSES THAT HAVE RECENTLY BEEN SENSATIONALIZED BY CERTAIN PRESS SECTORS. THEREFORE, IT BECOMES NECESSARY TO REGULATE AND LEGISLATE THE PRESS, AS THE AUTHOR FINALLY DEFENDS.

■ LA PREMSA, UN PODER FACTIC

No cal fer gaire esforç analític per adonar-se del fet que la premsa no constitueix pròpiament un poder a semblança dels altres tres poders que són a la base de l'estat de dret. El poder de la premsa, que el té, no està subjecte a cap tipus de control democràtic, ni actua de manera transparent i homogènia segons cap codi explícit. Per tant, la premsa sí que és un poder, però un poder *fàctic*, com ho és l'Església catòlica, la Banca, les corporacions professionals, o les associacions empresarials i els sindicats.

Cal desfer, doncs, la pretensió confusionària de la mateixa premsa, afavorida per l'expressió tòpica que defineix la premsa com un *quart poder*, per tal d'evitar la temptació de reconèixer-li unes responsabilitats de control sobre el sistema democràtic que no té. Una cosa, i ben legítima, és que la premsa, dins dels marges que preveu la llei, pugui esdevenir per iniciativa directa, o com a corretja de transmissió, l'expressió

«PEL QUE FA A LA PREMSA CAL
EVITAR LA TEMPTACIÓ DE
RECONÈIXER-LI UNES
RESPONSABILITATS DE CONTROL
SOBRE EL SISTEMA DEMOCRÀTIC
QUE NO TÉ»

d'interessos particulars i un mecanisme eficaç per a la seva defensa. Però una altra cosa —inacceptable—, és que la premsa es pugui autopresentar com a portaveu d'un bé comú general, que s'apropriï d'una opinió pública anònima, i que sota aquesta suposada represen-

tació, es vulgui investir d'una legitimitat que li hauria de permetre pressionar directament —però de manera opaca, no transparent— sobre el sistema polític.

Certament, la capacitat d'influència que han aconseguit els mitjans de comunicació de massa al llarg del segle XX, ha condicionat de manera notable molts dels processos de la construcció, manifestació i representació pública de la *voluntat popular*. Per tant, és legítim i necessari obrir un debat rigorós sobre fins a quin punt algunes de les bases mateixes del sistema democràtic han pogut quedar afectades per segons quin hagi estat el model comunicatiu desenvolupat en un país determinat. La necessària transparència a propòsit de la propietat dels mitjans de comunicació, el control de l'ús polític dels mitjans públics, els límits de la llibertat d'expressió i el respecte a la intimitat i al bon nom, etc., no són qüestions menors en aquest gran debat que tot just molt tímidament s'ha iniciat a l'estat espanyol.

■ LA FORÇA POLÍTICA DE LA PREMSA

En particular, la premsa ha esdevingut un gran poder fàctic —més, fins i tot, que els altres mitjans de comunicació de tipus audiovisual—, a causa de dos fets de naturalesa diversa. En primer lloc, la potència política de la premsa prové del fet que s'ha atribuït el paper d'expressar l'opinió pública, de manera que, implícitament, a través de les pàgines d'opinió, però sobretot amb el recurs a la publicació de resultats d'enquestes i sondeigs d'opinió, solen presentar-se com a transmissors dels resultats d'una mena de plebiscit permanent, capaç, de vegades, d'arribar a fer trontollar governs legítimament constituïts.

La segona causa de força política de la premsa és que no només és un poder fàctic que defensa interes-

sos polítics *al costat* dels altres poders, sinó que, de fet, ella mateixa és la plataforma d'expressió de la resta de poders, l'escenari i l'escenografia indispensable per ser reconeguts públicament. Això explica fins a quin punt el poder polític és finalment subsidiari de les pàgines dels diaris i dels interessos que representen, ja que el control d'aquestes pàgines és la condició *sine qua non* de la seva presència pública. No és estrany, doncs, que sovint no quedi massa clar qui estableix l'*agenda* del polític: ell mateix, o la pressió que li és marcada per l'actualitat periodística i els reptes que li presenta. O bé, és una pràctica absolutament habitual la del ministre, el conseller o el director general, que invita a dinar el director d'un diari per tal de donar-li explicacions de la seva gestió i, així, acon-

**«ÉS LEGÍTIM I NECESSARI
OBRIR UN DEBAT RIGORÓS SOBRE
FINS A QUIN PUNT ALGUNES DE LES
BASES MATEIXES DEL SISTEMA
DEMOCRÀTIC HAN POGUT QUEDAR
AFECTADES PER SEGONS QUIN HAGI
ESTAT EL MODEL COMUNICATIU
DESENVOLUPAT EN UN PAÍS
DETERMINAT»**

seguir un vincle relativament condicionat en relació a la informació que l'afecti. I així, apareixen també els gabinets de premsa professionalitzats de l'administració, i que no són altra cosa que l'intent de donar resposta als envits que planteja la premsa com a poder relativament autònom. En definitiva, les xarxes de confiança-dependència que es teixeixen entre poder polític —sigui l'executiu, el legislatiu o el judicial— i la premsa, totes elles de caràcter informal i, per tant, opaques, són d'una extraordinària importància en la dinàmica del sistema polític actual. És l'existència d'aquesta teranyina allò que permet parlar obertament d'una *política de paper*¹, expressió que posa l'accent en aquesta dimensió *publicada* de la política, que

necessita ser representada sobre paper per acreditar la seva existència.

■ ELS LÍMITS DEL PODER MEDIÀTIC

En relació al primer factor sobre el qual es recolza el poder simbòlic i real de la premsa —l'autoatribució de ser expressió d'una *opinió pública* ciutadana—, convindria iniciar una operació de desmentiment sistemàtic d'aquesta pretensió. El poder mediàtic d'aquesta nova *intelligentsia* que és constituïda per periodistes i professionals diversos, amb més vocació política que professional, hauria d'ocupar un paper més discret en la dinàmica política, i sobretot, hauria de perdre la impunitat en la qual sovint es refugia per debilitar la legitimitat democràtica dels veritables representants de la sobirania popular. L'experiència recent, a l'estat espanyol, d'un període d'instabilitat propiciat per un clima de desconfiança i crispació generalitzada creat artificialment per alguns mitjans de comunicació, podria servir d'exemple diàfan de la transgressió d'uns límits no escrits però que són necessaris per a la bona salut del sistema democràtic. Una experiència que, per si no era prou clar, ha acabat amb uns resultats electorals que certifiquen l'artificialitat d'una *opinió publicada* que es volia fer passar per *opinió pública*².

Pel que fa a la segona font de poder de la premsa, és a dir, al fet que esdevingui l'escenari natural de la confrontació política, i per tant, que pugui efectuar una mediació i arbitratge actius en el mateix joc, només es poden neutralitzar els possibles abusos afavorint una lectura intel·ligent de la mateixa premsa que primi la voluntat d'independència i el paper de cronista de la realitat en els diaris, més que no pas el paper d'inquisidors i el desig de protagonisme dels mitjans.

En conclusió, la crítica eficaç de la noció d'*opinió pública*, tal com ja ha començat a fer un cert tipus de sociologia (Bourdieu, Champagne,...) i aprendre a llegir diaris, de manera crítica, són els camins més eficaços per a aconseguir ciutadans políticament adults, capaços de resituar la premsa en el lloc que li correspon.

*Universitat Autònoma de Barcelona

NOTES:

1. Salvador Cardús, *Política de paper. Premsa i poder a Catalunya 1981-1992*, Barcelona, Edicions La Campana, 1995.
2. Sobre aquesta qüestió, es poden veure les ponències presentades al curs coordinat pel Dr. Antoni Furió, *La creació de l'opinió pública i les seues formes històriques*, a la XII Universitat d'Estiu de Gandia, setembre de 1995. Especialment, *La televisió en la construcció de la memòria històrica d'un país: el cas italià*, de Giovanni de Luna, i *La invenció de l'opinió pública: poder i mitjans de comunicació*, de Salvador Cardús.

PER QUÈ CALEN LLEIS REPRESSIVES CONTRA CERTES ACTITUDS DE LA PREMSA

Sami Nair

UNLIKE OTHER TRADITIONAL BRANCHES, THE PRESS DOES NOT SUBMIT ITSELF TO THE CONTROL AND VIGILANCE OF ANY DEMOCRATIC INSTRUMENT. THERE IS NO DEONTOLOGICAL CODE, THERE ARE NO RULES NOR RESTRICTIONS; AND ON SOME OCCASIONS THIS MAY LEAD TO CERTAIN ANTIDEMOCRATIC ATTITUDES AND PROCEDURES. MOREOVER, THIS IS NOT AN OCCASIONAL PROBLEM. THEREFORE, THE REGULARIZATION OF THE MEDIA MARKET BECOMES A MUST.

A nivell estrictament teòric, val a dir que el plantejament tradicional que la filosofia política i la filosofia del dret ha fet de la relació entre els poders com un afer —o un joc— entre el legislatiu, el normatiu i el judicial peca d'una excessiva formalitat. Aquesta concepció formalista, per descomptat, contribueix a emmascarar les fonts de poder real de la societat: especialment el poder econòmic i social. Tot el segle

lar es manifesta en aquests tres poders. No cal ni dir que cadascun dels poders es regeix per les seues pròpies normes, però totes, al capdavant, reductibles a la lògica democràtica. Ara bé: aquests tres poders es troben, ara mateix, en una situació de permanent desestabilització. I no únicament per la influència del poder econòmic, sinó també per un altre poder que intervé de manera diària, molt contundentment, tot manipulant l'opinió pública i que té conseqüències directes sobre la formació de la sobirania popular: es tracta del poder mediàtic.

**«ELS TRES PODERS
ES TROBEN EN UNA SITUACIÓ
DE PERMANENT DESESTABILITZACIÓ.
I NO ÚNICAMENT PER
LA INFLUÈNCIA DEL PODER
ECONÒMIC, SINÓ TAMBÉ PER
UN ALTRE PODER
QUE MANIPULA
L'OPINIÓ PÚBLICA I QUE TÉ
CONSEQUÈNCIES DIRECTES
SOBRE LA FORMACIÓ DE LA
SOBIRANIA POPULAR: EL PODER
MEDIÀTIC»**

Aquest poder és fonamental. És un poder que reuneix i encarna pràcticament totes les contradiccions de les societats democràtiques —és a dir, el tarannà conflictiu de les relacions polítiques i socials— i que, alhora, actua i determina el paper dels grups dominants de la societat. Però cal parar esment d'una cosa fonamental: aquest és l'únic poder sense lleis constituents. És un poder totalment arbitrari, és un poder sense lleis: no hi ha codi, deontologia, no hi ha control —ni popular ni, àdhuc, formal. És, doncs, un poder totalment deslligat —a diferència dels altres— de la direcció de la sobirania popular. És la primera vegada en la història que trobem aquesta mena de poder. La formació de l'opinió pública en el segle XIX —Popper ho analitzà excel·lentment en el seu llibre *L'espai públic*— va estar més o menys lligada a la formació dels partits polítics. Però avui dia s'hi aprecia una gran autonomia i només tenim un element de control del poder mediàtic, que és el poder econòmic. Perquè el poder mediàtic és a les mans dels grans monopolis econòmics.

XIX va significar, precisament, la construcció d'una problemàtica filosòfica i teòrica que intentava d'integrar aquest element —el poder econòmic— a dins de les càbales que sobre les relacions de poder s'enllestien aleshores.

Avui dia els tres poders estan lligats, comparteixen un mateix denominador comú: la sobirania popular democràtica. Es pot ben dir que la sobirania popu-

Això desestabilitza, segons el meu parer, totalment el funcionament de la democràcia. El poder de la televisió no és únicament un poder de significació sinó també d'imatges. Popper plantejava aquest problema:

és, el mediàtic, el poder més perillós que es pot trobar ara mateix, i no únicament a nivell del joc polític sinó també pel que toca al comportament social. Per exemple: el poder executiu, el legislatiu i el normatiu són

**«EL QUE ENS IMPORTA
EN UN SISTEMA DEMOCRÀTIC
NO ÉS EXCLUSIVAMENT LES
LLIBERTATS, SINÓ TAMBÉ I
ESPECIALMENT
EL SISTEMA DE CONTROL SOBRE ELS
PODERS. AQUESTA ÉS,
SEGONS EL MEU PARER, LA
DEFINICIÓ DE DEMOCRÀCIA»**

poderns que tenen com a funció essencial la neutralització de la violència, la juridificació del conflicte. En el poder mediàtic, la violència funciona de manera totalment arbitrària i sense control. La democràcia és el principal mitjà per combatre la violència, diu Popper. És el contrari, exactament. La televisió introdueix la



violència com un element regulador de les relacions socials. Popper proposa una llei repressiva que limite i prohibesca la utilització i manipulació de la violència. Hi ha dos elements que poden contribuir a aquesta reglamentació. Primerament, cal fixar fronteres: la llibertat no existeix com a concepte abstracte, la llibertat sempre està limitada per les condicions d'igualtat i pel respecte a algunes normes. El segon és l'educació, el treball d'educació i crítica.

Però, qui fa aquesta llei? Necessitem lleis repressives en contra d'aquest tipus de comportament. Hi ha algunes regles per respectar i, ara mateix, es pot ben dir que el poder mediàtic no respecta les regles del joc. El poder mediàtic és un poder corporatiu, i tots els poders corporatius tenen la seua instància de jutjament. Els metges, els advocats, els arquitectes ho tenen i cal fer-ho també per als mitjans de comunicació. Cal construir una deontologia, un codi referencial i limitador mínim.

De la mateixa manera que cal controlar el mercat —per contra d'aquesta concepció neoliberal que jo no compartesc en absolut—, cal controlar el mercat de la comunicació. El que ens importa en un sistema democràtic no és exclusivament les llibertats, sinó també i especialment el sistema de control sobre els poders. Aquesta és, segons el meu parer, la definició de democràcia.

**«COMPARTESC TOTALMENT
L'OPINIÓ DE POPPER, ÉS A DIR,
CREAR UNA COMISSIÓ
INTERNACIONAL PER A CONTROLAR
EL PODER DELS MITJANS DE
COMUNICACIÓ»**

Ens trobem en un moment històric. El poder executiu, el poder legislatiu i el normatiu són poders que depenen de l'escriptura. El mediàtic és un poder que es nodreix i treballa amb imatges. Aquest és un canvi cabdal: si davant dels poders de tradició escrita hom és concebut com un ciutadà, davant del poder mediàtic un no és més que un consumidor. Això transforma totalment les relacions. Per la meua banda, compartesc totalment l'opinió de Popper, és a dir, crear una comissió internacional per a controlar el poder dels mitjans de comunicació.

* Universitat de València. Catedràtic de Pensament Contemporani.