

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO

"LA CONFIGURACION POLITICA DEL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA"

V^e. B^o.

Tesis Doctoral presentada por el Licenciado Marcelo Huertas Contreras y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Juan José Ruiz-Rico López-Lendinez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

Granada, Septiembre de 1987

"LA CONFIGURACION POLITICA DEL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA"

en-
aa-
Dr.
ez,
sal



UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
CIENCIA POLITICA Y DERECHO INTERNACIONAL
PUBLICO.

GREGORIO CAMARA VILLAR, PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA.

CERTIFICA como Secretario del Tribunal que juzgó el pasado 30 de octubre de 1.987 la tesis doctoral "LA CONFIGURACION POLITICA DEL PCDER JUDICIAL EN ESPAÑA", realizada por D. Marcelo Huertas Contreras bajo la dirección del Prof. Dr. D. Juan José Ruiz-Rico López-Lendánez, que dicha tesis obtuvo, por unanimidad, la máxima calificación de Apto "Cum Laude".

El Tribunal estaba formado por los siguientes profesores
Presidente: Prof. Dr. D. Julio Iglesias de Ussel y Ordás
Catedrático de Sociología de la Universidad de Granada.

Vocales: Prof. Dr. D. Antonio Torres del Moral, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Prof. Dr. D. Modesto Saavedra López, Catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Granada.
Prof. Dr. D. Francisco Balaguer Callejón, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

Secretario: Prof. Dr. D. Gregorio Camara Villar, Prof. Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

Y para que conste y surta efecto donde convenga al interesado, expido el presente en Granada, a tres de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

INDICE GENERAL

<u>INTRODUCCION GENERAL</u>	8
1. Introducción.....	10
2. Los problemas metodológicos (las dificultades para el estudio Jurídico-político del Poder Judicial).....	28
Notas Bibliográficas Introducción general.....	37
 <u>CAPITULO I: LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES</u>	 40
I.1: La denominación Poder Judicial.....	42
I.2: La Justicia emana del Pueblo.....	59
Conclusiones Capítulo I.....	79
Notas Bibliográficas Capítulo I.....	86
 <u>CAPITULO II: LOS ELEMENTOS INTEGRANTES SUBJETIVOS DEL PODER JUDICIAL Y LOS PROBLEMAS DEL ESTATUTO JURIDICO DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS</u>	 96
II.1: Los elementos integrantes subjetivos del Poder Judicial.....	99
II.2: Los problemas del Estatuto Jurídico de Jueces y Magistrados.....	130
II.2.1: Introducción.....	131
II.2.2: Los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial están sometidos únicamente al imperio de la Ley.....	137
II.2.3: Los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial son independientes.....	151
II.2.4: Los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial son inamovibles.....	202
II.2.5: Los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial serán apartidistas y no sindicados aun que tengan el derecho de asociación profesional	211

II.2.6: Los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial son responsables.....	244
II.2.6.A: Responsabilidad penal de Jueces y Magistrados.....	256
II.2.6.B: Responsabilidad Civil de Jueces y Magistrados.....	259
II.2.6.C: Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados.....	262
II.2.6.D: Responsabilidad patrimonial directa - del Estado por el funcionamiento de - la Administración de Justicia.....	267
Conclusiones Capítulo II.....	288
Notas Bibliográficas Capítulo II.....	306
<u>CAPITULO III: LA PARTICIPACION POPULAR EN LA ADMINISTRACION - DE JUSTICIA.....</u>	<u>339</u>
III.1.: Introducción.....	341
III.2: La acción popular como forma de participar en la Administración de Justicia.....	345
III.3: El Jurado como forma de participar en la Administración de Justicia.....	360
III.4: La participación en Tribunales consuetudinarios y tradicionales.....	391
III.5: El sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial como forma indirecta de participación popular en la Administración de Justicia.....	412
Conclusiones Capítulo III.....	433
Notas Bibliográficas Capítulo III.....	440
<u>CAPITULO IV: EL JUEZ ORDINARIO Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCION</u>	<u>471</u>
IV.1: Introducción.....	473

IV.2: Los sistemas de defensa de la Constitución.....	476
IV.3: El sistema de defensa en la Constitución española de - 1978.....	484
IV.4: La cuestión de inconstitucionalidad.....	491
Conclusiones Capítulo IV.....	535
Notas Bibliográficas Capítulo IV.....	545

CAPITULO V: EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL. EL CONSEJO GENERAL

DEL PODER JUDICIAL..... 558

V.1: Antecedentes.....	560
V.2: La Constitución Española de 1978.....	574
V.3: La Ley Orgánica 1/1980 de 10 de enero del Consejo General del Poder Judicial.....	601
V.4: La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial	611
V.4.1: Las competencias del Consejo General del Poder - Judicial en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial y su contraste con la Ley Orgá nica 1/1980, del Consejo General del Poder Judi cial.....	613
V.4.2: El sistema de elección de los Miembros del Conse jo General del Poder Judicial en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial y su pro blemática jurídica.....	625
Conclusiones Capítulo V.....	660
Notas Bibliográficas Capítulo V.....	668

CAPITULO VI: LA CONFIGURACION POLITICA DEL PODER JUDICIAL

VI.1: Las actitudes de la judicatura.....	684
Conclusiones Capítulo VI.....	764
Notas Bibliográficas Capítulo VI.....	768

<u>APENDICE I: LOS IMPRESCINDIBLES DATOS HISTORICOS</u>	770
<u>APENDICE II: CUESTIONARIO DE LA ENCUESTA</u>	874
<u>BIBLIOGRAFIA GENERAL</u>	907

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

A.P.	Acción Popular.
A.P.M.	Asociación Profesional de la Magistratura.
B.J.C.	Boletín de Jurisprudencia Constitucional.
B.O.C.G.	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
C.E.	Constitución Española.
C.E.C.	Centro de Estudios Constitucionales.
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial.
C.I.S.	Centro de Investigaciones Sociológicas.
C.P.	Código Penal.
E.G.M.F.	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
FF.AA.	Fuerzas Armadas.
LECIVIL.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECRIM.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
L.E.F.	Ley de Expropiación Forzosa.
L.O.	Ley Orgánica.
L.O.C.G.P.J.	Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial.
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
L.O.T.C.	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
L.R.J.A.E.	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

M.F.	Ministerio Fiscal.
P.J.	Poder Judicial.
P.N.V.	Partido Nacionalista Vasco.
P.S.O.E.	Partido Socialista Obrero Español.
T.C.	Tribunal Constitucional.
T.S.	Tribunal Supremo.
U.C.D.	Unión de Centro Democrático.
U.N.E.D.	Universidad Española de Educación a Distancia.

INTRODUCCION GENERAL

INTRODUCCION GENERAL

1. INTRODUCCIÓN
 2. LOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS (LAS DIFICULTADES PARA EL ESTUDIO JURIDICO-POLÍTICO DEL PODER JUDICIAL)
- NOTAS BIBLIOGRÁFICAS INTRODUCCIÓN GENERAL

1: INTRODUCCION

Sin género de dudas, el estudio que a continuación vamos a presentar tiene como cualquier otro, biografía y propósito. El propósito como también es habitual surge en cierto modo de la biografía, y de ésta "historia interna" habrá que dar cuenta procurando huir la tentación de hacer retórica paracientífica con el pretexto de ser expresivos.

Como no es muy difícil suponer, una cierta familiaridad con el objeto de estudio permitía simultáneamente detectar sus más importantes lagunas y estar en condiciones de abordarlas. Naturalmente en la familiaridad mencionada influían causas muy varias en las que el azar (afortunado en este caso), no representaba la última. Probablemente tampoco representaba la última causa la relativa calidad de "res nullius" que al objeto mencionado habían otorgado tirios y troyanos.

Tirios y troyanos en este caso podía equivaler a politólogos y constitucionalistas. Porque el escasísimo, aunque valioso tratamiento (sociológico) que a la judicatura se había otorgado en la sociología española se unía el asombroso desinterés manifestado por los constitucionalistas en torno al Poder Judicial. Como resultado de todo ello creíamos estar en condiciones de afirmar que, si el conocimiento del

perfil social del Juez español estaba prácticamente en sus inicios, el conocimiento de las actitudes del juez español no pasaba de estar en gestación y, desde luego, el conocimiento de las actitudes del juez español respecto al orden constitucional establecido en diciembre de 1978 permanecía en el más abrumador de los olvidos.

Complementariamente no mucho más podríamos decir respecto al tratamiento constitucional otorgado al Poder Judicial, por otro lado confiado casi exclusivamente a los procesalistas, dándose por supuesto, incluso en el ámbito de los constitucionalistas, que el estudio e investigación de esta materia correspondía al ámbito del Derecho Procesal, (cuestión esta a la que volveremos páginas adelante).

Al mismo tiempo, la movilidad y efervescencia del objeto vendría a complicar las cosas. Los cambios habidos entre lo que creíamos que decía la Constitución de 1978 y lo que finalmente resultó decir, son buena prueba de ello.

Acudiendo ahora a la "historia interna", prebiografía si se quiere de este trabajo que acabamos de mencionar, una serie de circunstancias semiazarosas nos permitieron, si no localizar, si subrayar la laguna. El Departamento de Derecho Político de la Universidad de Málaga (dirigido por el Prof. Ruiz-Rico), en el que a la sazón desempeñábamos nuestra actividad, tuvo ocasión de contar en el curso 1981-82 con

la colaboración en sus sesiones tanto del Presidente del Consejo General del Poder Judicial como del Director de la Escuela Judicial, acudiendo a estas sesiones buena parte de la Magistratura del territorio judicial que de ese modo desarrollaron un fuerte vínculo con el Departamento. Parte de ese vínculo quedó concretado al convertirse dicho Departamento en editor del primer libro de los últimos años en que un miembro de la Judicatura abordaba este tipo de problemas; reflexionaba en suma sobre su propio papel (J.S. Ruiz Pérez, "Juez y Sociedad", Publicaciones del Departamento de Derecho Político, Universidad de Málaga, 1981).

Trasladados a la Universidad de Granada en el curso académico 1983-84, la incidencia del azar se manifestó en la firma de un convenio entre la Universidad de Granada y el Consejo General del Poder Judicial para desarrollo conjunto de cursos de perfeccionamiento que durante decenas de sesiones hizo compartir las preocupaciones del profesor o el investigador con las del juez o magistrado, poniéndose inmediatamente de relieve que nuestro desconocimiento sobre las actitudes judiciales, y los problemas jurídico-políticos de la regulación legal del Poder Judicial era prácticamente total, especialmente en aquellas materias que tenían el ordenamiento constitucional como telón de fondo.

Por decirlo de manera más clara, mientras que la constitución es-

pañola había producido un cambio singular de la posición del juez, situándose en un plazo mucho más avanzado -si vale usar la expresiva imprecisión- que las homólogas europeas, desconocíamos de manera total cual era la actitud judicial ante esta nueva regulación constitucional del Poder Judicial y de la posición de los jueces respecto al conjunto del ordenamiento. Ante nosotros y de manera más que expresiva se ponía de relieve la existencia de un fuerte "decalage" entre regulación constitucional y práctica judicial. Existía por tanto un "Poder Judicial en España" y un "Poder Judicial en la constitución española". O con otras palabras, el juez diseñado por la constitución y el que se revelaba en la práctica judicial no parecían coincidir demasiado. El papel que el Juez Ordinario jugaba (y juega) en la defensa del Orden Constitucional constituía un campo especial de eficacia probatoria a este respecto, aunque en cierto modo esto sea, como dice el adagio popular, poner el carro delante de los bueyes, es decir, dar cuenta de las conclusiones antes de poner de relieve las premisas. Pero lo que nos interesa destacar desde este momento, es que con harta frecuencia la práctica judicial contradice en los hechos las prescripciones que, en principio, deberían regularla, en suma que es imprescindible prestar atención a la existencia de unos integrantes de un poder fundamental del Estado a los que las prescripciones constitucionales -salvo que se entienda con burdo y simplismo formalismo- han llegado tarde, mal, poco sustantivamente y, si se nos permite por expresiva la ligereza de la indicación, sólo les han alcanzado a contrapelo. Esta al menos

era la visión comunmente consagrada del asunto como más adelante veremos.

Pero es que además, a las mencionadas circunstancias se iba a unir la peculiar actualidad que el Poder Judicial y la Judicatura cobraban en la sociedad y vida política española con ocasiones de diversos "momentos fuertes" entre las que habría que contar los problemas originados por el (obligado) desarrollo de la Constitución en esta materia, el creciente debate sobre el servicio público de Justicia, sobre la ideología de los jueces españoles, la publicación de las primeras memorias del Consejo General del Poder Judicial, las primeras comparecencias ante las cámaras del Consejo, etc., incluso en la parte más dramática y deplorable como es la agresión terrorista(1), que repetidamente convertían a uno de los más desconocidos temas de la vida socio-política española paradójicamente en uno de los más candentes.

Ciertamente la misma actualidad del tema y, por qué no decirlo, el esforzado y admirable empeño de un investigador español había ido sacando a la luz algunos datos más de los anteriormente disponibles que, lejos de llamar a la quietud de la tierra conquistada, inducían a prolongar la urgente exploración del ingente continente apenas descubierto. Porque, en efecto, los fecundísimos trabajos de J.J. Toharia (2) ayudaban de modo decisivo a conocer la imagen del juez existente en la sociedad española pero sin embargo no abordaban, por ejemplo,

estas actitudes judiciales ante la regulación constitucional del Título VI que a nosotros nos parecía decisivo.

Para ser más exactos, parecía como si en la práctica el problema del jurado hubiera conseguido un peculiar "imperialismo teórico" que agotara el esfuerzo en el campo. A nuestra manera de ver, sin embargo, este "tema imperialista" no era, con mucho, el más importante ni el más vocado a significativos esfuerzos prácticos. Un catálogo de cuestiones pendientes de conocimiento afectaría por lo menos a las siguientes: nivel de conocimiento judicial de los mecanismos constitucionales, valoración de las instituciones de defensa de los derechos y libertades, concepción de la independencia sea como independencia en el fallo o independencia del poder, factores de diversos órdenes que podrían afectar negativamente a la independencia, valoración de la "unificación" de la carrera judicial, valoración de la defensa de la constitución encomendada al juez ordinario, concepción del recurso de amparo especialmente en los casos en que se dirige contra resoluciones de los jueces y tribunales, concepción de la cuestión de inconstitucionalidad y los problemas de su práctica, valoración de la prohibición constitucional de la militancia en partidos o sindicatos, estimación de los problemas del asociacionismo profesional, valoración de la composición del Consejo General del Poder Judicial, posición respecto al debate de su autonomía presupuestaria y su potestad reglamentaria, etc.

Junto a ese plano, el desarrollo legislativo en relación al Poder Judicial sacaría a la luz -en ocasiones entre ásperos debates- otro amplio catálogo de cuestiones sobre los que la opinión de la judicatura española era desconocida: valoración de la simultánea carencia de jueces y adelantamiento de la edad de jubilación; Escuela Judicial y su dependencia; cambios en la composición del Consejo General de Poder Judicial, forma de selección de los jueces etc.

Un tercer plano no abordaba problemas de las actitudes judiciales ante la regulación constitucional del Poder Judicial pero sí otros próximos que, a falta de mejor denominación, podríamos llamar "actitudes respecto a la inserción sociopolítica del juez". Es decir, a título ilustrativo: valoración judicial del nivel de discriminación existente en la práctica judicial y sus causas, valoración de la posición, prestigio e independencia del juez durante el régimen de Franco y durante la transición, idoneidad o inidoneidad de los jueces para el Estado democrático y factores que determinan la actitud, actitudes respecto al aislamiento o plena inserción social del juez, actitudes respecto a las posibles corrupciones en la administración de Justicia y sus causas, respecto a las tardanzas en administrar justicia y sus factores, etc.

Obviamente el conocimiento de los datos que anteceden se volvería mucho más provechoso precediéndolo de un conocimiento actualizado

de los perfiles socio-políticos de la judicatura: autoidentificación clasista, origen social, forma de ingreso en la carrera, imagen de la estratificación social, percepción de la lucha de clases, medida (entre otras) de la conciencia de clase, escala de valores, creencias religiosas, autoubicación política, intención de voto, estimación de los factores que conducen al éxito, concepción de la igualdad, etc.

Para acceder al conocimiento de los factores que nos interesaban de acuerdo con el proyecto inicial aunque ampliándolo en determinados casos, obviamente era necesario el diseño de una estrategia -en nuestro caso múltiple, como comprobaremos- dentro de las posibilidades materiales y disponibles y llegados a este punto, hubimos de observar que estábamos presos de nuestra biografía en un sentido más. Lo que rentaba nuestro interés en realidad era un análisis sociológico o científico político de la judicatura española. Sin embargo nuestra actividad se desarrollaba en una Facultad de Derecho y dentro de un área que era la del Derecho Constitucional. Ciertamente no podremos ver en términos de "arrepentimiento" el predominio de la Ciencia Política en nuestro Departamento en un momento en que existía en España una parodia de Constitución, bien al contrario. Lo que sucede es que las cosas habían cambiado, el objeto constitucional existía realmente y abordarlo no nos convertía en cómplices como podría haber ocurrido en periodos inmediatamente anteriores. Lo que ocurre es que la reflexión subjetiva iba a imponer en el tracto verdades objetivas,

también algún desgarró que mencionaremos a continuación. Es decir, de la conveniencia de estudiar el Poder Judicial desde un prisma jurídico político y no meramente sociológico como consecuencia de nuestra inscripción profesional en el Derecho Constitucional pasamos inmediatamente a la necesidad de estudiarlo porque era imprescindible. Permitásenos decirlo de una manera así de plana. Lo que al principio se presentó como exigencia de la mala conciencia se convirtió en seguida en requerimiento imperativo del conocimiento. No habríamos de estudiar la estructura jurídico-política del Poder Judicial por ser constitucionalistas sino porque si no lo hacíamos por lenguaraces que fueran los datos sociológicos, nada iba a saber del Poder Judicial en España ni en un sentido jurídico ni siquiera en el sociológico mencionado. O nos quedábamos en una anatomía judicial carente de fisiología o en una fisiología carente de fundamentos anatómicos. Ni que decir tiene que tras de ello existía una percepción no demasiado entusiasta del estado de la cuestión en la disciplina. Desgraciadamente nuestro estudio jurídico-político no era innecesario.

No hemos de dar cuenta detallada aquí de un desgarró que nos hemos visto obligados a padecer quienes nos dedicamos a esta hidra de muchas cabezas y universal comodín cuando la gélida lógica (o ilógica) de una disposición nos ha obligado a confundir lo sustitutorio de lo cumulativo. Me refiero a la necesidad de optar entre Ciencia Política y Derecho Constitucional "como si" nada tuvieran que ver una

y otra. Las disposiciones vigentes merecen ser tratadas con tanto formalismo como ellas mismas empeñan sin hacer sufrir por ello a las verdades como puños de las exigencias del conocimiento. No vamos a incurrir aquí en la convencional y obligada cita de una polémica ya famosa (3) en la que se confunde demasiado lo jurídico con la tentación rentable eso sí, del formalismo. Quiero decirlo de un modo más sencillo. Si lo que nos interesaba era el conocimiento del poder Judicial en España habríamos de acudir simultáneamente a estrategias proporcionadas por el Derecho Constitucional y por la Ciencia Política. La configuración, al menos topográfica de la tesis puede entenderse de esta manera. El núcleo de la misma está constituido por el análisis jurídico político del Poder Judicial en España, donde jurídico-político significa más que nada una cautela limitativa. No vamos a hacer cuestión de toda la regulación del Poder Judicial en la constitución o su desarrollo sino sólo de aquellos que tienen una neta - dimensión jurídico política y que a nuestro juicio y a grandes rasgos pueden sintetizarse en:

- a) "La declaración constitucional de que "La Justicia emana del Pueblo".
- b) "Los elementos integrantes subjetivos del Poder Judicial".
- c) "Los problemas del Estatuto Jurídico de Jueces y Magistrados".
- d) "La participación popular en la Administración de Justicia".

- e) "La defensa de la Constitución por el Juez ordinario".
- f) "El autogobierno del Poder Judicial".

En fin, ya ha quedado adelantada nuestra intención: analizar jurídica y políticamente el Poder Judicial, y aunque a lo largo de las páginas que siguen se irán examinando las implicaciones, conviene dejar expuestos desde ahora los factores metodológicos que están (expuestos) en el punto de partida y (confirmados) en la meta de este trabajo. Afectan al Poder Judicial, pero no sólo a él. Por presentarlo en su forma más simple: el incremento de estudios de Derecho Constitucional que obviamente, toda nueva Constitución trae consigo, se ha registrado en demasiados casos como equivalente a un predominio del positivismo legalista en torno a la Constitución. De ese modo no sólo se acude tardíamente -es decir cuando ya ha consumado su descrédito en otros terrenos del universo jurídico- al positivismo legalista sino que se hace precisamente en el campo (político en su base) en que este positivismo legalista tiene menos posibilidades de ser eficaz. El positivismo legalista se convierte pues en paradigma de un período de "ciencia normal" con el consiguiente efecto (explorado por Ryan y, en nuestro caso, por Montero y Ruiz-Rico), de imponerse tal paradigma con una severidad positivamente totalitaria. Quien no practique la ciencia de la manera "apropiada" en absoluto contará como científico.

En su fórmula extrema esta implícita o explícita defensa a ul-

tranza del positivismo legalista en el campo constitucional en el libro de García de Enterría -producto de la fusión de apreciables publicaciones precedentes- "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional" (4) (especialmente en su prólogo), en el que la solución para el deficiente nivel de nuestro Derecho Constitucional se encuentra -como Montero recuerda- en un "renovado positivismo jurídico, el rechazo absoluto de la Ciencia Política y una concepción de la ciencia jurídica completamente diferenciada de las llamadas ciencias de la realidad", lo que equivaldría a convertir "la necesaria autonomía de su dimensión jurídica en una imposible autarquía que desconoce su carácter político y olvida su dependencia de factores de diversa naturaleza" (5). (Es curioso comprobar hasta qué punto esta visión coincide con la todavía muy implantada en la judicatura del Juez fundado en el positivismo legalista y complacientemente reducido a ser la boca que pronuncia las palabras de la Ley).

La posición de García de Enterría originó -sabido es de sobra-, una larga polémica con los constitucionalistas, polémica que, con frecuencia, se perdió más en querellas gremiales que en argumentación racional (Lucas Verdú puede representar una saludable excepción en este pobre cuadro) (6). Ahora bien, a nuestro juicio, la protesta de gremio no se tradujo, como sería de esperar, en respuesta de actitudes o en modificación de las mismas en su caso. Queremos decir con ello que el estrecho positivismo legalista que en la confrontación gremial se rechazaba siguió sin embargo dominando los trabajos de una

mayoritaria parte de los constitucionalistas. Hasta tal punto -y se nos permitirá el exceso de la hipérbole a fuer de expresividad-, que la tarea de los constitucionalistas parecía confundir irremediablemente metodología jurídica con ramplón comentario de textos. Garrorna, con la virtud acumulada de llamar las cosas por su nombre, -malgré l'esprit de corps tan dominante en las convenciones de nuestra comunidad científica-, ha señalado no hace mucho que apenas un cinco por ciento de la bibliografía "constitucionalista" producida en los últimos años merecía la pena haber sido escrita (7).

Pero profundicemos algo más en la cuestión y lo haremos a través del concepto de "Constitución normativa" que, fletado a efectos tipológicos por Loewenstein ha conocido tan notoria fortuna (8). Detrás del estrecho positivismo legalista hay una presunción "iuris tantum" y tal vez "iuris et de iure" de que las constituciones- al menos la nuestra- son, por principio normativas (9).

Penetraremos algo más en el argumento porque, a nuestra manera de ver, vale la pena. Como es sobradamente conocido, Loewenstein -contrastando la regulación constitucional y el funcionamiento efectivo de la vida política-, diferenciaba tres tipos de constituciones: normativas, en que ambos planos se ajustaban; semánticas, en donde el divorcio entre ambos planos era tan palpable que la Constitución podía concebirse como poco más que una excusa pretendidamente,

legitimadora; y nominales, en el caso de que las circunstancias socio-económicas y culturales jugaran momentáneamente en contra del ajuste aunque este ajustara en el horizonte como meta final (10).

Lamentablemente las posibilidades de los conceptos servidos por Loewenstein no se han explorado. Por lo que conocemos sólo Azkin ha llevado a cabo algún desarrollo ulterior sobre la tipología pero en un orden de cosas muy diferente al que aquí nos interesa. Por nuestra parte nos interesa destacar tres cosas:

1ª.- Que Constituciones normativas y nominales son conceptos para la elaboración de un modelo; es decir, se trata de "tipos puros o ideales", categorías conceptuales que no pueden darse punto por punto en la realidad. La realidad obviamente es más compleja que el modelo y, por lo mismo sin remedio, lo excede. De tal modo que tiene sentido hablar de constituciones predominantemente normativas, predominantemente nominales o predominantemente semánticas, pero nunca confundir el tipo conceptual con el elemento de la realidad.

2ª.- Si las cosas son de este modo -y pocas dudas pueden haber de ello- habrá que convenir que toda Constitución o, mejor, todo sistema constitucional (salvo que pensemos en términos de "Constitución interna", una Constitución strictu sensu no puede ser normativa, nominal o semántica -lo que sí puede serlo es un sistema constitucional)

contendrá -en dosis diversas y de ahí que se la incluya en uno u otro tipo- elementos normativos, nominales y semánticos.

3ª.-Ocurre sin embargo que el estudio de los elementos no normativos de un determinado sistema constitucional no puede en ningún caso hacerse acudiendo a versión alguna del positivo legalista. Queda tan fuera de su lógica que no se trata de mundos enfrentados sino separados sin posible punto de contacto entre los dos.

Adelantando esto aclaremos de inmediato que no es este el lugar ni esta la ocasión (y teniendo en cuenta la naturaleza del trabajo, ni siquiera podemos) para ocuparnos de todos y cada uno de los múltiples problemas jurídicos que la regulación constitucional del Poder Judicial, lleva consigo. El plano que a nosotros nos interesa (aunque pequeños de repetitivos) es el jurídico-político y sobre él el de las actitudes judiciales. Por tanto nos limitaremos en las páginas siguientes a estudiar aquellos extremos de la regulación Constitucional del Poder Judicial que dejaban abiertos importantes problemas jurídico-políticos de futuro. Es decir, nuestro interés se centrará no solo sobre los problemas "abiertos" de naturaleza jurídico-constitucional sino incluso más profundamente sobre los problemas "abiertos" de naturaleza política. Eso significa que prescindiremos de considerar algunos aspectos del Título VI, como pueden ser elementos impropiaamente presentes en dicho título (por ejemplo, el Ministerio Fiscal, art. 124, o

aquellos otros de naturaleza procesal como puede ser el art. 120, etc. e igualmente algunos otros aspectos de la regulación constitucional del Poder Judicial que, por así decirlo, quedaron definitivamente consolidados y por lo tanto quedaban exentos de debate futuro (por ejemplo la prohibición de los Tribunales de excepción del art. 117.6). Ya dijimos que nuestro interés se centraba en la determinación de los aspectos problemáticos, no definitivamente resueltos, pues precisamente respecto a ellos era respecto a la que nos interesaba conocer las actitudes judiciales.

A nuestro juicio, tales campos problemáticos eran:

En el plano doctrinal, las fuertes dificultades existentes para el estudio jurídico-político del Poder Judicial.

2º. En el plano formal, la afirmación de que la justicia emana del pueblo y sus implicaciones.

3º. Los elementos integrantes subjetivo del Poder Judicial.

4º. El Estatuto de Jueces y Magistrados con especial referencia a su independencia.

5º. El Juez ordinario y la defensa del orden constitucional.

6º. El Autogobierno del Poder Judicial. El Consejo General del Poder Judicial, y sus relaciones con los Poderes Legislativos y Ejecutivo.

2: LOS PROBLEMAS METODOLOGICOS (LAS DIFICULTADES PARA EL ESTUDIO
JURIDICO-POLITICO DEL PODER JUDICIAL)

Recordemos el inicio de este trabajo cuando considerábamos la relativa calidad de "res nullius" que al objeto determinado habían otorgado tirios y troyanos. En este momento concreto nos referiremos a troyanos. Troyanos a los que, al contrario que en otros países, el peso específico social y político de la judicatura apenas les ha despertado interés. Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela nos recordarán que:

" Si contemplamos el tratamiento que el Poder Judicial recibe -
entre los constitucionalistas españoles, probablemente tendre
mos que convenir en la tópica referencia a Montesquieu que -
acaba considerándolo como el poder en quelque façon nulle"(11).

Sorprendiéndole tal cosa a los citados autores, sobre todo al observar que nuestra Constitución tiene pocos extremos tan originales y en cierto modo progresivos como este Título (12). Complica este desdeñamiento troyano el que en las "particiones disciplinarias" se diera por supuesto que el estudio e investigación de esta materia correspondería al ámbito del Derecho Procesal (13), lo que por razones internas de esta disciplina, en vez de resolver las cosas, las haría más confusas, toda vez que como nos refiere Almagro Nosete:

" Tradicionalmente los procesalistas no se ocuparon de establecer los nexos constitucionales entre esta relativamente joven

ciencia y la Constitución, ni sobre todo, de analizar y profundizar en estos nexos, ni, en consecuencia, de propugnar una progresiva y razonable constitucionalización de materias procesales. Explica esta actitud, primero, el empirismo de esta disciplina (práctica judicial o forense), hasta la segunda mitad del siglo pasado, y, en segundo lugar, el enfoque ius privatístico que tuvo el estudio de nuestra disciplina, tributaria, como otras tantas, del patrimonio conceptual del Derecho Civil, en lucha por conseguir su autonomía y, consiguientemente, sus esquemas y sistemas propios; luego, las diferencias y peculiaridades de las distintas ramas jurídicas y la función de proceso respecto de cada una empañaron la visión de una teoría general con consecuencias prácticas; aún hoy, los esfuerzos por construir una Teoría General del Derecho Procesal -posibilidad negada por algún sector doctrinal- no ha cristalizado en obras generales de común aceptación" (14).

Pruebas más que suficientes tenemos de esa implícita incompetencia por parte de los constitucionalistas para tratar el Poder Judicial. Ante acontecimiento tan decisivo y fundamental como es la aprobación de un texto Constitucional por un pueblo soberano, no es de extrañar la aparición de cantidades ingentes de obras al respecto, pero sí es de extrañar, que una de los principales

instituciones, -sin la cual no podríamos hablar de Constitución en su sentido más puro-, como es el Poder Judicial (superada ya la "nulidad" de su capacidad funcional), en un alto porcentaje de estas obras no sufra tratamiento, y cuando se hace, se le describe en media docena de páginas cuando por ejemplo, para tratar alguno de los otros poderes este número de páginas se dispara. (15).

En el terreno monográfico el panorama no es más fascinante. Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachelanos lo descubren cuando nos recuerdan que sólo un par de monografías han aparecido sobre los aspectos jurídico-políticos del Poder Judicial en España, funcionando lo que llaman "principio de estudio por tangencia" (16), o lo que es igual; "el Poder Judicial sólo se aborda en la medida que roza terrenos conocidos" como por ejemplo la organización territorial del Estado, el Tribunal Constitucional, etc., hasta tal punto que en la única obra reciente que se ocupa con cierta amplitud del tema (los tres volúmenes que recogen las ponencias y comunicaciones habidas en las Jornadas de estudio sobre el Poder Judicial organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado) funciona no solo dicho principio de "estudio por tangencia" (a este respecto es expresivo que por dos artículos dedicados a los aspectos jurídico-políticos de nuestro poder, diez se refieran a las relaciones con las Comunidades Autónomas) sino también el "principio de diserción del hic et nunc" en favor de tratamientos histórico comparativos. Aún más, incluso a temas hipotéticos del futuro como las eventuales reper-

usiones del ingreso de España en las Comunidades Europeas se les dedica mayor atención en cuestión y para colmo, los procesalistas, a quienes se les supone desde nuestra óptica competencia, parecen desertar, y en todo caso, no son precisamente los aspectos jurídico-políticos del Poder Judicial los que concentran su atención (17).

Como epítome de esta breve reflexión sobre el "estado doctrinal de la cuestión nos atrevemos a declarar con Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela que, "el Poder Judicial en España se ha estudiado poco y mal pero es que, además, existen dificultades de orden vario (...) para salir de esta situación" (18).

Sintetizando con dichos autores esas dificultades, y por supuesto sin ánimo de exhaustividad, se concretarían:

1º. Desinterés por parte de los constitucionalistas respecto a los problemas jurídico-políticos del Poder Judicial. O en todo caso, se actúa en base al principio del "estudio por tangencia" y el de "deserción del hic et nunc" (19).

2º. Dejación (por tanto) de competencias en (presunto) favor de los procesalistas, quienes no han acertado a establecer los nexos en-

tre Derecho Procesal y Constitución y aunque estos, incipientemente se están estableciendo en la actualidad, no conducen al análisis de las facetas jurídico-políticas de ese poder.

3º. Complicación adicional será la confusión operante en la doctrina española entre Derecho Constitucional Procesal, y Derecho Procesal Constitucional.

4º. Lento desarrollo constitucional. Por unos u otros motivos aún no han quedado satisfechos determinados mandatos constitucionales que afectan al Poder Judicial.

5º. La política de consenso constituyente que, aunque tan históricamente útil, en el terreno del análisis sin embargo nos priva de datos fundamentales que, en su caso y de manera satisfactoria, nos habrían podido orientar (20).

6º. La propia concepción del Título VI -sin duda por aceptables razones de economía constituyente- como cajón de sastre en el que, creando relativo desconcierto, caben cosas que no tienen demasiado que ver con él (por ejemplo el Ministerio Fiscal, al que ya hemos eximido del tratamiento).

7º. Una dificultad suplementaria que vamos a recordar, pero de aplicación en el último capítulo, será la casi carencia total de estudios sociológicos que nos permitan conocer las actitudes de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial. (21)

Este es el panorama que nos encontramos. Por supuesto no todas las dificultades han sido mencionadas, solo las más significativas, lo cual no debe excusarnos de intentar, en la medida de lo posible, estudiar el Poder Judicial desde las coordenadas que nos interesan, del mismo modo que la insuficiencia de ley no excluye el fallo.

Una vez dicho esto probablemente se saque la impresión -por lo demás exacta- de que la introducción de este trabajo no ha consistido en otra cosa que en la presentación de un rosario de quejas y cautelas. Ahora bien, a parte lo que de "estratégico" - en académicas prácticas inveteradas- pueda tener el proceder hay algo más sustantivo que lo ronda. Permite de un lado conocer el estado de la disciplina (en nuestro caso de una disciplina que son varias) que constituye el telón de fondo en el que se opera (y que desde luego, se quiera o no constituye pieza básica del baremo evaluador de los resultados. Decir, como hasta aquí hemos venido sosteniendo, que el poder judicial ha sido poco estudiado por los constitucionalistas, casi nada en sus dimensiones jurídico-políticas) que además es un terreno virgen en lo que a las opiniones y actitudes judiciales res-

pecto a este orden constitucional afecta, no sólo nos protege como investigadores sino que identifica verdades tan grandes como montañas.

Por otra parte, volviendo ahora a las cautelas se nos antoja una exigencia científica de primer orden identificar claramente - aquello que una tesis o una investigación no trata. Sabido es que la "tesis-cosmos" es una tentación de todo investigador incipiente a la que viene a sustituir luego el desencanto de la "tesis-limitada". Ca va de soi. Pero en el trance de lo obvio sí debe exigirse una dosis razonable de autoconciencia: saber cuales son y por qué las partes (ingentes) del cosmos que quedan fuera. En nuestro caso, ya lo sabemos, pero insistiremos aún una vez más, aquellas que siendo fundamentales parecen más propias del tratamiento de los procesalistas pero no solo estas. Interesadamente (por capacidad sobre todo), hemos prescindido de cualquier tratamiento abstracto del Poder Judicial que apunte a problemas de filosofía política. Del mismo modo hemos dejado fuera de análisis el problema de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, que comparativamente tanta literatura han suscitado en base a su falta de plasmación real lo que aconseja suspender su tratamiento hasta algún "más sólido" momento futuro. Finalmente debemos confesar con humildad de una última "deserción", la histórica, que hemos decidido contra nuestros propósitos iniciales y que sin embargo, no nos parece poco ra-

zonada. Queremos decir con ello que cuando iniciamos la investigación que ahora se presenta nos pareció imprescindible realizar un recorrido del tema por la historia constitucional (y hasta la abiertamente anticonstitucional española). Lógicamente, siendo otro el núcleo de nuestro objeto en modo alguno estábamos en condiciones de agotar el Tema. Entre tanto otros investigadores si nuclearon su investigación sobre lo que para nosotros era poco más que incidental u ornamental, (basta pensar en los esfuerzos aún inéditos de Miguel A. Aparicio Pérez o Juan Sainz Guerra sobre el constitucionalismo histórico español y los de Juan Cano Bueso sobre el periodo franquista). No cabía pues en consecuencia más que reducir el propósito inicial a aquellas referencias mínimas desde las que el tratamiento de la actualidad no se volviera completamente incomprensible. Habrá ocasión de verlo en las páginas que se sucedan (22).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS INTRODUCCION GENERAL.

- (1).- Incluso antes de aprobarse el Texto Constitucional por el pueblo español, el 16 de noviembre de 1978 el entonces Magistrado de la Audiencia territorial de la capital de España, Excmo Sr. D. Francisco Mateu Cánovas caía muerto en atentado que se atribuyó la organización terrorista ETA. Más adelante, el 9 de enero de 1979, el presidente de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Miguel Cruz Cuenca fue asesinado, atribuyéndose a los Grapo. Y revisando esta introducción (escribo a primeros de mayo 86). ocurre el fallido atentado contra D. Antonio Hernandez Gil, actual Presidente de C.G.P.J. y del T.S.
- (2).- Nos referimos a "El Juez español. Un análisis sociológico". Tecnos, Madrid, 1975, obra que por supuesto puede considerarse pionera en este campo y a la que volveremos a menudo a ella.
- (3).- Nos referimos a la contraposición entre los profesores García de Enterría-Lucas Verdú (de trascendencia internacional) (Vid. Lucas Verdú, P.: "Curso de Derecho Político" (Vol. IV) Tecnos, Madrid, 1984 pág, 83-123.
- (4).- Editado por Civitas, Madrid, 1981.
- (5).- Montero Gibert, J.: "Moción de censura y mociones de reprobación". En M. Ramírez (ed.) "El desarrollo de la Constitución española de 1978". Ed. Pórtico. Zaragoza, 1982, pág. 425.
- (6).- Lucas Verdú, P.: "Curso de Derecho Político". ob. cit. pgs. 94 y ss.
- (7).- Garrorena Morales, A.: "La obra del profesor Sánchez Agesta sobre el sistema Constitucional español de 1978". Revista Española de Derecho Constitucional, nº 7 pág. 345.
- (8).- Loewenstein, K.: "Teoría de la Constitución". Ariel, Barcelona, 1979, pág. 217.
- (9) .- Aunque como advertirá Loewentein (Ibidem) "Cuando se implanta, sin una previa educación política, una democracia constitucional plenamente articulada en un Estado, recién liberado de la autocracia (...), es casi un milagro si toma raíces inmediatamente".
- (10).- Ibidem, pág. 217-222.

- (11).- Cazorla Perez, J.; Ruiz-Rico López-Lendinez, J.J. y Bonachela Mesas, M.: "Derechos, Instituciones y poderes en la Constitución española de 1978. Ed. Los autores. Graf. Monachil, Granada, 1983, pág. 343.
- (12).- Ibidem.
- (13).- Ibidem.
- (14).- Almagro Nosete, J.: "Poder Judicial y Tribunal de garantías en la nueva Constitución española". En T.R. Fernandez (ed). "Lecturas sobre la constitución española" (vol.I) U.N.E.D., Madrid, 1979, pág. 284-285.
- (15).- Ejemplos podrían citarse y multiplicarse, pero vale la pena que el lector descubra este hecho por sí mismo.
- (16).- "Derechos, instituciones..." ob. cit. pág. 344.
- (17).- Ibidem, pág. 345.
- (18).- Ibidem.
- (19).- Esta referencia, exacta cuando comenzamos a escribir esta tesis en los últimos tiempos se ha ido modificando.
- (20).- Efectivamente, la política de Consenso cierra puertas y oídos secuestrando debates que no ven luz. Recordemos por ejemplo como días antes de abrirse las sesiones públicas de la Comisión Constitucional del Congreso, recordando los problemas creados en la Ponencia por la falta del consenso, que motivó incluso el abandono del Diputado Socialista Peces barba, se llevaron a cabo por los miembros de dicha Comisión algunas reuniones previas con la intención de estudiar la posibilidad de llegar a un consenso antes de los debates de la Comisión y entre los artículos discutidos, por considerarlos ciertamente problemáticos se encontraban los relativos al poder Judicial (Vid. a este respecto a M^a Teresa Freixes Sanjuan, "Crónica de una Constitución consensuada" en "Revista de Estudios Políticos" n^o 40 (nueva época), julio-agosto 1984, págs.113 y 114). Obviamente, las actas de dichas reuniones no se hicieron públicas.
- (21).- Ibidem pág. 345-346.
- (22).- Al respecto de las referencias históricas, Vid. el Apendice I: "Los imprescindibles datos históricos".

CAPITULO I

CAPITULO I: "LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES"

I.1: LA DENOMINACION PODER JUDICIAL

I.2: LA JUSTICIA EMANA DEL PUEBLO

CONCLUSIONES

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

I.1: LA DENOMINACION PODER JUDICIAL

Debemos aclarar desde el inicio que no se trata de determinar qué se entiende por "Poder Judicial", cual es el concepto de "Poder Judicial". Este es un tema que desde su primera formulación obviamente ha sido más que tratado por infinidad de autores. En este momento sin embargo se trata de analizar, quizás más política que jurídicamente la expresión que encabeza el Título VI de nuestra Constitución; o más concretamente, analizar, la denominación que rubrica el Título VI. En este caso lo oportuno sería preguntarnos por ¿qué llevó a nuestros constituyentes a utilizar tal expresión?, e igualmente preguntarnos si dicha expresión conlleva algunas implicaciones jurídico-políticas significativas?, ¿qué se pretende con ese enunciado?. Sabemos que es en el título VI donde únicamente se utiliza la expresión "Poder" (que no se utilizaba desde la Constitución de 1869) (1), sin llamar de esta manera al Legislativo ni al ejecutivo, lo que en principio evidentemente aparece como una incoherencia. Las opiniones en la doctrina no solo son múltiples sino que a veces son contradictorias.

Para Cazorla, Ruiz Rico y Bonachela, "las alabanzas que la denominación recibe casi siempre se fundan en la conveniencia de resaltar, incluso simbólicamente, su independencia, o al menos la dimensión de la independencia, que significa su equiparación con los otros poderes del Es

do" (2). Un ejemplo de esta posición lo podrían representar los profesores Sanchez Agesta y Peces Barba.

Para el primero; "Esta (...) terminología fue discutida en el debate constitucional y se puso un especial énfasis en mantener la singularidad de este término para subrayar el carácter de independencia que se atribuía a la potestad jurisdiccional" (3).

Por su parte, el profesor Peces Barba escribirá aún con mayor entusiasmo que: "No es casual que a la Jurisdicción se le denomina Poder en nuestro texto constitucional. Tal denominación significa todo un estado de la relación entre los poderes en la evolución histórica del constitucionalismo. La función judicial, la más débil inicialmente en la división clásica de Montesquieu, es hoy, en muchos aspectos y especialmente en la libertad e inmunidad de su creación normativa, la más poderosa" (4).

Pero los pronunciamientos doctrinales en este sentido no se agotan aquí.

Rodriguez Zapata por ejemplo, (5) entiende que con esta denominación parece que se trata de marcar la independencia del Poder Judicial dejando de ser un "Hilfsgewalt" encadenado al Poder Ejecutivo.

vo. Por otro lado, este mismo autor aplaude esa rúbrica si "sirve para superar la centenaria penuria de nuestra Administración de Justicia" (6).

Efectivamente, están cargados de razón los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela al resaltar la intención de la denominación del Título VI: la independencia. Pero independencia apoyada, más que en otra circunstancia en el añejo principio de la división de poderes, o por lo menos, esto es lo que se vislumbró en las discusiones parlamentarias, cuestión que por supuesto no resultó improblemática, aunque bien es cierto, bastante menos que otros temas de menor importancia y trascendencia pero que sin embargo contribuían más al lucimiento personal (o de grupo) que a verdaderas intenciones de solucionar y perfeccionar serias cuestiones en orden al nuevo sistema político que se quería construir (7). Acudiendo a estas fuentes, ya en el mismo anteproyecto se intentó modificar la originaria denominación "Del Poder Judicial" por "De la Justicia", motivadas en resumidas cuentas porque no se hacía referencia a otros poderes (8), siendo esta prácticamente la fundamentación de la defensa de las siguientes enmiendas en el curso del proceso constiuyente que se presentaron con intención modificadora de la rúbrica del Título VI.

Bien vale recordar de entrada que en un momento de la defensa de su enmienda, el sr. Lopez Rodó entendió que sólo se trata de un

problema terminológico, estando el fondo garantizado. Veamos sus palabras:

"... creo que estamos aún a tiempo de corregir este defecto terminológico... (que)... no trata en absoluto de mermar la independencia de la justicia... que está perfectamente recogida y salvaguardada en el art. entonces 109..." (9)

Por supuesto, la cuestión no es tan simple ni flota tan a primera vista. Ahí late un problema de mayor profundidad que lo veremos líneas adelante. Pero siguiendo con el problema terminológico, y utilizando al Senador Satrústegui Fernández, que quizá fue quién con mayor ahínco intentó el cambio de denominación, igualmente a primera vista pudiera parecer que su verdadera motivación para enmendar la rúbrica del Título VI fuera en verdad una cuestión terminológica. Agotada la defensa de su enmienda nº 421 al texto aprobado por el Congreso (10), solicitaría a la "Comisión Mixta" que:

"Puesto que se designa a la organización judicial Poder Judicial, (...)... considere la posibilidad de que el título III,... se designará "Del Poder Legislativo".; y en el título correspondiente al Gobierno y a la administración se pusiera "Del Poder Ejecutivo"..." (11).

Efectivamente, visto de esta manera parece resultar una cuestión terminológica, pero aún así, ¿Poder Judicial y Justicia son términos absolutamente distintos?, o para evitar problemas meramente semánticos e incluso de ciencia Jurídico política o filosófica (no se trata de analizar el concepto de Justicia), ¿se entiende como distinto el hablar de Poder Judicial o de la Justicia?

A este respecto nos servirá de útil ayuda Pedro Cruz Villalón (12) cuando afirma que:

"la expresión "administración de Justicia" - y ello lo mismo en nuestro constitucionalismo histórico que en nuestra Constitución vigente - significa tanto como Poder Judicial... (pues)... no afecta a la función o potestad jurisdiccional, la de administrar Justicia..."

La polémica suscitada a este respecto parece solucionarla cuando continúa diciendo:

"... La Constitución (...) utiliza de manera indistinta ambas expresiones, sin que parezca posible establecer significados distintos en cada caso..."

Más adelante destacará aquellos preceptos donde se utiliza la expresión Poder Judicial, en concreto:

- Encabezamiento del Título VI
- Art. 117.1
- Art. 122.2 y 3
- Art. 123.2
- Art. 124.4
- Art. 127.2
- Art. 152.1
- Disposición Adicional 4ª,

y aquellos otros donde se emplea la expresión Administración de Justicia:

- 117.1 (Se trata de una alusión indirecta)
- 121
- 125
- 149.1-5º.

Concluirá su observación afirmando que:

" Del contraste de ambos grupos de preceptos lo más que cabría concluir sería una preferencia del legislador constituyente por la expresión "Poder Judicial" a la hora de referirse predominantemente al aspecto orgánico de la "Administración de Justicia", en tanto cabría observar una propensión al empleo de la fórmula "Administración de Justicia" a la hora de contemplar predominantemente el aspecto funcional del

"Poder Judicial" (13).

No hay dudas que éste es el buen camino en este problema conceptual. Gordillo García ha podido escribir en sentido parecido que:

" El conjunto de órganos judiciales a los que se atribuye el ejercicio de la función jurisdiccional es a lo que se llama "Poder Judicial..." (14).

Aunque se nos acuse de simplistas y quizás precipitados, queremos con ello dar por terminado este problema terminológico, porque entendemos que como tal problema carece de importancia capital. Poder Judicial o Administración de Justicia puede significar lo mismo, o en todo caso, debe significar lo mismo, es decir; desarrollar una de las capitales funciones de un Estado Democrático y de Derecho: la Justicia, y ello a través o por medio de una organización concreta y específica (15).

Pero como adelantábamos páginas arriba, el problema conceptual no se queda en ese aspecto terminológico, es de mayor profundidad: afecta a la independencia, apoyada en el principio de la división de poderes.

¿Se podría entonces considerar al Poder Judicial como auténti-

co Poder?.

Hagamos un repaso a la doctrina española en referencia a nuestra regulación constitucional.

Para Carretero Pérez, el hecho de que el Título VI de la Constitución hable de Poder Judicial significa la aceptación clara de la doctrina de la División de Poderes, y que uno de ellos es el tercer Poder del Estado, con la misma categoría que los demás (16).

En la misma obra colectiva, Rodríguez-Zapata Pérez dirá literalmente:

" La Constitución española de 1978 califica la Justicia como verdadero Poder. El tercer Poder -ha afirmado Luis Mosquera- se ha consagrado decididamente como tal, sin ambages ni rodeos" (17).

Hasta aquí, se evidencia que el Poder Judicial se considera a nivel de paridad con los otros poderes, es decir, forma parte del núcleo esencial de las instituciones fundamentales del Estado con la misma categoría e importancia. Pero no todas las interpretaciones han sido de esta índole. La expresión Poder Judicial ha sufrido críticas, desde diversos ángulos. Se le ha criticado por tratarse de

una expresión poco democrática, y ello en un doble sentido:

a) Por absoluta. Es decir, por considerar al Poder Judicial en virtud de dicha denominación por encima de los otros poderes.

b) Por defecto. En este caso se considera al Poder Judicial inferior al resto de poderes fundamentales y con esa expresión parece intentar un equilibrio que no pasaría de nominal.

En cuanto al primer extremo, recordemos que un principio fundamental de las organizaciones políticas democráticas es el equilibrio de poderes, sustituyendo al poder absoluto. Pues bien, el Senador Sr. Satrústegui, ya aludido, defendiendo su enmienda nº 421 dirá:

" Quienes durante muchos años hemos luchado por un Estado Democrático, hemos insistido en la necesidad de la unidad jurisdiccional, hemos insistido en la independencia de los Tribunales, pero no hemos pretendido que el único poder que se reconociera fuera el Poder Judicial" (18).

Ciertamente, forzando las interpretaciones y con el Texto Constitucional en la mano, parece que se va contra el principio de división de poderes, pues solo existe, formalmente, uno. Pero con otra interpretación igualmente forzada parece que se trata de salvaguar-

darlo. Intentemos aclararlo. Montesquieu comienza el capítulo VI libro XI de su "Esprit des lois" diciendo (y no es nuevo):

" Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance executive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance executive de celles qui dépendent du droit civil",

y sigue casi inmediatamente:

"Tout sérail perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou de peuple, exerçaiient des trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers..." (19)

Efectivamente, los tres poderes no pueden pertenecer a la misma persona, o pueblo, pues "todo se perdería". Así, había que salvar el sistema político antes de perderlo, sobre todo cuando el párrafo 2º del artículo 1º de la Constitución lo intenta, pues en el pueblo reside la soberanía y de él emanan los poderes del Estado. ¿Solución posible? Llamar "poder" a uno de los tres clásicos de Montesquieu y al resto silenciarlo (20) y este poder será el judicial, precisa-

mente el que no emana directamente del pueblo, aunque esto, en principio no es ningún problema, porque:

"La Constitución Española no titubea al proclamar que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado" (artículo 1.2). De la misma manera que no vacila al designar expresamente como "poder" al judicial. Consciente de que, sin embargo, de no elegir a los jueces mediante sufragio directo, los que resultan designados según la Ley, van a ejercer un poder que originariamente les pertenece" (21)

Así pues, el judicial es un poder originario a través de la ley y para "enfaticar" aún más la separación de poderes (22), a la vez que para superar la vieja malicia de la doctrina del Estado de Derecho Liberal de retener por el Ejecutivo la función de gobierno del Poder Judicial, se tratará de concederle un "autogobierno" a nuestro poder no dependiente de ningún otro. Para ello no hay mejor vía que utilizar el Desarrollo Constitucional (23) que concede al legislativo (que no se dice que sea poder) la facultad (bajo recomendación del Ejecutivo, que tampoco se dice que sea poder) para nombrar a los miembros de ese autogobierno (que en este caso sería ya "gobierno dado") (24).

En una hipotética revisión constitucional (no nos pronunciamos

aquí obviamente sobre su conveniencia) podría aumentarse la coherencia si el legislativo pasase a denominarse "Poder", el Ejecutivo "Pendiente" y el Judicial "Dependiente". El párrafo 2º del art. 1º de la Constitución quedará igualmente salvado con un pequeño retoque:

"El Poder Legislativo emana del pueblo, del que a su vez emana el Ejecutivo y depende el Judicial".

Acéptesenos esta pequeña licencia que imaginamos expresiva para intentar aclarar una contradicción de hecho, o patentizar parte de ese "decalogo" ya anunciado en la introducción entre las prescripciones constitucionales y la realidad constitucional.

La otra acusación que se le hace a la denominación "Del Poder Judicial" es igualmente de expresión poco democrática, pero en este caso por defecto, es decir, se le considerará "menos poder" que al legislativo o al ejecutivo. Recordando nuevamente al Sr. Latrústegui, dirá en su petición a la Comisión Mixta que a su juicio, el Poder Judicial:

"es el menor de los poderes (el verdadero poder es el parlamentario que emana del pueblo".

Continuando más adelante su petición de denominar "poderes" a todos ellos (y de llevarse a cabo ello) concluirá que (de esa manera),

" Por lo menos resultaría que los verdaderos poderes serían designados con la misma jerarquía que el Poder Judicial" (25).

Esta última cita es esclarecedora y bien podría interpretarse que jerárquicamente el Poder Judicial está por encima de los demás, aunque evidentemente "no es verdadero poder". Pero ya antes, en la justificación de su enmienda nº 421, dirá Satrustegui:

" No hay razón para que en una Constitución democrática como la nuestra, se reserve la palabra "poder" para el órgano del Estado cuya estructura administrativa se prevé al margen de controles democráticos" (26).

Y es curioso observar como en la defensa de la enmienda perfila ese carácter; aunque quizás tenga ya en cuenta el artº 116 del proyecto aprobado por el Congreso: (27).

" No hay razón para que en una Constitución democrática como - la nuestra se reserve la palabra "poder" precisamente para el órgano fundamental del Estado que no surge de la voluntad libremente expresada por el pueblo..." (28).

Y finalmente, como en la rectificación a la intervención al Senador Angulo Montes, Satrústegui nuevamente solicita, en caso de mantenerse el título "Del Poder Judicial",

" decidir la revisión de los otros títulos para que no se dé la genialidad de que la nuestra vaya a ser la única Constitución europea moderna que tenga un título "Del Poder Judicial" cuando no se denomina así a los demás poderes verdaderamente democráticos" (29).

Este, más o menos es el estado de la cuestión. El Poder Judicial -al margen de que sea o no poder- se caracteriza por su conciencia de procedencia democrática y se podría pensar que se denomina "Poder", precisamente cuando no lo es, como estrategia compensatoria y de enmascaramiento. Lo que ocurre es que, volviendo con Sainz de Robles -para quien no hay dudas de que existe un Poder Judicial, ejercitado en realidad por cada Juez o Tribunal-,

" La judicialización del Estado de Derecho actual deja, en rigor, al Poder Judicial bajo el control del pueblo del que, según - la Constitución, emana la Justicia" (30).

En conclusión pues, podríamos afirmar que, 1º, no existe separa-

ción de poderes al menos formalmente, y no ya solo por cuestiones terminológicas, sino de contenido porque en el régimen de una Monarquía Parlamentaria es evidente que ni el Parlamento se limita a legislar ni el Gobierno a ejecutar. (31).

2. También se pone cuestión el problema de la independencia orgánica de los poderes. Igualmente son conocidas las interrelaciones de los poderes fundamentales en un régimen Parlamentario.

Entonces, ¿qué valor le damos al encabezamiento del Título VI?, o mejor de otra manera, ¿qué posición mantenemos al respecto?. Para responder asumimos aunque no al completo la posición de Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela cuando concluyen que depende del valor que se le exija a dicho encabezamiento; así si es un valor descriptivo, la denominación probablemente peca por exceso, dada de un lado la dependencia en que el Poder Judicial se encuentra respecto del Ejecutivo (Recursos materiales) o del Legislativo (nombramiento de los miembros del Consejo); dado por otro que la denominación cubre inadecuadamente realidades que no son propiamente Poder Judicial (el Ministerio Fiscal por ejemplo). Ahora bien, si el valor que se le exige es simbólico y lo que quiere resaltarse -a medio camino entre la realidad y la aspiración- es su independencia (diferenciación) de los otros poderes fundamentales del Estado (32), en este caso convenimos que la denominación es acertada y su intención entra más

que sobradamente en el terreno de lo lógico (33).

A la hora de concluir volveremos a referirnos a ello.

I.2: LA JUSTICIA EMANA DEL PUEBLO

En el art. 117.1 de la Constitución se señala que:

"La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey...".

Claramente se advierte al primer golpe de lectura una manifiesta contradicción en este texto: la soberanía del pueblo en esta materia y la titularidad jurisdiccional no corresponden a la misma persona. De la Oliva Santos ha escrito a este respecto que:

"La fuente y el administrador supremo de la Justicia son, por tanto, diferentes. Aunque la Justicia emana del pueblo, no se administra en su nombre, sino en el del Rey, de quién no emana. ¿Cuál es entonces, el mecanismo que transfiere la justicia, emanada del pueblo, a las manos del Rey, para que en nombre de éste se administre?. Enojosa cuestión que más vale sepultar. Pero no entiendo el por qué de este efugio y de esta sinuosidad. Mejor dicho: sí entiendo el por qué. Y lo que se me antoja inexplicable es que los proyectistas constitucionales hayan cometido la ingenuidad de pretender satisfacer con esta fórmula, al pueblo y al Rey, cuando obviamente, ambos pueden quedar insatisfechos" (34).

Así pues, nos encontramos en esta primera parte del párrafo 1º del art. 117 dos supuestos completamente distintos y contradictorios. Por un lado la afirmación de que "la Justicia emana del pueblo" y por otro, el que ésta se administra "en nombre del Rey".

Comenzaremos por el análisis de la segunda afirmación, toda vez que la misma parece plantear menos problemas, máxime cuando nuestra Constitución dispone en el artículo 56.1 que la Corona asume la más alta representación del Estado Español así como ser, o erigirse en el símbolo de su unidad y permanencia, lo que parece eliminar de inmediato toda confusión al respecto.

Y en este sentido camina Murillo de la Cueva, para quien la razón de que el Poder Judicial dicte sus fallos en nombre del Rey, -extraña invocación sobre todo cuando el artículo 1.2 de la Constitución establece que "la soberanía nacional reside en el pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado", y en consecuencia debería administrarse igualmente en su nombre (35)-,

"... no es otra que la necesidad de ser coherente con el carácter - que el artículo 56.1 atribuye a la Jefatura del Estado al configurarla como símbolo de la unidad y permanencia del Estado. Esta consideración hace que el rey manifieste las decisiones de aquellos poderes que, por expresar la soberanía, se refieren, en último extremo, a la voluntad estatal que, lógicamente, es única. Por eso,

sanciona y promulga las leyes, propone y nombra al Presidente del Gobierno y a los funcionarios, y firma los Reales Decretos que contienen los actos de ejecución de las leyes. Por eso mismo, también debe estar presente en el ejercicio de la función judicial y esa presencia se realiza de la manera indicada.

De este modo, la referencia al Rey, en cuanto Jefe del Estado y símbolo de su unidad y permanencia, sirve para imputar los actos de los órganos judiciales al Estado en cuanto unidad" (36).

González Casanova estimará que esta fórmula del 117.1 es poco afortunada, pero sin embargo demuestra la vinculación existente entre el principio de soberanía popular y la administración de Justicia, que se realiza en nombre del Jefe del Estado por simbolizar la unidad del ordenamiento jurídico estatal (37). Por su parte, de Esteban y López Guerra, entenderán dicha fórmula como "redacción de compromiso entre el origen popular de la Justicia, que tiene su fundamento último en la misma soberanía del pueblo, y la versión del antiguo Derecho español basada en el origen real de la Justicia, de la que quedó en las Constituciones el vestigio de su aplicación en nombre del Rey, como símbolo que es de la unidad del Estado y primera magistratura de este" (38).

Así pues, observamos que esa invocación al Rey para administrar justicia tiene, por un lado, una clara fundamentación jurídico-constitucional que se apoya en el art. 56.1, pero por otro, aparece una vertien-

te que podríamos denominar político-tradicional, pues se ha considerado comprensible (dicha invocatio regi) por respetar fórmulas tradicionales españolas. Efectivamente, para Lucas Verdú:

" La invocatio regi en cuanto a la administración de Justicia, es - la transposición de un residuo histórico monárquico que pierde su contenido efectivo convirtiéndose en una vertiente simbólica típica de la forma política monárquica.

Así como la fluencia, la emanación de la Justicia del pueblo indica una forma democrática de integración del Estado, su administración en nombre del Rey, sin perjuicio de tal legitimidad popular, la aureola con el decoro mayestático de la monarquía. Y en este sentido contribuye simbólicamente a integrar el Estado" (39).

Así es y obviamente esta expresión, - la invocatio regi-, no se encontrará en el texto republicano de 1931, en donde, según el art. 94.1, la Justicia se administra en nombre del Estado, ni por supuesto en la Ley Orgánica del Estado de 1967, para quién la Justicia se administrará, según el artículo 29, "en nombre del jefe del Estado" y ello evidentemente, porque "tanto el régimen republicano como el franquista, consideraron necesario, aunque arrancando de presupuestos ideológicos

contrarios a la Monarquía Constitucional, la invocación a una entidad despersonalizada. El Estado (en la República para la administración de Justicia) y al Jefe del Estado, en el régimen franquista en punto a la administración de la Justicia". (40)

Resumiento -como lo hace Xifra Heras-, y de esta manera damos por concluido el problema, "La Administración de Justicia en nombre del Rey responde, no obstante, a un principio tradicional contenido en todos los ordenamientos de los reinos hispánicos medievales, que conserva no solo una justificación honorífica y simbólica, sino incluso una razón de ser vinculada a la función de arbitrar y moderar el funcionamiento de las instituciones, que es una de las atribuciones que la Constitución reconoce al monarca (artº 56.1)" (41).

Pero no obstante nos inclinamos hacia la posición de Bentham, para quien, la Justicia, por su alta trascendencia y dignidad no necesita administrarse en nombre de nadie, o en todo caso, tiene méritos suficientes para administrarse en su propio nombre. (42).

O en todo caso entendemos que, el que "la Justicia se administre en nombre del Rey", no encierra especiales problemas porque no establece dicha afirmación el más mínimo compromiso práctico con la realidad. Por citar un ejemplo al respecto, el Derecho de Gracia, que es propio del Jefe del Estado (artº 62.i de la Constitución) podría en-

tenderse como la (única) intervención de este en la "función jurisdiccional", pero (al margen de connotaciones políticas) intervención a posteriori y por supuesto sin perjudicar la independencia del Poder Judicial.

El segundo aspecto (aunque sistemáticamente el primero) de la primera parte del párrafo primero del artículo 117, procede de la afirmación de que "La Justicia emana del pueblo".

En estas "simples" cinco palabras se observan cosas, cuestiones, contenidos, distintos, distantes, y aunque no contradictorios, sí al menos problemáticos, sobre todo si se trata de relacionarlos directamente. Veamos.

Justicia y pueblo son las expresiones que utiliza el artículo 117; ¿qué quiere decirse, entonces con el término Justicia, y de otra parte, con el término pueblo?. Es decir, ¿a qué se refiere?.

Al igual que en el epígrafe anterior abordamos de entrada el segundo de los interrogantes, y no por menos problemático, sino porque a nuestros efectos requiere menos detenimiento.

Entonces, ¿qué quiere decir con la expresión pueblo?. La razón de

plantearnos esta interrogante no se basa si no en la propia confusión que nos ofrece el texto constitucional puesto que empleará unas veces ésta de pueblo (también en plural) (43), y otras indistintamente las de "Nación", "Estado", "España, españoles, ciudadanos, todos, personas, habitantes, la sociedad española..." (44).

Evidentemente, y sin entrar en un análisis pormenorizado de estos conceptos, no es lo mismo decir "el pueblo que la nación", -(aunque el artículo 1.2 sintetiza ambos conceptos (45)-, ni "todos los ciudadanos" que "el pueblo", cuando precisamente es la propia Constitución quien limita el propio carácter de pueblo y el de ciudadanos. Por ejemplo, el 92.1 habla de referéndum consultivo de "todos los ciudadanos", y el 66.1, nos dirá que "Las Cortes Generales representan al pueblo español...". ¿Pero quién refrenda y quién elige en estos 2 casos. Obviamente los que a ello tengan derecho reconocido sin ninguna limitación legal (46). Es decir, al menos, con la Ley (electoral) en la mano, podrán votar los mayores de edad, luego "el pueblo será, en principio, "todos los ciudadanos mayores de edad", de los que obviamente "emana la justicia", (o el Poder Judicial como más adelante observaremos). Sin embargo conocemos que el art. 14 dispone que "los españoles son iguales..." y hay que pensar por lo tanto a la vista del texto de este artículo que también se refiere a los mayores de edad, es decir, los españoles mayores de edad son iguales ante la Ley. Y debe ser así porque para conocer y usar el castellano (art. 3.1) así como para tra-

Art. 35.1) tienen derecho "todos los españoles", es decir, incluidos los menores de edad (47). Crear la Justicia (o el Poder Judicial), solo es patrimonio de unos, los mayores de edad y los no incapacitados políticamente, a pesar de la contundencia del art. 139.1, cuando afirma que: "Todos los españoles tienen los mismos derechos...". ¿Incluidos los menores?. Podría argumentarse que si aplicamos el adverbio "todos", se llegaría (a la locura) de pensar que (recordando el artículo 15 y su polémica) hasta los animales domésticos y los lirios de los campos deberían participar en la "creación" de la Justicia. Pero no compliquemos el tema. Únicamente diremos, que el concepto de pueblo que se infiere de nuestro ordenamiento constitucional se inscribe en la tradición demoliberal inspirada por la imaginación jurídico-política de la burguesía que llega a nuestros días, por lo que la expresión "la justicia emana del pueblo" cubre significados demoliberales que arrancan de la posición garantista del individualismo y del liberalismo iluminista, luego modulada por la calificación nacional de la soberanía. Cuando se habla entonces de "Pueblo", se hace referencia a una categoría jurídico-política (no demográfica, como sería el caso de "población"), como también se refiere al elemento (personal) del Estado en su calificación de soberano, que junto con el poder y el territorio, configuran a aquel. En suma, el pueblo del artículo 117.1 no es sino la mayoría soberana del Estado español legitimada para participar en las decisiones políticas de especial trascendencia puesto que, aunque la soberanía corresponda originariamente según la Constitución

a la Nación española, aquel es el titular de la misma. Lo que ocurre es que esa "participación" (y ello evidentemente provocado por la propia configuración del sistema político), no es todo lo ágil que se desearía. Baste citar algunos ejemplos al respecto; las condiciones por poner un caso, dispuestas en el artículo 87.3 para ejercer la iniciativa legislativa popular, como la delimitación de materias que impone; o cuando el artículo 125 dispone la intervención del Jurado solo en "aquellos procesos penales que la ley determine", o la consulta popular del artículo 92, etc. (48).

El segundo de los interrogantes pendientes era el referente al término "Justicia" que emplea el artículo que en cuestión tratamos. ¿Qué significa el término Justicia empleado en el párrafo 1º del artº 117 de la Constitución?

Con tino escriben los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela: "He aquí que el artículo 117.1º: de la Constitución se olvida de la combatida denominación "Poder Judicial" en el momento en que el concepto era más preciso para sustituirlo por "la justicia" lo que, desde un punto de vista, es inapropiado y, de otro, reiterativo" (49).

La unanimidad doctrinal en este sentido es prácticamente total siendo incontables por tanto las afirmaciones doctrinales de contenido idéntico. No obstante citemos algunas de las opiniones más expresivas.

Alvarez Conde escribirá lo siguiente:

"El artículo 117.1 señala que "la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey", lo cual puede constituir una reiteración innecesaria teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1.2, ya que el Poder Judicial, como poder del Estado, emana del pueblo español. Sin embargo, el artículo 117.1 no menciona expresamente al Poder Judicial, sino a la Justicia, expresión ésta que no debe identificarse con el valor Justicia a que se refiere el artículo 1 de nuestra Constitución, sino con la expresión "Poder Judicial", ya que no puede afirmarse que la justicia emana del pueblo, lo que sí sucede con el Poder Judicial...." (50)

Del siguiente tenor escribirá Lucas Verdú: "la expresión, "la Justicia emana del pueblo..." es, ciertamente, inexacta porque lo que el constituyente ha querido decir es que el Poder Judicial... emana del pueblo a tenor del artículo 1.2.

En efecto, la Justicia es un valor que no crea el pueblo, ni sus representantes, sino que ha de ser reconocido y aplicado". (51)

Y finalmente, será Xifra Heras quien advertirá que: "la redacción (se entiende que la del párrafo 1º del artículo 117) no es muy acertada, pues una cosa es la Justicia y otra el Poder Judicial encar-

gado de aplicarla. Este último, por ser expresión de la soberanía, emana ciertamente del pueblo pero no así la Justicia considerada como valor supremo de igualdad y de proporción. La Justicia, en su significación propia, no emana del pueblo, sino que va hacia el pueblo, por la sencilla razón de que nadie puede engendrar aquello que no tiene...

De ahí que la constitución menciona la "Justicia", tanto en el artículo 117.1, como en el 119 y en el 124.1 se refiere a la potestad jurisdiccional o a su ejercicio por los jueces y magistrados, y no al valor supremo del Derecho"(52).

Evidentemente se patentiza que la expresión "Justicia", no es equivalente a "valor" (cuyo tratamiento analítico obviamente dejamos de lado) sino a "Poder Judicial", pero diríamos más bien a "denominación imprecisa de Poder Judicial" veamos algunos datos significativos.

El primero de ellos es la expresión "Justicia" utilizada en el artículo 117.1, (también en el artículo 119 y 124.1) y la del artículo 125. se evidencia aquí dos distintas justicias, ya no solo de contenido sino de forma (una escrita con minúscula, la otra con mayúscula).

Quedamos en que la "Justicia" del 117.1, es igual al Poder Judicial, pero ¿y la "Justicia" a que hace referencia el 125?. Los ciudadanos al constituirse en Jurado ¿que hacen, aplicar Justicia o erigirse en justicias, es decir, en Poder Judicial?

Xifra Heras, escribirá:

"Es ya significativo que la Constitución, que tiende a abusar de las mayúsculas, cuando habla de la justicia la escribe en minúscula. Ello se explica porque quiere significar, no el fin último del Derecho, sino la Administración de Justicia (que sí escribe con mayúsculas en el artículo 125) que, al igual que la Ley, emana del pueblo" (53).

Ciertamente la Administración de Justicia del 125 es nada más que la función que realiza el "Poder Judicial", donde participa el Jurado sin pertenecer a éste (al Poder Judicial), lo que no entendemos es por qué a la función se la llama con mayúscula y al titular de esa función con minúscula. Probablemente la razón se encuentra en el fin de esa función: "La Justicia (administrarla) ya como valor supremo, y de esta manera si entendemos la distinción de expresiones de ambos artículos constitucionales (54). Lo que seguimos sin entender es la cita de Xifra Heras, salvo que quiera decir que la Justicia, "al igual que la Ley, emana del pueblo", y los autores, por lo menos los hasta aho-

ra tratados (donde se incluye él mismo), mantienen que el valor Justicia en cierto modo se le escapa al pueblo".

Un segundo dato de las "imprecisiones constitucionales" sería el problema de las reiteraciones. Ha sido adelantado.

Partimos de que "Justicia" significa Poder Judicial, y que este (o aquella) "emana del pueblo". Primera reiteración: sobraba decir que este poder emana del pueblo cuando contundentemente y sin titubeos lo afirma el artículo 1.2. Segunda reiteración; ésta más cerrada y confusa pues el propio párrafo del artículo 117 dirá:

"La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados, integrantes del poder Judicial,..."

La reiteración es manifiesta y resulta difícil de entender, como también resulta difícil de entender que no prosperaran las enmiendas rectificadoras de esta dislocación conceptual, pues no disparataba Raul Morodo al proponer la modificación del art. 107.1 del Anteproyecto con el siguiente sentido:

"La Justicia emana y se administra en nombre del pueblo por Jueces y Magistrados, independientes..." (55)

Así la reiteración hubiera quedado olvidada.

También Rosón Perez y Pardo Montero proponían que:

"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por los Juzgados y Tribunales..."

Suprimiéndose (dirá) la frase:

"integrantes de Poder Judicial por ser conceptualmente una redundancia que resulta innecesaria" (56).

Satrústegui en el Senado presentará la enmienda número 419 igualmente en el sentido de evitar la reiteración terminológica (57), pero como sabemos, ni ésta ni aquellas prosperaron, manteniéndose, apenas sin debate, el texto original del Anteproyecto de Constitución. ¿Razones de ello?. Se desconocen. Lo cierto es que fue un tema "pasado sin pena ni gloria", pero que evidentemente debe responder a algún motivo concreto. Se nos ocurre pensar que esa reiteración, bajo argumentos extrajurídicos e incluso extrasistemáticos, puede estar lleno de sentido político, pero repetimos, lo desconocemos, aunque lo intuimos. Podríamos pensar como aproximación referencial (aunque en modo alguno similar) en la polémica ya estudiada sobre la expresión "la justicia se administra en nombre del Rey"

El tercero (y último) dato referente a las "imprecisiones" constitucionales, lo vamos a comprimir, y sería el siguiente: no entendemos, si la expresión "justicia" es sinónimo de Poder Judicial, que el párrafo 1º del artículo 117 diga que se administra por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial. Lo diremos de otra manera para mejor comprensión. Entendiéndolo que Justicia es igual a Poder Judicial, se viene a decir que "el Poder Judicial se administra por el Poder Judicial", y no creemos que ese sea el sentido que se pretende, porque si es ese, no sabemos (o no llegamos a entender) el motivo del contituyente para confundirnos de tal manera con esas redundancias "inexactas" y extrañas.

Una última cuestión relativa a la expresión "La Justicia emana del pueblo" nos obligaría a preguntarnos sobre qué piensa el pueblo al respecto y qué el encargado de administrarla, es decir, el Poder Judicial. O con otras palabras, ¿realmente el pueblo piensa que de él emana la Justicia?, y por otro lado, ¿el Poder Judicial piensa que ello es así, o no?

Para responder a ello, obviamente se necesitaría contar con fuentes de opinión directamente obtenidas de estos sectores. Desgraciadamente no contamos con nada parecido, pese a que Toharia se aproxima a ello con sus investigaciones (58). Sin embargo, contamos con la autorizada opinión de un prestigioso Magistrado, que afirma que,

"Ni el pueblo cree que la Justicia emane de él, sino de ese otro extraño mundo de los Jueces, ni por supuesto, éstos están convencidos de que sea el pueblo la fuente de la Justicia. Los Jueces están más que convencidos que son sus méritos y los ejercicios de la oposición, superados, los que les han investido del Poder de administrar la Justicia." (59).

A nuestro modo de ver, se vuelve nuevamente a repetir aquí el problema de precisar lo que se entiende por Justicia; si valor Supremo o Poder Judicial. Si entendemos que la referencia a la Justicia es como valor, entraríamos en un problema filosófico-jurídico, y por qué no, también político, que ocuparía toda nuestra atención. Por otro lado, considerando que se hace referencia al Poder Judicial, nos adentramos en el problema de su legitimación democrática, tema que por supuesto dejamos para otro momento posterior de nuestro trabajo. De todas formas si creemos conveniente citar -puesto que sistemáticamente, (como hemos visto), se ha rechazado la procedencia popular de la Justicia (como valor)- un apasionante artículo de Juan García-Barbón Castañeda (60), para quien la Justicia constituye el obligado núcleo de referencia legitimador del Poder Judicial en tanto que Poder del Estado de Derecho definido en nuestra Constitución. En el pueblo se encuentran los principios de justicia, la definición de "lo justo", lo que se resume como el consentimiento popular generalizado que se adecúa a la visión que de sí mismos asumen los hombres en un

momento dado del desarrollo de la historia y a la visión que a estos mismos hombres merece la comunidad que entre todos forman. Este sería un primer estrato. El segundo estrato correspondería a una función estatal, es decir, una función de la sociedad política, no de la comunidad, y se trataría de la "función estatal legislativa", que traduciría esos principios de Justicia en Derecho. O más certeramente, este estrato significa que los valores de justicia poseidos como tales por el pueblo se trasladan al plano de las decisiones vinculantes, no solo formalizándolos como postulados, sino levantando también sistemas de salvaguarda con los cuales la observancia de las normas de conducta puede ser impuesta, con recurso a la coerción que en cada caso resulte necesaria. Pero esta procesión de la justicia no termina aquí. De la Justicia al Derecho, siendo la vocación última de este, reconvertirse en Justicia. Esta sería la última fase. Dirá García-Barbón:

"El Derecho -estrato normativo-, expresión y decantamiento estatal de la Justicia - estrato axiológico entendido como exigencia por el pueblo-, debe transformarse de nuevo en Justicia, en actos de justicia, pues ese es precisamente su destino: el de ser devuelta a los hombres, vivida y realizada por éstos, o administrada e impuesta a los mismos."(61)

Aquí es donde actua una función estatal diferenciada de singular relevancia, atribuida al Poder judicial : administrar esa justi-

ria. El punto de origen será la idea de justicia, el de término, la realización de la misma; pasar desde el mundo de los valores, al concreto mundo de la realidad a través de la norma por el Poder Judicial quién precisamente ni la crea ni la define, sino que la aplica, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Resumiendo, la justicia, asumida como tal por el pueblo se convierte en derecho a través de la fase legislativa, y a su vez el Derecho debe reconvertirse en justicia a través de la fase jurisdiccional, pero este proceso implica para el Poder Judicial la asunción de un triple compromiso: Con la norma, con la justicia y con la realidad social, y aquí entraríamos ya en un tema espinoso, el problema de las sustituciones subjetivas, que más vale por ahora marginar. Queremos decir con todo esto, que no puede arrancarsele al pueblo la fuente de la justicia, y que a través de unas correctas fases legislativas, así como jurisdiccionales, de entrada, -aunque volveremos sobre ello-, el Poder Judicial queda legitimado democráticamente, por lo menos, en lo que respecta a su función. La soberanía del pueblo, el Estado de Derecho y la Independencia judicial quedan garantizadas de esta manera. Es evidente que en el orden creado por la Constitución no existe antinomia entre la función asignada al Poder Judicial (administrar Justicia) y la sujeción de éste al imperio de la Ley, al Ordenamiento Jurídico que se pone a su disposición, ordenamiento que solo y precisamente en la Justicia encuentra legitimidad de origen y razón de destino.

Una última cuestión, y con ello finalizamos, es la frecuencia doctrinal de derivar de la afirmación "la Justicia emana del pueblo" manifestaciones como, el derecho a la jurisdicción (art. 24), la posibilidad de ejercer la acción popular y la participación en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (62), dándose a entender como los únicos efectos, incluso los efectos necesarios de que la justicia emane del pueblo. Simplificada conclusión que en modo alguno podemos aceptar y ello por dos motivos: Primero; porque recorta arbitraria y hasta toscamente lo que implica en este campo la titularidad del poder soberano. Segundo; porque confunde la soberanía popular con lo que podría ser manifestación cuasi-populista de su ejercicio.

CONCLUSIONES CAPITULO I

1. En el primer epígrafe del presente capítulo (La denominación Poder Judicial) se ha abordado el análisis de la expresión que encabeza el Título VI de la Constitución y ello desde un plano más político que jurídico, toda vez que los interrogantes surgen al plantearnos, ¿por qué el legislador solo utiliza la expresión Poder al referirse al judicial sin llamar de esta manera al legislativo y ejecutivo?.

Las opiniones doctrinales son diversas. Se han discutido problemas terminológicos (de escasa trascendencia política), y fundamentalmente políticos. En sede constituyente se intentó modificar dicha denominación por "De la Justicia", e incluso se la ha criticado por tratarse de una expresión poco democrática, por un lado, por absoluta, porque a partir de dicha denominación, se podría considerar al Poder Judicial por encima de los otros poderes, y por otro lado se la ha tratado como expresión poco democrática por defecto, es decir, se considera al Poder Judicial inferior al resto de los poderes y con dicha denominación se intentaría un equilibrio que no pasaría de nominal.

Pero las cosas no hay que llevarlas tan lejos, y lo cierto es que el Poder Judicial se caracteriza por su carencia de procedencia democrática y que aquella denominación, como es opinión mayoritaria

en la doctrina, pretende resaltar, incluso simbólicamente, la independencia del Judicial frente al resto de los poderes fundamentales del Estado.

2. Pero no obstante la conclusión anterior, notemos que: a) no existe en nuestro orden constitucional una separación formal de poderes, y no ya por cuestiones terminológicas, sino de contenido, pues sabido es que en un régimen Parlamentario (Monarquía Parlamentaria), ni el Parlamento se limita a legislar ni el Gobierno a ejecutar, y b) de igual manera, y consecuencia del sistema político definido, se pone en cuestión el problema de la independencia orgánica de los poderes por el sistema de interrelaciones existente entre los mismos.

3. Resumiendo, el valor que haya de concedérsele a dicha denominación dependerá del valor que le exijamos a la misma. Si es descriptivo, entendemos que la denominación peca por exceso, pues por un lado, es real la dependencia del Poder Judicial respecto del Ejecutivo en cuanto a recursos materiales, y por otro, respecto del Legislativo, en lo que atañe al nombramiento de los miembros del Consejo. Pero si el valor que se le exige es simbólico, y lo que quiere resaltarse -a medio camino entre la realidad y la aspiración- es su independencia (mejor, su diferenciación) de los otros poderes fundamentales, en este caso, convenimos que la denominación es más que acertada y su intención entra más que sobradamente en el terreno de la lógica.

4. En el segundo epígrafe se estudia la declaración del art. 117.1 de que "la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, señalándose las contradicciones, aparentes que en la misma se encuentran, por ejemplo, el que se diga que la justicia, que emana del pueblo, no se administre en su nombre.

Pero el que la Justicia se administre en nombre del Rey lo entendemos plenamente justificado, jurídica y políticamente. Jurídicamente, el artículo 56.1 de la Constitución es bien expresivo. El Rey, como Jefe del Estado simboliza la unidad y permanencia del mismo, lo que hace que aquel (el Rey) manifieste las decisiones de aquellos poderes que por expresar la soberanía se refieren, en último extremo, a la voluntad estatal, que lógicamente es única. La vinculación existente entre el principio de soberanía popular y la administración de Justicia es evidente, como también lo es que ésta se realice en nombre del Jefe del Estado por simbolizar la unidad del ordenamiento jurídico estatal.

Políticamente puede justificarse como una redacción de compromiso entre el origen popular de la justicia, que tiene su fundamento último en la misma soberanía del pueblo y la versión del antiguo Derecho español basada en el origen real de la justicia. La invocatio regis por tanto, puede considerarse como la transposición de un residuo histórico monárquico, pero que ya ha perdido su contenido efectivo convirtiéndose en una vertiente simbólica típica de la forma polí

tica monárquica contemporánea, que a su vez contribuye a integrar simbólicamente el Estado. Pero nuestra conclusión a este respecto es bien directa: el que la Justicia se administre en nombre del Rey no encierra especiales problemas, porque dicha afirmación no establece el más mínimo compromiso práctico.

5. El siguiente aspecto que se trata será la afirmación, también contenida en el art. 117.1 del texto constitucional de que "la justicia emana del pueblo", los problemas los planteamos al preguntarnos por ¿qué quiere decirse con el término justicia, y de otra parte con el de pueblo?.

Al estudiar la expresión "pueblo" nos encontramos con que el texto constitucional no define claramente lo que quiere expresar con el mismo al emplear distintamente términos como Nación, España, pueblos, personas, etc. La conclusión a que llegamos es que el concepto de pueblo que se infiere de nuestro ordenamiento constitucional se inscribe en la tradición demoliberal inspirada por la imaginación jurídico-política de la burguesía y su posición garantista del individualismo luego modulada por la calificación nacional de la soberanía, por lo que, cuando se habla de "pueblo", se hace referencia tanto a una categoría jurídico-política, (no demográfica, como sería el caso de "población") como al elemento personal del Estado en su calificación de soberano, que junto con el poder y el territorio, configuran a aquel. En suma, el pueblo del art. 117.1 no es sino, la mayo-

ría soberana del Estado español legitimada para participar en las decisiones políticas de especial trascendencia puesto que, aunque la soberanía corresponda originariamente según la Constitución a la Nación española, aquel es el titular de la misma.

6. En cuanto a la expresión "Justicia" que igualmente emplea el artículo 117.1 de la Constitución, existe prácticamente unanimidad doctrinal en afirmar que se trata de una redacción no muy acertada. La conclusión a que llegamos, oída la doctrina y las fuentes constituyentes, es que la expresión Justicia, no es equivalente a "valor supremo de igualdad y proporción", sino a Poder Judicial, que como poder sí emana del pueblo; o mejor equivale a denominación imprecisa de Poder Judicial, pues el artículo 125 de la Constitución, nuevamente utiliza el término Justicia, pero esta vez con un contenido y forma distinta: ahora se refiere a la función que realiza el Poder Judicial: administrar justicia, y ahora sí se trata de la justicia, entendida como el valor supremo del Derecho. Otra cuestión es preguntarse ¿por qué el legislador le ha dado tal redacción?. Esta es una cuestión a la que científicamente no podemos responder y personalmente se trataría de una respuesta demasiado subjetiva.

7. Finalmente, se ha esbozado la legitimación del Poder Judicial a través de su función: administrar Justicia, porque ésta, la Justicia, constituye el obligado núcleo de referencia legitimador de aquél

en tanto que Poder del Estado de Derecho definido en nuestra Constitución.

A tal conclusión se llega partiendo de que en el pueblo se encuentran los principios de Justicia, la definición de "lo Justo", que resume como un consentimiento generalizado (luego del pueblo además del Poder Judicial, también emana la Justicia), lo que es recogido por la sociedad política convirtiéndolos en Derecho, (a través de su función estatal legislativa que posteriormente será aplicado por el Poder Judicial en la fase jurisdiccional). Luego el Poder Judicial asume un triple compromiso: con la norma, con la justicia (esa es la vocación del derecho) y con la realidad social. Por tanto, a través de unas correctas fases legislativas y jurisdiccionales, el Poder Judicial queda democráticamente legitimado, por lo menos en lo que respecta a su función, quedando garantizadas la soberanía del pueblo, el Estado de Derecho y la independencia judicial.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO I

(1).- Notemos que la denominación Poder Judicial únicamente nos la vamos a encontrar regulada en nuestra Historia Constitucional en un par de textos fundamentales. Concretamente en la Constitución de la Monarquía Española de 18 de junio de 1837 (Título VII) y en la monárquico-revolucionaria de 1ª de junio de 1869 (también Título VII). No obstante habría que decir que esta misma denominación apareció en otros textos de nuestro periodo histórico que por razones diversas no vieron la luz. Nos referimos a los textos de 1856 (Constitución nonata), 1873 (Proyecto de Constitución Federal de la 1ª República) y 1929 (Anteproyecto de Constitución de la Dictadura Primo de Rivera), observándose un denominador común en prácticamente todos ellos (excepción del de 1929): El carácter ideológico progresista-liberal, tendiéndose por tanto a diversificar independientemente los distintos poderes fundamentales del Estado, entroncándose por tanto la regulación de los mismos con el principio de separación de poderes ya sobradamente conocido y al cual tendremos ocasión de volver capítulos abajo.

En el resto de Constituciones, donde paradójicamente hay que incluir las adelantadas de 1812 (Constitución gaditana) y 1931 (Constitución de la 2ª República), la denominación de nuestra institución (pues de protagonista va en nuestro trabajo), ha pasado por llamarse "Del Orden Judicial" (Estatuto de Bayona de 1808), Título XI); "De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal" (sugestiva denominación en Cádiz, Título V). En el proyecto de Isturiz de 1836 se le iba a llamar sucintamente "De los Tribunales" (Capítulo IX, pues no existían los Títulos). Más adelante, en la Constitución de la Monarquía española de 1845, Título X, se denominará "De la Administración de Justicia" y terminamos con la Constitución de 1931 donde se le llamará concisamente "Justicia". Señalemos que esta misma denominación recibirá el Título V de la L.O. del Estado de 10 de enero de 1967.

Así pues, no sólo tenemos en nuestra historia política a partir del Siglo XIX una vasta producción de textos, sino también, y paralelo a ello, una vasta denominación del Poder Judicial, en suma, producto (generalmente), del juego de las alternancias políticas en el poder. (la bibliografía al respecto es una fuente casi inagotable, baste remitirnos a los clásicos textos sobre Historia Constitucional que desde el inolvidable maestro Posada, pasando por el no menos admirable profesor Sánchez Agesta hasta nuestros días, sistemáticamente han ido apareciendo, y que en la reseña bibliográfica general será citada.)

(2).- "Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución Española de 1978". Granada 1983, pg. 347.

(3).- Ibidem.

(4).- Ibidem.

(5).- Rodríguez-Zapata Pérez, J.: "El Poder Judicial como límite de la potestad de control de las Cortes Generales", en "El Poder Judicial", Dirección General de lo Contencioso del Estado. Madrid 1983, pag 2452.

(6).- Ibidem, pg 2453.

(7).- Advertimos desde este momento que las referencias a los debates constituyentes se han trabajado en todos los casos sobre Cortes Generales. "Constitución Española. Trabajos Parlamentarios" (IV Vols). Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid 1980.

(8).- Las enmiendas en concreto son, la nº 545 presentada por Raul Morodo (Grupo Mixto), y la nº 691, de Laureano López-Rodó (A.P.). Trabajos Parlamentarios, pgs 345 y 566 respectivamente.

La defensa de la enmienda del Sr. Rodó puede verse en las pgs 2843 y ss.

(9).- Vid. Trabajos Parlamentarios, ob. cit. pg 1798.

(10).- Ibidem. pgs 3821 y ss .

(11).- Ibidem pg 4615 y siguiente.

(12).- "La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía", en "El Poder Judicial", Dirección de.... ob. cit. pg 919.

(13).- Ibidem.

(14).- Gordillo García, M.: "Concepto del Poder Judicial (notas características)", en "El Poder Judicial", Dirección..... ob. cit. pg 1539.

(15).- Podríamos citar las palabras de Mosquera a este respecto: "Cuando la Constitución rubrica el Título VI con la expresión Poder Judicial, está refiriéndose, en realidad a un concepto amplio e impropio, si se quiere, equivalente al de "organización judicial...." (Luis Mosquera "La posición del Poder Judicial en la Constitución Española de 1978", en "La Constitución Española" de A. Predieri y E. García de Enterría, Madrid 1980, pg 701).

- (16).- Carretero Pérez, A.: "El modelo del Poder Judicial en la Constitución"; en "El Poder Judicial", Dirección.... ob. cit. pg 740.
- (17).- Rodríguez-Zapata Pérez, J.: "El Poder Judicial como límite de la Potestad de control de las Cortes Generales" en "El Poder Judicial", Dirección... ob. cit. pg 2451.
- (18).- Vid. Trabajos Parlamentarios, ob. cit., pg 3822 para la cita. Ciertamente es que el Sr. Angulo Montes contestó que "la realidad es que los otros poderes son poderes aunque no se llamen poderes" (Ibidem.).
- (19).- Las citas de Montesquieu han sido tomadas de Faire Guillen, V. "Poder, Potestad, Función Jurisdiccional en la actualidad" en "El Poder Judicial", Dirección... ob. cit. pg 1185.
- (20).- Salvo que pensemos en el artº 152, 1 de la Constitución donde se encuentra, en palabras de Rodríguez-Zapata "la norma de reconocimiento de la doctrina del principio de división de poderes", ya que este artículo atribuye funciones distintas a poderes diferentes. (Vid. su artículo citado en "El Poder Judicial", Dirección... ob. cit. 2454).
- (21).- Sainz de Robles Rodríguez, F.C.: "El Poder Judicial", en "El Poder Judicial", Dirección... ob. cit. pg 22. Aunque para otro autor, Andrés de Blas, se trata de un poder "Que es manifestación directa de la soberanía estatal: la jurisdicción". (Vid. "Introducción al sistema Político Español", Teide, Barcelona 1983, pg 199).
- (22).- Con Luis Mosquera vamos a aclarar la diferencia entre independencia de poderes (diferentes poderes) e independencia orgánica, administrativa o de gobierno, veamos que dice:

"la Separación de poderes resuelve, en general el problema, de la distribución de cada uno de ellos en complejos organizativos distintos, servidos por personas también distintas, mientras que la independencia considera las relaciones entre ellos; la separación es quizá, el presupuesto primario para realizar la independencia, pero no el único; la separación contempla a cada poder en su estatismo, al paso que la independencia los considera en su dinamismo. Por eso, si la separación queda garantizada con la atribución de cada uno de los poderes a personas distintas y organizaciones distintas, de modo que ninguno de ellos puede ejercer los atribuidos a los otros, la independencia vá más allá e incide precisamente sobre la función de Gobierno o administración de cada poder,....". (Vid "la posición del Poder Judicial en la Constitución Española de 1978", en "La Constitución..." ob. cit. pg 695).

- (23).- Obviamente nos referimos a la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto a su artº 122.
- (24).- La ficción queda más que cumplida. Un órgano, que no es "Poder" formalmente porque no se dice que lo sea, nombra o elige al "autogobierno" de un órgano que sí es Poder; de esa manera, evidentemente no se produce intromisión de un poder en otro. Formalmente la independencia orgánica entre "Poderes" queda intacta.
- (25).- Vid. Trabajos Parlamentarios, ob. cit. pg 4615 y siguientes.
- (26).- Vid Trabajos Parlamentarios, pg 2844.
- (27).- Este artículo hacía referencia al Consejo General del Poder Judicial, es decir Control democrático, como así se lo observaría el Senador Angulo Montes (vid. Trabajos Parlamentarios, pg 3822).
- (28).- Vid Trabajos Parlamentarios pg 3821.
- (29).- Ibidem. pg 3823.
- (30).- Sainz de Robles Rodriguez, r.C.: "Información y Justicia", en "Revista de Política Comparada" nº 7, Invierno 1981-1982, pg 15.
Esta afirmación se queda pendiente pues se trata en el siguiente epígrafe.
- (31).- Lucas Verdú no encuentra en nuestra Carta Fundacional los términos "separación" o "división de poderes", resaltando la significación de que el Título VI se refiere al Poder Judicial. De todas formas recuerda que la forma política "Monarquía Parlamentaria" contiene una referencia tácita a la separación de poderes pues es cierto que los tres sistemas clásicos de gobierno, parlamentario, presidencialista, convencional o directorial suponen diversas interpretaciones de la separación de poderes. Separación que está implícita en la interrelación de los distintos poderes que impide la acumulación de funciones distintas de las que específicamente corresponden a los órganos de cada poder. ("Curso de Derecho Político"..... ob. cit. pgs 377 y siguiente).
Ello por supuesto no se pone en duda, pero evidentemente de la interpretación que se puede inferir de nuestro texto magno como de la realidad político-constitucional, nos surge el convencimiento que nos lleva a negar con rotundidad la separación o división de poderes.
- (32).- En este aspecto son acertadas las palabras de O. Alzaga (citado en Lucas Verdú, P.; "Curso de Derecho..." ob. cit. pag 377) cuan

do afirma que nuestra Constitución:

"ha optado por el término "poder judicial" para destacar que la organización judicial no es un brazo dependiente de los otros poderes del Estado; y en este sentido se ha soslayado en el rótulo del título la expresión "Administración de Justicia" que ha hecho creer en ocasiones que se trataba de una vertiente del Ejecutivo que, en concreto, dependía del Ministerio de Justicia (....)".

(33).- Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachola "Derechos, Instituciones y....." ob. cit. pg 348.

(34).- De la Oliva Santos: "la demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978". "Revista de Derecho Procesal Iberoamericano"; nº 2-3, 1978, pg 80.

(35).- En este sentido, evidentemente no faltaron en los debates constituyentes posiciones favorables a que la justicia, se administrara, por coherencia, en nombre del pueblo, de quien emanaba. Así la enmienda nº 547 presentada por Raúl Morodo (G.P. Mixto) al Anteproyecto de Constitución, en el sentido de que "la justicia emana y se administra en nombre del pueblo por Jueces y Magistrados....". Su motivo era la coherencia constitucional y que de esa manera se seguía la tendencia de las constituciones europeas vigentes (vid. Trabajos Parlamentarios. Ob. cit. pg 346).

Gastón Zanz, defendiendo la enmienda en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas dirá que "es coherente con lo que se viene diciendo en el contexto de todo el proyecto constitucional puesto que todos los poderes dimanán del pueblo. Y al igual que se gobierna para el pueblo, al igual que se legisla para el pueblo, entendemos que la justicia debe hacerse también para el pueblo, y por tanto, la administración de la misma no debe hacerse en nombre del Rey, sino en nombre del pueblo" (pg 1362).

Lluís María Xirinacs i Damían (G.P. Mixto) presentó en el Senado la enmienda nº 532 al Proyecto aprobado en el Senado, en su sentido ideológico-político: "la justicia emana del pueblo y se administra en su nombre... ". (pg 2886).

(36).- Pablo Lucas Murillo de la Cueva (en Andrés de Blás, (comp)). "Introducción al Sistema Político Español". Teide, Barcelona 1983, pg 200 y siguiente.

(37).- González Casanova, J.A.: "Teoría del Estado y Derecho Constitucional". Vicens-vives, 2ª edición, Barcelona 1982, pg. 294.

(38).- Jorge de Esteban y Luis López Guerra , "El Régimen Constitucional Español" VOL I (1ª reimpresión). Labor, Barcelona 1983 pg 238

(39).- Lucas Verdú, P.: "la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey": en "El Poder Judicial", Dirección..... ob. cit. pg. 1758. Y observando en ese mismo sentido, dirá el propio Lucas Verda en la pg 1756 que: "el Estado Social y democrático de derecho español, cuyos poderes emanan del pueblo, entre ellos el judicial, incorpora a su legitimación democrática formalizada en el artículo 1-2, el decoro tradicional de la administración de la justicia en nombre del Rey".

De todas maneras, el profesor Lucas Verdú (pg 1758), por su lado recomienda a Antonio Marongiu, quién ha estudiado en un excelente trabajo la figura del rey-juez en las monarquías medievales. La obra en concreto se titula: "Un momento típico della monarchia medievale: il re giudice in Dottrine e Istituzioni politiche medievale e moderne". Raccolta. Giuffrè, editores, 1979, páginas 111 y siguientes.

(40).- Lucas Verdú, P.: "la Justicia emana...." ob. cit. pg 1756.

(41).- Xifra Heras, J.: "la Jurisdicción en la Constitución de 1978"; en "El Poder Judicial"; Dirección..... ob. cit. pg 2702.

(42).- Citado en Xifra Heras, J. "La Jurisdicción...." ob. cit. pg 2702

(43).- Las citas se encuentran en el Preámbulo y Artículos 1'2, 44, 66'1 y 117'1.

(44).- A efectos de simplicidad lectiva y facilitar referencias posteriores, relataremos en forma de tabla las citas que nuestra Constitución hace a los términos expresados.

Nación: Preámbulo y artículos 1'2 (soberanía nacional) y 2.

Estado: Artículos, 1'3 y 11'3.

España: Preámbulo y artículos 1'1 y 30'1.

Espanoles: Preámbulo y artículo 3'1. También así se expresa el Capítulo Primero del Título I, continuando en los siguientes artículos: 11'3, 12, 13'2, 14, 19, 29 (se refiere a "todos" los españoles) 30'1, 30'2, 35'1 (Todos...) 47 (Todos...) 68'5 (Todos..., y en su apartado segundo, se refiere solo a los españoles), 130'1 (todos...) 139'1 (Todos...) y 156'1 (Todos....).

Ciudadanos: Artículos 9'1, 9'2, 13'4 (de otros países), 18 '4, 23'1 también en la Sección 2ª del Título I, siguiendo en los artículos, 30'4, 41 (Todos los...) 49 (Todos los...), 50, 53'2 (cualquier....) 86'1, 92'1 (Todos los...), 105 a, 105 b, y 125.

Todos: Artº 15, 24'2, 27'1, 27'5, 28, 31'1, 45 y 164'1.

Personas: 17'1 (Toda...), 17'3 (Toda...) 17'4 (Toda...) 24'1 (Todas las....) y 27'6 (... físicas y jurídicas).

Habitantes: Artº 69'5.

La Sociedad Española: 16'3.

- (45).- Vid Lucas Verdú, P. "Curso de...." ob. cit. pág. 371 y ss.
- (46).- Tengamos en cuenta el párrafo 5º del Artº 68.
- (47).- También tienen derecho "Todos los españoles" a disfrutar de vivienda digna y adecuada y a que se les equipare la vida (artº 130'1 y 156'1).
- (48).- Vid. Lucas Verdú, P.: "Curso de Derecho....." ob. cit. Passing pgs 370 a 374.
- (49).- Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela: "Derechos, Instituciones....." Ob. cit. pg 348 y siguiente.
- (50).- Alvarez Conde, E.: "Algunas Consideraciones sobre la posición Constitucional del Poder Judicial", en "El Poder Judicial", Dirección, ob. cit. pag 501.
- (51).- Lucas Verdú, P.: "La Justicia emana....." artículo citado, pgs 1756 y siguiente. Luego llevaba razón José Miguel Orti Bordás cuando propuso (sin éxito), nueva redacción de este párrafo en el sentido de que: "La Justicia se administra en nombre del Rey", porque "Resulta innecesario que en la Constitución no se planteen más problemas filosóficos que los estrictamente necesarios. De donde emana la Justicia en cuestión que debe escapar de las pretensiones constitucionales" (Vid. Trabajos Parlamentarios, pg 461).
- (52).- Xifra Heras, J.: "La Jurisdicción en la Constitución de 1978", en "El Poder Judicial", Dirección, ob. cit. pgs 2701 y siguiente.

Por otro lado diremos que los apoyos argumentales de los citados autores se encuentran en las fuentes constituyentes. Efectivamente, las enmiendas presentadas a este párrafo intentaban rectificar esa redundancia terminológica. Ved Trabajos Parlamentarios, pgs: 346, 362, 2692 y 2842, poniéndose de manifiesto por tanto que el término justicia equivalía al de Poder Judicial.

(53).- Ibidem. pg 2702.

(54).- Otra razón, podría encontrarse en una coherencia textual, es decir, se dice "justicia" con minúscula, e inmediatamente se dice "poder judicial" igualmente en minúsculas, luego evidentemente, no cabe dudas que justicia aquí equivale a "poder judicial".

(55).- Vid "Trabajos Parlamentarios". Ob. cit. pag 346.

(56).- Ibidem, pg 362.

(57).- El texto de su enmienda es el siguiente:

"La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados independientes..."

Vid "Trabajos Parlamentarios...." ob. cit. pg 2842.

(58).- En una encuesta realizada (en 1984) a una muestra de 355 jueces y magistrados de las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, Coruña, Bilbao y Sevilla (que agradecemos su amabilidad de enviarnos personalmente el original), una de las cuestiones que plantea es si la elaboración de las decisiones judiciales (que entendemos como aplicar justicia) no es a fin de cuentas, sino un tipo especializado de función administrativa. La respuesta fue la siguiente:

Muy de acuerdo.....	4%
Bastante de acuerdo.....	6%
En parte de acuerdo y en parte en desacuerdo.....	8%
Bastante en desacuerdo.....	23%
Muy en desacuerdo.....	55%
NS/NC.....	5%

Creemos no necesario comentar esos resultados, que son bastante esperanzadores.

Por otro lado, el mismo Toharia, en el último nº de la revista Poder Judicial (Nº 1 segunda época, marzo 1986, pgs 41 y ss) publica el segundo barómetro de opinión como réplica al primero realizado en 1984 y publicado en el nº 14 de Poder Judicial marzo 1985, para explorar las actitudes y valoraciones de los españoles respecto de la Administración de Justicia, no trata este concreto tema directamente, aunque indirectamente podría interpretarse de las cuestiones que plantea a la población sobre el funcionamiento y confianza que le merece los Tribunales de Justicia, preguntas 1, 2 y 3 y también pregunta 7, fase tercera.

(59).- Se trata del Magistrado D. Antonio Carretero López, cuya afirmación recoge Antonio Aradillas en "Proceso a la Justicia Española", Madrid 1984, pg 216.

(60).- "Justicia y Poder Judicial", en "El Poder Judicial", Dirección....
ob. cit. pgs 1375 y ss.

(61).- Ibidem. pg 1379.

(62).- Vease por ejemplo a Alvarez Conde, "El Régimen Político.....",
ob. cit. pg 286.

CAPITULO II

CAPITULO II: "LOS ELEMENTOS INTEGRANTES SUBJETIVOS DEL
PODER JUDICIAL Y LOS PROBLEMAS DEL ESTATUTO
JURIDICO DE JUECES Y MAGISTRADOS

II.1: LOS ELEMENTOS INTEGRANTES SUBJETIVOS DEL PODER
JUDICIAL

II.2: LOS PROBLEMAS DEL ESTATUTO JURÍDICO DE JUECES
Y MAGISTRADOS

II.2.1: INTRODUCCIÓN

II.2.2: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES
DEL PODER JUDICIAL ESTÁN SOMETIDOS ÚNI-
CAMENTE AL IMPERIO DE LA LEY

II.2.3: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES
DEL PODER JUDICIAL SON INDEPENDIENTES

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

II.2.5: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES
DEL PODER JUDICIAL SERÁN APARTIDISTAS
Y NO SINDICADOS AUNQUE TENGAN EL DERE-
CHO DE ASOCIACION PROFESIONAL

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

II.2.6.A: RESPONSABILIDAD PENAL DE JUE-
CES Y MAGISTRADOS

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

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

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

CONCLUSIONES CAPÍTULO II

NOTAS BIBLIOGRAFICAS CAPÍTULO II

II.1: LOS ELEMENTOS INTEGRANTES SUBJETIVOS DEL PODER JUDICIAL

El problema que nos planteamos en este momento, es determinar, atendiendo a los elementos personales y orgánicos, lo que haya de entenderse, según la Constitución por Poder Judicial.

Mosquera nos dirá que en principio, y en sentido estricto, el Poder Judicial estará conformado por los Jueces y Magistrados por ser ellos los que administran justicia, los que dicen el Derecho, los jurisdiscentes (1), lo cual no hace sino identificar al Poder Judicial con su función, la función jurisdiccional, (2) por lo que no sin razón los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela escribieran que:

"Existe una tendencia -a nuestro juicio por lo menos- imprecisa a identificar sin más Poder Judicial y Jurisdicción, entendiéndola ésta en un plano básicamente funcional que la identifica con la función de decidir las pretensiones interpuestas fundándose en el derecho objetivo. La identificación se amplía cuando -como tan certeramente hace Xifra Heras- recordamos los tres conceptos fundamentales que se integran en el ámbito de la jurisdicción: a) La potestad jurisdiccional ejercida por juzgados y tribunales determinados por las leyes que constituyen el Poder Judicial (jurisdicción en sentido subjetivo); b) La función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (jurisdicción en sentido objetivo); c) Los procesos y los procedimientos que las leyes establezcan (jurisdicción en sentido instrumental)".(3)

Evidentemente (como se ha dicho al principio) no se trata de ana-

lizar ese problema de la identificación Poder Judicial-Jurisdicción. La identificación existe y (como prueba se menciona a Mosquera, aunque por supuesto no es en el único que ello ocurre, es decir, (y con otro matiz), considerar que el Poder Judicial absorbe toda la jurisdicción Pero aquí podríamos decir también con Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela que así se ignora algo tan elemental como que el Tribunal Constitucional es también jurisdicción sin ser Poder Judicial. (4)

Pero en fin, centrándonos en nuestro problema fijemos qué elementos personales y orgánicos constituyen el Poder Judicial.

Empecemos por el conocido artículo 117.1 del texto Constitucional, el cual -sobraría recordarlo- dice:

"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial....".

Este precepto no ofrece dudas sobre quién integra el Poder Judicial; evidentemente los Jueces y Magistrados. Lo que ocurre es que el propio Título VI, perturba esta conclusión por referirse indistintamente a diferentes elementos personales y orgánicos, como por ejemplo el Ministerio fiscal, el personal al servicio de la Administración de

Justicia y la policía judicial, pudiendo adquirirse, opinará Mosquera (5), la impresión de que el Título VI considera "poder judicial" a todos estos elementos, impresión que además se confirmaría por el artículo 122.1 que remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial la regulación del Estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia. Se complica el tema si además ponemos atención a este propio artículo 122.1 cuando habla de "Jueces y Magistrados de carrera", referencia que silencia el 117.1, y que tendrá sentido si se parte de la existencia de otros Jueces y Magistrados que no sean de carrera como por ejemplo los tradicionales jueces de paz o los interinos.

Quien por sistemática legal debería solucionarnos este problema sería la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), pero ocurre que en este cuerpo, su artículo 1, no es sino una transcripción literal del 117 de la Constitución, con lo que el problema se mantiene, y más aún cuando el artº 298, referente a la Carrera Judicial establece que:

- "1. Los Jueces y Magistrados que forman la Carrera Judicial ejercerán las funciones jurisdiccionales en los Juzgados y Tribunales de todo orden que regula esta Ley.
2. También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a

la Carrera Judicial con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter, de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los Magistrados Suplentes, los que sirven plazas de jueces en régimen de provisión temporal, o como sustitutos, los Jueces de Paz y sus sustitutos".

En nuestra opinión no se aclara nada y el maremagnum de confusiones sigue. En primer lugar parece que volvemos a la ya conocida identificación Poder Judicial-Jurisdicción, cuando se indica que los Jueces y Magistrados ejercen las funciones jurisdiccionales. En segundo lugar, igualmente parece entender que Poder Judicial, por un lado es igual a carrera Judicial: "Los Jueces y Magistrados que forman la Carrera Judicial, ejercerán las funciones jurisdiccionales...", es decir los Jueces y Magistrados, al formar la Carrera Judicial serán Poder Judicial por ejercer la función jurisdiccional que es el Poder Judicial. Pero también parece sobreentenderse, por otro lado, que Poder Judicial y Carrera Judicial es algo distinto, porque hay jueces y Magistrados que no son Poder Judicial, pues para serlo habrá que "formar la Carrera Judicial" que es lo que faculta para ejercer la función jurisdiccional.

En tercer lugar, el segundo párrafo de este epígrafe complica ciertamente las cosas, pues distingue entre Poder Judicial, Carrera Judicial y función jurisdiccional. Conocemos que este párrafo señala lo siguiente:

"2. También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial los Magistrados suplentes, los que sirven plazas de Jueces en regimen de provisión temporal o como sustitutos, los Jueces de Paz y sus sutitutos .

Entonces, ¿a donde pertenecen estas categorias?. Evidentemente deberá ser al Poder Judicial, por lo que resultan, según entendemos tres distintas categorias dentro del Poder Judicial:

- 1) Jueces integrantes del Poder Judicial que no forman la Carrera Judicial.
- 2) Magistrados y Jueces integrantes del Poder Judicial que forman la Carrera Judicial.
- 3) Magistrados y Jueces que no integran el Poder Judicial ni pertenecen a la Carrera Judicial pero que ejercen las funciones del Poder Judicial. (6)

Respecto de la primera categoria, pensemos, apoyándonos en el 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 Judiciales (según nueva denominación) por carencia de plazas.

En cuanto a la segunda categoría no hay ningún problema. Jueces y Magistrados antiguos alumnos del Centro de Estudios Judiciales. En este caso el propio artº 299 de la L.O.P.J., establece las categorías de la Carrera Judicial:

- Magistrado del Tribunal Supremo.
- Magistrado.
- Juez.

Finalmente, la tercera categoría que hemos determinado haría referencia, según el citado artº 298, párrafo 2º, a los Magistrados suplentes, los Jueces en régimen de provisión temporal o sustitutos, y los Jueces de Paz y sus sustitutos.

Aunque más adelante volveremos sobre ello, queremos adelantar que esta última categoría se vería incrementada con la inclusión del polémico "cuarto turno". (7)

Pero en fin, los problemas habrá que centrarlos y plantearlos frente a extremos que evidencian serias dudas, aunque previamente

y a nivel referencial, concluiremos (aunque somos conscientes de que al respecto existen distintas opiniones) (8) que el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial, y ello, apoyándonos en tres simples argumentos.

Primero: Se regula (el Tribunal Constitucional) fuera del título VI.

Segundo: El artículo 159.4 de la Constitución dispone que:

"La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatiblecon el ejercicio de las carreras judicial y fiscal".

Tercero: Se trata de la afirmación que contiene este mismo artículo en el sentido de que:

"...los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial",

afirmación por más innecesaria si, como afirma Gordillo formara parte del Poder Judicial. (9)

De esta manera quizás queden despejadas ciertas dudas al respecto. No obstante, quién mejor que el propio Tribunal Constitucional

como máximo interprete de la Constitución para determinar su posición. La Sentencia de 31 de marzo de 1981 (recurso de amparo) señalará, en su Fundamento jurídico 1.A., que el Tribunal Constitucional "no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los Tribunales de Justicia, como la propia Constitución pone de manifiesto al regular en Títulos diferentes unos y otros órganos constitucionales (el VI y el IX, respectivamente)".

Sin embargo las dudas se formulan porque la propia sentencia líneas abajo señala que este Tribunal "actúa, especialmente en los procesos de amparo, como tal Tribunal y con base en un procedimiento de carácter jurisdiccional, bien que regulado de manera especial en su Ley Orgánica".

Obviamente el T.C., se declara instancia fiscalizadora de la actividad jurisdiccional ordinaria, quebrando de esta manera el principio de unidad jurisdiccional, tema al que líneas abajo volveremos.

Por otro lado, en cuanto al Ministerio Fiscal, las dudas son mayores pero aún así baste señalar, como lo hacen los profesores Cazorla, Ruiz-Rico, y Bonachela (10), que la confusión (de si es o no Poder Judicial) viene provocada por razones de "integración topográfica" pues el artículo 124 se encuentra en el título VI. Pero

es que abundando en la confusión, el artº 127.1 establece que:

"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",

y si unimos el párrafo siguiente,

"La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos",

el equívoco está dispuesto, pues parece deducirse que los fiscales son miembros del Poder Judicial.

Pero no todo queda aquí, la Ley 50/1981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal complicará innecesariamente la cuestión, cuando al contrario, debería solventarla. Su artículo 2.1 formula que:

"El Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ...".

Más ambigüedad, imposible. ¿Está o no integrado en el Poder Judicial dicho órgano?. ¿Que implica la "autonomía funcional"?

Gordillo en principio lo excluye aduciendo que carece de facultades decisorias, pues su función es complementaria o auxiliar de la atribuida a los jueces o magistrados, aunque también entiende que su tarea es precisa y a veces inexcusable para el debido ejercicio de la función jurisdiccional.

Sin embargo la duda le asalta luego y timidamente dirá que con un criterio amplio podría incluirse (11).

Mosquera (12) no titubea al excluir al Ministerio Fiscal del Poder Judicial y considerarlo como un servicio público del que el Ejecutivo dispone para cumplir las finalidades que le asigna el artículo 124.1 de la Constitución, "precepto que lo sitúa (dirá) claramente fuera de aquel", pues "fuera debe estar, (continúa) quien ha de 'procurar' esto es, solicitar justicia ante los Tribunales, ante los Jueces y Magistrados".

Evidentemente, en modo alguno podemos ocuparnos (y tampoco es el momento) de todos los problemas implicados en la regulación constitucional y estatutaria de esta institución, y menos aún de su naturaleza y funciones, que sin duda ha dado pie a caracterizarlo como dirá Gil Albert, por la doctrina científica:

"..Por una constante indefinición desde sus orígenes más remotos. Con toda objetividad cabría afirmar que la falta de claridad en los perfiles de la institución se ha proyectado siempre y fundamentalmente sobre su naturaleza y sobre su función esencial y ello ha determinado una prácticamente insalvable dificultad para llegar a una construcción dogmática convincente" (13)

Ello no ofrece dudas, el artículo 124.1 (como el 2.1 citado de su Estatuto Orgánico) deja al Ministerio Fiscal en la misma indefinición y ambigüedad de siempre atribuyéndole según Mosquera,(14) "una serie de funciones que implican un solapamiento con las de otras instituciones" (15). La doctrina corre paralela a estas concretas opiniones reflejadas. De todas formas, no somos nosotros los llamados a solucionar este problema, pero de lo que no cabe duda es que, y coincidiendo con Conde Pumpido (16), el Ministerio Fiscal es "un órgano del Estado, constituido para el funcionamiento de la Justicia e integrado autónomamente en el Poder Judicial y con la misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los Derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales". En esta misión, está conectado al Ejecutivo, aunque por supuesto, (como se encarga Calvo-Rubio de escribir)(17), no es parte de aquél, como tampoco lo es del Judicial, aunque esté integra-

do "con autonomía funcional" en el mismo.

¿Cuál es nuestra opinión al respecto?. Ya hemos observado como la polémica es larga y continua. Nosotros, siendo conscientes de nuestra situación, lo más que podemos hacer en este momento es aportar una capa más a este debate o historia, podríamos decir, inacabable.

No tenemos dudas sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal al que consideramos como órgano constitucional estatal. (El artº 124 de la Constitución es explícito), aunque eso sí, con una doble personalidad o como señala Perez Gordo, "falta de identidad" (18). Es obvio que el M.F., no forma parte de la estructura orgánica del Poder Judicial (artº 124.2. "El M.F. 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 dispone su Estatuto orgánico (Artº 435.2 L.O.P.J.) diferenciado del propio de Jueces y Magistrados. (artº 122 de la C.E.). Sin embargo convive con el mismo (integrado, aunque con autonomía funcional Artº 2.1. EOMF) y se acomoda a sus principios (realmente coopera con la justicia a través de las misiones que la C.E., la L.O.P.J. y su Estatuto le atribuyen, para ello sujeto a los principios de legalidad e impar-

cialidad -artº 124.2 C.E.- y respetando las incompatibilidades dispuestas por el artº 127 C.E.).

Por otro lado, tampoco puede esta institución 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. (No puede olvidarse que en su origen el M.F. fué creado para permitir al Estado actuar como parte en el proceso).

Lo cierto es que nuevamente se ha perdido una buena ocasión (primero con la Constitución, después con su Estatuto Orgánico y finalmente con la L.O.P.J.) para haber determinado definitivamente su posición o identidad jurídica: órgano del Estado (en lo que estamos plenamente de acuerdo con Perez-Gordo (19), al que se le adscriben unas determinadas funciones, concretas y definidas, (promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de parte, y velar por la independencia de los Tribunales procurando ante éstos la satisfacción del interés social. Artº 124.1 C.E.), que le pueden de hecho erigir en institución totalmente independiente tanto del Ejecutivo como del Judicial.

Continuando con los siguientes puntos propuestos, corresponde ahora plantearnos si ¿forma parte del Poder Judicial el personal al servicio de la Administración de Justicia?

Algunos puntos referidos al Ministerio Fiscal pueden extenderse a este personal contemplado en el artículo 122.1, sin olvidarnos (también por extensión) de la policía judicial (artº 126). (20)

En concreto nos referimos a la distinción (avanzada por Cazorla Ruiz-Rico y Bonachela)(21), de distinguir entre "integración topográfica" e "integración jurídica", y en ese sentido, Mosquera escribirá, refiriéndose al contenido del título VI, el hecho de aprovecharlo "para aludir también a aquellos aspectos de la organización judicial o de su funcionamiento que, teniendo relación con dicho poder, no eran merecedores de una consideración sustantiva y principal. La Constitucionalización de estos aspectos no altera, pues, la significación del término "poder judicial", que es el único soporte de la existencia de este Título. como tampoco alteraría el concepto de "Poder Legislativo" -que son los Diputados y Senadores, reunidos en cada una de las Cámaras- el que la Constitución hubiera aludido a los Letrados de las Cortes, o a los linotipistas o mecanógrafos por ejemplo". (22)

Toda la posible confusión viene de la mano de ciertas

interpretaciones realizadas sobre el artículo 122.1, cuando - remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial la regulación del estatuto jurídico de dicho personal, pero el propio Mosquera con buen criterio aclarará que:

"Las funciones complementarias, auxiliares y ejecutivas de la función de administrar justicia o del Poder Judicial son funciones comunes o neutras a los demás Poderes del Estado, con todas las particularidades derivadas del caso, y, aunque están realizadas por unos funcionarios cuyo estatuto ha de regularse en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son servicios públicos al servicio de aquella, que podrían ser desarrollados también por funcionarios plenamente incardinados en la Administración Pública, pero adscritos al Poder Judicial orgánicamente. Del hecho de que su estatuto haya de ser regulado por dicha Ley lo único que cabe deducir es la intención del legislador de hacer una reserva legal respecto de dicha materia ...". (23)

Volvemos nuevamente a la idea de "servicio público" en cierta manera parecido al carácter del Ministerio Fiscal, sin olvidar, claro está, las distintas naturalezas y especialidades.

Finalmente, un nuevo dato para entender la no integración estricta (24) de este personal en el ámbito del Poder Judicial, sería

la ausencia de participación de aquel, en cualquier sentido, en el Consejo General del Poder Judicial. (25)

La conclusión por tanto es evidente, y no debemos darle más rodeos; el personal al servicio de la Administración de Justicia (como la policía judicial) no forma parte integrante del Poder Judicial, por muy regulado que pueda estar tanto en la Constitución, y en concreto en el Título dedicado a aquel, como en la Ley Orgánica de desarrollo de dicho título. Carretero Pérez ha sido explícito:

"El Poder Judicial para el artículo 117 de la Constitución lo integran los órganos y por extensión los titulares de los mismos. Todas las demás personas que intervienen en el funcionamiento de los órganos, como los secretarios, los oficiales, auxiliares, agentes judiciales, médicos forenses, son, como los define el artº 122 de la Constitución, personal al servicio de la Administración de Justicia y no integran el Poder Judicial. Consiguientemente parecía que sólo serían objeto de reserva de Ley Orgánica el Estatuto jurídico de Jueces y Magistrados de carrera, pero no el del resto del personal de apoyo o al servicio de la Administración de Justicia. Por el contrario, el artículo 122 los comprende igualmente, lo cual obliga a distinguir dos configuraciones del Poder Judicial: en sentido estricto y en sentido amplio. Para la primera sólo lo componen los

jueces y magistrados; para la segunda, todo el personal al servicio de la Administración de Justicia. Ambos tienen una nota común: son funcionarios que mantienen una relación de servicio con el Estado, representado por la Administración por el Ministerio de Justicia, mientras que la relación orgánica la mantienen con el Poder Judicial, con los juzgados y Tribunales a los que están adscritos. Por esta nota común componen una rama especial de los funcionarios públicos que se denomina en la Constitución Italiana Orden Judicial. En tanto en cuanto componen ese orden se someten al principio de reserva de Ley Orgánica". No deja nada en el tintero Carretero Pérez (26) y comentar esta cita parece innecesario. No obstante sí podemos, recordando líneas arriba a propósito del Ministerio Fiscal, resaltar igualmente la doble dependencia o dualidad en la definición de dicho personal administrativo. (27) Encontrar concretamente de quien depende el mismo es harto complicado a lo que en nada ayudan los textos legales. Como bien destaca Carretero Pérez, mantienen por un lado una relación de servicio con el Estado, a través del Ministerio de Justicia, de quien dependen económicamente y profesionalmente (lo veremos a continuación), y por otro mantienen una relación orgánica con el Poder Judicial al adscribirse a los juzgados y tribunales para desarrollar su actividad administrativa. Veamos las leyes. La Constitución integra el Estatuto de ese personal en la L.O.P.J. (art.122.1). La LOPJ., distingue claramente lo que son los Jueces y Magistrados (Poder Judi-

cial) de las personas e instituciones que cooperan (Ministerio Fiscal, Abogados y Procuradores, Policía Judicial, etc.) o están al Servicio de la Administración de Justicia, (Secretarios judiciales, Oficiales, Auxiliares, Agentes, Médicos Forenses, etc.) en los Libros IV, V y VI respectivamente.

En concreto, en cuanto a los Secretarios Judiciales (que integrarán un sólo cuerpo, artº 472 L.O.P.J.), se dispone un acceso al Cuerpo a través de la superación de unas pruebas selectivas para completar con un curso en el Centro de Estudios Judiciales (artº 475, L.O.P.J.). Pero dicho Centro, (artº 434 de la L.O.P.J.) "entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia", depende del Ministerio de Justicia, claro, "sin perjuicio de las competencias que correspondan al Consejo General del Poder Judicial", y siguiendo con el principio de "generalidad dual", dicho Centro, "bajo la exclusiva dirección del Consejo General del Poder Judicial". tendrá como función la colaboración con éste y el Ministerio de Justicia en la selección, formación y perfeccionamiento de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, del Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia. Se engloba pues a los integrantes del Poder Judicial, a otros integrados en éste, aunque con autonomía funcional, y al resto del servicio o cooperando con el mismo, y todo bajo la gradación de una serie de dependencias orgánicas, de servi-

cios, económicas, profesionales etc., con distintas instituciones cuyo objetivo principal reside, o debe residir, en garantizar la administración de justicia y ésto al menos es lo que no debe perderse de vista. Partiendo de este principio, el resto de problemas orgánico-jurídicos, o económico-profesionales pasan a un lugar secundario cuya solución no tiene por qué interferir aquel fundamental servicio.

Finalmente nos vamos a enfrentar al tema de la jurisdicción castrense, donde siguiendo el orden de nuestros planteamientos previos, el problema radica en determinar si quienes desempeñan la función jurisdiccional en el ámbito castrense forman parte del Poder Judicial

Ir más allá de este planteamiento, es decir, valorar lo que ha sido la Jurisdicción castrense en España supondría tener en cuenta el papel decisivo que el Ejército ha asumido en la vida política española a lo largo de los dos últimos siglos. Efectivamente, como señalan Andrés Ibañez y Movilla Alvarez, "las Fuerzas Armadas han tenido una presencia permanente en el funcionamiento de las instituciones de poder" condicionando en gran manera su decisiones, sobre todo en el sector del Orden Público. (28)

Efectivamente, ello ha sido una constante, y no solo en etapas dictatoriales, sino incluso en situaciones de normalidad Constitucional y más aún incluso en regímenes progresistas.

La Jurisdicción Castrense se ha querido justificar, (y se ha repetido una y otra vez por los teóricos del Derecho Militar), en el mantenimiento de la disciplina y en la necesaria eficacia de las Fuerzas Armadas y su decisiva importancia para la vida del Estado. Pero esta opinión no parece muy exacta pues como responden Andrés Ibañez y Movilla Alvarez, "aquella abarcaba campos y juzgaba conductas bien ajenas a la invocada disciplina castrense y sí más cercanas a la disidencia política y a los conflictos de orden público". (29)

No es extraño encontrarnos en los códigos Penales Militares junto a los delitos específicos (por atacar a intereses y bienes de los Ejércitos), otros comunes realizados por militares, o conductas calificadas como infracciones militares en razón del lugar en que se han cometido. Baste citar en este sentido el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 en que la competencia se atribuía por razón del delito, del lugar y de la persona responsable, llevándose la excepción (la jurisdicción militar) a la regla, confinándose a la jurisdicción ordinaria en multitud de aspectos, a una mera función de suplencia de aquella.

La amplitud e importancia de este esbozado tema es manifiesto

lo que por razones más que justificadas obligan en este momento a apartarnos del mismo debiendo ceñirnos a la propuesta inicial: ¿Forman o no parte del Poder Judicial quienes desempeñan la función jurisdiccional en el ámbito castrense?

En principio, de acuerdo con la teoría de los órdenes jurisdiccionales de Gordillo (30), la jurisdicción especial militar forma parte del Poder Judicial del Estado, pero al tratar en concreto de los órganos jurisdiccionales silencia este tema; sólo nos define (como vimos y como igualmente acabamos de observar en Carretero) como tales, en sentido estricto, es decir, aquellos órganos jurisdiccionales con facultades decisorias, a los Jueces y Magistrados.

Continuando con Gordillo, (31) el artículo 117.5 que literalmente expresa: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución",

parece integrar a la Jurisdicción militar, en el Poder Judicial. Sin embargo, ni en el apartado 1 del artículo 122, que establece que "la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcio-

namiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el Estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo unico...", ni en los apartados 2 y 3 del citado artículo (relativo al Consejo General del Poder Judicial), se tiene en cuenta para nada a los órganos judiciales castrenses, ni al personal que ejerce la función jurisdiccional militar, "lo que supone, (en opinión del propio Gordillo) cuando menos, una contradicción, al estar constitucionalmente integrados en el Poder Judicial". (32)

Por otro lado, otra omisión que debería subsanarse, es la no referencia que se hace a este personal jurídico, en el sentido de participar de alguna manera en la conformación del Consejo General del Poder Judicial.

La confusión sigue. Con la constitución en la mano, difícilmente puede llegarse a una clara conclusión. Si ya la (derogada) Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 10 de enero de 1980, prescindía absolutamente de la jurisdicción castrense ciñiéndose "especialmente" a la ordinaria, la actual L.O.P.J., de julio de 1985, intentando no despertar la hidra guardiana, ignora este problema. Bueno, el artº 3.2 limita la competencia de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal -

y a los supuestos de estado de sitio. El artículo 9.2 apartado segundo dispone algunas competencias de la jurisdicción militar, (33) pero queda sin despejarse la incógnita: ¿el personal que ofrece esas funciones judiciales es o no parte integrante del Poder Judicial?. No es una cuestión fácil. La unidad jurisdiccional se proclama (y volveremos a ella), lo hace la Constitución y la L.O.P.J., pero no obstante estos dos cuerpos legales admiten una excepción: la jurisdicción militar. Evidentemente quien la ejerce no vá a formar parte del Poder Judicial en sentido estricto. En sentido amplio no ofrece dudas. Las causas de ello difícilmente podríam resumirse, y entrariamos en temas, a veces más allá de los estrictamente jurídicos que más vale marginar en este momento. En este ámbito jurisdiccional, difícilmente puede satisfacerse el principio constitucional del 117.1 de que "la justicia emana del pueblo", porque como en su momento vimos, ese párrafo hacia referencia a que quien emanaba del pueblo no era la justicia como valor, sino el Poder Judicial, como poder del Estado, en virtud del artº 1.2 del texto constitucional. En la justicia castrense, el Poder jurisdiccional, además de no pertenecer al Poder Judicial, no emana del pueblo.

Las fuentes constituyentes al respecto se puede decir que son

nulas. Los problemas incidían sobre los tribunales de excepción. El párrafo 3 del artículo 117 de la Constitución, tal como arrancó en el Anteproyecto finalizaría su recorrido constituyente sin alteraciones ni referencias. Era un tema, bien perfectamente consensuado, bien exento absolutamente de oscuridades que impediría una clara interpretación. Por no afectarsele, ni siquiera la comisión de estilo hizo nada por él. Pero es que además, como dato que vá a justificarnos la distinción de unos y otros organos, pensemos que el principio de unidad no solo es aplicable a la función jurisdiccional, sino que también debe concurrir, como garantía jurídica, en la selección del personal jurisdiccional. Es decir, a la "unidad jurisdiccional" debe de acompañarle una "unidad selectiva", que debe traducirse en la existencia de un solo sistema de acceso a la carrera judicial, de acceso al Poder Judicial. (34)

Pero es notorio que la jurisdicción ordinaria y la castrense siguen cauces, formas y procedimientos distintos. Se oposita para ser Juez Ordinario, o para los cuerpos jurídicos militares. Pasarelas intercambiables no existen. Y no queremos complicar más el tema, pero la independencia judicial, sabemos, debe ser insoslayable. Al menos en la justicia ordinaria se formulan las reglas que la garanticen pero ¿y en la militar?. Quizás, ésta no participe de aquellos principios Generales (independencia, inamovilidad, responsabilidad, etc.) que debe inspirar (y realizarse) a toda organización que administre

justicia. La duda nos asalta por el carácter disciplinario y gradual de los miembros de las FFAA, a las que en resumidas cuentas pertenece ese cuerpo jurídico especial. No en valde se ha escrito que "es indispensable que la Ley sea aplicada en la esfera castrense por las mismas personas que ostentan el mando, con lo cual se robustecerá y prestigiará el principio jerárquico". (35)

Y también, ¿no es dudoso que sean los propios órganos o instituciones afectadas por la conducta reprochada quienes decidan la Sanción a imponer?.

De todas maneras, y con ganas de recordar ese "malicioso" dicho popular, que asegura que "la Justicia Militar, es a la Justicia, lo que la Música Militar, es a la Música", (36) señalaremos que las diferencias más aparentosas son más bien de "estilo", en el son y en la imagen, y a veces, en la utilización de ciertos instrumentos. En el fondo, todo se escribe con las mismas notas y en el mismo papel pautado. No obstante, para acabar con aquel dicho, o al menos que se reconozca que una y otra perseguen un mismo fin, en su momento fué remitido por el Gobierno al Parlamento un Proyecto de Ley en este sentido que el pasado 15 de julio pasó a ser la "Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar", (37) cuya finalidad última (insistimos), consiste en integrar (respetando su especificidad) esta jurisdicción en el Poder Judicial, de acuerdo

con la Constitución.

A tal fin, y comentando dicha Ley sin ánimo exhaustivo (motivos sobrados nos justifican), en su Preámbulo encontramos los principios que inspiran la misma:

a) Se atribuye exclusiva y excluyentemente la función jurisdiccional a los órganos judiciales militares, quedando fuera de la misma los órganos de mando, (excepción del recurso de casación) a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de jurisdicción. b) Se reconoce la independencia de los órganos judiciales castrenses consagrando la inamovilidad, la responsabilidad y la sumisión exclusiva al imperio de la ley de quienes desempeñan esta función. c) Se circunscribe la competencia de la jurisdicción militar, en tiempo de paz, al ámbito estrictamente castrense, conociendo de las conductas tipificadas como delito en el Código Penal Militar y extendiendo su competencia a cualquier clase de delito en el supuesto de tropas desplazadas fuera del territorio nacional. d) Se establece un sistema de constitución de los órganos judiciales que garantiza su predeterminación. A tal efecto, la Ley establece una nueva estructura de la Justicia Militar, dividiéndola en cuatro escalones:

1º.- La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (Sala Quinta, integrada por ocho Magistrados. Cuatro provenientes de la Carrera Judicial, nombrados de igual forma que los demás Magistrados del Tri-

bunal Supremo -por el CGPJ- , y cuatro provenientes de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos, nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia y a propuesta del C.G.P.J.

2º.- El Tribunal Militar Central, con sede en Madrid. Su composición consiste en un Auditor Presidente, que será Consejero o Ministro Togado, nombrado por Real Decreto refrendado por el Ministro de Defensa y cuatro vocales Togados, Generales Auditores.

3º.- Los Tribunales Militares Territoriales. Compuestos por un Auditor Presidente, Coronel Auditor y cuatro Vocales Togados, nombrados todos ellos por el Ministro de Defensa, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central.

4º.- Los Juzgados Togados Militares, desempeñados por miembros de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos, nombrados como en el caso anterior.

Finalmente, y como novedad importante, la Fiscalía Jurídica Militar, se hace depender del Fiscal General del Estado, integrándola en el Ministerio Fiscal. (38)

Con esta nueva regulación comienza a aclararse (no todo lo deseado) la confusa situación que constitucionalmente plantea la jurisdicción

jurisdicción castrense en la unidad jurisdiccional, y que la actual L.O. P.J., en vez de solucionar, no solo mantuvo sino que incluso agravó. Pensemos un momento en el artº 3 de dicho cuerpo legal, cuando viene a decir que, la jurisdicción es única, salvo cuando no lo es, "contraditio in terminis", como dirían los viejos latinos, de ahí que Ruiz Gallardón en los debates parlamentarios al respecto de este artº 3 mantuviera que la Jurisdicción Militar, que en su orden tiene funciones jurisdiccionales, no está sometida (como tampoco lo está la del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, que igualmente tienen funciones jurisdiccionales) al principio de unidad jurisdiccional, remarcando en conclusión, que la jurisdicción en España no es única. (39)

La unidad jurisdiccional (como resultado de la unidad de la soberanía del Estado) es una, pero admite excepción, la Constitución directamente excepciona la Jurisdicción Militar (artº 117.5), e indirectamente la del Tribunal Constitucional (y coherentemente la del Tribunal de Cuentas), pues el artº 24 de la C.E. constitucionaliza temas eminentemente jurisdiccionales y procesales, originando verdaderos derechos constitucionales tales como la tutela efectiva, la prohibición de la indefensión, el derecho a Juez Ordinario, etc., y como quiera que el artº 53.2 de la C.E. prevé un recurso de amparo ante el T.C., contra las violaciones, entre otros del artº 24 (situación confirmada por el artº 41 y ss. de la L.O. del T.C.), funcional-

mente el T.C. se constituye en una instancia de fiscalización de la actividad jurisdiccional ordinaria, como así se ha manifestado en la jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias de 26 y 30 de enero, 31 de marzo y 23 de noviembre de 1981; 10 y 29 de marzo de 1982, etc.). (40)

La Justicia Militar, existe y existirá para atender situaciones especiales, por lo que en cierta manera deberá ser "algo" especial, que se traduce en dos puntos concretos: la dureza de las penas y la rapidez de los procedimientos.

No obstante esto, la concepción que de la Jurisdicción Militar realiza la Constitución corre acorde con los principios de un Estado de Derecho, no solo por lo dispuesto en el párrafo 5º del artº 117, sino también, como precisan Andrés Ibañez y Movilla Alvarez, "por la configuración que de las funciones que de las Fuerzas Armadas se hacen en el artº 8 -"garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional"-, y de su clara desvinculación de todo tipo de competencia en el mantenimiento del orden público en periodo de normalidad". (41)

Ocurre sin embargo que puede darse un periodo de anormalidad o excepcionalidad: los supuestos de estado de sitio que reconoce el artº. 117.5 de la C.E. Pero aún aquí, la Constitución es explícita, pues

el ejercicio de dicha jurisdicción en esta excepcionalidad será regulado por ley que habra de conformarse "de acuerdo con los principios básicos de la Constitución" (artº 117.5 in fine) como así se ha pretendido en la nueva Ley de Jurisdicción Militar. (42)

No obstante estas argumentaciones, pensamos que en tiempos de normalidad, o paz, como ocurre en Alemania Federal, Francia e Italia, deberían ser los Tribunales Ordinarios los competentes para aplicar la Ley Penal Militar, o en su grado menos radical, como ocurre en Inglaterra, que igualmente serán los Tribunales Ordinarios los competentes, si bien, previo un juicio de condena o absolución emitido por los Tribunales Militares. (43)

Ahora la nueva Ley de Tribunales Militares tiene la palabra, y como señalabamos líneas antes, utilizando el símil musical, la Justicia Militar ya puede utilizar unas mismas notas, un mismo papel, unos mismos instrumentos, y unos mismos directores, aunque el estilo siga siendo algo diferente.

II.2.1: INTRODUCCION

II.2: LOS PROBLEMAS DEL ESTATUTO JURIDICO DE JUECES Y MAGISTRADOS

Con la aprobación de la Ley Orgánica 6/1985 , de 1 de julio, del Poder Judicial , se cumplen, no solo los mandatos contenidos en el art. 122.1 y 122.2 de la Constitución, que reservan a la Ley Orgánica el Estatuto jurídico de Jueces y Magistrados (resolviendo uno de los problemas pendientes del desarrollo constitucional) sino que también, se inicia una nueva etapa, acabando (aunque empiecen otros), con otro de los viejos problemas que arrastraba nuestra Administración de Justicia: el estado de permanente interinidad legal que padecía desde que se aprobó en 1870 su ley "provisional".

Este estado de interinidad de la Ley de 1870, como su real desfase jurídico respecto de la realidad social, junto al sistema judicial franquista producirán un anquilosamiento en la justicia, situación que en cierta manera se agravará (aunque temporalmente) con la transformación democrática y exigirá más que de inmediato (aunque ha habido que esperar 7 años), dos respuestas al mandato constitucional y promulgar la nueva ley de la justicia.

Efectivamente, el texto constitucional al consagrar definitivamente-

te la independencia del Poder Judicial, por declaración expresa, y creando su propio órgano de Gobierno (el C.G.P.J.), hacía más que necesaria y urgente la reordenación total de la Administración de Justicia. Precisemos no obstante que no se trata de hacer en este momento un análisis crítico-comentado de dicha ley. Ya los hay y valiosos, (44) lo que pasa es que aprovecharemos puntos concretos de nuestro trabajo para que con brevedad traigamos a examen algún que otro precepto de la misma.

Por otro lado corresponde decir que con este texto legal no quedan resueltos todos los problemas. Obviamente, no siempre llueve a gusto de todos, y para determinados sectores no responde plenamente a sus posiciones ideológicas. Las impugnaciones (que en su momento analizaremos) a determinadas partes de la misma hablan por sí solas.

No obstante ello no encontramos justificación a una obertura tan crematoria del tipo "morituri te salutant" con que se inicia uno de los comentarios a la misma (45).

En fin, como ha sido advertido, en el transcurso del presente trabajo y dosificándola la traeremos a examen y aplicación.

Acercádonos pues al objeto del epígrafe - el Estatuto jurídico de Jueces y Magistrados-, recordemos como en su momento se vio⁴⁶, que los requisitos imprescindibles que un Estado de Derecho exige para la Administración de Justicia se concretaban -como mínimo- en los siguientes principios:

- a) Independencia.
- b) Legalidad.
- c) Inamovilidad
- d) Responsabilidad.
- e) Unidad Jurisdiccional.
- f) Especialización funcional.
- g) Igualdad.

(A los que nuestro texto constitucional añade el de neutralidad política y sindical). Principios que, como señala Serrano Alberca, "no están separados unos de otros, sino que forman una estructura, un sistema coherente e interrelacionado que, puede estudiarse desde diferentes perspectivas" (47). En suma, se viene a decir que alguno de estos principios (o elementos que forman el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados) que aparecen en el texto constitucional son susceptibles de ser estudiados desde muy diversos planos, cuestión que debemos te-

ner en cuenta en cuanto tratamiento.

Pues bien, a nuestros efectos, y para delimitar o concretar nuestra atención, nos interesaremos por el artículo 117.1, que atribuye a los jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial Independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión únicamente al imperio de la ley. Igualmente nuestra atención se centrará sobre el art. 127 que exige neutralidad política y sindical, aunque reconozca la posibilidad de asociación profesional de los Jueces y magistrados. No habría que decir que estos elementos se despliegan -como veremos- no solo en otros artículos del Título -el de asociación incluso fuera del mismo- sino también con la L.O.P.J.

Entonces, sin el ánimo exhaustivo de abarcar un completo sistema de principios sobre el Poder Judicial (algunos de los cuales entrarían de lleno en el ámbito procesal y sobre los que existe una amplia bibliografía), estableceremos un esquema inicial de tratamiento sobre aquellos que estimamos esenciales a la hora de configurar el Estatuto jurídico de los jueces y magistrados. En concreto, y por el orden sistemático de su tratamiento, los puntos serían los siguientes:

a) Principio de sometimiento a la Ley.

- b) Principio de Independencia.
- c) Principio de inamovilidad
- d) Principio de neutralidad política y sindical.
- e) Principio de responsabilidad.

II.2.2: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL PODER JUDICIAL
ESTAN SOMETIDOS UNICAMENTE AL IMPERIO DE LA LFY

Tal vez, al hablar del Estatuto de jueces y magistrados debieramos partir del principio de independencia, nucleo básico para constituir al poder Judicial en un factor esencial en el concierto político del Estado "malgré" Montesquieu. Pero no olvidemos que estamos en un Estado de Derecho social y democrático- no en un Estado de derecho liberal- donde la legalidad (como señala Serrano Alberca), "es la base del poder judicial que fundamenta tanto el carácter democrático como el control del Poder Judicial a través de la responsabilidad de los jueces y que igualmente fundamenta su independencia" (48).

Aguilera nos recuerda que ya en el preámbulo de la Constitución se dice que "la nación española, deseando establecer la justicia... proclama su voluntad de... considerar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular", lo que supone una determinada organización del Estado y de la Justicia" (49).

Evidentemente el principio de legalidad del 117,1 que no es sino una aplicación particular del art. 9.1, informa la posición constitucional del poder Judicial, que estará sujeto tanto a la Constitución como al resto del ordenamiento jurídico. La ley será la única fuerza que vincula al juez en el momento de administrar Justicia. Por encima

del Juez sólo está la ley (50). Por lo que, "que el Juez esté únicamente sometido al imperio de la ley dice también por exclusión a lo que no está sometido: a todo lo demás a cualquier otra fuente de presión" (51). El poder Judicial se libera de cualquier poder extraño, pero también la ley actúa como límite lógico al carácter de independencia que otorga.

En definitiva y en principio, el único límite que se le puede imponer a la independencia del Poder Judicial, se encuentra en el principio de legalidad que a su vez le otorga la independencia. El Poder Judicial, a través de la ley se somete al pueblo pues éste, a través de sus legítimos representantes en el legislativo, podrá someter a los jueces. El problema estaría si pensáramos en un sistema parlamentario, como el nuestro, que aplicara una dictadura parlamentaria, en cuyo caso mal parado podría salir éste poder que siempre orbita,- o intenta orbitar- con trayectoria propia, pero controlado en lo esencial: la energía material.

La ley, en un estado de Derecho democrático será expresión de la voluntad popular legitimándose por esta vía su vigencia, lo que en consecuencia democratiza intrínsecamente la función jurisdiccional.

Pero es que también extrínsecamente se garantiza su democratización introduciendo la participación popular en la Administración de Justicia (sobre lo que volveremos más adelante), (52) y fundamentalmente, no lo olvidemos, el sometimiento a la ley impide todo atentado a la independencia judicial por parte de los restantes poderes, de los superiores jerárquicos dentro del propio orden judicial (en todo caso estos, lo único que pueden hacer, por la vía de los recursos legales, será revisar la actuación de los inferiores) y de los ciudadanos. En todo caso, éstos, el pueblo, como hemos advertido será el único, a través de sus representantes legítimos en el legislativo quienes puedan someter a los jueces mediante la ley (53). Líneas abajo volveremos al tema matizando este sometimiento.

Tenemos pues Jueces y Magistrados sometidos sólo y exclusivamente a la Ley, y en este contexto resulta obligado preguntarse qué significa ley.

En principio parece existir unanimidad doctrinal (54) en que aquí ley debe considerarse en un sentido lato, es decir, este principio encierra una mayor transcendencia política de la que a simple golpe de vista puede entenderse, pues supone -escribiría Alvarez conde-, "que los Jueces y Tribunales se convierten en defensores de la legalidad, lo cual evidentemente supone que no pueden violarla ni tampoco modificarla (...). Pero también supone que, en defensa de dicha lega-

lidad, especialmente por lo que a legalidad constitucional se refiere, deben desarrollar todos los principios y valores sobre los que ella descansa. Con ello, la posición constitucional del Poder Judicial adquiere, necesariamente y por imperativo de la propia Constitución, un marcado - caracter transformador de la sociedad, en la aplicación e interpretación de los valores democráticos contenidos en su ordenamiento jurídico". (55)

Por su parte, Xifra Heras, y en este orden de pensamiento, escribirá que "este sentimiento del Juez a la Ley debe entenderse en un sentido lato que abarca todo el ordenamiento jurídico, sin más excepciones que las establecidas por la Constitución en relación, primero, con las normas programáticas situadas más allá del ordenamiento jurídico positivo, como son los "principios rectores de la política social y económica", que "Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" sin más fuerza que la de informar la práctica judicial (art. 53.3); y segundo, con las disposiciones que, por carecer de rango legal, no son vinculantes para los jueces, como por ejemplo las conclusiones de las Comisiones Parlamentarias (art. 76.1), los reglamentos emanados de la Administración, y la propia jurisprudencia" (56).

Finalmente, y siguiendo el mismo sentido, una voz tan autorizada como la de Sainz de Robles -ex-presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial- ha indicado que "evidentemente, la justicia que debe ser administrada no es únicamente la que formalmente cumple las garantías establecidas en la ley, sino la que realiza plenamente los valores inherentes al Estado de Derecho (art. 1.1) a través del cumplimiento pleno de la ley" (57).

Además de este proyecto en cierta forma transformador, de la misma cláusula de sometimiento a la ley se va a derivar por un lado, que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, al menos formalmente, con lo cual la polémica al respecto no termina (58). Por otro lado, igualmente se deriva que el juez está obligado a resolver, quebrándose, por si quedan dudas, el dogma del absolutismo y plenitud de la ley. Venía a decir el art. 4 del Código de Napoleón, para acabar con aquella "boca muda que decía las palabras de la ley" que, "el Juez que rehusase juzgar bajo pretexto de obscuridad o insuficiencia de la ley podría ser acusado de denegación de justicia" (59).

Por otro lado plantean los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela (60), al hilo del sometimiento del juez a la ley, y como pago parecer inevitable a la moda, el debate -a su manera de ver

extraordinariamente retórico - sobre el "uso alternativo del Derecho".

Dejemos por un momento contestar a Alvarez conde, cuando se plantea "el importante problema de si este sometimiento al principio de legalidad puede prohibir o no planteamientos semejantes a los propugnados por la teoría del uso alternativo del Derecho" (61). A ello responde que "prescindiendo ahora de la vigencia actual o no de esta corriente doctrinal, creemos que la utilización del uso alternativo del Derecho en cuanto suponga una interpretación contraria, no de desarrollo progresista, a los principios constitucionales parece chocar contra el sometimiento al imperio de la ley contra el principio de seguridad jurídica"... la cita es extensa, y continúa: "El problema está conectado directamente con el valor de la jurisprudencia, al que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce el valor formal de fuente del Derecho sino que se le atribuye la función de complementar el ordenamiento jurídico (art. 6 del Código Civil). Ahora bien, esta función complementadora del ordenamiento jurídico implica necesariamente la posibilidad de un uso multidimensional del Derecho. Y precisamente, lo que hay que procurar es un uso, si se quiere, llamémosle evolutivo del mismo que implique una revalorización y defensa de los valores constitucionales a través de la praxis judicial, revalorización que,

sin alterar el principio de legalidad, puede conducir a una emancipación de aquellos sectores sociales más reprimidos". (62)

Por su parte los profesores granadinos (63), aún existiendo en España aportaciones muy meritorias sobre el uso alternativo (citan a Saavedra Lopez Calera, Ibañez, etc) dudan de la posibilidad jurídica y hasta de la oportunidad política de plantear la cuestión, salvo que lo que con ella quiera plantearse sea un descomunal truismo. (64)

Quizás el sentido de este eventual uso alternativo del Derecho (constitucionalmente hablando) proceda del malogrado Fernandez Viagas, cuando en su "Togas para la libertad" (65) afirma que "a nosotros nos parece que el uso alternativo del Derecho, de la Constitución misma ha de ser promovido haciendo prevalecer, privilegiando los valores, los ingredientes que están en la Constitución y que propician el cambio político en profundidad" (66), manteniendo a continuación tajantemente que, "es evidente que... la Constitución recoge este uso alternativo", citando como ejemplo entre otros, el artículo 9 del texto constitucional -que obliga a los Poderes Públicos a remover los obstáculos que se opongan a la libertad y la igualdad sean reales y efectivas facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social-, cuyo desarrollo -opina-, 'estará

en función de la capacidad de los miembros de la carrera judicial para responder a esa invitación hacia la profundización democrática". (67)

Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela recogen otras referencias procedentes del citado autor y magistrado que igualmente dan pie al planteamiento del uso alternativo del Derecho, y que al margen de sus acentos retóricos o emotivos, no queremos dejar olvidadas. En concreto: "No se trata de asentar el mito de la independencia olímpica. Ni es neutral el Derecho, ni, por consiguiente, en su aplicación cabe un ejercicio de independencia ideológica. Precisamente porque la realización del Derecho, mediante su adecuada interpretación (...) responde a ideología, reparto de poder, propaganda y a la escala de valores vigente en cada país y en cada momento (...). En la escala de valores vigentes radica el nudo de la cuestión. Podemos anticipar: ¿Qué escala de valores? ¿los valores jerárquicamente establecidos por los grupos dominantes o los que residen en la conciencia del pueblo?. Es imprescindible aclararlo (...) ya que o se depende de los poderes de hecho o se depende del pueblo" (68).

Obviamente aquí no podemos entrar en profundidad sobre el tema, sí podemos al menos plantearnos la proposición de Alvarez Conde sobre el uso evolutivo multidimensional del Derecho

frente al (ya) clásico uso alternativo del mismo. La formulación de aquel parece más acorde con la propia esencia de la Constitución y se presenta (aunque por supuesto habría que desarrollarlo) de manera más aseptica y despejada de desconfiadas sospechas radicalizadas. Sobre el uso alternativo del Derecho, serán nuevamente los profesores del Departamento de Derecho Político de Granada quienes consideraran que:

"1.- El uso alternativo del Derecho parece ser el uso del Derecho de una izquierda a la desesperada, sistemáticamente carente de la posibilidad de acceder al dominio del poder legislativo. En el caso de una izquierda subida al poder en elecciones libres, ¿sigue siendo posible trazar la distinción por lo demás eminentemente retórica, entre "dependencia de poderes de hecho" y "dependencia del pueblo"?

2.- Por más que el Derecho sea expresión de correlación de fuerzas sociales, no parece que sean los poderes de hecho los que precisen especialmente del Derecho para imponer su voluntad. En tal sentido si el Derecho puede ser límite de algo (en modo alguno decimos que necesariamente lo sea) es del poder. Conviene no olvidarlo.

3.- Nos parece carente de sentido preguntarse si el uso alternativo es posible o conveniente. Habría que preguntarse previamente en

términos lógicos si existe la posibilidad de que no todo uso sea uso alternativo, si por tal se significa aplicación interpretadamente favorable a una de las partes en los conflictos sociales colectivos.

4.- Si se propone el uso alternativo en el sentido en que, por ejemplo, lo hace Fernandez Viagas- es porque la clase dominante es "la otra" (según esa concepción). Si es la clase dominante la otra, esa dominación se traducirá a los diferentes niveles de la práctica. Propagar el uso alternativo, ¿no es así abrir el camino para que la aplicación interpretada del Derecho sea mayoritariamente favorable a los dominadores?". (69).

Las puntualizaciones son meridianas, asumidas quedan plenamente. El problema estará ahora en saber las posibilidades de aplicación de esa otra alternativa como es el uso evolutivo y progresista del Derecho, y en caso de que se aplicara, saber el alcance real del mismo. Aunque de todos modos, conviene no olvidar que el problema puede que no esté en la propia Constitución sino en los encargados de aplicarla. Miguel Angel Aparicio no ha titubeado al afirmar que "el poder judicial en los actuales sistemas democráticos parece ser el conjunto institucional estatal que se ha quedado más al margen de la evolución del Estado. La Jurisdicción ordinaria,..., incide muy escasamente en la

conformación del aparato estatal, especialmente en lo que más caracteriza al mismo en estos tiempos: Su capacidad de intervención, su planificación del orden social, la previsión de los conflictos, su carácter integrador de las diversas desigualdades sociales mediante la desorganización de las diversas alternativas al sistema y la utilización de los diversos elementos ideológicos de legitimación. En esta función general del Estado, el Poder Judicial participa muy escasamente" (70). En la parte final de este trabajo esperamos ofrecer datos sobre opiniones y actitudes de los jueces españoles que sirvan en buena medida para despejar la incógnita. Como conclusión de este punto, de acuerdo con la lógica del Estado de Derecho (art. 1.1. C.E.) sentado bajo la base del principio de legalidad (art. 9.1 C.E.) se configurará la posición del Poder Judicial.

El Juez queda sometido a la ley (como el resto de poderes y ciudadanos. Art. 9.1 C.E. y específicamente, art. 117.1), única fuerza a la que queda vinculado en el momento de administrar justicia, y a la vez garantía de su independencia frente a cualquier agresión externa.

Pero también a través de este sometimiento a la Ley, como expresión de la voluntad popular, el juez se somete al pueblo, pues este, por medio de sus legítimos representantes en el legislativo podrá someter a aquel a la vez que democratiza intrínsecamente la función ju-

risdiccio.al.

Finalmente, el Juez, aplicando la ley se erigirá en defensor de esa legalidad (en defensor del Estado de Derecho, en defensor del sistema político en suma), pero por imperativo de la propia ley (la Constitución) y siendo algo más que "una simple boca que pronuncia las palabras de la ley" el Juez deberá desarrollar todos los principios y valores sobre los que aquella descansa, adquiriendo de esta manera un marcado carácter transformador de la sociedad pues como precisa Sainz de Robles, la Justicia que debe ser administrada no es únicamente la que formalmente cumple las garantías establecidas en la Ley sino la que realiza plenamente los valores inherentes al Estado de Derecho (art. 1.1. C.E.).

En esta misión transformadora se plantea como medio, una alternativa entre el clásico uso alternativo del Derecho y la posibilidad de un uso multidireccional del mismo, o uso evolutivo del Derecho, como Alvarez Conde lo define.

Obviamente, siempre que ese uso alternativo o evolutivo del Derecho, (que perfectamente puede promover la Constitución, por ejemplo

cuando el art. 9.2 obliga a los Poderes Públicos a remover los obstáculos que se opongan a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social), no suponga una interpretación contraria a los principios constitucionales, podría plenamente aceptarse.

¿Por qué uso inclinarse?. Evidentemente por un uso que implique una revalorización y defensa de los valores constitucionales de la manera más aseptica y despejada de desconfiadas sospechas radicalizadas. En este estado, el uso evolutivo (o uso multidimensional) del Derecho armoniza mejor. Ahora es al Juez a quien le corresponde participar.

II.2.3: LOS JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL PODER JUDICIAL
SON INDEPENDIENTES

Con lo examinado hasta el momento, estamos en condiciones de afirmar que el Poder Judicial, integrado por Jueces y Magistrados, como el resto de los poderes fundamentales del Estado, emana del pueblo soberano, y se ejerce en nombre del Rey por ser éste el símbolo constitucional de la unidad del Estado. La atribución de la función jurisdiccional a Jueces y Magistrados encuentra su fundamentación social en la independencia e imparcialidad de los mismos, que vendrá del estricto sometimiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Pero función -no olvidemos-, incardinada en el marco teológico de la justa y pacífica convivencia social; su objetivo por tanto se centrará no solo en satisfacer y proteger los intereses de los particulares, sino también en controlar jurídicamente tanto a los ciudadanos como a la Administración, así como completar el ordenamiento jurídico por medio de la jurisprudencia y proteger los derechos y libertades fundamentales.

De ello se desprende -nuevamente- que el juez no está sometido sino al imperio de la Ley y que en consecuencia, el juez es independiente. La conclusión es precisa: sometimiento único a la Ley e independencia se reclaman mutuamente. O más precisamente: la independencia

judicial tiene su primer fundamento y expresión en el sometimiento del Juez a la Ley.

Pero ¿qué independencia?, porque es posible la distinción entre independencia externa, interna y psicológica (71) o, como mayoritariamente se entiende por la doctrina: Independencia, orgánica, es decir, independencia del Poder Judicial, e independencia funcional, o lo que es lo mismo, independencia del "hombre-juez", aunque se evidencia que la independencia del Órgano es a su vez garantía de los hombres en él integrados. Y si queremos complicar algo las cosas, Burón Barba, en un extraordinario trabajo (72) distingue entre: la independencia del juicio, la independencia de los que juzgan y la independencia de la institución judicial en bloque. Pero dejemos momentáneamente este brillante y profundo trabajo para dedicarnos a la idea de independencia que de modo general trata la doctrina. Sobre las aportaciones de Burón volveremos al hilo de las discusiones.

Por tanto, la independencia tiene varios aspectos, pero para evitar problemas de confusiones terminológicas, podríamos simplificarla atendiendo al carácter orgánico del Poder Judicial, distinguiendo en este caso, el órgano, de los miembros que lo conforman. Bajo este pun-

to de vista tendríamos la siguiente división:

- a) Independencia orgánica objetiva
- b) Independencia subjetiva.

En el primer caso estudiaremos la institución en bloque. En el segundo, al hombre juez, ampliando el tema con su actuación.

- a) Independencia orgánica objetiva.

Conocemos que históricamente el problema de la independencia del Poder Judicial, entendido como órgano fundamental del Estado, hunde sus raíces en la doctrina de la división de poderes, por lo que su proclamación no se producirá hasta la llegada del régimen constitucional. Sin embargo, como escribe Mosquera, (73) no es lo mismo separación que independencia, siendo precisamente una de las más llamativas falacias del Estado de Derecho, confundir ambos conceptos al estimar que la independencia quedaba garantizada pura y simplemente con la separación de la función judicial de las otras funciones, y considerar la función del gobierno sobre el poder Judicial como integrante de la función Primaria atribuida al poder ejecutivo. "la separación de poderes -dirá-, resuelve, en general, el problema de la distribución de

cada uno de ellos en complejos organizativos distintos, servidos por personas también distintas, mientras que la independencia considera las relaciones entre ellos; la separación es, quizá, el presupuesto primario para realizar la independencia... contempla a cada poder en su estatismo, al paso que la independencia los considera en su dinamismo. Por eso, si la separación queda garantizada con la atribución de cada uno de los poderes a personas y organizaciones distintas, de modo que ninguno de ellos pueda ejercer las atribuidas a los otros, la independencia va más allá e incide precisamente sobre la función de Gobierno o Administración sobre cada poder, en cuanto función instrumental o accesoria, cuya separación también exige" (74).

Lo que viene a decir, como señala Serrano Alberca, (75) que la independencia del Poder judicial no será verdadera sin un cierto grado de autogobierno. Por este lado va la intención de la constitución al instituir el C.G.P.J. (sobre el que, evidentemente volveremos) como medida liberatoria de las interferencias de los otros poderes fundamentales, aunque por supuesto, ello por sí solo no es suficiente. Fernandez Viagas con meridiana claridad dá cuenta del problema al advertir que, "la independencia de la magistratura no se realiza con solo liberarla de las interferencias gubernativas que instauran una independencia coactiva, si en la estructura judicial se mantienen intactos

los presupuestos que la vinculan a las clases políticas dominantes que perfilan una independencia voluntaria. (76).

Habría que añadir, no solo las interferencias gubernativas, sino también, las más solapadas legislativas, porque, en un sistema parlamentario, y se ha puesto de manifiesto, este poder, el Legislativo, interviene paritariamente (por su coordinación con el ejecutivo), en las decisiones políticas trascendentales (léase L.O.P.J), aunque por otro lado (siguiendo al hilo de la cita de Fernandez Viagas), evidentemente, en nuestro país, en la estructura judicial no es que se mantengan intactos los presupuestos que vinculan la magistratura a la clase política voluntariamente, sino todo lo contrario, los distanciamientos cada vez son mayores. Las expectativas de cambio al inicio de la transición crearon una sensación de conformidad con el futuro sistema político, pero en absoluto significaban una vinculación-aceptación de las orientaciones políticas dominantes. En el posterior análisis sociológico este será un tema que se intentará aclarar lo mejor posible.

Pero en fin, hablamos de independencia orgánica del Poder Judicial y la pregunta no se hace esperar, ¿qué es el Poder Judicial como conjunto orgánico? (77).

Volvemos a entroncarnos nuevamente con el principio político de la división de poderes que distingue a estos por sus funciones, esenciales en el Estado.

El Poder Judicial se podría decir que es una organización o una ordenación cuya esencial función sería la jurisdiccional. O para ser más exactos, administrar justicia. Bajo este punto de vista, como señala Prieto Castro, los Jueces serían los ejercientes del Poder Judicial (78). Pero aquí empiezan los problemas porque esa función, la jurisdiccional, como autorizadamente señala Sainz de Robles, "con el haz de potestades que someramente se resumen como las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, ha sido encomendada a los jueces, uti singuli (...) y la organización en que estos Jueces se integran no es depositaria de la función, sino, por el contrario, del servicio que requieren los jueces, o mejor, los juzgados, para desempeñarla" (79).

Y debe ser así porque, aunque el art. 117,3 disponga que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...", evidentemente no se refiere al ámbito geográfico donde se juzga y se hace ejecutar lo juzgado, sino a los órganos que integran esos Juzgados y Tribunales, porque de otra manera ¿qué sentido tendría el primer párrafo de dicho artículo 117 cuando

afirma que " la Justicia se administra por Jueces y Magistrados?".

Sainz de Robles por tanto se interroga "si la organización en que se integran los jueces no ostenta ninguna potestad jurisdiccional (...) ¿qué justificación tiene que esa concreta organización se constituya como uno de los poderes básicos del Estado?" (80).

Su constestación es perfectamente válida, pues si no fuera así-, dirá "no habría un poder judicial propiamente dicho, sino una función jurisdiccional atribuida a los Juzgados, con atribución de las potestades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, amparada por las leyes y servida por un sector de la Administración del Estado, que vendría a ser una administración para la Justicia" (81). Las consecuencias por obvias se hacen innecesarias resaltarlas.

Así pues se hace necesaria una organizació-poder-independiente para llevar a cabo con las máximas garantías, una de las esenciales funciones del Estado: la jurisdiccional. Pero ¿cuales son los presupuestos que manifiestan explícitamente la existencia de un poder del Estado independiente?.

En el aspecto puramente orgánico, la unidad, que en nuestro caso, sería la unidad jurisdiccional. como señala Serrano Alberca, en sentido estricto, "la unidad es un principio de organización o de ordenación externa que garantiza la existencia de un conjunto orgánico establecido por la ley de antemano con una competencia específica" (82). Así entendido, trata de conseguir la independencia del Poder Judicial respecto de los otros Poderes del Estado.

La Constitución. en el párrafo 5 del artículo 117, considera, (como vimos en su momento al tratar el personal al servicio de la jurisdicción castrense) (83), con gran elogio que la unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales..." Principio que tiene varios sentidos (84) pero cuya respuesta no puede ser más clara. La Constitución ha querido establecer un poder judicial único, sometido, al exclusivo imperio de la Ley. La Jurisdicción Militar tiene su razón de ser, los tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (establecidas por el artículo 152) no rompen el esquema de unidad. El artículo 149.1,5 de la Constitución es expresamente claro al afirmar que la Administración de Justicia es competencia exclusiva del Estado (85).

Aprovechemos en este momento la referencia a los tribunales Su-