

## EL PODER JUDICIAL EN LA TRANSICION

Por ALVARO LABORINHO LUCIO

1. Política y culturalmente distanciado de la evolución que Europa conocía desde el primer conflicto mundial y que los años cuarenta reforzaron decisivamente, el pensamiento jurídico y judicial portugués arrastraba, de la ideología del siglo XIX, la imagen de legitimación formal, que la práctica institucional a cada paso contrariaba, cuando, repentinamente, avalado por el movimiento revolucionario de abril de 1974, tuvo que enfrentarse con exigencias éticas, de naturaleza sustantiva que arrancaba de una realidad cuyos contornos habían venido siendo moldeados lejos de los principios que habían inspirado la filosofía del Estado liberal puro.

A despecho de la moldura axiológica dentro de la cual la Constitución política de la República Portuguesa de 1933 diseñaba la silueta del Estado, limitado en su acción por la «moral y el derecho» (art. 4), y en cuyos fines se destacaba el respeto por el «ejercicio de los derechos, libertades y garantías impuestos por la moral, por la justicia o por la ley» (art. 6), los contornos institucionales que definían los tribunales como órganos de soberanía (artículo 71), solamente les marcaban un trazo formal según el cual les estaba atribuida la función judicial (art. 116), al mismo tiempo que, en términos constitucionales, se concedía al ministerio público la representación del Estado ante los tribunales (art. 118). De este modo, subordinado el ministerio público a la estructura política del poder ejecutivo del cual dependía, y colocado el poder judicial bajo idéntico control, aunque difuso, en virtud del sistema de nombramiento y promoción de los jueces, que, de acuerdo con el estatuto judicial, era competencia del ministro de Justicia, la «función judicial» se desarrollaba despojada de las garantías de independencia que constituyen la clave de su afirmación autónoma en términos de división de poderes.

A los tribunales les quedaba en la práctica el recurso a criterios de independencia formal que sin vinculación expresa a la política se guía por el

poder ejecutivo, no contraviniese las líneas maestras sobre las que se estructuraba todo el sistema y que éste plasmaba en un cuerpo legislativo que le definía los límites y le fijaba el contenido.

Pasaron de este modo a tener significado idéntico el concepto de independencia y la noción de estricta legalidad.

Es por eso que, rechazada la vía de la discusión sustancial del sistema, rechazada la opción del uso alternativo del Derecho y despreciada incluso la referencia a los principios morales, que en términos positivos no dejaban de informar los preceptos constitucionales fundamentales, el refugio legítimo de la práctica se encontraba en la recuperación de la idea de la libertad, donde lo abstracto y lo formal se erigían en defensas avanzadas contra la acusación de ineficacia social del sistema de justicia.

A los principios del positivismo filosófico correspondían el positivismo sociológico y el positivismo jurídico, moldeado éste en el marco de las concepciones racionalistas que informaban la idea y el concepto de ciencia. Era incluso el culto a la forma, sugerido por la evolución del espíritu iluminista, lo que imperaba, manifestándose en términos de filosofía social en la idea de hombre abstracto y, en el plano jurídico, en la expresión también general y abstracta de la ley.

Como consecuencia inmediata, en sede de aplicación del Derecho se reducía que en el ámbito del hecho el conflicto o problema que suscitaba la intervención judicial surgía como mero presupuesto formal: del mismo modo que su conocimiento se reducía a una constatación de existencia cuya comprobación llenaba la actividad material de juzgar.

Se reducía, así, la noción de acto a su dimensión científico-normativa de acto jurídico, el mismo también convertido en general y abstracto. La administración de justicia se reduce así a una simple administración de la ley, correspondiendo al magistrado el estatuto reductor y relativo de mero técnico del Derecho, generando un proceso de elaboración complejo en que intervienen influencias ideológicas, razones de fondo inspiradas en el sentido último de derecho y conveniencias de método centradas en torno a las virtudes de la pura lógica formal.

De aquí resulta una concepción pasiva de la institución que se traduce en la postura formal conferida al juzgador enmarcado por una relación de dimensión exegética con el Derecho y de contacto distanciado con el hecho, sobre el cual hacía incidir juicios de mera constatación. El razonamiento silogístico completaba, en términos de método, la estrategia de su acción de cara a la toma de decisión final, de cuya preparación se excluían las diversas influencias históricas, ideológicas y sociológicas que particulariza el hecho, negándosele una verdadera relación material con la ley de cara a, por causa

de ellas, determinar el último y real sentido de ésta a expresar en el caso concreto. A la abstracción ontogenética del derecho y a la abstracción normativizante del hecho se añade ahora la abstracción de la propia institución judicial erigida sobre principios de dignidad formal y de neutralidad técnica, correspondiéndole una estructura orgánica y funcional de dependencia, más evidente en lo que toca a la magistratura del ministerio público (1), pero visible también en el ámbito de la magistratura judicial (2), constituyendo una y otra un cuerpo único y una sola carrera, estando ambas sujetas, por tanto, a una misma vinculación.

Del todo se extraía la identificación estructural entre derecho y justicia, tomándose para exonerar el primero valores de extracción positiva como los de certeza y seguridad, que prevalecían sobre aquélla en caso de conflicto, reservándose para ella el sentido de intención última o de idea del derecho (3) que éste proseguía a través de la ley, en cuya interpretación no había que hacer intervenir preocupaciones reales de justicia (4). De ésta se retenía, así, su traducción en idea, desligada del espacio sociológico y desvinculada de la afectación subjetiva o titularidad. «Leyes formales del pensamiento; valores formales de la conciencia; logicismo, cientificismo, ética también solamente formal; tecnicismo; Estado y democracia formales; derecho y jurisprudencia reducidos a montones de conceptos apilados, sin vida y sin nervios: he aquí algunos de los rasgos más destacados de la mentalidad del siglo... que predominaron, por lo menos hasta la primera guerra mundial» (5), y que entre nosotros se prolongaron a cubierto de una aparente filosofía de Estado providencia.

2. La Revolución de abril permitió la recepción interna de una filosofía cultural que Europa recibiera definitivamente en el período de posguerra, al mismo tiempo que mostró, de forma real y crítica, el estado sociológico de la realidad portuguesa. A la filosofía del Estado liberal puro le sucedió, por

(1) Art. 170, núm. 1, del Estatuto judicial.

(2) Art. 124 del Estatuto judicial.

(3) GUSTAV RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, colección Studium, 5.ª ed., pág. 91.

(4) KARL LARENZ: *Metodología da ciencia do direito*, Fundación Calouste Gulbenkian, pág. 185.

(5) CABRAL DE MONKADA: Prefacio a la primera edición de la *Filosofía del Derecho* de G. RADBRUCH, colección Studium, 5.ª ed., pág. 21, y BAPTISTA MACHADO: *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 1983, Livraria Almedina, págs. 253 y sigs. Reviste especial interés, en el contexto de la transformación, el análisis y profundización del tema en TITO CARDOSO E CUNHA: «A antropología: ¿filosofía ou ciencia? Um debate entre Sartre e Lévi-Strauss», en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, número 9, págs. 115 y sigs.

otra parte, con contornos y estructuras diversificadas, la filosofía del Estado social, superando la relación formal de individuo a individuo por una relación sustancial a definir entre individuo e institución.

Al mismo tiempo, se toma de las modernas corrientes antropológicas y sociológicas la noción de hombre situado y concreto, sustituyéndose el hombre filosófico por la figura real de hombre sociológico, desigual y en lucha por su propia libertad, ésta, a su vez, tallada en los contornos concretos de la realidad social y no sólo anunciada como dato formal de postura filosófica. Así, a la par del relieve inestimable que hay que atribuir siempre a la filosofía, donde se identifica y define el espacio *axiológico* intencional del ser (6), es también gracias al avance del conocimiento de las ciencias sociales como se atribuye especial importancia a la sociología y a la antropología, de tal modo que el derecho, no dejando de estar pautado por valores, se asume incuestionablemente como referido a comportamientos. De la misma manera, la nueva relación que se establece libremente entre Estado y ciudadano o entre institución e individuo se rige ahora por criterios de fondo sobre los cuales ha de asentar, en la transferencia de los ejercicios, el instituto de la representación, por lo que, en vez de cuestionarse solamente la existencia de los derechos y de los valores correspondientes, hay que indagar también su raíz ontológica y su respectiva titularidad originaria.

Por último, a la propuesta positivista racionalista de la ciencia pura le sucede la realidad existencial del concepto de interdisciplinariedad, principalmente en lo que respecta a las ciencias sociales y humanas, en el marco de las cuales no escapa la inclusión del derecho.

Hay, por tanto, que deducir algunas conclusiones importantes de tales datos, como presupuestos de una nueva filosofía en materia de administración de justicia. En primer lugar, la transmutación de la relación abstracta de individuo, en relación concreta de individuo a individuo y de individuo a institución, impone que a valores de raíz formal reconocidos al derecho como fin, tales como los de certeza y de seguridad, se añaden valores de fondo a conseguir por las instituciones, destacando entre ellos el concepto real de justicia, que, en conflicto con aquéllos, debe siempre prevalecer (7).

(6) Cfr., por ejemplo, entre nosotros, CABRAL DE MONCADA, prefacio a la primera edición de *Filosofia do Direito* de G. RADBRUCH, colección Studium, 5.ª ed., pág. 21, y BAPTISTA MACHADO: *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 1983, Livraria Almedina, págs. 253 y sigs. Reviste especial interés, en el contexto de la transformación, el acercamiento y profundización en la temática presentada en TITO CARDOSO E CUNHA: «A antropologia: ¿filosofia ou ciência? Um debate entre Sartre e Lévi-Strauss», en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 9, págs. 115 y sigs.

(7) No se trata de retomar aquí la clásica cuestión que opone seguridad a justicia, sin modificar los términos del problema. De lo que se trata ahora es de saber

Por tanto, no sólo se pide al derecho que acepte la institución como cuerpo integrante de su eficacia, sino que al mismo tiempo defina la titularidad originaria de la propia justicia y se reinvente como sistema de comportamientos sin perder su función de marco catártico de valores. Es esta relación entre la institución-representante y el hombre concreto sociológico la que ha de marcar la pauta no solamente del sentido y la estructura del nuevo derecho, sino también su comprensión y el método de su aplicación, induciendo directamente un nuevo rostro de la administración de justicia.

En segundo lugar, y por las razones aducidas, el conflicto o problema que suscita la intervención de la máquina judicial no es ya tan sólo el presupuesto formal de la aplicación del derecho, sino su estímulo real, el mismo condicionante de su comprensión en el caso concreto histórico y sociológicamente definido, diferenciado de los restantes y por ello reductor del sentido absoluto del carácter general y abstracto reconocido a la ley. Donde antes se jugaba el diálogo formal entre el hombre abstracto, la ley general y abstracta, y el magistrado mero técnico, se establece ahora la relación, material y a veces dialéctica, entre el hombre concreto, la ley en proceso de concretización y el magistrado creador, desde el momento en que se presenta como responsable por la definición ante cada situación, no solamente del derecho del caso, sino siempre del sentido de la ley en el caso en orden a su consecución, de acuerdo con el derecho de la justicia a definir en concreto. Al lado del derecho escrito y de su estudio intrasistémico, donde se eligen y se agrupan los valores, los intereses y los bienes jurídicos a proteger en abstracto, aparece la institución que, enmarcada en el modelo clásico de poder judicial, acrecienta el valor real de la justicia que le compete, como verdadero fin diferencial, conseguir.

Es de una concepción activa de la institución que se trata, definida en la imagen real conferida al juzgador enmarcándolo en una relación crítica con el derecho y con el hecho sobre el cual, a la par que juicios de constatación, pasa a emitir juicios de valor.

En vez de técnica formal de su función, le corresponde ahora desarrollar una estrategia material de relación, en la cual la ley se define en su dimensión frente al derecho y al hecho en su significación de matriz social. A la concretización de la ley en el hecho y a la real dimensión histórica y sociológica de éste, corresponde ahora el sentido real de institución judicial a erigir sobre principios de dignidad material de resonancia ética y de indepen-

---

cuáles son los moldes en que ésta debe ser formulada teniendo en cuenta las modificaciones culturales y las transformaciones ocurridas en el pensamiento jurídico y en el plano ideológico que le son subyacentes.

dencia, donde criterios referenciales de justicia juegan un papel importante (8).

3. Es en este contexto que en 1976 se publica la Constitución de la República Portuguesa y en su artículo 205 se definen los tribunales como «órganos de soberanía con competencia para administrar justicia en nombre del pueblo». Descomponiendo el precepto, se ve inmediatamente cómo se deducen de su estructura tres elementos fundamentales de comprensión que merecen, respecto al tema que nos interesa, análisis detallados. En efecto: *a)* se destaca la expresión político-institucional de los tribunales, definiéndolos como órganos de soberanía; *b)* se establece su competencia, administrar justicia, y *c)* se afirma el vínculo de legitimación del ejercicio de la función judicial, a través de su naturaleza representativa, en nombre del pueblo.

A) Siendo inequívoco que haya sido reconocida a los tribunales, «bajo el punto de vista estructural-constitucional, una posición jurídica idéntica a la de los otros órganos constitucionales de soberanía» (9), algunas especificidades los distinguen de los restantes, desde luego por el contenido de sus propias funciones y, por otro lado, por la particular expresión del «carácter de representatividad» que, de todos modos, les asiste y que se desarrollará más adelante. Condicionado éste por la legitimación técnica de los «jueces» en cuanto titulares del respectivo órgano, y en la corporización del estatuto constitucional del magistrado donde se apuntan los trazos esenciales que indirectamente definen a los tribunales en cuanto órganos de soberanía, destacando las características de independencia, irresponsabilidad e inamovilidad (arts. 221 de la Constitución portuguesa y 4, 5 y 6 de la Ley número 21/85, de 30 de julio, estatuto de los magistrados judiciales) (10). Resulta así que, además de las normas constitucionales que se refieren a los tribunales, muchos de sus contornos estructurales han de buscarse en la ley ordinaria, especialmente en aquella que consustancia el estatuto de los magistrados judiciales, dada la íntima conexión que el sistema estableció, en expresión de Gomes Canotilho, entre «jurisdicción y magistratura» (11). Aquí se señalan los rasgos más destacados del cambio que caracterizó a la transición, ella misma apelando, además de al estatuto de los magistrados, al conjunto de las normas de la organización judicial que conforman el sistema judicial institucional portugués, permitiendo a un tiempo apurar la

(8) A. LABORINHO LUCIO: «O Magistrado Hoje», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 18, págs. 19 y 293.

(9) JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *Direito constitucional*, 3.ª ed., Almedina, pág. 576.

(10) *Ob. cit.*, pág. 576.

(11) *Ob. cit.*, pág. 576.

expresión constitucional de los tribunales como órganos de soberanía, y observar la filosofía de acción que, por la repercusión constitucional de la ley ordinaria, se les establece claramente. Es, por tanto, en este marco que son sucesivamente publicadas las Leyes núms. 82/77, de 6 de diciembre (ley orgánica de los tribunales judiciales); 85/77, de 13 de diciembre (estatuto de los magistrados judiciales), hoy revocado por la Ley núm. 21/85, de 30 de julio, y 39/78, de 5 de julio (ley orgánica del ministerio fiscal), revocada por la Ley núm. 47/86, de 15 de octubre, pasando a constituir el ámbito en el cual se moldea la nueva organización judicial portuguesa y donde, en torno a las nuevas propuestas de independencia y autonomía, va a germinar la primera gran ruptura con el sistema anterior. Por un lado, está la afirmación del autogobierno de las magistraturas como característica de su independencia frente al poder ejecutivo (arts. 223 de la Constitución portuguesa y 136 y 137 de la Ley núm. 21/85); por otro, está la superación definitiva de la concepción del ministerio fiscal como magistratura ante sala de la magistratura judicial, concebida como inicio común y obligatorio de una carrera única, sustituyéndola por una concepción autónoma del ministerio fiscal, tanto respecto a la magistratura judicial ante la cual se desarrolla como una carrera paralela (art. 54 de la Ley núm. 47/86, de 15 de octubre), como en lo que se refiere «a los demás órganos del poder central, regional y local» en los términos de la Ley núm. 47/86. Es sobre la base de un estatuto autónomo así establecido que corresponde al ministerio fiscal «representar al Estado, ejercer la acción penal, defender la legalidad democrática y los intereses que la ley determine» (arts. 224 de la Constitución y 1 de la Ley núm. 47/86), del mismo modo que el artículo 3 de la Ley núm. 21/85 atribuye a la magistratura judicial la función de «administrar justicia de acuerdo con las fuentes a que, según la ley, deba recurrir y hacer ejecutar sus decisiones», en cuanto a la Constitución, en su artículo 206, define en general la función jurisdiccional, que corresponde a los tribunales como «asegurar la defensa de los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos, reprimir la violación de la legalidad democrática y dirimir los conflictos de intereses públicos y privados».

Mientras tanto la estructura orgánica del nuevo sistema constitucional se desarrolla, en lugar de en un marco cerrado constituido por los tribunales ordinarios y compuesto por un cuerpo único de magistrados, a través de una pluralidad de justicias que van desde la justicia constitucional representada, en última instancia, por el Tribunal Constitucional (art. 213 de la Constitución y Ley núm. 28/82, de 15 de noviembre), pasando por la «jurisdicción común u ordinaria» llegando a las «jurisdicciones especiales» constituidas por los tribunales militares [arts. 212, núm. 1, apartado *d*), y 218 de la

Constitución], por el tribunal de cuentas [arts. 212, núm. 1, apartado c), y 219], por los tribunales administrativos y fiscales (art. 212, núm. 2, y decretos-leyes núms. 129/84, de 27 de abril; 374/84, de 29 de noviembre, y 267/85, de 16 de julio) y por los tribunales marítimos y por los tribunales arbitrales (art. 212, núm. 2, y leyes núms. 35/86, de 4 de septiembre, y 31/86, de 29 de agosto). Finalmente, y también con «dignidad constitucional formal», no quedan excluidas del sistema otras formas posibles de organización de justicia popular (art. 217). En estos términos, en el plano constitucional y en su reflejo en el ámbito de la ley ordinaria reguladora del sistema, el poder judicial, representado por los tribunales y consagrado como órgano de soberanía, sufrió en la transición los siguientes cambios:

a) Pulverización de «justicias» autónomas, constituyendo «cuerpos» diferenciados tanto en el sistema de designación y nombramiento de sus magistrados como en el plano de la organización interna y de la respectiva gestión.

b) La definición de la magistratura del ministerio público como paralela a la magistratura judicial e independiente de ella.

c) El reconocimiento de autogobierno de las magistraturas y de la independencia del ministerio fiscal frente al poder ejecutivo (12).

Así organizados ante el desafío de una sociedad ella misma en transformación, el ejercicio del poder judicial se enfrenta ante una nueva conflictividad y un marco de valores y comportamientos difuso y contradictorio, con un conjunto de magistrados entre los cuales no era pacífica la aceptación de las modificaciones introducidas en el sistema.

B) Se pasa, de este modo, al segundo elemento estructurante del precepto contenido en el artículo 205 de la Constitución, para cuya interpretación hay que recurrir al artículo 208, que señala que «los tribunales son independientes y solamente están sujetos a la ley», viendo el debate desarrollado en la Asamblea constituyente centrado en torno a la opción entre «ley» y «derecho» como límite de sujeción de los tribunales y, por ello, teniendo que someterse el intérprete a las conclusiones que se extraen de la solución conscientemente adoptada por el legislador.

Era nuevamente volver a plantear la cuestión del papel creador del magistrado en cuanto aplicador del derecho, ante la cual se perfilaban las más diversas líneas de procedimiento, unas y otras condicionadas directamente por los fuertes temblores que agitaban no solamente la estructura de la so-

---

(12) En perspectiva diversa, pero significativa, no puede dejar de hacerse referencia al Decreto-ley núm. 251/74, de 6 de junio, que abrió a la mujer el acceso a la magistratura judicial y al ministerio fiscal.

ciudad portuguesa, sino también la tradicional discreción con que el poder judicial se aferraba a los conceptos formales de justicia y de independencia. Sin embargo, desacralizada ahora en el plano social la tarea de administrar justicia; sujetas las decisiones judiciales a la legítima crítica del ciudadano común; enfrentadas las magistraturas con crisis internas de organización de clase en cuyo núcleo se desarrollaban patentes conflictos ideológicos; asumida, finalmente, la función judicial como un servicio público fuertemente marcado por el objeto social que lo caracteriza, resaltados algunos casos poco significativos, no puede afirmarse que haya sido posible constatar una señal nítida de cambio en la relación entre el magistrado aplicador del derecho, el caso a decidir y la ley a aplicar, continuando a conferirse a la seguridad del derecho, y por esta vía, a la seguridad del ciudadano ante la ley el objetivo predominante en la interpretación de ésta. De nuevo la tarea de aplicar el derecho se reducía a una actividad esencialmente exegética teniendo como objeto la ley, erigida en guardiana de la independencia del juez cuya intervención continuaba, en la concepción de Toharia, revistiendo naturaleza esencialmente burocrática. Es por eso que durante largo tiempo se ha presentado como ejemplo destacado de un primer intento serio de cambio de actitud la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 18 de diciembre de 1974, que a propósito de un delito sexual de atentado al pudor, a despecho de que los magistrados no podían «dejar de aplicar escrupulosamente la ley», aunque ésta se revele injusta, defectuosa, superada o inadaptada a las condiciones del momento histórico, adelantó innovadoramente «no poder, sin embargo, los tribunales olvidarse de las condiciones existentes en el medio social, puesto que la aplicación de la ley penal no es una operación automática». Sin embargo, no toda la jurisprudencia siguió los pasos sugeridos por la decisión del Tribunal Supremo (13) ni tampoco la sentencia se mostró en ese momento en condiciones de indicar los criterios y los métodos de análisis y comprensión crítica «de las condiciones existentes en el medio», que así aparecían en el espíritu del juzgador más por una loable manifestación de intuición que a través de un proceso organizado de pensamiento. Era, en el fondo, la fuerza del cambio que traspasaba el tejido social llegando al círculo donde se jugaba el papel de administrar justicia, repercutiendo ahí la señal sustantiva de las instituciones, el compromiso social de su intervención, la naturaleza dinámica y concreta de su acción, al mismo tiempo que destacaba el lado empírico e interdisciplinario de la función judicial, envuelta

---

(13) Se cita, como ejemplo, la sentencia de 4 de julio de 1978, donde se afirma que «el juzgador no tiene que preocuparse de los problemas de desfase de la legislación penal».

ahora en un proceso fuertemente marcado por su sentido cultural multifacético. Era, en suma, la propia naturaleza de las cosas mucho más que el resultado de un esfuerzo interior de reflexión, lo que hacía romper con el concepto tradicional que veía en el magistrado a un mero técnico del derecho. Así, mientras desde el punto de vista global del sistema social se asiste al paso del hombre filósofico al hombre sociológico y al triunfo de los valores de la verdad material sobre las virtudes de la verdad formal, en lo relativo a la administración de justicia la transformación correlativa y necesaria se asienta en la definición de la imagen del nuevo magistrado, entendido ahora como persona de cultura, técnicamente preparado y humanamente rico, conocedor de la realidad de su tiempo, tolerante en la comprensión de la diferencia, profundo en la captación e interpretación del hecho a juzgar, crítico en la comprensión de la ley, éticamente responsable por la repercusión social y humana de sus propias decisiones. En una sociedad libre, en busca de su identidad dormida, destaca la figura del hombre concreto cuyo perfil se marca más en el trazo de su comportamiento que en el conjunto de los valores generales y abstractos, reflejándose todo ello en una nueva forma de hacer frente a la relación que ha de establecerse entre el derecho y la vida, jugándose ahí la imagen del poder judicial y de la capacidad que sepan mostrar los tribunales para, sin desobedecer la ley, encontrar caminos de justicia.

Es por ello que los asuntos de fondo que requerían meditación y una adecuada transformación se redujeran primero a la revisión del sistema legislativo y después al problema de la formación de los magistrados.

*Primero.*—En el primer plano, dejando de lado las importantes transformaciones sucesivamente introducidas tanto en el derecho sustantivo como en el derecho adjetivo del trabajo, determinadas esencialmente por las diversas incidencias de la coyuntura económica y por eso todavía carentes de un encuadramiento sistemático, se destacan como ejemplos más expresivos las que tuvieron como objeto el ámbito del derecho privado, los derechos de familia y toda la legislación penal.

El Decreto-ley núm. 496/77, de 25 de noviembre, inspirado en los preceptos constitucionales, vinculados éstos ya a una nueva postura filosófica y cultural ante la problemática de los derechos de familia, introdujo en este ámbito significativas modificaciones que, así, se unieron a las que en virtud del Decreto-ley núm. 261/75, de 27 de mayo, ya habían producido las primeras modificaciones especialmente en materia de divorcio y de separación judicial de personas y bienes. En efecto, una vez modificado el artículo 24 del Concordato entre la Santa Sede y la República Portuguesa, de 7 de mayo de 1940, por el Decreto-ley núm. 187/75, de 4 de abril, que aprobó para su

ratificación el nuevo texto de aquel precepto, se abría la puerta a la posibilidad de disolución por divorcio de los matrimonios católicos celebrados a partir del 1 de agosto de 1940, facultad que se integró definitivamente en el sistema jurídico portugués a partir del referido Decreto-ley núm. 261/75, que, además de otras modificaciones, permitió también la conversión en divorcio de la separación de personas y bienes entre cónyuges casados católicamente.

Además de la anticipación de la mayoría de edad a los dieciocho años y de otras alteraciones puntuales, surgidas sobre la base del principio constitucional de igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges, surgen las que se traducen en la atribución de la orientación de la vida familiar a ambos cónyuges, desapareciendo así el poder marital (14), así como las que afectan tanto a los efectos del matrimonio como a los bienes de los cónyuges, tanto a la disciplina del establecimiento de la filiación una vez desaparecida en la Constitución de la República la distinción clásica entre hijos legítimos e ilegítimos (art. 36, núm. 4).

Por otro lado, una nueva concepción va a imponerse por el legislador en lo relativo a las relaciones entre padres e hijos, y que se concreta, en el plano de los efectos de la filiación, en la «inclusión de los deberes de respeto, auxilio y asistencia entre los deberes mutuos de padres e hijos» (art. 1.874 del Código civil), al mismo tiempo que se afirma que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos cónyuges y que al ejercerlo no solamente están vinculados a actuar en interés de sus hijos, sino que también deben tener en cuenta su opinión en los asuntos familiares importantes y reconocerles autonomía en la organización de su propia vida (art. 1.878).

Se amplía la posibilidad de adopción plena en orden a hacer coexistir, con la primacía conferida a la paternidad biológica, el sentido y el valor de la paternidad afectiva.

De una manera todavía «tímida» (15), fundada en razones de naturaleza ética y social, se reconoció expresión jurídica a la unión de hecho al atribuirse «a aquel que, en el momento de la muerte de la persona no casada o separada judicialmente de personas y bienes, vivía con ella hace más de dos años en condiciones análogas a las de los cónyuges, el derecho de exigir alimentos de la herencia de fallecido» (16).

(14) El preámbulo del Decreto-ley núm. 496/77, de 25 de noviembre.

(15) El preámbulo del Decreto-ley núm. 496/77, de 25 de noviembre.

(16) Nueva expresión conferida a la unión de hecho que fue introducida por la Ley núm. 46/85, de 20 de septiembre, al dar nueva redacción al artículo 1.111 del Código civil, en materia de transmisión de la posición de inquilino por muerte del arrendatario.

Finalmente, en lo relativo al derecho de sucesiones, sobre la base de los mismos principios informadores del cambio, merece particular realce la revisión de la posición sucesoria del cónyuge sobreviviente, que, al contrario de lo que ocurría en el sistema anterior, en que era excluido de la sucesión legitimaria y ocupaba, en la sucesión legítima, el cuarto grado después de los descendientes, de los ascendientes y de los hermanos y sus descendientes, ve ahora reforzada su posición, así como su calidad de heredero legitimario (art. 2.157) con su inclusión en el primer grupo de herederos a la par con los descendientes, en el caso de que los haya o en el segundo, a la par con los ascendientes, a la falta de aquéllos (art. 2.133).

El 1 de enero de 1983 entra en vigor un nuevo Código penal y la correspondiente legislación complementaria; más tarde, con la publicación del Decreto-ley núm. 26/84, de 20 de enero, definidor y regulador de los delitos contra la economía, se cierra el círculo del actual sistema jurídico penal portugués.

Una vez más adquiriría contornos culturales profundos en cambio, exigiendo, además de un esfuerzo de actualización en el ámbito de la técnica jurídica, una nueva reflexión que hiciese comprensiva la filosofía que presidía el cambio y que, por ello, respondiese a la consecución de los objetivos que la habían determinado.

Partiendo del presupuesto clave de que «toda pena ha de tener como soporte axiológico-normativo una culpa concreta» (17) y de la impronta profundamente humanista que informa el texto y que se sintetiza en el respectivo preámbulo al afirmar que son «los hombres entendidos como estructuras abiertas y dialogantes capaces de asumir su propia libertad», el nuevo Código penal introduce profundas alteraciones en el sistema jurídico. Construido en torno a la «tríada punitiva: Estado-delincuente-víctima», conviene destacar, de cada uno de los elementos que la constituyen, algunos tópicos susceptibles de estimular la observación crítica del cambio. Así, en materia de penología donde las alteraciones introducidas adquieren expresión significativa, el Código aparece marcado por el propósito de evitar los efectos criminógenos por todos reconocidos de la prisión, buscando soluciones innovadoras que constituyan una alternativa, al menos, a las medidas detentivas de corta duración. Así, subsistiendo del sistema anterior, las penas de prisión y de multa y el instituto de la suspensión de la pena se fijaron junto a aquéllas un nuevo régimen que integra otras medidas alternativas entre las cuales cabe destacar: el régimen de prueba (arts. 53 a 58), que «consiste en la

---

(17) Preámbulo del Decreto-ley núm. 400/82, de 23 de septiembre, que aprobó el actual Código penal.

suspensión del pronunciamiento de la pena», quedando el agente sometido a un período de prueba «que puede durar de uno a tres años, sin perjuicio de su posibilidad de prórroga, que servirá para valorar hasta qué punto el delincuente es idóneo para una reinserción completa en la vida social» (18); la amonestación (art. 59), que se traduce en una «censura solemne, hecha en audiencia por el tribunal, aplicable a aquellos individuos inculcados de hechos de escasa gravedad y respecto a los cuales se entiende que no hay, desde un punto de vista preventivo, necesidad de utilizar otras medidas penales que comporten la imposición de una sanción sustancial» (19), y la prestación de trabajo a favor de la comunidad (art. 60), «aplicable al agente considerado culpable de la comisión de un delito a la que corresponde pena de prisión con o sin multa, no superior a tres meses y que consiste en la prestación de servicios gratuitos durante los períodos comprendidos en las horas normales de trabajo, al Estado, a otras personas colectivas de Derecho público o incluso a entidades privadas que el tribunal considere de interés para la Comunidad» (20). También en el ámbito de la pena de prisión se introdujeron nuevas modalidades que, al lado de la pena clásica (art. 40) y de la hipótesis de su sustitución por multa (art. 43) vinieron a consustanciar las figuras de prisión por días libres (art. 44), el régimen de semidetención (artículo 50) y de la pena relativamente indeterminada (arts. 83 a 90), todo ello sobre la base del «pensamiento fundamental de que las ideas deben siempre ser ejecutadas con un sentido pedagógico y resocializador» (21).

Reposando en una concepción de delincuente concreto e individualizado definido en los límites de su culpa y a analizar casuísticamente, el nuevo Código no sólo ofrece un amplio abanico de soluciones diversificadas capaces de dar respuesta diferencial a cada caso que se suscite, sino que también apunta hacia una filosofía de intervención propia «asumiéndose deliberadamente como ordenamiento jurídico-penal de una sociedad abierta y de un Estado democráticamente legitimado» (22), intención que encuentra nuevas formas de expresión tanto en la sistemática y en el contenido de su parte especial (donde se definen los distintos tipos de delito), como en los poderes conferidos al tribunal en el momento de su aplicación y que se presentan en la ampliación de los límites de las penas abstractas en la opción por conceptos indeterminados que han de llenarse de cara al caso concreto, y en una mayor referencia subjetivista en ámbitos como el de la calificación penal.

---

(18) *Ibidem.*

(19) *Ibidem.*

(20) *Ibidem.*

(21) *Ibidem.*

(22) *Ibidem.*

Por último, tomando las enseñanzas derivadas sobre todo de la moderna criminología se confiere a la víctima la dignidad conceptual y social que el anterior sistema jurídico-penal descuidaba, al mismo tiempo que, en términos de metodología, se impone, como consecuencia necesaria, la sustitución del criterio de interpretación unilateral de la ley penal, partiendo de la figura y del comportamiento de la gente, por el método de comprensión bilateral de la norma, obtenido en la búsqueda de su sentido en la relación dinámica entre el delincuente y la víctima.

Cerrado el marco de todo el nuevo y moderno sistema penal portugués se publica el 17 de febrero de 1987 el Decreto-ley núm. 78/87, que integra el texto del nuevo Código de procedimiento general que, en la línea de la filosofía inspiradora del respectivo derecho sustantivo, proporciona los instrumentos legales adjetivos indispensables para el buen funcionamiento de todo el sistema y a través de los cuales, una vez más, se apela a una mayor intervención creadora del magistrado judicial y del ministerio fiscal, cuya autonomía se refuerza sustancialmente (23).

*Segundo.*—Cuestión distinta era, sin embargo, la que hacía referencia a la calidad de los nuevos magistrados sujetos necesariamente a un tipo de formación que sin descuidar la preparación esencialmente técnica y cada vez más compleja, no dejase de conceder especial relieve a su formación cultural indispensable, así como a la comprensión del sentido de los cambios realizados y que se realicen, como a su capacidad de aplicación crítica. Ante un nuevo derecho institucional impregnado por una nueva filosofía en la que se interpenetran valores formales y valores de extracción cultural general; y ante un nuevo derecho sustantivo definido, también él, como expresión de cultura y construido en torno a una llamada al poder creador y responsable del magistrado, la formación de éste adquiere una importancia sólo por sí misma capaz de situarse entre los aspectos más relevantes del cambio. Así, el 10 de septiembre de 1979, por Decreto-ley núm. 374-a/79, se creó, dependiente del Ministerio de Justicia, el Centro de Estudios Judiciales, cuya atribución fundamental es la de acometer la formación inicial de los magistrados judiciales y de los magistrados del ministerio fiscal, destacándose en el preámbulo de la disposición la necesidad de la búsqueda de «medios de selección y de formación que posibiliten los objetivos de una verdadera formación judicial; familiarizando a los candidatos con los tribunales, enseñándoles que la técnica no resuelve todo en una función que no actúa en

---

(23) En el ámbito de la reforma legislativa, además de otras acciones relevantes, conviene destacar la publicación el 2 de septiembre de 1986 de la nueva Ley de Sociedades Comerciales (Decreto-ley núm. 262/86).

abstracto, sino en el marco amplio de la intervención de otros hombres, sensibilizándolos hacia la necesidad de una reflexión crítica permanente, despertándolos a la obligación de estar definitivamente disponibles y atentos a la evolución del hombre y de la sociedad». En esta línea, mientras tanto, rompiendo con aquella tradición que veía en el magistrado un mero técnico del Derecho, se señalaban como materias obligatorias a incluir en su formación:

a) entre las formativas, la metodología jurídica, la psicología judicial, la sociología judicial y los idiomas;

b) entre las profesionales y de aplicación, el análisis de la jurisprudencia; la criminología, la criminalística y la penología; la medicina legal y la psiquiatría forense, y la tecnología judicial;

c) entre las informativas y de especialización, los sistemas de Derecho comparado, la organización judicial y las ciencias de la empresa (art. 46, núm. 2).

El Centro de Estudios Judiciales desarrolló este propósito, construyendo su organización a partir de una verdadera teoría de la formación que tuvo en cuenta, como piedras angulares la naturaleza de sus destinatarios, la definición crítica de su objeto, la búsqueda de un método adecuado y eficaz y, finalmente, las características generales del nuevo sistema judicial del que el magistrado es parte integrante fundamental. Así, fue posible desarrollar, al lado de las acciones normales de formación inicial, programas de formación permanente dirigidos a todos los magistrados y crear, para todos ellos, un espacio de reflexión y de debate capaz de potenciar su constante actualización y su deseable reciclaje, contribuyendo todo ello a destacar la calidad que es necesario conseguir siempre en la relación entre una profunda preparación técnica con una comprensión abierta de la vida adquirida en el estudio de sus facetas multiformes, sin modelos rígidos y con espíritu de servicio.

El camino para la definición dogmática de un verdadero derecho judicial, que a la seguridad propia de la ley sepa añadir el diferencial específico de cada caso logrando, a través del estudio de la relación material y dialéctica que se establece entre éste y aquélla, la búsqueda de la justicia concreta dentro de un marco sistémico de pensamiento, estará uno de los rumbos más destacados de la transición que el tiempo se encargará de confirmar o desmentir.

En efecto, frente a un sistema legislativo modernizado, ni las condiciones de trabajo, ni la avalancha de procesos en curso en la generalidad de los tribunales portugueses, con las deficientes instalaciones e infraestructura técnica de muchos han contribuido al impulso de cambio, ni la respuesta de los magistrados puede con optimismo considerarse, en todos los ámbitos

en la línea de la nueva propuesta que arranca de un sistema de leyes abierto, responsabilizante y por ello portador de una nueva perspectiva de actuación.

De la influencia negativa de ambos factores es ejemplo relevante el retraimiento visible en la aplicación de las soluciones más innovadoras de la nueva ley penal portuguesa (24).

De todos modos, una vez llevadas a cabo las acciones más significativas e incontrovertida hoy la faceta cultural de la tarea de administrar justicia, no puede tenerse ya como mera expresión formal a definir en los límites aparentemente estrechos del artículo 208 de la Constitución de donde debe retenirse, de la noción de ley, una visión que no se agote en los marcos limitados de la norma positiva. Además, no deja de mantener algún significado «interpretativo» el texto del reciente artículo 9 del nuevo Código de procedimiento penal cuando afirma, en su número 1, que «los tribunales judiciales administran la justicia penal de acuerdo con la ley y el derecho». Este sentido se fundamenta, en última instancia, en el tercer elemento en que se desdobra el artículo 205 de la Constitución a la luz del cual estamos analizando el poder judicial y la transición en Portugal.

C) Al establecer la ley constitucional, de forma expresa, que los tribunales administran justicia en nombre del pueblo, no solamente dejó clara la respuesta a la cuestión de la titularidad originaria de aquel valor fundamental, sino que marcó el carácter representativo de la función judicial que, al no revestirse de formas institucionales de control, ni de mecanismos jurídicos de transferencia de poderes, reposa esencialmente en la naturaleza ética de la propia representación. Quedaba por, sin embargo, definida la composición técnica de las magistraturas, encontrar la marca de democraticidad tanto interna, como en sus relaciones con la comunidad que legitimase tanto su naturaleza representativa, como su propio autogobierno. Es así que, en virtud de las ya mencionadas leyes núms. 85/77 y 39/78 se estructuran los órganos superiores de gestión de las magistraturas a partir de una composición mixta que engloba elementos natos, miembros elegidos por sus compañeros y miembros designados o bien por la Asamblea de la República para el Consejo Superior de la Magistratura (art. 140 de la ley 85/77), o bien por el ministro de Justicia para el Consejo Superior del Ministerio Fiscal (art. 14, núm. 2, de la ley núm. 39/78), correspondiendo la presidencia de aquél al propio Presidente de la República (25), a quien corresponde a su vez

(24) Véase, a este propósito, MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA: «Novas medidas detentivas e semidetentivas no primeiro ano de vigencia do Código penal», en *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 348, pág. 63.

(25) La presidencia del Consejo Superior de la Magistratura dejó de corresponder al Presidente de la República a partir de la reforma introducida por Ley núm. 21/85,

nombrar al Fiscal General del Estado (art. 36, apartado 1, de la Constitución portuguesa).

De este modo se encontraba, sobre la base de la filosofía de la democracia representativa, respuesta a la cuestión que se multiplicaba por nuevas soluciones apuntadas ya en el texto constitucional y que encontraba su concretización en la ley ordinaria que, progresivamente, les iba dando forma. Así, por un lado, surge una nueva noción de justicia constitucional desligada, en términos orgánicos, de la pirámide en la cual se estructuran los tribunales judiciales y confiada, en última instancia, primero al Consejo de la Revolución y a la Comisión constitucional (arts. 281 y 284 de la Constitución portuguesa) y más tarde al Tribunal Constitucional (26), cuya composición obedece a las mismas exigencias de democraticidad traducida en la designación, por la Asamblea de la República, de diez de los trece jueces que lo componen (art. 12 de la ley núm. 28/82, de 15 de noviembre). Por otro lado, la Constitución portuguesa en su artículo 217 hace posible la participación directa de la comunidad en la administración de justicia a través de la referencia al jurado (27); de la creación de «jueces populares» y del establecimiento de «otras formas de participación popular en la administración de justicia», y por último, recoge la previsión de la posible «participación de asesores técnicamente cualificados en los juicios sobre determinadas materias» de lo que es expresión, entre otras, la ley núm. 82/77, de 6 de diciembre, cuando determina la posibilidad de que en las aldeas «haya tribunales de primera instancia denominados juzgados de paz» (art. 12, núm. 2) y compete a la «Asamblea de la pedanía deliberar sobre su creación» (art. 73, número 2) y elegir a sus respectivos jueces (art. 74, núm. 2). Del mismo modo la ley núm. 82/77 establece la participación de «jueces sociales» en la composición de los tribunales civiles que conozcan de las «acciones que tengan por objeto cuestiones de arrendamiento rural» (art. 58, núm. 1); del tribunal de menores (en los procesos en que se presuma la aplicación de una medida de internamiento) y siempre que durante el cumplimiento de la medida, el menor con más de dieciséis y menos de dieciocho años cometa alguna infracción penal (art. 64, núm. 2), y también en el Tribunal de Trabajo (ar-

---

de 30 de julio, correspondiéndole ahora designar dos de los vocales, siendo uno de ellos magistrado judicial [art. 137, núm. 1, apartado a]).

(26) Previsto en la nueva redacción de los artículos 212 y 213 de la Constitución de la República Portuguesa en virtud de la reforma constitucional de 1982 y creado por la Ley núm. 28/82, de 15 de noviembre.

(27) Reintroducido en el procedimiento penal por Decreto-ley núm. 605/75, de 3 de noviembre, siempre en supuestos de querrela, de requerimiento de la acusación o de la defensa.

título 68). Resulta, así, por contraposición con el sistema anterior, una estructura judicial doblemente abierta. Por un lado, prevé la participación directa de la comunidad tanto en la gestión de las magistraturas, como en su propia intervención judicial que deja de ser monopolio exclusivo de un cuerpo único de jueces-técnicos. Por otro lado, se abandona la concepción rígida de una justicia servida por un único cuerpo estructurado verticalmente y se opta por su pulverización en términos necesariamente comedidos, en orden a garantizar la seguridad de la institución judicial, pero suficientemente amplios para responder a la apertura del sistema.

En este contexto se asegura directa e indirectamente la relación permanente que ha de establecerse entre justicia y comunidad como uno de los postulados constitucionales sobre los cuales se yergue el edificio del nuevo sistema judicial portugués.

*Cuarto.*—Estos son algunos de los momentos y de los tópicos decisivos a los que, en la transición se ha enfrentado el poder judicial en Portugal. Tal vez fuera posible ir más allá en el análisis de la manera como han reaccionado a los distintos estímulos de cambio y a la proyección en el futuro de los signos ya seleccionables en el presente. No parece, sin embargo, ser todavía el tiempo de la recolección para tal profunda y compleja siembra. Definidos tanto en el ámbito del derecho institucional, como en el dominio de la ley positiva secundaria, los marcos que conforman el nuevo ordenamiento jurídico y judicial (28); completados los cuadros de las magistraturas y garantizada su formación técnico-profesional cualificada resta garantizar a los tribunales las condiciones de trabajo, con la dignidad propia de un órgano de soberanía y la serenidad y reflexión de quien tiene como competencia administrar justicia les permita responder éticamente ante la comunidad que representan y a la que tienen por misión servir.

(Traducción de TERESA QUINTELA).

#### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ANDRADE, Manuel de (1973): *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Coimbra, Faculdade de Direito.
- CANOTILHO, J. Gomes (1983): *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina.
- CARBONNIER, Jean (1979): *Sociologia Jurídica*, Coimbra, Almedina.
- CASAMAYOR (1974): *La Justicia para todos*, Barcelona, Vicens-Vives.

(28) Acaba de ser aprobada en Consejo de Ministros la nueva propuesta de Ley Orgánica de los Tribunales Judiciales.

- CHARVET, Dominique (1978), «Crise da Justiça, Crise da Lei, Crise do Estado?», en N. POULANTZAS (org.): *A Crise do Estado*, Lisboa, Moraes.
- CORREIA, Eduardo (1983): «As Grandes Linhas da Reforma Penal», en *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários.
- DIAS FIGUEIREDO (1983): *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, Lisboa, Ordem dos Advogados.
- DIAS FIGUEIREDO y ANDRADE COSTA (1984): *Criminologia*, Coimbra, Coimbra Editora.
- ENGISCH, Karl (1964): *Introdução ao pensamento Jurídico*, Lisboa, Gulbenkian.
- FERREIRA, Flávio (1980): «Reflexões Sociológicas sobre a Magistratura», *Fronteira*, año III, núm. 10/11, Codeco.
- FREDDI, Giorgio (1978): *Tensioni e conflitto nella Magistratura*, Roma, Laterza.
- HESPAÑHA, António (1982): «Historiografia Jurídica e Política do Direito (Portugal, 1900-50)», *Análise Social*, vol. XVIII.
- MACHETE, Rui Chancerelle (1986): «Considerações Sobre a Dogmática Administrativa no Moderno Estado Social», *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa.
- MONCADA CABRAL (1955): *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra, Studium.
- NEVES CASTANHEIRA (1976): *A Revolução e o Direito*, Lisboa, Ordem dos Advogados.
- RODRIGUES CUNHA (1978): «O Magistrado Hoje. Exegeta ou Arquitecto Social», en *O Estatuto do Magistrado e as Perspectivas Futuras do Direito*, Coimbra, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Almedina.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1980): *O Discurso e o Poder*, Coimbra, Faculdade de Direito.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1982): «Direito e Comunidade», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 10, Coimbra.
- SCHROEDER, François Michel (1978): *Le Nouveau Style Judiciaire*, París, Dalloz.
- TOHARIA, José Juan (1975): *El Juiz Español*, Madrid.
- TOHARIA, José Juan (1974): «Notas sobre el origen social de la judicatura española», *Sistema*, núm. 7, Madrid.
- TREVES, Renato (1974): *El Juez y la Sociedad*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid.
- TROPPER, Michel (1981): «Função Jurisdicional ou Poder Judicial?», *Fronteira*, año IV, núm. 15, Codeco.