

Lluís Penuelas Reixach. La derrota del Derecho y otros estudios, comentados, del Prof. Dr. José Juan Ferreiro Lapatza. Libro homenaje.

Presentación

De la extensa bibliografía de José Juan Ferreiro Lapatza, pocos trabajos muestran de forma tan sintética y manifiesta la condición de gran jurista, docente e investigador de mi maestro como su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña: “La derrota del Derecho”.

Se trata de un texto, como muchos otros del Dr. Ferreiro, que además de comunicar valiosos conocimientos e ideas nos hace cuestionar muchos de los valores y actitudes de los protagonistas del sistema jurídico español: desde los políticos o legisladores a los docentes, sin olvidar a los jueces o a los funcionarios de la Administración.

No pretendo en esta glosa centrarme en el tema que aborda el discurso de mi maestro, sino simplemente utilizarlo como pretexto para poner de manifiesto alguna de las notas que le caracterizan como persona, jurista, docente e investigador, y que tanto nos han influido a los que hemos tenido la suerte de recibir su magisterio. Y sólo serán algunas, pues es obvio que en estas pocas páginas no aspiro a ponderar enteramente su personalidad y su profesionalidad. Confío, eso sí, en que dichos trazos sirvan para sumarse a los que identificarán el resto de coautores de este libro homenaje, de modo que entre todos podamos alcanzar un retrato suyo lo más integral posible.

El Derecho como instrumento de justicia social

El texto del Dr. Ferreiro “La derrota del Derecho” trasluce de forma clara su concepción del Derecho como un instrumento de justicia social.

Sus ideas y palabras son diáfanas y contundentes. El Derecho es un conjunto de normas jurídicas para evitar la lucha entre los ciudadanos por la conquista del

poder sobre los demás. Para conseguir “que ningún ciudadano de la república sea más fuerte que la república e imponga su dominio sobre todos los demás”. Es decir, el Derecho ha de servir para que disfrutemos de un “Estado en el que todos participemos 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”.

Si el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un simple medio para conseguir la justicia social, la función del jurista ha de ser necesariamente la de colaborar a dicho fin. Su papel es el de contribuir a aplicar y mejorar el Ordenamiento Jurídico teniendo presente este fin, al igual que el del docente es también el de enseñarlo con este mismo norte.

El Dr. Ferreiro verifica que en estas últimas décadas el Derecho ha dejado en parte de realizar la anterior función. En la medida en que no cumple su función, fracasa, y de ahí el título de su trabajo: derrota del Derecho, como “un camino o retirada o vencimiento en la lucha por el Estado de Derecho”.

Una de las manifestaciones de la retirada o pérdida de protagonismo del Derecho en la vida social y de su fracaso en su papel de garantizar la justicia y la igualdad, se halla en que casi ha abdicado de regular algunos temas y sectores esenciales de la vida política, social y económica española y europea.

Este fenómeno se ha producido mediante la progresiva utilización de normas jurídicas que no contienen mandato alguno, y por la sustitución de ciertas normas jurídicas por otras que tienen su misma apariencia, pero que no lo son de jurídicas, en la medida en que no se imponen coactivamente a todos, ya por tratarse de simples decisiones administrativas o de sentencias aplicables únicamente a casos concretos, ya por ser normas deontológicas o recomendaciones de organismos administrativos o internacionales, o de entidades privadas de diversa índole.

En este sentido, no podemos más que estar de acuerdo en su crítica a la desregulación que, gracias a las dos anteriores técnicas –principalmente la segunda–, han efectuado los Estados del mundo financiero privado, y que ha propiciado tantos abusos contra el conjunto de la población, en una clara manifestación de las ideas políticas e intereses económicos de unos pocos y de la incompetencia de los legisladores y de las Administraciones, que no han sabido frenar prácticas tan perniciosas como las que han imperado en dicho sector y que todos conocemos. Incompetencia de la que son corresponsables los científicos del Derecho que no han sido capaces de formular advertencias contra el peligro de dichas prácticas en el momento en que se producían, aunque podamos entender que los incentivos de los banqueros por crear nuevos productos financieros superan con creces los que reciben los profesores universitarios por estudiarlos a su debido tiempo.

También nos sumamos a su crítica al empleo de normas vacías, “normas que no son normas”, “Derecho que no es Derecho y que sólo es una apariencia de Derecho que encubre vacíos jurídicos cada vez más evidentes y notorios”, fenómeno que provoca que el legislador –los políticos–, deje de afrontar, regular y resolver temas esenciales para nuestra vida social y económica.

Pone como ejemplo de todo ello el art. 36.1 de la LGT y especialmente los artículos que regulan el poder financiero de la Generalitat de Catalunya en el, con razón cuestionado, reciente Estatuto de Autonomía catalán, uno de los mejores ejemplos de la deficiente técnica del legislador catalán y de los científicos y profesionales del Derecho que lo asesoraron.

Compartiendo el contenido de sus críticas, que por otro lado se podrían realizar en el mismo sentido del articulado de la Constitución española de 1978 que regula la hacienda autonómica –artículos 156 a 158–, quisiera desarrollar una de las proposiciones que afirma el Dr. Ferreiro al realizar su análisis.

Como fino jurista, el Dr. Ferreiro se atreve a calificar nuestro Estado de federal, aunque luego aclare de forma totalmente acertada que, desde el punto de vista de la Hacienda, dicha calificación sólo se justifica por la realidad de hecho, no por la regulación jurídica y constitucional.

No podemos más que coincidir con sus dos apreciaciones, además de alabar la valentía que demuestra al calificar nuestro Estado de “federal”, utilizando con ello una palabra “maldita”, hasta hace poco, entre la mayoría de científicos del Derecho financiero españoles.

Veamos por qué cabe calificar nuestro Estado de federal y por qué, sin embargo, cabe considerarlo como escasamente federalizado.

¿Qué es un estado federal? Son tantas las formas de federalismo, que normalmente es necesario añadirle un adjetivo: "dual", "asimétrico", "nuevo", etc. Una tesis norteamericana identificó en el año 1984, 497 de estos usos, lo que nos da una clara idea de la indefinición que reina alrededor de esta palabra, que normalmente es usada como si tuviera un significado compartido por todos. Pues no, ni es compartido por todos ni lo es siquiera en el campo de la ciencia política y constitucional, donde, como decimos, es necesario utilizar adjetivos para etiquetar los numerosos modelos y formas que surgen de lo que a principios de la década de 1960 se conoció en EE. UU. como “juego de inventar tu propio federalismo”.

Nos podríamos preguntar si es posible determinar qué tienen en común los cientos de casos en los que un estado ha sido calificado de “federal”. Para los científicos que han estudiado este tema, un Estado se puede considerar como “federal” cuando en él se reconoce y garantiza constitucionalmente la distribución del poder político entre varias entidades territoriales autónomas.

Se concluye que si ésta es la única condición necesaria para calificar un estado de federal, España es ya un estado federal, por más que los autores de la Carta Magna prefirieran en su momento evitar esta denominación y que nuestra doctrina jurídico-

constitucional también la haya evitado, para adoptar una expresión mucho menos comprometida desde el punto de vista político: la de estado compuesto.

Si calificar España de federal sólo comporta reconocer la anterior premisa: ¿por qué resulta tan problemático utilizar este adjetivo para referirnos a nuestro Estado? La respuesta está en los significados que en épocas pasadas se le han atribuido y que todavía hay quien se resiste, por interés o simple falta de formación, a reconocer.

Durante más de dos milenios, desde la experiencia de los griegos hasta la Constitución norteamericana de 1787, el significado típico de “federalismo” fue la voluntaria asociación de comunidades políticamente iguales para conseguir un reducido número de propósitos políticos. Designaba un sistema en el que el gobierno central no tenía jurisdicción directa sobre los ciudadanos –“federal” y “confederal” eran términos usados indistintamente–, en el que sólo se ocupaba de unos temas muy específicos que afectaban a todas las unidades y en el que cada comunidad, con independencia del número de sus habitantes y de su extensión, tenía la misma fuerza política en la toma de decisiones del gobierno central.

Los padres de la Constitución norteamericana quisieron crear lo que no debería ser “ni una constitución estrictamente federal, ni estrictamente nacional, sino una composición de ambas” (Madison). Un sistema en el que ni las características que poseía ni los fines que buscaba coincidían plenamente con los propios de un estado federal, tal como afirmó Martin Diamond. Sin embargo, los autores posteriores no fueron terminológicamente tan precisos como los padres de la Constitución norteamericana y llamaron federal al nuevo sistema, por lo que el significado clásico de “estado federal” cambió con el tiempo. Nació lo que se ha venido a llamar “federalismo moderno o norteamericano”, que es el que ha influido considerablemente en numerosos sistemas políticos actuales, entre los que también se encuentra el español.

Pues sí, y sin apenas habernos enterado de la buena nueva, tenemos suficientes razones para entender que nuestro Estado ya ha llegado a la estación de “estado

federal”. Lo que ocurre es que puede seguir aún avanzando bastante más por dicho ramal en la medida en que nuestra Constitución no contiene o no regula de forma conveniente algunos de los mecanismos y técnicas que sirven normalmente para garantizar constitucionalmente la distribución del poder político entre distintos entes territoriales autónomos.

No es éste el momento para desarrollar este análisis, que nos llevaría a la conclusión de que nuestro país es un estado federal de gama baja, por así decirlo. Es un estado federal escasamente federalizado, en la medida en que gran parte del poder político del que disfrutaban las CC. AA. puede ser modulado, e incluso anulado, por el gobierno central sin necesidad de modificar la Constitución, sin que deba consultar al pueblo que repartió su poder político entre dichos gobiernos autónomos y el Estado central.

Y esto es precisamente lo que se aprecia en la regulación de la autonomía financiera de las CC. AA. que efectúa la Constitución de 1978 en su art. 156, al no definir y concretar la autonomía financiera de las CC. AA. y al dejar en su art. 157,3 que sea el gobierno central el que la regule. No es necesario realizar un gran esfuerzo intelectual para entender que nadie se consideraría autónomo respecto de otra persona si ésta fuera la que tiene capacidad para decirle lo que puede o no puede hacer.

Estamos ante un caso similar de “apariencia jurídica” y de “normas que no son normas jurídicas” como el que critica el Dr. Ferreiro del actual Estatuto catalán, y que es el origen de que tantos Estatutos de Autonomía pequen del mismo defecto que la Constitución al regular estas cuestiones.

La norma constitucional no regula el grado de autonomía de las CC. AA., sino que deja este poder al gobierno central en una manifestación que no es propia de los Estados federales. Lo único que hace es crear una apariencia jurídica, que es una muestra de la derrota del Derecho que nosotros sumamos a las detectadas por el Dr. Ferreiro. El legislador constitucional dejó de regular en 1978 una cuestión

fundamental para la vida política de nuestro país, lo que explica que desde entonces aún continuemos discutiendo sobre esta cuestión.

La importancia de que el jurista conozca la Ciencia del Derecho y el conjunto del Ordenamiento Jurídico.

El texto que comentamos también trasluce otras dos de las notas que definen al profesor Ferreiro como científico del Derecho y como docente, y de las que disfrutamos y nos nutrimos los que tuvimos la suerte de entrar a trabajar en el Departamento de Derecho Financiero y tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

En primer lugar, la importancia del conocimiento de la Ciencia del Derecho, e incluso de otras ciencias, como son la Ciencia Política y la Economía, para nuestra formación como científicos y juristas. Por ello, es comprensible que en su discurso critique que cada vez se dé menos importancia a la Ciencia del Derecho.

En segundo lugar, la idea de que el jurista debe concebir el Derecho “en su núcleo y esencia como conjunto de normas abstractas y generales, como ordenamiento”, por lo que el centro de atención de todo jurista deben ser “los conceptos generales y fundamentales. Las relaciones estructurales que permiten verlo como un todo, como una unidad, como un sistema. Sólo conociéndolo así podemos aplicarlo correctamente. Sólo enseñándolo así podemos enseñarlo correctamente”.

Y una buena prueba de su coherencia con respecto a estas dos notas son los autores de diversas ramas de la Ciencia Jurídica y de otras ciencias o de la filosofía que cita en este trabajo y que muestran su amplia e interdisciplinaria formación, alejada por ejemplo de los prácticos en Derecho que no son capaces de citar autor doctrinal alguno, o de los investigadores especializados en una rama del Derecho que desconocen a cualquier autor que no haya escrito sobre la misma: a Kant, Berliri, Paulick, Valdés Costa, Sainz de Bujanda, Trasímaco, Sócrates, Platón,

Hobbes, Bobbio, Aristóteles, Heidegger, Piero Calamandrei, Kelsen, Carl Schmitt, Epicuro o Rousseau.

El Dr. Ferreiro, de forma consecuente con las anteriores premisas, pone de manifiesto en su discurso el peligro que una de las influencias del Derecho norteamericano en nuestro sistema jurídico puede suponer para la Ciencia del Derecho, la formación de los juristas, el perfeccionamiento del Ordenamiento Jurídico e incluso el Estado de Derecho. Nos referimos a aquella que ha provocado, junto a otras causas, que cada vez se dé más relevancia al estudio y atención a las decisiones jurídicas y casos concretos y menos al Ordenamiento Jurídico como conjunto de normas generales y abstractas.

Para nosotros, lo peor que le podría ocurrir a un jurista es desconocer el funcionamiento del sistema jurídico, lo que exige el conocimiento del Ordenamiento Jurídico como unidad, tal como demanda el Dr. Ferreiro. Aceptando las consideraciones que efectúa mi maestro en su discurso, no creemos que de las mismas deba derivarse un rechazo al método del caso como método de enseñanza y estudio del Derecho, pues si éste es correctamente empleado puede ser excelente para conocer cómo funciona el sistema jurídico y constituir el mejor aliciente para conseguir lo que defiende el Dr. Ferreiro: que los juristas centren su atención en el Ordenamiento Jurídico como unidad, y sobre todo, pues al final esto es lo que ha de presidir toda la labor de los juristas en la concepción de mi maestro, conseguir que el Derecho sirva a la justicia, a la igualdad y a la libertad de los ciudadanos.

Evidentemente, no propugnamos que la enseñanza del Derecho en nuestras facultades se base sólo en este método, pero sí que se emplee como un excelente complemento al método tradicional de las clases magistrales basadas en conocimientos de la Ciencia del Derecho, que son, ciertamente, mucho más eficientes que el método del caso para que los estudiantes adquieran una visión general, ordenada y unitaria del conjunto de los conocimientos legales, y

especialmente de las diferentes categorías y clasificaciones jurídicas, así como el dominio del lenguaje jurídico.

La importancia de esta cuestión justifica que aclaremos qué es realmente el método del caso desde el punto de vista pedagógico, tal como se entiende en el país en el que se originó y del que se ha importado, EE. UU., y cuáles son sus ventajas para el alumno.

¿En qué consiste? Es un método de estudio y enseñanza que se aplica a las decisiones judiciales de los Tribunales estatales y federales que resuelven casos en apelación.

El alumno debe estudiar un conjunto de casos judiciales antes de acudir a clase. Para ello tiene que analizar las sentencias del Tribunal y resumir, *briefing*, los diferentes elementos o partes esenciales del caso:

- los hechos jurídicamente relevantes,
- la historia procesal,
- las cuestiones jurídicas planteadas a la luz de unas posibles normas o principios aplicables (*issues*) y que deben ser resueltas por el juez,
- la respuesta del juez a las cuestiones planteadas (*holding*, o *ratio decidendi*),
- el resultado o fallo por el que se acepta o rechaza la pretensión del apelante (*judgment*),
- y el razonamiento para justificar las decisiones adoptadas.

Al resumir las sentencias a través de estos elementos, el alumno comprueba cómo ha realizado el juez las anteriores tareas y, al mismo tiempo, adquiere el conocimiento y las capacidades intelectuales para realizarlas.

Todas ellas se hallan absolutamente interrelacionadas entre sí y son necesarias para saber razonar del mismo modo en que lo hace un jurista, lo que exige saber:

- distinguir y extraer los hechos relevantes de un caso judicial o de los problemas expuestos por un cliente,
- reconocer las cuestiones jurídicas que le pueden ser planteadas,
- seleccionar normas y principios que puedan aplicarse a los anteriores hechos y cuestiones,
- aplicar las normas a los hechos jurídicamente relevantes, encajándolos en los elementos de las normas,
- desarrollar la habilidad o capacidad de utilizar correctamente los valores, principios y políticas jurídicas como factores que orientan la aplicación de normas y principios,
- adquirir la habilidad y los conocimientos para saber justificar dicha aplicación, sobre la base de un gran número de argumentos, fundamentados en principios, políticas, doctrinas, etc., que se extraen de los precedentes judiciales, la concepción del Derecho o las ideas sobre el gobierno general de la sociedad.

En clase, el profesor, bajo los dictados del método socrático de enseñanza, efectuará una serie de preguntas para orientar al alumno en su aprendizaje y para conseguir que pueda clarificar y construir sus conocimientos.

En relación con cada uno de los casos, las preguntas irán dirigidas a destacar los citados elementos esenciales de la decisión: hechos, procedimiento, cuestiones jurídicas, *holding*, *judgment* y razonamiento. Se propondrán también cuestiones hipotéticas sobre el caso que no hayan sido planteadas ni resueltas.

El profesor intentará resaltar además cómo se relacionan diferentes casos: cuándo dos casos se deben reputar iguales o cuándo son suficientemente diferentes para que no se consideren vinculados, tratando siempre de determinar qué añade cada caso al resto.

Finalmente, el profesor dará mucha importancia a los aspectos sustantivos de cada uno de los casos: exigirá a sus alumnos que conozcan las razones sustantivas ofrecidas por el Tribunal para justificar sus decisiones y que tengan formada una opinión al respecto, es decir, que sean capaces de argumentar a su favor o en su contra.

Sin que se pueda discutir de modo alguno que el empleo masivo de este método en las aulas universitarias tiene pleno sentido sólo en un país del Common Law, es también necesario poner de manifiesto que proporciona a los estudiantes una serie de beneficios que les ayudan a superar fácilmente muchos de los *handicaps* característicos de la docencia basada únicamente en clases magistrales. Entre los más relevantes de estos beneficios se destacan los siguientes:

- El estudiante aprende los temas jurídicos analizando al mismo tiempo sus aspectos sustantivos y formales. Con ello se gana en claridad.
- Enseña técnicas que son fundamentales para todo jurista: las de aplicación del Derecho, en concreto, y en general, todas aquellas que integran el razonamiento jurídico. Al obligar a los estudiantes a examinar las tareas y razonamientos efectuados por el Tribunal y a defender en clase sus conclusiones al respecto, se consigue que los alumnos no sólo conozcan el funcionamiento de estas técnicas, sino que además desarrollen las capacidades o habilidades intelectuales que les son necesarias para utilizarlas con destreza en la práctica.
- La discusión sobre los aspectos sustanciales de las sentencias permite que los estudiantes adquieran una visión más crítica del sistema jurídico que con el método docente español: pueden apreciar mejor cuáles son los valores sustantivos que justifican el funcionamiento del sistema jurídico y qué tipo de consecuencias sociales comportan.

- En general, ofrece la perspectiva de un Derecho vivo y no estático, que evoluciona según el momento histórico; de un Derecho incardinado en la sociedad y que se debe adaptar a las circunstancias sociales cambiantes en función de unos valores sociales y políticos, y en el que los abogados y los jueces tienen un papel relevante que desempeñar. Y junto a esta concepción, se les enseña a adoptar una actitud frente al Derecho mucho más activa que la que se enseña en España.
- El estudio de decisiones judiciales que han resuelto problemas sociales reales constituye la primera base para motivar al alumno. Éste puede comprobar de forma inmediata la utilidad de los conocimientos que debe aprender y su repercusión social y económica.
- La interacción del estudiante con el profesor y los demás estudiantes permite al alumno ganar confianza en sus conocimientos, en sus capacidades intelectuales y en sí mismos.

Interés por la Universidad.

Quisiera cerrar este comentario al discurso “La derrota del Derecho” con unas apreciaciones que van más allá de su propio contenido.

El Dr. Ferreiro ha sido y es un verdadero profesor universitario: por su dedicación a la docencia, a la investigación y a la Universidad como institución.

Necesitaríamos muchas páginas para glosar su contribución a estos tres ámbitos, por lo que sólo quiero hacer referencia brevemente a un aspecto que interrelaciona como ningún otro las anteriores tres vertientes universitarias: el de la formación de otros investigadores y profesores.

De todos es conocido que mi maestro ha creado escuela. Y crear escuela no es una cuestión baladí para la Universidad, ni gratuita para aquellos que lo consiguen.

Sólo se crea escuela con considerable dedicación, esfuerzo y tiempo, que otros profesores prefieren destinar a cuestiones más crematísticas, pero que el Dr. Ferreiro prefirió emplear en esta finalidad, y es justo reconocerle y loar su enorme contribución en este ámbito.

Yo soy uno de sus numerosos discípulos.

La relación maestro-discípulo podría recordar a la paterno-filial, en la que el padre siempre da al hijo mucho más de lo que éste jamás le devolverá. Una relación en la que normalmente los hijos no saben reconocer ni agradecer lo mucho que han recibido del padre hasta que ellos se convierten a su vez en padres.

En mi caso, debo decir que siempre agradeceré al Dr. Ferreiro la apuesta que realizó por mí, el tiempo que me dedicó, los conocimientos que me enseñó y el privilegio y el placer que me ha supuesto relacionarme con una persona tan singular como él.

En aquellos momentos yo pensaba que por mi currículo y mi trabajo me merecía todos aquellos avances profesionales y distinciones que él me facilitaba, pero ahora sé que, incluso en el caso de que los hubiera realmente merecido, sobre lo que no cabe aquí entrar, la persona que me abrió las puertas, me condujo y me apoyó fue el Dr. Ferreiro. Ésta fue mi suerte. Y lo mismo que hizo por mí, lo hizo por muchos.

Sin embargo, la relación maestro-discípulo no es totalmente equiparable a la paterno-filial, pues en ésta el hijo no puede elegir al padre, por lo que el padre desde el momento en que decide tener al hijo se ha de hacer responsable del mismo sin esperar que se le devuelva nada de forma equitativa. En la relación maestro-discípulo, en cambio, el primero ciertamente elige conscientemente al segundo, pero éste también hace lo propio con el primero. Por tanto, todos somos responsables de los maestros que elegimos y de la deuda que asumimos con ellos. Y el Dr. Ferreiro esto siempre lo tuvo claro. Le gustaba recordarnos el principio de

reciprocidad en las transacciones recogido en el Código de Justiniano I: *Do ut des*, es decir: “Doy para que me des” en una más de sus provocaciones, en este caso dirigida a despertar nuestras ingenuas mentalidades de recién llegados a la Universidad. Y la califico de provocación, ya que en la realidad él nunca lo aplicó ni pretendió aplicarlo a nuestras relaciones.

Parte de lo que el discípulo entrega o debería estar dispuesto a entregar al maestro como pago del tiempo, conocimientos y cuidados que recibe es su respeto, agradecimiento, lealtad y, también en muchos casos, colaboración en el trabajo del departamento y acatamiento de las directrices marcadas en el mismo.

Evidentemente, llega un momento que, al igual que en la relación paterno-filial, el hijo, aquí el discípulo, debe salir del hogar familiar y montar su propia familia. Con ello, el trabajo y el cumplimiento de las directrices ya no pueden ser moneda de cambio en la relación, pero las otras tres: respeto, lealtad y agradecimiento, sí. Y el Dr. Ferreiro puede tener la certeza de que por mi parte las tiene y las continuará teniendo. Espero que con ellas, y con la satisfacción de saber que ha contribuido a mi desarrollo personal y profesional, a mi felicidad, llegue a la conclusión de que valió la pena la relación que entablamos y mantenemos.

Dr. Lluís Peñuelas i Reixach

Profesor titular de universidad de Derecho Financiero y Tributario