

contra su voluntad, ser relevados antes de expirar su función, ni suspendidos en su cargo definitiva o temporalmente, ni trasladados a otro puesto, ni jubilados. Salvo en virtud de una decisión judicial y únicamente por los motivos y bajo las formalidades que determinan las leyes...".

Más conciso que el artº 64 de la República Francesa de 1958 imposible: "Los magistrados son inamovibles". Finalmente el artº 221.1 de la Constitución Portuguesa de 1976 dispondrá: "Los jueces serán inamovibles y no podrán ser trasladados, suspendidos, jubilados o destituidos sino en los casos previstos por la ley ...".

- (164).- Estas palabras fueron pronunciadas por el Diputado De la Vallina Velarde. (Vid. "L.O.C.G.P.J. Trabajos Parlamentarios ..." Cortes Generales Madrid 1980, pg. 165), aunque en verdad pedía el recorte de las competencias del Consejo sobre Sentencias de Juzgados y personal judicial (Vid. Ibidem pg.166).
- (165).- Vid. Andres Ibañez, P., y Movilla Alvarez, C.; "El Poder ..." Ob. cit. pgs. 124 y ss. Y en cuanto al contenido de la garantía de inamovilidad (hechos, causas, y efectos), Vid. Serrano Alberca, "Comentarios al artículo 117", ob. cit. pgs.1642-1644.
- (166).- Vid. Serrano Alberca, : "Comentarios al artº 117.2. En "Comentarios a la ..." ob. cit. pg. 1643.
- (167).- "Derechos, Instituciones...." ob. cit. pg. 359 .
- (168).- Ibidem.
- (169).- Ibidem.
- (170).- De todas formas, quizás quienes más brillantemente o más claro han escrito sobre este tema, en relación con la judicatoria en el periodo franquista han sido, por un lado, el profesor Ollero Tassara, y por otro Cano Bueso. Vid. Infra. Apéndice I, "Los imprescindibles datos históricos", pags.
- (171).- Ibidem.
- (172).- Citado en Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela.: "Derechos, Instituciones..." ob. cit. pg. 359.
Para Rodriguez Aguilera, (El Poder Judicial ..." ob. cit. pg. 95) la legalidad vigente (del franquismo) derivada de la L.O.P.J. del 1870, es la que da paso a esta especial politización de jueces, magistrados y fiscales, que permitía por

un lado pertenecer al partido (único) y por otro, exigía juramento de fidelidad a sus principios. Igualmente, la "especial idoneidad" encaramaba en los cargos de dirección de la Carrera Judicial.

(173).- La prohibición de desempeño de cargos públicos entra de lleno en el problema de las incompatibilidades, cuyo antecedente legal igualmente lo encontramos en la antigua L.O.P.J. de 1870 artº 7 y 112, tema este, que por razones de tiempo y espacio dejamos en suspenso temporalmente.

Por otro lado, respecto al problema italiano, Movilla Alvarez ha escrito (citado en Andres Ibañez, P y Movilla Alvarez, C.: "El Poder Judicial" ob. cit. pag. 134) con acierto que, "pretender que el Juez por la función que ejerce pueda quedar al margen de las grandes opciones en que se desenvuelve la Sociedad en que actúa; que pueda estar por encima de las diversas alternativas válidas que son savia de una sociedad pluralista y democrática; que eluda su compromiso político en aras de una imposible y no deseada asepsia, es pretender que dimita de aquello que más le puede acercar a sus ciudadanos a los demás hombres; es privado de una dimensión.

(174).- Trabajos Parlamentarios , ob. cit. Vol. I. pgs. 26 y siguiente.

(175).- Ibidem. pg. 44.

(176).- Ibidem. pg. 49.

(177).- Ibidem. pg. 57.

(178).- Ibidem. pg. 62.

(179).- Ibidem. pg. 169.

Vid. dicho voto particular en Supra, pg. 196.

(180).- Ibidem. pg. 216.

(181).- Ibidem. pg. 348.

(182).- Ibidem. pg. 410.

(183).- Ibidem. pg. 422.

(184).- Vid. Ibidem. pg. 573 y 620.

(185).- Vid. "Trabajos Parlamentarios..." Ob. cit. Vol. I. pg. 716.

- (186).- Ibidem. pg. 722 y siguiente.
- (187).- Las otras dos vias entiende que son la del nombramiento - del C.G.P.J. y la del artículo que discuten, La participación popular en la Administración de Justicia. (Vid. Trabajos Parlamentarios, ob. cit. vol.II, pg. 1372).
- (188).- Ibidem. pg. 1408 y siguiente.
- (189).- Ibidem. pg. 1409.
- (190).- Ibidem.
Efectivamente, ya a nivel constitucional esta rigurosa prohibición es verdaderamente excepcional en el Derecho constitucional comparado, que a lo más, solo se refiere a las incompatibilidades de Jueces y Magistrados. Vid. como ejemplos al respecto, los artículos 64 y ss. de la Constitución Francesa de 1958; los artículos 94 y ss. de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y los artículos 104 y ss. de la Constitución Italiana del 47. A nivel doctrinal, por supuesto el tema no ofrece duda alguna partiendo de estos apoyos legales.
- (191).- Ibidem. pg. 1410 y siguientes.
- (192).- "El Poder Judicial". ob. cit. pg. 133.
- (193).- Ibidem.
- (194).- Ibidem. pg. 135.
- (195).- Citado en Andres Ibañez, P. y Movilla Alvarez. "El poder Judicial", ob. cit. pg. 135.
- (196).- "Derechos, Instituciones y ...". ob. cit. pg. 161.
- (197).- Vid. "Trabajos Parlamentarios". ob.cit. Vol. II. pg.1412 y siguiente.
- (198).- Vid. Andres Ibañez - Movilla Alvarez. "El Poder Judicial....." ob. cit. pg. 134-175 y "Trabajos Parlamentarios", ob. cit. Vol. II.pgs. 1375 y ss. y la intervención de Bolea Foradada (misma obra pg. 146 y siguiente).
De todas formas, para el Diputado Castellano, esa situación no encerraba ningún peligro para el ciudadano pues su confianza y fé en la independencia de los jueces en tal que, estaba convencido de que el juez, fuese cual fuese su ideario se sometería absolutamente a la interpretación de las leyes y al

control en manos de todos los ciudadanos mediante las correspondientes actuaciones judiciales, (Vid. Trabajos Parlamentarios" ob. cit. Vol. II pg. 1412).

- (199).- "Trabajos Parlamentarios", ob. cit. Vol. II pg. 1418.
- (200).- El texto definitivo de este párrafo quedaría como sigue: "Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar cargos públicos ni pertenecer a Partidos Políticos. La Ley ... (sigue el inciso)..." (Vid. Ibidem. pags. 1418 y 2595 y siguiente que recoge ya, el texto aprobado por el Congreso; artículo 121.1).
- (201).- Vid. Trabajos Parlamentarios, ob. cit. Vol. III. enmienda 74 - (pg. 2698), enmienda nº 543 (pg. 2891) y enmienda nº 800 (pg.- 2950).
- (202).- Vid. Ibidem. pg. 3851 y siguiente.
- (203).- Para ver la intervención del Sr. Angulo en la Comisión de Constitución del Senado: Vid. Trabajos Parlamentarios. ob. cit. Vol. III. pg. 3852. En el pleno, vid. misma ob. cit. Vol. IV. pg. 4629.
- (204).- Vid. "L.O.P.J. Trabajos" ob. cit. Vol. I. pgs. 346, 581 y 672.
- (205).- Ibidem. pg. 65.
- (206).- Ibidem. pg. 199.
- (207).- Ibidem. pg. 1022 y siguiente.
- (208).- Ibidem. pg. 1026.
- (209).- Ibidem. pg. 1149.
- (210).- Ibidem. Vol. pg. 1505.
- (211).- Ibidem. pg. 1872.
- (212).- Ibidem. pgs. 1020 y siguientes.
- (213).- Ibidem. pg. 1023. Quien así hablaba era Trias de Bes i Serra. (Vid. Igualmente, Ibidem. pg. 1026 y Vol. II, pg. 1715 y 1967, para las enmiendas en este sentido del Grupo Popular y G.P. - Cataluña al Senado.

- (214).- Ibidem. pg. 1025.
- (215).- "El Poder" ob. cit. pg. 135.
- (216).- Aunque ciertamente supera a aquella en el tema de eliminar los mínimos numéricos que limitaban la libertad de asociación y que condujeron en la práctica a la existencia de una sola asociación. La propia Exposición de Motivos de la L.O.P.J. en su número VI así lo reconoce: "El régimen transitorio de libertad asociativa hasta ahora existente contiene restricciones injustificadas a las que se pone fin", pero claro, haciendo hincapié en esa "libertad limitada" al no reconocer que los Jueces y Magistrados llevan a cabo "actuaciones políticas" ni tengan "vinculaciones compartidos políticos o sindicatos", sin embargo Victor Fairen ("Comentarios a la Ley Organica..." ob. cit. pg. 374) piensa que a base de gongorismos y oscurantismos, a través de la letra "b" regla 7ª del artº 401 (Fines específicos), se "podrían introducir finalidades o conexiones políticas".
- (217).- Ob. Cit. pg. 136.
- (218).- "Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados", en - "El Poder Judicial", ob. cit. Vol. II. pg. 1213 y ss.
- (219).- "Derechos, Instituciones y" ob. cit. pg. 363. Vid. Igualmente a Farreres, "Las Asociaciones profesionales....", ob. cit. pg. 1222 y ss. y "Consejo General del Poder Judicial", Trabajos Parlamentarios, Cortes Generales. Madrid 1980 pg. 248 y siguiente.
- (220).- "El Derecho de Asociación ante la nueva Constitución Española". "Documentación Administrativa," nº 183, 1973, pgs. 73 y ss. Citado por Farreres, "Las Asociaciones ..." ob. cit. pgs. 1224 y siguiente.
- (221).- Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela, "Derechos, Instituciones" ob. cit. pg. 363.
- (222).- "L.O.P.J. Trabajos" ob. cit. Vol. I. pg. 1021.
- (223).- "Citado por Lopez Garrido, D.: "El Poder Judicial y sus competencias en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en la obra colectiva, "El Poder Judicial", Vol. II, pg. 1718.
- (224).- "El juez que se conforme y se aquiete con comprobar que nada ha influido en él a la hora de la sentencia; el juez que se

sienta honesto con esta verificación, no es un juez apto para asumir las tareas que sobre él descarga la Constitución del Estado, en esta concreta situación social" ("El Poder Judicial ..." ob. cit. vol. I. pg. 35).

- (225).- Citado por Andres Ibáñez P., y Novilla Alvarez, C., en "EL Poder .." ob. cit. pgs. 137 y siguientes.
- (226).- Esto último, propio de la herencia napoleónica de articular la organización judicial como Carrera (Vid. Ibidem. pg. 139).
- (227).- Ibidem. pg. 138.
- (228).- No obstante vease nuestro Apéndice I "Los imprescindibles datos históricos", ampliando con Fairen Guillen, quien en su obra citada, "Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, en las pgs. 34 y siguientes," 9. La inamovilidad y responsabilidad judiciales", realiza un detallado estudio con la L.O.P.J. de 1870 como fondo.
- (229).- "La Independencia del" ob. cit. pg. 121.
- (230).- Responsabilidad Judicial por otro lado susceptible de ser simultáneamente considerada tanto como reverso de la independencia cuanto como elemento básico de un Estatuto de Jueces y Magistrados lógicamente constituido por derechos y deberes (Vid. Serrano Alberca, "Comentarios al artículo 117, ob. cit. pg. 1630.).
- (231).- Almagro Nosete, J.: "El Sistema Español de Responsabilidad Judicial" en la obra colectiva, "El Poder Judicial", ob. cit. - Vol. I. pgs. 453 y siguiente.
- (232).- Para el propio Almagro Nosete (quien probablemente haya escrito más sobre responsabilidad, o al menos, ultimamente), nuestro ordenamiento se sitúa en esta materia a la vanguardia del Derecho comparado al admitir ampliamente la responsabilidad directa del Estado. (Vid. Ibidem. nota 7, pg. 454 y en general su artículo por su poco desperdicio).
- (233).- Citado por Lopez Garrido: "El Poder Judicial y sus" ob. cit. Vol. II, pg. 1718.
- (234).- Ibidem.
- (235).- "El Poder Judicial en", ob. cit. Vol. I. pg. 34.
- (236).- Ibidem.

- (237).- "Vid. Lopez Garrido. "El Poder Judicial y sus...." ob. cit. - Vol. pg. 1718.
- (238).- En, "La Posición del Poder" ob. cit. pgs. 719 y ss.
- (239).- Ibidem. pg. 720 y siguiente.
- (240).- Vid. "L.O.C.G.P.J. Trabajos Parlamentarios", Cortes Generales Madrid. 1980, pgs. 170 a 172.
En el Senado se aprobaria por asentimiento, sin discusión (Ibidem. pg. 381).
- (241).- "L.O.P.J. Trabajos Parlamentarios" Cortes Generales, Madrid - 1986, pgs. 900 y siguiente.
- (242).- Ibidem.
- (243).- Constitución de Cuba de 24 de febrero de 1976, artº 128 y 129.
Constitución de China de 17 de Enero de 1975, artº 25.
- (244).- "La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal - de la Administración de Justicia", en la obra colectiva citada, "El Poder Judicial" vol. III, pg. 2521.
- (245).- Artº 1. C.P. Son delitos o faltas las acciones o omisiones dolosas o culposas penales por la ley.
No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos por la culpa".
- (246).- Según tradición inveterada, estos delitos (con independencia del cohecho y otros específicos de todos los funcionarios de la Administración Pública), se vinculan al concepto de prevaricación, que como su origen etimológico revela (andar torcido) significa exactamente lo contrario de lo que el justiciable espera de la rectitud del Juez. No la denegación de justicia (Vid. Almagro Nosete, J.: "El Sistema de responsabilidad" ob. cit. Vol. I, pg. 461 ss., donde realiza un valioso estudio de las probables infracciones delictivas que pueden cometer los Jueces y Magistrados).
- (247).- Fairen Guillen, V.: "Comentarios a la Ley Orgánica del" ob. cit. pg. 377.
- (248).- Ibidem. Para su argumentación remite a su comentario sobre la "Acción Popular" en esta obra pgs. 40 y ss.

- (249).- Es decir, un requisito de procedibilidad destinado a decidir previamente sobre el derecho a la acción, antes de entrar a hacerlo acerca de la pretensión punitiva.
- (250).- Vid. Andres Ibañez, P., y Movilla Alvarez, C.: "El Poder" ob. cit. pg. 140.
- (251).- Por la que estimó que el antejuicio "no puede considerarse atentatorio al principio de igualdad porque, en ningún caso permite cerrar el paso a la acción penal en atención a motivos personales concurrentes en los querrelados, sino valorar la procedencia o no de admitir la querrela con mayores formalidades procesales que las previstas en los artículos 312, 313, incluso 789 de la Ley de E. Criminal, en consideración a la especificidad de la función que aquellos ejercen y que concierne, de modo relevante, al interés público, mediante la adecuación de normas instrumentales también específicas" (Citada en Ibidem. pg. 140 y siguiente).
- (252).- (Citado por Ibidem, pg. 141).
- (253).- Ibidem. pg. 141 y siguiente.
- (254).- Vid. "L.O.P.J. Trabajos Parlamentarios". ob. cit. Vol. I, pg. 441.
De todas formas, a estos argumentos hay que presentar la ya conocida S.T.C. 61/1982 de 13 de octubre (vid. Supra pag. 258).
- (255).- Aunque en opinión de Garcia Pérez y Gomez de Liaño ("Ley Orgánica del ...", ob. cit. pg. 255), no queda claro que "esa parte" haya de ser la que figure como tal en el proceso del que dimanó el daño. Pero lo que es evidente, es que el artº 413.1, exige para interponer la demanda de responsabilidad civil "haber reclamado oportunamente en el proceso en que se suponga producido el agravio", lo cual supone un problema de interpretación, es decir, legitimados por interponer dicha demanda podrían ser A) parte perjudicada; B) Causahabientes y C) quien haya reclamado oportunamente. U otra interpretación; legitimados serían, A) Parte perjudicada; B) Causahabientes, pero siempre que hubieren reclamado oportunamente. Por tanto, el problema presentado por Garcia Pérez y Gomez de Liaño podría o no solucionarse dependiendo de la interpretación. De acuerdo con la segunda interpretación; el requisito de reclamación convierte al demandante en una u otra manera, en parte. De todas formas, a nuestro juicio, la primera interpretación es la correcta, suscribiendo totalmente el planteamiento presentado por los citados autores.

- (256).- Almagro Nosete, I.: "El Sistema Español de", ob. cit. - Vol. I. pg. 458.
- (257).- "L.O.P.J. Trabajos" ob. cit. Vol. II. pg. 1032.
- (258).- "Comentarios a la Ley Orgánica del ...", ob. cit. pg. 379. Por otro lado, Almagro Nosete ("El Sistema Español de", ob. cit. pg. 478-479) llama a la primera conducta "responsabilidad disciplinaria profesional" y a la segunda "responsabilidad disciplinaria procesal", evidentemente según sea consecuencia de alguna acción u omisión referida a la conducta profesional en general del juez o magistrado, o consecuencia de alguna acción u omisión producida en un proceso concreto.
- (259).- La antijuricidad según este artículo radica en:
- 1º La infracción de las incompatibilidades establecidas en la presente ley.
 - 2º La intromisión, dirigiendo órdenes o presiones de cualquier tipo, en la aplicación o interpretación de las leyes que corresponda a cualquier otro órgano jurisdiccional.
 - 3º El abandono o el retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial.
 - 4º La ausencia injustificada, por más de diez días, del lugar en que presten servicios.
 - 5º Los enfrentamientos graves y reiterados, por causas imputables a los Jueces y Magistrados, con las autoridades de la circunscripción en que desempeñen su cargo.
 - 6º Las acciones u omisiones que generen, conforme al artº 411, responsabilidad civil.
 - 7º La comisión de una falta grave cuando hubiere sido anteriormente sancionado por otras dos graves sin que hubieren sido canceladas las anotaciones correspondientes.
- (260).- En este caso, se consideran faltas graves:
- 1º La falta de respeto ostensible a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija, o con publicidad.
 - 2º La infracción de las prohibiciones o deberes establecidos en la presente Ley.
 - 3º Dejar de promover la existencia de la responsabilidad disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el incumpli-

miento grave por los mismos de los deberes que les corresponden.

4º La ausencia por más de tres días del lugar en que presten servicios.

5º Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional salvo cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

6º El exceso o abuso de autoridad respecto de los Secretarios Oficiales, Auxiliares y Agentes en los Juzgados y Tribunales y de los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados, Procuradores y particulares que acudieren a los mismos en cualquier concepto.

7º La inasistencia injustificada a los juicios o vistas que estuvieren señalados, cuando no constituyan falta muy grave.

8º El incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 3 del artículo 317 de esta Ley y el retraso o desidia en el despacho de los asuntos que no pueden calificarse como muy graves.

9º La Comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionada anteriormente por otras dos leves, cuyas anotaciones no hubiesen sido canceladas.

10º La recomendación de cualesquiera asuntos de que conozcan los Juzgados y Tribunales.

(261).- Finalmente, faltas leves serán:

1º La falta de respeto a los superiores jerárquicos que no constituya falta grave.

2º La desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico judicial, con los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados y Procuradores, con los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tribunales o con los particulares que acudieren a los mismos en cualquier concepto.

3º El retraso en el despacho de los asuntos o en su resolución cuando no constituya falta grave.

4º La ausencia injustificada por tres días o menos del lugar en que presten servicios.

5º Las infracciones o la negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo establecidos en esta Ley, cuando no constituya infracción más grave.

- (262).- Que actua por medio de la "Comisión disciplinaria" (artº 122.1 L.O.P.J.), integrada por cinco miembros, tres de ellos elegidos entre los vocales que pertenezcan a la Carrera Judicial, y dos ajenos a esta (artº 132.1 L.O.P.J.) en todos aquellos procedimientos disciplinarios no reservados al Pleno del Consejo (artº 127 L.O.P.J.).
- (263).- Citado por Andres Ibañez, P., y Movilla Alvarez, C., "El poder Judicial". ob. cit. pg. 143.
- (264).- Ibidem pg. 142.
- (265).- Ibidem.
- (266).- Ibidem. pg. 143.
- (267).- En "El Sistema Español de", ob. cit. Vol.I, pg. 455. En la página 473 alaba la novedad de introducir acción directa al justiciable para reclamar al Estado.
- (268).- "El Poder", ob. cit. pg. 335.
- (269).- ("La Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de Justicia", en la obra colectiva citada "El Poder Judicial" vol.I, pg. 315). Para su afirmación recuerda el Iter Legislativo de dicho artículo (Iter que recomendamos igualmente verlo en Andres Ibañez y Movilla Alvarez. "El Poder ..." ob. cit. pg. 348 y ss.), la Ley de Regimen Jurídico de la Administración de Estado de 1957, y el artº 106 de la Constitución de 1931. No obstante esta reseña, recomendamos plenamente su articulado, tanto a nivel interno como externo (derecho comparado) de la responsabilidad patrimonial del Estado.
- (270).- El ejemplo lo encontramos en el artº 40 de la citada Ley de 1957, aunque tampoco se puede olvidar el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. (Vid. Andres Ibañez P., y Movilla Alvarez, C.: "El Poder ...", ob. cit. pgs. 345 y ss.).
- (271).- Vid. Andrés Ibañez, P.; Movilla Alvarez, C.: "El Poder", ob. cit. pg. 36 y siguiente.
- (272).- Vid. Serrano Alberca: "Comentarios al artº 121", ob. cit. pg.-1733.
- (273).- Según el artº 295 L.O.P.J. cuando los daños se produzcan por dolo o culpa de los Jueces y Magistrados.

- (274).- Vid. "Constitución Española. Trabajos", ob. cit. Vol.I - pg. 127.
- (275).- Ibidem. pg. 151.
- (276).- Ibidem. pg. 377.
- (277).- Ibidem. pg. 497.
- (278).- Ibidem. Vol.II, pgs. 1387 y siguientes.
- (279).- Ibidem. Vol.III, pg. 2950.
- (280).- Vid. Andres Ibañez, P., y Movilla Alvarez, C.: "El Poder" ob. cit. pg. 349. También a "Goded Miranda "La responsabilidad del Estado por el ..." ob. cit. Vol.7, pgs. 327 y ss.; Almagro Nosete, "El Sistema Español de ...", ob. cit. Vol.I, pg. 458 y ss. y Serrano Alberca "Comentarios al artículo 121" obra citada pgs. 1737 y ss.
- (281).- "Comentarios a la Ley Orgánica del", ob. cit. pg. 329.
- (282).- Dispone este artículo que: "Cuando en virtud de revisión se dicte sentencia absolutoria, los integrados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común. los cuales serán satisfecho por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el Juez o Tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos".
- (283).- Artº 292.1: "Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título".
- Artº 294.1: "Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios".
- (284).- No debemos olvidar que el artº 292.2 L.O.F.J. tiene como origen los artº 40 de la L.R.J.A.E., y 122 L.E.F., toda vez que reproduce como requisitos los mismos que estos.

- (285).- Efectivamente, el nexo causal se rompe, desapareciendo el derecho a indemnización, según el viejo principio "qui ex sua culpa damnun sentit, non intellegitur damnun sentire".
- (286).- Tratandose como estamos, ante una responsabilidad objetiva, independiente del dolo o culpa del funcionario judicial, el caso fortuito no excluye del deber de indemnizar. Cuestión esta más que debatida, doctrinal y jurisprudencialmente
- (287).- Para Gode d Miranda, ("La Responsabilidad del Estado...", ob. cit. Vol.I, pg. 327), la afinidad de conceptos es obvia. El error judicial supone que los Tribunales han funcionado anormalmente; por lo que el error judicial puede delimitarse como una forma específica del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.
- (288).- Vid. "L.O.P.J. Trabajos", ob. cit. Vol.I, pgs. 989 y siguiente.
- (289).- Ibidem. pg. 991.
- (290).- Ibidem. pgs. 991 y siguiente.
- (291).- Ibidem. Vol.II, pg. 1406.
- (292).- Ibidem. pg. 1699.
- (293).- Artº 293.1b. "La pretensión de la declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el organo a quien se imputa el error,".
- (294).- "El Poder...." ob. cit. pg. 355. Por contra, Gode d Miranda ("La Responsabilidad del Estado ..." ob. cit. Vol.I, pg. 330), mantiene que, "no parece aconsejable entender que el error judicial es el que se produce en las actuaciones propiamente jurisdiccionales de los órganos judiciales, mientras el funcionamiento anormal tiene lugar en actuaciones no jurisdiccionales". De todas formas aconsejamos la lectura de sus conceptos del error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por su impecable brillantez (pg. 330 y ss.).
- (295).- Error que por otro lado no queda limitado, como tradicionalmente se venia haciendo a los supuestos de revisión favorable en causa penal concretado en el artº 960 de la L.E.Crim. La Constitución, y en consecuencia la L.O.P.J., no excluyen nin-

gún error. Por tanto se pueden cometer en toda clase de resoluciones; en lo civil, penal, laboral o contencioso-administrativo. Más aún, en la jurisdicción militar, (en este último caso, artº 293.1b L.O.P.J), y en todas las fases procesales (sentencia, medidas cautelares, ejecución, etc.).

- (296).- Goded Miranda, "La Responsabilidad del" ob.cit. Vol.I, - pg. 323.
- (297).- Vid. Andres Ibañez y Movilla Alvarez. "El Poder",ob.cit. pgs. 358 y siguiente.
- (298).- Ibidem. pg. 359.
Efectivamente debe ser así, porque, como reflexionará Fairen Guillen con su aire demoledor ("Comentarios a la Ley Orgánica" ob. cit. pg. 332), ¿que ocurre si ese retraso, no es imputable a la Administración de Justicia, en el caso, figurémosnos (aunque desgraciadamente más que realista) de aplazarse o interrumpirse una vista por amenaza telefónica de bomba que luego resulta falsa alarma?.
- (299).- "El Poder", ob. cit. pg. 363.
- (300).- Ibidem. pg. 363 y siguiente.
- (301).- Efectivamente, en las discusiones previas a la aparición de la L.O.P.J. los autores entenderían que el artº 121 de la C.E. admitía un desarrollo bastante más amplio que abarcara, al margen del recurso de revisión, no solo en los casos de procesado absuelto en la sentencia definitiva, sino también cuando se dictara auto de sobreseimiento libre; cuando se condenara a pena de prisión menor de la sufrida como preventivo o a pena no privativa de libertad, e incluso (aunque con mayores caute-las), en el caso de sobreseimiento provisional. (Vid. Ibidem pg. 363).
- (302).- "La Responsabilidad del ...", ob. cit. Vol.I, pg. 335 y siguien-te.
- (303).- Sin concurrencia de dolo o culpa y actuando el órgano jurisdic-cional dentro de los requisitos y cauces predeterminados legal-mente.
- (304).- Tiene en cuenta la redacción del artº 503 de la L.E.Crim., da-da por la Ley 22 de Abril 1980, que impone al Juez la obliga-ción de acordar la prisión provincial cuando concurren las circunstancias que el precepto señala.

- (305).- "El Poder" ob. cit. pg. 364.
- (306).- Vid. Ibidem pg. 366.
- (307).- "La Responsabilidad del" ob. cit. Vol. I. pgs. 343 y ss.
 "El Sistema Español de" ob. cit. Vol. I. pgs. 473 y ss.
 "El Poder....." ob. cit. pgs. 369 y siguiente, respectivamente.
- (308).- Andres Ibañez, P. y Movilla Alvarez, C.;
 "El Poder", ob. cit. pg. 370.
- (309).- Ibidem.
- (310).- En concreto al artº 61, párrafo 5º, que faculta a una Sala "Ad hoc" formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo, para conocer las prestaciones de declaración de error judicial cuando éste se importe a una Sala del Tribunal Supremo.
- (311).- ¿No hubiera sido mejor facultar a la Sala Militar en el Supremo prevista en la L.O. 41/1987 de 17 de Julio de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar?.
- (312).- Cosa que, desde distintas plumas ha sido criticada antes y despues de la promulgación de la L.O.P.J., por entenderse, -resumiendo-, que la reclamación debería hacerse ante el C.G. P.J. por su naturaleza y funciones, pues atribuir tal decisión al Ministerio de Justicia supone una facultad de injerencia y una potestad de valoración de un Poder ajeno e independiente, sin que ello esté justificado en la tesis de la personificación única del Estado a medio de la Administración Pública, ya que si esta fuera la única razón, sería esencialmente presupuestaria y en este caso, la reclamación debería presentarse ante el Ministerio de Hacienda. (Vid. Ibañez y Movilla "El Poder ...", ob. cit. pgs. 370 y siguientes, que aparte su propia opinión, cita a Goded Miranda y J. Tornos Más; y Almagro Nosete: "El Sistema Español de", ob. cit. pg. 474.
- (313).- Esa es la opinión de Ibañez y Movilla, para quienes, ciertamente podría haberse simplificado el organo, por ejemplo, confiriendo al órgano jurisdiccional que decide el proceso en que se reconoce el error y en el que son partes el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado, la competencia para resolver sobre la indemnización. ("El Poder ...", ob. cit. pg. 373).
- (314).- Almagro Nosete ("El Sistema Español de" ob. cit. pg. 474) comentando el Proyecto de L.O.P.J., en su exposición de moti-

vos encuentra una justificación al requisito previo del reconocimiento judicial del error en "el deseo de no dar el mismo tratamiento que se dá al funcionamiento normal o anormal de la Administración pues ello incidiría en el vicio de equiparar al juez con el funcionario administrativo, en detrimento, por tanto, del principio de independencia judicial, ya que sería la Administración la que entraría a apreciar que funcionamiento irregular del Tribunal".

Si, podría ser, pero ahí está la Administración, a través del Ministerio de Justicia, como hemos visto, que no aprecia, en la revisión, si hay o no funcionamiento irregular, pero en la petición indirectamente puede determinarlo, según ella o no, aunque quede aún otro recurso judicial. Encabezábamos el punto b, que tratamos, diciendo que, "La Ley, siguiendo no se sabe que motivos, distingue distintas vías", ya podemos conocer uno de estos motivos, pero ¿se protege realmente al juez de su equiparación con el funcionariado administrativo, o a la Administración?. Si debemos de responder, pensamos que realmente a quién no se protege es al ciudadano justificable. Esperemos no tener nunca que reclamar patrimonialmente al Estado-Juez.

(315).- Al cual remite el artº 294.3, relativo a la prisión preventiva.

(316).- Valga como nota aclaratoria (aunque de suyo innecesaria por pertenecer al área del Catón penal), que el concepto de "error supone una actuación equivocada, no ajustada a la Ley, porque no se haya aplicado correctamente el derecho o porque se hayan establecido unos hechos no correspondientes a la realidad; en estos casos, hay que negar el dolo, que supone, una intención expresa de causar un daño antijurídico pero no erróneo. Pero entre aguas se halla el concepto de culpa que "excluye querer el resultado injusto", aunque adoptándose unas lógicas previsiones y cuidados, éste no se hubiera producido, y afirmando, si hubo representación del posible daño pero el agente confió en que no se produjera, estaríamos ante la "culpa con representación", y si no le hubiera importado que así sucediera, la figura sería del "dolo eventual".

(317).- Efectivamente, en virtud de los artículos 954 y 960 de la L.E. Crim., cuando la sentencia injusta se haya dictado con fundamento en testimonios falsos, (error judicial), el Estado está obligado a indemnizar, sin perjuicio de su derecho a repetir contra la persona responsable del falso testimonio, o sus herederos, cuestión que el artº 121 de la Constitución no puede restringir y que plantea la dudosa cuestión si esa solución no debería considerarse válida para los errores judiciales

(no funcionamiento anormal) acontecidos en el ámbito de otras jurisdicciones.

(318).- Aunque para Fairen Guillen, no hay dudas que el legislador ha errado el camino, pues se trata de una serie de normas que en gran parte deberían hallarse en una Ley Procesal General. ("Comentarios a la Ley Orgánica del ...", ob. cit. pg. 332 y siguiente).

CAPITULO III

CAPITULO III: "LA PARTICIPACION POPULAR EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA"

III.1: INTRODUCCIÓN

III.2: LA ACCIÓN POPULAR COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

III.3: EL JURADO COMO FORMA DE PARTICIPACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

III.4: LA PARTICIPACIÓN EN TRIBUNALES CONSUECUDINARIOS Y TRADICIONALES

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

CONCLUSIONES CAPÍTULO III

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS CAPÍTULO III

III.1. INTRODUCCION

Escribió Aristóteles en algún lugar de "La Política" que "hay... diversas especies de ciudadanos, y sólo lo es plenamente el que tiene participación en los poderes públicos". (libro tercero, capítulo III).

Hoy podemos decir que se ha avanzado socialmente porque no hay (al menos en teoría) diversas especies de ciudadanos. (artº 14 C.E.). Hay ciudadanos, lo que ocurre es que algunos de ellos, precisamente por participar en los poderes públicos debido a la voluntad de todos los ciudadanos, pueden tener la tentación de creerse especie singular (1).

Efectivamente, la participación en los poderes públicos, en un Estado Democrático es un claro derecho fundamental del ciudadano (2). Obviamente, si en nuestro ordenamiento constitucional, el artº 1.2 de clara que la soberanía reside en el pueblo del que emanan los poderes del Estado, por lógica ese pueblo podrá participar en los mismos. Así dirá el artº 23:

"1. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igual

dad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que se ñalen las leyes." (3).

La justicia es un "asunto público" (4) que además emana del pueblo (artº 117.1 C.E.), luego éste, debe participar en aquella, Je alguna manera, lo que se encarga de declarar el artº 125 de la C.E., al disponer que:

"Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales - consuetudinarios y tradicionales".

Observamos pues tres formas de participación popular en la Administración de Justicia:

A) A través del ejercicio de la acción/
popular.

B) Participando en el "eventual" jurado
y

C) Participando en Tribunales Consuetu
dinarios y Tradicionales.

Junto a estas tres formas institucionalizadas de participación popular directa en la justicia, podría destacarse una cuarta forma, pero en este caso indirecta. Se trataría de la "elección parlamentaria de los Consejeros del Gobierno del Poder Judicial".

Pues bien, a estos distintos tipos de participación popular en la justicia nos vamos a referir; pero, antes que nada, una pequeña referencia excusatoria a una de las probablemente más ancianas y tradicionales formas de participación popular en la justicia; los jueces de paz. (5). Evidentemente no nos vamos a referir a toda su problemática tanto pasada como actual (origen, naturaleza, funciones, etc.) -de ahí la nota excusatoria-. Solo decir que la Constitución no los menciona expresamente pero evidentemente no los rechaza. Además, podrían tener encaje en el artº 125(6), en concreto como tribunales consuetudinarios (7).

De todas formas su apoyo legal lo encuentran en la L.O.P.J. de 1.985 (libro I, capítulo VI, artº 99 a 103), que dispone su nombramiento por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (artº 101.1), previa elección en los respectivos Ayuntamientos (artº 101.2) (8) entre las personas que reúnan los requisitos exigidos por la propia Ley Orgánica, entre los que no se exige ser licenciado en Derecho (artº 102). Los elegidos participarán de aquellos derechos y deberes propios de los miembros de la Carrera Judicial (9), aunque obviamente, limitados al periodo de su mandato (10).

Adelantada esta pequeña referencia pasemos en concreto a las formas expuestas de participación popular en la Administración de Justicia declarada por el artº 125 de la C.E.

III.2: LA ACCION POPULAR COMO FORMA DE PARTICIPACION EN LA
ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Han escrito Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela que la posibilidad de ejercicio de la acción popular apenas encuentra hostilidades o recelos por entenderse que está fuertemente arraigada en nuestra tradición, citándonos a Alzaga, que sugiere acudir al respecto al artículo 101 de la L.E.Crim. (11). Se reconoce además en la L.O.P.J. Artº 19 párrafo 1,(12), donde faculta a los "ciudadanos de nacionalidad española para ejercer la acción popular", por supuesto en los casos y formas establecidos en la Ley.

Dejemo. por ahora la Ley Orgánica y volvamos a la tradición procesal española, porque efectivamente, como señala Serrano Alberca, "el estudio de la acción popular necesita del conocimiento previa de la acción, ...(por lo que)... para llegar al sentido que la Constitución da a la acción popular es preciso llevar a cabo un somero análisis del concepto, significado y naturaleza de la acción en las diferentes doctrinas, a partir del siglo XIX" (13).

Así es efectivamente, y nosotros no estamos en condiciones ni por razón de disciplina, ni por el objeto de nuestro trabajo, de abordar esta institución desde una perspectiva puramente procesalista. (14). No obstante, desde nuestra posición jurídica, creemos poder afirmar - que la acción popular reconocida en el artº 125 de la C.E., puede considerarse como una manifestación singular del derecho subjetivo público

de libre acceso a los Tribunales para ejercitar una pretensión que por fundarse en un interés público, prescinda del requisito de la legitimación, (15) porque, como afirma Pielsa, "en la acción popular, el grado de interés no se califica o dosifica. Es un ciudadano el que impugna un acto lesivo para el interés general, porque ese acto viola la ley o perjudica el patrimonio de un ente público, o implica una in moralidad o restringen arbitrariamente la libertad. El actor popular no necesita invocar la lesión de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo, aunque para él esta lesión exista, le basta invocar su cualidad de ciudadano sin interdicciones para asumir la defensa de la legalidad". (16)

En parecidos términos se ha pronunciado Biscaretti Di Ruffia cuando ha escrito que, "a través de la acción popular se reconoce al particular la posibilidad de defender un interés que no le concierne como simple particular, 'sino como miembro de una determinada colectividad (por ejemplo: un elector cuya inscripción en el censo se cuestiona), o bien del ente público, en el cual la colectividad en cuestión encuentra su expresión jurídica. (por ejemplo: un Municipio o una provincia)'. El ciudadano actúa uti civis y no uti singulus". (17)

No hay dudas por tanto que la acción popular constituye, como el propio Xifras Heras escribe, "una de las vías previstas para promover y facilitar el acercamiento del ciudadano a la justicia, incrementando

la comunicabilidad entre el pueblo y los Tribunales". (18). Para Almagro Nosete, la acción popular "se revela doctrinalmente como un control social más de la democracia, incluso en los supuestos en que primariamente esté obligado el Ministerio Fiscal u otros órganos especializados en el ejercicio del derecho a la jurisdicción". (19)

Por otro lado, el curso constituyente de la acción popular poco protagonismo alcanzó. Quizá porque se reguló en un mismo artículo - junto a una polémica institución de participación popular en la Administración de Justicia, como es el Jurado, que en suma acaparó prácticamente la discusión parlamentaria, y quizás también por su, -como ya advertimos- arraigo y conocimiento en nuestra tradición jurídica (20) que eliminaba de entrada, cualquier discusión al respecto, aunque sin embargo, no por ello se recogió en el Anteproyecto de Constitución, - sino en el texto de la Ponencia (artº 117) (21), probablemente porque la intención del legislador era dejar completamente abiertas las posibilidades de participación ciudadana en la Administración de Justicia con la intención de impedir en la futura ley (que ni se decía que debía ser orgánica), cualquier tipo de restricción. (22). La introducción en el Informe de la Ponencia de la acción popular se debió a la aceptación por parte de aquella, de la enmienda número 553 del Grupo Parlamentario Mixto, manteniéndose ya hasta la total aprobación del - texto constitucional sin presentar problemas, eclipsada, -ya lo hemos indicado-, por el jurado, y algún momento de fulgor en la discusión sobre los Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales, como tendremos -

ocasión de ver.

La L.O.P.J. de 1.985 recoge esta institución en el artº 19 al - que ya nos hemos referido. ¿Que aporta de nuevo a la regulación tradicional?. Como contenido formal se puede afirmar que nada, como no sea lo concerniente al ámbito subjetivo de la acción, toda vez que (y ha sido ya adelantado), el citado artº 19 alude expresamente como sujetos activos de la acción popular a los "ciudadanos de nacionalidad es pañola", excluyéndose "in expreso" de esta acción a los extranjeros, - como así quedó patente en los debates parlamentarios. (23).

Pero quizás lo más importante de ambos textos (Constitución y - L.O.) es que al remitir a una futura ley para regular los casos y formas en que se puede ejercer la acción popular, no hay dudas que se - ofrece un importante margen de libertad al legislador ordinario para que valorando las circunstancias concurrentes y los intereses públicos en juego, decida lo más conveniente (24); pero en suma, el reconocimiento de la acción popular habrá de interpretarse restrictivamente: en los casos y formas expresamente reconocidos por la ley.

¿Cuáles pueden ser estos casos?. De lógica, la Constitución nada dice al respecto y poco más hace la Ley Orgánica remitiendo ambos textos a lo que establezca la ley. No obstante conocemos que en nuestro derecho la manifestación típica de la acción popular es la acción pe-

nal, para cuyo ejercicio -salvo el caso de delitos estrictamente privados-, están legitimados todos los ciudadanos españoles (artº 101 y 270 de la L.E. Crim.) y el Ministerio Fiscal. Y en este supuesto es - donde la L.O. P.J. vigente aporta una novedad, creemos interesante, cuando su artículo 406 reconoce el derecho constitucional a la acción popular frente a Jueces y Magistrados, lo que se debe a una iniciativa parlamentaria, propuesta en concreto por el Senado.

Efectivamente, el texto remitido por el Congreso al Senado (artº 412) no contemplaba esta posibilidad (25). La enmienda nº 358 del Senador Fernández-Piñar y Afán de Ribera (G.P. Mixto) pedía una "adi - ción in fine" en este sentido (26), siendo admitida en la Ponencia por mayoría (27) pasando al Dictamen de la Comisión sin alteración del - texto salvo la enumeración cardinal que pasó del artº 412 al artº 406 (28).

El Pleno del Senado debatiendo este Dictamen y mediante enmienda transaccional desbloquearía el ajuste estricto los procesos y sujetos establecidos en el artículo 406 para poner en marcha la acción, al eliminar la expresión "Solo" (29). A partir de este momento, este texto no sufriría ni acosos ni alteraciones hasta su aprobación definitiva que es la que conocemos hoy como artículo 406 (30). Sólo quedaba - ajustarla plenamente a nuestro sistema democrático y su reconocimiento pleno de derechos fundamentales, para lo cual, el propio Senado introdu

duciría un párrafo al art. 26 de este cuerpo legal, según el cual:

"3. No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita". - (31).

Por otro lado, recordando los supuestos de acción popular, otro podría verse en el artículo 235 de la vigente Ley del Suelo de 1.975 que se expresa en los siguientes términos:

"Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, - Proyectos, Normas y Ordenanzas". (32)

Pero resumiendo, en sentido amplio (33) habrá que entender extendida la acción popular para la defensa de los intereses colectivos - (34) como pueden ser los penales, los electorales, los relativos a la política social y económica (protección de la Salud, Cultura, Patrimonio artístico, medio ambiente, etc. - Título I., Capítulo III de la - Constitución-), etc., lo que la doctrina entiende por intereses difusos. (35)

Hasta aquí, -evidentemente sin movernos por los complejos caminos del derecho procesal-, lo que entendemos desde nuestra posición de - constitucionalistas por acción popular. Pero algunas cuestiones se nos

quedan pendientes en su análisis. Intentaremos sistematizarlas.

Primera: El problema de si la acción popular debe ser subsidiaria o conjunta con la ejercida por el Ministerio Fiscal. En este caso la doctrina ha sido polémica, pretendiéndose que la acción popular debe ser subsidiaria y no conjunta con la ejercida por el Ministerio Fiscal, es decir, que aquella se promueva cuando éste no ejercite la acusación o la retire después de haberla promovido. Obviamente los problemas jurídico-procesales que esto plantea escapan a nuestro tiempo y objeto del trabajo. Remitamos a Fairen Guillen que recoge el problema citando las certeras opiniones al respecto del profesor Gómez Orbaneja. (36).

Segunda: El problema del predominio del interés. Es decir, si concurre realmente un interés público, o amparado por este se pretende satisfacer uno privado. Hemos hablado que el genuino sentido de la acción popular se dirige a la defensa de los intereses colectivos y no por lo tanto a privilegiar al particular (37), y he aquí uno de los principales escollos a superar por cualquier ordenamiento jurídico que pretenda desmonopolizar al Ministerio Público en la acción penal, porque, una vez determinado esto, en base a la concurrencia de intereses, ¿a quién se confía el papel de pedir la actuación de la satisfacción jurídica procesal?, toda vez que siempre concurren dos intereses a ser satisfechos en los casos de comisión de un acto punible: el interés público

y el particular. Y bien es cierto que esta tradicional dicotomía, esta neta separación entre público-privado resulta hoy en día altamente artificiosa. La complejidad de nuestra sociedad actual se encarga de manifestarlo. Valga como ejemplo la misma irrupción interdisciplinar del urbanismo que supone por sí no solo una revolución en el campo del Derecho Civil sino también del mismo Derecho Administrativo (38).

Pero marginando este problema -de por sí interesantísimo- y reconduciendonos al campo técnico y metodológico de la distinción conceptual entre Derecho Público y Derecho Privado, intentaremos dar respuestas a nuestra interrogante. Para Fairen Guillen, (39) en los casos de comisión de un acto punible los dos intereses que concurren a ser satisfechos operan según una escala de valores de concurrencia inversa de forma que si se le concede mayor valor al interés público éste predomina sobre el particular, y a la inversa, (40) surgiendo entonces el problema de determinar a quién se confía el papel de pedir la actuación de la satisfacción jurídica procesal, lo que da lugar a la aparición de distintos sistemas de actuación procesal porque obviamente aquellos (si se quiere que funcionen), deberán estar condicionados y subordinados a las propias características socio-culturales de la sociedad en que se aplican.

Así se destacan tres modelos, dos extremos y uno mixto. Por un lado nos encontramos que la acción penal puede ser monopolizada por órganos

estatales. Este es el caso por ejemplo de Italia y Francia. En el primer país citado, y pese a la disposición abierta del artículo 102 de su Constitución -"La Ley regulará las formas y modalidades de participación popular en la Administración de Justicia"-, la acción penal continúa atribuida con carácter de monopolio exclusivo al Público Ministerio (Ministerio Fiscal), que la ejercerá en nombre del Estado, en virtud del nivel de legalidad ordinaria que contienen los artículos 1, 74 y 75 (principios de oficialidad del ejercicio de la acción penal) contenidos en los Títulos I y III del Libro I del "Codice della Procedura Penale" vigente. En Francia, en ausencia de preceptos no orgánicos sobre la Administración de Justicia en la Constitución de 1958, este monopolio estatal se sostiene a nivel legislativo en el artº 31 (sección 1ª, Cap. 2 -"Du Ministère Public-Libro I) del "Code de Procedure Penale", en cuyo tenor literal se lee: "Le Ministère public exerce l'action public et requière l'application de la loi".

En contraposición a esta modalidad exclusivamente pública de atribuir la acción, debe considerarse también la originalidad británica, que en su modalidad acusatoria pura atribuye en exclusiva la acción al acusador popular que opera sólo formalmente en nombre de la Corona (41).

Finalmente el modelo mixto, peculiaridad de nuestro ordenamiento, en donde como es sabido la acción se le confía tanto a un órgano del Estado, adscrito al aparato orgánico de la Administración de Justicia como

es el Ministerio Fiscal (artº 105 de la L.E. Crim.), como igualmente se abre a la iniciativa de los ciudadanos sobre procedimientos penales (artº 101 L.E. Crim.). Su característica por tanto es la inexistencia de un monopolio acusador, aunque se detecta una ligera tendencia hacia la acusación estatal (42).

Tercera: A nuestro modo de ver, la más importante: la actitud ciudadana ante la acción popular.

Se ha denunciado que aunque el reconocimiento de la acción popular es una realidad, no será fácil encontrar personas tan imbuidas del interés social que espontáneamente accedan a colaborar en defensa de la legalidad aludiéndose razones como que, "ante el delito sólo reaccionará quien haya sufrido sus consecuencias inmediatas"; también que (y esta de gran contundencia en los momentos actuales), "promover la acusación significa no ya sólo un sacrificio económico e incómodo, sino también peligroso, porque, ¿quien se atreve a promover la acción popular contra un malhechor?".

Creemos que la cuestión no es tan grave y con cierta voluntad tiene solución. En principio se necesitaría de una efectiva política de concienciación social para que el ciudadano sienta realmente que cualquier mal social no le es del todo ajeno sino que también le alcanza, por lo que la incomodidad del proceso se compensa más que de sobra. En cuanto al sacrificio económico, líneas arriba ha sido visto como el párrafo 3

del artº 20 de la L.O.P.J., eliminaba las trabas de orden económico declarando en todo caso la gratuidad de la misma y no exigiendo fianza alguna que por su inadecuación impida el ejercicio de la acción popular. Finalmente, en cuanto al miedo latente que puede operar en el ciudadano al enfrentarse a un malhechor, la labor gubernamental debe ser realmente seria porque éste es un problema que mella la conciencia ciudadana. Las soluciones no podemos aportarlas desde estas líneas pero si dar cuenta del problema aunque indirectamente por referencia a otra institución donde la participación en la misma puede producir paralelos efectos psíquicos. Nos referimos al Jurado (que líneas abajo trataremos) y la favorableidad de la población española a participar en el mismo.

Lo ideal evidentemente hubiera sido contar con datos directos y expresos respecto de la actitud de la población ante la denuncia de actos punibles, pero por carencia, contemos con los que nos ofrece el profesor Toharia respecto al Jurado.

En su investigación (realizada en el año 1980), una vez declarada la favorableidad de la población general española respecto a la existencia del juicio con jurado, preguntará por la predisposición real a colaborar personalmente en su funcionamiento. Los resultados que se obtienen son los siguientes:

Al 9% de los adolescentes así como al 12% de los adultos españoles les agradaría participar en el Jurado.

Por contra, el 53% así como el 48% respectivamente se muestran desagradados por esta perspectiva. Lo que sintéticamente puede resumirse como, "Jurado si, pero no conmigo", aunque sin embargo un 45% afirma sus preferencias a ser juzgado por esta institución frente al 18% que prefieren Jueces profesionales.

La investigación de Toharia por supuesto no se queda en este contenido (43), pero para lo que pretendemos lo expuesto es más que suficiente, porque se trata de preguntarnos por las razones que retienen a la población en la participación de esta institución; ¿es miedo u otros inconvenientes lo que interviene?.

Probablemente seamos arriesgados en nuestra conclusión, pero ante la concluyente situación de inseguridad social que campea, debemos inclinarnos a pensar en la gran incidencia que puede tener la amenaza de represalias. Evidentemente la extensión de este problema hacia el titular de una acción popular es más acusado. Pensemos que uno puede verse nombrado involuntariamente jurado, pero ejercer la acción popular es un acto totalmente voluntario. Cívicamente, debería ser irrenunciable, pero voluntario y esto lo sabe el denunciado. Aquí por tanto queda pendiente una importante labor a realizar por parte de los poderes estatales, y no desde la pluma.

Y un problema adicional relacionado con éste de falta de actores po

pulares: el peligro de los -certeramente llamados por Cosculluela- (44) "profesionales de la acción pública", que, -como recoge Tomás Ramón Fernández-, "amparados en la llamada del legislador a la colaboración ciudadana que supone el reconocimiento del carácter público de la acción, utilizan ésta abusivamente no ya con el fin de colaborar en la defensa de la legalidad, sino con el propósito de obtener torticeramente una ventaja personal coaccionando por ésta vía al beneficiario del acto recurrido". (45)

Volvemos nuevamente al problema de utilizar esta institución pública para defender ese interés, en beneficio de otros mezquinos de carácter privado, aunque nuestro derecho contiene instrumentos suficientes para prevenir y sancionar actuaciones de esta índole. El artículo 7.2 del Código Civil es buen ejemplo al respecto al afirmar que la ley no ampara el abuso de derecho, y dispone asimismo las correspondientes indemnizaciones y actuaciones judiciales o administrativas en estos casos y para impedir la persistencia de aquel.

Esta es pues la síntesis de esta Institución, que pretende erigirse en el mecanismo de defensa de los valores colectivos que la Constitución reclama, pero que para su plena efectividad debería de haberse asegurado más el papel de actor público en el plano de la seguridad personal, lo que obviamente facilitará su ejercicio por parte

de cualquier ciudadano mínimamente concienciado de su papel en la colectividad. No obstante pensamos que este es un pequeño trauma social que con el transcurrir político social se subsanará definitivamente hasta obtener una idea (y seguridad) de lo que es la conciencia social y, cuales son nuestros deberes y los derechos de cada cual, precisamente para proteger la vida en común en una sociedad participativa.

III.3: EL JURADO COMO FORMA DE PARTICIPACION EN LA ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Institución para nosotros ya conocida (en nuestro trabajo) en lo que se refiere a su existencia e incidencia en nuestra historia constitucional (45bis). Por tanto un problema tenemos ya resuelto, limitándonos en estos momentos concretos a su problemática actual; e incluso en este caso, bien limitado estamos por las recientes (y excelentes) aportaciones doctrinales que han aparecido en nuestra literatura. Su posición en la Constitución actual ha sido analizada por Victor Fairén Guillen ("Los Tribunales de Jurados en la Constitución Española de 1978": Civitas, Madrid, 1979) (46), estudiando los diversos tipos de Tribunales, pasando por el iter constituyente español, hasta el hipotético futuro de los mismos.

Por su parte, Ramón Soriano, en "El nuevo jurado español", (Ariel Barcelona 1985), -quizas el más reciente de los trabajos sobre esta institución-, realiza un excelente análisis sobre el mismo desde distintas perspectivas muy difícil de superar.

Y finalmente, completando la situación, Andrés Ibáñez y Morilla Alvarez, en su más que citada obra "El Poder Judicial", (pgs. 322 y siguientes) comentan el mismo a la luz de la actual L.O.P.J.

¿Que nos queda a nosotros?. Realmente poco, lo cual, evidentemente no nos exime de tratarlo, pero sí dejar meridianamente clara cual es nuestra situación en este punto concreto.

¿Que es el Jurado? -podemos preguntarnos de inmediato-. Para contestar, nada mejor que la ya clásica definición dada por Gaston de Bourge: "se entiende por Jurado la reunión de un cierto número de ciudadanos que no pertenecen a la clase de los jueces profesionales y que son llamados por la ley para concurrir transitoriamente a la administración de justicia haciendo declaraciones que se llaman verdictos, según su convicción íntima sobre los hechos sometidos a su apreciación". (47)

Expléndida definición que contiene los puntos fundamentales de dicha institución llamando poderosamente la atención el que unos ciudadanos (no profesionales), sean llamados por la ley a colaborar con la justicia (profesional).

¿Por qué ocurre esto?. Hay encontradas opiniones. Para unos este modo singular de aplicar justicia está plenamente ligado al triunfo de la libertad y su expresión política como es la democracia (48). Por eso encenderá los más calientes entusiasmos. Contrariamente, para otros significa la herrumbe, el declive (en general de un sistema político, pero en concreto) de la Administración de Justicia. (49) Pero de lo que no hay dudas es que el Jurado, igual que la acción popular, se apoya en el origen popular de la Justicia. Cuando un pueblo se erige en soberano, al igual que en el resto de poderes fundamentales, postulará su intervención directa en este que administra justi-

cia. El artº 125 de la C.E., tiene por tanto su razón de ser, aunque se ha cuestionado su mandato. Gutierrez de Cabiedes y Cordón Moreno (50) cuestionan la obligatoriedad por parte del legislativo de desarrollar el contenido del artículo 125 con la siguiente opinión:

"El precepto no habla de participación directa ni, por otra parte, está redactado en términos imperativos Se trata de un precepto ambiguo del que no se deriva ninguna vinculación concreta en el sentido de establecer el jurado en cualquiera de sus variantes. El verbo, "podrá" denota una formula potestativa, por la que el legislador futuro está libre para decidir no sólo sobre la forma que ha de adoptar la participación sino sobre esa misma participación. Precepto, por tanto, puramente programático que deja al legislador futuro la interpretación de qué deba entenderse por participación popular; si ésta se articulará a través del jurado (en el tipo que crea más conveniente) (51) o no ...".

No podemos suscribir esta tesis. Evidentemente, el artículo 125 no emite un mandato de necesaria vigencia (52) pero eso no significa aquella interpretación. Hay fundamentos más que razonados para ello.

Las fuentes constituyentes; la intención del legislador. En ningún momento del iter legislativo de este artículo en el ánimo del

legislador se notó la mínima intención de que con esta fórmula se posibilitaran futuras interpretaciones que neutralizaran o pudieran paralizar indefinidamente la participación ciudadana en la Administración de Justicia en una u otra forma.

Todo lo contrario, incluso las fuerzas políticas tradicionalmente opuestas a estas fórmulas de participación confirmaban, a la vista de la redacción del artº 115 del Anteproyecto de Constitución, la realidad del mismo al afirmar que: "si lo que quiere establecerse es el jurado, puede hacerse por ley ordinaria,..".(53)

También podía oírse decir, "No soy partidario de los jurados, sino de la administración de la justicia por jueces. Por tanto, propongo la supresión de ese artículo 115". (54)

Y, "Debe suprimirse (el artículo 115), porque si supone la instauración del jurado en el procedimiento penal es un procedimiento de eficacia no probada en España. Si se trata de algo distinto, habría que precisarlo". (55)

Evidentemente, si la redacción del inicial artº 115 solo decía que "los ciudadanos participarán en la administración de justicia en los casos y formas que la ley establezca" sin mencionar expresamente (luego se haría) (56) el jurado y comienza la polémica sobre el mismo, quiere decir que, tanto los responsables de su redacción, como el

resto de representantes son plenamente conscientes que se trata de restaurar (57) esta institución. Cuando se descubre cual es la "mens legislatoris", no merece la pena silenciarlo y se dirá expresamente, siendo los socialistas quienes con su voto particular (al Anteproyecto) se atreven a pronunciar por primera vez esa terrible palabra (para algunos) de Jurado. (58)

Otro apoyo a nuestro argumento es la propia L.O.P.J. actual, en el sentido de verse recogido el Jurado, artículos 19.2, 83 y Disposición Adicional Primera, 1. Pero sobre ello volveremos algo más tarde. Solo decir, que el legislador "futuro" ha recogido, -en cierta manera- el mandato emitido por el artículo 125 de la C.E. Si no se quería establecer, con no mencionarlo hubiera sido suficiente.

Hay una segunda razón o argumento para no aceptar la opinión de Gutierrez de Cabiedes y Cordón Moreno, -ya adelantada por Gimeno Sendra (59)-, que es de interpretación gramatical. El verbo que se emplea es "podrán", pero ahora bien, el sujeto no lo constituye el legislador futuro sino los ciudadanos, que "no podrán" ejercer su derecho a participar en la Administración de Justicia en tanto que el legislativo no lo decida. Esto lo vemos bastante claro y no necesita de otros apoyos argumentales.

Finalmente otra razón, que podríamos denominar de inhibición constitucional, es que puestos a pensar en esas facultades optativas que la constitución ofrece al legislador que haya de ejecutar la legislación de desarrollo, bien podría ocurrir quedarnos con una constitución perfectamente preparada para su madurez, pero por falta de atención (por desidia, capricho, u otros comportamientos expresos), convertirse en un documento, ejemplo de buena voluntad e intenciones. Afortunadamente eso no es así. Los poderes facultados para desarrollarla están en ello. Las prioridades las van marcando las propias exigencias sociales (a veces matizadas por otras realidades fácticas) y buen ejemplo de ello es la propia L.O.P.J. Recordemos por ejemplo que la L.O.C.G.P.J. de 1980 surgió por esa necesidad, viéndose perfeccionada (no todos opinan igual, como tendremos ocasión de comprobar) por la L.O.P.J., que si se apura la interpretación (y siguiendo a Cabiedes y Cordón) no había por qué elaborarla, pues en el artº 122 no se vé ningún mandato imperativo que obligue a su redacción. Dice que, "la ley orgánica del Poder Judicial determinará" Luego, si no se quiere elaborar esta ley, nada obliga. Se obliga (según aquella interpretación) a "determinar", pero si se elabora. Ejemplos así no nos faltarían.

Pero evidentemente el legislador está obligado a dar cumplimiento estricto a lo mandado por la Constitución. Puede, temporalmente,

y hemos adelantado que por diversas circunstancias, aparcar la ejecución de su desarrollo, pero no eternizarlo, porque esto produciría gravosas consecuencias jurídico-políticas. Si se quiere que una Constitución sea eficaz (sobre todo en un Estado de Derecho), deberá prevalecer su eficacia normativizadora. Dirá Gonzalez Casanova, "Si la vida política, si la acción de los gobernantes, no se ajusta a lo previsto y prescrito en la Constitución, ésta es un "papel mojado" (60).

Viene a concretar por tanto que la Constitución hay que cumplirla, vital para su vigencia y efectividad, en suma, para su misma vida, y evidentemente, esa eficacia normativizadora dependerá, fundamentalmente de la voluntad de las fuerzas políticas. Si esto se cumple, si la Constitución es eficaz, los ciudadanos creerán en ella, creerán en la voluntad transformadora de la Constitución.

Pero doctrinalmente se ha demostrado que la eficacia normativizadora de una Constitución puede sufrir 3 principales formas de limitación: Suspendiéndose, violándose e inaplicándose. (61)

Expondremos brevemente cada una de estas limitaciones:

A) Suspensión. Supone una derogación de carácter transitorio y excepcional que no afecta a la totalidad del texto sino al normal funcionamiento de algunas de sus instituciones y/o al ejercicio de al-

gunos de sus derechos. Cabe destacar que este estado se produce con arreglo a las normas previstas en la propia constitución.

B) Violación: Se trata de la transgresión -de manera deliberada o no- llevada a cabo por cualquiera de los órganos del Estado o de los propios ciudadanos en sus actos. En estos supuestos la propia Constitución posee mecanismos de defensa: la anulación de los efectos jurídicos del acto transgresor.

C) Inaplicación: Esta forma de atentar contra la Constitución -dirá Casanova- "es la más sutil y corrosiva de las transgresiones del texto constitucional, pues nadie puede denunciar, con efectos jurídicos, su incumplimiento. Simplemente la norma no se cumple porque no se aplica. Los gobernantes no la tienen en cuenta ni instan a su cumplimiento por parte de los ciudadanos".(62)

No se nos escapa, si pensamos en el Jurado, obviamente que la Constitución no se aplica, y esto, entendemos, es un problema jurídico-constitucional serio (además de político, pues ahí está su trasfondo), y para dar respuesta al mismo, partamos de dos primarias interrogantes:

- a) ¿Por qué se inaplica el artículo 125 de la Constitución en cuanto al Jurado?, y,

b) ¿Que efectos jurídico-políticos produce -o puede producir- esta inaplicación?

Antes de responder a estas dos interrogantes, por sistemática teórico-constitucional, debemos constar que uno de los efectos que puede producir una inaplicación constitucional será la transformación de la Constitución en alguno de sus tres elementos corporales; el ideológico, el orgánico-jurídico o el socioeconómico. Ahora bien, esta transformación -reforma- se produce no por la vía procedimental formalmente establecida en la propia Constitución sino al margen de la misma, y este efecto es lo que la doctrina -iniciada por la alemana, (Labaud y Jellinek)- (63), conoce como "mutación constitucional", (64).

Sin pretender analizar profusamente la teoría de la reforma constitucional, (65) sí conviene al menos hacer un fugaz alto en la mutación. Precisamente al hilo de su tratamiento se intentará responder a las interrogantes iniciales.

Para Loewentein, cada Constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma y sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. (66) La tensión permanencia-cambio será inevitable, como inevitable será la acomodación del derecho constitucional a la realidad social que

podrá realizarse, según la doctrina de dos maneras: mediante la reforma de la Constitución (*verfassungsänderung*) o a través de la mutación constitucional (*verfassungswandlung*). La primera se adapta al procedimiento legalmente instituido por la propia constitución reformada, adaptándose ésta, normativamente a la modificación. (67) La segunda se aparta de los cauces procedimentales establecidos por lo que según Hesse, se "modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente" (68). Simplificando, la mutación significa un cambio, una transformación de la realidad constitucional sin alterar su texto: un cambio práctico y real, de facto. Ahora bien, ambos instrumentos persiguen un mismo fin: adecuar la realidad jurídica a la realidad política. Eliminar la tensión existente entre realidad constitucional normativa y realidad constitucional política (69).

Pensando entonces ahora en la práctica abstencionista sobre el jurado, podemos preguntarnos por qué se inaplica el artículo 125 C.E. No es fácil contestar. Ayudándonos de la teoría de la mutación lo intentaremos.

Aunque fué Jellinek quien inició el tema, Hsü Dau-Lin lo desarrollaría tipificando como mutación, aquellas producidas por la "im-

posibilidad del ejercicio o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución", lo que se acentúa por el hecho de que la propia Constitución reenvie a la legislación posterior el desarrollo de sus propios preceptos. Aunque el propio Hsü Dau-Lin entiende que la mutación surge no porque esos derechos y competencias no se ejerciten, sino porque aunque se quisiera actuar, la práctica política y las exigencias de la realidad lo impedirían. (70)

Para nosotros, práctica política y exigencias reales se implican. Esas exigencias exigen una determinada práctica que en mayor o menor grado habra que seguir, salvo que se quiera producir tensiones sociales graves si se insiste en ello.

Si pensamos que mediante la inaplicación del mandato constitucional sobre el jurado se está produciendo una mutación, y según la teoría general sobre esta institución constitucional se producen por exigencias de la realidad factica constitucional, debemos entonces preguntarnos por lo que exige esa realidad fáctica a propósito del jurado. Tomemos nuevamente datos de Tcharia.

En su encuesta citada (71), una clara mayoría de la población general española -50%- (72), se muestra favorable a la introducción - del Jurado.

Evidentemente, la realidad social corre paralela a la propia Constitución. ¿Que ocurre entonces para que los poderes llamados a su ejecución se inhiban?, ¿concorre alguna realidad política que exija este comportamiento?, ¿miedo?, ¿a que?.

El Ministro de Justicia, comenzó su discurso -defensa del proyecto de L.O.P.J. en el pleno del Congreso- con las siguientes palabras: "Hay un conjunto de mandatos constitucionales que siguen estando pendientes del cumplimiento, y cabalmente este proyecto de ley lo que pretende es proceder a su realización". (73)

para continuar diciendo, después de declarar que el principio de participación era la clave de la nueva regulación que el proyecto de ley contenía sobre los jueces de paz, que: "... no se regula el Jurado en esta ley porque el Jurado requiere una ley procesal; esta ley orgánica remite a otra ley la regulación del Jurado". (74)

Y el proyecto, (artº 19) se limitaba a declarar prácticamente en los mismos términos que el artº 125 de la C.E., que los ciudadanos podían participar en la Administración de Justicia a través del Jurado (75), pero sin adquirirse, como hubiera sido lógico, un compromiso formal respecto a la pronta remisión a la Cámara del Proyecto de Ley correspondiente al Jurado, como se acusaría por el Diputado Marcos Vizcaya. (76)

A la vista de todo ello parece vislumbrarse una actitud negatoria que no se sustenta con razones contundentes: "Por supuesto que esta ley no ha acometido la regulación del Jurado (responderá el Ministro) pero no la ha acometido porque, a nuestro juicio, el Jurado es una norma procesal (acababa también de decirlo un correligionario, Sotillo Martí (77)), es una norma larga. Le puedo decir que, desde luego, ya tenemos muchos trabajos hechos sobre esta materia y que, por esa naturaleza procesal, no era este el lugar idóneo. Ahora, la voluntad de presentar un proyecto de ley sobre el Jurado inmediatamente después de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde luego es una voluntad que ha sido ya proclamada desde el Grupo Parlamentario Socialista" (78).

Pero ya ha pasado sobradamente el año (escribimos en enero de 1987) aplazado por la Adicional Primera de la L.O.P.J. La ley no se hace. ¿Razones?

Volvemos con Toharia a ver si nos alumbra.(79)

Frente a la favorabilidad del Jurado por parte de la opinión general española los profesionales del Derecho se muestran reticentes.

Veamos:

- Abogados: 44% a favor del Jurado.

28% en contra.

- Jueces: 22% a favor.

46% en contra. (80)

Hay tres realidades: El mandato constitucional del artº 125 de la C.E.; la realidad social y la realidad política. El Gobierno tiene la palabra, y el párrafo 2º del artº 1º de la Constitución está para algo. Además, por muchas justificaciones sociales que se le quiera dar a la existencia de mutaciones (81), no olvidemos que una de sus consecuencias puede ser (más en un Estado de Derecho), la pérdida de toda significación normativizadora del ordenamiento constitucional y la destrucción del propio concepto jurídico de Constitución (82), degenerando en lo que Loewenstein llama constitución nominal semántica. (83)

El artículo 125 no es una norma de derecho transitorio (de valor normativo provisional como la transitoria novena de la C.E., por ejemplo), sino efectivo. Con un mandato claro y preciso, que viene apoyado por la L.O.P.J. en su artículo 19. Pero es más, la Adicional Primera de esta Ley, si podría declararse como norma de derecho tran-

sitorio, pero de caracter activo, es decir, obliga al poder -manda al poder- a realizar en un determinado periodo de tiempo un acto, en este caso legislativo. No se ha cumplido, ¿estamos entonces en otro tipo de mutación, en este caso subconstitucional?

No, por buscar, creemos que podemos encontrarnos ante, A) una "Costumbre Constitucional", que como es sabido supone:

a) Repetición inveterada de comportamientos. En este caso, no hacer la ley del Jurado.

b) Convencimiento de que esos comportamientos tienen fuerza jurídica vinculante. Obvio, sino, ya se habria hecho la ley (84).

O, B), lo que es peor, que nos encontremos ante lo que Lucas Verdú llama "alteración degenerativa de la Constitución sustancial española" (85), y que por la expresividad de su definición, sobra su comentario.

Finalizando esta discusión, jurídicamente y más a falta de un recurso de "inconstitucionalidad por omisión, o de amparo", (86) poco se puede hacer ante esta situación. No obstante, no quisiéramos pensar que a la vista de esa realidad social apuntada, se nos ofreciera

-y en expresión muy actual-, un Jurado Ligth.

Por otro lado, y lo entendemos más importante, (sobre todo actualmente) es solucionar el problema interpretativo que presenta el artículo 125 C.E., en el sentido de dilucidar si la participación del pueblo en el proceso penal (esto sí queda suficientemente claro), necesariamente ha de realizarse mediante el jurado entendido en su concepto puro o si caben otras formas distintas de participación como por ejemplo, el escabinato. (87)

Las opiniones como son de imaginar han sido plurales. Por un lado, algunos autores -caso por ejemplo de Serrano Alberca, Fairen Guillen y Lopez Muñoz y Larraz - (88), sostienen firmemente que el artº 125 supone necesariamente el establecimiento del Tribunal del Jurado (89), a la vista de su tenor literal: "... participar ... mediante la institución del Jurado...".

Por contra, a favor de un "Escabinado" (o Escabinato), sale decididamente Gimeno Sendra (90), para quién no habría inconveniente en establecer un sistema de Escabinos, basándose en que la expresión "Jurado" utilizada por el artículo 125 no supone eliminación del Escabinato pues recordando la "mens legislatoris" durante la discusión parlamentaria, ésta fórmula no se excluyó (ni siquiera se trató), como sí ocurrió con los Tribunales populares introducidos en una enmienda

del P.S.O.E. (91)

Así fue, el constituyente no tuvo en cuenta el Escabinato aunque se piensa que éste podría verse tanto en el voto particular del Grupo Socialista cuando pedía que: "... en todos los procesos la ley regulará la incorporación a los Tribunales, en cuestiones de trascendencia general o de relevancia pública, de titulados de las especialidades requeridas, con voz en la formación de la Sentencia" (92); como en la enmienda nº 553 de Morodo al artículo 115 del Anteproyecto que sugería que: " 2. la ley regulará la institución del Jurado y la incorporación de ciudadanos a los Tribunales cuando el interés social lo requiera".(93)

Precisamente en esa "incorporación de ciudadanos a los tribunales" es donde podría verse la participación en forma de escabinado, pues significaría la coparticipación de jueces legos - jueces técnicos en el proceso, sin distribuir éste en dos etapas separadas (veredicto-calificación jurídica). Y así piensa Ramón Soriano cuando escribe que, "sclo con una interpretación excesivamente elástica, y a mi parecer improcedente, podría definirse como escabinado el órgano judicial propuesto por los socialistas del Congreso". (94) Y lleva razón, porque los ciudadanos que los socialistas querían incorporar eran "titulados de las especialidades requeridas", es decir técnicos

(aunque no judiciales), acercándose esto más bien a la figura del asesorado judicial (95). Pero los ciudadanos que Morodo pretende incorporar, realmente nos llenan de dudas. Sería elucubrar, y podríamos afirmar como argumento en contra que ni en el voto particular socialista ni en la enmienda de Morodo se pretende ni siquiera remotamente reclamar un Escabinado, porque si fuera así, nada más fácil que haberlo manifestado, pero es que (y apoyándonos en Soriano) (96), esa incorporación de jueces no profesionales a la fase de formación de la sentencia manifiesta una voluntad de que tales jueces, no funcionarios de justicia, conozcan de todo el desarrollo del proceso penal, lo que indica una señal de que la sombra del Escabinado ronda la mente del constituyente.

Podríamos aportarle otro argumento a Sendra para apoyarle en su defensa del Sistema de Escabinos. Se encuentra igualmente en el propio artº 125, y viene sugerido precisamente por un autor que mantiene justamente la posición contraria: Fairen Guillen. En su artículo citado "La participación de los ciudadanos en la administración de Justicia" (97), vé la posibilidad de que cuando el artº 125 dispone que "Los ciudadanos podrán participar en la administración de Justicia mediante la institución del Jurado en la forma y con respecto", esa "forma" pueda ser una específica del escabinato hacia el cual -continúa- se desliza toda una serie de países próximos. (98)

Claro que para ser viable este argumento de dar vía libre al escabinato a partir de la expresión "forma" utilizada por el artº 125 habría previamente que zanjar un problema conceptual. En concreto el problema es determinar si el concepto "Jurado" y el de "Escabinato" constituyen instituciones plenas o con carácter propio, o por el contrario, el escabinato supone una derivación técnica del Jurado o mejor, se trata de "una forma" derivada del Jurado. Nos inclinamos por esta segunda interpretación porque -ya nos lo dice Soriano- "el escabinado es una remodelación y enriquecimiento del jurado clásico, y, como tal, una forma procesal perfectamente encuadrable en el genus jurado. Lo que justifica que de ahora en adelante hablemos del jurado escabinado al concebir al escabinado como una de las formas históricas -y no definitivas- del jurado" (99)

No ofrece dudas para Soriano (tampoco para nosotros), que el escabinato representa una nueva forma del jurado, y no mejor argumento para apoyar esta opinión que el propio deslizamiento (como quedó apuntado líneas arriba), de la forma común del Jurado a la de escabinados en países de nuestro entorno continental conservándose la denominación legal (y original) de jurado, cual es el caso por ejemplo de Francia, Italia o Alemania Federal. (100)

En este debate entre jurado puro-jurado escabinado, algo nos pue-

de ayudar las discusiones parlamentarias de la L.O.P.J. Efectivamente, en las discusiones sobre las enmiendas presentadas al artº 92 del Proyecto (hoy artº 83) en la Comisión de Justicia e interior del Congreso, el Sr. Marcos Vizcaya dirá: "me hubiese gustado que la Cámara se hubiese decidido por el tipo de Jurado" (101).

Por su parte el Sr. Pillado Montero ya más directo, al plantearse, entre otras incognitas, una que entiende principal de como va a ser el Jurado dirá: "¿El Jurado se va a pronunciar solamente sobre cuestiones de hecho o se va a adoptar el tipo de Jurado escabinado, el sistema francés, en que los Jurados van también a conocer, junto con los demás miembros del Tribunal, de cuestiones de Derecho?".(102)

Esa es la quietud, pero no hay definiciones en concreto. Parece existir un conformismo con el tema y se justifica no entrar en ese momento sobre el mismo porque este exige, "una reflexión más sosegada sobre como queremos regular en detalle esta importante institución que viene a reforzar y a cumplir el papel de la Constitución en el tema del Poder Judicial "-diria el Sr. Navarrete Merino en el Pleno del Congreso—. (103)

Aqui se apagó todo, como por encanto del consenso, y se perdió una gran oportunidad para al menos haberse decantado por un concreto

modelo de Jurado, pero probablemente, -y no las conocemos, ni queremos hacer conjeturas-, existen razones políticas -incluso jurídicas- que justifican tal actitud legislativa aunque hemos observado que en la mens legislatoris no está ausente la figura del escabinado. El artº 125 de la C.E., conocemos que habla de la participación de los ciudadanos en la institución del Jurado "en la forma y respecto a aquellos procesos penales que la ley determine". Queremos decir, que el precepto constitucional permite la "forma" que se quiera, para que el legislador teniendo en cuenta el concreto momento histórico determine la forma más conveniente y clara, como el momento histórico parece que aún no ha llegado -ni se observa que pretendan se llegue- lo ideal es, y así se ha hecho, dejar la forma para su momento.

Lo cierto es que el Jurado-siempre- ha inflamado las distintas posiciones ideológicas en nuestro país. Las tesis antijuradistas siempre han intentado (y lo seguirán haciendo) su descalificación en todos los órdenes (jurídico-positivo, judicial, filosófico-político, sociológico, psicológico, económico...). (104), pero no es menos cierto que igualmente -y no se debe de olvidar-, siempre ha existido coetáneamente a esas críticas negativas una corriente de favorableidad al mismo. La historia nunca debe de contarse a medias. A toda una corriente literaria adversa se le puede contrarrestar con

otra favorable. (105) Si políticamente se recuerda a Jimenez de Asúa, también habría que hacer lo propio con Maura (106). Y así un largo etc.

Lo cierto es que cada etapa histórica del Jurado ha contado con sus detractores y defensores buscando descalificaciones y recomendaciones respectivamente. Quizás estos últimos lleven razón porque:

1º Nuestro Jurado histórico si fue un fracaso (como se ha intentado presentar) (107), no se debe al mismo sino a la deficiencia de las leyes que lo han regulado. (108)

2º Nunca ha contado -como los demás jurados europeos- con el tiempo y experiencia suficientes y necesarios para adquirir cierta estabilidad. (109)

3º Aún admitiendo los fracasos pasados con que suele presentarse esta institución, no se deben elevar estos argumentos al plano de validez universal, pues el que se produjeran unos resultados concretos en algún momento determinado no significa que necesariamente vuelvan a repetirse en el futuro. (110)

Por tanto, no creemos que estos sean motivos suficientes para pedir la descalificación del Jurado.

Actualmente, por otras vías más sutiles, las tesis antijuradistas pretenden sino su abierta descalificación sí intentar postergar "ad infinitum" el desarrollo del artículo 125 C.E.

Escribirá Ramón Soriano: "Es significativo comprobar la resistencia a la legalización del Jurado de gran número de juristas de nuestro tiempo de probada fé democrática y partidarios de la democratización de la justicia y cómo pretenden girar el tema de la popularización de la jurisdicción hacia esta nueva frontera de los no menos novedosos procedimientos para nuestro país de popularización del Poder Judicial: elección de jueces de paz, designación por el Parlamento de una parte de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, acción popular, etc." (111)

En principio no se reprocha nada al juicio penal por jurados como forma de democratización de la justicia, pero instrumentalizando esos otros cauces de participación popular en la justicia se pretende hipotecar la legalización del Jurado, cuando éste, alcanzará un mayor significado y eficacia junto a esos otros instrumentos de participación popular en la justicia.

Pero en fin, volviendo al artículo 125 y su constitucionalización, ese sentimiento de confrontación latía en los constituyentes,

y no mejor muestra de ello que la cautela con que iban tratándolo, lo que en el fondo hace que nos extrañemos de que nuestros constituyentes no se ocuparan de constitucionalizar conceptualmente la forma del Escabinato en lugar de disponer un Jurado, cuando sabido es que aquellos tribunales, además de ser la tendencia prácticamente general en países con regulación del Jurado (112) -como ha sido visto- (por su mejor adaptación y funcionamiento en lo momentos actuales) (113), despiertan menos recelos y desconfianzas, fundamentalmente por no producirse lo que podría entenderse como "tirania popular en la justicia" (que tanto pánico parece que despierta), porque en este caso, la sentencia no es un combinado de veredicto y su calificación jurídica (separación del hecho y del derecho), sino que la sentencia es producto del tribunal como unidad, producto de una deliberación conjunta de todos los componentes que forman el tribunal del Escabinato (jueces legos y jueces técnicos).(114)

Y retomando las riendas de la actualidad convendría preguntarnos por, ¿cual es el estado actual del jurado en nuestro país?

Inmediatamente hay que referir nuevamente la aptitud perezosa o indiferente de nuestro legislativo en este aspecto, actitud que, por otro lado, se permite, ante la ausencia en nuestro ordenamiento

de un recurso de amparo contra el legislativo cuando éste lesione algún derecho fundamental, como puede ser en nuestro caso, la mera omisión frente al mandato constitucional que expresamente obliga a promulgar la correspondiente Ley Orgánica (115) para hacer efectivo el ejercicio del derecho fundamental a participar en la Administración de Justicia. (116)

Pero junto a estas razones jurídicas, el profesor Gimeno Sendra destaca también unas claras connotaciones políticas y sociológicas en la actitud perezosa del Parlamento. Políticas en el sentido de recordar la experiencia histórica, que lleva a autores a trasladar la polémica del Jurado al plano exclusivamente político, olvidando que es una institución (dirá Sendra) "consagrada por la Constitución en nuestro ordenamiento y que, por tanto, carece ya de sentido la clásica dicotomía, liberal = juradista y conservador = antijuradista". (117)

Destaca Sendra también factores sociológicos en la inhibición del Legislativo provenientes del propio Poder Judicial, destacando que tanto en España (118), como en otros países (119), se ha podido constatar una cierta rivalidad juez técnico-juez lego en el seno de la Magistratura. Es decir, se ha podido constatar (dirá que a la vista de los estudios) (120) a lo largo de nuestra historia, una actitud hostil de la Magistratura frente al Jurado. Pero por otro lado va a afirmar que en la actualidad este es un problema que va remitiendo

como lo prueban las conclusiones habidas en 1983 en las dos Asociaciones de Magistrados y de Fiscales, que abogan por una pronta reinstauración del Jurado (121). Nosotros hemos tratado este concreto problema, y en su momento se comentará, no obstante, señalaremos una reseña del diario Ideal (16 de agosto de 1986, pg. 14) en donde se recoge la opinión de los Jueces y Magistrados catalanes en el sentido de que "el jurado traerá problemas a la justicia", pues no ayudará a mejorar su funcionamiento sino que supondrá problemas adicionales a su administración. (122)

Bien, sin querer perder el hilo, esa indiferencia manifiesta del Parlamento hacia la regulación del Jurado es un hecho. Tiremos de datos. Desde que se promulgó la Constitución, hasta el 14 de julio de 1983 en que el Partido Nacionalista Vasco presentó a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de Ley del Jurado, se puede decir que los partidos y grupos políticos no se habían interesado por el mismo (123). Habían pasado cerca de 5 años desde la promulgación de la Constitución y el Jurado era algo que parecía pasar inadvertido, como inadvertida pareció quedar la proposición del P.N.V., hasta el punto que pasado cerca de un año de la presentación de dicha proposición (el 8 de junio de 1984), el portavoz del Grupo, Marcos Vizcaya hubo de retirar la misma con las siguientes palabras: "...lo que buscaba nuestro Grupo era aportar algo a la Cámara en nuestra tarea común de desarrollar la Constitución española, aportando un documento

de trabajo sobre el que poder discutir, criticar, comenzar la polémica, el debate que sobre el Jurado debe realizarse en la sociedad española y, por ende en esta Cámara, antes de decidir cuándo y en que forma entraría en vigor esta institución".(124)

De esta manera aumentaba la presión pues esta iniciativa política (que en suma es la definitiva pues se encargaría de elaborar la Ley del Jurado) venía a dar el espaldarazo a las iniciativas doctrinales, asociativas, jurídicas y sociales (aunque estas últimas de difícil expresión incidental) manifestadas previamente.

Pero ni esto, ni las posteriores reivindicaciones en el sentido de desarrollar el artículo 125 parecen haber sensibilizado la actitud gubernamental en este sentido. Poco se ha adelantado. Se han elaborado leyes de desarrollo de la Constitución y esta del Jurado ha quedado aparcada. La vigente L.O.P.J. del pasado año -como hemos visto- vuelve a darle largas. Se ha visto también como, más con ánimo de contentación que de solución, dispone esta Ley en su Disposición Adicional Primera, que el Gobierno, en el plazo de un año remitirá a las Cortes el Proyecto de Ley del Jurado, y en el artículo 83 de este mismo cuerpo legal, como aperitivo, se nos adelantan algunos aspectos orgánicos y procesales de esta institución, pero en absoluto se realiza una regulación detallada del mismo en esta alta ley máxime cuan-

do el jurado constituye uno de los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial. Pero aún más, y es que ni siquiera se concretan las líneas directrices de este órgano. Ambito de aplicación (Audiencia provincial u otros Tribunales) (125) y "principios" que deberán tenerse en cuenta en su futura regulación (como la obligatoriedad del cargo, derecho o participar en la administración de justicia, remuneración, supuestos de incompatibilidades, recusaciones y abstenciones, etc.) es todo el contenido de dicho artículo 83, sin embargo omite (cuando ello no es deseable, conocido el panorama polémico al respecto) una manifiesta especificación sobre el tipo concreto de jurado a regular, si el "puro" o el de "escabinos", oportunidad que ha dejado escapar el poder político para que quedara zanjada esta polémica cuando sabido es su inclinación abierta hacia esta "forma" de jurado por escabinos (126). De hecho, se le ha encargado el borrador de la futura ley del jurado a un más que conocido y abierto auspiciador de la forma de escabinados; el profesor Gimeno Sendra, conociéndose a través de la prensa las líneas básicas de su proyecto (127), en donde se destaca la composición del Tribunal de Escabinos, que quedaría formado por dos magistrados de la Audiencia Provincial y seis ciudadanos, que por supuesto (estas son las características de este tribunal), deliberaría conjuntamente sentenciando por mayoría reforzada que en este caso significaría un número de 5 votos y en caso de no alcanzarse la misma el acusado quedaría absuelto. (128)

No cabe duda que criticar en este momento ese borrador es algo precipitado e incluso injusto (se trata de un borrador no significativo donde quizás más bien haya que alabar las buenas intenciones que su contenido), no obstante -sugerir nunca es malo-, entendemos que la proporcionalidad entre jueces técnicos y legos resulta altamente desajustada. Si tanto se apela al ejemplo europeo, sería conveniente tenerlo en cuenta y utilizar la experiencia adquirida por nuestros vecinos a la hora de determinar una composición adecuada. No obstante recordemos que salvo el ejemplo alemán federal (el tribunal se compone de 2 jueces técnicos y dos populares), la norma común es la superioridad numérica de la parte técnica sobre la lega (129). De esta manera, asegurándose el protagonismo popular en el proceso penal por jurado, se acalla a aquellos que sostienen que el jurado de escabinos es una desnaturalización del jurado histórico y no una evolución del mismo.

Esta es la situación actual. Buenas intenciones hay, con borrador incluido, que aunque se inclina hacia el escabinato no significa esta definitiva solución. Nuestras dudas vienen inspiradas. Pensemos que salvo en la Audiencia Provincial de Granada cuya intención es experimentar con la forma "pura" del jurado y con la del escabinato o tribunal "mixto" (130), en el resto de provincias donde se ha experimentado (Madrid, Málaga, Bilbao, Barcelona y Alicante) lo ha sido exclusivamente con un jurado a la usanza tradicional o modelo anglosa-

jon. Se supone que alguien estará tomando buena nota de estas experiencias (al menos ese debe ser el objetivo de tales experiencias), bien para apoyar o bien para desfenetrar una u otra forma de participar popularmente en el juicio penal. Por tanto, en el momento de escribir estas líneas (principios del 87), nada hay aún resuelto. El 19 de septiembre de 1986 el Ministro Ledesma declara entre sus objetivos la introducción del jurado pero ahora no dice cual. (131) La polémica entre teóricos del derecho, asociaciones jurídicas de jueces y magistrados, abogados jóvenes, etc. y otros inquietos del derecho salen a la luz con sus opiniones y convicciones (siempre recordándonos las posibles ventajas de un modelo e inconvenientes del otro) que a veces, aún manifestándonos claramente partidarios de la fórmula del escabinado, (132) se nos ocurre proponer, dado el equilibrio de fuerzas existentes, el modelo Austriaco, que ha solucionado este problema reconociendo dos tipos de jurado en su ordenamiento jurídico: el puro actuable en un determinado tipo de delitos y el escabinado, por supuesto, para otro tipo de delitos. Podía ser esta la solución en nuestro país, porque jurado, a la vista del mandato constitucional, debe existir en nuestro ordenamiento jurídico y dilatar más su existencia, además de incurrir con esa táctica dilatoria en una posible inconstitucionalidad (futura), obviamente significa abonar las tesis antijuradistas (133), y lo que es peor, se está hurtando la voluntad constituyente, en definitiva, la voluntad popular.

III.4: LA PARTICIPACION EN TRIBUNALES CONSUETUDINARIOS Y TRADICIONALES

Esta es una forma muy específica y concreta (por no decir muy parcial) de participar en la justicia, por lo que las líneas que le dediquemos serán escasas, lo cual no significa que le arrebatemos importancia.

La Constitución y el archinominado art. 125 viene a garantizar la continuidad de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales existentes en España, entre los que se encuentran el Tribunal de Aguas de Valencia, el Consulado de la Lonja, de Valencia también, los de las Vegas de Lorca y Murcia, y otros más. Carácter también especial tienen los tribunales de Censo de la región Catalana (uno por provincia). Ahora bien, lo importante (desde el punto de vista jurídico-constitucional) es que, incorporados al texto constitucional en los debates del Congreso, han quedado definidos como forma de participación del pueblo en la justicia. No obstante recordemos que estos Tribunales constituyen una excepción al principio de profesionalización de la justicia en la medida que dan entrada (y se forman exclusivamente) a la participación ciudadana para resolver determinados conflictos, como podemos deducir, en materias agrícolas y de riegos que se remontan a tiempos inmemoriales (134).

Por otro lado, determinar definitivamente aquellos Tribunales que tengan tal carácter es algo que compete a la Ley Orgánica del

Poder Judicial y a la que acudiremos pero antes, para evitar brusquedades de tratamiento, detengamonos algo en esta forma de participación popular en tribunales que administran justicia.

Fairen Guillen, quien parece ser el que más y con mayor fervor se ha dedicado a este estudio (135), en su obra citada "Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1978", hablando de los diversos tipos de Tribunales escribirá:

"d) Aún hay una cuarta especie de tribunales: los integrados por elementos personales que "no son oficialmente juristas"- no poseen un título oficial, al menos, de licenciados en Derecho- pero que, sin embargo, 'conocen' una determinada parcela del campo del Derecho incluso mejor que los Jueces técnicos. A esta especie pertenece el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia (...). No se trata de un Tribunal de Jurados, ya que los ocho miembros del mismo intervienen en la elaboración de la sentencia (con excepción del que fue instructor del caso); no son escabimos -legos en Derecho- ya que sus miembros, pese a no poseer el título mínimo de licenciados en Derecho, si tienen vastos y profundos conocimientos del Derecho escrito y consuetudinario de la Huerta de Valencia, y así lo reconocen éstos noblemente; además, a lo largo de más de mil años de existencia continua (sin interrupciones debidas a guerras mismas) se ha construido un proceso

oral, concentrado y público que es muy apreciado en el mundo entero por su gran economía (y no hay corruptelas)" (136).

Nos contentamos con este concepto-definición-contenido (por otro lado espléndido), ahorrándonos de esta manera un estudio en profundidad de la esencia y configuración de estos tribunales, porque muy otro es nuestro objetivo: determinar cuales son estos Tribunales Consuetudinarios y tradicionales que recoge el art. 125 y qué problemática (si es que existe) encierran los mismos. Y de inmediato reflexionamos el, ¿por qué hablar en concreto -como lo hace la cita de Guillen- del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia?. En rápida respuesta diremos que porque a él, (parece ser que casi en exclusiva) se refiere el multicitado art. 125, aunque por "arrastre" (y más tarde explicaremos esto), parece que se hace extensible a algunos otros Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales (que habrán de determinarse) que reúnan sus características.

Y bien, para despejar nuestra incognita ya conocemos el método: remontarnos hasta la fuente más informadora, que en nuestro caso son los debates constituyentes, completados con lo resuelto en la L.O.P.J. vigente.

Efectivamente, basta repasar aquellos debates para constatar la

existencia de estos Tribunales, (aunque estamos con Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela cuando afirman que su reconocimiento prospera en un clima de nula discusión) (137). La historia comienza con la presentación de la enmienda nº 734 (138) presentada por "Pin Arboledas" (U.C.D.) en el sentido de añadir un nuevo párrafo, el 5º, al art. 107 del Anteproyecto Constitucional, del siguiente tenor:

" 5. La unidad jurisdiccional postulada respeta y reconoce expresamente la vigencia de instituciones de origen consuetudinario admitidas por la ley como el Tribunal de las Aguas de Valencia y otras análogas, así como las peculiaridades de las legislaciones forales" (139).

La posterior defensa de esta enmienda, por parte del Diputado también ucedista, sr. Attard Alonso en la "Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas", encarrilaría ya el reconocimiento de estos Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales. Veamos algunos extractos de las discusiones.

Attard Alonso (140), recordando en particular el origen histórico y otros antecedentes del Tribunal Valenciano sugiere que merece la consideración de una excepción y por tanto debería figurar como excepción a la unidad jurisdiccional (141).

El socialista Ruiz Mendoza, en defensa de la enmienda nº 445 de su Grupo, con espíritu más generalizador indicará que no pretende excepciones debiendo incorporarse a la Constitución que "todos los tribunales consuetudinarios deben ser respetados y conservados" (142).

Fraga, (quizás "alma pater" de este reconocimiento, veremos por qué), apoyando parcialmente a Attard y coincidiendo en su espíritu con los socialistas, entenderá igualmente que en lugar de una referencia especial a un solo Tribunal Consuetudinario y tradicional, posiblemente fuese preferible hacer una referencia general a este hecho importante. Insistirá en concreto que "sería quizá mejor hacer una referencia general a la justicia consuetudinaria como una de las formas más ilustres de la justicia popular". En enmienda "in voce" propone añadir una coletilla al art. 117 (143) del Informe de la Ponencia que dijera: "... , así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales", como los de aguas y otros análogos" (144).

Por su parte, Roca Junyent sugiere (con buen tino), que la fórmula propuesta por Fraga sea la básicamente aceptada pero sin referencia expresa al Tribunal de las Aguas (no dice cual, pero obviamente se desprende que es el de Valencia por sistemática dialéctica), evitándose de esta forma entrar en una cierta rivalidad sobre cuales son los Tribunales Consuetudinarios con más arraigo, recordando la existencia de otros de similares características al de las Aguas como en el de los Censos o el Tribunal Sacramental (145).

Fraga aceptará las indicaciones de Roca y por asentimiento se aprobará el texto que llegará a definitivo en cuanto al reconocimiento de estos Tribunales (146).

Hasta aquí todo se desarrolla en un clima de profunda cordialidad parlamentaria, sin excitaciones, lo que vale para su trámite por el pleno del Congreso (de ahí la observación citada en nuestra página 395 de los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela).

Pero a nuestro entender, hay una significativa intervención en la "Comisión de Constitución del Senado" del sr. Martín-Retortillo Baquer (progresista y socialista independiente), que alterará la sensación existente de relajación satisfactoria con respecto al reconocimiento de esta forma de participar en la Administración de Justicia como es a través de los Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales.

Su intervención se resume a indicar la negación de su grupo a votar ese precepto (el 119, ya con la alusión al Jurado introducida por Pedrol Rius, que era el núcleo polémico), por una razón obvia: el gravísimo defecto de sistemática que se produciría de mantenerse en la Constitución esos pintorescos Tribunales consuetudinarios y tradicionales, modalidades de los Jurados de riego, algunos de los cuales es muy conocido, como el de una ciudad levantina -aunque esta institu-

ción se halla muy dispersada a lo largo de la geografía española con fórmulas que generalmente son tradicionales y muy conocidas-, pero que en absoluto son poder judicial, es decir, nada tienen que ver con la organización de la Justicia y menos con la unidad jurisdiccional que caracteriza al título, sino que son, simplemente, un sistema de recursos administrativos (147).

Por un lado quedamos sorprendidos con una actitud zaheriente, al hablar del pintoresquismo de estos Tribunales que en modo alguno entendemos justificado, pero por otro reconocemos que el Senador Baquer emerge con crítica visión la problemática juridico-institucional que late con estos Tribunales como es la determinación de su naturaleza jurídica. puntualicemos todo esto.

La expresión "pintoresco" podría interpretarse como "singular", es decir, Martín-Retortillo, -con interpretación benevolente por nuestra parte- podría estar refiriéndose a estos tribunales "singulares, únicos, geniales, etc;" tan arraigados en nuestros pueblos. Lo que ocurre (y a nuestro entender) es que del contexto de su intervención se desprende más bien una referencia al sentido "folklorico- despectivo-títere" de estas formas de administrar justicia que en nada se ajusta a la realidad. Veamos. Guillen toma armas y erigiéndose en valedor de los mismos arremete sin piedad. Refiriéndose al Tribunal de las Aguas de Valencia (porque larvadamente así lo hace Martín-Retortillo)

escribirá: "Si desde el principio hemos defendido esta jurisdicción especial, ha sido por razones estrictamente jurídicas, por hallar que es la que mejor funciona de España y que pudiera ser modelo mundial para ciertas especies de proceso (busque el profesor Martín-Retortillo el "pintoresquismo" en mi libro citado, y dígame en donde lo halla). Y aún mejor, que opine después de observar el funcionamiento de dicho Tribunal durante casi veinticinco años, como yo lo he hecho. Y a la vuelta me dirá, cordialmente, como buenos amigos que somos". (148).

Realmente, razones (y datos) tiene el profesor Guillen para esta reacción (149). Un Tribunal que funciona prácticamente desde (y aún antes) de la dominación sarracena y que ha sido estudiado por distintos países (150) algo tiene de particular. Lanza Guillen que si el hacer Justicia con rapidez y economía (y recordando su definición en nuestra página 394, "sin corruptelas") es pintoresco, todos los procesalistas del mundo también lo son (151). Además, -seguirá escribiendo Guillen- "el Tribunal de las Aguas de Valencia es totalmente independiente cuando ve y juzga: los Jueces son elegidos democráticamente de entre los comuneros de cada una de las ocho acequias, y por los mismos comuneros; se atienen en el proceso, a normas- sus ordenanzas- o crean otras nuevas para que el proceso se halle al compás de la evolución de la sociedad; no están sujetos a ninguna autoridad judicial, política o administrativa,...(152).

En resumen, y con lo conocido hasta el momento, nos encontramos ante un Tribunal absolutamente independiente, basado fundamentalmente (153) en un proceso oral-inmediato, concentrado y público -lo que se resume en la pronta eficacia del proceso, eliminándose por tanto algunos de los males endémicos de la justicia, su lentitud y su coste-, que lo erigen en uno de los tipos más modernos y deseados tanto en teoría como en la práctica. (154) Evidentemente, Tribunal con estas características (entre las que hay que introducir su milenaria existencia), poco pintoresco puede ser; probablemente, de él habría que aprender.

La segunda incidencia que hemos destacado en la intervención del Senador Martín- Retortillo es la que hacía referencia a la naturaleza jurídica de estos singulares Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales, lo que podría resumirse en la cuestión de si ¿son o no Poder Judicial?, o más concretamente, ¿a través de ellos se participa en la Administración de Justicia?.

Para ser más certeros en nuestra respuesta previamente deberíamos determinar cuáles son estos Tribunales Consuetudinarios. Es el Magistrado Jimenez Hernández quien escribe que la constitucionalización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales "tuvo su origen en los peligros que los valencianos vieron para el Tribunal de

las aguas de Valencia en las declaraciones del artículo 117 de la Constitución sobre unidad jurisdiccional y exclusividad del ejercicio de la potestad de ese orden, lo que llevó al presidente de la Comisión Constitucional del Congreso, señor Attard, a proponer una fórmula que lo ampare, aún sin nombrarlo expresamente; idea que, finalmente, quedó plasmada en el inciso terminal del artículo 125 de la Constitución (155).

Esta idea prácticamente ha ido luciendo en nuestras discusiones previas. No hay dudas del protagonismo del Tribunal Valenciano, pero tampoco las hay sobre que no es el único Tribunal Consuetudinario y Tradicional existente en nuestro país. Un ejemplo puede representarlo sin retirarse del propio Valencia, la "Junta de Hombres Buenos de Murcia". Lo cierto es que, de la inicial propuesta de reconocimiento "in expreso" del tribunal Valenciano se pasó a un reconocimiento "in general" de estos Tribunales debido a las reivindicaciones de los Diputados participantes en las discusiones parlamentarias en el sentido de una existencia de los mismos esparcida por la geografía hispana (156), como así viene a recogerlo la vigente Ley de Aguas de 2 de Agosto de 1985 y su Reglamento, al disponer en sus artículos 77 y 215 respectivamente que, "... allí donde existan Jurados o Tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional". (157)

Evidentemente el protagonismo constituyente del Tribunal Valenciano nadie lo niega, (158) arrastrando por tanto en su constitucionalización -larvada-, el reconocimiento de cualquier otra forma o tipo de Tribunal consuetudinario que no sea aquel.

¿Que dice al respecto la vigente L.O.P.J.? De inmediato reconocer expresamente en el citado artículo 19.3 que el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana "tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional". (159) Lo cual quiere decir (al margen del apoyo que se le dá a este Tribunal), que pueden existir igualmente otros Tribunales con este carácter. (160) Sin embargo elimina polémicas (de consideración que no de oportunidad) al suprimir por un lado, los "Tribunales Arbitrales de Censos de las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona (Disposición Adicional Sexta. 1. (161)) y por otro, al "Tribunal Arbitral de Seguros" (Disposición Adicional Decimotercera). (162)

Realmente por méritos propios, de los Valencianos, (163) (y del profesor Guillen, valenciano de adopción), el Tribunal de las Aguas de Valencia ocupa, en el contexto jurídico-constitucional, el lugar que le corresponde, aunque evidentemente, y en deseos de Guillen, más deseable hubiese sido constitucionalizarlo como excepción al principio de unidad jurisdiccional, modo de evitar que "algún día algún gober-

nante o legislador descuidado o inadvertido cometiera el inmenso error histórico de suprimirlo". (164)

Y nos hemos acercado a la cuestión propuesta: ¿Estos Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales pueden considerarse Poder Judicial o no?.

Para Martín-Retortillo en absoluto; porque estos Tribunales, modalidades de los Jurados de Riego (a los que les ha dedicado bastantes páginas) (165), son simplemente un sistema de recursos administrativos (166), y así considera el propio Pin Arboledas al Tribunal de Valencia en su enmienda. (167)

¿Que opina Guillen de todo esto?.

De inmediato recuerda la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 -madre de la vigente-, que decía textualmente: "El llamado Tribunal de las Aguas de Valencia, tan encomiado de propios y extraños, y cuya organización y atribuciones datan del tiempo de la dominación de los sarracenos, no es propiamente un Jurado encargado de aplicar en un procedimiento sumarísimo y verbal las multas impuestas en las Ordenanzas por infracciones cometidas en el riego. Aunque la Comisión no cree que sus ventajas sean de tal importancia y magnitud

cuan algunos han ponderado, puesto que no resuelve las cuestiones de derecho que son las más árduas y costosas, ni aún las de mera posesión; con todo, reconoce que las tiene, y que ofrece un ejemplo digno de ser imitado, estableciendo en todas las comunidades de regantes sujetas al regimen de un Sindicato, uno o más Jurados de Riego según lo exija su extensión...." (168), lo que viene a ratificar la vigente Ley de Aguas de 1985 en su Preámbulo cuando dicta que, "Se hace, pues, imprescindible, una nueva legislación, en la materia que aproveche al máximo los indudables aciertos de la legislación precedente y contemple tradicionales instituciones para regulación de los derechos de los regantes, de las que es ejemplo el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana" (169).

Veamos -resumiendo nosotros- como concluye Guillen aquella cita aplicable a esta segunda.

Se reconoce expresamente, por un lado, que el Tribunal de las Aguas, "no es un Jurado de Riego", pero por otro lo determina como "el modelo de los jurados de riego". Y ahora bien, (y contestándole Guillen a Martín-Retortillo), los Jurados de Riego ordinarios creados por la Ley de Agua de 1866 (170) ciertamente "no son poder judicial", más en lo que se refiere al Tribunal de las Aguas de Valencia, "si que lo es", pues desempeña jurisdicción (aunque especial) (171). Es decir,

las potestades clásicas que integran el concepto de Jurisdicción se hallan en la actividad del Tribunal, tanto en el tracto de la "Cognitio" (172) como en el tracto ejecutivo de las sentencias. (173)

Además se apoyará Guillen en otro argumento -dirá-, puramente científico, y que nosotros hemos adelantado al hablar de su "pintoresquismo"-, y que hace referencia precisamente a los principios que inspiran su proceso (oralidad-concentración-inmediación-publicidad), plenamente constitucionalizados, no entendiendo como se puede atacar precisamente a un Tribunal que es exactamente quien más los cumple (174).

Y ahora, ¿que pensamos nosotros?.

Evidentemente nos encontramos ante un modelo ejemplar de actuación procesal en el que, tanto la justicia como quienes la practican emanan plenamente del pueblo (175). Con jurisdicción propia, independiente, (176) incorrupto y donde la "autorictas" en el sentido romano, no le falta (177). Además, se trata de un Tribunal determinado por las leyes (Constitución y L.O.P.J.) que ejerce una potestad jurisdiccional propia (pensemos que el párrafo 3º del artº 117 de la C. E., dispone que la potestad jurisdiccional se puede ejercer en todo tipo de procesos), lo que le valdría ya no solo para ser el "modelo

de los Tribunales de Jurados de Riego", sino más aún, podría erigirse en el modelo de "administrar justicia". Pero con todo, nosotros mantenemos nuestras dudas respecto de su pertenencia al poder judicial.

Por un lado, las dudas nos surgen de la propia interpretación del artº 125 de la Constitución, interpretación que perfectamente podría ser doble: En primer lugar sería que los ciudadanos pueden, a) poner en marcha la maquinaria judicial mediante la acción popular y b) participar en la Administración de Justicia a través de, b1) del Jurado, y b2), de los Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales. En este supuesto interpretativo es obvio que estos últimos Tribunales formarían parte del Poder Judicial. Pero en segundo lugar, y esta podría ser la otra posible interpretación del artículo 125 C.E.; a), que igualmente a través de la acción popular se activa la justicia, b), que los ciudadanos pueden participar -directamente- en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, y c), que los ciudadanos pueden participar en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales; lo que no significa que estos necesariamente formen parte del Poder Judicial.

¿En que nos pueden ayudar los debates parlamentarios? Veamos. Tenemos, como ya conocemos, por un lado, la enmienda nº 445 al Anteproyecto de Constitución, del Grupo Parlamentario Socialista del Con-

greso, que consideraba a este Tribunal de Valencia como un caso consagrado de participación de los ciudadanos en la jurisdicción, (178) y la enmienda nº 734 de Pin Arboledas (U.C.D.), en el sentido de que la unidad jurisdiccional respetara y reconociera la existencia de instituciones de origen consuetudinario admitidas por la ley, cual el caso del Tribunal de las Aguas. (179) En la defensa de ambas enmiendas, por parte de los Sres. Diputados Attard Alonso (U.C.D.) y Ruiz Mendoza (Socialista), se hará referencia a la especialidad de su jurisdicción, por tanto debería figurar como excepción a la unidad jurisdiccional, pero más con la idea de "respetar y conservar todos los Tribunales consuetudinarios" que realmente defender su pertenencia al Poder Judicial (180). Más aún, la intervención del Senador Martín-Retortillo (181) se dirigía en concreto a negar expresamente la pertenencia de estos Tribunales (con indicación tácita al Tribunal Valenciano) al Poder Judicial, intervención que en este sentido, en absoluto fué contestada.

Por otro lado, un segundo bloque de dudas nos viene de parte del artº 149.5 de la Constitución: "la Administración de Justicia es competencia exclusiva del Estado".

Esto nos lleva a plantearnos dos interrogantes: a) Cual o cuales son las fuentes jurídicas del Tribunal de las Aguas de Valencia (no olvidemos, que según Guillen, solo y exclusivamente este Tribunal

forma parte del Poder-Judicial), y b) cual o cuales son las fuentes de financiación del mismo.

Respecto a la primera interrogante, las fuentes jurídicas (o Derecho) sobre las que fundamentalmente se asienta el Tribunal son las Ordenanzas, lo cual nos plena nuevamente de dudas. Según escribe Guillen, "algunas de ellas, (182) por el 'iter' legislativo seguido para su promulgación, constituyen Ordenanzas Reales y no simples convenios entre los regantes (se elaboraron, primero, por la presentación de un proyecto por los comuneros; segundo, por el informe que emitía la Real Audiencia de Valencia; tercero, por el informe y modificaciones que introducía el Real Consejo de Castilla, Ministerio Universal para España; cuarto, por la intervención y promulgación por el mismo Rey)" (183).

Pero al margen de esas ya ancianas Ordenanzas Reales, (no reválidas), ciertamente, es el Tribunal quién, respondiendo a las exigencias de la evolución social, crea sus propias normas (Ordenanzas) (184), con lo cual nos preguntamos si son vinculantes para terceras personas, es decir, para los no comuneros.

Nuevamente quien escribe es Guillen, y en los siguientes términos: "Los sujetos pasivos que están sujetos a la jurisdicción de este Tribunal, no solamente son los miembros de las ocho Comunidades de

de Regantes de la Huerta, sino también, y ello se prevé expresamente en las diversas Ordenanzas, 'otras personas', lo cual excluye que tales Ordenanzas sean simples 'pactos entre comuneros' que solo a ellos pueden obligar" (185).

Pero intentando reforzar esa aseveración Guillen continuará: "modernamente hemos seguido registrando casos y sentencias del Tribunal de las Aguas, cuando muy bien podrían alegar la falta de jurisdicción de este por no ser miembros de ninguna de las ocho Comunidades y, por tanto, solo poder ser juzgados por los tribunales ordinarios; pero hemos visto que ningún demandado o denunciado ajeno a las Comunidades alegase ante el Tribunal de las Aguas su falta de jurisdicción; .." (186) Pero se podría hacer, es decir, existe una sumisión voluntaria a la "auctoritas" del Tribunal, pero su Derecho, evidentemente carece de la "generalidad" que caracteriza toda norma estatal. El Poder Judicial es un Poder del Estado, el encargado de aplicar la Ley estatal; la ley general, sin restricciones geográficas ni personales. Las dudas por supuesto se nos evidencian.

La segunda interrogante que nos planteabamos hacia referencia a su financiación.

De Guillen extraemos que, "en diversas Ordenanzas se prevé expresamente que los Síndicos-juéces del Tribunal, "no deben cobrar ni

cobran dieta alguna" por desempeñar su cargo de Juez", aunque "algunos de ellos perciben emolumentos a incluir en las "penas de multa", donde se incluyen igualmente, todos los posibles honorarios que se deriven del juicio, como por ejemplo, las "visuras" (los gastos ocasionados por las inspecciones oculares por parte de peritos o técnicos)." (187) De lo que se deduce por tanto, que es un Tribunal económicamente (aparte de personal) autosuficiente. Pensamos que, si fuera Poder Judicial, debería proveerse de los Presupuestos Generales del Estado. También debería tenerlo en cuenta las "Memorias del Congreso General del Poder Judicial", así como reconocerse (en el escalafón, nombramientos, etc. al elemento juzgador personal). Pero no, de ahí, y respetando la total autoridad del más que admirado profesor Guillen, que mantengamos nuestras dudas. Dudas de un aprendiz jurídico que probablemente juega a Kamikaze.

Por otro lado, admiramos -utilizando expresiones del propio Guillen-, a ese "tesoro, orgánica y procesalmente, que pertenece al acervo de toda España", (188) que forma parte de nuestro Patrimonio Histórico Cultural. Por eso, no diríamos que forma parte de la estructura funcional del país; no diríamos que forma parte del Poder Judicial, sino que en sí mismo es "un poder Judicial particular", o más una singular y modélica forma de administrar justicia, sencilla, eficaz y justamente para hombres sencillos, eficaces y justos.

Si en algo envidiamos al profesor Guillen (en lo demás lo admiramos), es en el inmenso privilegio de haber vivido al Tribunal de las Aguas de Valencia durante tanto tiempo.

III.5: EL SISTEMA DE ELECCION DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL COMO FORMA INDIRECTA DE PARTICIPACION POPULAR EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Advertíamos al inicio del capítulo que otra de las formas de democratizar la justicia, aunque indirectamente, era a través de la elección por el Parlamento de los Consejeros de C.G.P.J.

Este es un controvertido problema jurídico-político (indiquemos que, jurídicamente se ha resuelto por las Sentencias 45/1986 de 17 de abril y 108/1986 de 26 julio de T.C., lo que en suma apaga el fragor político . Sobre ello volveremos líneas abajo) aunque en síntesis su mecánica democratizadora es bien sencilla.

No profundizaremos en el problema político -bastante se ha hecho ya- sino que nos centraremos más bien en su mecanismo democratizador -aunque evidentemente connotaciones políticas lleva anejas-, que en suma pretende acercar la justicia al pueblo, objetivo que cumple -repetimos, indirectamente- junto con las formas directas que acabamos de ver: Justicia de Paz, acción popular, Jurados y Tribunales consuetudinarios y Tradicionales.

Otra advertencia previa es que páginas abajo, un capítulo se dedica al Autogobierno del Poder Judicial, donde, desde otra perspectiva surgirá el problema de los miembros de este autogobierno. Por eso, para evitar repeticiones innecesarias habrá que tener presente ese capítulo, lo que se traducirá en un no tratamiento explícito sobre tal órgano. Aquí nos dedicamos, y nuevamente repetimos a la incidencia que tiene el sistema de elección de Consejeros sobre la democratización de la Justicia.

Terminadas estas líneas, que pueden justificarse a modo de introducción, comencemos por el art. 122.3 de la C.E. que dispone:

"El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica; cuatro a propuesta del congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años en el ejercicio de su profesión.

Párrafo extenso y conflictivo como tendremos ocasión de comprobar al hilo de las discusiones parlamentarias sobre la L.O.P.J., de 7 de Julio de 1985.

De entrada nos vamos a preguntar por esa Ley Orgánica dispuesta por la Constitución llamada a establecer los términos para nombrar a los doce miembros de entre todas las categorías judiciales (Jueces y Magistrados), y nos encontramos con dos Leyes orgánicas, una la (ya derogada) L.O. 1/1980 de 10 de enero del Consejo General del Poder Judicial, de carácter transitorio (189), y otra, la Ley orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, con aspiración de permanencia. (190) Ambas con distinta regulación en este concreto aspecto del nombramiento de Consejeros.

En el Capítulo II (artículos 7 a 21) de la primera de estas leyes se establecía un procedimiento de elección de los doce miembros del C.G.P.J. entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, "por" todos los Jueces y Magistrados en servicio activo (artº 12).

Desde que se presentó el Proyecto de L.O. del C.G.P.J. (B.O.C. G. de 11 de Julio de 1979) no había dudas sobre este sistema, (artº 12), únicamente había alguna diferencia en cuanto a unificar o no el Colegio Electoral de estas categorías judiciales, (191) pero solventada por la Ponencia, se aprobaría definitivamente sin posteriores debates en el curso del desarrollo legislativo tanto en el Congreso como en el Senado. (192)

Evidentemente, el sistema de nombramiento propuesto por el invariable artº 12 de la L.O.C.G.P.J. era un hecho plenamente asumido por el legislador. Incluso el Grupo Socialista (promotor de la actual L.O. P.J.) presentaría una enmienda en ese mismo sentido. (193)

Luego vendría el acometimiento de la definitiva (al menos eso se pretende) L.O.P.J., porque volvamos a recordarlo, la Ley Orgánica del Consejo era, como su propia denominación especificaba, una "regulación anticipada" (194), pues la definitiva, -se decía- "constituye

una tarea que, por su envergadura e importancia, difícilmente puede realizarse con las necesarias garantías de acierto de modo inmediato" (195).

Pero eso sí, la Ley que se estaba construyendo se integraría en su día "en el texto definitivo de la futura Ley Orgánica del Poder Judicial". (196)

No trataremos de estudiar en este momento la total integración de la ley, pero sí referir la misma sobre el artículo 12, problema que nos concierne ahora.

Para acometer nuestro trabajo, primero reproduciremos literalmente el artículo 112 de la L.O.P.J., actual, de cuya simple lectura quedan resueltos los problemas comparativos, pero el fondo queda sin conocer, y realmente en él podemos encontrar las justificaciones que llevan a la redacción de este artículo, así como se responderá a la cuestión central que pretendemos presentar: "si la elección de Consejeros del Consejo General del Poder Judicial por parte del Parlamento es una forma de democratizar (indirectamente) la Justicia. Esa es la cuestión, y para responderla seguiremos unos pasos concretos.

El vigente artº 112 de la L.O.P.J. de 1985 literalmente dice lo siguiente:

"1. Los Vocales del Consejo General del Poder Judicial serán propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado.

2. Cada Cámara elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro Vocales entre Abogados y otros Juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión procediendo para ello según lo previsto en su respectivo Reglamento.

3. Además, cada una de las Cámaras propondrá, igualmente por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros seis Vocales elegidos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo.

4. En ningún caso podrán ser elegidos:

- a) Quienes hubieran sido miembros del Consejo Saliente.
- b) Quienes presten servicios en los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial."

De inmediato nos encontramos -y que nos interesa-, que los veinte Vocales del Consejo los elige el Parlamento. Este es un dato ya sobradamente conocido pero que debemos dejar reflejado. La contradicción con el sistema previo establecido por la L.O.C.G.P.J. es evidente, e igualmente se manifiesta que en este aspecto no ha sido in-

tegrada por la actual L.O.P.J.

El que se contradigan -y que no se respete el mandato de integración- ambas leyes no tienen más consecuencias jurídicas por el simple principio temporal de derogación de leyes de rango idéntico, pues la posterior deroga a la anterior, máxime si la anterior nace con ese flete. El -presunto- problema contradictorio se plantea frente a la propia Constitución. ¿El artículo 112 de la L.O.P.J. confronta con el art. 122.3 de la Constitución? (197). (Estos son los términos que plantea la cuestión).

Así se estimó por el propio Consejo quien a través de su Presidente (Sainz de Robles) una vez aprobado el art. 119 (hoy 112) del Proyecto de L.O.P.J., por el Pleno del Congreso, planteó a tenor de lo dispuesto en el art. 59 de la L.O.T.C., conflicto constitucional de atribuciones entre órganos del Estado contra la decisión del Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 28 de marzo de 1985, en que se aprobaron en particular el art. 119 y la disposición adicional 1.2. (198)

La atribución que el Consejo General entendía invadida o indevidamente asumida por el Congreso de los Diputados -y que a nosotros concierne-, era la competencia para elegir a los doce vocales del Consejo General, que "deben ser nombrados por el Rey entre Jueces y Ma-

gistrados de todas las categorías, conforme al artículo 122.3 de la Constitución, pues tal competencia corresponde por atribución directa de la propia Constitución, al conjunto de Jueces y Magistrados que integran el Poder Judicial." (199)

Los argumentos en este sentido van afluyendo, recordándose entre otros, la intención del constituyente, cuya voluntad implicaba que los doce Vocales judiciales del Consejo debían ser elegidos por todos los Jueces y Magistrados. También se recordará el art. 104 de la Constitución Italiana como precedente más directo de Derecho comparado en que se inspiró la Constitución al crear y configurar el Consejo General del poder Judicial, y que dispone una composición mixta del Consejo Superior de la Magistratura, así como del modelo francés en el que igualmente se prevé una representación representativa de la magistratura en el órgano de su gobierno.

En parecidos términos, o al menos en intenciones en lo que al art. 112 de la L.O.P.J. respecta, don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 55 Diputados, promovería Recurso de Inconstitucionalidad (nº 839/1985), contra la totalidad, por vicios de procedimiento, y, subsidiariamente, contra determinados preceptos de aquella ley.

Las Sentencias del tribunal Constitucional nº 45/1986 de 17 de abril, y 108/1986 de 26 de julio, resolverían estos conflictos jurídico-constitucionales en favor de la regulación establecida. Pero debemos advertir (y al inicio del epígrafe se expuso), que en este momento no procederemos a un comentario concreto de las citadas sentencias, cosa que se hará en el capítulo dedicado expresamente al C.G.P.J. Ahora se trata de estudiar la participación popular en la Administración de Justicia.

No obstante, conviene decir que el T.C. por un lado, mediante la Sentencia 45/1986, de 17 de abril, desestimaría los "conflictos acumulados entre órganos constitucionales" por el C.G.P.J., porque "no hay nada ni en la constitución ni en la anterior Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, ni en la actual Ley Orgánica del Poder Judicial que autorice a sostener la pretensión de representación procesal por el consejo General del poder Judicial como tal, los órganos en que se expresa el Poder Judicial no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son "órganos Constitucionales" a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el artículo 59.3 de la L.O.T.C. y los conflictos posibles entre Juzgados y Tribunales y otros órganos del

Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que tiene cabida el propio Consejo. Además, al configurarse constitucionalmente como su "órgano de gobierno", no podría ser, ni siquiera a efectos procesales, "representante" del Poder Judicial, pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de "independencia de Jueces y Magistrados" (artículo 117. 1 C.E.). Así pues, aquí vuelve a faltar correspondencia entre órgano actor y sujeto titular de la atribución supuestamente invadida" (200). En resumidas cuentas, que el C.G.P.J. no tiene legitimidad procesal para postular por el Poder Judicial (y que, ¿qué conflicto hay frente al Legislativo cuando lo que hace no es sino ejercer su atribución constitucional, legislar, producir Derecho?. A esto volveremos posteriormente como venimos advirtiéndolo).

Por otro lado, la STC 108/1986 de 26 de julio resolvería igualmente el Recurso de Inconstitucionalidad nº 839/1985, desestimándolo al considerar que el número de ocho vocales a elegir por las Cámaras no es un límite infranqueable a su facultad de propuesta, si bien reconoce que el precepto constitucional no ofrece aquí apoyo suficiente para una respuesta categórica pues "aunque es cierto que no establece explícitamente limitación alguna, también lo es que existen razones para sostener que esa limitación está implícita en la fórmula emplea-

da, que, de otro modo, sería de una inútil complicación" (STC 108/1986). Recordando a este respecto los antecedentes constituyentes, el T.C. vendrá a decir que no se constitucionalizó una fórmula concreta, sino que los constituyentes se limitaron a remitirla a una futura Ley Orgánica. (Tampoco faltaron los argumentos políticos (encontrar un sistema limpio de divisiones ideológicas), pero seguimos repitiendo, a ello volveremos en su momento oportuno).

De esta manera el asunto ha quedado jurídicamente zanjado. El artículo 112 de la L.O.P.J. sigue tal cual y todo esto ha sido adelantado como involucramiento a nuestro planteamiento inicial de si esta forma de elección significa en alguna medida democratizar la Justicia.

Al respecto, de entrada diremos que siempre que en un órgano nos encontremos una representación popular, ello significa una democratización del mismo, por lo tanto qué duda cabe que la fórmula establecida por la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial en

su art. 112 democratiza (desde el punto de vista popular) más que la reflejada por su antecesora.

Se podría pedir más y que el total de veinte vocales se extrajeran libremente por parte del Parlamento, pero también es evidente que el hecho de que 12 de estos vocales -es decir, mayoría- se extraigan obligatoriamente de las carreras judiciales tiene su razón de ser -además de que así se dispone en el art. 122.3 de la C.E.- Intentemos argumentar esto.

Efectivamente, la representación popular en el Consejo tiene su fundamento puesto que éste órgano no es jurisdiccional sino que sus funciones atañen a los aspectos organizativos del poder Judicial, (201) completándose de esta manera la plena participación popular en la justicia; por un lado en el plano jurisdiccional a través de las instituciones que han sido previamente estudiadas como son los Jueces de Paz; (202) la acción popular, el Jurado y los Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales, por otro en el plano organizativo, a través del nombramiento de los miembros del propio órgano de Gobierno de este Poder. Así el que la mayoría de estos miembros procedan del poder que se pretende organizar contempla a su favor:

a) Que quién mejor para organizar que aquellos que conocen la or-

ganización.

b) Se trata de un órgano técnicamente complejo por lo que es necesario un personal cualificado. De todas maneras la discrecionalidad del legislativo a efectos de designación es total -respetando la Constitución y la Ley Orgánica- por lo que podrá designar a aquellos individuos más idóneos.

En conclusión, la Justicia (en este caso en el aspecto organizativo) se democratiza porque es el pueblo a través de su representante directo -el Parlamento- quien elige a los miembros del gobierno del Poder Judicial, y ello es sumamente importante por las funciones que en el aspecto organizativo desempeña el Consejo. Baste citar al respecto los artículos 107 y siguientes de la L.O.P.J. donde cabe destacar entre sus funciones las siguientes:

- Propuesta de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y de C.G.P.J.
- Propuesta de nombramiento de miembros del T.C.
- Inspección de Juzgados y Tribunales.

- Provisión de destinos, ascensos y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.

- Potestad reglamentaria.

- Información de anteproyectos de leyes y disposiciones generales de determinadas materias que a este poder hacen referencia (demarcaciones judiciales, Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados, fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces y Magistrados, Sentencias etc., régimen penitenciario, elevar Memoria anual sobre la Administración de Justicia, etc...).

En fin, el que la elección de vocales del Consejo por parte del Parlamento es una forma de democratización de la Justicia se deja igualmente sentir en los debates parlamentarios a propósito de la L.O.P.J. Veamos algunas intervenciones.

El sr. Bandrés (Grupo Mixto), en la Comisión de Justicia del Congreso, lamentando no ser "augur" para saber que iría a ocurrir el próximo día con el art. 124 del Proyecto (composición, designación y sustitución de los miembros del Consejo), pues eso condicionaba su intervención, diría:

"... si el órgano de Gobierno del Poder Judicial trae su legitimidad plena de un nombramiento que viene del pueblo a través del nombramiento que le hacen los representantes del pueblo, que son única y exclusivamente Senadores y Diputados..., se llena de legitimidad por la procedencia de su designación.

Si el Consejo General del poder Judicial... va a ser nombrado o cooptado por alguien que no es el pueblo,... ahí no hay plenitud de representatividad popular." (203)

También diría el propio Bandrés en la defensa de su enmienda nº 25, originaria del sistema de elección parlamentaria de los vocales del Consejo (204) "...estamos ante... una oportunidad única de hacer del gobierno de la Justicia un gobierno plenamente democrático, tan democrático como (el) (205) Ejecutivo que emana y está sujeto solamente al pueblo". (206) Líneas abajo volvería a decir:

"... Si se aprueba esta enmienda o enmiendas similares a esta, - con contenido idéntico (207), habremos fortalecido la Justicia, habremos dignificado el órgano de Gobierno de la Justicia, pero sobre todo habremos beneficiado al pueblo". (208).

Y, dirigiéndose -entre otros- a los Jueces y Magistrados reacios o no conformes con tal procedimiento les lanzaría:

"No deben ustedes escandalizarse, no pasa nada, no es un desdoro que a su órgano de gobierno le nombra el pueblo a través de sus legítimos representantes; la Judicatura se va a fortalecer, su gobierno va a adquirir plena legitimación, va a ser verdad que

la Justicia emana del pueblo, solo el pueblo legitima" (209).

Marcos Vizcaya, justificando la legitimación popular de los poderes de un Estado Democrático afirmará: "...este sistema está más ajustado a este sistema político parlamentario, es más democrático, y desde luego pone las cosas en su sitio...

Aquí hay una única soberanía, de ella arrancan todos los poderes, y esa misma soberanía de la que arrancan todos los poderes es la que a través de estas Cámaras puede decidir..., quien lo elige, quien no lo elige,..." (210).

Saenz Cosculluela en defensa de las transaccionales socialistas argumentará:

"El Poder Judicial no es un poder político ni puede ser un poder tan irresponsable -estoy hablando en términos técnicos y no políticos- que no tenga nada que ver con quién debe dar la legitimidad a ese poder jurisdiccional, que es el pueblo en quien residen todos los poderes. Por eso es bueno ir a una institución del Consejo General del Poder Judicial que lo conecte al máximo con quien dá los poderes, con aquel pueblo del que emanan los poderes, a través de la única conexión posible que es el Parlamento..." (211).

Y seguirá:

" ... la fórmula que propone el Grupo Socialista es más democrática, porque ya no hay un número de miembros del Consejo que son elegidos por un sector corporativo, sino que todos son elegidos por la soberanía popular ... (212)

En turno de réplica (por supuesto no al Grupo socialista ni vasco) Bandrés apuntará más al centro -que no político- de la cuestión al decir: "...yo quiero que 36 millones de ciudadanos nombren al órgano del Poder Judicial, si bien -...- por procedimiento indirecto... y... no tendría ninguna dificultad en que el nombramiento se hiciera directamente por el pueblo". (213)

Ya en el Debate de la ley en el pleno del Congreso, las intervenciones por parte prácticamente de los mismos protagonistas que en la comisión de Justicia fueron las siguientes:

Bandrés, refiriéndose al procedimiento de elección afirmará que, es el único "que asegura de modo definitivo la democratización del órgano de gobierno del Poder Judicial y que tiende a hacer efectivo el pronunciamiento del artículo 117 de la constitución que asegura que la justicia emana del pueblo". (214).

Marcos Vizcaya verá la necesidad de entroncar al Poder Judicial con el elemento clave y único de soberanía que es el Parlamento, formula muy democrática y ajustada al sistema social y democrático de derecho vigente. Así una vez que se plantea cual es en realidad el arranque de legitimidad del Poder Judicial, afirmará: "Ese Poder que se configura al mismo nivel que el Ejecutivo y que el Legislativo, es un Poder que, a diferencia de estos dos no cuenta con ningún entronque popular democrático de soberanía popular" (215).

Evidentemente está pidiendo el apoyo del sistema de elección total de Vocales del Consejo por el Parlamento como forma de participación popular en la Administración de Justicia, porque (continuará):

" De esta Cámara de Diputados y del Senado, que es la única fuente de legitimidad, la única fuente de soberanía, arrancan todos los poderes: arranca el poder ejecutivo, su Presidente es elegido aquí, y ahora va a arrancar la cúpula del Poder Judicial, ..." (216).

Ya en el Senado, (donde no se cambió el contenido del artículo), el Ministro de Justicia, presentando el dictamen de la comisión del Senado al Pleno interrogará: "¿donde hay más valores democráticos, en la elección infraestamental o en la elección que realizan las Cámaras?", para terminar considerando que "la elección parlamentaria de

los vocales del Consejo es un progreso democrático", apuntillando que, "en un sistema democrático no cabe otra legitimación del poder que la puramente democrática". (217)

El senador Rodríguez Pardo refiriéndose al Estado Español y justificando la elección parlamentaria de los consejeros dirá: "... todos los poderes que emanan del pueblo, porque el pueblo es el soberano, deben jugar coordinadamente y deben jugar de forma interrelacionada entre sí para que no se produzcan compartimentos estancos y algunos de esos poderes puedan responder a su vez a intereses que no están precisamente reconocidos como válidos en lo que se llama un Estado social y democrático de derecho". (218)

Y Fernández-Piñar, (Grupo Mixto) en el debate al articulado tomará la palabra para decir que la soberanía está en el pueblo y las Cámaras reciben directamente del pueblo - ese poder que emana de él, por tanto, "es preferible, en caso de ambigüedad como es el caso del art. 122 de la constitución (bastantes ataques de la Oposición al sistema se incardinaban por ese flanco) (219), que quienes reciben directamente del pueblo el mandato de ejercer el Poder sean los que elijan a esos miembros del Consejo General del Poder Judicial (220)".

La senadora Sauquillo Pérez del Arco será muy expresiva. De esta manera justifica y relaciona el sistema de elección de los vocales con

la soberanía popular: "Nosotros creemos que, a partir de esta ley, sí que los jueces van a ser mucho más independientes, (221) unos jueces que van a estar mucho más al servicio de la sociedad". (222)

Finalmente en la exposición de motivos de dicha ley en su punto VI, apartado tercero se lee: "Para la elección de los doce miembros del Consejo General del Poder Judicial que, de acuerdo con el artículo 122,2 de la Constitución española, deben ser elegidos "entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales", la ley informada por un principio democrático, partiendo de la base de que se trata del órgano de gobierno de un Poder del Estado, recordando que todos los poderes del Estado emanan del pueblo y en atención al carácter de representantes del pueblo soberano que ostentan las Cortes Generales, atribuye a esta la elección de dichos miembros de procedencia judicial del Consejo general" (223).

Por supuesto en todas estas intervenciones surgieron temas políticos de suma importancia y de muy hondo contenido pero que salen fuera del estricto sentido popularizador de la justicia, y decíamos al inicio de este título que sólo y exclusivamente a ello nos íbamos a atener, pero esto no obvia que en momentos más adecuados volviéramos sobre los mismos.

En cuanto al debate parlamentario referente al procedimiento de

elección, obvia decir su inflamación. Las ideas de politización y pérdida de independencia de la justicia se fueron reiterando con un traslado más que aparatoso a los medios de comunicación (224).

Incluso después de la STC 44/1986 de 17 de abril -tenuamente comentada al principio-, se ha seguido el bombardeo en estos medios (225).

Dígase lo que se diga, lo cierto es que ésta es una forma de democratizar la justicia, de que el pueblo, repetimos, indirectamente, participe en la Administración de Justicia, en sus aspectos organizativos, porque en el legislativo está la soberanía popular, (art. 66.1 C.E.), (226) está la voluntad popular que debe trasladarse lo más directamente posible a todos los poderes del Estado, porque estos, también lo dice la propia constitución en su artículo 1º párrafo 2º, emanan del pueblo. La justicia no había de ser menos, más aún cuando ésta se reitera que también emana del pueblo (art. 117. 1 C.E.). A través del art. 112 de la L.O.P.J., se ha encontrado una solución para realizar este principio. Sobre la posible constitucionalidad de la forma seguida, ajustándonos estrictamente a la realidad del ordenamiento jurídico-Constitucional ahora es tema que compete al máximo órgano interpretativo de este ordenamiento, el Tribunal constitucional (227), no obstante, un prestigioso tratadista como es el profesor Torres del Moral al respecto a escrito: "...la opción de la ley es políticamente muy discutible, pero de ningún modo inconstitucional" (228).

CONCLUSIONES CAPITULO III

1ª: Se evidencia que la participación de los ciudadanos en los poderes públicos en un Estado democrático es un claro derecho fundamental. Apoyos jurídico-constitucionales no faltan en nuestro ordenamiento. El artículo 1.2 de la C.E. declara la soberanía del pueblo del que emanan todos los poderes, luego éste podrá participar en los mismos por ser el titular de aquella. Específicamente este derecho le vendrá reconocido a los ciudadanos en el art. 23 de la propia Constitución.

2ª: La Constitución considera Poder a la potestad jurisdiccional, es decir, la potestad de aplicar las leyes (Título VI C.E), luego si la justicia es un Poder, el ciudadano tiene derecho a participar en el mismo. Las vías previstas para esta participación son:

- a) Justicia de Paz
- b) Acción popular.
- c) Jurado
- d) Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales.
- e) C.G.P.J.

Las cuatro primeras formas han sido consideradas como participación directa, la quinta indirecta.

3ª: La Justicia de paz en nuestro trabajo ha sufrido un menor tratamiento pero no por ello le hemos restado importancia. Aunque no prevista directamente en la Constitución, por su doble importancia, en cuanto institución histórica y en cuanto apoyo a la justicia profesional, la L.O.P.J. se ha detenido en la misma (artículos 99 a 103), porque además, es el modo más directo de acercar la justicia al pueblo pues él mismo se la aplica.

4ª: La Acción popular forma parte de la tradición procesal española como función promotora de la Justicia (forma subsidiaria o complementaria de la acción del Estado), además de igualmente promover y facilitar el acercamiento del ciudadano a la Justicia; es decir, facilitar la comunicabilidad entre el pueblo y los tribunales. Por ello la constitución (art. 125) y la L.O.P.J. (art. 19.1) no han tenido reparos en contemplarla, incluso se amplía (como medio de control) a su utilización en la exigencia de responsabilidad penal a jueces y Magistrados (art. 406 y 407.1 L.O.P.J.) y se eliminan trabas a su ejercicio al disponerse su gratuidad (art. 20.3 L.O.P.J.).

De todas formas, la propia L.O.P.J., deja expédito el camino de su regulación al legislador ordinario para que, valorando las circunstancias concurrentes y los intereses públicos en juego decida lo más conveniente.

5: El Jurado también forma parte de la tradición jurídico-procesal española, pero con el adobe de la polémica, la razón de ello puede encontrarse en que este modo singular de aplicar justicia está plenamente ligado al triunfo de la libertad y su expresión política, la democracia; es decir sus apoyos se encuentran en el origen popular de la Justicia. O con otras palabras, el pueblo cuando se erige en soberano, al igual que en el resto de poderes fundamentales postula su intervención directa en este que administra justicia, lo que no deja de crear recelos en determinados sectores sociales, incluso en regímenes donde el pueblo es soberano.

La Constitución después de un paréntesis histórico vuelve a restaurar esta institución en su artículo 125 dejando su desarrollo al futuro legislador. La L.O. P.J. asimismo, en su art. 19.2 reconocerá su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, y adelantará unas líneas básicas de su regulación (art. 83) toda vez que se entendería por los legisladores orgánicos que esta ley no era el marco legal adecuado para su plena regulación, sino una ley procesal. No obstante se adquiriría un compromiso temporal (Adicional primera) para su elaboración, que hasta el momento (febrero 1986) ha sido incumplido. El problema pendiente a determinar es el del tipo de Jurado; si el puro o el de escabinos, aunque la inclinación del Gobierno parece tender al segundo.

6: La Participación en Tribunales Consuetudinarios y Tradicionales ha sido vista como una forma muy específica y concreta de participar en la Justicia en virtud del art. 125 de la C.E. y su reconocimiento en el art. 19 de la L.O.P.J.

Es forma concreta y específica por su actuación limitada a materias agrícolas y de riegos y porque se trata de Tribunales integrados en su totalidad por elementos personales no oficialmente juristas.

La Constitución no dirá cuales son estos Tribunales, para decir el art. 19.3 de la L.O.P.J., que tendrá tal caracter el de las "Aguas de la Vega Valenciana", pero no se cierra la posibilidad de existencia de otros, aunque ha sido puesto de manifiesto como en los debates constituyentes casi en exclusiva a éste se referían.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la polémica ha saltado entre la doctrina científica. Nosotros mantenemos nuestras dudas en cuanto a su integración o no en la estructura judicial estatal, en el poder Judicial.

Por un lado es un Tribunal que desempeña jurisdicción (aunque especial), pero por otro, sus fuentes jurídicas (ordenanzas creadas por el propio Tribunal) carecen de la generalidad que caracteriza toda

ley formal, aunque se ha evidenciado una sumisión totalmente voluntaria a la autoridades del mismo por parte de terceros no comuneros. Además, en el plano financiero, sale fuera de los presupuestos generales del Estado siendo económicamente autosuficiente y en el plano del reconocimiento formal, las Memorias del C.G.P.J. hasta ahora aparecidas no lo tienen en cuenta, así como tampoco se tiene en cuenta (escalafón, nombramientos, etc...) al elemento personal juzgador.

Para nosotros, en fin, no forma parte de la estructura funcional del país, no forma parte del Poder Judicial, sino que lo calificamos de "poder Judicial Particular", "por su singular y modélica forma de administrar justicia, sencilla, eficaz y justa", volviendo a repetirse los supuestos -aún más acentuados- de la Justicia de paz. Es el pueblo -los comuneros- quienes eligen no solo su justicia sino también a quien se la aplicará.

7: La elección parlamentaria de los Consejeros del C.G.P.J. ha sido la última forma, aunque indirecta de participación popular en la Justicia, aunque aquí, y completando el arco, en el aspecto organizativo.

Para ampliar esa participación, la L.O.P.J. (art. 11 interpretando el art. 122,3 C.E.) amplía la facultad que reconocía la derogada

L.O. del C.G.P.J. de 1980 (art. 7º y 8º) al Parlamento de elegir únicamente a los ocho vocales de procedencia no judicial, a elegir a la totalidad de los mismos, pero respetando la procedencia judicial de los 12 miembros establecidos por la Constitución, lo cual ha desencadenado una aguda polémica política, con conflictos institucionales y recursos de inconstitucionalidad hasta la fecha no totalmente resuelta.

8: Como conclusión final, recordemos que es principio más que generalizado que la participación se erige en el presupuesto fundamental de la democracia. Por tanto, la participación -popular- en la Justicia -como en cualquier poder- se revelará como el presupuesto esencial de garantía y control social necesario en todo sistema que se defina democrático.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO III

- (1).- A los que no estaría de más recordarles las palabras de Gramsci cuando decía que: "¿Se quiere que haya siempre gobernantes y gobernados o bien se quieren crear las condiciones para que desaparezca la necesidad de la existencia de esta división?"; es decir ¿se parte de la premisa de la perpetua división del género humano o se cree que ésta es sólo un hecho histórico que responde a determinadas condiciones? (citado por Andrés Ibañez, P y Morilla Alvarez, C.: "El poder Judicial" Tecnos, Madrid 1986, pág 285).
- (2).- Vid. a M. Ramirez; "La participación política". Tecnos, Madrid, 1985, y "la Participación", Anuari de la Facultat de Dret. Estudi General de Lleida, 1985.
- (3).- No olvidemos igualmente que esa legitimación para participar se encuentra en el art. 9.2 de la C.E., conforme al cual, "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".
- (4).- Por eso, limitar como se ha tratado de hacer el derecho reconocido en los artículos 23 y 9.2 citados, al ámbito estrictamente electoral, o a participar exclusivamente en la vida política, económica, cultural y social, es algo impensable si nos apoyamos mínimamente en el art. 9.2 de la C.E. Aquel derecho habrá de extenderse a las modalidades de participación que legislativamente se establezcan, como por ejemplo, la función judicial, evidentemente incluida en la expresión "asuntos públicos" que contiene el art. 23 de la C.E. (Vid. a este respecto, Juan A. Santamaria: "Comentarios al artículo 23 de la Constitución Española", en la obra colectiva dirigida por el profesor Garrido Falla "Comentarios a la Constitución" Cívitas, Madrid, 1985 (segunda edición) págs 442 y ss. Por otro lado, Pedro de Miguel García, en un excelente trabajo profundiza en las formas de participación de los ciudadanos recogidas por nuestra Constitución, así como estudia la legitimación para ejercer tal derecho a nivel general, en su trabajo: "La participación de los ciudadanos en las decisiones de la Administración" recogido en la obra colectiva "El Poder Judicial" Instituto de Estudios Fiscales" Madrid, 1981, vol III págs. 2033 y ss.)
- (5).- De hecho U.C.D., por medio de su enmienda nº 777, al artículo 115 del Anteproyecto de Constitución, proponía que la única participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia se verificara a través de los Jueces de Paz (y Fiscales que sirvieran estos Juzgados) mediante su elección por sufragio

directo: Vid. "Constitución Española. Trabajos Parlamentarios" Cortes Generales, Madrid, 1980, vol I, pág. 497.

- (6).- La Senadora Sauquillo Perez del Arco, en el Debate del Pleno del Senado sobre el Dictamen de la Comisión de Justicia de esta Cámara afirmará, refiriéndose a los Juzgados de Paz, que estos "están preconizados en nuestra Constitución, en el art. 125, cuando se habla de la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia", (vid. L.O.P.J. "Trabajos Parlamentarios", Cortes Generales, Madrid, 1986, vol.II pág. 2332.)
- (7).- Vid. L. Mosquera: "La posición del Poder Judicial en la Constitución Española de 1978", en la obra, "La Constitución Española", de A. Predieri y F. García de Enterría, Madrid, 1980, pág. 706.
- (8).- Aunque aún no se han soltado totalmente amarras, pudiendo la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia (que también designaría al Juez de Paz si en el plazo de tres meses, contados desde que se producen las vacantes el Ayuntamiento no elige candidato) rechazar al Juez propuesto (oído el Ministerio Fiscal) por no reunir las condiciones exigidas por la ley, y designar otro que sí los reúna (art. 101.4 L.O.P.J.).
- (9).- De lógica es suponer que su régimen retributivo se regirá por un sistema diferenciado del correspondiente a Jueces y Magistrados de carrera. Pero al exigirles (salvo la licenciatura de Derecho) una aptitud coincidente con la exigida a los Jueces técnicos además de no estar incursos en ninguna causa de incapacidad o incompatibilidad (se excepcionan las actividades profesionales y mercantiles y ejercer funciones jurisdiccionales), prácticamente se les aplica el Estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados profesionales (art. 100; 101,5; 102 y 103 L.O.P.J.)
- (10).- Cuatro años según dispone el art. 101,1 L.O.P.J.
- (11).- "Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978". Granada 1983, pág. 366.
- (12).- Tanto el artículo 119 como el reconocimiento de la Acción Popular se mantuvieron a lo largo de los debates parlamentarios desde el Proyecto inicial de Ley Orgánica hasta su aprobación definitiva (vid. "L.O.P.J., Trabajos Parlamentarios", ob. cit. vol. III págs. 3046-7).

- (13).- "Comentarios al artículo 125" en la obra colectiva citada "Comentarios a la Constitución", pág. 1847.
- (14).- No obstante, el propio Serrano Alberca (Ibidem, pág. 1848 y ss.) aborda estas cuestiones de manera más que suficiente para conocimiento de esta figura procesal.
- (15).- Jordi Xifra Heras nos va a explicar el problema de la legitimación. "La legitimación se refiere al nexo que debe existir entre las partes con el objeto de un proceso. A través de ella se determina quién puede ejercer una determinada acción (legitimación activa) o contra quien se puede ejercitar esa acción (legitimación pasiva). Es un requisito dirigido a asegurar, que el proceso se desenvuelva entre los sujetos que genuinamente deben estar en él y que la resolución que recaiga sea válida y eficaz entre las partes. Por norma general, la legitimación activa presupone la existencia de una situación jurídica individualizada que afecta a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de la parte activa. La acción popular en la excepción a este principio en la medida en que elimina los límites de la legitimación activa". ("La Jurisdicción en la Constitución Española", en la obra colectiva citada "El Poder Judicial"; vol. III págs 2716 y siguiente).
- (16).- Citado por Xifra Heras. Ibidem, pág. 2717.
- (17).- Citado por Xifra Heras, Ibidem.
- (18).- Ibidem.
- (19).- Citado por Xifra Heras. Ibidem.
- (20).- Tomás Ramón Fernández, estudiando la acción popular en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial realiza un somero y provechoso estudio sobre el origen (municipal) de esta institución presentando además algunos de los importantes problemas que plantea la acción popular en determinados supuestos específicos como es en la legislación urbanística (vid. "Estudios sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial", editado por la Generalitat de Catalunya" Barcelona 1985).
- (21).- Decía el art. 115 del Anteproyecto: "los ciudadanos participarán en la Administración de Justicia, en los casos y en la forma que la ley establezca". Por su parte, el art. 117 del texto de la Ponencia disponía que: "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia en los casos y formas que la ley establezca".

- (22).- Haber facilitado cualquier otra forma de participación popular en la justicia, no limitándose a las concretas formas recogidas finalmente en el art. 125 de la C.E., sino otras como por ej. recogían los socialistas del Congreso en su voto particular al Anteproyecto en el sentido de incorporar, en los procesos de trascendencia general o relevancia pública, titulados de las especialidades requeridas con voz y voto para formar la sentencia (vid. Trabajos Parlamentarios, ob. cit. pág. 57). Pcr supuesto los ejemplos pueden ser muy variados.
- (23).- Efectivamente, la enmienda nº 150 presentada por el Grupo Parlamentario vasco pedía en su párrafo 1º que tanto los ciudadanos españoles como los extranjeros con residencia superior a un año, podrían ejercer la acción popular. En sentido contrario, la enmienda nº 942 (que era a la totalidad del proyecto) del Grupo Popular, en su art. 19 explícitamente se refiere a los "ciudadanos de nacionalidad española", tesis (malgré el europeísmo) que se impondría definitivamente sin fulgor parlamentario (vid. "L.O.P.J. Trabajos Parlamentarios" Ob. cit., vol. I págs. 227 y 450; vol. II, págs 1218, 1223; 1453 y 2199, y vol. III, págs 2443, 2575, 2828, 3046 y 3047).
- (24).- Aunque evidentemente dada su trascendencia social, no hubiera estado mal haber reconocido la enmienda nº 444 presentado por el Grupo Socialista del Congreso al Texto del anteproyecto en el sentido de que "en los asuntos de interés público, la acción popular no estará sujeta a limitaciones". (vid. "Trabajos Parlamentarios" Ob. cit. pág. 310).
- (25).- Vid. "L.O.P.J., Trabajos Parlamentarios" Ob. cit. vol.II pág. 1608.
- (26).- Ibidem, pág. 1789.
- (27).-Ibidem, 2064 y 2154.
- (28).- Ibidem, pág. 2268.
- (29).- Ibidem, pág.2403.
- (30).- Ibidem, vol.III pág. 2512, 2781, 2880, 2881 y 2977.
- (31).- Ibidem, pág.3046 y siguiente.
- (32).- Vid. en concreto a Tomás Ramón Fernández ("La acción popular..")

en "Estudios sobre el proyecto de ley..." ob. cit.) que estudia la problemática de la acción popular en la legislación urbanística. (Vid supra nota 20)

- (32).- Aunque para algunos autores, como por ejemplo Martín Rebollo - (citado por Serrano Alberca en "Comentarios al artículo 125..." ob. cit. pág. 1850), la acción debe reconocerse, sobre todo, en el ámbito de la esfera local por ser éste el que más puede afectar al ciudadano y donde muchas decisiones pueden quedar exentas de control judicial si no se establece una legitimación pública.
- (34).- Ese es su genuino sentido y no precisamente privilegiar al particular a través de la misma. Fairen nos pone el ejemplo de que un particular, no siendo el ofendido, promueva la acusación para engañar a la justicia y salvar a un culpable acusando a un inocente. Como solución responde que debe de excluirse de la titularidad del derecho de acción popular a los malhechores (art. 102.2 L.E. Crim) y a personas con incompatibilidades legales (como por ejemplo los Jueces y Magistrados) . Pero evidentemente, la posibilidad de abuso no invalida la conveniencia del uso: de lo contrario, la vida social sería más mísera (Vid. Fairen Guillen "Comentarios a la Ley Organica del..." ob. cit. pág. 44).
- (35).- Vid. Lozano Higuero y Pinto, M.: "La Protección procesal de los intereses difusos", Madrid 1983.
- (36).- Ibidem. págs. 44 y siguiente.
- (37).- Vid. supr. nota 34.
- (38).- Vid. Lozano-Higuero y Pinto M; "La protección procesal de los intereses difusos". Madrid 1983 pág. 73 y siguiente.
- (39).- "Comentarios a la ley Orgánica del..." ob. cit. págs. 45 y ss.
- (40).- Aunque nunca hay que olvidar que siempre la actuación jurídica procesal satisface el doble interés público y privado no importando cual esté regulado en primer lugar, o cual predominó en principio, incluso si el móvil que impulsó al acusador fue el odio o la venganza (Ibidem pág. 46 y ss).

- (41).- Vid. Pastor Lopez, M.: "El proceso Penal Ingles. (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)". En "Revista de Derecho Procesal", 1ª época. 1 Enero-Marzo 1967 págs. 110 y ss.
- (42).- Vid. Fairen Guillen, V.: "Comentarios a la ley Orgánica..." ob. cit. pág. 54.
- (43).- Todo el conjunto de la investigación del profesor Toharia se encuentra en la "Revista Española de Investigaciones Sociológicas", nº 25 Enero-Marzo, 1984. C.I.S. Madrid, 1984, pág. 249-263.
- (44).- Citado por Tomás Ramón Fernandez en "La acción Popular en el..." ob. cit. pág. 271.
- (45).- Ibidem.
- (45bis) Vid. a este respecto el Apéndice I, "Los imprescindibles datos históricos".
- (46).- Sobre este tema también han escrito multitud de autores. Uno que merece la pena destacar aquí es Juan Antonio Alexandre ("La Justicia Popular en España". universidad Complutense, Madrid, 1981, pág. 245 y ss.), del que tanto nos hemos servido para confeccionar su posición en nuestro constitucionalismo histórico.

Igualmente no podemos olvidar, por su entidad doctrinal a Alcalá-Zamora Castillo ("A propósito del Jurado", en "Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Madrid" nº 3 1980, julio-septiembre; tampoco olvidemos por su incidencia y significación las aportaciones del Presidente de la Asociación projurado, Lopez Muñoz y Larraz (son muchas sus aportaciones pero destacaremos "La Justicia Penal por Jurados" en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal" nº 1, 1980 pág. 105 y ss.)

Por supuesto no están todos los que son, (aunque sí, creemos los más significativos en estos momentos) pero un detalle concreto sería interminable.

- (47).- Citado por Serrano Alberca en "Comentarios al artículo 125", ob. cit. pág. 1851. Otras definiciones son recogidas por Ramón Soriano ("El nuevo..." ob. cit. pág. 85-88), quién a la postre destaca la de Lopez- Muñoz y Larraz (presidente de la Asociación Nacional pro-Jurado) que

dice:

"El Tribunal del Jurado es el órgano encargado de la Administración de Justicia penal en los casos que por ley, sean de su competencia, y que está compuesto por una Sección de Jueces de Derecho, o séase, por jueces juristas profesionales e inamovibles, y por otra Sección integrada por jueces, no profesionales, elegidos para cada caso por sorteo, entre ciudadanos con capacidad legal para ser elector, que no tengan incompatibilidad por razón de sus cargos, y que, previa presentación del juramento de cumplir con su cometido bien y fielmente, luego de deliberar solos, emitirán libremente su veredicto sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, que juntamente con la sentencia que posteriormente dictará la sección de Derecho -caso de que el veredicto hubiera sido de culpabilidad, puesto que si es de inocencia no se requiere- constituirá el fallo del Tribunal del Jurado. El presidente de la sección de Derecho lo es del Tribunal y tendrá todas las facultades necesarias para conservar y restablecer el orden de las secciones, dirigir a los jurados en el desempeño de sus funciones instruyendolos antes de las deliberaciones e incluso aclarandoles cualquier duda de orden técnico que pudieran tener, haciendo de forma clara y entendible el resumen de las pruebas y de los informes del Ministerio Fiscal y de las Defensas.

Evidentemente, este es el Jurado, le faltaba únicamente una teoría general sobre el mismo.

- (48).- Lo que a veces se escapa, como viene a recordar Alvarez Conde, ("Algunas consideraciones sobre la posición...ob. cit. "El P.J., pg.502) es que el Jurado no surgió históricamente como un elemento democratizador de la Justicia, sino más bien como un privilegio de los señores para eludir la jurisdicción de los Tribunales del Rey. Aunque no hay dudas que las bases -democráticas- de esta institución se encuentran en la Constitución de 1812 (vid. Infra Apéndice I, págs... y Fairen Guillen, "La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia", en la obra colectiva citada. "El poder Judicial, vol.I, pag. 185 y siguiente.
- (49).- Las opiniones en pro y contra sobradamente conocido es que son innumerables. Vid. por ejemplo a Juan Antonio Alexandre, "La Justicia Popular.." ob. cit. pág. 18.

- (50).- Citado por Gimeno Sendra, V.: en "La participación popular en la Administración de Justicia" en la obra colectiva citada, "El Poder Judicial", vol. II, pg. 1409 y siguiente.
- (51).- Se refiere al escabinato y sus formas. Es decir, conjugar en un mismo Tribunal, jueces legos con jueces profesionales en distintas proporciones, como los ejemplos de Italia, Francia, Alemania, etc. Véase al respecto a Fairen Guillen, V.: "La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia" en la obra colectiva citada. "El Poder Judicial", vol. I. pgs. 131 y ss.
- (52).- Si fuera así, como nos dirá Guillen (Ibidem pág. 204), también deberíamos pensar en la prioridad de desarrollar otros puntos de la Constitución de mayor urgencia, como el art. 35, el art. 40.2, el art. 43, el 47, 49, 51, etc...
- (53).- Antonio Carro Martínez, diputado de A.P. Pueden verse sus afirmaciones en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales, pero para ahorrar los inconvenientes de su manejo, aconsejamos a Fairen Guillen, su obra citada, "Los tribunales de Jurados en la Constitución española de 1978" pág. 80.
- (54).- Licinio de la Fuente (A.P.) Obra citada anteriormente, pág. 81.
- (55).- Fernandez de la Mora (A.P.). En la misma obra y página.
- (56).- Debido a la iniciativa en el Senado de Pedrol Rius (-enmienda nº 187-.Vid. "Trabajos Parlamentarios" Ob. cit., vol III, pág. 2735 para la enmienda y pág. 3845 a 3850 para el debate) que gozaría de la confianza de los grupos parlamentarios aunque matizado por la intervención "in voce" del Senador por U.C.D., Sr. Angulo Montes. Un breve resumen de este debate puede verse en la obra citada de Soriano, "El nuevo Jurado Español", págs. 122 y siguiente.
- (57).- A este respecto existe una polémica nada exenta de gratuidad. Ibañez y Movilla, ("El Poder..." ob. cit. pág. 325) se preguntan si es necesario el restablecimiento del Jurado o solamente la finalización de su suspensión acordada por el Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 3 de Septiembre de 1936, ya que esta norma no llevó a efecto

una derogación formal, que si se realizó por la Ley Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 en su Base 24, pero que a su vez fue derogada por la ley de 20 de febrero de 1976, pensando que en el momento actual podría pensarse la vigencia del Jurado, pues, no puede considerarse su derogación incluida en la Disposición Derogatoria de la C.E., y no oponerse a lo establecido en el texto fundamental y sí aparecer previsto en el art. 125. De este mismo parecer es Fairen Guillen, quien (citando pareceres en contra) se apoya en la propia "mens legislatoris" de los constituyentes. (Vid. "La participación de los ciudadanos en la..." ob. cit. pág. 200-202, nota 170). Alejandro también tiene que decir al respecto, entendiendo que la Constitución exige una previa y futura ley del Jurado. Toda otra normativa jurídica que establezca un criterio distinto se entiende derogada por la disposición derogatoria 3ª de la Constitución ("la Justicia popular en España" ob. cit. pág. 666).

- (53).- Este voto particular decía: "En los procesos penales, los ciudadanos participarán a través de los jurados en la forma que se establezca por ley;..." ("Trabajos Parlamentarios", ob. cit. vol. I pág. 57). Posteriormente, Raúl Morodo (Grupo Mixto) presentará una enmienda al mismo artículo 115 del anteproyecto que dictaba del siguiente tenor: "2. la ley regulará la institución del jurado y la incorporación de ciudadanos a los tribunales cuando el interés social debatido lo requiera" ("trabajos parlamentarios," pág. 348).
- (59).- "La participación popular en..." ob. cit. vol.II. pág. 1410.
- (60).- Gonzalez Casanova, J.A.: "Teoría del Estado y Derecho Constitucional" 2ª edición revisada. Vicens universidad. Barcelona 1982 pág. 222.
- (61).- Vid. Ibidem. pág. 224 y siguiente
- (62).- Ibidem pág. 225. El autor nos pone el ejemplo del Tribunal Constitucional Italiano que tardó más de cinco años en iniciar su tarea de juzgar las posibles violaciones constitucionales así como los casi treinta años que se tardó en ponerse en marcha las normas organizativas del Estado italiano, compuesto por regiones autónomas. Nuestro Jurado aparece ya como alumno aventajado. Realmente el escepticismo que esto puede desencadenar creemos es bastante importante.

- (63).- Vid.: Lucas Verdú, P.; "Curso de Derecho Político", vol IV. Tecnos, Madrid, 1984 págs 163 y ss.
- (64).- Los trabajos sobre las mutaciones o cambios no formales de la Constitución son varios y notables. Aparte de Laband y Jellinek han destacado Hatschek, Kelsen, Hsü Dau-Lin, Loewenstein, Pierandrei, Hesse, Yulargo, etc. Entre nosotros, recientemente cabe destacar al profesor Lucas Verdú (vid. Pedro de Vega, "la Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente" Tecnos. Madrid, 1985 págs. 181 y siguiente).
- (65).- Para ello vease la obra de Pedro de Vega citada en nota anterior
- (66).- "Teoría de la constitución" Ariel, Barcelona, 1979 pág. 164.
- (67).- Véase el procedimiento de reforma Constitucional en Pedro de Vega: "La Reforma..." ob. cit. págs 79 y ss.
- (68).- Hesse, K.: "Escritos de Derecho Constitucional", Madrid, 1983, pág. 91.
- (69).- Vid. Lucas Verdú, P.: "Curso de Derecho..." Ob. cit. pág. 179 y ss.
- (70).- Vid.: Pedro de Vega: "La reforma Constitucional..." ob. cit. págs. 186 y siguiente, y págs 191 y siguiente. También vid. Lucas Verdú: "Curso de Derecho..." ob. cit. pág. 203.
- (71).- "Los españoles ante el juicio con Jurado" en "Revista Española de Investigaciones Sociológicas" nº 25 enero-marzo 1984 págs 251 y ss.
- (72).- Vid en obra citada, Tabla 1 en pág. 253.
- (73).- Vid. "L.O.P.J. Trabajos..." ob. cit. vol.I, pág. 94.
- (74).- Ibidem. pág. 101.
- (75).- Ibidem pág. 12.
- (76).- Ibidem, pág. 103.

El compromiso (en el plazo de un año debería remitir el Gobierno a las Cortes Generales la Ley del Jurado), se introduciría en la Adicional Primera de la L.O.P.J., al aceptarse por la Ponencia las enmiendas nº 354 (P.N.V.) y 935 (Perez Royo; Grupo Mixto) (Ibidem pág. 280, 445 y 675).

Por otro lado, el art. 92 del Proyecto, (hoy art. 83) sólo disponía que: "El juicio del Jurado se celebrará en el ámbito de la audiencia Provincial u otros tribunales y en la forma establecida en la ley del Jurado. Esta regulará los delitos a los que será aplicable este procedimiento".

Es decir, siempre se habla en futuro: "en la Ley del Jurado", pero nada de compromisos concretos.

Durante el proceso legislativo se irán introduciendo en este precepto-como algo más adelante veremos-, principios de carácter procesal y organizativos, pero sin ningún compromiso efectivo. (Ibidem, vol III, págs 3110 a 3112).

(77).- Ibidem, pág. 112.

(78).- Ibidem pág. 120.

(79).- "Los españoles ante el..." ob. cit.

(80).- Ibidem págs. 252 y siguiente.

(81).- Incluso justificaciones jurídico-políticas. Para Pedro de Vega ("La reforma constitucional", en "Estudios sobre el proyecto de Constitución" C.E.C., Madrid, 1978, pág. 220), la reforma de la Constitución no es un medio de alteración constitucional, sino un procedimiento de defensa de la constitución. Luego la mutación, por extensión, podría participar de ese carácter, pero aún así, ¿no regulando el Jurado se protege la Constitución?. Sinceramente creemos que no. La opinión pública se ha manifestado al respecto, y los datos hablan por sí solos y evidentemente, dejando de regular el Jurado no se defiende sino que se ataca la Constitución.

(82).- Pedro de Vega: "La Reforma Constitucional..." ob. cit. pág. 209

(83).- "Teoría de la Constitución", ob. cit. pág. 218-222.

Efectivamente, cuando el texto constitucional no coincide con la Constitución sustancial el ordenamiento fundamental entra en crisis. (Vid. sobre Constitución Sustancial a Lucas Verdú, P.: "El pluralismo político-social entre la Constitución de 1978 y la Constitución sustancial", en "La Constitución Española de 1978. Un análisis Comparado" Instituto Jurídico Español. Universidad Internacional Menendez pelayo. Roma, 1982, pág 21 y ss.

(84).- Lo que peligrosamente nos puede llevar a considerar al poder como portador de la idea política absoluta.

(85).- "El pluralismo político-social entre la..." ob. cit. pág. 78.

Nosotros entendemos que en nuestro caso, la constitución sustancial, a que se refiere Lucas Verdú, se encuentra en "la participación popular en la administración de justicia", que es la que se frustra con el no desarrollo del Jurado. La desustancialización entonces es evidente, la crisis puede ser algo real, la alteración obviamente repercutirá sobre el texto constitucional. No estaremos ante una Constitución Normativa, más bien -en este aspecto- semántica, con algunos rasgos de nominalidad -cuando se promete la ley-.

(86).- Líneas abajo volveremos sobre esta idea.

(87).- Otras formas distintas al escabinato y Jurado puro, pueden ser: Juez electo, tribunal popular, asesorado judicial, cooperación, etc. (vid. Serrano Alberca: "Comentarios al artículo 125" ob. cit. pág. 1851) pero la polémica que se sostiene en nuestro país es precisamente referente a aquellas dos alternativas.

(88).- Citados por el propio Serrano Alberca. Ibidem, pág.1857.

(89).- Es decir, un procedimiento basado en el juicio del hecho y juicio de derecho donde la sentencia se elabora partiendo del veredicto (emitido por el jurado) y concluyendo con la calificación jurídica del mismo (por parte del Juez Técnico).

(90).- "La participación popular en la..." ob. cit. pág. 1411.

(91).- Efectivamente, Fairen Guillen ("Los Tribunales de Jurados en.." ob. cit. pág. 79 y ss.), estudiando el iter constituyente del art. 125 observa que la justicia popular o Tribunales populares se tuvieron en cuenta en el proceso constituyente y se rechazaron siendo los argumentos que más pesaron para su rechazo, recordar su nefasto pasado.

(92).- Vid. "Trabajos Parlamentarios" ob. cit. pág. 57.

(93).- Ibidem pág. 348.

(94).- Ramón Soriano: "Hacia un nuevo Jurado Español". Ariel, Barcelona 1985, pág. 121.

(95).- Vid. Ibidem pág. 90-92.

(96).- Ibidem

(97).- En la obra colectiva citada: "Poder Judicial" pág. 186.

(98).- Este deslizamiento del Jurado al Escabinato es precisamente una de las armas de apoyo de Gimeno Sendra en su petición del Escabinato (vid. Gimeno Sendra . "La participación popular..." ob. cit. pág. 1412).

(99).- Ramón Soriano: "El nuevo Jurado..." ob. cit. pág. 90.

Anteriormente, en las páginas 88 y siguientes deja sentados los argumentos para llegar a esa conclusión. En opinión de este autor, el Jurado es un concepto genérico. Es decir, el jurado no es un determinado procedimiento para la participación del pueblo en los procesos penales sino más bien la colaboración entre el pueblo y la justicia profesional en el contexto del proceso penal, y no le extrañe que andando el tiempo aún se ampliará más ese concepto genérico y el jurado despuntará hacia nuevas formas jurídicas. (Un ejemplo de ello -que no se puede incluir ni entre jurados puros ni entre escabinatos- podría construirlo los "Tribunales Rurales (nämnd) suecos" con competencia civil y penal y formados por un Presidente, jurista y de dos Salas, integradas cada una de ellas por siete o nueve escabinos legos elegidos popularmente cada seis años. La elaboración de las sentencias es como sigue: si los escabinos obtienen una mayoría de votos de al menos siete (unanimidad si la Sala está formada por siete escabinos), esa opinión, aún cuando el Presidente vota en contra, forma la sentencia bajo su responsabilidad, ahora bien, si no se alcanza esa mayoría la sentencia la produce el presidente con los escabinos que quedaron en minoría. Se observa pues que: a) no existe veredicto luego no es un jurado puro y b), no se reparten con el jurista presidente la labor de sentenciar, luego tampoco se pueden considerar un escabinato común (vid. Fairen Guillen "Los Tribunales de Jurados en..." ob. cit pág.

(100).- Vid. Luis Bardoji Gomez: "Consideraciones en defensa del jurado" en "Poder Judicial" nº 7 Junio 1983, pág. 77. Igualmente vid. a Fairen Guillen: "La participación de los ciudadanos en..." ob. cit. pág. 145 y ss. Ramón Soriano: "El nuevo Jurado..." ob. cit pág. 95 y ss.

- (101).- Aunque previamente, en el Debate a la totalidad en el Pleno del Congreso, Alzaga, dirigiéndose al Ministro Ledesma dirá: "yo he querido saber qué pasaba con el proyecto -ese que temía que estaba en la manga del Gobierno- de los escabinatos. Su señoría no me ha contestado y mi duda se acrecienta" (Ibidem pág. 122).
- (102).- Ibidem. Pero realmente lo que está defendiendo con su enmienda -la nº 987- (Ibidem pág. 539) es fijar un tipo de Jurado, el puro, pues la misma (como dirá Granados Calero. Ibidem pág. 867 y siguiente) habla de "veredicto", que solo lo emiten los jurados puros. Esta fijación se mantendrá en el Pleno del Congreso (Ibidem. vol II pág. 1288).
- (103).- Ibidem vol. II pág. 1292 .
- (104).- J. Antonio Alejandro ("La Justicia popular en España", Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1981) es quien realiza un detallado análisis de la experiencia histórica del Jurado y en donde encontraremos los datos más precisos sobre su actuación así como los intereses ideológico-políticos que mueven particularmente a su descalificación o recomendación.
- (105).- Vid. R. soriano "El nuevo..." ob. cit. pág. 41.
- (106).- Ibidem.
- (107).- Vid. J.A. Alejandro. "La justicia Popular..." ob. cit.
- (108).- Vid. Ramón Soriano "El nuevo Jurado..." ob.cit. pág. 34 a 39.
- (109).- Ibidem, pág. 33.

Por otro lado, para reflejar el fracaso del Jurado, se toma como referencia su actuación durante el Régimen Republicano pero, la verdad es que salvo en sus postrimeros momentos, no despertó en la opinión pública ni elogios ni críticas concretas. (vid. J.A. Alejandro: "La Justicia...ob. cit. pág.238)

- (110).- Ibidem. (de Ramon Soriano). Incluso para apoyar este argumento, no olvidemos que ese que se pretende presentar como "pasado funesto" es el del Jurado español, y no se ocurre pensar que esta institución funciona plenamente y desde tiempos casi remotos en otros países sin que se tache su actuación como negativa. Piensen como ejemplo a estos respectos en los jurados anglosajones.

- (111).- "El Nuevo Jurado..." ob. cit. pág. 43 y siguiente.
- (112).- Aunque a este deslizamiento, F. Guillen le llama "retroceso" (vid. "los Tribunales de Jurados en la..." ob. cit. pág. 58).
- (113).- En este caso, Guillen (Ibidem) escribe que "ya en abstracto nos parece que en los escabinos hay elementos universalmente más favorables para su admisibilidad que en los jurados; tienen la ventaja de que en ellos, legos y juristas se complementan en su trabajo", reconociendo además que los Tribunales de jurados ofrecen muchas menos garantías que los de escabinos.
- (114).- Declaremos que el tribunal de Escabinos se forma con una mezcla de conuinación de elementos técnicos en Derecho y elementos legos. En sustancia se distingue del Jurado en que la función de elaborar la sentencia no se distribuye entre la parte factica (veredicto) y la parte jurídica (Juez o Jueces en Derecho), sino que se elabora la sentencia de consumo, sin que exista veredicto (Vid. Fairen Guillen, Ibidem pág. 14 y 57 y ss.).
- (115).- Efectivamente, según el art. 9.1 de la Constitución, vincula a todos los poderes públicos; luego comportamientos "perezosos" se dan dado el caracter restrictivo del artículo 42 de la ley Orgánica del tribunal Constitucional que no comprende los mecanismos jurídicos para evitarlos.
- (116).- Para Gimeno Sendra, el derecho que sanciona el artículo 125, aunque situado fuera de la parte dogmática de nuestra Constitución está claramente vinculado al artículo 24.2. (Todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley), nosotros añadimos también, la vinculación al art. 23. Derecho de participación como hemos líneas arriba adelantado. (Vid Gimenez Sendra "El Jurado de la Constitución", en "La Ley" (Revista Española de Doctrina, jurisprudencia y Bibliografía, Madrid, 3 de mayo de 1985 pág. 1 a 3).
- (117).- Ibidem nº 1.
- (118).- Cita los trabajos de Toharia (Ibidem)
- (119).- Cita los trabajos del "Institut de Droit Judiciare" de la Universidad de Lyon 1975-1978.

(120).- Se refiere a los de Toharia, ("El Jurado y la..."Artículo citado pág. 1)

(121).- "El Jurado y la ..." artículo citado pág. 1.

(122).- A esa conclusión llega un informe elaborado por el Departamento de Justicia de la Generalidad durante los meses de marzo y abril del pasado año, informe que incluye una encuesta realizada a la magistratura catalana. Los datos son significativos. Un 2% de los jueces señalan que el jurado será válido en todos los casos, mientras que el 36,9% cree que la situación no mejorará en ningún caso. Ahora conviene resaltar que un 44,9% se pronuncia a favor del jurado solo en materia penal, y el 0,5% únicamente en los asuntos civiles.

Finalmente, el 53,5% está a favor de la elección de los mismos al azar entre toda la población del partido judicial, mientras que en 44,5% se decanta por un sorteo entre personas voluntarias previamente seleccionadas.

(123).- Pero no los autores, ejemplos de mantenimiento de esta inquietud son Gutierrez de Cabiedes y Cordón Moreno, Guillen, Gimeno Sendra, Lopez-Muñoz Larraz (teniendo en cuenta su presidencia de la Asociación pro-jurado), Manzanares, Jimenez Hernandez, Alejandro, Serrano Alberca, Alcalá-Zamora Castilla, Prieto Castro.

Recordemos también que en octubre de 1981, la recién creada Asociación pro-jurado rindió una crítica al presidente del Tribunal Supremo y del C.G.P.J., al objeto de desarrollar el art. 115 C.F., marcando los miembros de esta asociación su parecer sobre el Jurado: intervención solo en procesos penales que conllevarán penas superiores a seis años de privación de libertad y además que la intervención del jurado se configurará como un derecho del justiciable.

Evidentemente, a partir de ese momento, comenzaron a aparecer diversos artículos en la prensa diaria, generalmente del presidente y secretario de esta Asociación que probablemente despertaron a los autores del somnoliento estado del Jurado. Las propias Jornadas de Estudio sobre el Poder Judicial son muestra de esta inquietud, además de los artículos (en distintas publicaciones) y monografías que se han ido dedicando (en pro o en contra al Jurado). (Vid. Jimenez Fernandez, J. "Algunos problemas en torno al desarrollo del art. 125 de la Constitución" en la obra colectiva citada: "El poder judicial" vol.II, pág. 1616 y siguiente).

- (124).- Citado por Gisbert Gisbert A.: "La proposición de ley sobre el Tribunal del Jurado del Partido Nacionalista vasco", en "Tapia" Madrid, Mayo- Junio de 1985 pág. 27.
- (125).- Art. 83,1. Esos "otros Tribunales" había que entender referidas a la "Audiencia nacional o la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas". (vid. Andrés Ibañez y Movilla Alvarez "El Poder Judicial..." ob. cit. pág. 331).
- (126).- En este sentido se ha pronunciado sin ningún disimulo el ministro Ledesma, por ejemplo, en su conferencia "El Jurado, un compromiso constitucional", pronunciado en las Jornadas de Estudios sobre el Jurado celebradas en Alicante en marzo de 1983 (vid. Actas de estas Jornadas publicadas por el Secretario de publicaciones de la universidad de Alicante, en concreto, págs 93 a 115); asimismo recientemente en "El Socialista" (órgano de información del P.S.O.E.) del 1 de marzo de 1986, pág. 9, se inclina por la forma de "Jurado escabinado".
- (127).- Ideal 23-9-85 pág. 6, "líneas básicas del proyecto de jurado mixto".

También es significativo a este respecto el artículo publicado por el mismo autor en "La Ley" nº 1187, de 3 de mayo de 1985, pág. 1 a 3 sobre "El Jurado y la Constitución".

- (128).- Vid. Ideal del 23-9-85.
- (129).- Pero no tanto como lo propuesto por Sendra.
- (130).- Vid. Ideal de 21 de mayo de 1986, pág. 5.
- (131).- Vid. Ideal de 19 septiembre de 1986, pág. 15.
- (132).- Las razones para nuestra inclinación son varias, pero podríamos resumirlas en dos grandes bloques; unos de orden sociológico, y otros de orden jurídico.

a) De orden sociológico. Son razones más bien de oportunidad. Se ha demostrado que socialmente un Tribunal de escabinos produce efectos menos traumáticos que un jurado puro. De hecho, esa "evolución" europea al escabinato pensamos que bastante tiene que ver con ello. Por ejemplo, utilizando datos de Gimeno Sendra (Ideal, 23-9-85 pág. 6), el que la Magistratura sea resistente al jurado no sólo es una realidad en España, sino también en el resto de países, baste pensar que en Francia, el 80% de la misma es partidaria de su abolición.

b) De orden técnico-jurídico. Estimamos que el jurado de escabinos (no opuesto al mandato constitucional del art. 125), representa una mayor perfección desde el punto de vista técnico que exige precisamente la función de administrar justicia. Conjuga perfectamente la representación popular con la técnica suponiendo por tanto un mayor grado de participación al decidir tanto sobre los hechos como sobre el derecho.

Estos son, como iniciabamos la nota, a modo de resumen las razones que aducimos para ponernos de su parte, pero en esencia, nuestro convencimiento ahonda en otras razones, de distinta esencia, como políticas por citar algún ejemplo (es decir, sospechamos, y no sin razón, que la única posibilidad de instaurar un jurado en España sería bajo la forma de escabinado y aún así, difícil lo vemos. Veremos si las tácticas dilatorias nos adentran en el próximo siglo. Esperemos que no) también psicológicas, pues de esta manera se evitaría el enjuiciamiento emocional de los jueces legos (Vid. a este respecto a Gimeno Sendra; "La Participación popular en la..." ob. cit. pág. 1431 a 1433).

- (133).-- Precisamente -y estando con Soriano ("El nuevo jurado..." ob. cit. págs 63 y 64)- buena parte de los argumentos antijuradistas juegan con el factor tiempo -escasa preparación de los jueces populares, dificultad de un cambio brusco en el sistema de administración de la justicia, previa consolidación de -- otras innovaciones en el Poder Judicial, etc.-; argumentos por supuesto respetables y que deben de tenerse en cuenta pero no hasta el punto de invalidar o aletargar un mandato tan concluyente como el del art. 125 de la constitución.
- (134).-- Vid. Antonio Agundez Fernandez "Tribunales Agrarios" en "Revista de Estudios Agro-Sociales" nº 11, abril-junio 1955, pág. 39 y ss.
- (135).-- Baste citar como ejemplo su detallado estudio sobre "El tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso" libro editado en 1975 conjuntamente por la Caja de ahorros y Monte de Piedad de Valencia, la Institución Iborra y Gil y por el propio tribunal de las Aguas. Previamente, en 1974, en la "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana" (nº III pág. 531 a 637) publicó el "Proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia". Finalmente, lo que conocemos más reciente (a nivel de publica-

ción) es la segunda parte de su artículo "la participación de los ciudadanos en la administración de Justicia", dedicada en exclusiva al "Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso", publicada en la obra colectiva citada "El Poder Judicial" (Dirección General de lo Contencioso del Estado) págs. 207 a 261.

(136).- pág. 15.

(137).- "Derechos, Instituciones y..." ob. cit. pág. 366.

(138).- Aunque en verdad fue el Grupo Socialista del Congreso con su enmienda nº 445 del Anteproyecto quien abrió el fuego al solicitar se añadiera al inicial art. 115 un nuevo párrafo que dijera:

"2. El tribunal de las Aguas de Valencia conservará su jurisdicción y competencia", pero fue un fuego que duró poco pues al no ser aceptada dicha enmienda por la mayoría no se incorporó al texto. (vid. "trabajos Parlamentarios" ob. cit. vol. I pág. 350.

(139).- Vid. "trabajos Parlamentarios", ob. cit. vol. I. Pág. 448 y siguiente.

(140).- Ibidem; vol II pág. 1364 y siguiente.

(141).- Vale la pena recordar que se pretende defender el tema al hilo de la "unidad jurisdiccional", que se recogía en el originario art. 109. vid. a este respecto (y que así piensa) a Fairen Guillen "Los Tribunales de Jurados en..." ob. cit., nota 153 en pág. 89 y ss.

(142).- "Trabajos Parlamentarios" ob. cit. pág. 1365.

(143).- Este artículo ya lo conocemos, decía: "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de Justicia en los casos y formas que la ley establezca". (Vid. Trabajos parlamentarios" ob. cit. vol. 7 pág. 572 y 620).

(144).- Esta coletilla proponía añadirla después de que "la ley establezca", cambiando el punto gramatical, por una coma. (vid. para esta intervención de Fraga; "Trabajos parlamentarios", ob. cit. vol. II pág. 1365 y siguiente.

- (145).- Vid. "Trabajos parlamentarios" ob. cit. pág. 1366.
- (146).- Así es, pues únicamente faltaba por introducir la figura del Jurado como forma de participar en la Administración de Justicia (Vid. "Trabajos parlamentarios" ob. cit. vol. II pág. 1366 para la aceptación de Fraga a la sugerencia de Roca y pág. 1823 para el texto del art. 119 (el 117 pasó a este número) según el Dictamen de la "Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas" del Congreso de los Diputados.

(147).- Vid. "Trabajos parlamentarios" ob. cit. vol III, pág. 3848.

(148).- "Los tribunales de Jurados en la..." ob. cit. nota 153 en pág. 90.

Por otro lado, su "libro citado" es obviamente "El tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso", que ya conocemos (vid Supra nota 135). También, además de esta inmediata respuesta, advierte el profesor Guillen que ya contestará imaginamos más detenidamente al senador y profesor Martin-Retortillo.

(149).- Baste su más de medio siglo que lleva estudiando y observando "in situ" al mismo cuyo resultado es la serie de trabajos que al respecto lleva publicados. (Vid. la citada nota nº 153).

(150).- Vid. nuevamente la nota 153 de Guillen, donde recoge los estudios realizados por foráneos sobre el Tribunal Valenciano. Franceses, argentinos y norteamericanos entre otros se han detenido en el mismo.

(151).- Vid. Nota nº 153 de Guillen.

(152).- "Los Tribunales de Jurados en la..." ob. cit. pág. 120:

(153).- Prácticamente el 95% de su proceso se basa en el principio de la oralidad (vid. Guillen, "Los Tribunales..." ob. cit. nota 194 en pág. 123).

(154).- Ibidem, passim pág. 122 a 126.

(155).- "Algunos problemas en torno al desarrollo del artículo 125 de la Constitución", en la obra colectiva citada "El Poder Judicial", vol. II. pág. 1589.

(156).- Así las intervenciones que ya conocemos de los Diputados, Ruiz Mendoza, Fraga (algo más ecléptico) y Roca (Vid.) Supra pág. 395 a 397) y la del senador Martín Retortillo (Vid. Supra pág. 398 y siguiente), sin olvidar la propia enmienda nº 734 de Pin Arboledas, en cuya motivación y nueva redacción propuesta se pide una mención especial a dicho Tribunal además, por ende, extensible a otros casos de derecho foral o simple costumbre, que pudiera existir en otras zonas geográficas españolas. (Vid "Trabajos Parlamentarios", ob. cit. vol I pág. 449).

(157).- Ley 29/1985 de 2 de agosto sobre aguas y, Real Decreto 849/1986 de 11 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la ley de Aguas.

(158).- Protagonismo que incluso se deja sentir en la Discusión parlamentaria del proyecto de Ley de Aguas. El Diputado sr. Izquierdo hará mención expresa al tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, al tratar el art. 75 (77 definitivo) de la ley de Aguas, en el sentido de que el texto (que hemos citado) omita menciones a tribunales de Aguas con funciones no exclusivas de riego, cual es el caso del Tribunal Valenciano- como por ejemplo, los vertidos.

En su intervención se apoyará en el reconocimiento expreso que del mismo hace el art. 19,3 de la L.O.P.J., y para ser coherentes -argumentará- sugiere mencionar no solo a los Tribunales o Jurados de riego, sino también a los de Aguas, entre los que se encuentran las Juntas de Desagues de la Albufera de Valencia, cuyas Ordenanzas se remontan a 1761.

Vid. Gonzalez-Berenguer urrutia, J.L.: "Comentarios a la Ley de Aguas", Abella, Madrid, 1985, págs. 343 y siguiente.

(159).- Este texto se debe a la enmienda nº 671 del Grupo Socialista del Congreso, por la siguiente motivación: "Debe mencionarse expresamente en el articulado de esta Ley y no en una Disposición Final el único Tribunal consuetudinario y tradicional vigente en España y reconocido por la Ley Orgánica que aprobó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana". (vid. L.O.P.J. Trabajos..." ob. cit. vol I pág. 369). Posteriormente en la comisión, esta enmienda no se discutió aceptándose el informe de la Ponencia (Ibidem pág. 792-793) que pasaría a definitivo. Como siempre, el Jurado fue el tema central. Ahora

bien, lo que llama la atención de esa motivación es que declara al Tribunal de las Aguas de Valencia el único tribunal consuetudinario y tradicional vigente en España. Ya estaban por tanto pensando en la supresión de los restantes Tribunales Tradicionales que en notas siguientes se reflejan.

- (160).- Como hemos visto en nota 158.
- (161).- Estimada inconstitucional por el profesor Fairen guillen en - "Comentarios a la..." ob. cit. pág. 415 y siguiente.
- (162).- Si alguien se ha planteado si las "Juntas arbitrales de Arrendamientos Rústicos" introducidas por la ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, art. 121, apartados 2 y siguientes, constituyen un "Tribunal Consuetudinario o tradicional" le recomendamos la lectura de J.M. Gil-Robles Gil-Delgado "Unidad Jurisdiccional y Atribución de Facultades Arbitrales a Organos de la Administración", en la obra colectiva cifrada "El Poder judicial", pág. 1389 y ss.
- (163).- Su tesón es admirable. En el art. 39.3 del Estatuto autonómico, al margen de la mención general respecto de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (e imaginamos que sobre aquellos de la región autónoma, pues poco puede coadyuvar la generalidad Valenciana en la organización de estos Tribunales fuera de la misma), significarán expresamente el de sus Aguas.
- (164).- "Los Tribunales de Jurados en..." Ob. cit. nota 153 en pág. 93.
- (165).- Vid. "Trabajos parlamentarios", ob. cit. vol. III pág. 3848
- (166).- Ibidem.
- (167).- Ibidem vol.I, pág. 449.
- (168).- Citado en "Los tribunales de Jurados en..." ob. cit. pág. 117. Por otro lado, en nota a esta cita, al hacer referencia a que "no resuelve la cuestiones de derecho", en absoluto estar de acuerdo, remitiendo a su obra citada. El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso", en que aporta casos resueltos donde el Tribunal entra en cuestiones de Derecho.
- (169).- De nuevo vuelve el protagonismo de este Tribunal. (Vid. cita en Gonzalez Berenguer "Comentarios a la Ley..." Ob. cit. pág. 66).

- (170).- La vigente ley de Aguas de 1985 los reconoce en su art. 76, 1 y 6, siendo desarrollados en el Reglamento, art. 223 a 227.
- (171).- De ahí su defensa acérrima de haber constitucionalizado el tribunal de las Aguas como excepción al principio de unidad jurisdiccional.
- (172).- Aunque de sumo interés creemos no necesario cansar al lector con la exposición del iter declarativo de la condena, remitiendo al magistral resumen de Guillen a este efecto en su obra citada "Los Tribunales de Jurados en la..." pág. 119 a 121.
- (173) Idem (en cuanto a la ejecución de la sentencia) e Ibidem, pág. - 121 y siguiente.
- (174).- Vid. para toda esta conclusión, las pags. 117 a 127 de la obra citada, "Los Tribunales de jurados en.....".
- (175).- Evidentemente no se trata de un Tribunal con participación del pueblo sino un Tribunal "integrado totalmente por el pueblo".
- (176).- Aunque esta independencia, en cuanto a la modificación de sus Ordenanzas y Estatutos se ha visto alterada tanto por la vigente ley de Aguas de 1985 (Disposición final cuarta), como sobre todo, por su Reglamento, art. 215, 3 (Vid. infra nota 184, aunque realmente esto, afectará más que al tribunal, será a la Comunidad de Regantes.
- (177).- Clave de su existencia milenaria (Vid. Fairen Guillen, "El Tribunal de las aguas..." ob. cit. pags. 215 y siguiente.
- (178).- Vid. "Trabajos Parlamentarios" ob. cit. vol. I pag. 310.
- (179).- Ibidem pág. 448 y siguiente.
- (180).- Ibidem vol II pág. 1364 a 1366.
- (181).- Ibidem vol. III pág. 3848.
- (182).- Hay que referirse a algunas de las Ordenanzas dadas en los siglos XVIII y XIX, que aún siguen en vigor (Vid. Fairen Guillen "El Tribunal de las Aguas..." en la obra colectiva citada, "El Poder Judicial", vol. I pág. 214.
- (183).- Ibidem pág. 410 y siguiente.
- (184).- Tanto el art. 77 de la Ley de Aguas (apartado primero) como el 215,1 de su Reglamento dispone: "los agradecimientos colectivos que hasta ahora hayan tenido un régimen consignado en Ordenanzas debidamente aprobadas, continuarán sujetos a las mismas mientras los usuarios no decidan su modificación de acuerdo con ellas".

Sin embargo, esa libertad modificadora empezará a quebrar cuando la Disposición Final Cuarta de la Ley de Aguas dispone que: "los Estatutos u Ordenanzas de las Comunidades de usuarios ya constituidas seguirán vigentes, sin perjuicio de que, en su caso, hayan de ser revisados para adaptarlos a los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática desarrollado por la Disposición Transitoria Primera del Reglamento. (Cosa evidentemente que no le afecta al Tribunal Valenciano, integrado por ocho Síndicos (uno por cada comunidad de regantes sobre las que se extiende la jurisdicción del Tribunal) elegidos democráticamente entre los trabajadores de las propias Comunidades, Vid. Guillen: "El Tribunal de las Aguas..." en la obra colectiva citada, el Poder Judicial" vol. I pag. 215) lo que viene a apoyar el párrafo 3º del art. 215 del Reglamento al decir que "El Organismo de Cuenca, por causa justificada y derivada de la necesidad de garantizar el buen orden del aprovechamiento colectivo, podrá obligar a las Comunidades existentes a actualizar sus Ordenanzas y Reglamentos, quedando facultado para redactar y aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las modificaciones en caso de incumplimiento" (cosa que automáticamente la ha venido haciendo el Tribunal de las Aguas de Valencia: adaptar sus Estatutos y Ordenanzas a las nuevas exigencias que vayan surgiendo).

Finalmente, el art. 215.3 del Reglamento establecerá el mecanismo de modificación de los Estatutos. Dirá el citado precepto: "Para la modificación de los Estatutos por los propios usuarios será necesario que el acuerdo se adopte en Junta general extraordinaria convocada al efecto, sometiendo la nueva redacción a la aprobación del organismo de Cuenca. Bastará comunicarlo al mismo y que el acuerdo se adopte en la Junta General ordinaria cuando la modificación consista únicamente en la actualización de la cuantía de las sanciones a imponer por el Jurado".

De todas formas, repetimos lo indicado en la nota 176 realmente poca incidencia (al menos directamente) tendrá toda esta nueva regulación sobre los Tribunales a que nos referimos sino más bien sobre aquellas Comunidades donde funcionan los mismos.

- (185).- "El Tribunal de las Aguas..." en la obra colectiva citada, "El Poder Judicial", vol. I pág. 215 y siguiente.

- (186).- Ibidem pág. 210.
- (187).- Ibidem pág. 228.
- (188).- Ibidem pág. 213.
- (189).- Vid. por ejemplo sus Disposiciones Transitoria Primera a cuarta así como la Disposición Final Tercera.
- (190).- Por lo menos así opinaba el Diputado catalán Trias de Bes¹ Serra "... esta ley debe durar muchos años". (Vid. "L.O.P.J. Trabajos ..." ob. cit. vol. I pág. 923).
- (191).- Vid. El art. 12 del Proyecto y las enmiendas presentadas al mismo nº 22, 71, 86 y 167, en "L.O.C.G.P.J. Trabajos Parlamentarios" Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 11, 38, 51, 54, 81 y siguiente.
- (192).- Ibidem pág. 114, 135, 159, 190, 281, 325, 339, 356, 381, 389, 420, 424, 445, 488 y siguiente.
- (193).- La enmienda nº 91, a la totalidad presentando un texto alternativo en cuyo art. 2 párrafo primero se podía leer: "Los doce vocales de procedencia judicial será elegidos entre Jueces y Magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales en los términos en la presente ley".
- Y esta ley decía en su siguiente párrafo: "Dicha elección tendrá lugar mediante sufragio personal, libre, igual, directo y secreto de Jueces y Magistrados".
- Aunque la redacción no parece ser afortunada, el mensaje es claro. (Ibidem pág. 56).
- (194). Ibidem pág. 7.
- (195).- Ibidem.
- (196).- Ibidem.

También habría que destacar a estos efectos la Disposición Final Segunda sobre la adaptación de esta transitoria ley a la definitiva (Vid. para mejor visión el cuadro comparati-

vo de textos en Ibidem, pág. 548 y siguiente).

(197).- En el art. 122.3 de la constitución se lee:

"El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De estos, doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales en los términos que establezca la ley Orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión".

(198).- Vid. para esta información los antecedentes de la STC/1986, de 17 de abril en el B.J.C. nº 61, Mayo 1986.

Por otro lado, la disposición adicional 1,2 a que alude el conflicto hacía (y hace) referencia a la delegación en el Gobierno de la potestad reglamentaria sobre el Estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera (vid. la propia adicional 1.2 de la L.O.P.J. y "L.O.P.J. trabajos parlamentarios" ob. cit. pág. 1519 y 1625), pero este, obviamente es un tema que en estos momentos se sale de nuestro tratamiento.

Finalmente, para una descripción del conflicto (a falta de la Sentencia del T.C.) vid. a Fairen guillen, v.: "Comentarios... ob. cit. pág. 134 a 217.

(199).- STC 45/1986, de 17 de abril.

(200).- Vid. la STC 45/1986 de 17 de abril, la cita está sacada del resumen de la misma.

(201).- Al margen de la indudabilidad por parte de la doctrina de esta naturaleza del Consejo, en los Debates Parlamentarios, el Sr. Saenz Cosculluela refiriéndose al mismo afirmará que sin lugar a dudas, sus competencias "no se dirigen al hecho de hacer justicia sino al hecho de organizar el servicio público de la Administración de Justicia". (Vid. "L.O.P.J., "Trabajos..." ob. cit. vol I. pág. 924).

(202).- Aquí aunque Justificado como quedó al principio de este capítulo su no tratamiento, creemos necesario detenernos unas cuantas líneas, pues en el debate a la totalidad del Proyecto de L.O.P.J. en el Pleno del Congreso (13-11-1984), en su intervención, el profesor Alzaga atacará esta "idea romántica de la justicia" la cual, -dirá-, no tiene cabida en la Constitución; 1º porque el artículo 122 se refiere a los jueces y magistrados de carrera como integrantes del Poder Judicial, y 2º según la enumeración exhaustiva del art. 135 C.E., los ciudadanos, aparte de la función promotora de la justicia que se asigna a la acción popular, solo pueden participar en la Administración de Justicia a través del Jurado, o formando parte de los Tribunales Consuetudinarios o Tradicionales. Así, rotundamente afirmará: "los jueces de paz ni son jurados, ni Tribunales Consuetudinarios o tradicionales por razones obvias".

Recordará este mismo Diputado (y profesor), por otro lado como la evolución de los países de Europa avanzados como por ejemplo Francia, Alemania, etc. hace ya años que eliminaron esta justicia inferior por considerarla tercermundista ("L.O.P.J., Trabajos Parlamentarios" ob. cit. vol I. pág. 115-116).

Acertadamente le va a responder el ministro de Justicia, Ledesma Bartret, Desde el punto de vista de su posible inconstitucionalidad, destacará dos argumentos: el Informe del Consejo General del Poder Judicial, que no encuentra ningún motivo sobre su posible inconstitucionalidad; y el artículo 122,2 C.E., (erata, debería decir 122,1) que alude a Jueces y Magistrados de carrera. (También le recuerda sus "Comentarios a la Constitución" donde alude a la Justicia de Paz como caso excepcional de juez ajeno a la Carrera).

Desde el punto de vista práctico, el Ministro destaca la necesidad de esta justicia cuya eliminación producirá efectos perturbadores por la importancia de sus funciones de auxilio judicial.

Finalmente, respecto al argumento del Derecho comparado, el propio ministro le recordará por haberlo experimentado propiamente, como en los países avanzados tratan de buscar soluciones para la resolución de conflictos en asuntos mínimos, a través de instancias que no estén burocráticamente y admi-

nistrativamente inmersas en una carrera judicial por las evidentes ventajas que ello reporta a todos los niveles (económicos, técnicos -eliminación de abogados, procuradores-, garantizándose igualmente los principios de inmediación, oralidad, también rapidez, etc). (Ibidem, pág. 119).

(203).- "L.O.P.J. Trabajos parlamentarios" ob. cit. vol. I pág. 899.

Hay que precisar que el Diputado Bandrés con su enmienda nº 25 propone ya la total designación de los Vocales del Consejo por el Parlamento (Ibidem, pág. 193). Su defensa puede verse las pág. 108 y siguientes (Ibidem)

(204).- No que olvidar que posteriormente en el mismo sentido, el Grupo socialista presentó unas enmiendas Transaccionales. (Ibidem pág. 912 y 914, 925 y 926).

(205).- Falta el artículo "el", quizás debido a una errata.

(206).- "L.O.P.J. trabajos parlamentarios" ob. cit. vol I pág. 908.

(207).- Estaba pensando en las transaccionales del Grupo Socialista - que de seguro, por su mayoría se impondrían.

(208).- Ibidem pág. 910.

(209).- Ibidem.

(210).- Ibidem pág. 913.

(211).- Ibidem pág. 918.

(212).- Ibidem.

(213).- Ibidem pág. 920. el nombramiento directo por parte del pueblo a través de unas elecciones específicas es ya más complejo. Pero curiosamente fue sugerido por algunos parlamentarios de los bancos de la derecha. Así, Nuñez Perez (Centrista. Ibidem. Vol. I pág. 920).

(214).- Ibidem vol. II pág. 1324.

(215).- Ibidem pág. 1330.

- (216).- Ibidem, pág. 1331.
- (217).- Ibidem pág. 2319 y siguiente.
- (218).- Ibidem pág. 2343 y siguiente.
- (219).- Ibidem pág. 2370.

Aunque la Senadora Sauquillo Perez del Arco, recordando las Constituyentes Generales al respecto del art. 122 negaría la ambigüedad de este precepto. (Ibidem pág. 2381).

- (220).- Ibidem pág. 2370.
- (221).- Si los argumentos de los Grupos favorables a este sistema de designación de los Vocales del Consejo hacían hincapié en la popularización de la justicia, los oponentes blandían, también reiteradamente, la pérdida de independencia de este poder (Vid. por ejemplo, intervenciones en este sentido. "L.O.P.J. "Trabajos..." ob. cit. págs. -entre otras- vol I, 908, 917, 920, 923; vol II, págs. 1313, 1317, 1325, 1331, 2319, 2334, 2344, 2378, 2384 y 2389).
- (222).- Ibidem pág. 2382.
- (223).- Ibidem, vol III pág. 2824.
- (224).- Tanto T.V., como radio se hicieron eco de los mismos sentidos. Cosa idéntica ocurrió con la prensa. Por citar algunos diarios de amplia difusión, recordemos dos cabeceras del diario ABC Madrid, la del día 23-10-85 titulaba "Hacia una Justicia de partido", y la del día siguiente, que decía "Inquietud -- generalizada por la Independencia de la Justicia".

El resto de diarios como decíamos, mantenían posturas diversas, pero en esta polémica es figura activa el Presidente del Consejo saliente, Sainz de Robles (Vid. Ideal, días 17 y 23 de octubre de 1985).

- (225).- En el diario Ideal de los días 19-4-86, 30-7-86 y 2-5-86 puede leerse respectivamente "¿Que queda al poder Judicial" y "El Tribunal Constitucional da un "golpe de gracia" al poder Judicial".

Por otro lado, nuevamente Sainz de Robles intervendrá en este mismo diario Ideal, al 23-5- 86 en la pág. 19.

- (226).- Ya lo dice el art. 66.1 C.E. "Las Cortes Generales representan al pueblo español..."
- (227).- Hacemos referencia al recurso de inconstitucionalidad presentado en su día por el Grupo Popular contra la L.O.P.J. entre otros motivos, por éste de la elección de los Consejos.
- (228).- "Principios de Derecho Constitucional Español" Atomo Ediciones, Madrid, 1986, vol II pág. 394.

"LA CONFIGURACION POLITICA DEL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA"

II

CAPITULO IV

CAPITULO IV: "EL JUEZ ORDINARIO Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCION"

IV.1: INTRODUCCIÓN

IV.2: LOS SISTEMAS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

IV.3: EL SISTEMA DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
DE 1978

IV.4: LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

CONCLUSIONES CAPÍTULO IV

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS CAPÍTULO IV

IV.1: INTRODUCCION

Hablar de defensa de la Constitución no es sino hablar del Derecho Procesal Constitucional, que como ha escrito González-Deleito, se trata de "la rama del Derecho Procesal que estudia y regula las cuestiones derivadas de la inconstitucionalidad de las leyes, de las violaciones de derechos y libertades proclamadas en los textos constitucionales y de los conflictos propiamente constitucionales entre Altos Poderes del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí ... (siendo) ... lo más característico del Derecho Procesal Constitucional ... el recurso de inconstitucionalidad de las leyes". (1).

Advirtiendo previamente, como en páginas anteriores se hizo, que en modo absoluto no injeriremos en el campo procesal -que por supuesto no dominamos- lógicamente por razones de disciplina, pues de constitucionalistas es nuestro trabajo, delimitaremos el objeto de este actual epígrafe: el problema del control de las leyes por parte de la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, otra advertencia, -y ello aún a riesgo de que se nos acuse de constringidos-, es que un más que importante problema como es el "control de constitucionalidad de la jurisprudencia" quedará al margen de nuestro tratamiento. Podría pensarse en la oportu-

nidad de tratar este tema pues afecta muy directamente a la configuración total de nuestro Poder Judicial, pero pensemos en la entidad propia de este problema (la misma institución del Amparo habla por sí sola), merecedor de un tratamiento detenido del mismo imposible de concederle en este momento por las propias características de nuestro trabajo. No obstante en nota (2) adelantamos alguna importante bibliografía al respecto.

Nos ceñiremos por tanto "In expresso" al control judicial de las leyes.

IV.2: LOS SISTEMAS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCION

Quizás suene ya insistente, pero es evidente que el Estado de Derecho es el Estado sometido a las leyes, donde la ley máxima, la "Lex Legum", es la Constitución. A partir de este inicial principio, obviamente se deberá instrumentar un sistema que garantice su jerarquía posicional; que garantice eficazmente el valor normativo de la Ley Primera. O más precisamente: se debe controlar la constitucionalidad de las leyes, verificando el respeto de las mismas hacia la Constitución con el fin de garantizar la superioridad y hegemonía de ésta. (3)

Y ¿Qué sistemas se han instrumentalizado a tal fin?

Ahora una nueva excusa-advertencia. Las características de los sistemas de Defensa de la Constitución son harto conocidas, principalmente entre los estudiosos del Derecho Constitucional, para los que obviamente no habría necesidad de insistir sobre ello.

No obstante, aunque sea utilizando un nivel descriptivo, por pura necesidad metodológica conviene reconocer los distintos modelos -puros- de Defensa de la Constitución existentes tanto en la teoría como en la práctica constitucional (4).

Alvarez Conde (5), unificando criterios, efectúa la siguiente clasificación de los distintos sistemas de defensa reconocidos por la generalidad de la doctrina:

A) Atribución de la defensa a órganos políticos exclusivamente.

En este sistema se puede distinguir:

1º: Atribución al Parlamento. Esta fórmula consiste en otorgar al Poder Legislativo la facultad de decidir cuándo una norma, elaborada por él mismo, es contraria o no a la Constitución.

Obviamente los problemas que encierra son manifiestos: un mismo órgano se convierte en juez y parte. Como dirá el profesor Casanova, se permite que "sean los mismos legisladores quienes juzguen si su obra ordinaria respeta la norma superior" (6).

Por otro lado, para Alvarez Conde, este sistema "que encuentra sus raíces en la más pura tradición jacobina, sólo tiene implantación en los sistemas marxistas, si es que en estos países puede hablarse de sistema de justicia constitucional" (7).

2º: Atribución a órganos ejecutivos o dependientes del Ejecutivo. Su origen se encuentra en el pensamiento de Sieyès, traducándose en la práctica en la Constitución Francesa del año VIII. En la actualidad, el Consejo Constitucional Francés se aparta de su primitiva configuración. En suma se trata de un sistema que se caracteriza por el control preventivo, unas veces con carácter facultativo y otras no (8).

B) Atribución a órganos judiciales.

Este sistema nace precisamente de los problemas planteados por la atribución del control a los órganos de naturaleza política. Actualmente es el más extendido y adecuadamente se le puede calificar de justicia constitucional. Sus dos manifestaciones más importantes son:

1) Los sistemas de jurisdicción difusa. Su caracterización viene por la atribución a la justicia ordinaria de las tareas de vigilancia del cumplimiento y observancia del texto constitucional. De origen U.S.A., recordemos que el "judicial review" (como así se le reconoce), no surge como una institución fijada expresamente por la propia constitución, sino por la vía interpretativa de los artículos 3.2 y 6.3 de la misma (9), iniciada por el Juez Marshall en 1803 a propósito del histórico caso *Marbury vs. Madison* (10), "hito de la historia del constitucionalismo" en palabras de Pérez Tremps (11).

Como nos recuerda el propio Pérez Tremps, "el sistema de defensa de la Constitución por parte de los jueces, es sin lugar a dudas, el paradigma fundamental de los modelos de garantía constitucional" (12).

Trujillo (13) caracteriza la fisonomía técnico-jurídica de

este sistema bajo las tres siguientes notas:

a) Todos los órganos judiciales ordinarios pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, con ocasión de las controversias suscitadas entre ellos. Se trata, pues, de una jurisdicción difusa que, sin embargo, no da lugar a una jurisdicción dispersa y contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa de correctivo de sistema. Y así, puede afirmarse que el principio del "stare decisis", característico de los países del "Common Law", implica que las posibles divergencias entre los distintos tribunales sobre la constitucionalidad de una misma ley puedan ser decididas, a través del sistema de impugnaciones, por los órganos judiciales superiores y, específicamente, por el Tribunal Supremo cuya decisión será en lo sucesivo vinculante para todos los tribunales.

b) La ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; la hipotética vulneración de la Constitución sólo podrá hacerse valer como cuestión incidental. Estamos pues ante una impugnación indirecta o incidental, no incompatible sin embargo con la existencia de ciertos mecanismos preventivos (la injunctión, el declaratory judgement y las advisory opinions) que, de hecho, suponen un examen de la constitucionalidad de las leyes -por la autoridad judicial- con carácter previo a su aplicación concreta.

c) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son la

declaración por el juez de la nulidad preexistente de la ley (efectos "ex tunc", esto es, retroactivos) y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al supuesto concreto (efectos "inter partes", que no "erga omnes")".

El resumen es más que válido (14), y de inmediato, los problemas que puede plantear dicho sistema son igualmente recogidos por Fernández Segado (15): de un lado, el Tribunal Supremo atempera el problema de la inseguridad jurídica a que podría conducir la nulidad sobrevenida de una norma legal por mor de un cambio en la orientación jurisprudencial, entendiendo que la Constitución es un documento vivo sujeto a mutaciones de significado; de otro, aunque los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad se entienden "inter partes", la incidencia del principio del "stare decisis" (vinculación al precedente) (16) produce normalmente la generalización (erga omnes) de tales efectos.

2) Los sistemas de jurisdicción concentrada.

Tienen su origen en la obra jurídica de Kelsen (17), plasmándose por primera vez en la Constitución Austríaca de 1920. Para Aparicio, "el modelo kelseniano -como habitualmente se le conoce- coincide con el americano en un punto: se trata de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes. Difiere casi en todos los

demás" (18).

Efectivamente, el propio Aparicio nos resumirá esas diferencias:

"En primer término, su actividad declarativa de inconstitucionalidad no se efectúa a través de la jurisdicción ordinaria sino mediante un órgano constitucional que especialmente se crea a tal efecto. De ahí la calificación del mismo como concentrado. En segundo lugar, tal órgano no tiene carácter jurisdiccional ni por su composición (no son jueces de carrera quienes necesariamente lo pueden componer) ni por el carácter de la decisión que adopta: la composición deriva de las otras instancias estatales; la decisión no se adopta aplicando e interpretando la ley al caso concreto sino efectuando un juicio abstracto de constitucionalidad. En tercer lugar, y puesto que lo que efectúa es un juicio abstracto-comparación de adecuación o no de una determinada norma a la Constitución- su pronunciamiento no tiene los efectos típicos de la sentencia judicial por:

1. Puesto que la ley adquiere tal carácter por provenir del órgano constitucionalmente con competencia para ello (el Parlamento) - y con arreglo a las formalidades previstas en la propia Constitución o norma habitualmente en su caso, dicha ley tendrá plena vida jurídica (validez) hasta que no sea eliminada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional (la denominación de Tribunal ha