

periores de Justicia para una aclaración excusatoria.

Estos órganos judiciales, consecuencia del Estado de las Autonomías, representan la innovación más importante en la estructura judicial española. Precisamente este hecho, justificará una dedicación exclusiva a estos órganos máxime cuando la L.O.F.J. los regula con una configuración bien ajena a lo que parecía exigir la Constitución y los diversos Estatutos de Autonomía (86).

Pero como quedó adelantado en la introducción general, en estos momentos dejamos expresamente fuera de análisis la problemática de dichos Tribunales Superiores esperando un momento futuro que consolide efectivamente su plasmación real.

En fin, el principio de unidad, es un principio que fundamenta la independencia orgánica del Poder Judicial (y por ende de los Jueces), es decir, se dirige más a su organización que a su funcionamiento, pero que evidentemente producirá efectos funcionales pues determina y condiciona la exclusividad y la integridad.

El segundo aspecto que pondrá de manifiesto explícitamente la existencia de un Poder independiente será la exclusividad del ejercicio de función.

Ya conocemos el párrafo 3 del artículo 117, "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y tribunales..." Como precisa Gimeno Sendra (87), este principio significa que "a ningún otro poder del Estado, ni a ningún otro orden de funcionarios se le autoriza el ejercicio de la función jurisdiccional". Y más aún, seguirá este autor, "subsiste así, a favor de la Jurisdicción un legítimo control de los actos de los distintos poderes normativos del Estado y esferas de la administración, de manera que el ciudadano puede encontrar en la Jurisdicción 'la garantía de una extensa protección frente a los actos del poder público'" (88).

Rica cita donde varios postulados son expresos, pero de exclusividad estamos hablando, y la significación es bien clara: sólo los Jueces y Magistrados pueden ejercer la actividad judicial, lo que se reforzará con el siguiente párrafo del art. 117, el 4º, al afirmar que "los Juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior..." (89), que junto a los siguientes párrafos, el 5º y 6º (aquel lo conocemos, éste prohíbe los tribunales de

excepción), reseñan según Loewenstein "el monopolio judicial de los Tribunales" (90), expresión por tanto de la **g**arantía de independencia del Poder Judicial, (independencia tanto orgánica como funcional), cerrándose este carácter excluyente por los artículos 66 de la C.E., que atribuye a las Cortes Generales el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, y a su vez, la potestad ejecutiva reglamentaria se atribuirá por el art. 97 al Gobierno. Todo se completa con la ordenación de incompatibilidades y prohibiciones que para los Jueces y Magistrados dispone el art. 127.

Citemos también como apoyo el debate a la totalidad de iniciativa legislativa del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, donde el Ministro de Justicia (Ledesma Bartret) hablando de la exclusividad de la potestad jurisdiccional significaría que esta no esté fraccionada, ni compartida ni entregada a órganos que estén fuera del Poder Judicial, que sean ellos los que acumulen dicha potestad, (aunque -dirá-, con la única excepción de la jurisdicción castrense, pero este es un tema ya tratado) (91). Resumiendo, la exclusividad de la Jurisdicción requiere, por un lado, encomendarle a un "único" cuerpo de Jueces y Magistrados la resolución de las controversias; por otro, que esa función sea atribuida "con exclusividad" a los miembros que integran la Jurisdicción. "La unidad y el monopolio de la - Jurisdicción -dirá Gimeno Senda-, constituyen la expresión del

principio constitucional de exclusividad de la misma y el indispensable presupuesto, en definitiva, de todo Estado de Derecho".

Efectivamente, y el propio autor lo concreta, "De nada sirve proclamar la sumisión del Estado al Derecho, el principio de que la aplicación de las leyes a los casos controvertidos se realizará a través de unos procesos con plenas garantías para las partes y por Jueces y Magistrados independientes, si dicha facultad puede ser sustraída de la Jurisdicción y conferida a órdenes de funcionarios o de particulares que, aún cuando puedan tener los aspectos funcionales de la Jurisdicción (conocer, decidir, ejecutar), no posean los orgánicos (independencia e imparcialidad). (93)

Unidad, exclusividad e independencia serán conceptos complementarios y principios circunstanciales de la Jurisdicción en un Estado de Derecho. Las garantías se refuerzan, el Derecho a Juez legal o natural será una de las principales consecuencias. (94)

Pero dejando el campo procesal y retornando al constitucional, observa Serrano Alberca que este principio de exclusividad (entendido ahora como independencia funcional) es insuficiente, porque, esos Juzgados y Tribunales que ejercerán la potestad jurisdiccional vendrán determinados (y así lo dispone el 117.3 C.E.) por las leyes, ordinarias se entiende, y salvo crear Tribunales de Honor o de excepción

(expresamente prohibidos por los art. 26 y 117.6 respectivamente) ¿no podrían determinarse otro tipo de Juzgados, o tribunales, por ejemplo, políticos o gubernativos? (95).

Pero es que esta situación viene a agravarla la L.O.P.J. (artículo 2.1), al extender esa posible determinación a los tratados internacionales.

En los debates constituyentes el Grupo Parlamentario Vasco presentó una enmienda, la nº 637 que al menos obviaba este problema: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceder, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales ordinarios integrados por los Jueces y Magistrados indicados en el apartado anterior..." (96), pero que ni la Ponencia, la comisión o el Pleno del Congreso tendrán en cuenta, ni además será tema que salga a relucir.

En el Senado la historia se repetirá. Los Senadores vascos reproducirán la enmienda nº 637 presentada en el Congreso (ahora enmienda nº 1002) y ahí quedaría todo.

¿Qué ocurrió en los Debates Parlamentarios de la L.O.P.J. ?

Curiosamente el diputado Diaz Fuentes, del Grupo centrista, presentará en el Congreso una enmienda al párrafo 1 del art. 2 del Proyecto de Ley proponiendo la siguiente redacción: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales determinados en esta Ley" (97)

¿Motivos?. Porque "según el artículo 122 de la Constitución, el único instrumento legal que 'determinará la Constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales' ha de ser la Ley Orgánica del Poder Judicial, no las leyes en general" (98).

Ahora parece que el Grupo centrista se ha dado cuenta del problema, aunque en el mismo sentido (y literalidad) el Grupo Popular presentará 2 enmiendas, una englobada en la nº 940, a la totalidad del Proyecto, otra específica, (la nº 944), al art. 2 del tratado Proyecto, de idéntica literalidad (¿sería por si no prosperaba aquella?) (99).

Sin embargo en los debates el panorama fue bien distinto a lo ocurrido en las Constituyentes. En Comisión (del Congreso) Ruiz Gallardón, defendiendo la enmienda nº 944 citada, razonaría la gran importancia de cambiar la expresión "Juzgados y Tribunales determinados en las leyes" por, "Juzgados y Tribunales determinados en esta ley", recordando "como por leyes que no afectaban a la vieja Ley Orgánica

de 1870 se introdujeron en nuestra España determinadas jurisdicciones especiales de no muy grata memoria...En el fondo, lo que se trasluce en nuestra enmienda es un deseo evidente de tratar de impedir cualquier posibilidad o arbitrariedad de carácter legislativo, no digamos ya por la vía del decreto-ley, de una modificación de la jurisdicción..." (100).

Ante esta intervención el portavoz socialista, Sr. Granados Calero contestará que, "En esta Ley Orgánica del Poder Judicial se están sentando las bases de actuación de los jueces y magistrados...(y)... no podemos cerrarnos, por tanto, en mencionar una por una todas las leyes en que tiene intervención el Poder Judicial. Es mucho más preferible (sic) la técnica de decir que corresponde exclusivamente este poder de juzgar a los Tribunales y Juzgados determinados en las leyes y en los Tratados Internacionales, que es importante, porque, abocada como está España a su próxima integración en el Mercado Común... es evidente que del Parlamento Europeo... van a poder salir desde órganos con competencia jurisdiccional común hasta normas que después nosotros aquí vamos a tener que reflejar para acomodar nuestra legislación a la del resto de los países comunitarios, y está perfectamente hecha esta prevision." (101).

Ante la insistencia de Ruiz Gallardón, en punto a la introducción de modificaciones sustanciales en la jurisdicción por leyes ordinarias, Granados Calero se verá obligado a contestar, "si nosotros viéramos aquí una ligera sombra de posibilidad de que esto pudiera amparar en el futuro la creación o la repetición de estos Tribunales de excepción, que no dude el Grupo Popular ni el señor Ruiz Gallardón que lo estábamos quitando ya". Y el fondo de la razón del párrafo: "Lo que pasa es que estamos viendo razones de más fondo político y jurídico para no tener que estar siempre continuamente modificando una Ley Orgánica del Poder Judicial...(con)... proyección de futuro" (102).

Nuñez Perez (centrista), terciará a propósito de la enmienda nº 117 ya citada (103).

En el Pleno del Congreso volverá a la carga Ruiz Gallardón (también Nuñez Perez) aunque matizando sus argumentaciones, precisando que se determine el juez legal; que sea la Ley Orgánica del Poder Judicial y no otra, la que determine el Juez legal, cerrándose ese peligroso postillo por el que por leyes ordinarias pueden atribuirse funciones judirisdccionales especiales o extraordinarias (104). En la contestación, nada nuevo aportó Granados Calero (105).

En el Senado se desconoció esta polémica. El artículo 2 en este aspecto no recibiría ninguna enmienda, por tanto fue un tema que no se trató, aprobándose el texto tal como fue enviado por el Congreso.

Nos queda opinar a nosotros, y no dudamos, por un lado, de las razones jurídico-políticas aludidas por el Grupo Socialista en orden a mantener la literalidad del párrafo controvertido. Tampoco dudamos, por otro, de las buenas intenciones de dicho Grupo, puestas en boca de su portavoz, señor Granados Calero, al precisar que en absoluto ven ahí una ligera sombra de posibilidad, o pórtico abierto a una futura creación de Juzgados o Tribunales excepcionales. Y por mucho que se quiere negar esta posibilidad, amparándose en el art. 3.1 de la propia L.O.P.J., cuando declara que "la Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley...", ello por un lado, pues se dice que la jurisdicción se ejerce exclusivamente por los Juzgados y Tribunales previstos en esta ley.

Y por otro lado, como el párrafo continúa, "sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la constitución a otros órganos", pues igualmente se argumenta en base a esta declaración la justificación del párrafo 1º del art. 2 de "Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y...", citándose los ejemplos del Tribunal

Constitucional, Tribunal de Cuentas del Reino, etc (106), nosotros dudamos que esto pueda ser así. Ese pórtico queda abierto, así lo entendemos, así ocurrió históricamente, y no quisiéramos pensar que el tiempo le diera la razón a Ruiz Gallardón, aunque pudiera darse la paradoja que el mismo (o afines ideológicos) lo abrieran.

El segundo de los aspectos que proporcionamos, la independencia del hombre juez, requiere un tratamiento más detenido como advertíamos, independencia orgánica e independencia personal son conceptos - que se reclaman. Mal independiente puede ser la persona integrada en un órgano cuando éste no lo es. Por eso atendiendo a este fundamento, nos consideramos dispuestos a tratar el principio de independencia personal al cual, habíamos denominado:

b) Independencia orgánica subjetiva.

En principio, habría que organizar el enfoque salvo riesgo de perdernos. De entrada, con la denominación independencia orgánica subjetiva, nos estamos refiriendo, -aún a riesgo de ser repetitivos- a la independencia del Juez, del hombre Juez, independencia en suma a que se refiere expresamente el párrafo 1º del art. 117 C.E.: "...Jue-

en el aspecto orgánico.

En primer lugar, existencia de un cierto grado de autogobierno, cosa que para el Poder Judicial instituye la Constitución en el artº 122 al crear el C.G.P.J.

En segundo lugar, como presupuesto debe aparecer la unidad funcional, que garantizará la existencia de un Conjunto orgánico. En nuestro caso, la unidad jurisdiccional, identifica al Poder Judicial. (artº 117 de la C.E.).

En tercer lugar, la exclusividad de ejercicio de su función. El artº 117.3 es bien explícito: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...". Es decir, ningún otro poder podrá ejercer la función jurisdiccional, ésta quedará monopolizada por los Jueces y Magistrados. Por tanto en principio, a partir de estos presupuestos, el Poder Judicial queda plenamente identificado como poder fundamental del Estado e independiente. Las matizaciones en este aspecto se desarrollan a lo largo de nuestro trabajo.

El segundo aspecto propuesto hace referencia a la independencia interna o del hombre juez, o independencia orgánica subjetiva, como así también la habíamos denominado. Esta independencia la consideramos la más importante, pues si falla, el bloque jurisdiccional quedaría seriamente resentido.

ces y Magistrados... independientes...", y esta independencia, por ser la más importante, es la que realmente nos interesa. Fallando ésta, el bloque jurisdiccional quedaría seriamente resentido.

Recordemos también que los principios esenciales que garantizan la independencia del Juez forman parte de su estatuto. En concreto nos referimos a la inamovilidad, las incompatibilidades y la responsabilidad. Motivo pues más que suficiente para tratarlos con absoluta "independencia", (aunque no desconectados) y en apartados diferentes cada uno de ellos. Nos ceñiremos aquí por tanto al tratamiento, comportamiento y actuación de ese hombre, que es Juez o Magistrado, y que en virtud de la constitución posee la facultad (y legitimidad) de impartir y administrar Justicia entre los ciudadanos, y entre estos y los poderes del Estado.

El Juez, sometiéndose a la Ley según sabemos será independiente. Burón Barba (107) en el artículo anteriormente citado distingue como conocemos, también entre la independencia del juicio y la independencia de los que juzgan. Para él cuando el art. 117.1 habla de la independencia de Jueces y Magistrados, evidentemente se refiere a ese tipo de independencia del juicio, al que todos los otros modos de predicar

la independencia han de entenderse subordinados, pues es el que afecta a los actos jurisdiccionales, a las declaraciones de derechos pronunciados por el juez unipersonal o a los votos emitidos por el Juez Colegiado en cada caso para formar la decisión de un Tribunal.

Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela, resumiendo el sentido de la "independencia del Juicio" mencionada por Burón, indicarán que ésta, "parte de considerar el juicio como operación mental y existe cuando quien lo pronuncia realiza sus operaciones mentales en calma para seguir las líneas de raciocinio 'sin verse forzado por extraños al margen de los esfuerzos suasorios lícitos, públicos y contrastados de las partes legítimas'. Como tal tiene un sentido negativo consistente en la posibilidad de rechazar 'toda instrucción clara o solapadamente conminatoria' y un sentido positivo en cuanto la inflexible disposición de sujetarse puntualmente a las leyes desemboca en 'la libertad en el corazón del juez'. Una importante consecuencia de ello es que "la independencia del Juez en el momento del juicio no tiene más asiento ni más contenido que el compromiso interior con la Justicia. En este terreno toda llamada a altas instancias protectoras es superflua o incluso contraproducente" (103).

Burón en su trabajo continuará: "Este sentido de la independencia o es un rasgo del carácter del juez o no es nada. Es el Juez mis-

mo el que tiene que resistir con entereza presiones extrañas ya sean difusas ya determinadas y localizadas"(109).

Pero el arma del Juez, del Juez comprometido con la Justicia, el Juez comprometido con sí mismo, será la Ley, de eso no hay duda. Con la Ley como coraza el Juez resistirá cualquier presión extraña.

Pero el problema que se puede plantear, como ha sido anunciado por la doctrina alemana, y que tan extraordinariamente recoge Serrano Alberca (110), será el conflicto que puede plantearse entre la función de juzgar y el sometimiento a la Ley emanada del poder Legislativo. Actualmente, las circunstancias han cambiado, la ley no tiene carácter neutro, sino que responde a una determinada concepción de la Sociedad y pretende una conformación activa de la misma. El Juez sometido a la Ley estará por tanto implicado en el proceso de configuración de la sociedad conforme a los esquemas partidistas que le impone la Ley, de ahí que se mantenga que, "la historia del tercer poder en los últimos cincuenta años se ha caracterizado por la lucha por la independencia frente al legislador, que se manifiesta en la libertad creciente en la interpretación de la Ley y el Derecho a la revisión judicial de la Ley que concurre a hacer soportable la vinculación de los tribunales a la Ley en estos tiempos de profusión legislativa. Hoy no cabe..., concebir razonablemente la independencia

judicial y vinculación de los Tribunales a la Ley sin derecho a revisión judicial" (111).

El dedo se pone en la llaga en cuanto a la posición constitucional del poder judicial, pero es un planteamiento que debe ser matizado. Dejemos a Serrano Alberca que lo haga. Nos dirá: "En realidad, el principio de legalidad está concebido con la finalidad de que el Poder Judicial es independiente del Poder Ejecutivo, ya que el Poder Legislativo representa la voluntad popular. Por esto mismo, la independencia ha de fundamentarse en la independencia de la Ley, sin que en realidad se pueda hablar de contradicción, toda vez que la aplicación de la Ley no puede ser interpretada como una acción partidista, si bien..... la interpretación de esta, de acuerdo con los principios de la Constitución, permite al Juez una cierta discrecionalidad en su actuación" (111bis).

Efectivamente, en un Estado de Derecho Democrático, la Ley es expresión de la voluntad popular, de la voluntad soberana del pueblo, luego entonces está plenamente legitimada. Si el Juez se somete a ella se legitima su actuación a la vez que se garantiza su independencia personal. Por otra parte, -líneas arriba se ha visto (112)-, la ley se ha considerado en sentido lato, que permite actuar al Juez con cierta discrecionalidad, por supuesto dentro de los valores inherentes al Estado de Derecho, y de acuerdo con los principios y lími-

tes que la propia Constitución establece y permite. Una actuación judicial fuera de este marco de discrecionalidad quedaría inmediatamente deslegitimada. Obviamente actuar de esta manera no sería ejercer la independencia, sino la separación jurídica, política y social activa. Las consecuencias en estos órdenes son fácilmente imaginables. (13)

El segundo sentido de la independencia destacado por Burón Barba hacia referencia a la independencia de los que juzgan, apuntando en este aspecto al estatuto oficial y personal de los Jueces y Magistrados, que como sabemos nos remite entre otros, a esa serie de principios esenciales que garantizan la independencia del juez como son, la inamovilidad, las incompatibilidades y restricciones y la responsabilidad que por su importancia determinamos tratarlos específicamente en otro lugar.

Sin embargo, a decir de Burón, ese estatuto oficial y personal, incluye -o debe incluir- otras dimensiones de las garantías de independencia absolutamente fundamentales, pero que con frecuencia se olvidan. Pues bien, este sentido -nos dirá- incluye entre otros aspectos lo que podría llamarse "base económica o sistema legal de retribución", trasladándose por tanto el centro de gravedad desde el acto judicial al campo en que el juez se afirma y se mueve. La independen-

cia en este sentido, concluirá, equivale a posición segura. Evidentemente para Burón, la importancia del Estatuto jurídico del Juez y magistrado como presupuesto necesario o meramente conveniente de la libertad del juicio, no ofrece dudas. No hay juicio sin autonomía del juzgador.

Estas otras dimensiones de las garantías de independencia del hombre juez han sido destacadas por Cazorla, Ruiz-Rico y Ponachela de manera singular. Distinguen:

- A) Independencia económica.
- B) Independencia selectiva

En el primer caso se refieren a las retribuciones como garantía de independencia. El tema para ellos es verdaderamente clave (114). Citándonos a Rodríguez Aguilera indicarán: "la independencia económica puede estimarse como un derecho fundamental de Jueces y Magistrados, medio indispensable o estimulante de los demás aspectos de la independencia, de su personalidad y de su función contribuye, sin duda, a la más adecuada selección, ya que los estímulos económicos son el medio más poderoso de atracción (...) la independencia económica no debe estimarse tan solo como un derecho del Juez, sino como una exigencia social para la más adecuada realización del Derecho, como un derecho del ciudadano para la mejor garantía de sus libertades y de

su seguridad jurídica. El ciudadano necesita, y debe exigir, que una función de importancia tan decisiva para su desarrollo humano y social, sea realizada por lo más escogido, humana y profesionalmente de los juristas del país" (115).

Por su parte, Burón y Martínez Emperador presentan la suficiencia económica como garantía de independencia. Para el primero, este sentido de independencia (que se traduce al alemán con la palabra "selbstständigkeit") o base económica, opera como estímulo para el reclutamiento de los más capaces, aunque nunca deberá confundirse con una idea del "juez opulento" más allá de toda tentación codiciosa. Si la estrechez puede ser mala consejera -pensará- la riqueza tampoco está exenta de riesgos. Razonará que "por el solo hecho de gozar de una posición patrimonial sobresaliente se ingresará, quiérase o no, en esa red de alianzas que se haya en la base de todo sistema de dominación. Un cierto grado de austeridad (concluirá), no le sienta mal a la justicia" (116).

Al margen de los efectos que puede producir un deficiente régimen retributivo, pero dentro del orden económico, la Constitución nada dice al respecto. Ni el artículo 103.3 que con carácter general trata del Estatuto del funcionariado público estatal, ni el 122, que específicamente considera al funcionariado de la Administración de

Justicia (117). Sabemos que el párrafo 1º de este artículo remite a la L.O.P.J. la regulación del "forum internum" del Juez y que el párrafo 2º no dispone que entre las funciones básicas del C.G.P.J. se encuentren estas de orden retributivo. Sin embargo, según el artículo 3 párrafo 3 de la Ley Orgánica 1/1980 del C.G.P.J. aunque con carácter de iniciativa, propuesta... (¿y en otro caso?)... informe, este órgano posee facultades en cuanto al régimen retributivo de Jueces y Magistrados (113) lo que ya es algo, - a pesar de la ambigüedad con que se aborda el citado artículo 3-, siempre y cuando tengamos en cuenta, que la vigente (en lo que lo es) L.O.P.J., de 1985, en su art. 108 (sustitutorio del 3 de la L.O.C.G.P.J.), queda eliminada esta competencia, de "informar" (antes tenía incluso iniciativa y propuesta) los anteproyectos de leyes y disposiciones generales en relación con el régimen retributivo de Jueces y Magistrados. Para más inri, el art. 402 (dentro del capítulo V, "De la independencia económica" del Libro IV, Título II, dispondrá: "1. El Estado garantiza la independencia económica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional".

No deja de ser curioso que, por un lado, el legislador, como quien no hace la cosa, dispondrá que "el estado garantiza esta modalidad de independencia", y podemos preguntarle que ¿cómo?, ¿reuniéndose todos los poderes del mismo para determinar las retribuciones de los Jueces y Magistrados?. Mejor hubiera valido decir directamente

que será el Gobierno el encargado de esta misión. Por otro lado, la retribución estará en función de la "función" -valga el juego de palabras, pues así aparece más sonante-, jurisdiccional, con lo cual podemos preguntarnos si ¿esa independencia económica" igualmente se le va a garantizar a los jubilados por edad?. Creemos que nó. En primer lugar porque no lo dice, y en segundo lugar porque el siguiente artículo, el 403, sin remilgos dispondrá que: "El régimen de retribuciones de los Jueces y magistrados se regirá por Ley atendiendo para su fijación a la exclusiva y plena dedicación a la función jurisdiccional, a la categoría y al tiempo de presentación de servicios. Se retribuirá, además, la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo".

Ya tenemos pues lo que desaparecerá al llegar a la jubilación. Esos complementos por exclusiva dedicación, categoría, tiempo de prestación de servicios y responsabilidad del cargo. La diferencia entre lo que se percibe en activo y lo que se percibe en pasivo es bastante notoria lo que adjuntado a los más que circunstanciales retrasos en la percepción de esas "bajas pensiones" ponen más que en entredicho el régimen de retribuciones, (en consecuencia sobre todo de la independencia económica pasiva) de los Jueces y Magistrados, y también de los Fiscales.

No obstante, para remediar en cierta manera esta situación, el párrafo 2 del art. 402 dispondrá que: "(El Estado, se supone) Tam-

bién garantizará un régimen de Seguridad Social que proteja a los Jueces y Magistrados y a sus familiares durante el Servicio activo y la jubilación".

A la luz de todo ello, no queda más remedio que pensar que al Ejecutivo le cuesta mucho trabajo ceder parcelas de control sobre el Poder Judicial. La situación de agravio, frente al Legislativo y Ejecutivo que pueden autodeterminar las retribuciones de su personal (funcionario o no), es -creemos-, bastante manifiesta. El Poder Judicial, a pesar de su órgano de Gobierno, a pesar de su auténtico carácter de Poder, estará pendiente (sometido) de lo que dicte en esta materia el Ejecutivo, apoyado por supuesto por el Legislativo. Más ampliamente y con carácter general volveremos al tema posteriormente al tratar el poder presupuestario del C.G.P.J., poniéndose de manifiesto una vez más, la situación de dependencia de nuestro poder frente a los restantes poderes del Estado.

En cuanto a la independencia selectiva (respecto a cuyos debates, igualmente tendremos ocasión de pronunciarnos en el capítulo final de esta tesis), sabido es que son tres las formas de reclutamiento del personal jurisdiccional: la elección popular, la designación por la propia Magistratura a través de su autogobierno y el nombramiento por parte del Gobierno, en base a unos mecanismos previamente

estipulados al efecto.

No se trata en estos momentos de analizar uno por uno cada sistema expuesto sino fijarnos en aquel que ha existido o predominado en el sistema español.

Martinez-Calcerada ha escrito que, "si se quiere contar con una Magistratura imparcial en la que el principio de independencia obtenga los máximos resultados, ha de mimarse el cauce proveedor de sus titulares. Surge aquí el manido problema de dilucidar cuál es el sistema más adecuado para ingresar en la carrera Judicial, que en toda disciplina especialmente, ha provocado numerosos estudios "ad hoc" (119).

Efectivamente, en la mente de gran número de autores ha residido la idea de considerar que no había independencia de los Tribunales "mientras el Cuerpo de Jueces y Magistrados dependan de un Centro administrativo y éste sea regido por un miembro del Ministerio, esto es, del Poder Ejecutivo" (120).

Pero es que además, como expondrá Joaquín Salvador Ruiz perez, "Si se tiene en cuenta la importancia y las dificultades de la tarea que el Juez debe realizar, parece normal que la sociedad exija en él numerosas cualidades de muy diversa naturaleza. Unas son de -

carácter normal y otras de carácter moral y otras de carácter técnico". (121).

En suma, se hace necesario hallar la solución acertada que por un lado obvie el problema de dependencia y por otro capacite plenamente al Juez para desempeñar con las máximas garantías su función, máxime teniendo en cuenta la complejidad, cada vez mayor y más vertiginosa de la sociedad actual, a lo que no se sustrae el Derecho. De ahí, como el propio Salvador Ruiz Perez expone, (122) haya de revisarse los sistemas tradicionales para ajustarlos a las nuevas exigencias, de lo que buen ejemplo es la preocupación que se observa en el ámbito internacional por encontrar una instrumentación adecuada a tal fin. Como ejemplos de esta inquietud, el Primer Congreso internacional de Magistrados (Roma, octubre de 1953); el Congreso del Instituto Internacional de Derecho de Expresión frances sobre la Organización Judicial (Montreal, Quebec y Ottawa. Canadá, septiembre de 1962); el Congreso de Derecho Procesal de México (Zacatecas, 1966); y el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Gante (Belgica, agosto, 1977). La existencia de un método eficaz capaz de asegurar la selección de candidatos a partir de sus calificaciones personales y profesionales se considerará (como una conclusión), más importante que el mismo sistema de nombramiento. (123).

Antes de detenernos en la regulación actual del sistema de acce-

so a la Carrera judicial, conviene un incursio breve del tema en el ya Derecho hist6rico nuestro. Ser6 de utilidad conocerlo. Pero refiramos que aludiremos s6lo a la cuesti6n del acceso a la funci6n jurisdiccional, no a la promoci6n profesional de la carrera, lo cual nos llevaria a precisar y analizar cuestiones que en este momento y lugar se escapan a nuestro trabajo. A este respecto remitimos a la obra de Andr6s Ibañez y Movilla Alvarez "El Poder Judicial" (p6g. 105 y ss), obra ya citada en p6ginas precedentes.

Pues bien, los art6culos 84 y siguientes de la Ley Org6nica de 1870 establecieron como v6a de acceso a la funci6n judicial el procedimiento conocido como oposici6n, que ha mantenido su vigencia "con la parcial atenuaci6n que puede suponer un restringido r6gimen de concurso entre juristas con determinadas condiciones, para cubrir ciertas plazas del Tribunal supremo (art. 133 y ss) y la circunstancialmente representada en su d6a por la implantaci6n del que desde entonces se conoce como "cuarto turno" (124).

Efectivamente, la Ley Adicional de 14 de octubre de 1882, art6culos 40 y ss., concedia al Gobierno la facultad de designar discrecionalmente una de cada cuatro de determinadas vacantes en ciertos organismos jurisdiccionales con abogados, quebr6ndose de esta forma la l6nea general de ingreso en la judicatura por oposici6n. Posteriormente el Decreto de 30 de marzo de 1.915 suprimi6 los

turnos de ingreso en la Carrera Judicial que no fueran los de oposición o ascenso por antigüedad dentro de la carrera, con la excepción del nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo, razonando la salvedad en el preámbulo diciendo que -escribirá Alvarez Gendin-, "como tiene a su cargo la formación de la Jurisprudencia, la libertad de elección dentro de las leyes, debe ser omnímoda por el Gobierno, que es quien podrá exigir la más estricta responsabilidad, por el uso que haga de esta facultad" (125).

El Real Decreto de 20 de Octubre de 1923 del Directorio Militar, creador de la Junta organizadora del Poder Judicial, le confiaría a la propia Magistratura su depuración, reforma y régimen. En este sentido dispondría su artículo 3º que fuese la propia Junta quien hiciese las propuestas unipersonales para nombramientos, ascensos, etc, desde la categoría de Jueces de entrada a la de Presidente de Sala, inclusive del Tribunal Supremo.

Otro Real Decreto, este de 14 de marzo de 1924, concedería al Ejecutivo (art. 7º), la facultad de designar magistrados de procedencia administrativa para la Sala III (de lo Contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo, incluidos catedráticos de Derecho.

En 1926 (Reales Decretos de 21 de junio, del consejo Judicial y del Estatuto Fiscal) se volvería a conferir al Ministro de Gracia y Justicia las facultades que se delegaron a la Junta organizadora

del Poder Judicial.

Ya en el Régimen franquista la Ley de 18 de diciembre de 1950 (art. 1, 2 y 23 y ss.) y el Reglamento de 2 de noviembre de 1945, modificado por los Decretos de 1 de mayo de 1952 y 12 de Junio de 1953, dividiría en 2 tiempos el acceso a la Carrera judicial: El primero de oposiciones para ingresar en la Escuela Judicial; el segundo, de permanencia en dicha Escuela, durante tres semestres, reducidos a dos meses, tres en caso de necesidad, para la realización de estudios jurídicos. Una vez finalizados estos, los estudiantes se adscribían a un Juzgado o Audiencia bajo la vigilancia del Juez o Presidente para la realización de prácticas.

Por otro lado, según el art. 12 de la Ley de 8 de febrero de 1952 (texto refundido de la Ley de 22 de junio de 1884 y la de 17 de julio de 1945) se incorporarán a cada una de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo, integradas por siete magistrados cada una, tres de procedencia administrativa, entre catedráticos de Derecho con 15 años de servicio; mayores del Cuerpo de Oficiales del Consejo de Estado, decano y mayores del Cuerpo de Abogados del Estado; mayores del Cuerpo Técnico del Ministerio de Justicia; oficiales de Cortes; Jefes superiores de Administración: Auditores del Cuerpo Jurídico del Ejército, Armada y Aire, con el grado de general y los Jefes superiores de Administración, con títulos de licenciado en Derecho y 15 años de servicios, dos de ellos en esta categoría. Por De-

creto-Ley de 22 de abril de 1955 se aumentarán a diez el número de Magistrados de cada una de dichas Salas, siendo la proporción, 6 de procedencia judicial y 4 administrativa.

El Reglamento orgánico de la Carrera Judicial de 4 de febrero de 1956 será de suma importancia en cuanto al acceso y promoción en la Carrera judicial, pero su complejidad llevaría a detenernos demasiado en el mismo. Distribuye turnos de ascenso, declara los documentos formales (por ende el órgano) de nombramiento (Orden Ministerial y Decreto), nombramientos por oposición y designación, vacantes etc. (126).

Resumen de todo ello es que en el sistema español, partiendo de la L.O.P.J. de 1870 se optó claramente por un nombramiento gubernativo, aceptándose en el periodo franquista, como escribirá Cano Bueso, hasta llegar a una "absoluta discrecionalidad en determinados cargos y niveles -justamente aquellos que tenían encomendadas importantes funciones administrativas y de control- y sometido a algunos condicionamientos en otros" (127).

La oposición (el sistema de oposiciones como medio de acceso a la Judicatura), siempre ha estado presente en nuestro Derecho desde 1870 (e incluso se la ha utilizado para enmascarar la designación gu-

bernativa (128)) aunque verdaderamente, a pesar de su estabilidad y dilatada existencia nunca ha calado totalmente poniéndose siempre en cuestión, pero sin un rechazo frontal. Beceña, por ejemplo, escribiría en 1928 "Se defiende (la oposición)... por una cualidad negativa... vive... no por virtudes propias, sino a expensas de los defectos de otros sistemas que se han ensayado para el mismo objetivo" (129).

Para Amendo de Miguel se trata de un sistema "limpio y objetivo, perfectible pero insustituible" (130). Más recientemente J. Salvador Ruiz Perez, precisamente Director de la Escuela Judicial escribirá: "no constituye el sistema ideal, porque las pruebas se convierten en meros ejercicios memorísticos; y la facilidad de dicción, la retentiva y no en pequeña medida el azar, juegan un papel más que importante, a veces decisivo, en su resultado. Sin embargo, con propósitos de objetividad y para evitar la arbitrariedad que puede producirse en los nombramientos realizados directamente desde las Cámaras legislativas o desde el Ejecutivo y para garantizar la neutralidad de las decisiones, se advierte como preferible el sistema de oposición" (131).

No es muy alentadora la cuestión. Aceptar conscientemente un sistema imperfecto por carencia de otro mejor, cuando es compartido

que la eficacia y garantía que pueda ofrecer un buen servicio jurisdiccional, descansa en gran medida en los mecanismos instrumentales para la formación, selección y nombramiento de los Jueces.

Ciertamente, encontrar un sistema si no perfecto, al menos lo más adecuado posible, es tarea casi imposible. Siempre tendrá fisuras (132).

Y posándonos en el momento actual y sistema que rige (las pruebas de actitud), ¿Que encontramos en particular?

Como indicarán Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela, "el principio de mérito y capacidad que contempla el artículo 103.3 (y el 23.2) de la Constitución como elemento decisorio a la hora de acceder a la función pública nos parecen perfectamente relevante en este particular" (133).

Obviamente, como indicará Rodríguez Aguilera (134), los requisitos exigidos deberán ser los mismos para todos los españoles, reflejo por supuesto del principio de igualdad de oportunidades. Plantea no obstante si ese requisito esencial (desde el punto de vista técnico) para el ingreso en la carrera Judicial, cual es el de ser licenciado en Derecho (por otro lado obvio), no lesiona la independencia pues su extracción mayoritaria dada la estructura político-social de nuestro país, se hará de entre los miembros de determinada clase social (la pequeña y alta burguesía) dado su potencial económico. Por supuesto

este planteamiento abre cauces para una posterior investigación sociológica que en su momento (no ahora) podría realizarse. No obstante las consecuencias sobre el principio de independencia estarían por ver, en todo caso, de afectar este factor social, se haría más que sobre el principio de independencia, sobre el de imparcialidad. Pero esto, no se olvide, son suposiciones que habría que demostrar con rigor.

Pero volviendo a la actualidad, la nueva L.O.P.J. diversifica el modo de acceso a la carrera judicial, que puede realizarse, a) mediante el tradicional sistema de "oposición libre" (art. 301) entre españoles, mayores de edad, licenciados de Derecho (art. 302.1) y de acuerdo con las normas, ejercicios y programas aprobados por el Ministerio de Justicia, oídos el C.G.P.J. y el Centro de Estudios Judiciales (art. 301), b) mediante concurso de méritos para lo que se prevé que una tercera parte de las plazas vacantes en la categoría de Juez se cubra meritoriamente por "juristas de reconocida competencia" (art. 301.2) lo que igualmente se establece para el acceso directo a determinadas plazas de Magistrado del tribunal supremo o de Magistrado (art. 301.6).

A este respecto, el artículo 311.1 dispondrá que de cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrados, una se cubrirá por concurso entre juristas de reconocida competencia y con más

de diez años de ejercicio profesional.

En la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, una de cada tres plazas se cubrirá con un jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio en dicha comunidad (art. 330.3). Finalmente, el artículo 343 dispondrá que, de cada cinco plazas de magistrados del Tribunal Supremo una se proveerá entre Abogados y otros juristas de reconocida competencia.

Todos los que superen las pruebas selectivas o el concurso seguirán un curso en el centro de Estudios Judiciales y realizarán prácticas en un órgano judicial (art. 307.1).

La L.O.P.J. no descubre nada, retorna, con las matizaciones lógicas de la nueva regulación que del Poder Judicial realiza la propia ley, a los conocidos tercer y cuarto turnos previstos en la de 1870. Hemos referido al inicio de este punto que tendremos ocasión de pronunciarnos sobre el mismo en el capítulo final de la tesis. No obstante ello, un breve repaso doctrinal por un lado y por las discusiones parlamentarias por otro no vendrían mal como soporte a esos debates últimos propuestos.

En el punto VII de la Exposición de Motivos de la L.O.P.J. de 1985 se justifica esta innovación argumentando que, "los clásicos mecanismos de selección de personal judicial no permiten que la sociedad española se dote de Jueces y magistrados en número suficiente", por tanto, "es obligado, pues, recurrir a mecanismos complementarios", no olvidando que el sistema básico de ingreso en la carrera judicial sigue siendo el de oposición libre entre licenciados en Derecho, dejando abierta la posibilidad de perfección del mismo al permanecer pendiente la regulación concreta del mecanismo de la oposición y de las enseñanzas a impartir en el Centro de Estudios Judiciales.

Recordemos no obstante que el vigente Reglamento del Centro de Estudios Judiciales (aprobado por Real Decreto 1924/1986 de 29 de agosto), en sus artículos 32 y ss., concretará tanto las características de la oposición para el ingreso en la Carrera Judicial como la fijación de las enseñanzas y cursos de formación que se impartirán en dicho Centro.

Pues bien, el mecanismo complementario ya sabemos cual es: el concurso de méritos (por otro lado, también contemplado en el Reglamento del Centro art. 35), entre juristas de reconocido prestigio, lo cual permitirá -dirá la exposición de motivos- "en primer lugar, hacer frente a las necesidades y cubrir las vacantes que de otra forma

no podrían serlo; en segundo término incorporar a función tan relevante como la judicial a quienes, en otros campos jurídicos han demostrado estar en condiciones de ofrecer capacidad y competencia acreditadas; por último, lograr entre la carrera judicial y el resto del universo jurídico la ósmosis que, a buen seguro, se dará cuando se integren en la judicatura quienes, por haber ejercido el Derecho en otros sectores, aportarán perspectivas diferentes e incorporarán distintas sensibilidades a un ejercicio que se caracteriza por la riqueza conceptual y la diversidad de enfoques... No se hace con ello, en definitiva, otra cosa que incorporar a nuestro sistema de selección mecanismos experimentados con éxito de antiguo no solo en varios países, sino, incluso, entre nosotros mismos, y precisamente en el tribunal Supremo".

Cubrir vacantes (por imposibilidad de hacerlo con el sistema de simple oposición) y propiciar un enriquecimiento del medio judicial a través de las experiencias adquiridas en otras áreas del complejo mundo del Derecho por la incorporación de esos prestigiosos juristas parecen ser las razones de esta innovación.

Aunque no cabe duda que esta regulación mejora la precedente, como señalan andrés Ibañez y Movilla (135), no es significativa del paso a un modo distinto de concebir el papel del juez y su función, ni tampoco parece poner las bases para conseguirlo.

Por otro lado, señalan los mismos autores, "no deja de ser negativamente significativo que la incorporación de juristas se haya defendido fundamentalmente como instrumento de ruptura del corporativismo judicial, cuando al mismo tiempo permanecen incólumes los mecanismos de integración paleocorporativa, implícitos en el esquema orgánico de la carrera" (136).

Y continúan, "la cuestión tal y como ha sido planteada, es decir 'jueces-jueces' versus 'jueces-juristas' tiene todas las características de un pseudoproblema. Mientras los cerrados partidarios del primer término corrían un tupido velo sobre las miserias de la oposición; los que lo eran del segundo (a veces con actitudes no exentas de otra suerte de corporativismo, como se ha dicho) escamoteaban también el dato fundamental de que es algo más que el bagaje empírico de curso habitual en el 'mercado forense' lo que necesita la Justicia de este país para estar a la altura de la demanda social" (137).

A todo esto, repetimos, volveremos posteriormente. Ahora qued por preguntarnos por, ¿qué se decía al respecto en las Cámaras Legislativas?

Hubo polémica, y ardua por cierto, entre partidarios de uno u otro sistema, enfatizada por Ruiz Gallardón.

Para el Ministro de Justicia se darán razones más que sobradas para preveer este sistema: precaria situación de la plantilla judicial, (que nos pone a la cola de Europa en la proporción juez-habitante)(138), con las consecuencias de acumulación de asuntos que ello provoca; incapacidad del sistema de oposición para paliar este problema, etc. (139). Igualmente precisará que el sistema de méritos se introduce junto al básico sistema de la oposición, ensayado con éxito en la Francia de Giscard, y que viene siendo utilizado con no menos merecimiento desde la Ley orgánica de 1870.

Además, se avala (dirá), por el informe favorable de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados de España, y recuerda, (entendemos como medida "preventiva" ante la situación que la nueva medida iba a desencadenar), como el C.G.P.J. cuando tuvo que informar el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que fue remitido a dicha Cámara durante la legislatura anterior, en la época del gobierno anterior, emitió un informe favorable a dicho sistema. (140).

Como colofón a este punto, el Ministro destacará como este sistema de selección de Jueces, por un lado, ofrece más garantías que las contenidas en el Reglamento aprobado por el C.G.P.J. sobre Jueces de provisión temporal, y por otro, el efecto positivo (enriquecedor) que producirá en la Justicia al nutrirse con esa plural formación de jueces procedentes de distintos ámbitos del Derecho (Universidad, fun-

ciones públicas -cita al secretariado-, abogacía, etc) (141).

Roca Junyent compartirá y aceptará esta nueva "buena vía", pero pide que se deje en manos del propio Poder Judicial la selección, organización y determinación del acceso al mismo, porque "no tiene sentido que se establezcan unas normas típicas de acceso al Poder Judicial a través del propio Poder Judicial y unas atípicas para ingresos en este Poder Judicial por una vía distinta...quien debe decidir los meritos,... las circunstancias... (y) las vías de acceso, es el propio Poder Judicial" (142).

Sotillo Marti será quien conteste a Roca explicándole la identidad de titulación, Tribunal y Curso de especialización a seguir en ambas vías, limitándose la participación del Gobierno en dichos sistemas, a la representación de un miembro de dicho Tribunal (143).

Pero será Ruiz Gallardón quien enfatizará el tema. Comenzará (como conocemos en la doctrina) diciendo no ser absoluta y cerradamente partidario del sistema de oposición, aunque dentro de todos los sistemas de selección puede considerarse el menos malo. Su lucha se dirige contra la duplicidad de sistemas, por razones eminentemente prácticas. Un resumen de su intervención podría concretarse en su observación de que en primer lugar se abre el camino de la selección a juristas, ni siquiera abogados en ejercicio, por lo que cabe pre-

guntarnos quien va a ser el "joven insensato que se enfrente con la ardua tarea de preparar un programa de oposiciones, y rendir tributo a un Tribunal si con ser profesor, ayudante, estar en un despacho, o cumplir otros requisitos durante seis años se adquiere el mérito suficiente para acceder a la carrera Judicial". En segundo lugar, manteniendo ambas vías se divide la carrera entre los que han accedido via oposición y los que lo han hecho por concurso. Algo malo para la sociedad y desde luego, para el justificable. En tercer lugar recuerda el pésimo resultado que ha dado la introducción del cuarto turno en la historia judicial española, que hubo de erradicarlo en 1915. El mantenimiento de este sistema en el caso de Magistrados del Tribunal supremo es cosa bien distinta, pues no es lo mismo entrar por el final de la carrera que por el principio. En cuarto lugar pregunta por quién se responsabiliza de los conocimientos de los meritorios, ¿los Colegios Profesionales?, ¿las universidades?, ¿ellos mismos?. En quinto lugar, recordando las palabras de un Juez, cuyo nombre silencia, dirá que "parece como si al proyecto le preocupara más de introducir el turno de juristas prestigiosos que de organizar la mejor selección posible de jueces". En sexto lugar estima que el problema de las plazas vacantes radica en la falta de estímulos para los aspirantes, siendo el bajo sueldo uno de ellos (144).

Las contestaciones a estas posiciones serán parciales. Granados

Calero indicará que no se ha entendido nada de lo que constituye uno de los objetivos de la reforma pues se confunde la persona que prepara la oposición a juez con la que habiéndola superado y pasado con éxito por la Escuela Judicial se le inviste de la autoridad de Juez. No le corresponde al C.G.P.J. declarar "ab initio", las materias, cursos y disciplinas que tendrán que aprender los opositores por ser esta misión irrenunciable del Estado, pues al ser este responsable político ante la Sociedad, tiene que ser garante de que los jueces van a tener otras condiciones aparte de las puramente memorísticas.

Ante las acusaciones de diferentes procedencias de que puede ocasionar división en la judicatura, Granados Calero responderá que en el momento en que entran en la Escuela Judicial, todos los opositores, procedan de donde procedan y del turno que procedan, no son más que opositores, y una vez en la carrera judicial, todos se equiparan (145).

En la Comisión del Congreso Ruiz Gallardón sacará a la luz nuevamente el tema, uno de los temas -dirá- "que ha sido más criticado socialmente, y por diversos medios de comunicación" (146). Haciendo hincapié en la real circunstancia de escasez de personal judicial, entenderá que es peor el remedio propuesto que la enfermedad, porque lo que subyace en la modificación propuesta, es la intencionalidad

de que desaparezca la vía de la oposición, porque establecidas ambas vías, a nadie se le ocurrirá elegir la más árdua, difícil, arriesgada y aleatoria, en lugar de la más lenta, pero más cómoda, fácil y segura de acceder a la condición de Juez o Magistrado (147).

Trias de Bes señalará por su parte que con este capítulo se permite el acceso sin las suficientes garantías (148). Barrero Lopez contestando a ello utilizará los conocidos argumentos para justificar las medidas: escasez de funcionarios; enriquecimiento por el aporte de estas nuevas incorporaciones, y la importante ósmosis que se produce entre la carrera Judicial y el resto del mundo jurídico. Pero es importante en su defensa la referencia al hecho histórico de la existencia de juristas de reconocido prestigio como Magistrados del Tribunal supremo, situación incluso ratificada por una enmienda del Grupo Popular (149).

En el Senado, el Ministro Ledesma en cuanto a la selección de Jueces; de entrada, recordará el Derecho Comparado: en Estados Unidos y Suiza, rige la elección popular, aunque no en estado puro pues el Presidente Americano designa a los Magistrados del Tribunal Supremo. En el Reino Unido, los Jueces Superiores son nombrados por la Corona a propuesta y con el refrendo del Gobierno a través del Lord Canciller, los inferiores lo serán directamente por dicho Lord Canciller.

En Francia existen dos vías de acceso a la Magistratura: una principal o directa. Otra secundaria o colateral.

El acceso directo a la Escuela Nacional de la Magistratura tiene lugar de dos distintas formas: a) mediante oposición, b) mediante concurso entre abogados con tres años de experiencia. Superado el acceso, los aspirantes sufrirán un periodo de aprendizaje de 28 meses con título de Auditor de Justicia, y superado el mismo serán nombrados Magistrados por el Ministro de Justicia, previa consulta no vinculante al Consejo Superior de la Magistratura.

El acceso colateral igualmente puede ser de dos tipos; a) definitivo, que se reserva a ciertas categorías profesionales de abogados profesores o funcionarios con una formación jurídica, y b) temporal, en favor de ciertos funcionarios y licenciados en derecho con determinados años de ejercicio profesional, debiendo rebasar posteriormente un curso de tres meses en la Escuela Nacional de la Magistratura. (150).

En la Alemania federal, como ejemplo, baste citar que los profesores ordinarios de universidad en materia jurídica, están automáticamente habilitados para desempeñar funciones jurisdiccionales (151).

Repasando este Derecho comparado, como conclusión destacará el mi-

nistro que el sistema propuesto tiene bastantes ventajas: Primero, enriquecimiento de la Justicia, segundo, facilitación y enriquecedora comunicación entre instituciones (Magistratura, Universidad, Abogacía, etc). Tercero, apertura sociológica del mundo judicial a los nuevos valores y a las concepciones distintas procedentes de otros roles sociales, y cuarto (que presentará como muy importante para los socialistas), eliminación de la desigualdad en que se ven situados quienes estando vocados o capacitados para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales no han tenido la posibilidad económica de permanecer uno o varios años pendientes de una oposición.

Finalmente remachará las ventajas con la objetividad del concurso (que ya conocemos), que se materializa siendo el mismo Tribunal el que intervenga tanto para las oposiciones como para el concurso, y la especialización en el Centro de Estudios Judiciales. (152)

Continuar con las discusiones, contestaciones, réplicas, etc. no sería sino repetir los mismos argumentos que ya conocemos. Incluso si hemos traído la intervención del Ministro en el Senado, aún a riesgo de repetir argumentaciones, se justifica, en primer lugar, por el repaso que hizo al Derecho Comparado de expresa claridad y utilidad para llegar a alguna conclusión concreta, y en segundo lugar, porque su conclusión, que traduce en ventajas, no son sino la mera realidad

de la situación: Sacar a la Justicia de su aislamiento y dinamizarla socialmente. Son temas que como (por tercera vez) hemos dicho, volverán posteriormente al debate, por ahora entendemos que con la nueva medida de selección introducida, obviamente no se han solucionado todos los problemas en este aspecto, pero que se ha dado un gran paso, ello es algo evidente.

Ya por otro lado, el complemento de la independencia selectiva -y en verdad no sólo de ella, sino de todos los principios por la interrelación que existe entre los mismos- será la inamovilidad, que estudiaremos inmediatamente, pero antes queremos hacer constar que no todos los principios referentes a ese "forum internum" del Juez han sido agotados. Suele distinguirse por ejemplo "la independencia moral del Juez" (153), que debe nacer dentro del Juez mismo, bastión fundamental para evitar toda posibilidad de dependencia o quiebra de conducta íntegra.

También se destaca la independencia cultural, en el sentido -dirá Rodríguez Aguilera-, "de que el juez debe renovar incesantemente sus conocimientos, para apreciar la realidad de su tiempo, para enriquecer la doctrina de sus "considerandos" y poder así ayudar al más adecuado desarrollo del Derecho. El juez se ve obligado a enfrentarse con temas que inciden en lo político, en lo histórico, en lo artísti-

co, en lo técnico en sus más variados aspectos" (154). Ruiz Perez lo ha dicho; "el juez ha de estar preparado intelectual y técnicamente para hacer justicia" (155). Realmente aquí estamos ante una exigencia, pues se le pide al juez que constantemente renueve sus estudios sus conocimientos para armonizarlos con la constante evolución, ya no solo jurídica sino política de la sociedad. Finalmente también se habla de independencia social. En este caso también supone exigencia de conocer el medio social y vivirlo, mantener un contacto estrecho con la realidad social, con los problemas generacionales, filosóficos y políticos que la sociedad desencadena, fórmula precisa para mantener la plena y total independencia frente a los intereses particulares de cualquier sector social (156). El Juez aislado respecto de la Sociedad de que forma parte, mal juez será. Para Mosquera no hay dudas de que el sistema judicial, es un sistema abierto, en el sentido de que está destinado a mantener relaciones con su entorno o ambiente (157). Ahí está la clave de una correcta Administración de Justicia en un moderno Estado de Derecho, democrático y Social y de hecho, las actuales inquietudes sobre la judicatura y por la propia judicatura corren por estos lares. Mosquera, Viagas, Toharia, Salvador Ruiz Perez, etc, por citar algunos autores en nuestro entorno y Wyzanskiy Treves desde fuera son claros ejemplos al respecto. Nosotros aportaremos nuestro relativo grano de arena con datos empíricos que en el último capítulo se presentan.

II.2.4: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL PODER JUDICIAL
SON INAMOVIBLES

Para Mortati, la inamovilidad asegura al Magistrado "la estabilidad del cargo, la permanencia en el puesto, en la sede, en las funciones: sustrayéndole así a todo traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto por motivos expresamente establecidos en el ordenamiento judicial" (158). En este sentido la Constitución es expresamente clara: "los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas por la Ley" (art. 117.2) (159). Por supuesto, y de pasada la inamovilidad nunca cerrará el derecho del juez, en condiciones objetivas a la movilidad. Es decir, el derecho del juez a ser trasladado, si lo solicita, a la vacante que le corresponde sin que sin razón convincente se le impida.

Históricamente, la inamovilidad de Jueces y Magistrados surge como una de las conquistas clásicas del constitucionalismo occidental como garantía de independencia frente al Ejecutivo. Para Alvarez Conde (160), su primera aparición suele situarse en el "Act of Settlement" de 1700. Posteriormente, la Constitución francesa de 1791 lo recogerá y a partir de la constitución gaditana de 1812 se irá repitiendo a lo largo de nuestro constitucionalismo, hasta plasmarse en la venerable Ley Orgánica de 1870, aunque lo hace dejando un resqui-

cio por el que el Ejecutivo podía plantear el traslado forzoso por motivos fáciles de exponer pues el art. 235 de dicha ley disponía que, " Los Jueces de Tribunales de partido y Magistrados de audiencia podrán ser trasladados... 2º, cuando la Sala de Gobierno... lo proponga con fundado motivo... y 3º, cuando circunstancias de otra clase, o consideraciones de orden público muy calificadas exigieren la traslación".

No hay que decir que esos motivos tan genéticos se prestaban fácilmente a una utilización más que discrecional por parte del gobierno (161).

Consciente de estas situaciones, la Constitución y sus leyes de desarrollo reforzarán la independencia del Juez (162) al excluirse toda posible intervención del Ejecutivo en la movilidad del Juez, es decir, en relación con los hechos o causas que pueden dar origen a la separación.

Nuestro texto constitucional precisa de tres artículos diferentes para concretar la inamovilidad para luego remitir a la legislación de desarrollo su reglamentación concreta. Así, el artículo 117.1 declara la inamovilidad de Jueces: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes

del poder Judicial, independientes, inamovibles..."

El siguiente párrafo concreta el contenido: "Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley"

Finalmente, el artículo 122.2 remite a la Ley orgánica el desarrollo y regulación del Estatuto jurídico de Jueces y Magistrados a la vez que impide todo atentado al mismo al disponer entre las funciones del C.G.P.J. controlar el régimen estatutario de aquellos.

Quizás hubiera sido más conveniente una redacción más directa y englobadora del tema como lo hace el art. 107 de la Constitución Italiana de 1947: "Los magistrados serán inamovibles. No podrán ser dispensados o suspendidos del servicio ni destinados a otra residencia o a desempeñar otras funciones sino mediante decisión del Consejo Superior de la Magistratura o por motivos y con las garantías de defensa establecidas por el ordenamiento judicial o con el consentimiento de los interesados". (Aunque por contra, el Ministro de Justicia está autorizado para ejercer la acción disciplinaria) (163).

El artículo 2º de la derogada L.O.C.G.P.J. disponía en concreto que el C.G.P.J. tenía competencia decisoria en la selección, provi-

sión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados. Se trataba, como se dijo en los debates parlamentarios, "de que el Consejo General del Poder Judicial venga a asumir todas las competencias que tradicionalmente tenía en relación con la Administración de Justicia, la Administración del Estado, el Ministerio de Justicia...".(164).

La actual L.O.P.J., en los artículos 378 y ss. amplía la inamovilidad a los cargos temporales, durante el tiempo que dure el mismo.

Y así en concreto, esta misma Ley, después de consagrar el principio con carácter general en su art. 1 (repetición literal del 117.1 de la C.E.), dedicará el capítulo I (De la inamovilidad de los Jueces y Magistrados), del Título II (De la Independencia Judicial), del Libro IV (De los Jueces y Magistrados), artículos 378 y ss.

En el párrafo 1º del art. 378 puede leerse: "Gozarán de inamovilidad los Jueces y Magistrados que desempeñan cargos judiciales". Y en el párrafo siguiente ampliará la misma a los cargos temporales, durante el tiempo que dure el mismo: "los que hayan sido nombrados por plazo determinado gozarán de inamovilidad sólo por ese tiempo".

Cabe destacar que en general, corresponderá al C.G.P.J. la

adopción de todos aquellos acuerdos que puedan afectar a la inamovilidad, y aún así, sólo podrán tomarse por alguno de los motivos previstos en la propia Ley Orgánica y conforme al procedimiento previamente establecido.

Así, en el art. 379 encontramos las causas de pérdida de la condición profesional que se resumen a: Renuncia, pérdida de la nacionalidad española, sanción disciplinaria; condena; incapacidad y jubilación. En el art. 383, los supuestos de suspensión (por dictarse auto de prisión de libertad bajo fianza o de procedimiento, Si se decreta expediente disciplinario o de incapacidad etc).

La jubilación se contemplará en el art. 385, que tendrá lugar por edad o por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones.

El traslado forzoso presenta una doble faceta, a) en caso de incompatibilidad. En este supuesto, el art. 394 distingue entre una incompatibilidad en el nombramiento, en cuyo caso este quedará sin efecto, y una incompatibilidad sobrevenida, en cuyo caso resolverá el C.G.P.J., b) por sanción administrativa. En este supuesto hay que poner en relación los art. 417 (de las faltas graves), 420 (las sanciones a imponer, en cuyo nº 1 letra e) se encuentra el traslado

forzoso) y el 421, 4º que dispone la competencia en este caso del C.G.P.J.

Finalmente es de destacar las garantías que la propia ley establece en tales procedimientos. El art. 388 dispondrá:

"Los procedimientos de separación, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación se formarán con audiencia del interesado e informe del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno respectiva, sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan, y se resolverán por el Consejo General del Poder Judicial".

Siempre por supuesto, siguiendo lo establecido por la propia Ley Orgánica, lo que se traduce, no ya solo en un principio de protección jurídica para los propios Jueces y Magistrados sino aún más, en un principio de seguridad jurídica para el ciudadano (165). En conclusión, el principio de inamovilidad puede entenderse como una de las garantías de la Independencia, que tratan de configurar al Poder Judicial, como uno de los tres fundamentales Poderes del Estado.

Para ello, el principio de inamovilidad tiene un papel preponderante, pues a través del mismo se trata de eliminar la dependencia

ejercida sobre la judicatura por los restantes poderes. La garantía de la inamovilidad hace referencia a los hechos o causas que pueden dar origen a la separación, suspensión; traslado y jubilación de Jueces y Magistrados, pero fundamentalmente hay que hacer referencia al órgano competente, el procedimiento y los recursos al efecto.

En la derogada L.O.P.J., de 1870, se establecía como órgano competente para la destitución de los funcionarios judiciales, el Consejo de Ministros mediante Decreto refrendado por el Ministro - de Gracia y Justicia, previa consulta al Consejo de Estado, estableciéndose un procedimiento con audiencia al interesado y del Fiscal. En 1952 (Ley de 20 de diciembre) este sistema se modificó dando intervención a la Sala de gobierno del Tribunal Supremo para apreciar en conciencia, y con plena libertad de criterio, cuanto resulte de expediente (166).

La actual L.O.P.J., consciente de la importancia de este principio y de su significación jurídica, regula detenidamente, (después de declarar solemnemente dicho principio en el art. 1) como dispone el art. 122.2 de la C.E., en los artículo 378 y ss., el contenido material del principio de inamovilidad, en cuyo procedimiento tendrá plena y exclusiva capacidad decisoria el C.G.P.J., siguiéndose lo dispuesto en la propia normativa orgánica.

Si en el nombramiento del Cuerpo Judicial aparece la intervención del Ejecutivo, una vez investidos los aspirantes de la condición de Juez, todo lo que afecte a su Estatuto jurídico entrará dentro de las competencias propias de la misma judicatura a través de su propio gobierno el C.G.P.J. El problema estaría ahora en preguntarnos hasta que extremo la nueva regulación de la designación de los miembros de dicho Organismo de Gobierno atraviesa esa precisa protección de la independencia judicial. Pero esta es una cuestión a la que responderemos líneas abajo en su capítulo correspondiente.

II.2.5: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL PODER JUDICIAL
SERAN APARTIDISTAS Y NO SINDICADOS AUNQUE TENGAN EL DE
RECHO DE ASOCIACION PROFESIONAL

Si el anterior artículo que hemos examinado, el 117, se caracterizó por su escaso debate parlamentario, este actual, el 127.1 puede decirse que fue uno de los que más polémica suscitó durante el proceso constituyente. Para Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela (167), no es de extrañar, dado su tenor literal:

127.1 " Los Jueces y Magistrados así como los fiscales mientras se hallen en activo no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La Ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales".

Se trata, -indicarán-, "de una especificación del régimen general de incompatibilidades que pretende asegurar la independencia" (168), y a su manera de ver, "en su concepción y en su defensa se produce un agobiante acopio de imágenes, símbolos, representaciones y prejuicios nacidos de una ideología notablemente conservadora cuando no abiertamente predemocrática" (169). Y para expresarlo más claro continuarán señalando que "1º.- de un lado se realiza una revisión histórica de la judicatura, errada cuando no abiertamente unida; 2º.- Entra en juego implícitamente uno de los más queridos tópicos de la derecha autoritaria española -por no decir en términos del pri-

mer Linz de la 'mentalidad franquista'- consistente en concebir lo político como algo malo, deshonesto, digno de sospecha y recelo, movido por ocultas intenciones y siempre naturalmente confundido con el partidismo" (170).

La actual L.O.P.J. (como el art. 127.1), siguiendo la línea de la provisional de 1870 art. 7 -con lo que poco se ha avanzado -prohibirá a Jueces y Magistrados en el art. 395 (además de la pertenencia a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos):

"1.- Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones Oficiales, felicitaciones o censuras de sus actos, ni concurrir en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para la que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial.

2.- Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal..."

Realmente más añejo no puede ser el precepto. Imaginamos por ejemplo al Presidente del C.G.P.J.-T.S., asistiendo de propia voluntad a la inauguración de la exposición aero-naval que habitualmente se

desarrolla, con un certificado o similar cartel en las espaldas, por ejemplo), que especifique su asistencia como cualquier ciudadano de a pié, es decir, desprendiéndose temporalmente (durante el acto) de su alto cargo. Realmente se trata de confeccionar un "raro" ciudadano público con esa regulación legal.

Los debates parlamentarios, en concreto sobre el art. 127.1 son un buen ejemplo de esta situación. ¿Que tipo o modelo de Juez se quería hacer?. Por encima de todo se quería superar el modelo de Juez franquista. Ese Juez imperante (aunque evidentemente no imperó durante todo el periodo franquista) en esa época histórica que con "astucia y brillante sarcasmo" (171) ha definido el profesor Ollero. Alzaga nos permite observar esta situación cuando escribe que, "ni que decir tiene que la prolijapolémica que se desarrolló en el Congreso sólo es comprensible si se tiene en cuenta que en los últimos años del franquismo la judicatura española registró un importante movimiento de politización de ciertos sectores de sus miembros (quizá haya que decir, para ser más justos, que era una contrapolitización frente a otros sectores que ya se encontraban politizados, en línea hasta entonces calificada como "ortodoxa" en el seno de la misma organización jurisdiccional) vislumbrándose en el horizonte un panorama de politización de la función jurisdiccional análogo al que hoy se sufre en Italia" (172)

Quizá estemos ya en condiciones de comprender la razón del enco-
nado debate constitucional sobre el precepto, que puede fácilmente
dividirse en dos partes diferentes: la prohibición de militancia
en partidos políticos y la permisión de asociación profesional (173).
En el Anteproyecto de Constitución, el Tenor literal del entonces
art. 117 era el siguiente:

"1.- Los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo, no
podrán desempeñar cargos públicos ni pertenecer a un partido políti-
co". (174)

Realmente hasta su redacción definitiva siguió un largo y pesado
recorrido. El Grupo Parlamentario Comunista en voto particular pre-
sentó una redacción alternativa:

" 117. Los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo,
no podrán desempeñar cargos públicos ni actuar públicamente en
nombre de un partido político o figurar en la dirección del mis-
mo" (175). Obviamente en esta propuesta no se prohíbe su mi-
litancia en los mismos. Por su parte, minoría catalana ya introduce,
por un lado, la prohibición de militancia en un partido político.
Propondrá que "los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo
no podrán desempeñar cargos públicos ni actuar públicamente como

miembros de un Partido Político.

Por otro lado, introduciendo un párrafo 3º, reconocerá a los miembros del Poder Judicial "el derecho a formar asociaciones y sindicatos profesionales" (176). Los matices del Grupo socialista son del siguiente tenor: "117.1. Los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en el servicio activo, no pueden ejercer ninguna función pública o actividad profesional o mercantil ni desempeñar cargos directivos en partidos políticos" (Nuevamente, ninguna prohibición de militancia). "117.3. Se reconoce a los miembros de las carreras judiciales (¿carreras? ¿donde está el principio de unidad?) y fiscales el derecho a pertenecer a asociaciones profesionales y sindicatos" (177)

Finalmente, la propuesta de U.C.D. fue la que sigue: "117.1 los Jueces, Magistrados y Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar cargo público, ni pertenecer a un Partido Político, ni sindicarse" (178).

De lo expuesto, claramente, se distingue, que las opciones conservadoras (para decirlo de alguna manera) niegan el derecho a la militancia política de la magistratura. Las más progresistas prohíben sus actuaciones públicas, pero no aquella.

Como una simple conclusión parcial, a la luz del tenor literal

definitivo del art. 127.1 se nos ocurre pensar que el mismo parece nuevamente fruto del carácter consensual del texto constitucional, a la vez que estamos tentados a pensar si esa prohibición de militancia, ¿no podría entenderse como contrapartida de la prohibición de elección popular señalada por el art. 389.2 de la L.O.P.J.?

Tocar el punto de las prohibiciones y limitaciones constitucionales a determinados ciudadanos por razón de su función sería entrar en campo de difícil roturación, pues entraríamos en el complejo tema de las contradicciones constitucionales congénitas. Por citar un ejemplo, pensemos en el Tribunal Constitucional, órgano igualmente investido de jurisdicción como ha podido comprobarse con anterioridad cuyos miembros según la propia Constitución (art. 159.4) son (de lógica política), igualmente incompatibles con todo mandato representativo, pero en absoluto se les va a prohibir cualquier militancia política en partido alguno, en todo caso, como señala el art. 19.1, no podrán desempeñar "funciones directivas en los partidos políticos y sindicatos".

Por otro lado, de entrada, la cuestión de la pertenencia o formación de asociaciones profesionales se presenta menos problemática. Recordando lo que decíamos líneas arriba, quienes más asepticos quieren hacer a los Jueces, son los más cercanos (ideológica, e incluso

prácticamente) a aquellos momentos en que la politización del Juez era un hecho, ¿por qué no confían ahora en ese modelo de Juez . Evidentemente, y sin apurar demasiado, ¿no pensarán en la contrapolitización de que se ha hablado anteriormente?

Sigamos con el análisis del proceso constituyente pues podemos encontrar ahí aclaración de algunos de estos extremos.

Las enmiendas que se presentaron al Anteproyecto fueron las siguientes: Enmienda nº 64 presentada por Letamendia Belzunce, del Grupo Mixto, adhiriéndose al voto particular presentado por los socialistas (199). Minoría Catalana, a través de su enmienda nº 168 mantendría la redacción de sus votos particulares. En su justificación a la misma, comprendiendo que la independencia del poder Judicial exige la prohibición a Jueces y magistrados exteriorizarse en actos públicos como miembros de partidos políticos, no obstante entienden absolutamente desproporcionado e incluso contraproducente el que no puedan pertenecer a un Partido político (180). En la discusión parlamentaria expondrán sus razones, como tendremos ocasión de comprobar.

El Grupo Mixto presentaría la enmienda nº 554, la cual venía a ser una especie de fusión de la Socialista y la de Minoría Catalana. El texto que propusieron fue el siguiente:

"117.1. Los Jueces Magistrados y Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar cargos públicos, actuar públicamente como miembros de un partido político ni formar parte de sus órganos dirigentes". (181)

Para este grupo la garantía no está precisamente en pertenecer o no a un partido político, sino en limitar su actuación política.

Alianza Popular, a través de Lopez Rodó presenta también enmienda, la nº 691. Según ella, el art. 117.1 debe decir: "Los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar cargos públicos, pertenecer a un partido político ni formar ni integrarse en sindicatos. Iguales prohibiciones rigen para los miembros del Ministerio Fiscal y para los demás funcionarios y personal de la administración de Justicia" (182).

El Grupo Comunista (Solé Barberá), en su enmienda nº 695, se acerca enormemente al voto particular socialista. El 117.1 deberá decir según su punto de vista que:

"los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en el servicio activo no pueden ejercer ninguna función pública o actividad profesional o mercantil, ni desempeñar cargos directivos en partidos políticos" (183).

Con toda esta salsa enmendadora, la Ponencia por mayoría de los representantes de U.C.D. y A.P., modificará el contenido del apartado 1 (ahora art. 119) conforme --dirán-- a la enmienda nº 691 del señor Lopez Rodó, siendo su redacción la siguiente: (que no se ajustará literalmente a lo señalado en la nº 691, sino que será una especie de fusión de todas las presentadas) "119.1. Los Jueces y Magistrados, así como los fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar cargos públicos, pertenecer a partidos políticos, sindicarse o integrarse en asociaciones profesionales" (184).

Este texto será la base de partida para iniciar el agrio y encoñado debate parlamentario ya advertido.

Partamos de la intervención del Ministro de Justicia Lavilla Alsina, en el debate general en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (9 de mayo de 1978), cuando aborda en concreto el problema de la independencia judicial, entendiéndolo que la plena virtualidad de dicho principio se juega básicamente en la independencia de cada Juez. Afirmó entonces la conveniencia de que fuera "la propia Ley la que preserve a los juzgadores de vinculación o actividades que puedan presionar su conciencia e incluso deteriorar simplemente su imagen de independencia" (185).

Inmediatamente constestó Peces Barba en el sentido de que tal

afirmación, no era adecuada para las conclusiones que había sacado en relación con la sindicación y con la asociación profesional de Jueces y Magistrados (186). Todo quedó ahí; habría que esperar al debate al articulado para conocer los precisos planteamientos.

En la sesión nº 17 (8 de junio de 1978), ya se adelanta por Licio de la Fuente en la discusión del art. 117 del texto de la Ponencia, que una de las tres vías de politización de la Justicia es, la del art. 119, "sobre si los jueces pueden o no pertenecer a partidos políticos o sindicatos" (187).

En la discusión concreta del art. 119, lo primero que presenta el Grupo Popular (Fraga), es la propuesta de una enmienda "in voce" consistente en decir "in fine" en el apartado 1 que, "no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos", suprimiendo de esa manera la referencia a integrarse en asociaciones profesionales, por entender (Lopez Rodó) la licitud para los Jueces y Magistrados el formar parte de asociaciones profesionales, y que "únicamente hay que declarar incompatible su función de administración de Justicia con el desempeño de cargos públicos o con la pertenencia a Partidos políticos o a sindicatos" (188).

Según Lopez rodó el art. 119.1 debería quedar de la siguiente manera:

"Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo no podrán desempeñar cargos públicos ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos" (189)

Las asociaciones profesionales, al no prohibirse expresamente, se entendían legítimas. El problema estaría, como puede fácilmente evidenciarse, en que silenciando tal posibilidad se legitima cualquier forma o tipo de asociación, profesional o no, y este era otro temor latente.

Roca Junyent intervendría defendiendo la posibilidad de pertenecer tanto a asociaciones profesionales y sindicatos como a partidos políticos, -aunque prohibiéndoseles desempeñar cargos públicos y actuar públicamente como miembros de un partido políticos-, considerará en consecuencia el artículo 119 en su estado de redacción como "impropio, improcedente e incluso con términos no de todo punto aceptables para las propias carreras judiciales... (sin) correlación con las corrientes más modernas que se están introduciendo en este sentido en el derecho Judicial europeo" (190)

El diputado socialista Sr. Castellano al tomar la palabra fue más nítido aún: "Es evidente que tiene que ser compartida por todos los miembros de esta Comisión la búsqueda de la mayor independencia judicial, pero no podemos jamás confundir la independencia de la función

judicial con la apoliticidad de las personas, que sería absolutamente ilusorio tratar de convertir en mero formalismo. Es más, la redacción que se da al art. 119 so pretexto de buscar la protección y la confianza de todos y cada uno de los ciudadanos llamados a la alta función de administrar justicia, siembra la más absoluta de las suspicacias, dejando por sentado que la pertenencia a un partido político y la asunción de un ideario va a llevar inequívocamente a una posible parcialidad (...) la independencia judicial no viene jamás ni por la represión ideológica ni por la discriminación política, sino que tiene que venir por el uso de los recursos que las leyes establecen en una sentencia motivada que se publica y conoce por todos los ciudadanos. Sentar el principio de impedir pertenecer a un partido político es llevar a los miembros de la carrera judicial a una discriminación incompatible categóricamente con lo aprobado ya en los artículos 13 (que corresponde en la actualidad con el 14) y 15 (el 16) de esta propia Constitución, que incluso prohíben cualquier investigación sobre la ideología o creencia de cualquier ciudadano y se daría la paradoja (todo contraria al periodo político anterior) de que para pertenecer a esas carreras tuvieran que hacer, valga la expresión, una declaración falsa en cuanto a sus convicciones o una apostasia de aquello que llevan en lo más profundo de su ser (...) A nadie se le va a prohibir ser miembro de un ideario; conservador o progresista, lo único que se hace es querer favorecer una determinada "clandestinitis" con posibles adscripciones secretas a grupos políticos..." (191).

Efectivamente, el problema de la "peculiar politización" es lo que nuevamente se deja sentir. Andrés Ibañez y Movilla Alvarez (192) nos lo recuerdan, al afirmar que en el fondo, no es la política lo que se intenta prohibir a los jueces, ni su "politización" lo que se ha tratado de evitar, sino más bien el pluralismo político, la posible adscripción de los administradores de la justicia a otras opciones que no sean las dominantes.

Y son estos mismos autores más explícitos cuando afirman: "Por eso, cuando como ocurrió en la elaboración de la Constitución de 1978 se ponen barreras a la proyección cívica del juez, se hace buscando no ciertamente su neutralidad política, sino sencillamente conservarle donde ya está, evitar su posible desplazamiento" (193).

Ahí está el interés de las distintas fuerzas políticas operantes en el debate constitucional. Politicidad (de nuevo cuño) no. El Juez queda como estaba, con o sin inclinación política determinada (es decir unos "restos" del franquismo, y otros "neutros"). Por contra, aceptar, -pensaban- la posible politicidad, significaba quebrar esa supuesta hegemonía ideológica de la Magistratura, lo que no sin razón temían pues el nacimiento de movimientos ideológicos dentro de la misma, según sabemos, fue una realidad. Justicia democrática nos puede servir como ejemplo.

En realidad como señalan los mismos autores (194), los derechos políticos de los Jueces y Magistrados, así como Fiscales, se vieron recortados en un aspecto fundamental. El contrasentido que late en el texto constitucional cuando prohíbe a los jueces afiliarse a partidos, después de haber aceptado previamente que estos, según el art. 6 expresan el pluralismo político, que a su vez se erige como uno de los valores superiores del ordenamiento en virtud del art. 1.1, creemos que es suficientemente expresivo, y habrá que tenerlo en cuenta en el momento de interpretar el actual artículo 127.1 que tratamos. Por eso y ampliando aún más estos aspectos, el artículo 395 de la L.O.P.J. puede decirse que se extrema en su afán de prohibición, pues no conforme con lo preceptuado en el texto constitucional la extiende incluso al hecho de prohibirles a los Jueces y Magistrados "tener empleo al servicio de los mismos" (partidos y sindicatos), además de las prohibiciones explícitas de los párrafos 1º y 2º de dicho artículo. Verdaderamente es forzar las cosas demasiado. La prohibición de militancia es un hecho, el temor de Targetti cobra sentido en esta situación: "¿Sería lícita la indagación sobre la naturaleza del compromiso ideológico de un Magistrado eventualmente sospecho de militancia o sindicación? (195). El C.G.P.J. tiene la palabra.

Nos hemos apartado de la ruta constituyente, pero creemos que ha valido la pena. Siguiéndola ahora y abreviándola notemos que las

las siguientes intervenciones fueron numerosas en ambos sentidos, aunque quizás con el buen criterio que lo hacen los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela (196), sea conveniente referirnos sobre todo a la posición de aquellos diputados que defendieron la solución finalmente adoptada.

Gil-Albert (U.C.D.), pensará que el tema afecta más que nada a la confianza de los justiciables y es de carácter psicológico. Dirá en concreto: "No se trata del Juez. Se trata de los justiciables (...) El problema donde realmente se suscita es por el prestigio y la naturaleza de su función por lo que tiene de singular y de relevante proyección social, por el efecto psicológico que puede producir, y que de hecho produce, al saber de antemano que quien tiene que juzgar participa y comparte públicamente unos postulados políticos determinados. Es decir, se trata de un cometido trascendente que requiere primordialmente ecuanimidad e independencia. Y este concepto tiene más de proyección exterior que de proyección interna".(197).

En el fondo parece que lo que ya se trasluce para prohibir la militancia política o sindical, no es una desconfianza hacia los partidos sino una especie de protección al pueblo, pero lo curioso es que en la discusión de otros artículos se quiere defender al pueblo de sí mismo, como ocurrió en la discusión (que más adelante tratare-

mos) del artículo 117 del texto de la ponencia (198).

Es en este momento constituyente, cuando Roca Junyent mediante enmienda "in voce" propone el inciso de, "...La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales", (199) lo que se aceptó por la Comisión aprobándose en ese momento el texto que sería definitivo (200), (aunque por supuesto con intentos de modificarlo en el sentido de pertenecer a Partidos y Sindicatos) (201), con la única modificación gramatical introducida en el Senado de añadir el adjetivo "otros" delante del sustantivo "cargos", pues según el Senador Villar Arregui (y con toda razón), tal como estaba el precepto era imposible de cumplimiento, porque "es evidente que los Jueces y Magistrados que se hallan en activo ejercen o desempeñan cargos públicos" (102)

Posteriormente, en el mismo Senado, el Señor Angulo Montes, en turno en contra de la intervención de Martín-Retortillo que defendía la posibilidad de pertenecer los miembros de la carrera Judicial a partidos políticos y sindicatos, recordará las razones ya aducidas en la comisión de Constitución del Senado, en el sentido de que se trata, (para no aceptar las enmiendas), de no politizar la justicia y velar por la independencia del Poder judicial respecto a los otros poderes políticos (203).

El Señor Angulo Montes daba por seguro, (reiteradamente), que partido político y poder es una misma cosa. En todo caso si se daría la independencia de un juez a causa de su afiliación a un partido político no se daría la independencia de la organización judicial, del Poder Judicial, sino de ese juez en concreto, la independencia del Poder Judicial se dañaría si todos los miembros de la carrera judicial se afiliaran en bloque a un determinado partido político y siguieran sus directrices ideológico-prácticas.

Y puestos como estamos con debates parlamentarios, los referidos a estos planos en la L.O.P.J. podrán igualmente sernos relevantes.

La Ley, en preceptos diferentes distinguirá entre la cuestión de la militancia política, en el mencionado art. 395 y el régimen de asociación profesional, art. 401.

El art. 418 del Proyecto original del hoy art. 395 se puede decir que no sufrió alteración alguna. Era un artículo plenamente definido. Aquí ocho años después de la aprobación de la Constitución, todos prácticamente están de acuerdo (incluso los que entonces propugnaron otras soluciones). Las dos únicas enmiendas que se presentarán a dicho artículo, (la nº 586 de Minoría Catalana y la 1.106 del Grupo Popular) se dirigirán a meros retoques de la redacción por razón de estilo que serán admitidos por la Ponencia (204). Más compleja será la situación respecto del art. 424 (original del art. 401), en concreto su

número 2 que disponía (y dispone) "...No podrán llevar a cabo (las Asociaciones profesionales de jueces y Magistrados) actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos" (205), llevádo, como se evidencia la prohibición del mandato constitucional del art.127 aún más lejos. Pues bien, el diputado Juan María Bandrés presentará la enmienda nº 48 en el sentido de suprimir dicho inciso por tratarse de una prohibición ambigua e incoercible, pues, actividades políticas son también lícitas encaminadas al servicio de la Justicia en general (206). Luego en la defensa de la misma en la Comisión del Congreso, después de plantear que tal disposición podría llevar a interpretar que los jueces no podrán votar, porque ello es una actividad política se pregunta por, ¿que significa tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos?. Distinguiendo entre vinculaciones familiares, afectivas, de simpatía, e ideológicas, frente a otras formales que son las que realmente se pretenden prohibir, y así lo hace la propia Constitución, se preguntará por, ¿cómo se impide, evita y castiga aquella vinculación ideal que puede tener un Juez con un sindicato o partido político?.

Evidentemente esas vinculaciones, ni se podrán evitar, ni además castigar, por esa razón entiende Bandrés que es una tontería plantear una prohibición que resulta "ambigua e incoercible" (207).

Barrero López (Grupo socialista), manifestará estar de acuerdo con el espíritu de lo planteado por Bandrés e invita a todos los Gru-

pos a presentar una enmienda transaccional para ajustar el párrafo 2º del art. 424 al espíritu de la Constitución en su art. 127 (208). El Dictamen de la comisión no solucionó el tema (209) como tampoco el Pleno del Congreso (210).

En el Senado, el grupo socialista únicamente presentará enmienda al art. 401 (hoy 393) para introducir una "coma" como mejora de redacción (211). Todo quedará pues como estaba, y nadie presentó la transaccional al párrafo 2º del art. 407 (la numeración cardinal del art. 424, iba ya por ahí) para evitar que dicho precepto fuese aún más lejos que la propia Constitución, los que un día pedían la militancia política para los Jueces y Magistrados, ocho años después extremaban esta limitación.

En cuanto al régimen de Asociación profesional, el debate parlamentario se inclinó hacia un problema de segundo grado, pues todas las propuestas y enmiendas se dirigirían a evitar que fueran excluidos del asociacionismo, los Jueces y Magistrados en situación de Jubilados (aprovechándose igualmente el momento para protestar por la rebaja de la edad de jubilación a 65 años cuando por otro lado se planteaba la escasez de personal judicial) (212), argumentándose que ni en los partidos políticos ni en otras organizaciones de agrupación profesional, se impide pertenecer a jubilados o excedentes (213).

La respuesta para Barrero Lopez era bien sencilla: cuando un Juez se jubila (al menos para el Grupo Socialista), ha perdido la condición esencial de Juez y Magistrado, ha perdido la función jurisdiccional, ha perdido los intereses profesionales que en activo tenía (214).

Esta fue en resumen la situación parlamentaria referida a la militancia política y régimen de asociación profesional de Jueces y Magistrados. Si el debate en las Constituyentes se caracterizó por su ardor y fervor, respecto a los de la L.O.P.J., pocas novedades pueden mencionarse salvo la tendencia a la radicalización de unas actitudes políticas que en el pasado (no tan lejano) no lo fueron, y a conformarse otras, con posiciones que igualmente antes enconadamente no aceptaban.

En fin, queda para terminar una cuestión fácil de solucionar con las consideraciones políticas que ya conocemos. Se trata de estudiar en términos de Derecho positivo el problema del asociacionismo judicial.

Para Andrés Ibañez y Movilla Alvarez, "el régimen asociativo-profesional de la magistratura fue en su momento inicial objeto de un tratamiento limitador y reductivo, expresión de una inaceptable interpretación extensiva del precepto constitucional". (215) La Disposición Adicional Segunda de la fenecida Ley Orgánica del C.G.P.J., regulaba la materia. Actualmente es el art. 401 de la

de la L.O.P.J. de 1985 el encargado de reconocer y regular el "derecho de libre asociación de Jueces y Magistrados", de acuerdo con las siguientes reglas:

1ª. Las asociaciones de Jueces y Magistrados tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

2ª. Podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos.

3ª. Las asociaciones de Jueces y magistrados deberán tener ámbito nacional, sin perjuicio de la existencia de secciones cuyo ámbito coincida con el de un Tribunal Superior de Justicia.

4ª. Los jueces y magistrados podrán libremente asociarse o no a asociaciones profesionales.

5ª. Sólo podrán formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de Jueces y Magistrados en servicio activo. Ningún Juez o Magistrado podrá estar afiliado a más de una asociación profesional.

6ª. Las asociaciones profesionales quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el Registro que será llevado al efecto por el Consejo general del Poder Judicial. La inscripción se practicará a solicitud de cualquiera de los promotores, a la que se acompañará el texto de los Estatutos y una relación de afiliados.

Sólo podrá denegarse la inscripción cuando la asociación o sus estatutos no se ajustaren a los requisitos legalmente exigidos.

7ª. Los Estatutos deberán expresar, como mínimo, las siguientes menciones:

- a) Nombre de la Asociación
- b) Fines específicos.
- c) Organización y representación de la Asociación. su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.
- d) Régimen de afiliación.
- e) Medios económicos y régimen de cuotas.
- f) Formas de elegirse los cargos directivos de la asociación.

8ª. La suspensión o disolución de las Asociaciones profesionales quedará sometida al régimen establecido para el derecho de asociación en general.

9ª. serán de aplicación supletoria las normas reguladoras del Derecho de asociación en general".

En suma nos encontramos con una especie de "collage" entre la regulación derogada (216) y el régimen general del Derecho de asociación, pero que por encima de todo, nuevamente incurre, como destacan Ibañez y Movilla, en el "desarrollo ampliatorio de la disposición odiosa del art. 127, sin duda con idéntica finalidad de mantener la separación y el autoaislamiento de los jueces en su rol. Con la curiosa particularidad de que más que hacer efectiva en la Ley la prohibición de sindicación recogida en la norma fundamental, se impulsa a los Jueces al ejercicio de esa forma degradada de sindicalismo que es el asociacionismo corporativo sin otro horizonte que el de las cuestiones domésticas o de carrera" (217).

Pero no todos los problemas han sido resueltos. Al margen de posibles lagunas, falta de previsiones, etc, hay uno, ya adelantado por Fernandez Farreres (218) respecto de la L.O.C.G.P.J., que bien puede presentarse en este momento. Se trata en concreto de plantearse la acomodación del derecho de asociación profesional de Jueces y Magistrados, al régimen general de asociación previsto en la propia Constitución. O con otras palabras, conocer la relación entre el derecho de Asociación contemplado en el art. 22 de la Constitución y las

asociaciones previstas en el art. 127.1.

Para Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela, siguiendo a Farrares, se trata en concreto de conocer si estamos ante una asociación profesional, duda que inicialmente venía inducida por los propios debates parlamentarios sobre la L.O.C.G.P.J., donde Coalición Democrática a través de su diputado De la Vallina puntualizó que:

"El artículo 127 de la Constitución prohíbe el asociacionismo político y sindical a los jueces y magistrados para limitar esa asociación exclusivamente al ámbito profesional (...) si la asociación que estamos considerando tiene que moverse en el ámbito puramente profesional, si a través de esta figura no se trata de introducir solapadamente lo que queda prohibido por mandato de la Constitución, entendiéndose que la asociación debe ser única (...). Dado que existe un común interés inicial entre los llamados a ser miembros de la asociación, ésta (...) debe ser única, como única es la fórmula bien conocida, de los colegios profesionales" (219).

Entonces, ¿donde ubicamos este derecho de asociación profesional de Jueces y Magistrados? ¿en el art. 22 o en el 36?. Por supuesto de las palabras de De la Vallina no hay dudas de que la segunda posición es la adecuada, posición que además ha sido mantenida por Lopez Nieto, en uno de los pocos trabajos publicados sobre el Derecho de Asocia-

ción (220), argumentando que, al no poder tratarse la asociación profesional, por prohibición expresa, de un sindicato y por analogía con otras asociaciones profesionales, y por la propia naturaleza de las mismas, habrá de ser necesariamente una Corporación pública, interpretación de todo punto rechazada por Farreres, quien estima su ligazón al artículo 22 como contenido mínimo y esencial por varias razones, que son bien resumidas por los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela quienes a la vez aportan las suyas:

" a) No concurre en este caso la obligatoriedad de colegiarse para ejercer la profesión;

b) No parece acomodarse al carácter de la función jurisdiccional de Jueces y magistrados;

c) El paralelismo existente con el caso de los partidos políticos en donde la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha estimado que, por tratarse de una forma particular de asociación, no están excluidas del ámbito del artículo 22 (Sentencia 2, febrero, 1981)

d) (A la manera de ver de los citados autores, se añadirá) los principios implícitos o inherentes del ordenamiento constitucional como refuerzo de la mencionada interpretación" (221).

e) (Y a lo que nosotros añadimos) las reglas 8ª y 9ª del artículo 401 de la L.O.P.J. de 1985, que remiten directamente al régimen

establecido para el derecho de asociación en general para la suspensión o disolución de las Asociaciones profesionales, e indirectamente, dichas normas se entenderán de aplicación supletoria.

Así pues, estos últimos aspectos, -inscripción, denegación de la misma, recursos al respecto, suspensión y disolución-, que tan parcamente quedaban regulados en la Disposición Adicional segunda y su complemento, la Transitoria undécima de la Ley 1/1980 del C.G.P.J. han sufrido una mayor precisión y garantía legal a la vez que, como se ha observado, el apoyo de esas reglas, (8ª y 9ª) despejan toda duda sobre la vinculación directa del artículo 127.1 al régimen general de asociación dispuesto por el artículo 22 de la propia Constitución.

En resumen, partiendo del párrafo 1 del art. 127, no tenemos más remedio que preguntarnos donde han querido ir nuestros parlamentarios con las prohibiciones reflejadas en el mismo. La respuesta a este interrogante vendrá dada en parte en el capítulo final de la tesis, por la respuesta que a este problema formula la propia Magistratura. Pero destaquemos, que en Derecho Constitucional Comparado, no es corriente que se recojan las aludidas prohibiciones. La prohibición expresa de militancia política no aparece, lo más, como en el art. 104 de la Constitución italiana, se recogerán las incompatibilidades de los miembros del Consejo Superior de la Magistratura: "... Mientras de-

sempeñen su cargo no podrán ejercer su profesión ni pertenecer al Parlamento o a un Consejo Regional".

Por su parte el art. 94 de la Ley Fundamental de Bonn hace referencia a incompatibilidades de los Jueces que componen la Corte Constitucional Federal que "No podrán pertenecer ni al Parlamento Federal ni al Consejo Federal ni al Gobierno Federal ni a los organismos correspondientes de un Estado". El art. 222 de la Ley portuguesa sencillamente mandará que, "1. Los Jueces en activo no podrán desempeñar ninguna otra función pública o privada retribuida".

¿Qué podemos concluir en definitiva?

En primer lugar nos parece curioso el hecho sintomático de que nuestros constituyentes se aparten totalmente del Derecho Comparado Continental en este aspecto, en donde nada suele disponerse al respecto. Entonces ¿por qué nuestra Constitución limita expresamente la militancia política y sindical de Jueces y Magistrados. Y más aún, la L.O.P.J., lleva la prohibición (a través de las Asociaciones) al prohibir cualquier tipo de vinculación con partidos políticos o sindicatos?.

Creemos que lo que late en esta situación, desgraciadamente, es aún la presencia de unas efervescencias heredadas del tópico fran-

quista de concebir lo político como algo malo y deshonesto, algo de lo que hay que desconfiar.

Esa parece la conclusión que se obtiene de los debates parlamentarios. Se quería configurar un Juez, obviamente superador del modelo franquista. Ante todo había que apartarlo totalmente de todo centro político o sindical. Las opciones conservadoras, (curiosamente aquellas mismas que el periodo anterior nada objetaban) negarían abiertamente cualquier militancia (¿para evitar el peligro de otra contrapolitización como antaño ocurrió?). Los progresistas no prohibían esta aunque aceptaban las prohibiciones de actuaciones públicas de los Jueces y Magistrados como miembros de partidos (también, curiosamente, estas opciones, en 1985 radicalizarán las posturas conservadoras).

En los momentos constituyentes se afirmó por el Ministro de Justicia Landelino Lavilla Alsina, que había que preservar a los juzgadores de toda actividad o vinculación que pueda presionar su conciencia e incluso deteriorar simplemente su independencia. Ante tal afirmación nosotros preguntamos, (y no solo a Lavilla Alsina, sino también a los autores de la vigente L.O.P.J.):

Primero: ¿Lo que realmente presiona a la conciencia del juzgador es el hecho formal de la militancia?. La respuesta es obvia. Por lo

demás el argumento de la significación que para el justiciable tiene el hecho de que quien tenga que juzgarlo participa en una opción política lejos de justificar una posición lo que hace es agravarlo.

Segundo; por esta misma composición ¿no podría ocurrir algo similar con los criterios religiosos?, ¿es que estos igualmente no pueden influir esa consciencia juzgadora? No queremos citar ejemplos, pero vaya uno. ¿Qué podría pensar un justiciable, divorciado varias veces, si su juzgador es un estricto católico, que pertenece a una determinada asociación religiosa?.

En resumen, cuando se intenta justificar estas prohibiciones en el hecho de que con ello se protege al pueblo, caen por su propio peso. Cuando se ponen estas barreras a la proyección cívica del Juez, ciertamente no se busca su neutralidad política, sino sencillamente conservarle donde ya está, y ello como mai menor. proyectarlo cívicamente conlleva el peligro de una ruptura de la (supuesta) hegemonía ideológica de la Magistratura, por ello, ante tal peligro, más vale dejar las cosas "supuestamente" inertes, y mantener la neutralidad (repetiremos) del Juez, no exponiéndolo a las presiones externas de los partidos políticos, (y aquí también preguntaríamos, ¿pero es que las presiones corporativas no afectan igualmente a esa neutralidad, en suma a la independencia judicial?). De lo que no cabe duda es que también hay que contar con las presiones internas que un juzgador,

incluso inconscientemente, por razones políticas, (sin necesidad de afiliación) o religiosas, pueda tener.

Finalizamos con un ejemplo que utilizó Bandrés en los debates a la L.O.P.J., y que es ilustrativo a este respecto. Diría Bandrés en aquella ocasión:

" Yo pongo ahora un ejemplo concreto un ejemplo ideal que, por supuesto, no se aproxima en nada a la realidad. Supongamos que un señor Juez o Magistrado se presenta como candidato a Diputado por alianza Popular, por ejemplo. Se le admite en las listas electorales, tiene la suerte de ser elegido por el pueblo y pasa aquí se supone que cuatro años de Diputado; pero lo hace tan mal que al final, su partido no lo quiere presentar a la reelección y, entonces, al terminar el mandato, vuelve de nuevo a su antigua categoría de Juez... ¿Es que alguien puede pensar que ese hombre ha dejado de pertenecer ideológicamente, mentalmente, internamente al partido político...? (222).

Lo cierto es que a veces, las ficciones no son tan irreales, y nos estamos acordando del candidato Sainz de Robles en las pasadas elecciones Generales (entre otros muchos ejemplos posibles aunque no tan significativos).

Concluamos con el tema del asociacionismo judicial. El debate se centra fundamentalmente respecto a la naturaleza jurídica de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados, y sobre la conveniencia o no de una pluralidad de las mismas. Con el derecho de libre asociación que recoge la Constitución (art. 127.1) y la L.O.P.J., art 401 se pretende:

a) La creación de unas instituciones, totalmente separadas de cualquier actividad o vinculación con partidos políticos o sindicatos y con el único fin de defender los intereses profesionales de sus miembros, y realizar actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general.

b) Se plantea el problema de su acomodación al régimen general de asociacionismo previsto en el art. 22 de la Constitución, o incluso relacionarlo con el régimen jurídico previsto en el art. 36 C.E. sobre los Colegios Profesionales.

En este caso, las posiciones doctrinales, así como los propios debates constituyentes han sido contradictorios. Será la propia Ley, constitucional y orgánica, la que resuelva este conflicto. Como Farreres manifiesta, el derecho de Asociación profesional de Jueces y Magistrados encaja perfectamente en el art. 22 de la C.E., sencillamente porque: a) no concurre en este caso la obligatoriedad de cole-

giarse para ejercer la profesión; b) la directa remisión que la propia L.O.P.J., art. 401, reglas 8ª y 9ª hacen al régimen de asociación general establecido en el art. 22 de la C.E. y

c) Respecto a la eventual unicidad o pluralidad de asociaciones, la L.O.P.J. de 1935 es expresamente clara. El art. 401 se refiere a estas siempre en plural siendo significativo a este respecto su regla 4ª: "los Jueces y Magistrados podrán libremente asociarse o no a asociaciones profesionales".

También en estos extremos los datos empíricos que en el capítulo final se ofrecen presentan perspectivas que consideramos de interés

II.2.6: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL PODER JUDICIAL
SON RESPONSABLES

Sabemos yá que el Poder Judicial se conforma, por un lado, como órgano de Estado y, por otro, como una colectividad de organos personales encargados de ejercer las funciones que se le encomiendan a aquel. Todo debe estar sometido a la comunidad, al pueblo. No puede existir separación entre el Poder Judicial (en sentido amplio) y el pueblo, puesto que en este reside la soberanía. (Artº 1.2 C.E.). Luego, (223) "entre pueblo y poder Judicial debe existir una relación que, aún no siendo siempre electiva, comporta en todo caso la influencia de las indicaciones provenientes de la comunidad sobre la orientación que debe adoptar ese organo" (como poder y como suma de individualidades), cuyas manifestaciones (manifestación de esa relación) pueden ser diversas: subordinación del Juez a la Ley (que ya engloba todo); participación popular en la justicia; vinculación entre órganos judiciales y órganos representativos (como el C.G.P.J.), y la posibilidad de exigir responsabilidad por la actividad jurisdiccional.

Efectivamente, el juez, en el momento del fallo, se siente responsable del funcionamiento de la justicia (Sainz de Robles) (224). Pero, ¿que tipo de responsabilidad se le puede exigir al juez?. Inicialmente, conviene determinar que se entiende por responsabilidad judicial.

Scarpelli entiende la responsabilidad judicial como "la exposición (del magistrado) a sanciones negativas institucionalizadas en relación a ciertos comportamientos (cuyo uso se da) no solamente en función reparatoria, no sólo en función resarcitoria, sino -y debería decir quizás primariamente-, en función de control del comportamiento del magistrado, con vistas a incidir preventivamente sobre el mismo, poniendo ante sus ojos el espectro de consecuencias negativas". (225)

Definición más que amplia donde se incide primordialmente sobre la prevención de posibles conductas irresponsables y donde el criterio de disciplina mucho tiene que ver en la fundamentación de la misma. (226)

Tradicionalmente, como han puesto de relieve Nicola y Picardi, "las diversas maneras históricas de entender el derecho han dado lugar a formas perfectamente diferenciadas de concebir el papel del juez y por ende la responsabilidad. De manera que no es casual que el paso de la responsabilidad profesional a la disciplinaria se produjera progresivamente a partir del siglo XVI en conexión con la afirmación del Estado absoluto, y la burocratización del poder judicial". (227)

Entre nosotros, sin necesidad de remontarnos a su desarrollo en nuestro constitucionalismo (228), Sabino Alvarez Gendin (229) en-

tiende que la responsabilidad de los jueces y magistrados puede ser: A) disciplinaria; B) Penal y C) Civil, sistema que parece adoptar la Constitución, máxime si contemplamos el artº 16.1 de la L.O.P.J. de 1985, que dirá:

"Los Jueces y Magistrados responderán Penal y Civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley".

Efectivamente, así es, pero obviamente esto no es tan sencillo. Para entender el sistema español de responsabilidad judicial (230), ha escrito Almagro Nosete que "han de tenerse en cuenta dos líneas evolutivas, con rasgos propios, que explican, de un lado, su relativa autoctonía; de otro, la vigorosa potencialidad que encierra el precepto constitucional directamente aplicable, pleno de soluciones vanguardistas.

La primera línea se refiere a la supervivencia de un sistema de responsabilidad civil personal del Juez (junto a la responsabilidad penal y disciplinaria) por culpa lata, con raíces medievales que difiere de los correlativos sistemas europeos, basados en una denominada inmunidad especial (limitan la responsabilidad a los casos de dolo), (...).

La segunda línea conecta con el desarrollo espectacular de una ordenación sobre responsabilidad civil del Estado por actos lesivos de la Administración o de los funcionarios que la representan .." (231)

Con carácter general, el artículo 9.3 de la Constitución dispone que:

"La Constitución garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos",

afirmación general que en nuestro caso encuentra su desarrollo constitucional en los artículos 117.1, donde se declara que "los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial son responsables", y en el artº 121, que garantiza a los justiciables el derecho a una indemnización a cargo del Estado por "los daños causados por error judicial, o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia", materia esta novedosa que rebaza las aspiraciones de la doctrina y las previsiones anteriores, superándose en cuanto a extensión y garantías para los administrados a otros modelos jurídicos foráneos. (232)

Pero no todo queda aquí. Según el artículo 117.1, los Jueces y Magistrados son responsables, pero ¿ante quien?, El texto constitucional nada dice al respecto, pero se infiere que si "la justicia emana del pueblo", ante este deben responder, y en concreto ante los

justiciables, como hemos visto, penal, civil y disciplinariamente. Pero para complicar las cosas, recordemos con Martines, (233) que en un sistema de soberanía popular, la responsabilidad política es un tema presente.

En efecto, al juez, no se le puede considerar como una "subsumtion maschine" sino como órgano de "indirizzo político" (López Garrido), (234) aunque es evidente, (Sainz de Robles) (235) que la profesionalización del juez, (con su falta de representatividad en la elección) y la inamovilidad que debe proteger su independencia, excluye de suyo la responsabilidad política, acentuando la civil, penal y disciplinaria, pues se trata de responsabilidades por actos u omisiones concretas, o por conductas pero siempre "imputables a funcionarios y no a la organización en que se integran, de la que depende, fundamentalmente, la carrera administrativa de aquellos y nada más (236).

En suma, la doctrina mayoritariamente excluye, por un lado la responsabilidad política de Jueces y Magistrados, que en puridad significaría la libre promoción al cargo y la libre remoción del mismo, lo que evidentemente se riñe con el principio de inamovilidad, aunque hay autores, como Volpe, que encuentran medios para poder llevar a cabo dicha responsabilidad. La opinión pública, las asociaciones de ciudadanos y la acción de los Tribunales Constitucionales, en espe-

cial en la resolución de los recursos de amparo (Verfassunbeschwerde) podrían ser los ejemplos. (237)

Pero por otro lado también suele excluirse dicha responsabilidad política de su Consejo de Gobierno. Cuando el artº 119.1 de la L.O. P.J., solo viene a decir que los miembros del CGPJ..son responsables Civil y Penalmente en los mismos términos que el T.S. Luego si la Constitución silencia este tema igual que lo hace la L.O.P.J.. Más aún, ¿no puede verse una muestra de responsabilidad política del Consejo cuando su artículo 109 dispone como obligación del mismo elevar anualmente una memoria a las Cortes Generales (es decir, a ambas Cámaras) sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo como de los propios Juzgados y Tribunales de Justicia y que la misma podrá debatirse, reclamando, en su caso, la comparecencia del Presidente del Consejo, y pudiendo dar lugar a la presentación de mociones, preguntas de obligada contestación y en general, adoptar cuantas medidas prevean los Reglamentos de dichas Cámaras?. Creemos sinceramente que esto es una forma de control político, al que hay que responder.

Pero el tema es bien complejo al que Mosquera intenta poner orden. (238) Para este autor, el único responsable, incluso políticamente del ejercicio del Poder Judicial debe ser cada Juez o cada colegiado sentenciador, puesto que actúan, o deben hacerlo, con exclusiva sumisión al imperio de la Ley y garantizados en su independencia,

luego hacer responsable de sus actos a otra persona u organismo (lo que parece desprenderse como hemos observado en el artº 109 LOPJ) pugnaría, con el principio de independencia y representaría un implícito reconocimiento de que tal persona u organismo habría podido intervenir en la resolución o sentencia judicial.

La conclusión es que evidentemente, resulta impensable que el C.G.P.J. pueda ser responsable políticamente del funcionamiento del Poder Judicial, es decir, de la función de administrar justicia, dado -dirá-, que "esta responsabilidad solamente podría ser exigida a cada Juez en particular", aparte que, -continuará-, "la articulación de la responsabilidad del Consejo tendría que traducirse en un poder de disolución del mismo por parte del Rey o, en su caso, del Parlamento, que habría necesitado de una expresa norma constitucional, puesto que ello se traduciría, en último termino en la remoción de un órgano constitucional, cual es el Presidente del Tribunal Supremo, por ser también ... Presidente del Consejo. Cuestión distinta es la de si el Consejo General ha de responder políticamente de su propia función, o mejor, del ejercicio de la función de gobierno sobre el Poder Judicial que tiene atribuida ello sería el colofón normal en el marco del sistema democrático". (239)

Sin embargo -razonará Mosquera-, los problemas se mantienen en este supuesto, pues la propia Constitución no suministra suficiente

base para articular la responsabilidad política del Consejo por el ejercicio de sus propias funciones, sino todo lo contrario, consagra la del Ministro de Justicia e incluso la del Presidente del Gobierno, por ser a ellos a quien se encomienda el refrendo de los actos del Rey en esta materia. Al Rey corresponde nombrar los vocales del Consejo (artº 122.3 CE) así como a su Presidente. El Rey es inviolable y no está sujeto a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma prevista en el artº 64, siendo responsables las personas que los refrenden (artº 65.2 CE).

El tema evidentemente no aparece claro, y, hemos buscado en los debates parlamentarios y nos hemos encontrado un absoluto baldío en las Constituyentes. En los debates en torno al artº 4 de la L.O.C.G. P.J. ya fenecida, que introducía la obligación de presentar la Memoria Anual, poco más vamos a encontrar. Sobre información se discutirá, nunca sobre responsabilidad. (240) Y en lo que respecta a la nueva L.O.P.J., aquí los debates fueron acercándose al tema en cuestión cuando Bandrés Mulet pedía un tratamiento del CGPJ., similar al del Gobierno en la Comisión del Congreso al proponer la adición de un nuevo párrafo al artº 121 (hoy 109) que diría, "Las Cortes Generales podrán, además, formular mociones de censura política sobre la actuación del Consejo. Si fueran aprobadas por mayoría de tres quintas partes en ambas Cámaras, el Consejo General, a través de su presidente, deberá convocar elecciones anticipadas dentro del mes siguiente

a la aprobación de tal moción de censura para la renovación total de sus miembros". (241)

Remataría Bandrés Molet su intervención diciendo que no debería sentirse incomodo el Poder Judicial si se le trata como al Poder - Ejecutivo, y no lo debe cuando este reproche surge del pueblo a través de sus legítimos representantes, y pedirle cuentas al órgano del Poder Judicial no es menoscabar su independencia. Porque irresponsable lo es, sólo el Rey. Esto sería un elemento definitivo y absoluto democratizador del Poder Judicial que tan necesitado está de ello. (242)

Ahi acabó toda la historia, habia un problema central que discutir (que en su momento veremos); el nuevo sistema de designación de los miembros del CGPJ, que desplazaría en atención temas tan importantes como este.

Nos queda opinar, y creemos, aunque nuestra postura pueda parecer cómoda, por un lado, que los Jueces y Magistrados en absoluto según nuestro ordenamiento jurídico son responsables políticamente (ni siquiera indirectamente) para ello haría falta una aceptación expresa de la misma como ocurre en Alemania Federal a partir del artº 98.2 de su Ley Fundamental, que admite la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, a instancia del Parlamento Federal y por mayoría de dos tercios, traslade a otro cargo o jubile, e incluso destituya,

(si hay intencionalidad) a todo Juez que infrinja los principios de la Constitución o el orden constitucional de un Estado.

Las democracias socialistas populares son más directas, sometiendo la labor de los Jueces ante la Asamblea Popular a la que se reconocerá potestad para revocar sus nombramientos. (243)

Por otro lado, y respecto del Consejo General del Poder Judicial encontramos una "semiresponsabilidad" política, que se deduce a partir de la obligación de presentar la Memoria anual al Parlamento, que se puede acompañar de la comparecencia de su presidente y la presentación de mociones y preguntas de obligada contestación, además de otras medidas que el Parlamento puede adoptar, y citemos por ejemplo el nombramiento de Comisiones de Investigación a que hace referencia los artículos 52 y 59 de los Reglamentos del Congreso y Senado respectivamente.

Bien, tratados sumariamente los aspectos que hacen referencia a la responsabilidad política tanto de Jueces y Magistrados, como de la institución judicial en su conjunto, pasemos a estudiar los aspectos concretos de los tipos de responsabilidad que directamente son reconocidos por el texto constitucional y leyes que los desarrollan, aunque antes que nada convendría y ello a efectos de una mejor comprensión de los extremos que a continuación vamos a exponer, pre-

cisar con Solchaga Loitegui, que, "El estudio de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la Administración de Justicia debe partir de su encuadramiento en una teoría general de la responsabilidad de los Poderes Públicos. Y es que la caracterización del Estado Social de Derecho supone, no sólo la sumisión de los Poderes Públicos al ordenamiento jurídico que inspira y encabeza la Constitución, sino también, y como consecuencia de ello, la aceptación del principio formal de responsabilidad de los mismos. Y así lo han visto nuestros constituyentes cuando tras proclamar en el artículo 1º de la Constitución que España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho se preocupa de afirmar, en el artículo 9º de dicho texto, que la Constitución garantiza la responsabilidad de los Poderes Públicos" (244).

II.2.6.A: RESPONSABILIDAD PENAL DE JUECES Y MAGISTRADOS

En síntesis, por medio de la responsabilidad criminal, responden los jueces y magistrados ante la sociedad (concretándose en los justiciables) de los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Así es; los jueces, por un lado, pueden infringir la normas penales en su condición de ciudadanos, por otro lo pueden hacer en el ejercicio de su función profesional. El primer caso, por supuesto, escapa a nuestro interés. El segundo es el contemplado en el artº 405 de la L.O.P.J. de 1985 cuando afirma que:

"La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados por delitos o faltas, cometidas en el ejercicio de las funciones de su cargo se exigirá conforme a lo dispuesto en esta ley".

Este tipo de responsabilidad se origina por tanto, cuando el Juez realiza en el ejercicio de sus funciones una conducta tipificada como delito o falta en la que concurren todos los elementos mencionados en el artículo 1 del Código Penal (245), lo que por supuesto, puede dar lugar a la imposición de una pena.(246)

¿Se innova algo en este aspecto?. Bien poco a nuestro juicio. Este Título III, del libro IV (en concreto para la responsabilidad penal capítulo I, artículos 405 a 410 de la L.O.P.J.) lo que hace, "para no perder la velocidad perdida" será repetir y aún malrepetir artículos de las leyes Procesales (247). En todo caso, la ley, siguiendo un sistema de legitimación abierta (artº 406), admite,

la "acción popular", aunque para Fairen Guillen este no es el verdadero sentido de la misma (248), aunque como garantía de la independencia de jueces se ha previsto la cautela procesal del antejuicio (artº 410) (249), de manera que quede el juez protegido de posibles utilizaciones fraudulentas de la acción penal por parte de litigantes frustrados en sus expectativas, aunque hay quien vé en ello un aspecto de privilegio o de recurso autodefensivo (250), lo que no ha entendido así el Tribunal Constitucional en sentencia 61/1982, de 15 de Octubre (251). Lo que debe relacionarse con la posición de Almagro Nourse quien ha señalado que desde un punto de vista técnico, este requisito supone "una garantía que actúa en sentido inverso al que se pretende pues refuerza el valor de la admisión de la querrela" (252), pero claro, en el caso de que ello tuviera lugar. La cuestión está ahí, y la interpretación del Tribunal Constitucional es significativa.

II.2.6.B: RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS

El capítulo II del mismo libro IV de la L.O.P.J. regula tal responsabilidad. En concreto el art. 411 dispondrá:

"Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa".

Efectivamente, este tipo de responsabilidad se da cuando los Jueces y Magistrados, en el ejercicio de sus funciones causen daños o perjuicios por acciones u omisiones concurriendo dolo o culpa. Las consecuencias que se derivan serán el correspondiente resarcimiento.

Unas puntualizaciones son necesarias, conscientes de la conveniencia, de autolimitarnos en los interminables discursos y elaboraciones que esta figura de responsabilidad puede provocar.

En primer lugar, como ya precisa Andrés Ibáñez y Movilla Alvarez, "aún cuando resulta conceptualmente clara la sustantividad de este género de responsabilidad, no es fácil en la práctica imaginar un supuesto desencadenante de la misma que previamente no tuviera encaje en alguna de las previsiones de carácter penal o disciplinario. En el primero de estos casos la exigencia de responsabilidad civil carecería de significación autónoma y su eventual exacción tendría que producirse como derivada de la estimación de una previa responsabilidad penal. En el segundo, la acreditación de un ilícito disciplinario

y la correspondiente sanción, no evitaría al particular perjudicado tener que acudir a la vía jurisdiccional civil, puesto que no está prevista para el mismo la posibilidad de constitución en parte de tal carácter en ese tipo de expedientes, que, por lo demás, no entran en la valoración de las eventuales consecuencias perjudiciales".(253)

En segundo lugar, se elimina (con buen criterio, y no como disponía el artículo 436.3 del Proyecto ministerial), por un lado, la exigencia del antejuicio. Las enmiendas de supresión de dicho requisito presentadas por el diputado Perez Royo (Grupo Mixto) en el debate de la L.O.P.J. ante la responsabilidad penal y civil (en este último ámbito prosperaría), las motivaba entendiendo el antejuicio como "una traba procesal para el enjuiciamiento de Jueces y Magistrados de corte claramente corporativista. Por ella se reduce considerablemente el principio de responsabilidad otorgando a los afectados una protección singular. Por otra parte, no hay modo de evitar que el antejuicio suponga en la práctica un privilegio y una toma de posición sobre el fondo de la causa (254); por otro lado, igualmente se restringe la legitimación activa a la parte perjudicada o sus causahabientes (artº 412) (255). Finalmente, no establece la Ley Organica un "numerus clausus" o limitación alguna sobre los supuestos en que aquella haya de producirse. La jurisprudencia al respecto por el momento no es menos parca que la normativa que aqui se contempla.

II.2.6.c: RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE JUECES Y MAGISTRADOS

"El cumplimiento de los deberes funcionales del juez -ha escrito Almagro Nosete- está asegurado, finalmente, por la responsabilidad disciplinaria por cuanto que sus actos contrarios a aquellos son sancionados por sus superiores jerárquicos". (256)

Notemos a este respecto de la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, que el Diputado Ruiz Gallardon afirmaría en los debates parlamentarios a la L.O.P.J., que ésta no es sino, la aplicación normal que se sigue en la tramitación de cualquier expediente disciplinario en cualquier rama de la Administración del Estado. (257)

Así, el Poder Judicial, como cualquier poder estatal, posee atribuciones sancionadoras que se ejercen a través de la "Jurisdicción disciplinaria", regulada en concreto en los artículos 414 a 427 de la L.O.P.J., de 1985, notándose -según ha escrito Fairen Guillen- "una falta de diferenciación entre las "faltas disciplinarias administrativas" y las "faltas disciplinarias judiciales", esto es, entre aquellas que puede cometer el Juez como simple funcionario o en el específico desempeño de sus funciones jurisdiccionales" (258). Aunque quizás esto no encierre demasiada gravedad. Tal vez el legislador haya movido por el criterio de no complicar la división de las mismas simplificando su enumeración.

Estas faltas se agrupan en tres categorías de mayor a menor gravedad; a) muy graves (artº 417) (259); b) graves (artº 418) (260), y c) leves (artº 419) (261), cuyo exámen y comentario detallado nos conduciría a innecesarias reiteraciones.

Por lo demás, e igualmente en síntesis se recogen los principios de legalidad material y procedimental del "nom bis in idem" y de la preferencia del proceso penal, estableciendo una legitimación limitada (artº 415), así como se regula la iniciación (artº 423), desarrollo (artº 425), conclusión (artº 425.5), efectos y sanciones (artº 424, 420.1 y 2, 421 y 422), recursos (425.6), excepciones (artº 425.3), anotaciones (artº 426 y 427), procedimiento, requisitos y efectos de la cancelación de anotaciones (artº 427) y prescripción de faltas (artº 416 2 y 3) y de sanciones (artº 420.3 y 4).

Esto en cuanto a la regulación material, aunque por supuesto la disciplina judicial no se agota en este punto, toda vez que el Código Penal contiene figuras delictivas específicas que contemplan los posibles comportamientos criminales de Jueces y Magistrados. De todas maneras, como decimos líneas arriba, dejamos sin considerar su análisis esperando un momento más oportuno, pero hay un par de temas que consideramos importantes y que merece la pena detenernos.

El primero de orden formal, hace referencia al ejercicio de esta

jurisdicción disciplinaria, pues a través del régimen disciplinario se podría abrir una brecha por la que el Poder Ejecutivo podría condicionar al personal judicial. Para evitar precisamente esto, el ejercicio de esta jurisdicción disciplinaria está, por mandato constitucional (artº 122.2) y por disposición legal (artº 421 L.O.P.J de 1985), plenamente retenido por el propio Poder Judicial, que actúa por medio de los órganos superiores al corregido, en cuya cuspide figura el C.G.P.J. (262), lo que quizás, y en virtud de la nueva fórmula de elección de miembros del C.G.P.J. (artº 112 L.O.P.J.), podría poner en duda la total independencia del Poder Judicial en este aspecto de la responsabilidad disciplinaria. Obviamente el problema de la elección de los miembros del C.G.P.J. se tratará en su momento, donde podremos sacar algunas conclusiones que en este instante podrían resultar excesivas.

La segunda cuestión que interesa comentar, más de índole subjetiva, hace referencia, directamente al corporativismo cerrado y superprotegido de la carrera judicial, o al mito-tabú "juez igual a perfección", o "juez igual a superhombre".

Ya lo escribió Zagrebelsky, por ejemplo: cuando un juez se aparta de su sagrado camino, "se argumenta mucho más sobre la lesión -real o potencial- del prestigio, que no sobre la violación del deber profesional". (263) Así, a juicio de Rodríguez del Barco, la responsa-

bilidad disciplinaria, es aquella que tiene "la finalidad primordial de mantener los principios de disciplina, respeto y subordinación jerárquica entre los distintos miembros de la carrera judicial al mismo tiempo que velar por el prestigio en todos los órdenes de la Administración de justicia" (264). Y ni que decir como la entiende, o la considera Jimenez Asenjo: "preordenada al mantenimiento de la subordinación y disciplina, el decoro y el prestigio de la clase y de la Administración de justicia en general" (265).

Así, para Andres Ibañez y Movilla Alvarez (266), no hay duda que el instrumento disciplinario en la moderna magistratura de inspiración francesa, se ha dado en función de la jerarquía, con finalidades de policía y para garantizar el orden interno del aparato (más que en beneficio del administrado y de la propia independencia), donde todo gira en torno a un valor-eje: el prestigio, tomado en un sentido sacral y abstracto. En consecuencia podríamos preguntarnos si no es esto lo que late, en el propio seno de la Magistratura, cuando se ven involucrados miembros de la Carrera Judicial en asuntos de "dudosa profesionalidad". Nuestra opinión al menos se orienta en ese sentido.

II.2.6.D: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DIRECTA DEL ESTADO POR
EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Sabemos que la declaración general de responsabilidad de los poderes públicos se encuentra en el artº 9.3 de la C.E. Por su parte la declaración de responsabilidad del Estado como consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos (responsabilidad del Estado-Administración) se encuentra en el artº 106.2. Finalmente la declaración de responsabilidad del "Estado Administración de justicia" la encontramos en el artº 121:

"Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley" que se completa con el artº 292 (y siguientes) de la L.O.P.J. de 1985.

De esta manera, es decir, teniendo presente la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados ya tratada, se completa un Poder Judicial plenamente responsable, que provoca el entusiasmo de la doctrina interna.

En efecto quienes han escrito sobre este aspecto de la responsa-

bilidad no dudan en declarar el caracter progresista del artº 121 de la C.E. Almagro Nosete así lo entiende (267) y Movilla Alvarez junto a Andrés Ibañez lo ratifican, (268) considerando este precepto como una novedad evidente en nuestro ordenamiento que viene a cerrar el abanico de instrumentos protectores para reparar los perjuicios causados al ciudadano como consecuencia de la actuación de los poderes públicos, aunque para Goded Miranda, este artículo 121 "no representa una idea nueva en el Derecho Comparado ni en la historia del constitucionalismo español" (269). Y efectivamente, no es idea nueva, (270) sino un procedimiento nuevo en la reclamación de indemnizaciones al Estado (en este caso, por el funcionamiento de la Administración de Justicia), de forma que se garantiza debidamente eliminando además dificultades los intereses de los justiciables. (271) La responsabilidad directa del Estado será uno de los grandes pasos, (272) sin excluir el derecho de repetición del Estado sobre los Jueces o Magistrados en determinados supuestos. (273)

Un breve repaso ahora por los debates Constituyentes puede resultarnos clarificador sobre todo si se habla del aspecto innovador que esta materia aporta.

Carro Martinez (A.P), presentaría la enmienda nº 2 al artº 111 del anteproyecto sugiriendo que se suprimiera porque "la responsabilidad del Estado -si se regula en la Constitución- surge por otras

muchas causas y más importantes que el error judicial", que era el supuesto que reconocía aquel original artículo 111. (274)

En ese mismo momento legislativo, Licinio de la Fuente (también de A.P.), presentaría la enmienda nº 35 a dicho artículo 111, argumentando que en tal artículo se establecía un derecho de indemnización, pero no se decía a cargo de quién, pidiendo en consecuencia que se dijera, que era a cargo del Estado. (275)

El Grupo Parlamentario Vasco presentaría la enmienda nº 640, en el sentido de asegurar que en caso de error judicial, el Estado pudiera repercutir contra el funcionario responsable. (276) Y finalmente, U.C.D., en enmienda nº 779, distinguirá entre, indemnización por error judicial, e indemnización por funcionamiento normal o anormal de la Administración de Justicia. (277)

Estas cuatro enmiendas serán la base del futuro artº 121 de la C.E., porque aunque la nº 640 del Grupo Vasco no se recogiera en el mismo, si servirá de inspiración en el artº 296 de la L.O.P.J.

El tema que se presentaba dispuesto para un agil debate, se quedó si vale decirlo así, a flor de piel, toda vez que aceptadas las enmiendas por la Ponencia y Comisión del Congreso sin reparos fue con la excepción incidental de la intervención de Fraga Iribarne en la co-

misión defendiendo la enmienda nº35 de Licinio de la Fuente en el sentido de pedir que se dijera expresamente que la indemnización corría a cargo del Estado, lo que para el Presidente de la Comisión (Attard Alonso) era obvio, mientras que para Fraga no lo era tanto por poder pensarse que esa indemnización corría a cargo del Juez (278). Lo más notorio fué una nueva enmienda en el Senado de D. Jesús Durban Remón (U.C.D.), la nº 912, en la que reclamaba eliminar la indemnización del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ya que a su juicio, una declaración en terminos tan amplios y generales podría suponer que aquel pudiera verse compelido a pagar la diferencia del valor de una reclamación de cantidad, entre dicha cantidad al tiempo de la interposición de la demanda y al tiempo de hacerla efectiva, debido al transcurso de varios años tardados en obtener una sentencia firme, por la defectuosa organización del sistema procedimental (279).

La aparición de la vigente L.O.P.J. de 1985, donde se desarrolla el artículo 125 de la C.E., nos va a permitir eximirnos de recordar los comentarios doctrinales que motivó precisamente su no desarrollo inmediato. Cuestiones de la importancia como la aplicación inmediata de dichos artículos; la concreción de los conceptos o terminología legal de error judicial y funcionamiento anormal de la Justicia, así como la alternativa en cuanto al cauce procedimental (administrativo o judicial) para plantear la reclamación, fueron muy debatidas doc-

trinalmente, (280) pero que ahora, una vez aprobada la L.O.P.J. carecen de sentido, salvo posibles polémicas interpretativas que proporcione la propia L.O.P.J. No obstante, todos esos temas han sido más que tratados, por tanto, (abusando de excusas) nos vamos exclusivamente a lo dispuesto por la L.O.P.J.

El Título V del Libro III, artículos 292 a 297 desarrolla la responsabilidad patrimonial, del Estado-Juez como ya conocemos. Título al que Fairen Guillen (281), no le vé una novedad tan absoluta al provenir del artº 960.2 de la LECRIM. (282)

En la regulación concreta encontramos dos modalidades distintas de responsabilidad patrimonial del Estado-Juez que son:

- a) La doctrinalmente calificada de objetiva.
- b) La aquiliana, fundada en dolo o culpa grave de Jueces y Magistrados.

a) Responsabilidad Objetiva:

Parte de dos supuestos genéricos: error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y un supuesto específico: sobreseimiento libre o absolución por inexistencia del hecho tras prisión preventiva, (artº 292 y 294 L.O.P.J.).(283)

Entre los requisitos que la Ley exige para apreciar responsabilidad estan: la existencia de un daño sea o no patrimonial, que ha

de ser antijurídico para quien lo padece, efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupos de personas (artº 292.2) (284) y causalmente relacionado con el funcionamiento anormal o errado de la Administración de Justicia. Así, la conducta dolosa o culposa del perjudicado (artº 295) (285), o la concurrencia de fuerza mayor (artº 292.1) (286), eliminan de por sí la responsabilidad.

A nuestro entender, esta regulación suscita varios problemas:

1.- La distinción entre el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Se ha polemizado bastante al respecto, (287) pero indudablemente la ley distingue claramente entre los daños causados por error y los causados por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En el artº 293 se encuentran como supuestos distintos y con distinta regulación. Los debates parlamentarios fueron también precisos a este respecto. Peña Suarez en la Comisión del Congreso insistiría en la diferenciación entre el error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, aunque con la intención también de distinguir el órgano concedor de cada supuesto. Aquel lo conocería la Sala del Tribunal Supremo Competente; el segundo se promovería ante el CGPJ. (288)

Tal posición fué contestada por Lopez Riaño, para quien produci-

ría un gran desenfoque, profundo y grave. "¿Se imaginan ustedes -dirá en esa ocasión-, al Consejo del Poder Judicial, pidiendo una dotación presupuestaria previa para esta Administración financiera?". Para concluir a continuación: "La responsabilidad del Estado en su conjunto frente al ciudadano es única y no se debe dividir entre los poderes que constituyen la identidad de ese propio Estado". (289)

Por otro lado, el propio Riaño precisaría que el artº 314 distingue con precisión lo que es el error judicial, de lo que es el anormal funcionamiento de la Justicia. Aquel se consagra cuando es objeto de una revisión, en virtud de la cual los hechos y las consideraciones que fueron tomadas en cuenta para formar una sentencia, de alguna forma han resultado ser erróneas. El anormal funcionamiento habrá que probarlo, con las características propias de un proceso. (290)

La polémica se trasladó al Pleno del Congreso, donde el diputado UribarriMurillo mantendría la posición de que el conocimiento del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se le encomendará al CGPJ, en vez de al Ministerio de Justicia. ¿Por qué?. Lo dirá de este modo: "lo que pretendemos es que esta columna del Estado totalmente distinta a otras columnas del Estado, que es el Poder Judicial, esté dotado de la soberanía, por decirlo así, que le corresponde para poder gozar de la función específica que tiene como tal

poder del Estado". (291)

Finalmente en el Senado, el Grupo Popular volvería a insistir, presentando la enmienda nº 143 en el sentido de promocionar ante el CGPJ, la reclamación por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. (292)

Continuando con la regulación concreta de la L.O.P.J., lo cierto es que en el artº 293.1b, se hace referencia como causante del error, a un órgano jurisdiccional (293) y ya conocemos que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales (artº 117.3 C.E.). Es decir, "error judicial" solo puede cometerlo los Jueces y Magistrados; en el seno de su actividad jurisdicente, cuando declaran el Derecho.

Por otro lado, cuando se habla del daño causado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la regulación de la L.O.P.J. parece oscurecerse. En este caso, al hablar de "Administración de Justicia" hay que pensar que se refiere no solo ya a los Jueces y Magistrados, sino también a todas aquellas instituciones, órganos y servicios, que sin tener "ius decidendi" forman el complejo organizativo que sustenta a aquella, y que a través de sus funciones pueden causar perjuicios a los particulares.

Esta es la tesis mantenida por Andrés Ibañez y Movilla Alvarez (la cual por cierto suscribimos), cuando escriben que "es difícil dar un concepto técnico y comprensivo de lo que es el error judicial que sirve para diferenciarlo del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ya que en definitiva todo error judicial supone o manifiesta un defectuoso actuar del aparato judicial,.. Como elementos diferenciadores pueden señalarse los siguientes: el error judicial siempre tiene que proceder de un órgano dotado de poder jurisdiccional; tiene que darse dentro de un determinado proceso y precisamente con ocasión de dictar alguna resolución: cualquiera que sea su clase y debe haber sido declarado expresamente en un proceso posterior o en juicio de revisión.." (294) Efectivamente, ese es el error según la L.O.P.J., (295) en consecuencia, el funcionamiento anormal debe de parecerse a la tesis sostenida anteriormente, es decir, comprende la actuación anormal del complejo organizativo judicial, donde actúan, no solo jueces, sino otro personal sin "ius dicendi".

Pero un punto polémico queda aún por tratar. La regulación actual habla de funcionamiento "anormal", lo que ha sido criticado (296), por suponer un retroceso con arreglo al sistema anterior de la L.R.J. A.E. y la L.F., que contemplaban los daños derivados de la Administración de Justicia funcionando normal o anormalmente. El problema se complica porque la L.O.P.J. no concreta qué hay que entender por ese funcionamiento anormal. Se ha especulado y llegado a la conclu-

sión -doctrinal- que el supuesto más significativo es el retraso grave en impartir justicia (297) pero ello, repetimos, no lo aprecia la Ley Organica, por lo que según advertirá Ibañez y Movilla, "la precisión del concepto jurídico indeterminado tendrá que venir por la vía no solo del Tribunal Supremo sino también del Constitucional, pudiendo también servir como criterio orientador la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, con doctrina asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 14 de julio de 1981". (298)

Por otro lado, y dentro de este hilo argumentador, podríamos sin complicar las cosas en exceso, encajar el funcionamiento normal de la justicia en el error judicial. Pero evidentemente, si mantene-mos la tesis apuntada de que el error judicial solo lo produce un organo judicial, mal encaje tiene esa fórmula, pues el funcionamiento "normal errado" de la Administración de Justicia podría proceder de un organo no judicial, como por ejemplo la actuación errada de un miembro de la policia judicial dentro del estricto cumplimiento de sus deberes (error en la detención).

2.- El problema de la prisión preventiva, en el que no vamos a extendernos en exceso por ser campo propio de disciplinas formalmente ajenas a esta tesis. Por lo que a nosotros respecta, el tema de la

prisión preventiva es importante porque como recuerdan Ibañez y Movilla, hasta "la promulgación de la Constitución de 1978 y con excepción del recurso de revisión, no había cobertura legal para exigir indemnización en razón de la prisión provisional sufrida injustamente.

(299)

Pero no todo ha sido solucionado, en opinión de los citados autores (300), porque el desarrollo orgánico se ha quedado corto. Solo dá derecho a indemnización a quienes después de haber sufrido prisión preventiva son absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa se dicta auto de sobreseimiento libre y siempre que se hayan irrogado perjuicios. Es decir, que sólo procede la indemnización cuando en el juicio oral o en la fase intermedia se declara que no se han producido los hechos que originaron la incoación de la causa. (301)

Por otro lado, existe el problema del encaje de la injusta prisión preventiva en el error judicial o en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Goded Miranda (302), para complicar aún más la situación, expone un caso de funcionamiento "normal" de la Administración de Justicia (303), en suma cuando un juez, cumpliendo con su deber de asegurar al inculpado y conforme a la L.E. Crim. (304), decreta esta medida, y posteriormente un tribunal decide la absolución de responsabilidad. Evidentemente se genera un deber

de indemnizar, pero de difícil encaje en el artículo 121 C.C., y en la L.O.P.J. (lo que solucionaba perfectamente el artº 40 de la L.R.J. A.E.), por lo que la solución será entender que el auto de prisión supone un error judicial fortuito al valorarse los indicios de culpabilidad del procesado en una forma que no tuvo equivalencia con el resultado posterior del proceso.

Sin embargo Ibañez y Movilia entienden que "el legislador, al regular el supuesto específico de la prisión provisional, estaba condicionado por el mandato constitucional del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia". (305)

Aparecen por tanto de nuevo el problema de la distinción entre el error y el funcionamiento anormal, y en este caso, el problema del encaje en alguno de estos supuestos de la prisión preventiva. En principio nosotros vemos la posibilidad de encaje en ambos supuestos. Es decir, decretación de prisión preventiva por error judicial al valorar el Juez los indicios de culpabilidad, pero también decretación de prisión preventiva por el funcionamiento anormal del aparato judicial, por ejemplo, presentación de pruebas falsas o incompletas por parte de la policía judicial, o del Ministerio Fiscal, etc. Los casos pueden ser variadísimos, dando la impresión de un fácil encaje del supuesto de injusta prisión provisional en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, pero es evidente que en

último término es el Juez quien decreta la prisión preventiva, por lo que, en caso de ser ésta injusta, será el Juez el que yerra, aunque las causas que le han llevado a tal comportamiento (al margen de un actuar doloso o culposo) no le sean imputables.

3.- Se hace referencia al problema del montante de la indemnización. El artº 121 de la C.E., en su último inciso dice: "los daños causados darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley". ¿Qué dice pues la ley?. Desgraciadamente no demasiado. Verdaderamente las indemnizaciones a satisfacer producen difíciles problemas de valoración. Fijémonos por ejemplo en el caso de prisión provisional, lo único que dispone la Ley (artº 294.2), es que "la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido".

Más abierta no puede ser la norma, porque la multiplicidad de circunstancias hace de suyo inservible una tabla indemnizatoria, de ahí que con buen criterio, la L.O.P.J. no suministre criterio alguno para reponer los posibles daños, trasladándose este problema por tanto a la propia Jurisprudencia, quien contará con los antecedentes existentes en el sector de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas para ir sentando unos principios orientadores.

4.- Se trata del problema del cauce procedimental para exigir la indemnización.

Precisamente este fue uno de los puntos más debatidos doctrinalmente (antes de la aparición de la L.O.P.J.) para concretar el procedimiento de reclamación. Creemos que no es necesario volver pasos atrás para repetir lo andado. Goded Miranda, Almagro Nosete e Ibañez y Movilla pueden ilustrarnos al respecto (307). Por nuestra parte, ciñendonos a la regulación orgánica debemos señalar en forzada síntesis lo siguiente:

- a) Están legitimados para ejercer la acción de reclamación
 - el perjudicado por error judicial
 - el perjudicado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia
 - el perjudicado por una prisión preventiva que después resulta injusta.

Algunos autores entienden (308) que al emplear la L.O.P.J. la expresión "perjudicado" o "interesado", deben incluirse todos los afectados en sus bienes o derechos al darse los supuestos de imputación que no tienen por que coincidir con los que hubieran sido parte en el proceso en que se produjeron las anomalías, extendiéndose igualmente a los causahabientes y a las personas jurídicas.

Otro de los problemas a que hace referencia es el supuesto de prisión preventiva del artº 294 que parece restringir el derecho de reclamación a quienes sufran directamente la prisión cuando afectados -perjudicados por ésta, también pueden serlo otras personas vinculadas por razones familiares o de otra índole con aquellos. Sin embargo el problema parece salvado porque el último párrafo del artº 294 remite en cuanto a la tramitación de la reclamación al cauce previsto en el artº 292.2 (para el error judicial o funcionamiento anormal), donde se habla de interesados (afectados). (309)

a.1) Procedimientos reclamatorios.

La Ley siguiendo no se sabe exactamente que motivos, distingue distintas vías procedimentales según se trate de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y Prisión Preventiva.

a.1.A) En cuanto al error judicial, comenzará exigiendo agotar previamente todos los recursos previstos en el ordenamiento contra la resolución judicial a la que se imputa el error (artº 293.1 f). Después será necesario contar con una decisión judicial que expresamente reconozca el error que puede resultar, bien directamente de una sentencia dictada en virtud de un recurso de revisión (artº 293.1), o bien en virtud de un proceso expreso a tal fin, que se ventilará

ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si este se atribuye a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61 (310). Tratándose de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo (artº 293.1b), (311), siguiéndose a este efecto el procedimiento del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado (artº 293.1c).

Superada esta primera fase (o fase previa), se continúa con la presentación de la petición de indemnización ante el Ministerio de Justicia (312), tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado y no terminando el camino aquí, pues contra la resolución del Ministerio (porque desestime la petición o no la otorgue en la cuantía pedida), cabe recurso contencioso-administrativo, que, conforme a la nueva regulación dada por la propia L.O.P.J., se sustanciará en la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional. (artº 293.2).

Realmente parece difícil un trayecto más largo (313), lo cual no parece justificarse adecuadamente (314), retrocediéndose incluso con relación al régimen antes existente en donde en el juicio de revisión era posible un pronunciamiento directo sobre la indemnización.

Tal regulación evidentemente puede dar lugar a convertir en ilusorio este derecho, y no precisamente por falta de regulación, sino todo lo contrario por su exceso, lo que puede suponer toda una serie de trabas e inconvenientes que provoquen el desistimiento -o el desánimo- del justiciable.

En cuanto a los plazos, había que distinguir:

a) el establecimiento para la constatación del error, que es el previsto en las leyes procesales para los recursos de revisión civil y penal cuando la declaración tiene lugar en un juicio de tal naturaleza. (artº 293.1)

b) Tres meses para los demás supuestos contados desde el día en que pudo ejercitarse la acción judicial (artº 293.1.a).

c) Un año para reclamar la indemnización, contado a partir del día en que pudo ejercitarse. (artº 293.2)

a.1.B) Respecto del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el supuesto de prisión preventiva todo se sintetiza. En este último caso será necesaria la sentencia absolutoria por existencia del hecho imputado o el auto de sobreseimiento libre según dispone el artº 294.1.

En ambos supuestos se configura el camino procedimental (como en el caso de error, obtenida la declaración judicial del mismo), por la reclamación administrativa en los terminos dispuestos por el artº 293.2 ya comentado. (315)

El plazo para la reclamación igualmente será de un año, contado en el supuesto de prisión preventiva, desde que es firme la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre (arº 293.2).

b) Responsabilidad Aquiliana.

Según el artículo 296, "El Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal.

El precepto queda a nuestro entender bastante claro. Cabe que el daño o lesión producida no se deba a una causa imputable a un funcionario concreto, de ahí que se instituye la responsabilidad objetiva, pero también cabe que el quehacer dañoso tenga su origen en la conducta dolosa o culpable de un funcionario judicial (316), en cuyo caso, sin excluirse la reclamación directa frente al Estado -por

el procedimiento dispuesto en el artº 296-, la Ley permite a aquél, repetir contra los responsables.

A nuestro juicio deberían hacerse tres objeciones a dicho artículo : primera, que debería haber hecho extensiva esta responsabilidad no solo a Jueces y Magistrados sino también a cualquier organo o funcionario perteneciente al Servicio de la Administración de Justicia que por su actuación culposa o dolosa produjera un daño. Segunda, que tampoco se tiene en cuenta el caso de concurrencia de culpas por parte del particular y del órgano jurisdiccional. ¿Que se hace en estos casos?, ¿se compensan?, ¿se realiza una detenida valoración para determinar cual de ellas es de mayor gravedad o causa fundamental del daño y en consecuencia declara su responsabilidad ponderada?. Finalmente, ¿que ocurre si la aparición del daño es imputable a la actuación de un tercero?. Es criterio general admitir que el nexo causal se rompe y por tanto no existe deber de indemnizar a cargo del Estado, pero criterio inaplicable tratándose de errores judiciales cometidos en un proceso penal en virtud del artículo 954 y 960 de la L.E.Crim. (317)

Queda por último mencionar, la clausula aclaratoria del artº 297, por el que queda subsistente la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, que podrá exigirse por los particulares con arreglo a lo dispuesto en la propia Ley (lo dispuesto en los artículos 411

a 413).

Una valoración final en suma del artº 121 y su desarrollo orgánico, exigiría señalar que, como ya ha podido comprobarse, tiene demasiados problemas de todo orden en ello implicados como para que, en las líneas que acabamos de terminar, queden completamente dilucidados. Una cosa es cierta: con esa regulación, no sólo nos equiparamos sino que incluso superamos a otros países de nuestro entorno continental. La obra ha sido iniciada (318), necesita una adecuada interpretación y aplicación (doctrinal y judicial), para que ese paso dado adelante no se paralice entre las páginas de los más notables y exaltados textos legales que las aspiraciones ciudadanas exigen y proveen.

CONCLUSIONES CAPITULO II

1º.- En este capítulo se ha tratado en primer lugar, la determinación de los elementos personales que constituyen el Poder Judicial, para pasar a continuación al estudio del estatuto jurídico de dicho personal, de ahí la subdivisión del capítulo en dos epígrafes diferenciados, pero englobadores del tema.

2º.- En cuanto al primer punto planteado, la determinación de los elementos personales que constituyen el Poder Judicial, partiendo del artº 117.1 de la Constitución parece un tema resuelto: los Jueces y Magistrados integran el Poder Judicial. Pero el propio Título VI referido al Poder Judicial perturbará esta conclusión al referirse indistintamente a diferentes elementos personales y orgánicos como son por ejemplo, el Ministerio Fiscal, el Personal al Servicio de la Administración de Justicia y la jurisdicción castrense, (entiéndasus órganos personales).

3º.- Según se ha visto, para el artº 117.1 del texto constitucional son los Jueces y Magistrados los que forman el Poder Judicial, pero el artº 122.1 parece distinguir entre Jueces y Magistrados de Carrera, de los que no lo son. La L.O.P.J. vigente hubiera supuesto un momento legislativo ideal para remediar tal confusión, pero su artículo 1 viene a transcribir el 117.1 de la Constitución, y el 298 de aquel cuerpo legal hará mención a los Jueces y Magistrados de Carre-

ra (párrafo 1º) de aquellos, que aún ejerciendo funciones jurisdiccionales, no pertenecen a la misma (párrafo 2º), como son, los Magistrados Suplentes, Jueces en régimen de provisión temporal, sustitutos, Jueces de Paz, etc. En suma, en vez de aclarar parece ser, enturbia. La cuestión que nos planteábamos era bien sencilla, ¿a donde pertenecen estas categorías?. La conclusión, para nosotros lo es más: al Poder Judicial, luego en este, en el Poder Judicial, podemos distinguir tres distintas categorías:

a) Jueces integrantes del Poder Judicial que no forman la carrera judicial. Se concreta con los apoyos legales del artº 301.1 de la L.O.P.J., en aquellos Jueces que habiendo superado la oposición libre no realicen las pruebas preceptivas en el Centro de Estudios Constitucionales por carencia de plazas.

b) Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, que forman la carrera judicial. No ofrece dudas, nos referimos a antiguos - alumnos del centro de Estudios Judiciales.

c) Magistrados y Jueces que no integran el Poder Judicial ni pertenecen a la Carrera Judicial pero que ejercen las funciones del Poder Judicial. El artº 298.2 de la L.O.P.J. los define claramente: Magistrados Suplentes, Jueces en régimen de provisión temporal, sustitutos etc.,

3º.- A continuación nos cuestionábamos sobre la pertenencia o nó del

Ministerio Fiscal al Poder Judicial. El propio Título VI de la Constitución provocaba una serie de dudas al respecto que había que despejar, y en lo que nada ayudaba el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, donde en su artº 2.1 se señala que se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial, más indefinición imposible, aunque ello no extraña pues ésta ha sido la característica histórica de esta institución. La doctrina, tradicionalmente ha polemizado al respecto, interpretando su naturaleza y encuadramiento: órgano del Estado (Conde Pumpido), órgano conectado al Ejecutivo pero sin ser parte de este (Calvo-Rubio), etc. Nosotros llegamos a la conclusión de que el Ministerio Fiscal puede considerarse como un órgano constitucional estatal (el artº 124 de la Constitución es bastante explícito), con una doble personalidad. Por un lado es obvio que el Ministerio Fiscal no forma parte de la estructura orgánica del Poder Judicial. El artº 124 de la C.E., es suficientemente expresivo al respecto cuando afirma que dicho órgano ejerce sus funciones por medio de "órganos propios" conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Además se regirá por lo que disponga su propio Estatuto Orgánico. Ahora bien, no obstante todo esto, es cierto que convive con el Poder Judicial y se acomoda a sus principios. Pero por otro lado, es un órgano que tampoco puede incardinarse en el Título IV de la C.E., que trata del Gobierno y de la Administración toda vez que su conexión con el aparato estatal se produce a través de un departamento ministerial: el de justicia.

4º.- En cuanto al personal al servicio de la Administración de Justicia (secretarios judiciales, oficiales, auxiliares, agentes, médicos forenses, etc.) al igual que ocurre con el Ministerio Fiscal, se produce una integración topográfica del mismo en el Título VI motivada probablemente por el aprovechamiento del Título, para aludir, (Mosquera), a aquellos aspectos de la organización judicial o de su funcionamiento que, teniendo relación con dicho Poder, no son merecedores de una consideración sustantiva y principal. Es un personal "al servicio de la Administración de Justicia pero no integran el Poder Judicial", de ahí que recordando lo concluido en el Ministerio Fiscal podamos resaltar la doble dependencia o dualidad en la definición de dicho personal administrativo, al mantener, por un lado, una relación de servicio con el Estado, a través del Ministerio de Justicia de quien dependen económica y profesionalmente, pero por otro, mantienen una relación orgánica con el Poder Judicial al adscribirse a los juzgados y tribunales para desarrollar su actividad administrativa.

5º.- Finalmente, (en cuanto a la primera parte del capítulo), los órganos de la jurisdicción castrense presentarán no menos problemas. En principio, el artículo 117.5 de la Constitución parece integrar a la Jurisdicción militar (en consecuencia sus elementos subjetivos) en el Poder Judicial al declarar el principio de unidad jurisdiccional reconociendo el ejercicio de la jurisdicción militar. Sin embargo

el artº 122, párrafo primero, que remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial la "Constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el Estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único", ni sus siguientes párrafos, segundo y tercero, relativos al C.G.P.J., se tiene en cuenta para nada a los órganos judiciales castrenses ni al personal que ejerce la función jurisdiccional militar, lo que supone (Gordillo) una contradicción, al estar constitucionalmente integrados en el Poder Judicial. Sorprende igualmente la regulación de la vigente L.O. P.J., al ignorar este problema. La conclusión a que llegamos es considerar el Poder Judicial en dos distintos sentidos, uno estricto; formado exclusivamente por los Jueces y Magistrados ordinarios; otro amplio, donde no caben dudas de la integración del personal jurisdiccional militar en el Poder Judicial. La jurisdicción Militar significa y es una evidencia, una especialidad dentro de la unidad jurisdiccional como resultado de la unidad de la Soberanía del Estado. Los elementos personales que integran dicha jurisdicción obviamente - participan de esa especialidad. Por citar un ejemplo, los canales de selección del personal jurisdicente castrense siguen cauces, formas y procedimientos distintos a los dispuestos para la jurisdicción civil, pero en suma, una y otra forman parte del Poder Jurisdiccional estatal. Para ratificar esta conclusión sirva de apoyo la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio "de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar", nacida con la vocación de integrar, respetando

su especificidad, la jurisdicción castrense en el Poder Judicial.

6º.- Siguientemente nos referiamos al Estatuto Jurídico de Jueces y Magistrados. Pues bien, con la aprobación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se iniciará una nueva etapa en la justicia acabando no solo con el estado de interinidad que desde 1870 arrastraba la misma, sino también con el real desfase jurídico respecto de la realidad social que la misma arrastraba produciendo un serio anquilosamiento en la justicia, hecho que se agravará con la transformación democrática del País. Los requisitos imprescindibles que un Estado de Derecho exige para la Administración de Justicia, Independencia, Inamovilidad, Responsabilidad, etc., se concretarán en la misma, principios que conforman el Estatuto Orgánico del personal al Servicio de aquella, y que son llamados a desarrollo por el artículo 117.1 y 127 del texto constitucional, exigente este último de neutralidad política y sindical, aunque reconociendo la posibilidad de asociacionismo profesional de Jueces y Magistrados.

7º.- Tratando el principio del sometimiento exclusivo del Juez al imperio de la ley, núcleo básico para conformar al Poder Judicial como un factor esencial en el concierto político de un Estado de Derecho, toda vez que la legalidad se constituye en la base de dicho Poder, fundamentando tanto su carácter democrático como su control a través de su responsabilidad, construyéndose de esta manera

lo que constituye su caracter esencial: la independencia judicial, concluimos, que el Juez queda directamente sometido a la ley, (a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, artº 9.1, del texto constitucional), siendo esta la única fuerza a la que queda vinculado en el momento de administrar justicia, a la vez que le garantiza su independencia frente a cualquier agresión externa. Pero es que además, por un lado a través de este sometimiento a la ley y al ser ésta expresión de la voluntad popular, el Juez se somete al pueblo, con lo cual se democratiza intrínsecamente la función jurisdiccional. Pero también, el Juez, aplicando esta ley se erigirá en defensor de la misma, en defensor de la legalidad, en suma, en defensor del Estado de Derecho, defensor del sistema político. Pero en esta labor, y por imperativo de la propia Constitución que configura al Juez en algo más que "una simple boca que pronuncia las palabras de la ley", adquirirá un marcado carácter transformador de la sociedad al desarrollar todos los principios y valores sobre los que aquella descansa. En esta misión transformadora se plantea como medio una alternativa entre el clásico uso alternativo del Derecho y la posibilidad de un uso evolutivo del mismo, siempre y cuando, obviamente ello no suponga una interpretación contraria a los principios constitucionales. Es decir, un uso que implique una revaloración y defensa de los valores constitucionales de la manera más aseptica y despejada de desconfiadas sospechas radicalizadas. En este estado, el uso evolutivo del Derecho, creemos, armoniza mejor.

32.- A continuación se trató la independencia de los Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial. En el desarrollo de este punto se han estudiado las distintas capas que construyen la esfera de independencia del Poder Judicial, distinguiéndose entre independencia externa y orgánica, es decir la independencia del Poder Judicial como conjunto orgánico; e independencia interna o funcional, o lo que es lo mismo, la independencia del hombre Juez, poniéndose no obstante en evidencia la correlación entre ambas capas de independencia, toda vez que la independencia del órgano es a su vez garantía de los hombres en él integrados.

Pero para hablar de independencia orgánica del Poder Judicial de inmediato nos preguntamos, ¿qué se entiende por Poder Judicial como conjunto orgánico?. La respuesta se entroncó con el principio político de la división de poderes, que distingue a estos por sus distintas funciones.

El Poder Judicial se podría decir que es una organización, o una ordenación cuya esencial función sería la jurisdiccional; o más exactamente, su función consiste en la administración de justicia. Pero ahora bien, la total realización de un poder, como conjunto orgánico independiente, y más este de administrar justicia, exige la total liberación de cualquier tipo de interferencia externa. Entonces nos preguntamos por cuales son los presupuestos que manifiestan explícitamente la existencia de un Poder del Estado independiente

Se distingue entre independencia del juicio e independencia de los que juzgan (Burón Barba). La Constitución en su artº 117 se refiere a aquella, a la independencia del juicio, al que todos los otros modos de predicar la independencia han de entenderse subordinados pues es el que afecta a los actos jurisdiccionales, a las declaraciones de derechos pronunciados por el Juez o a los votos emitidos por el Juez Colegiado en cada caso para formar la decisión de un tribunal. Ahora bien, la independencia del Juez en el momento del juicio no tiene más asiento ni más contenido que el compromiso interior con la justicia. Es decir, hay que considerarla como un rasgo del carácter del Juez. El Juez y sólo él deberá resistir -si existen- presiones extrañas ya sean difusas o determinadas. El arma del Juez en esta lucha será la Ley.

Si el Juez falla, falla igualmente la institución judicial y aún peor, falla el sistema político existente. Para evitar esta consecuencia, complementariamente debe procurarse en el hombre Juez, otro tipo de Independencia: a) la independencia económica, y b) la independencia selectiva, ambas por supuesto correlacionadas, pues aquella estimulará una adecuada selección. Los estímulos económicos son una poderosa atracción para los más capaces, de ahí que la L.C.P. J. de 1985 en su artº 402.1 se refiera a la misma, aunque nó con toda la amplitud y concreción que necesita, dejándose el tema en manos inconcretas al afirmar que "el Estado garantiza la independencia eco-

nómica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional". El Estado garantizará esta independencia, pero ¿quien (qué poder, pues no se dice que sea el propio Poder Judicial), y como?.

Por otro lado igual de importante se considera la independencia selectiva a la hora de conformar una sólida independencia del hombre Juez. Tradicionalmente siempre han sido discutidos los distintos tipos de selección del personal judicial. La vigente L.O.P.J. en un intento de selección diversifica el modo de acceso a la carrera judicial que puede realizarse, a) mediante el tradicional sistema de oposición libre (artº 301), o b), mediante concurso de méritos, para lo que se prevé que determinado porcentaje de las plazas vacantes se cubran meritoriamente por juristas de reconocida competencia (artº 301.2), volviéndose nuevamente a los conocidos tercer y cuarto turnos previstos por la Ley Organica de 1870, lo que no obviaría un agudo debate parlamentario a propósito del artº 301 de la L.O.P.J. de 1985, sin consecuencias legislativas posteriores, pues entre otros argumentos a favor del sistema que se proponía, se traería a colación por los autores del Proyecto los sistemas establecidos en el Derecho comparado occidental (Gran Bretaña, Francia, Republica Federal de Alemania) donde la designación de Jueces y Magistrados por parte de los distintos poderes estatales (incluso la corona, en el caso inglés) es norma de común aceptación.

9º.- La inamovilidad (siguiente elemento del Estatuo de Jueces y Magistrados que estudiabamos), históricamente surge como una de las conquistas clásicas del constitucionalismo occidental como garantía de independencia frente al Ejecutivo. Significa (Mortati), la estabilidad en el cargo, la estabilidad en las funciones (en nuestro caso) de los Jueces y Magistrados.

Se pretende con este elemento sustraer todo traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto por motivos expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, la Constitución es suficientemente clara en su artº 117.2 al señalar que "los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas por la Ley".

Aunque en nuestro constitucionalismo histórico siempre ha venido reconociéndose hasta su plasmación en la L.O.P.J. de 1870, normalmente han quedado resquicios por donde el Ejecutivo podía alterarla por motivos fáciles de imaginar. Conscientes de ello nuestros legisladores actuales reforzarán la independencia del Juez tanto en la Constitución como en sus leyes de desarrollo al excluirse toda posible intervención del Ejecutivo en la movilidad del Juez, es decir se excluye toda intervención del Ejecutivo en aquellos hechos o causas que pueden dar origen a la separación, suspensión, traslado o jubilación

de Jueces y Magistrados. El texto constitucional precisa de tres preceptos para concretar la inamovilidad: 1º, artº 117.1, que declara la inamovilidad como principio esencial de los elementos subjetivos del Poder Judicial. 2º, artº 117.2, que concreta el contenido de la misma al señalar que "los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley" y 3º, artº 122.2, que remitirá a la Ley Orgánica el desarrollo y regulación del Estatuto Jurídico de Jueces y Magistrados a la vez que impide todo atentado al mismo al disponer entre las funciones del C.G.P.J., controlar el régimen estatutario de aquellos. La L.O.P.J. vigente, después de consagrar el principio con carácter general en su artº 1, dedicará el Capítulo I del Título II, del Libro IV (artº 378 y ss.) a la fijación y concreción de la misma, (ampliándola incluso a los cargos temporales, durante la duración de los mismos) donde cabe destacar que en general, corresponderá al C.G.P.J. la adopción de todos aquellos acuerdos que puedan afectar a la inamovilidad, y aún así, solo podrán tomarse por alguno de los motivos previstos en la propia Ley Orgánica y conforme al procedimiento previamente establecido.

10º.- La prohibición de actividad política partidista o sindical recogida en el artº 127.1 de la Constitución es otro de los supuestos estudiados que se definió como una especificación del régimen general de incompatibilidades que pretende asegurar la independencia de la insti-

tución judicial. En el artº 127.1 del texto Constitucional se constitucionalizará dichas prohibiciones, que se desarrollarán, ampliándose en el artº 395 de la L.O.P.J., y cuya única explicación (que latió en los debates constituyentes y respecto de la L.O.P.J.), parece asentarse en unas efervescencias heredadas del tópico franquista de concebir lo político como algo malo y deshonesto, algo de lo que hay que desconfiar, para proteger al pueblo. La conclusión es que, cuando se ponen estas barreras a la proyección cívica del Juez, ciertamente no se busca su neutralidad política, sino sencillamente conservarle donde ya está.

11º.- En cuanto al tema del asociacionismo profesional de Jueces y Magistrados también recogido en el artº 117.1, el debate se centra fundamentalmente respecto a la naturaleza jurídica de dichas asociaciones y sobre la conveniencia o no de una pluralidad de las mismas. La conclusión, apoyándonos legalmente en la Constitución y la L.O.P.J. se concreta a estimar que, el Derecho de asociación profesional de Jueces y Magistrados encaja perfectamente en el régimen general de asociación establecido en el artículo 22 del texto constitucional, sencillamente porque: a) no concurre en este caso la obligatoriedad de colegiarse para ejercer la profesión; b) la directa remisión que la propia L.O.P.J., artº 401, reglas 8º y 9º hacen al régimen de asociación general establecido en el artº 22 de la Constitución, y c) respecto a la eventual unicidad o pluralidad de asociaciones, la L.O.P.J., es expresamente clara. El artº 401 se refiere a estas siempre

en plural, siendo significativo a este respecto su regla 4ª, que señala: "los Jueces y Magistrados podrán libremente asociarse o no a asociaciones profesionales".

12º.- Finalmente se abordaba la Responsabilidad de Jueces y Magistrados. Si en el pueblo reside la Soberanía, (artº 1.2. de la Constitución), todo debe estar sometido al mismo. Así, entre pueblo y Poder Judicial debe existir una relación que, aún no siendo siempre electiva, comporta en todo caso la influencia de las indicaciones provenientes de la comunidad sobre la orientación que debe adoptar dicho Poder, como conjunto orgánico y como suma de individualidades. Las manifestaciones de esa relación pueden ser diversas (subordinación del Juez a la Ley, participación popular en la Justicia, etc.), entre las que cabe, la posibilidad de exigir responsabilidad por la actividad jurisdiccional.

13º.- Opinamos que la exigencia de responsabilidad de Jueces y Magistrados derivados de la Administración de Justicia debe partir de su encuadramiento en una teoría general de la responsabilidad de los Poderes Públicos, toda vez que la caracterización del Estado Social de Derecho supone, por un lado la sumisión de los Poderes Públicos al ordenamiento jurídico, y por otro, la aceptación del principio formal de responsabilidad de los mismos, como así se señala en el artº 9.1 y 9.3 del texto constitucional, para luego declararse específica-

mente en cuanto a Jueces y Magistrados (en suma los responsables del Poder Judicial, pues cada Juez o cada colegio sentenciador deberán actuar con exclusiva sumisión, pues si se hace responsable de sus actos a otro órgano, pugnaria directamente con el principio de independencia) en el artículo 117.1 ("los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial son responsables...") y regularse en la L.O. P.J. actual.

14º.- Otro de los problemas a dilucidar se concretaba a la determinación de los tipos de responsabilidad exigibles a los Jueces y Magistrados. La conclusión es bien sencilla pues el artº 16.1 de la vigente L.O.P.J., es suficientemente expresivo: "los Jueces y Magistrados responderán Penal y Civilmente en los casos y en la forma determinada en las Leyes y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley". Se excluye por tanto la responsabilidad política de Jueces y Magistrados, que significaría en puridad la libre remoción del cargo, lo que obviamente se reñiría con el principio de inamovilidad.

15º.- Sin embargo nosotros encontramos una "cierta" responsabilidad orgánica del Poder Judicial partiendo del artículo 109 de la L.O.P.J. de 1985 que dispone como obligación del C.G.P.J., la elevación anual a las Cortes Generales de una memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del propio Consejo como de los Jueces y Tribunales de

Justicia y que la misma podrá debatirse, reclamando en su caso, la comparecencia del Presidente del Consejo, pudiendo dar lugar a la presentación de mociones, preguntas de obligada contestación y en general, adoptar cuantas medidas prevean los reglamentos de dichas Cámaras.

16º.- Por tanto, concluyendo, los Jueces y Magistrados, según nuestro ordenamiento jurídico son responsables disciplinaria, penal y civilmente, en absoluto políticamente (ni siquiera indirectamente) pues para ello haría falta una aceptación expresa de la misma como ocurre por ejemplo en el artº 98.2 de la Ley Fundamental de Bonn. En todo caso, encontramos una "semiresponsabilidad" política del Consejo que se deduce a partir de la obligación de presentar al Parlamento una memoria anual sobre el estado de la Administración de Justicia, y que la misma puede debatirse, y adoptarse medidas como el nombramiento de Comisiones de investigación a que hacen referencia los artículos 52 y 59 de los Reglamentos del Congreso y del Senado respectivamente, siendo significativo el artículo 121 de la Constitución (desarrollado por los artículos 292 y ss. de la L.O.P.J.), que garantiza a los justiciables el derecho a una indemnización a cargo del Estado por "los daños causados por error judicial, o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, materia más que novedosa en nuestro derecho superando en cuanto a extensión y garantías para los administrados a otros modelos jurídicos foráneos.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO II

- (1).- Luis Mosquera: El poder Judicial y la Constitución" en "Estudio Sistemático,...."ob. cit. pg. 669.
- (2).- Gordillo Garcia, M. en "Concepto de Poder Judicial", ob. cit. pg. 1539 afirma:
"El conjunto de órganos judiciales a los que se atribuye el ejercicio de la función jurisdiccional, es a lo que se llama "Poder Judicial", aunque el término suele también emplearse para denominar a la propia función",
También en la pagina 540 repite la afirmación del entrecomillado interno de la cita.
- (3).- Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela., "Derechos, instituciones y ..." obra cit. pgs. 350 y siguientes.
- (4).- Ibem. pg. 351.
- (5).- L. Mosquera, "El Poder Judicial" Ob. cit. pg. 700
- (6).- Recordemos que el parrafo 2º del artº 298 L.O.P.J. explicita - que estas categorías se constituyen sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal.
- (7).- Artº 301 párrafo 2 y 3 de la L.O.P.J.
- (8).- Gordillo Garcia, ("Concepto del Poder Judicial..."ob. cit. pg. 1542) opina que su integración en el Poder Judicial hubiese - sido posible y tal vez jurídicamente más acertado.
- (9).- Ibidem. pg. 1543.
- (10).- "Derechos, Instituciones" ob. cit. pg. 353
- (11).- Para llegar a esta conclusión delimita al Poder Judicial en dos extremos: A) En cuanto a los ordenes jurisdiccionales, B) En lo relativo a la clase de órganos.
Respecto al primer extremo, entiende que cualquiera que sea el orden jurisdiccional al que estén adscritos, todos los organos judiciales se encuentran, en principio, integrados en el Poder Judicial del Estado: los pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, especial (como es la militar), e incluso los encargados del control de Constitucionalidad de las leyes o del amparo, y ello, salvo en aquellos casos que expresamente se excluyan.
En cuanto a la clase de órganos distingue: a) órganos jurisdiccionales en sentido estricto (los jueces y magistrados) que tienen facultades decisorias y que claramente han de ser

incluidos en el ámbito del Poder Judicial. b) Organos jurisdiccionales en sentido amplio. Serían aquellos que carecen de facultades decisorias, sino que realizan una función complementaria o auxiliar de la atribuida a los jueces y magistrados. Comprendería al Ministerio Fiscal y al personal al Servicio de los juzgados y tribunales. Estos no han de ser necesariamente comprendidos en el ámbito del Poder Judicial, aunque -como ya se ha adelantado- con un criterio amplio sí podrían incluirse (Vid. M. Gordillo "Concepto de Poder Judicial" ob. cit. pag. 1540).

- (12).- Mosquera, L., "El Poder Judicial y la Constitución", ob. cit. pg. 701.
- (13).- Gil Albert, J.: "El Ministerio Fiscal en la Constitución". En "El Poder Judicial" ob. cit. Vol. I, pgs. 105-125. De la misma opinión viene a ser Jimenez Blanco, Carrillo de Albornoz, M., en "Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal ..." en la misma obra conjunta, Vol. II pg. 1633.
- (14).- L. Mosquera, "El Poder Judicial y ..." ob. cit. pg. 702.
- (15).- Cita el propio Mosquera como ejemplo la defensa de los derechos de los ciudadanos que se superpone a la función que el artículo 54 atribuye a su vez al Defensor del Pueblo. (Vid. misma página cita anterior). También al respecto de la simultaneidad de funciones con el Defensor del Pueblo "Naturaleza y Funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981" en el "Poder Judicial" ob. cit. Vol. III, pgs. 2365 y ss., que desarrolla con buen criterio este problema de duplicidad funcional.
- (16).- Conde-Pumpido Ferreiro. : "La Naturaleza y los Principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico", en "El Poder Judicial", ob. cit. Vol. I. pg. 868.
- (17).- Aparicio Calvo-Rubio, J. "El Ministerio Fiscal en la Constitución". En "El Poder Judicial" ob. cit. Vol. I., pg. 638.
- (18).- "Naturaleza y Funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto orgánico de 1981", en la obra colectiva cit. "El Poder Judicial", Vol. III.,pg. 2353.

(19).- Ibidem. pg. 2.362.

(20).- Jorge de Esteban y L. Lopez Guerra, (en "El Régimen Constitucional ..." ob. cit. Vol. I. pg. 242) entienden que esta policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal, en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, pero en el fondo esa dependencia es más estrecha respecto del Ministerio Fiscal, más vinculado al Ejecutivo.

(21).- (Derecho, Instituciones y ... ob. cit. pg. 353).

(22).- Luis Mosquera: "El Poder Judicial y la Constitución", ob. cit. pg. 700.

(23).- Ibidem. pgs. 700 y siguientes.

(24).- Valga aquí la cita 11 referenciada a Gordillo tratando sobre el Ministerio Fiscal y las distribuciones entre clases de órganos jurisdiccionales.

(25).- Antes de la aprobación de la L.O.P.J. de Julio del 85, no participaban en la designación de los miembros del C.G.P.J., después tampoco, pero es que además, la propia constitución, artº 122.3, nada dice al respecto.

Sin embargo en cierta manera podría confundir la Ley Orgánica de 18 de noviembre de 1981 de integración de la Carrera Judicial y del Secretariado de la Administración de Justicia, en el sentido de que esta Ley atribuye ciertas facultades al C.G.P.J. para determinar reglamentariamente las pruebas selectivas. Para acceder a estos cuerpos, así como también nombrar al secretario y vicesecretario del Gobierno del Tribunal Supremo. Pero no olvidemos que tampoco podemos considerar Poder Judicial al C.G.P.J. Páginas adelante trataremos este tema.

(26).- Carretero Pérez, A.; "El Modelo de Poder Judicial en la Constitución; en el "El Poder Judicial", ob. cit. Vol.I.pg. 743.

Por otro lado no esta de más consultar el libro VI, de la L.O.P.J. de 1985, relativo al personal al servicio de la Administración de Justicia. En concreto el artº 454.2 que configura a este personal como Cuerpo Nacional de funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia. Según el artº 455, dependen del Ministerio de Justicia aplicándoseles (artº 456) en todo lo no previsto en dicha L.O.P.J., con carácter supletorio la legislación general del Estado sobre la función pública.

- (27).- Refiramos en este aspecto y en concreto refiriéndonos al Secretariado, que el legislador, atento a las llamadas de diversos sectores profesionales, aprovecha el carácter de letrado del Secretario para aumentar en un salto cualitativo sus funciones transpasando la mera función administrativa para erigirse en un concreto cooperador judicial, en base a su nuevo carácter técnico procesal. (Vid. los artículos 279 a 282 y 472 a 483 de la L.O.P.J.) A ese respecto era explícito Alberto Fernández Martínez, Presidente del Colegio de Secretarios Judiciales rama de Juzgados, para quien el Secretariado se encontraba infrautilizado y devaluado. El Secretariado, que forma parte de los órganos jurisdiccionales como fedatario público, diría: "es universitario y un técnico capaz, y esta preparación apenas se utiliza lo cual produce desencanto y desmoralización. Timidamente en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, intenta al darle facultades en la ordenación del proceso, situarlo en el lugar que le corresponde". (Vid. "Poder Judicial" nº 1, diciembre 1981, pg. 30).
- (28).- "El Poder Judicial". Tecnos. Madrid 1986 pg. 185.
- (29).- Ibidem.
- (30).- Vid. Supra. cita 11.
- (31).- Gordillo García, M.. "Concepto de Poder Judicial..." ob. cit. Vol. II, pgs. 1542 y siguientes.
- (32).- Ibidem.
 Más adelante, (pag. 1541, nota 8) cita el artº 14 de la Ley Orgánica de 6 de noviembre de 1980 de reforma del Código de Justicia Militar, para apoyar su posición de entender integrado, en el Poder Judicial, como orden jurisdiccional, la jurisdicción especial militar, toda vez que el citado artículo 14 somete al control del Tribunal Supremo determinadas actuaciones del Consejo Supremo de Justicia Militar.
- (33).- Y el artº 39 de este propio Cuerpo Legal, al menos tiene en cuenta la posibilidad de conflictos de jurisdicción entre los Jueces y Tribunales y la jurisdicción militar, que serían resueltos por una específica Sala, compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, la presidirá, dos Magistrados de dicho Tribunal designados por el Pleno del C.G.P.J. y dos Consejeros Togados del Consejo Supremo de Justicia Militar designados por este mismo. El Secretario sería del Tribunal Supremo.
 Esto evidentemente nos reafirma de alguna manera la existencia de dos distintos cuerpos personales de judiciales (o jurisdiccentes).

- (34).- Indiquemos que esta unidad selectiva ha sido quebrada por la propia L.O.P.J., regulando el acceso especial del 4º turno (artículos 343 a 347).
- (35).- Quien así escribe es el tratadista militar, Amancio Laudin Carrasco en su libro "Manual de Derecho Penal y Procedimientos militares". 6ª Edición Madrid. 1967.
- (36).- Lo cual no llegamos a entender bien; pues no cabe duda alguna sobre la respetabilidad de este genero musical. Por otro lado no nos ha cabido el honor de comprobar personalmente el funcionamiento de esta jurisdicción, pero conocemos quien ha tenido esta oportunidad y su comentario ha sido de rendido homenaje a la competencia y escrupulosidad de quienes la administran.
- (37).- B.O.E. nº 171 de 18 de julio de 1987, pgs. 22065 y ss.
- (38).- Vid. L.O. 4/1987 de 15 de Julio de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, artículos 22 a 62 y artículos 87 a 101.
- (39).- Vid. "Ley Orgánica del Poder Judicial. Trabajos Parlamentarios. Cortes General. Madrid 1986. Vol. I. pgs. 766 y siguientes.
- (40).- Como resumen de las Sentencias citadas, valga lo expuesto páginas arriba respecto de la del 31 de marzo de 1981.
- (41).- "El Poder....", ob. cit. pg. 189.
- (42).- El problema está en saber hasta donde, en esta situación, puede extenderse la competencia de esta jurisdicción. Para Serrano Alberca (Comentarios a la Constitución", Civitas. Madrid. 1980, pg. 1221) y Fernández Segado ("La competencia de la Jurisdicción Militar tras la reforma del Código de Justicia Militar", en la obra colectiva "El Poder Judicial" Instituto de Estudios Judiciales, Madrid 1983, Vol. II pg. 1288) no hay dudas que esta puede extenderse a delitos que en situaciones de normalidad no le están atribuidos. No obstante el artº 35 de la L.O. 4/1981 de 1 de junio reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, precisa que cuando el Congreso de los Diputados declare el estado de sitio "se podrán determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar".
- La L.O. 4/1987, de 15 de Julio, en su artº 13 es bien explícita al respecto. La Jurisdicción Militar, en tiempo de Guerra se extendiera a los delitos y faltas que:

1) Se determinen en tratados con potencia o organización aliada.

2) Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuía por las Leyes, por las Cortes Generales o por el Gobierno que estuviera autorizado para ello.

3) Todos los tipificados en la legislación penal común, si se cometen fuera del suelo nacional, y el inculpaado es militar español o persona que siga a las Fuerzas o Unidades Españolas.

4) Todos los cometidos por prisioneros de Guerra.

(43).- Vid. Serrano Alberca, "Comentarios a la Constitución" ob. cit. pg. 1218.

(44).- Por ejemplo los de, Siro Francisco Garcia Perez y Francisco Javier Gomez de Liaño y Botella "Ley Orgánica del Poder Judicial. Documentación legislativa y jurisprudencial. Comentarios", Codex, Madrid 1985.

Por otro lado, previa a su aprobación fueron apareciendo comentarios al proyecto, entre los que cabe citar uno realizado por Jeronimo Arozamena y otros. "Estudios sobre el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial", editado por la Generalidad de Cataluña. Barcelona, 1985.

(45).- La obra en cuestión es la de Victor Fairen Guillen, "Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985". Edessa. Madrid, 1986. La cita viene en la pagina 7.

(46).- Vid. Supra pg.

(47).- Serrano Alberca, J.: "Comentario al artº 117" en F. Garrido Falla. "Comentarios a la Constitución" (Segunda edición ampliada) Civitas. Madrid 1985 pg. 1623.

(48).- Ibidem.

(49).- Rodriguez-Aguilera, C.: "El Poder Judicial en la Constitución" Bosch. Barcelona 1980 pgs. 88 y siguiente.

(50).- Vid. Xifra Heras, J.: "La Jurisdicción en la Constitución....." ob. cit. pg. 2704.

(51).- Cazorla Ruiz-Rico y Bonachela: "Derechos, Instituciones....." ob. cit. rg. 354.

(52).- Vid. Sanchez Goyanes, E.: "El Sistema Constitucional Español". Paraninfo, Madrid 1981 pg. 311.

- (53).- Vid. Gonzalez Casanova, J.A., "Teoria del Estado y Derecho .."
ob. cit. pg. 295.
- (54).- Como así recogen los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela
en "Derechos, Instituciones" ob. cit. pg. 354.
- (55).- Alvarez-Conde.: "El Regimen Político....." ob. cit. pg. 290.
- (56).- Xifra Heras, J.: "La Jurisdicción en la ..." ob. cit. pg.2705.
- (57).- Sainz de Robles Rodriguez, F.C.: "El Poder Judicial en"
ob. cit. pg. 31.
- (58).- Vid. al respecto Serrano Alberca, J.M.: "Comentario al artº
118" ob. cit. pgs. 1700 y ss. Alvarez Gendin, S.: "La Juris-
prudencia del Poder Judicial" Instituto de Estudios Politicos.
Madrid. 1965 pg. 87 y ss.
- (59).- Extraido de Luis Mosquera: "La posición del P Judicial en
....." ob. cit. pg. 692.
- (60).- Derechos, Instituciones, ob. cit. pg. 355.
- (61).- Alvarez Conde, E.: "El Régimen político..." ob. cit. pg. 290.
- (62).- Ibidem.
- (63).- Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela.
- (64).- "Derechos, Instituciones....." ob. cit. pg. 355.
- (65).- De Editorial Planeta, Barcelona 1982.
- (66).- Ibidem pg. 35.
- (67).- Ibidem pg. 36.
- (68).- Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela,: "Derechos, Instituciones....."
ob. cit. pg. 355.
- (69).- Ibidem pgs. 355 y siguientes.
- (70).- En el prólogo de "La Independencia del Juez", de Dieter Simón,
Ariel, Barcelona 1985 pg. XXI.
- (71).- Vid. Infra, Apendice I "Los imprescindibles datos históricos" pag.

- (72).- "El Consejo General del Poder Judicial y la independencia de la función jurisdiccional", presentada a la Primeras Jornadas de - Estudio sobre el Poder Judicial. Agradecemos la gentileza de - permitirnos disponer del original inédito.
- (73).- Mosquera, L.: "La posición del Poder...." Ob. cit. pgs.694 y ss.
- (74).- Ibidem. pg. 695.
- (75).- "Comentarios al artículo 117". Ob. cit. 1622.
- (76).- "Togas para la...." Ob. cit. pg. 41.
- (77).- Antes que nada queremos poner de manifiesto las dificultades - existentes para determinar que se entiende por Poder Judicial - como conjunto orgánico. Al hablar del Ejecutivo o Legislativo no resulta problemático abstraerse de los miembros personales que - los forman para crearnos la imagen de un ente poder. Respecto - del Poder Judicial los problemas son más difíciles de resolver. No se puede, o al menos cuesta trabajo, separar el hombre cuando hablamos de Poder Judicial. Poder Judicial son los Jueces y Magistrados, siempre concatenados, formando un solo núcleo de identificación, individualidades de actuación. No existe concentración de poder. Una cita de Burón Barba (en su trabajo citado en supra nota 72) puede ponernos de manifiesto esta dificultad cuando afirma que, "la institución judicial en bloque comprende al - conjunto de los organos y de las personas que los sirven. Jueces y Magistrados forman un colectivo jerarquizado interiormente en forma peculiar, es decir, constituyen una corporación, un gremio profesional, un "Stand", al que nuestra Constitución llama "Carrera" y ordena que formen un cuerpo único (art. 122.1). Este - cuerpo se entiende diferenciado del resto de los oficios estatales y dotado de un organo de gobierno y disciplina propio. Entre sus características propias y visibles se destaca que el Poder Judicial es ejercido por un gran número de individuos en pie de absoluta igualdad. Se puede decir que el Poder Judicial está todo entero e indiviso detrás de cualquier decisión jurisdiccional. Igualmente, el Poder Judicial constituye (dirá), un tipo de actuación del Poder soberano muy intensa pero a la vez estrictamente localizada y dividida en un número ingente de decisiones - cada una de las cuales puede llegar a ser final e inatacable etc..".
- (78).- Citado por Serrano Alberca en "Comentario al art. 117..." Ob. cit. pag. 1622, nota 19.
- (79).- "El Poder Judicial....". Ob. cit. Vol.I pag. 27.

- (80).- Ibidem.
- (81).- Ibidem pg. 27 y 28.
- (82).- "Comentario al artº 117". ob. cit. pg. 1623.
- (83).- Vid. supra. pg. 118 y ss.
- (84).- Vid. Serrano Alberca, "Comentarios al artº 117 ..." ob. cit. - pg. 1623 y siguientes.
- (85).- Vid. Balaguer Callejon, F. "Las competencias de la Comunidad Autonoma andaluza en la Constitución y en el Estatuto". Edita Junta Andaluza, Sevilla 1986, pg. 185 y 186, donde brevemente comenta las sentencias 25/1981 de 14 de julio y 38/1982, de 22 de junio del Tribunal Constitucional que declaran el Poder Judicial como único en todo el Estado y fijan la posición del Tribunal Superior de Justicia del 152.1 como Organo estatal respectivamente.
- (86).- Vid. a este respecto a Andres Ibáñez y Movilla Alvarez, "El Poder" ob. cit. pg. 222.
- (87).- "Fundamentos del Derecho Procesal", Civitas. Madrid 1981, pg.- 85.
- (88).- Ibidem.
- (89).- En opinion de Victor Fairen ("Comentarios a la ley orgánica - del" ob. cit. pg. 22) a través de la clausula General con que continúa este párrafo 4 del artº 117, el 2.2 de la L.O.P.J. "... y las demás que le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho", -enemiga de la seguridad jurídica- se podría llegar a una dictadura judicial en sabia combinación con el Parlamento (con un Parlamento determinado).
- (90).- Citado por Serrano Alberca en "Comentarios al artículo 117", - ob. cit. pg. 1646.
- (91).- Vid. "L.O.P.J. Trabajos Parlamentarios". Cortes Generales, Madrid 1986. Vol. I. pg. 97.
- (92).- "Fundamentos...", ob. cit. pg. 85.
- (93).- Ibidem. pgs. 85 y siguientes.
- (94).- Vid. Serrano Alberca "Comentarios al artículo 117" ob. cit. pgs 1623 y siguiente y específicamente pgs. 1645 c y 1662.

(95).- La ficción juridico-judicial fácilmente podría conseguirse. Por otro lado hay que tener en cuenta no confundir entre jurisdicción especial y jurisdicción especializada. La jurisdicción civil, Penal y Laboral, serían ejemplos de especialización. Igualmente podríamos considerar a los Tribunales Consuetudinarios y tradicionales (lea e en concreto, Tribunal de las Aguas de Valencia), el Tribunal de Cuentas y porque no, el Tribunal Constitucional.

Podría verse al respecto a Alvarez Conde E. "El régimen político ..." ob. cit. pgs. 283 y siguiente.

(96).- El apartado anterior a que se refiere la enmienda es el actual párrafo 1º del artº 117. Vid. para todo, "Constitución Española. Trabajos Parlamentarios", Cortes Generales, Madrid 1980, Vol. I. pg. 377.

(97).- Enmienda nº 17 al Proyecto de L.O.P.J. Vid. "LOPJ. Trabajos Parlamentarios" Cortes Generales, Madrid, 1986. Vol. I. pg. - 216.

(98).- Ibidem.

(99).- Vid. "L.O.P.J., Trabajos ..." Vol. I, pgs. 488 y 524 respectivamente.

(100).- "L.O.P.J.. Trabajos....." ob. cit. Vol. I pg. 761.

(101).- Ibidem. pg. 762.

(102).- Ibidem. pg. 763.

(103).- Ibidem. pgs. 763 y siguiente.

(104).- Ibidem. Vol. II pg. 1204. La intervención de Nuñez Perez, en el mismo sentido, en pg. 1207 y siguiente.

(105).- Ibidem. pg. 1211 y siguiente.

(106).- Granados Calero, Ibidem Vol. I. pg. 764.

(107).- Vid. Supra. nota 72.

(108).- Cazorla, Ruiz-Rico, Bonachela. "Derechos, Instituciones ..." ob. cit. pg. 357.

(109).- Original escrito.

Por su parte, Sainz de Robles ("El Poder Judicial" ob. cit. pg. 33) opina que "son los jueces, personas concretas de carne y hueso, o de sangre y alma, quienes llevan la independencia cosida a su propia piel. No las instituciones, ni menos las abstracciones. No es que el juez deba ser independiente, sino que, en el momento en que deje de serlo, deja simultaneamente de ser juez".

(110).- Serrano Alberca; "Comentarios al artº 117...." ob. cit. pgs.- 1625- 1626.

(111).- Ibidem pg. 1626.

(111bis)Ibidem.

(112).- Vid. supra pgs. 138 y ss.

(113).- Evidentemente, el juez debe tener un compromiso con la justicia. Ya se ha repetido que este no es el lugar para indagar y enunciar detalladamente cual debe ser la común noción de la justicia. Sin embargo sí podemos afirmar que los jueces habrán de moverse en el plano de comprensión media de una teoría general de la justicia aceptada ampliamente por la comunidad en la que viven y cuyos miembros juzgan. Los jueces y magistrados que acepten no solo en la letra sino también en su espíritu la noción del Estado Social y democrático de Derecho que propugna el artº 1.1., de la Constitución, habrán de proveerse (superadas las teorías contractualistas, sectoristas o divinas) de una teoría sustantiva de la justicia que se aproxime a ese simple esbozo que acabamos de exponer. No debe olvidarse nunca, que en el Estado de Derecho, la idea de la Justicia parte de lo que es razonable. Lo razonable actualmente es la virtud social que ordena el mantenimiento para todos (sin exclusiones) de los niveles de sobrevivencia y el reparto equitativo de los excedentes conseguidos mediante la cooperación. Nuevamente Burón, con su habitual claridad y alcance sentará que, "lo que la sociedad de hoy reclama de sus jueces es que con conocimiento profundo del Derecho y de los hombres, con crítica y valoración serena de los hechos, atrincherados en la independencia que proclaman los textos fundamentales, extraigan de las normas hasta la última gota de la justicia a que aspiran sus ciudadanos". (Su trabajo original ya citado). Por otro lado la imparcialidad tiene mucho que decir en todo ello.

(114).- Efectivamente el problema de los peligros que para la independencia del juez (o de la institución judicial) puede traer un sueldo insuficiente es algo ya ciertamente añejo, pero no

por ello desfasado. Dieter Simón ("La Independencia del Juez ob. cit. pg. 24) nos recordará que el problema económico de los jueces es algo aún no zanjado.

- (115).- Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela. "Derechos, Instituciones ...". ob. cit. pg. 357 y siguientes.
- (116).- Su trabajo original.
- (117).- La posición como funcionario estatal de los Jueces y Magistrados (el personal al servicio de la Administración de Justicia no ofrece duda) es un tema que prácticamente está exento de discusión. Ese tratamiento, sin ningún reparo, es el que ofrece Burón Barba en su trabajo citado cuyo original poseemos.
- (117).- En su punto correspondiente este será uno de los problemas (las competencias) relativas al C.G.P.J. que se estudiarán, por lo tanto, queda pendiente. Valga en este momento esta breve alusión al párrafo 3º del artículo 3, de esta L.O. del C.G.P.J.
- (119).- "Independencia del Poder Judicial", "Revista de Derecho Judicial" Madrid 1970. pg. 42.
- (120).- Vid. Sabino Alvarez Gendin, "La Independencia del Poder Judicial". Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1985. pg. 73.
- (121).- "La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales", en "Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial". Editora Nacional, Madrid 1983, pg. 27.
- (122).- Ibidem pg. 28.
- (123).- Vid. Ibidem.
- (124).- "El Poder" ob. cit. pg. 105.
- (125).- "La Independencia del Poder" ob. cit. pg. 78.
- (126).- Un breve resumen de dicho Reglamento en "Alvarez Gendin", Ibidem. pg. 82 a 86.
- (127).- "La Política Judicial del Régimen de Franco.(1936-1945)". Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1985, pg. 129. No obstante vid. en concreto para el tema del reclutamiento en esta etapa política, las pgs. 130 y ss.

- (128).- Martínez Celcerrada escribirá, refiriéndose a la Oposición, a la que aún considerándole prueba imperfecta es el mejor medio para conseguir una Magistratura libre de favoritismos y benevolencias, que "imprime al seleccionado, a modo de UNCIÓN CARISMÁTICA, el indispensable y santo orgullo, válido ya para toda su vida oficial, de no deber nada al Poder político o a las veleidades del sufragio, más sensible, a la adulación que ningún otro poder de la tierra, y deberse por tanto, él mismo, exclusivamente, a la Justicia y A NADIE MAS". ("Independencia del Poder..." ob. cit. pg. 43).
- (129).- "Magistratura y Justicia", Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1928, pg. 309.
- (130).- "Selección y Formación de Jueces" (Reflexiones de actualidad). Madrid 1973, pg. 8.
- (131).- "La modernización de los" ob. cit. pgs. 30 y siguientes.
- (132).- Sabemos que el acceso a la carrera judicial siempre ha sido problemático. La Revolución Francesa estableció un sistema democrático de selección de jueces ya que si el poder emanaba del pueblo, este debía elegirlo, sistema que funcionó mientras que el juez mecánicamente aplicaba la "Ley popular", la interpretación de la Ley -"referé Legislatif"- quedaba en manos de la Asamblea Parlamentaria. En este momento en cuanto a la "nulidad" del judicial, Montesquie llevaba razón. Posteriormente cuando el Código Civil napoleónico obligó al Juez a fallar sin poder pretextar la oscuridad de la Ley y se suprimió el "refere Legislatif", comienza a exigirse jueces más preparados, más técnicos, convirtiéndose en funcionarios, por lo que la extracción popular ya no tenía sentido. La selección de los mismos debería marchar por otros sistemas: la aptitud sería la pauta. El problema no se escapa, está en quién determina tal aptitud y a través de que procedimiento. Por ahí es por donde se ha hecho más daño que ningún otro a la independencia judicial y sobre todo, al sagrado principio que debe cubrir toda actuación judicial: la imparcialidad.
- Vid al respecto Adolfo Carretero López: "El Modelo del Poder Judicial en la Constitución", en "El Poder Judicial", ob. cit. pg. 744 y ss. y Luis Mosquera: "La Posición del Poder..." ob. cit. pgs. 691 y ss. y sobre todo, para la polémica actual sobre el acceso a la carrera judicial. Vid. Andrés Ibañez Perfecto, y Movilla Álvarez, C.: "El Poder Judicial". Temas clave Madrid 1986. pgs. 105 y ss.
- (133).- "Derechos, Instituciones ..." ob. cit. pg. 358.

- (134).- "El Poder Judicial en la ..." ob. cit. pg. 108.
- (135).- "El Poder". ob. cit. pg. 113.
- (136).- Ibidem.
- (137).- Ibidem.
- (138).- El ministerio reflejará algunos datos comparativos a este respecto: Republica Federal de Alemania, un Juez por cada 3642 habitantes; Austria uno por cada 4876 habitantes; Francia uno cada 6692 habitantes; Italia uno por cada 7482 habitantes-Dinamarca, uno por cada 8700 habitantes, cuando en España las cifras son, un Juez por cada 16.000 habitantes. (Vid. "L.O.P.J Tabajos..." Vol. I. pg. 100.
- (139).- Además se precisará que el sistema irá rodeado de la mayor objetividad. Por ejemplo la composición del Tribunal, que será el mismo que juzga las oposiciones, la titulación exigida; la capacidad de los candidatos, la formación en el Centro de Estudios Judiciales etc. (Ibidem).
- (140).- Ibidem. pg. 101.
- (141).- Ibidem.
- (142).- Ibidem. pg. 107.
- (143).- Ibidem. pg. 110.
- (144).- Ibidem. pgs. 129 y siguiente .
- (145).- Ibidem. pg. 132.
- (146).- Ibidem. pg. 995.
- (147).- Ibidem. pgs. 995-998. En concreto, la cita en pg. 997.
- (148).- Ibidem. pg. 998.
- (149).- Ibidem. pgs. 999 a 1002.
- (150).- Es de destacar que el sistema temporal se instituyó en 1970, con efectos hasta 1980, pero ante el problema de insuficiencia de Jueces y Magistrados, este concurso excepcional, ha sido previsto por ley de 29 de octubre de 1980.

- (151).- Vid. "L.O.P.J. Trabajos....." ob. cit. Vol. II. pgs. 1196 y ss.
- (152).- Ibidem.
- (153).- Vid. Rodriguez Aguilar, C.: "El Poder Judicial en ..." ob. cit. pg. 110.
- (154).- Ibidem. pg. 111.
- (155).- Ruiz Perez, J.S.: "Juez y Sociedad," Agora, Malaga pg. 35.
- (156).- Vid. Rodriguez Aguilera; ob. cit. pg. 112.
- (157).- Mosquera Sanchez, L.: "Sugerencias sobre la aplicación del estructuralfuncionalismo y del sistema en sociología judicial." "Sociología y Psicología jurídicas." Anuario 1975, Barcelona. pg. 91.
- (158).- "Citado por Perfecto Andres Ibañez y Claudio Movilla Alvarez,- en "El Poder Judicial", ob. cit. pg. 124.
- (159).- Aunque curiosamente, en el Anteproyecto de Constitución no se recogerá este apartado 2 del artº 117, haciendo su aparición, como artículo 109.2 en el Informe de la Ponencia, sin recibir modificación alguna hasta su aprobación definitiva. (Vid. "Trabajos Parlamentarios" ob. cit. pgs. 25 (Titulo VI del Anteproyecto donde el artículo 107 no recoge dicho apartado) y pg. 567, donde se acepta la enmienda nº 779 de U.C.D. que introduce dicho párrafo. En la pg. 619 aparece ya el texto de la ponencia.
- (160).- "El Régimen Político" ob. cit. pg. 291.
- (161).- Vid. Andres Ibañez, P., Movilla Alvarez, C.: "El Poder..." ob. cit. pg. 125.
- (162).- No olvidemos que la inamovilidad surge como una garantía de la independencia personal de los jueces frente al Ejecutivo pues al formarse, a partir de la Revolución Francesa la burocracia judicial" (jueces técnicos y profesionales), el ejecutivo se encargó de la administración interna del Poder Judicial. (vid. Serrano Alberca. "Comentarios al artículo 117". ob. cit. pg. 1641.
- (163).- Siguiendo con el Derecho comparado, el artº 97.2 de la Ley Fundamental del Bonn de 1949 disponía: "Los jueces nombrados definitivamente con carácter permanente y numerario no podrán