

de entenderse como término convencional dentro de la teorización de Kelsen en esta materia). Ello comporta que los efectos de tal decisión comienzan a regir a partir del momento de publicación de la decisión que contiene la declaración de nulidad de la ley de que se trate (efectos ex nunc).

2. La declaración de nulidad de una ley, en tanto que comporta su eliminación del ordenamiento jurídico, no tiene sólo efectos hacia las partes que hayan provocado tal pronunciamiento, no erga omnes puesto que la naturaleza de tal actividad declaratoria de nulidad no es judicial sino legislativa. El órgano de control aparece así como legislador negativo.

3. Ahora bien, el Tribunal Constitucional tiene, por un lado, competencia expansiva para conocer del control de la constitucionalidad (principios de generalidad y concentración) y, por otro, actúa siempre a instancia de parte (principio de legitimación). De ahí que tales procesos y tal modelo de control haya sido llamado, en contraposición con el modelo de excepción americano, "control por vía de acción" (19).

Llegados a este punto, ahora, una lógica cuestión: ¿Cuál es el modelo de defensa adoptado por nuestro texto fundamental?.

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

Aparicio (20) lo encuadra en el modelo mixto continental contemporáneo claramente influenciado por los dos anteriores; el sistema difuso y el concentrado. Es decir, por un lado, se regula la existencia de un Tribunal "ad hoc", de raíces kelsenianas, por otro, se permite a la jurisdicción ordinaria participar en cierta medida en la tarea de defender la Constitución al establecer su artículo 163 que:

"Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso será suspensivos".

Pues bien, como discurren los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela (21), esa posibilidad a la que habría que unir la cláusula general de sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico de los ciudadanos y los poderes públicos (en donde se encuentra el Poder Judicial) dispuesta por el art. 9'1 posee una trascendencia clave, ya no sólo sobre la posición jurídica (y política) del Poder Judicial y sobre el modelo de defensa de la Constitución puesto en juego, sino -todavía más- sobre el mismo concepto de Constitución. Veamos brevemente esto.

Aunque la bibliografía en torno al problema de nuestra Justicia

Constitucional ha sido bastante prolija en los últimos años, merece destacar un extraordinario trabajo del profesor Rubio Llorente (por otra parte Magistrado del Tribunal Constitucional y ponente redactor de la Ley Orgánica del mismo): "sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional" (22), que en este aspecto ha sentado bases doctrinales de absoluta precisión.

"1.- El punto de partida lo constituye la contraposición entre el sistema austriaco y el sistema americano de defensa de la Constitución. El primero (23) (Tribunal especial único, posibilidad de acudir a él por vía de acción, nulidad de la ley declarada inconstitucional), daría lugar al modelo concentrado de defensa de la Constitución. El segundo (defensa de la constitucionalidad de las leyes atribuida a los tribunales ordinarios, vía de excepción, inaplicabilidad de la ley inconstitucional al caso concreto), da lugar al modelo difuso de defensa de la Constitución.

La construcción de la Verfassungsgewichtsbarkeit (el primer sistema por entendernos aunque sea a costa de la precisión) de nueva procedencia kelseniana plantea la exigencia de un determinado concepto de Constitución que permite atribuir a las normas constitucionales una naturaleza distinta a la que es propia de los demás sectores jurisdiccionales. Esta diferente naturaleza no procede de que las normas constitucionales sean diferentes por

la materia reglada de las otras normas del ordenamiento. Sólo puede venir entonces la diferencia de los distintos destinatarios que unas y otras tienen: las normas que integran la parte dogmática de la Constitución no están dirigidas a los ciudadanos sino sólo al legislador. Como literalmente escribe Rubio Llorente, "para Kelsen, en efecto, constitución material en sentido estricto es sólo aquel cuerpo de normas que se refieren a los órganos superiores del Estado y, aunque en sentido amplio la Constitución material incluye también las normas relativas a las relaciones de los súbditos con el poder estatal, estas normas son sólo prohibiciones o mandatos al legislador, pero no, en ningún caso, normas directamente aplicables por el juez, que las recibe siempre mediadas por la ley (...). La necesidad de que la Constitución sea algo más que un "deseo no vinculante" para los órganos del Estado y especialmente para el legislador, obliga a arbitrar un procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes pero ese control no puede ejercerse por el juez como "ejecutor" de la ley y vinculado a ella, sino por un órgano distinto cuya naturaleza jurisdiccional no le impide ser realmente legislador, legislador negativo".

Nos siguen orientando Cazorla, Ruíz Rico y Bonachela (24) cuando nos recuerdan, que ese sistema, tal como ha sido diseñado tiene en la actualidad categoría mítica, y como Alonso García ha probado, "por no aplicarse en puridad, ni siquiera se aplica en Austria" (25), no siendo el caso español una excepción, produciéndose una mezcla -que hemos

adelantado- de ingredientes procedentes tanto del sistema austriaco como del americano y en proximidad a lo que ocurre en el caso alemán e italiano (y en cierta medida el francés) (26), porque pensemos que, nuestra justicia constitucional hoy por hoy es la última de las que han aparecido en el ámbito comparado por lo que su configuración no es de extrañar responde a la influencia de las ya existentes en otros países (27), aunque como opina Aparicio, "el verdadero antecedente del actual sistema de justicia constitucional en España se sitúa en la Constitución republicana de 1931"(28), aspecto puesto de relieve igualmente por amplios sectores de la doctrina constitucionalista. (Varela, Lucas Murillo, Martínez Sospedra, etc) (29). Respondiendo por tanto al contexto europeo occidental de justicia constitucional (la no recepción del judicial review, como ha puesto de relieve García de Enterría, hunde fundamentalmente sus razones en los problemas jurídico-políticos subsiguientes a la aventura napoleónica (30), nuestros constituyentes adoptan el modelo alemán actual, (que significaba para Zweigert la justicia constitucional más amplia de la tierra), pero con algunas variantes importantes, (que harán caer por tierra aquella afirmación) (31). Por ejemplo, en nuestro caso, como exponen Cazorla, Ruíz-Rico y Bonachela, "los ingredientes procedentes del modelo americano de la judicial review son, entre nosotros, muchos más abundantes. Pruebas de ello serían la propia configuración de la cuestión de inconstitucionalidad, la creación del recurso de amparo o la atribución a órganos de la jurisdicción ordinaria de temas tales como

los delitos cometidos por los titulares de los altos órganos del Estado o el contencioso Constitucional que, en otros sistemas, están atribuidos con frecuencia al Tribunal Constitucional. El resultado de todo ello y sus implicaciones son mayores de lo que en principio pudiera suponerse. Es, a nuestro juicio, la aportación fundamental de Rubio Llorente que podría presentarse de este modo: lo que opera en el caso español (como en el alemán, como en el italiano como en el austriaco desde 1975) no es tanto la técnica organizativa norteamericana cuanto el concepto norteamericano de constitución en vivo contraste con el dominante durante largo tiempo en Europa y que se fundamentaba en la omnipotencia del poder legislativo" (32).

Que en todo este montaje jurídico-político el juez ordinario adquiera un papel determinante como juez de la constitucionalidad es algo que se ha evidenciado. Los profesores Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela -como conclusión de esta idea introductoria- nos prueban la conversión del juez ordinario en juez de la Constitucionalidad acudiendo a varios factores:

1.- Que la Constitución es norma directamente aplicable.

2.- Que el juez ordinario debe inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución.

3.- Que el juez ordinario debe -en la medida en que su tenor li-

beral lo permita- interpretar las leyes de acuerdo con la Constitución.

4.- La propia existencia de la cuestión de inconstitucionalidad"  
(33).

Pues bien, delimitado como tenemos este epígrafe -El poder judicial y la defensa de la Constitución-, será a este último factor destacado por los profesores granadinos al que dediquemos fundamentalmente las líneas que siguen.

IV.4: LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ya hemos visto que nuestra Constitución a diferencia del sistema kelseniano puro, no impide que los jueces y Tribunales ordinarios analicen la adecuación de las normas jurídicas a la Constitución porque, como ha escrito García de Enterría, "el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes ("monopolio de rechazo"), no a cualquier aplicación de la constitución" (34).

Por eso, los Tribunales ordinarios, (obviamente respaldados por el propio texto constitucional y su desarrollo legal así como la doctrina del Tribunal Constitucional y del Supremo), tienen competencia tanto para apreciar la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias (incluso de los Decretos legislativos en aquello que extravase la delegación) (35) como para -en aplicación del principio "lex posterior derogat priori- declarar derogada una ley anterior contraria a la Constitución. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una ley posterior; en este caso el juez no puede inaplicar la ley que considere contraria a la Constitución pues es expresión de la voluntad popular, pero sí puede elevar al Tribunal Constitucional sus dudas sobre la misma para que este resuelva. Esta es -en líneas simples- la "cuestión de inconstitucionalidad" que seguidamente pasamos a estudiar, aunque previamente convienen unas líneas introductorias que nos situen en el tema.

Pérez Tremps fundamenta su trabajo con el silogismo aplastante

de que "el juez debe aplicar el Derecho, la Constitución es Derecho, luego el juez debe aplicar la Constitución" (36). No hay duda (como tampoco la hay de su sistemática vulneración histórica) (37) de que ello es así, la regla general del artículo 9.1 así como la concreción del art.117.1 no ofrecen dudas al respecto: todos los ciudadanos y todos los poderes están sometidos a la ley, al ordenamiento jurídico. Que la Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y de aplicación directa, es algo que doctrinal, política, jurisprudencial y legalmente está plenamente reconocido. La doctrina ha sentado bases serias donde -se expuso- el profesor García de Enterría participa activamente. Políticamente, basta con repasar los debates parlamentarios. Por citar los más recientes, sirvan los referidos a la vigente L.O.P.J. (38). La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 16-XI-82 y 8-V-85) así como numerosas del Tribunal Constitucional, donde cabe destacar la STC 16/1982, de 28 de abril y la STC 80/1982, de 20 de diciembre, pondrán igualmente de manifiesto el carácter de norma fundamental y directamente aplicable de la Constitución por los Tribunales ordinarios así como su alegabilidad ante estos Tribunales. Y finalmente, ello es un principio que legalmente se ha ratificado. Basta traer las primeras líneas del art.5.1. de la vigente L.O.P.J., donde explícitamente se dice que "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico", para continuar seguidamente vinculando a la misma "in expreso", a "todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales" aunque eso sí, "conforme

a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Aunque muy tendentes a hacerlo, ahora no podemos detenernos en la última coletilla de este artículo, dejándolo para mejor ocasión, siguiendo por tanto con nuestro planteamiento. Así pues, en principio, vinculados expresamente los jueces y magistrados a la Constitución en virtud de este artículo 5.1 de la L.O.P.J., después, en virtud del art.318.1 de este mismo cuerpo legal, los miembros de la carrera judicial jurarán o prometerán "guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico". Finalmente, estos mismo miembros no deberán olvidar que el Ministerio Fiscal velará, en defensa de la legalidad, la función jurisdiccional. (artículos 435.1 L.O.P.J.. y 3.1 y 11, del Estatuto Organico del Ministerio Fiscal).

De esto no hay dudas: la Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento, y los jueces y tribunales ordinarios tienen el deber de aplicarla (como los ciudadanos el derecho de alegarla), como asimismo inaplicar toda disposición que la contradiga, y ello es un principio de la más rancia tradición histórica del Derecho. Con este discurso, aunque referido a la ley divina o natural -en definitiva leyes supremas- Santo Tomás en su Summa Theológica lo reconocía:

"Alio modo legem possunt esse injustae per contrarietatem ad bo-

num divinum et tales leges nullo modo licet observare... et ideo si scriptura legis continent aliquid contra ius naturale injusta est, nec habet vim obligandi. Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones... Et ideo secundum eas non est iudicandum ". (39)

Bien, prosiguiendo con nuestra cuestión -de inconstitucionalidad-, el artículo 2.1 de la L.O.T.C., dispone que "El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta ley determine:

a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley".

Por su parte, el artículo 29.1 de esta misma ley establece que "la declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

- a) El recurso de inconstitucionalidad.
- b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales".

Finalmente, y dentro de este cuerpo legal, el artículo 35.1 dirá que

"Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitu-

ción, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley".

El precepto capital que despliega este proceso viene a ser el artículo 163 de la C.E., el cual es repetido literalmente por el art. 5.2 de la L.O.P.J., y prácticamente coincidente con el art. 35.1 de la L.O.T.C. (difieren en que la Constitución habla de "órgano judicial" y la L.O.T.C. de "juez o tribunal", pero ello es de trascendencia nada significativa), que formula la prohibición de aplicar, por los órganos judiciales, toda norma con rango de ley que consideren contraria a la Constitución, así como la obligación de aquellos de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

El presupuesto de esta actuación judicial es ofrecido igualmente por la L.O.P.J. Así dirá el párrafo 3º de su artº 5º:

"Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional".

Quizás, antes de continuar adelante con nuestro desarrollo, es decir con la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad, creemos conveniente, aunque sea descriptivamente, repasar los debates parlamentarios sobre esta institución, y ello, más que por su utilidad

científica (siempre puesta en cuestión por la doctrina), por su utilidad práctica.

El texto del artículo 163 fue uno -de tantos- de los que sufrieron numerosas alteraciones para recoger finalmente una redacción notablemente poco satisfactoria donde la L.O.T.C., ha intentado recomponerla. Como algún autor ha comentado, las causas (y no solo de esta sino de otros desaguisados) bien podrían encontrarse en el agotamiento y consiguiente relajamiento de los parlamentarios producido por el efecto de encontrarse en esas alturas prácticamente al final de su obra legislativa. Quizás de este hecho las deambulaciones de los constituyentes, siendo precisamente la Comisión Mixta quien interpretando sus propias atribuciones determinó definitivamente la redacción final de este artículo.

La redacción del artículo 154 del Anteproyecto disponía:

"Cuando algún juez o tribunal de oficio considere en algún proceso que una norma legal invocada puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que decida sobre la constitucionalidad de aquella".

Existiendo tres enmiendas a esta redacción (40) la Ponencia, pese a no proponerse por ninguna de las mismas, ofrecerá la siguiente redacción:

"Cuando un Tribunal de apelación o de casación considere inconstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, planteará la cuestión por escrito motivado ante el Tribunal Constitucional" (41).

En la fase de Comisión del Congreso se volverá a atribuir la facultad a "cualquier juez o tribunal" y se volverá a exigir nuevamente que la consulta se formule "de oficio". En esto será decisiva una enmienda "in voce" del Diputado ucedista "Alzaga Villamil", que partiendo del principio general de supremacía de la Constitución conectado al "judicialismo racionalizado" entendía que la fórmula recogida en el artículo 156 del informe de la Ponencia no era todo lo correcta que se deseaba, toda vez que, según dicho informe "la inconstitucionalidad de una ley dependerá de quien fuese el Tribunal que la aplicase, de modo que en los supuestos de instancia única, como son la mayor parte de los recursos contencioso-administrativos, que carecen de apelación, o en el proceso laboral, en que puede decirse por lo general otro tanto, nos encontramos con que las leyes anticonstitucionales deberían aplicarse de modo necesario por los jueces o tribunales" (42).

En su línea argumentadora sigue: "En la misma línea plantea la redacción del precepto que nos ocupa que si la apelación no se residencia ante un Tribunal Colegiado sino ante un juez unipersonal, según parece tampoco sería posible la declaración de inconstitucio-

nalidad. Ello conduciría a la peregrina situación de la existencia de dos ordenamientos c, al menos, a que una norma fuese válida y obligatoria en aquellos casos en que el Tribunal actúe en instancia única o la apelación está confiada a un juez unipersonal y, sin embargo, fuese anulable en otros supuestos" (43).

Siguientemente, rebate asimismo el texto literal del precepto que afirma: "Cuando en un tribunal de apelación o de casación considere inconstitucional una ley", porque supone -dirá- "para que entre en juego la competencia de Tribunal Constitucional una decisión formal sobre la inconstitucionalidad de la ley a aplicar, por parte del Tribunal que esté entendiendo del proceso en cuestión ..." (44).

Lo que quiere significar con ello es sencillamente que el Tribunal "ad quo", previamente deberá pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley aplicable, con lo que se entraría en el sistema de jurisdicción difusa, conduciendo al poco afortunado y nada conocido sistema de defensa en que el juicio de constitucionalidad correspondería a los tribunales y el de inconstitucionalidad requeriría el pronunciamiento conjunto y conforme de un tribunal ordinario y del Tribunal Constitucional. (45)

Por ello proponen una redacción alternativa que gira en torno a los seis siguientes notas que en resumen inspirarán el carácter definitivo de esta institución.

1ª.- Que el incidente de inconstitucionalidad pueda ser planteado por cualquier órgano jurisdiccional, unipersonal o colegiado.

2ª.- Que ello pueda ocurrir en primera o en cualquier otra instancia.

3ª.- Que la instancia se produzca de oficio para evitar su conversión en práctica dilatoria. No obstante el juez puede hacerse eco del ruego de las partes en este aspecto.

4ª.- Que el juez ordinario no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad, sino sólo entender que la norma puede ser contraria a la Constitución.

5ª.- Que en todo caso la cuestión la dilucida el Tribunal Constitucional, y

6ª.- Que se producirá al efecto el oportuno desarrollo legislativo (46).

Sometida a votación esta enmienda fue aprobada, como asimismo la

enmienda de adición formulada por el grupo socialista en el sentido de revisar la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad. (47)

Para el Pleno del Congreso. Fraga mantendrá, como enmienda, el texto de la Ponencia (48), pero que en su momento retirará (49) no haciendo alteración alguna el texto de la Comisión en esta fase (50).

En el Senado se presentarán siete enmiendas al Apartado 1º y diez al 2º del artículo que nos ocupa (51). Realmente nos detendremos en el primer apartado toda vez que el segundo a iniciativa del Senador Valverde Mazuelos fue suprimido en la Comisión para injertarlo en el número 1 a) del artículo 155 del texto aprobado por el Congreso (52).

En cuanto a las siete enmiendas presentadas al párrafo primero, por orden cardinal de presentación, la primera, (nº 94) firmada por "Progresistas y Socialistas Independientes" como significación proponen facultar a cualquier juez o tribunal así como la no suspensión del juicio donde surge el incidente mientras éste se tramita (53), la segunda (nº192), firmada por Pedrol Rius (Grupo mixto), es quizás la más significativa al proponer que desaparezca (previamente propone también que sean los Jueces y Tribunales y de oficio los facultados) la referencia a "norma invocada" por cuanto un juez puede perfectamente decidir un proceso por normas legales no invocadas por las partes.

(54), Gutierrez Rubio (tercera enmienda, nº 216) también del grupo mixto, propone limitar su actuación sólo a los órganos judiciales que deciden un proceso en su última instancia, por que "sólo en la última instancia o casación se decide la norma aplicable al caso enjuiciado y solo en ese momento es oportuno plantear su posible anticonstitucionalidad" (55). La cuarta la presentará el Senador y profesor Sanchez Agesta (nº 359), del Grupo Independiente, proponiendo que solo los tribunales posean la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad "ya que es disparatado que cualquier Juez de Paz, o Comarcal, o incluso de Primera Instancia, paralice un proceso y requiera al Tribunal Constitucional... Limitándolo a los Tribunales se consigue, de una parte, limitar a los órganos colegiados que implican una deliberación, esta posibilidad de consulta de oficio" (56).

La Agrupación Independiente presentará la Quinta enmienda (nº 645), nada significativa respecto a las ya presentadas (57). Igual se puede decir de la enmienda nº 764 (la sexta), presentada por U.C.D., cuya originalidad reside en plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional pero por conducto del Tribunal Supremo, que le daría curso si la considerara fundada (58). Finalmente, la séptima enmienda (la nº 964) presentada por D. Luis de Angulo Montes (también de U.C.D.), producirá una nueva redacción con algunas directrices que posteriormente se tendrán en cuenta. Vale la pena reproducirla y sacar conclusiones:

"1. Cuando en la decisión de algún proceso hubiese de aplicarse una norma con fuerza de ley acerca de cuya constitucionalidad tuviese dudas el Juez o Tribunal que hubiera de fallar, bien porque cualquiera de las partes lo hubiera alegado fundadamente, bien porque el Juez o Tribunal de Oficio así lo considerase, - se planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional y se suspenderá el procedimiento hasta el fallo de éste, sin perjuicio de las medidas cautelares que fueran procedentes.

Las alegaciones de inconstitucionalidad hechas por las partes ante un Juez o Tribunal y desechadas por éste por irrelevantes o (manifiestamente) infundadas podrían ser reproducidas en las instancias y recursos ulteriores por quienes los formularon" (59).

Luego de un amplio y ardoroso debate por los comisionistas, donde las discusiones giraron fundamentalmente sobre cuestiones tales como si la cuestión de constitucionalidad, como cuestión incidental podría plantearse en cualquier instancia y por cualquier juez o solo en apelación o casación; o sobre si no sería conveniente que fueran los propios Tribunales los competentes para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma con rango de ley aplicable al caso; igualmente se discutió el tema de los efectos suspensivos del planteamiento de la cuestión por el peligro de sus efectos dilatorios; también apareció el problema de la extensión de la cuestión a cualquier norma con rango de ley anterior a la Constitución así como su proceder de oficio o a

instancia de parte (60); llegaron a la siguiente solución:

"Cuando un Tribunal, de oficio, considerase en algún proceso que una norma con rango de ley invocada, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en la forma y con los efectos que establezca la ley" (61).

Presentan votos particulares Gutierrez Rubio, Pedrol Rius (que en suma mantiene sus enmiendas números 216 y 192 respectivamente) y el Grupo Parlamentario Socialista del Senado (Enmienda formulada "in voce" )(62), que posibilitarán la discusión en el Pleno del Senado, aunque no ya con el ardor de la Comisión, sí de importancia en cuanto a perfilación del texto en cuanto que sustituyen la expresión "norma invocada" por "norma aplicable", y añaden "en los supuestos" que establezca la ley, con lo que se vigoriza la posibilidad de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional. (63) El texto quedaría como sigue:

"Artº 162. Cuando un Tribunal, de oficio, considere en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley". (64).

Ya ha quedado adelantado (pg. 497) que fue precisamente la Comisión Mixta, quien interpretando sus propias atribuciones determinó la redacción final del artículo 163 de la Constitución Española. La pena es que no se hayan hecho públicas las actas de las reuniones de dicha Comisión, lo que nos impide contar con datos más que importantes para examinar dicha fase redactora. De todas formas ello no alteraría demasiado nuestro trabajo. Ahora bien, aunque brevemente, debemos repasar los trabajos parlamentarios referidos a la L.O.P.J., en concreto sobre su artº 5, que recoge el reconocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Este artículo salvo la numeración de sus párrafos, literalmente no sería modificado, pero sí ofreció interesantes debates.

Comencemos por su original párrafo 3º (hoy 4º), que disponía -y dispone-:

" 3. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia, para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional".

Vayamos por partes, lo primero que produce este texto es un breve

destape del tarro de las demandas autonómicas, toda vez que excluía a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas para decidir tales impugnaciones.

Nos servirán, para dilucidar la situación que se iba a avecinar, las palabras del Ministro Ledesma cuando presentó -y defendió- el proyecto en el Pleno del Congreso. Refiriéndose a dicho artículo 5º y en concreto al párrafo que estamos aludiendo diría:

"El proyecto constituye a los jueces en garantes de este sistema democrático, que radica en el mantenimiento de la primacía de la Constitución ..... cuando abre, en todo caso, el recurso de casación a la vulneración de un precepto de la Constitución".(65)

Marcos Vizcaya entendía que este párrafo vaciaba de contenido los Tribunales Superiores de Justicia y alteraba sus competencias, pues cualquier persona, alegando violación de precepto constitucional podía sustraerles el recurso de casación y llevarlos al Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que las tres cuartas partes de las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, son recursos de casación. (66)

Roca era prácticamente de la misma opinión, al pensar que el proyecto no estaba articulado correctamente al no agotarse en el T.S.J.,

como se dice constitucionalmente, "las instancias de todos los procesos judiciales que se tramiten en su territorio". (67)

Esto no tuvo mayor trascendencia, y de un problema de mera reivindicación autonómica se pasaría a un problema juridico-constitucional mas serio. Contestó Sotillo Martí (68), que el T.S.J. no es un órgano de la comunidad Autónoma, sino de la Administración de Justicia, un órgano del Estado en la Comunidad Autónoma (69) y que "ante un Tribunal Superior de Justicia, como ante cualquier organo jurisdiccional, es posible alegar infracción de preceptos de aplicación directa de nuestra Constitución, como señala nuestra mejor doctrina. Por tanto, no hay ningún problema en que ante el Tribunal Superior de Justicia se plantee también la infracción de preceptos constitucionales". (70)

Se remataría esta intervención entendiendose que el Tribunal Superior sería el órgano más adecuado jurisdiccionalmente para resolver un ulterior recurso cuando la fundamentación ante cualquier órgano jurisdiccional del país estuviera basada en la infracción de precepto constitucional. (71)

No perdamos de vista esta intervención, sobre todo por lo que vendría a continuación.

Los Grupos Parlamentarios pedirían la supresión de ese párrafo tercero (repetimos, hoy 4º) por los siguientes motivos:

a) El Grupo Popular porque la redacción de ese párrafo introducía "una perturbación extraordinaria en la casación civil y penal, hasta el punto de desvirtuar absolutamente el instituto de la casación", porque, "...poder fundamentar o fundar cualquier recurso de casación en "la infracción de precepto constitucional" (cualquiera, es de interpretar, ante la ausencia de distinción) supone eliminar la casación, en cuanto tal, abriéndose la posibilidad de que "todas las sentencias penales de condena sean recurridas alegando infracción del artículo 24.2 C.E. en lo relativo a la "presunción de inocencia". (72)

b) Más aún, el Grupo Vasco (P.N.V.) llegará a afirmar: "si la interpretación de la Constitución vincula a todos los Jueces y Tribunales, si está siempre abierta la "cuestión de inconstitucionalidad" y si la Constitución es una norma, lo que hace posible un control difuso de constitucionalidad en base al principio de legalidad, no hay razón alguna para concretar la competencia en el Tribunal Supremo al que se configura disputando su papel al Tribunal Constitucional". (73)

c) Nuevamente el Grupo Popular, y muy al grano argumentará: "... el último párrafo (se entiende que el del artº 5 L.O.P.J.)... debe de-

saparecer, pues supone un desconocimiento de lo que establece la Constitución respecto del Tribunal Constitucional, con su específico carácter de jurisdicción concentrada". (74)

No queremos confundirnos, como creemos que se confundieron los parlamentarios porque tras la visualización (más si es rápida) del párrafo 3º de la L.O.P.J., la conclusión, (también rápida) parece ser: si se produce en un proceso una infracción de precepto constitucional, para que la casación, cuando lo que dispone la Constitución, la L.O.T.C. y la propia L.O.P.J. es que se plantee la duda de inconstitucionalidad.

Pero evidentemente aquí se están confundiendo varias instituciones y algún principio. La institución de la casación, la de la cuestión de inconstitucionalidad, y el principio de primacía de la Constitución y su carácter de norma directamente aplicable.

Si hablamos de la cuestión de inconstitucionalidad, el ordenamiento constitucional es meridianamente claro: una norma con rango de ley suscita dudas sobre su acomodación al ordenamiento constitucional (75), y su finalidad es la depuración de este ordenamiento.

Respecto al instituto de la casación, igual de clara es la le-

gislación ordinaria: Artº 847 de la L.E.Crim. "Procede el recurso de casación por infracción de ley ...." y vital el artº 1.692 de la L.E.Civil: "El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: 5º Infracción de las normas del ordenamiento jurídico ....".

Luego aquél original párrafo 3º (4º actual) de la L.O.P.J., lo que está haciendo es reconocer explícitamente el carácter de norma directamente aplicable por los Jueces y Tribunales de la Constitución, reconocido, como hemos expuesto, por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. La Constitución, es directamente aplicable, como parte del ordenamiento jurídico, por todos los Jueces y Tribunales y cuando se infrinja la misma, cuando se infrinja alguno de sus preceptos, será motivo de casación como dispone el artº 1692.5 de la L.E.Civil. Agotada la vía ordinaria, obviamente se abre la especial pero a través del Recurso extraordinario de Amparo, (artículos 43.1 y 44.1a) de la L.O. T.C.).

Luego ese más que manido, y ya diremos párrafo 4º, del artº 5º de la L.O.P.J., nada tiene que ver no sólo con la cuestión de inconstitucionalidad, sino con las atribuciones y competencias propias del Tribunal Constitucional. La confusión quizás vino por esa, -como dijimos-, visualización rápida del párrafo, promovida, ¿probablemente por

el emplazamiento geográfico del citado párrafo 4º del artº 5 L.O.P.J.?  
(76).

Ante la insistencia en los debates en Comisión sobre los argumentos citados, (77) veamos qué contestó el portavoz socialista, señor Granados Calero: "... si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y vincula a todos los Jueces y Tribunales, ¿por qué no va a ser motivo de recurso de casación la infracción de un precepto constitucional?,..." (78).

No es nuestra idea seguir insistiendo en estos planteamientos pero recordaremos que en el Senado se renovaron los argumentos conocidos sobre el párrafo 4º del artº 5º de la L.O.P.J., planteamientos que por ser repetitivos quedan como referencias (79) y quedando esta incidencia como campo abonado en el que pensamos, los procesalista sabrán sacar provecho del mismo.

Bien, una vez repasados estos datos, continuemos con nuestra cuestión y su regulación.

Como ya sobradamente conocemos, es el artº 165 de la Constitución Española, quien establece el procedimiento de colaboración entre

el poder Judicial y el Tribunal Constitucional para depurar el ordenamiento jurídico (80), posteriormente desarrollado por la L.O.T.C., y recientemente completado con el artículo 5 de la L.O.P.J., actual.

El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es garantizar la adecuación de las leyes y normas con fuerza de ley a la Constitución. Por eso mismo se considera un complemento del recurso de inconstitucionalidad y así ha venido a concebirlo la propia L.O.T.C. al regular ambas figuras en el mismo título (II. "De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad" (81). Sin embargo, no debe olvidarse que la cuestión se plantea en un juicio concreto, de tal forma que trata de evitar que se aplique una norma (supuestamente) inconstitucional a un caso concreto, cumpliendo -como ha resaltado Pérez Tremps- una función de "garantía de intereses subjetivos que son la ratio última de su planteamiento en muchos casos y que sirven de motor de esa defensa objetiva". (82).

Así las cosas, la cuestión de inconstitucionalidad se diferencia del recurso, en que este trata de un enjuiciamiento abstracto mientras que aquella lo es concreto; aunque en uno y otro caso se enjuician normas y no hechos. Por eso, el Tribunal Constitucional ha podido advertir que la cuestión de inconstitucionalidad no se convierte "ni

en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al T.C., la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales, ni menos aún para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento, que normalmente debe ser obra del legislador ordinario". (83)

Según el principio "iura novit curia", el órgano judicial es, en principio, el competente para señalar las normas aplicables al caso. Por eso, el artículo 35.1 de la L.O.T.C. determina que este planteará la cuestión ante el T.C. quien debe aceptarla salvo que falten las condiciones procesales o fuese notoriamente infundada. En estos supuestos el T. C. puede declarar la inadmisión de la cuestión mediante auto motivado y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado (art. 37.1 L.O.T.C).

No obstante estos supuestos legales, el propio Tribunal Constitucional (STC 14/1981 de 29 de abril), ha establecido otros dos casos en que es posible rechazar la cuestión. El primero, cuando se trate de normas anteriores a la Constitución, porque, -dirá el Tribunal-, "mal puede el Tribunal depurar el ordenamiento y expulsar de él aque-

llo que ya no se encuentra en el propio ordenamiento". Se evidencia que lo que aquí late es el problema de la "inconstitucionalidad sobrevinida" y la aplicación directa de la Disposición Derogatoria 3 de nuestra Constitución, según la cual quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma. Es decir, se faculta "ministerio legis" a todo aplicado del Derecho para resolver directamente una situación jurídica como la descrita.

Recordemos además que este problema ya se planteó en la primera Sentencia del Alto Tribunal (STC 4/1981 de 2 de febrero) y ha sido suficientemente debatido (y aclarado) por la doctrina, fundamentalmente a partir del voto particular -a la sentencia de febrero- formulado por el Magistrado Rubio Llorente que propugnaba la separación entre las instituciones de "inconstitucionalidad" y "derogación"; aquella en referencia a las leyes posteriores a la promulgación de la Constitución y de estricta competencia del Tribunal Constitucional. La derogación, conducida a las leyes anteriores al texto constitucional y reservada exclusivamente a los jueces y tribunales ordinarios, solución -por supuesto- no dada por el propio Tribunal Constitucional, sino la de alternativa entre inaplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios de la ley preconstitucional que contradiga la Constitución según el argumento de la derogación, y decisión del propio Tribunal Constitucional cuando dichos Jueces y Tribunales ordinarios no aprecien por sí mismos la derogación y ante la duda de si esta se ha producido o

no, planteen una cuestión de inconstitucionalidad.

Argumentando esta solución dada en la sentencia 4/1981 de 2 de febrero (doctrina que se verá confirmada en la Sentencia de 8 de abril del mismo año), el Tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico 1.A) asertaría que:

"La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de ese doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución y -de otra-, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación".

La solución que expone el T.C., ha sido discutida por el profesor García de Enterría, para quien, tener que consultar al Tribunal si una determinada norma ha sido o no derogada por el apartado 3 de la Disposición Derogatoria sería tan absurdo como consultar al propio Tribunal sobre la derogación de las normas expresamente referidas en

el apartado 1 de dicha Disposición. En suma, escribirá Enterría, "en nada puede variar la solución por el hecho de que el apartado 3 contenga una cláusula derogatoria genuina e imprecisa mientras que en el apartado 1 la derogación es explícita y referida a normas concretas" (84).

Para este autor la interpretación de aquella disposición dará inicialmente el siguiente resultado: "derogación de todas las normas reguladoras de aquellas materias en que la Constitución tiene una pretensión de aplicación directa e inmediata, esto es, derechos fundamentales y parte organizativa y habilitante de los poderes públicos constitucionales" (85). Pero -el mismo autor se plantea como verdadero problema-, ¿el efecto derogatorio se detiene ahí o se extiende a la totalidad de la legislación anterior a la Constitución en cuanto le sea reprochable una contradicción cualquiera con alguna de las normas o principios constitucionales?. Su conclusión es la siguiente: "Si hubiese que extender los efectos de la cláusula derogatoria, apartado 3, a la totalidad de las leyes pre-constitucionales, sea cual sea su contenido, la cuestión de su contradicción con la Constitución como presupuesto de su derogación debería ser decidida por los jueces y Tribunales ordinarios; en el otro caso no podría hablarse de derogación sino de inconstitucionalidad, aunque sea en la forma de una inconstitucionalidad sobrevenida, y la cuestión, en cuanto se plantee, deberá ser remitida al Tribunal Constitucional, cuyas decisiones estimatorias tendrán valor erga omnes y definitivo" (86).

Resumiendo, lo que late nuevamente en el fondo de este planteamiento es el problema de la aplicabilidad directa de la Constitución por los poderes públicos (sobre todo por los Jueces y Tribunales ordinarios) y la (infeliz) redacción del art. 53 de la C.E. que parece distinguir distintos niveles normativos (derechos y libertades fundamentales, -y aún aquí distingue entre las secciones primera y segunda del capítulo II del Título I-, y principios rectores de la política social y económica), lo que es evidente es que todos los poderes públicos (y aún los sujetos privados) están sujetos a la Constitución y llamados a su aplicación (art. 9.1. C.E.) sin que quepa distinciones entre artículos de aplicación directa y artículos programáticos carentes (según algunas interpretaciones), de valor normativo. El propio artículo 53.3 precisa que estos últimos "informarán la práctica judicial", es decir, que los Jueces y Tribunales deberán tenerlos en cuenta cuando apliquen la Constitución. El problema viene suscitado por el último inciso del citado párrafo cuando, refiriéndose a dichos principios "programáticos" dispone que "solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". García de Enterría es conciso refiriéndose a este problema, para quien, tal inciso no significa una prohibición de alegación y menos de aplicación, lo que entraría en colisión con el párrafo inmediatamente anterior ("informarán la práctica judicial") si-

no que trata de decir dicho artículo que la Constitución, al formular tales principios, "no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión" (87). Pero evidentemente, se pueden aplicar judicialmente, como también es evidente que el T.C., puede y debe declarar inconstitucional una ley que infrinja esos principios contenidos en los artículos 39 y siguientes de la Constitución. Por tanto García de Enterría lo que propugna en los supuestos de derogación de la legislación anterior a la Constitución es la fórmula italiana, que careciendo su Constitución de una cláusula derogatoria expresa, no dispensa de derogar todas las normas que se le opongan por el T.C. italiano en cuya primera sentencia (nº 1 de 1956) decidió estimar su competencia frente a la de los Tribunales Ordinarios-, para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, por tratarse no de un problema de abrogación sino de ilegitimidad constitucional sobrevinida (88). Esta solución, (no la de alternativa del caso español), defiende Enterría, supone "una valoración más apurada de la Constitucionalidad de los textos legales preconstitucionales que lo que cabría esperar del enjuiciamiento disperso por todos los órganos de la jurisdicción ordinaria como una cuestión de simple derogación". Y precisa: "El criterio de lex superior, administrado por una jurisdicción especializada, parece que pueda rendir

mejores frutos, con seguridad, que el de la lex posterior aplicado por todos los Tribunales, dado además el principio de conservación de las normas en el tiempo y su correlativa no derogación de no producirse con la nueva una incompatibilidad manifiesta (artº. 2.2. CC)". (89)

Se propugna por tanto una concentración de la jurisdicción, en razón fundamentalmente de una mayor seguridad jurídica, máxime si nos referimos a la totalidad de las leyes anteriores a la Constitución. De ahí la interpretación que Enterría daba líneas arriba en el sentido de entender que la Derogatoria 3 sólo alcanzaba a "aquellas normas de contenido político que regulasen las mismas materias que las normas de la Constitución a las que esta ha querido dar efecto de aplicación inmediata y directa (derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes públicos) y que efectúan esa regulación de manera precisamente opuesta o no compatible, *icto oculi*, con la regulación constitucional. Toda otra posible contradicción de la legislación pre-constitucional, en bloque, con los principios constitucionales no sería causa de derogación formal propiamente, .... sino que debería dar lugar, simplemente, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional" (90).

Esta tesis de por sí interesante, ya se observó que no fue la seguida por nuestro T.C., acercándose más a la fórmula alemana en cuya Ley Fundamental, art. 123 puede leerse:

" El Derecho en vigor antes de la reunión del Parlamento (se refiere al constituyente) Federal continúa rigiendo siempre que no esté en contradicción con la presente Ley Fundamental".

Se observa que esta fórmula, claramente se refiere a todo el Derecho pre-constitucional, que habrá que entenderlo derogado si contradice la Constitución, de ahí que el tribunal Federal Constitucional no haya dudado nunca en remitir tales contradicciones a los Tribunales ordinarios, no aceptándolos él mismo como un problema de constitucionalidad de las leyes, aunque este Tribunal ha admitido, (en cuanto que a sus efectos -la negación de validez de la norma- coinciden la derogación y la inconstitucionalidad) su intervención a través del recurso directo de inconstitucionalidad, (que en Alemania carece de plazo) por entender que es una vía que sólo el propio Tribunal Constitucional puede dispensar (91).

¿Qué solución nos parece la más adecuada?. Entendemos y comprendemos la propuesta y razonamiento del profesor Enterría, pero no objeta-

mos la solución ofrecida por nuestro Tribunal Constitucional ¿por qué?. Por un criterio práctico. Ya el propio T.C. en su Sentencia 14/1981 va apuntando que el Tribunal Constitucional es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución tanto de las leyes previas como posteriores a la Constitución, y evidentemente, el Alto Tribunal monopoliza el enjuiciamiento de estas últimas, así como los Jueces y Tribunales ordinarios inaplicar aquellas si entienden que han quedado derogadas. Puede que monopolizar todo ello el T.C., afirme el principio de "seguridad jurídica", pero hay otros principios que no pueden olvidarse, y además de mucha incidencia, como es el de rapidez del juicio. Si todo lo canaliza el T.C., la sobrecarga es evidente, con la consiguiente lentitud en las resoluciones. Si para un Tribunal ordinario no se ofrecen dudas respecto a la derogación de una ley previa a la Constitución, creemos acertado que este Tribunal no la aplique ni la tenga en cuenta, sin que tenga que intervenir el T.C. Pero es que además la seguridad jurídica queda plenamente garantizada, pues si titubea el Tribunal ordinario, si se le presentan dudas sobre si la ley (previa a la Constitución) que está manejando está o no derogada, puede promover la cuestión de inconstitucionalidad, que declarada como tal, tendrá plenos efectos frente a todos. Estimamos por tanto que el sistema es completo.

El segundo supuesto legal (decíamos) en que el T.C. puede rechazar la cuestión de inconstitucionalidad ha sido expuesto en la Sentencia 14/1981 de 29 de abril. El Tribunal estimará que: "no está justificado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando la solución del caso no está condicionada por la norma, o ésta ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior o cuando cabe su adecuación al ordenamiento constitucional por vías interpretativas".

En este párrafo, aunque el T.C., lo considera como criterio unificado de rechazo de la Cuestión de Inconstitucionalidad, claramente pueden observarse tres subdivisiones:

a) "La solución del caso no está condicionada por la norma". Obvio, el artículo 163 de la C.E., es bastante explícito. La cuestión de inconstitucionalidad se planteará cuando el fallo de un caso dependa de la aplicabilidad de una norma con rango de ley (además válida). Por lo tanto, si la solución del caso no está condicionada por dicha norma, no hay por qué plantear la cuestión. En el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia que acabamos de aludir, el T.C. afirmará que: "en la indagación del derecho aplicable al caso, el Juez o tribunal ha llegado a la conclusión de que la norma..., es determinante del fallo..."

También puede leerse: "es indispensable, por ello, (para plantear la cuestión), que el Juez o Tribunal de la cuestión .... razone sobre la relevancia de la norma para decidir el litigio".

b) "Esta (la norma aplicable al caso), ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior". "Lex posterior derogat prior". Efectivamente, este es el principio. Esa ley posterior puede ser la propia Constitución (ocurriendo una inconstitucionalidad sobrevenida, como ha sido descrito) u otra norma de idéntico rango a la que se pretende aplicar y posterior a la Constitución. En este caso el T.C. ha afirmado: "carece el Juez o Tribunal de poder para invalidar o dejar de aplicar la norma posterior y contraria a la Constitución (así, si), considera que una norma, aplicable al caso, pugna con la Constitución, y como no puede invalidar la norma y tampoco dejar de aplicarle, plantea la cuestión al Tribunal Constitucional...". Pero, igualmente afirmará el Tribunal Constitucional, que, cuando la norma "ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior con trascendencia al caso ...., el planteamiento de la cuestión no está justificado" (92), ese juicio de invalidez, por tanto es competencia exclusiva del Juez o Tribunal Ordinario. Si tuviera dudas, obviamente podría plantear la cuestión.

c) "Cuando cabe su adecuación (de la norma) al ordenamiento constitucional por vías interpretativas". Tampoco en este supuesto está justificado plantear la cuestión. ¿Razón?. El Juez o Tribunal, deberá indagar el derecho aplicable al caso y apreciar su conformidad o disconformidad con la Constitución, de ahí que haya dispuesto el T.C. la necesidad de que el Juez o Tribunal de la cuestión exteriorice el

el juicio que le lleva a plantear la ilegitimidad constitucional"(93). Probablemente, el legislativo, recogiendo esta jurisprudencia haya dado cuerpo al art.5.3 de la vigente L.O.P.J. que determina:

"Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional".

En suma, en este supuesto de injustificación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad que el T.C. ha establecido -y que nosotros hemos subdividido-, palpita la idea de que el Juez o Tribunal, antes de plantear una cuestión, a través de un razonamiento lógico se plantee la legitimidad o ilegitimidad constitucional así como la relevancia de la norma para decidir el litigio. Por eso, el T.C. pide "que se concrete la ley cuya constitucionalidad se cuestiona y el precepto constitucional que se supone infringido; el que se especifique y justifique en qué medida la decisión del proceso depende de la norma cuestionada y el que la cuestión se plantee cuando se ha llegado al momento de la sentencia, requisitos exigidos en el art. 35.2 de la L.O.T.C.", justifica (y así lo dice el T.C.), lo que se ha acabado de decir. (94).

Volviendo de nuevo al art. 163 de la Constitución, sabemos que establece (y el artículo 35 de la L.O.T.C., repite), que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es una "norma con rango de ley", lue-

go si la norma es de rango inferior, no se han planteado dudas de que son los propios Jueces y Tribunales ordinarios los que deben decidir si es contraria o no a la Constitución (95). Ahora bien, el problema se encuentra en determinar que normas tienen ese rango. Pensando en aquellos supuestos normativos que podrían ofrecer dudas respecto de su rango, como leyes se consideran las leyes autonómicas, los Decretos leyes así como los Decretos legislativos, pero ¿y los Reglamentos de las Cámaras legislativas -centrales o autonómicas?. Aunque no es fácil que en la realidad pueda plantearse ese supuesto (96) -ser uno de estos reglamentos objeto de una cuestión de inconstitucionalidad-, creemos que hay que contestar afirmativamente pues están incluidas expresamente en la relación de normas susceptibles de "declaración de inconstitucionalidad" del art. 27.2 de la L.O.T.C., artículo que es común tanto para el recurso como para la cuestión de inconstitucionalidad (97). Quizás el Auto del Tribunal Constitucional 214/1982, de 15 de junio puede alegarse en refuerzo de esta opinión:

"(El Decreto de 26 de diciembre de 1968) no tiene categoría de ley formal y no es posible atribuirle otra fuerza normativa que la propia de un reglamento de la Administración Pública, por lo que no es posible reconocerle rango o fuerza de ley, como ocurre con los Decretos leyes, los Decretos legislativos y las

demás categorías enunciadas en el artículo 27 de la L.O.T.C".

Visto el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, preguntémonos por el sujeto que puede plantearla.

El sujeto que puede plantearla es solamente el órgano jurisdiccional, (98) (que dilucida el juicio en donde surge la duda) aunque puede hacerlo bien de oficio, bien a instancia de parte, aunque ésta, según los términos del art. 35 de la L.O.T.C., no está legitimada sino que es simplemente un coadyuvante en el proceso (99). En expresión indubitada lo ha dicho el Tribunal Constitucional. "Si el órgano judicial no tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la norma, sino que la considera ajustada o conforme con la Constitución, no tiene por qué formular la cuestión de inconstitucionalidad aunque así se lo pida la parte" (100).

La doctrina por su parte ha polemizado sobre la conveniencia o no de otorgar la legitimación procesal a las partes de un proceso ordinario en la cuestión de inconstitucionalidad (101), nosotros somos de la opinión de no concederla por una pura razón práctica: otorgándole al juez ordinario un papel de filtro se evitan tanto las actitudes fraudulentas como los planteamientos dilatorios, impidiéndose de esta manera distorsionar el funcionamiento de la Administración de Justicia

Pero hablando del sujeto se plantea un problema: el de la auto-cuestion de inconstitucionalidad. Veamos. Junto a los Jueces y Tribunales ordinarios, también puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad el propio Tribunal Constitucional. O más exactamente, una de sus Salas puede elevar, de oficio, al pleno, una cuestión en el caso de un recurso de amparo interpuesto contra el acto de aplicación de una ley. Si otorga el amparo, la Sala elevará la cuestión al pleno, el cual podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia (art. 55.2 L.O.T.C.).

Con buen juicio la doctrina ha criticado la redacción de este precepto. Si el amparo se otorga porque la ley es lesiva de un Derecho fundamental, el pleno debe declarar la inconstitucionalidad de la ley, por eso sería más adecuado someter al pleno el asunto como una cuestión previa, no dictando la Sala su sentencia hasta el pronunciamiento del Pleno. Así se evita tanto que el pleno se vea mediatizado como que se produzcan sentencias discrepantes (102).

Pero en fin, si son los Jueces y Tribunales los únicos (así el art. 35.1 L.O.T.C.) que pueden interponer la cuestión de inconstitucionalidad, deberán de hacerlo cuando se den los siguientes requisitos: 1) Tiene que tratarse de una norma legal de cuya validez dependa el fallo, es decir que tiene que existir una relación directa entre

la validez o falta de validez de la norma y el fallo a dictar. En principio, realizar esta consideración corresponde exclusivamente al juez ordinario. El propio Tribunal Constitucional ha dicho: "el órgano de la jurisdicción ordinaria que plantea la cuestión es, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de resolver, por lo que el control que realice el Tribunal Constitucional sobre dicho requisito no puede sustituir a aquella competencia, y sólo cuando de manera evidente sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisibile por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad" (103).

2) La duda del Juez o Tribunal ha de ser razonada, porque el artº 35.2 de la L.O.T.C. exige que "concrete la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión".

3) Como ha señalado casi la totalidad de la doctrina, el art.163 de la Constitución, con no muy buen criterio establece que la cuestión de inconstitucionalidad no tendrá "en ningún caso" efectos suspensi-

vos, lo que "ad pedem literae" convertiría a la cuestión en un instituto inservible; la cuestión se plantea porque existe una duda que afecta al fallo. Con buen criterio la L.O.T.C., salvó esta consecuencia ordenando en su artículo 35.2 que "el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia". De lógica, porque pensemos -y así la define Pérez Tremps, recogiendo cita de Prieto-Castro-, "La cuestión de inconstitucionalidad, desde el punto de vista procesal, es una cuestión prejudicial devolutiva, que obliga a definir el conocimiento al órgano competente, quedando suspendido mientras tanto el asunto en que surge el prejudicial" (104). Así pues, presentada, el efecto inmediato que produce el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad será el de suspender el plazo para dictar sentencia hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva la cuestión prejudicial.

Por otro lado, en la fase de sustanciación de la cuestión, el Tribunal Constitucional, nos dispondrá el artº.37.2 de la L.O.T.C.- "dará traslado al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativos y ejecutivo de la misma,

todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en plazo común improrrogable de quince días".

Finalmente, finalizada esta fase de sustanciación, adviene el trámite de decisión, en el que en un plazo de quince días -salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días,- dictará sentencia (art. 37.2 L.O.T.C.), cuyos efectos se encuentran contemplados por el artº 164 de la C.E., y sus complementos, artículos 38 a 40 de la L.O.T.C. Entre aquellos cabe destacar:

a) Que la eficacia de las sentencias depende de su publicación en el B.O.E., (artº 164 C.E.), a partir de cuyo momento vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales (artº 164, C.E. y 38.1 L.O.T.C.). (105)

b) Que tendrán el valor de "cosa juzgada" - excluyéndose por tanto la posibilidad de un nuevo proceso sobre la misma cuestión - no cabiendo recurso alguno sobre las mismas (artº 164 C.E., y 38.1 y 2 de la L.O.T.C.).

c) En el orden privado, las sentencias originan efectos tan solo

"inter partes", que quedarán vinculadas desde el momento en que son notificadas (106), no obstante, a veces, cuando las sentencias son constitutivas de un nuevo estado jurídico o razones de orden público así lo aconsejan, extienden su eficacia a terceros no interviniendo en el proceso. (107)

A "grosso modo" hemos repasado la regulación de la "cuestión de inconstitucionalidad". Somos conscientes de la importancia de esta institución, pero líneas arriba fueren expuestas las dificultades -de orden procesal- para realizar un exhaustivo análisis de la misma, más teniendo en cuenta el magnífico tratamiento que ha tenido por parte de la doctrina donde destaca la ya citada monografía (para la colación del grado de doctor) del profesor Saavedra Gallo, así como otro trabajo de tesis -en estos momentos pendiente de lectura- de la compañera de Departamento de Derecho Procesal de nuestra Facultad, profesora Marín Pageo.

No obstante nuestras propias salvedades -y para finalizar este punto-, creemos importante, en base a las estadísticas de actividad del Tribunal Constitucional en los últimos cinco años, ofrecer indicios- siquiera sean indirectos- de la defensa de la Constitución por parte del juez ordinario.

Tomando como fuente el balance estadístico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1981 a 1985 presentado por el profesor Agiar de Luque en el nº 50 (marzo-abril 1986, pgs 253-274) de la Revista de Estudios Políticos, hemos confeccionado el siguiente cuadro:

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1981-1985)

AÑO	RECURSO PREVIO	RECURSO INCONSTI.	CUESTION DE INCONSTI.	CONFLICTO POSITIVO DE AMPARO	RECURSO DE AMPARO	TOTAL
1981	0	10	4	1	27	42
1982	0	12	3	12	59	86
1983	2	2	9	16	96	125
1984	1	6	4	20	96	127
1985	4	8	10	17	144	183
TOTAL	7	38	30	66	422	563

Aunque en la última parte de nuestro trabajo al analizar las entrevistas efectuadas a miembros de la judicatura se ofrecerán datos más exhaustivos y relevantes al respecto, merece la pena un breve comentario de los datos expuestos en el cuadro.

El profesor Rubio Llorente -en términos de extrema delicadeza-, parece sugerir que en buena lógica, las cuestiones de inconstitucionalidad y los recursos de amparo planteados ante el Tribunal Constitucional pueden ofrecer indicios de la defensa de la Constitución por el juez ordinario. (108)

Comparando la escasa incidencia de las cuestiones de inconstitucionalidad frente a los recursos de amparo, podría bien pensarse en una primera aproximación, que el juez ordinario tiende a ser muy restrictivo a la hora de plantear las cuestiones de inconstitucionalidad como así parece deducirse del trabajo citado del profesor Llorente. A nuestro juicio, tales conclusiones pueden ser precipitadas e infundadas, pues en principio, la escasa presentación de cuestiones puede significar tanto ausencia de voluntad en aplicar la Constitución como ausencia de dudas sobre la constitucionalidad de las mismas. Es decir, puede tratarse tanto de un juez poco imbuido de "valoración constitucional" (el barbarismo de la frase esconde una voluntad de eufonía), cuanto un juez especialmente "resolutivo" por carencia de dudas.

Hasta aquí este breve comentario, que repetimos, será lo suficientemente ampliado en la segunda parte de nuestro trabajo hasta la obtención de unas conclusiones detalladas de estos temas. No obstante algunas conclusiones son de inexcusable cumplimiento de lo hasta ahora escrito.

CONCLUSIONES CAPITULO IV

1.- Se reconoce que el Estado de Derecho es el Estado sometido a las leyes, siendo la Constitución la "lex legum" por lo que a partir de este inicial principio se deberá instrumentar un sistema que garantice su jerarquía posicional y su valor normativo. Se controlará la constitucionalidad de las leyes, es decir, se verificará el respeto de las mismas hacia la ley máxima, la Constitución, con el fin de garantizar su superioridad y hegemonía.

2.- A tal fin se han articulado por la ciencia jurídico-política, una serie de sistemas que desde distintas ópticas jurídico-políticas pretenden cubrir este problema. Se ha ido desde la atribución exclusiva a órganos políticos de esta defensa (al Parlamento, al Ejecutivo a órganos dependientes del mismo) hasta la atribución a órganos judiciales, donde se puede distinguir, a) atribución a órganos judiciales ordinarios, sistema conocido como de jurisdicción difusa, donde se le otorga a la justicia ordinaria las tareas de vigilancia del cumplimiento y observancia del texto constitucional. Se cita como ejemplo específico el "judicial review" americano y b) atribución a órganos judiciales especiales. Conocidos como sistemas de jurisdicción concentrada, pues se le concede las tareas de defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccio-

nal especial. Su nacimiento se debe a la obra jurídica de Kelsen, plasmándose prácticamente por primera vez en la Constitución Austriaca de 1420.

3.- El modo de defensa que adopta nuestra Constitución de 1978 se vé claramente influido por esos dos sistemas anteriormente citados. Es decir, participa tanto del sistema de jurisdicción difusa como el de concentración. Para ello se regula la existencia de un tribunal "ad hoc", de raíces Kelsenianas (artº 159 y ss. de la C.E.), pero por otro lado se permite a la jurisdicción ordinaria participar en las tareas de defensa del ordenamiento constitucional (artº 163 y 9.1 de la C.E.).

4.- Volcándonos precisamente en la defensa de la Constitución por el Juez ordinario recalamos en el artº 163 de la C.E., que regula la cuestión de inconstitucionalidad. Doctrinal, política, jurisprudencial y legalmente se ha reconocido que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico español y que los jueces y Tribunales ordinarios tienen el deber de aplicarla como asimismo inaplicar toda disposición que la contradiga. Pues bien, como desarrollo del artº 163 de la C.E. nos encontramos con la L.O.T.C. en concreto el artº 35.1, y la vigente L.O.P.J., artº 5.2, prácticamente coincidentes en su contenido: el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá plantear una cuestión de in-

constitucionalidad cuando considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. El presupuesto previo para proceder es que el órgano judicial, por vía interpretativa no puede acomodar esa norma al ordenamiento constitucional. (artº 5.3 de la L.O. P.J.).

5.- Hemos recordado igualmente los debates parlamentarios, (más por su utilidad práctica que por su utilidad científica), observando que el artº 163 sufrió numerosas alteraciones lo cual deja constancia de la importancia de esta institución, aunque finalmente la Comisión Mixta, Congreso-Senado fue quien interpretando sus propias atribuciones determinó la redacción final del artº 163, sin que contemos, por no hacerse públicas, las actas de las sesiones de dicha Comisión, que hubieran sido (debieron ser) interesantes.

Esas discusiones parlamentarias sobre el artº 163 han sido completadas con las correspondientes al artº 5 de la L.O.P.J. En estas se hará hincapie en el carácter de los jueces ordinarios como garantes del sistema democrático manteniendo la primacía de la Constitución como norma suprema y directamente aplicable.

6.- La finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad es garantizar

la adecuación de las leyes y normas con fuerza de ley a la Constitución por lo que puede configurarse como un complemento del recurso de inconstitucionalidad, aunque no debe olvidarse que la cuestión se plantea en un juicio concreto, de tal forma que trata de evitar que se aplique en aquel una norma (supuestamente) inconstitucional; el recurso de inconstitucionalidad se trata de un enjuiciamiento abstracto aunque en uno y otro se enjuician normas y no hechos.

El órgano facultado para dispensar y sustanciar la cuestión es el T.C., aunque éste, legalmente podrá inadmitirla si; a) faltan las condiciones procesales formales, y b) es notoriamente infundada.

Además, a través de su jurisprudencia (STC 14/1981 de 29 de abril), el T.C. ha establecido otros supuestos de inadmisión:

a) cuando se trate de normas anteriores a la Constitución, lo que desencadena el problema de la inconstitucionalidad sobrevenida y los problemas de derogación de la legislación anterior a la Constitución a partir de su Disposición Derogatoria 3. La solución que dá el propio T.C. (STC 4/1981 de 2 de febrero) es la de alter-

nativa entre inaplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios de la ley preconstitucional que contradiga la Constitución según el argumento de la derogación, y decisión del propio Tribunal Constitucional cuando los órganos judiciales ordinarios no aprecien por sí mismos la derogación y ante la duda de si ésta se ha producido o no, planteen una cuestión de inconstitucionalidad. En este último supuesto los efectos de la resolución del T.C. serán "erga omnes". Solución aproximada a la ofrecida por la Ley Fundamental de Bonn, y discutida por la doctrina, en especial el profesor Enterría, que propugna la fórmula italiana de un solo centro decisor de estas cuestiones en aras de una mayor seguridad jurídica.

Nosotros estimamos correcta la solución ofrecida por el T.C., pues en nada se ve afectada la seguridad jurídica y sí se beneficia el principio de economía procesal por la descarga que supone decidir directamente la justicia ordinaria la derogación, que sin lugar a dudas, se ha producido respecto de ciertas leyes previas a la promulgación de la Constitución.

b) El segundo supuesto de inadmisión de la cuestión estimado jurisprudencialmente (STC.14/1981 de 2 de febrero) dispone que: "No está -

justificado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando la solución del caso no está condicionada por la norma, o ésta ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior o cuando cabe su adecuación al ordenamiento constitucional por vías interpretativas.

Este supuesto ha sido subdividido en tres distintos casos pero en suma lo que progugna el T.C. es que el órgano judicial, antes de plantear una cuestión, a través de un razonamiento lógico se plantease la legitimidad o ilegitimidad constitucional así como la relevancia de la norma para decidir el litigio. Esta jurisprudencia ha sido recogida por el artº 5.3 de la vigente L.O.P.J.

7.- El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es una "norma con rango de ley". Si la norma es de rango inferior, no se han planteado dudas de que son los propios Jueces y Tribunales ordinarios los que deben decidir si es contraria o no a la Constitución. El problema que podría plantearse sería determinar qué normas tienen ese rango, la L.O.T.C., en su artº 27, párrafo 2 soluciona tal situación al relacionar las normas susceptibles de "declaración de inconstitucionalidad", tanto para el recurso como para la cuestión de inconstitucionalidad.

8.- El sujeto facultado para promover la cuestión de inconstitucionalidad es exclusivamente el órgano jurisdiccional que conoce del caso concreto en donde surge la duda, que podrá hacerlo de oficio o a instancia de parte, aunque ésta, en virtud de los términos dispuestos por el artº 35 de la L.O.T.C., no está legitimada sino que es simplemente un coadyudante en el proceso. Aunque la doctrina ha polemizado sobre la conveniencia de otorgarle la legitimación procesal a las partes de un proceso ordinario en la cuestión de inconstitucionalidad, nosotros estimamos ventajoso no concederla para evitar actitudes fraudulentas. El Juez actuará por tanto como filtro que depure los planteamientos de cuestiones.

No pasa por alto la posibilidad de una "autocuestión de inconstitucionalidad", que puede producirse cuando una de las Salas del T.C. en el caso de un recurso de amparo interpuesto contra el acto de aplicación de una ley, eleva la cuestión al Pleno, quien podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia (artº 55.2 L.O.T.C.). Esto ha sido criticado por la doctrina, pues si el amparo se otorga porque la ley es lesiva de un Derecho Fundamental, más adecuado sería someter al pleno el asunto como una cuestión previa y declarar -en su caso- la ley inconstitucional.

9.- Los presupuestos para promover una cuestión de inconstitucionalidad son:

a) Que debe de tratarse de una norma legal de cuya validez dependa el fallo. En principio, y así ha sido declarado por el T.C., realizar esta consideración corresponde exclusivamente al Juez ordinario.

b) La duda del órgano judicial ha de ser razonada. El art. 35.2 L.O.T.C. exige la concreción de la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y que se especifique en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

c) Aunque inconcretado por el art. 163 de la C.E., la L.O.T.C., art. 35.2 dispone que "el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia". Se suspende por tanto el plazo para dictar sentencia hasta tanto el T.C. resuelva la cuestión prejudicial, que deberá hacerlo en un plazo de 15 días, ampliables a 30, por motivaciones concretas.

10.- Se finaliza el capítulo con un breve comentario sobre las estadísticas de actividad del T.C. en los últimos 5 años (1981-1985) sobre cuestiones de inconstitucionalidad y los recursos de amparo presentados al T. C., como indicación de la defensa de la Constitución por el juez ordinario. Aunque la conclusión que de ello puede sacarse en una primera aproximación parece fácil, pues comparando la escasa incidencia de las cuestiones de inconstitucionalidad (30) frente a los recursos de amparo (422) podría pensarse que el juez ordinario tiende a ser restrictivo a la hora de plantear cuestiones (Rubio Llorente), pensamos que ello puede significar tanto ausencia de voluntad en aplicar la Constitución como igualmente ausencia de dudas sobre la constitucionalidad de las normas, que puede traducirse en un juez poco imbuido de "valoración constitucional" o en un juez "resolutivo por carencia de dudas".

NOTAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO IV

- (1).- Gonzalez-Deleito Domingo, N.: "Tribunales Constitucionales, Organización y Funcionamiento", Tecnos, Madrid 1980, pág. 11. En la página 12 cita a Vivescovi, para quien el Proceso Constitucional, es un "proceso que tiene por objeto la materia constitucional".
- (2).- De Esteban, J., y López Guerra, L.: "El Régimen Constitucional Español" (Vol. I), Labor Universitaria, Barcelona 1980, págs. 268-270; Fernandez Segado, F. "La Jurisdicción Constitucional en España", Universidad Autónoma, Madrid, 1983, págs 75-77; Alvarez Conde, E.: "El Régimen político Español", Tecnos, Madrid 1983, págs 350-351; Perez Tremps, P.: "Tribunal Constitucional y Poder Judicial", C.E.C., Madrid 1985, págs 226 y ss.; Aragón Reyes, M.: "Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia", en la obra colectiva "El Tribunal Constitucional", editada por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, Vol.I, págs 570 y ss.; Fairen Guillen, V.: "Algunos problemas procesales que plantea la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español", en la obra anteriormente citada "El Tribunal Constitucional", Vol. II, págs. 989 y ss.; Manzanares Samaniego, J.L.: "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en la obra colectiva citada "El Tribunal Constitucional" Vol. II págs 1565 y siguiente.

Obviamente no está recogida toda la doctrina al respecto, pero las obras citadas remiten a la misma. Pero además de ello son de gran utilidad los Debates Parlamentarios a propósito de los artículos 123.1 y 161.1a) de la Constitución Española, así como el artículo 5 -y su correspondiente debate- de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

- (3).- Que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico es un hecho sobre el que no cabe ninguna duda. Citar los ejemplos a este respecto sería interminable. En el transcurso del epígrafe se irá poniendo de manifiesto pero no obstante, una obra merece ser citada por su trascendencia en este aspecto: "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional" (Civitas, Madrid, 1981) del Profesor Garcia de Enterría.

Por otro lado ha escrito Ganshof van Meersch que "Il n'y a pas d'état de droit complet sans contrôle de la constitutionnalité de la loi" (Citado por Gonzalez-Deleito en "Tribunales

Constitucionales"... ob. cit. pág. 15).

- (4).- Otra advertencia, aunque está teñida con el camuflaje de las notas bibliográficas, es que no vamos a entrar en toda la problemática jurídico-política que conlleva el tema de la justicia constitucional, (y a una de sus formulaciones), donde obviamente se integra el tema de la justicia constitucional, entendida en el Coloquio de Heidelberg como "todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo la observación de la Constitución" (vid. Alvarez Conde, E.: "El Régimen Político..." ob. cit. pág. 324 y nota 31.).
- (5).- "El Régimen político..." ob. cit. pág. 325 y siguiente, aunque se puede ver igualmente las "Unidades Didácticas de Derecho Político" dirigidas por los profesores Alzaga Villamil y Torres del Moral" (U.N.E.D), Madrid 1985 vol.I pág. 193 y ss.) que siguen este mismo planteamiento.
- (6).- Vid. Gonzalez Casanova, J.A.: "Teoría del Estado y Derecho Constitucional", Vicens Universidad, Barcelona 1982, 2ª edición pág 226.
- (7).- "El Régimen..." ob. cit. pág. 325.
- (8).- Para bibliografía vid la nota 34 citada por Conde en su obra que nos sirve de referencia, pág. 326.
- (9).- Invento de arriba a abajo en opinión de Enterría, "la Constitución como norma y..." ob. cit. pág. 123.
- (10).- Este histórico caso, de lógica, ha sido más que estudiado. Sin necesidad de saturar al lector con numerosas citas, recomendamos levemente a Fernandez Segado, F.: "La Jurisdicción Constitucional en España". Universidad Autónoma de Madrid, 1983, págs. 8 y ss.; Perez Tremps, P.: "Tribunal Constitucional y Poder Judicial", C.E.C., Madrid, 1985, págs 26 y ss.
- (11).- "Tribunal Constitucional y Poder Judicial" ob. cit. pág. 26.
- (12).- Ibidem.
- (13).- Citado por Fernandez Segado en "la Jurisdicción Constitucional en..." ob. cit. pág. 19 y siguiente.

- (14).- Por supuesto sobre el sistema del "Judicial Review" se han escrito montañas de líneas. Citar las obras sería titánico cuando no paranóico. No hay un constitucionalista que no se precie de haber escrito al respecto. Agesta, Esteban, Segado, Aparicio, Cappeletti, Enterría, y largos etcéteras podían ser buenos ejemplos, y pedimos perdón a quienes no mencionamos, siendo sus trabajos más que fundamentales.
- (15).- "La Jurisdicción Constitucional en ..." *ib. cit.* pág. 20.
- (16).- Sobre el principio "stare decisis", véase a Alonso Garcia, A.: "La Interpretación de la Constitución", C.E.C., Madrid, 1984, págs 165-182 y Lopez Guerra, L.: "El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis" publicado en la obra colectiva citada "El Tribunal Constitucional", vol. II pg. 1433 y ss.
- (17).- Las bases del modelo kelsiano son hábilmente recogidas (con argumentación doctrinal) por Pérez Tremps en su obra citada "Tribunal Constitucional y Poder Judicial", págs 48 y ss. y págs. 111 y ss.
- (18).- Aparicio Perez, M.A.: "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el Poder Judicial". Separata de la "Revista Jurídica de Cataluña" nº 4, 1983 pág 150.
- (19).- *Ibidem*, pág. 156 y siguiente.
- (20).- *Ibidem* pág. 151. En la página siguiente nos recuerda como esos tres modelos son rigurosamente sucesivos en el tiempo y nacen bajo la aparente influencia del primero, aunque esto se trata de una afirmación enormemente comprobada como pone de manifiesto.
- (21).- "Derecho, Instituciones y ..." *ob. cit.* pág. 388.
- (22).- Publicado en la "Revista Española de Derecho Constitucional" nº 4, enero-abril 1982, págs 35-67.
- (23).- Aún ya adelantado, valga la repetición.
- (24).- "Derechos, Instituciones y..." *ob. cit.* pág.
- (25).- Citado por *Ibidem*.

- (26).- Vid. Aparicio Perez M.A.: "Algunas consideraciones sobre la..." ob. cit. pág. 151.
- (27).- Ibidem, pág. 160, también deben verse las págs. 157 y ss.
- (28).- Un aclarador resumen de estos modelos puede verse en Gonzalez-Deleito Domingo, N.: "Tribunales Constitucionales..." ob. cit. pág. 66 y ss.
- (29).- Citados por Ibidem pág. 161.
- (30).- Vid. su obra citada "la Constitución como norma y el Tribunal Constitucional" págs. 128 y ss.
- (31).- Ibidem págs. 137 y siguiente, refiriéndose a competencias directas del propio Tribunal Constitucional.
- (32).- "Derechos, Instituciones y..." ob. cit. págs. 389 y siguiente.
- (33).- "Derechos Instituciones y..." ob. cit. pág. 390.
- (34).- "La Constitución como norma y el..." ob. cit. pág.65.
- (35).- Vid. a este respecto: Angulo Rodriguez, E.: "Control de Constitucionalidad y legislación delegada", en la obra colectiva "El Tribunal Constitucional", vol. I, págs 487 y ss.
- (36).- "Tribunal Constitucional y ..." ob. cit. pág.3:
- (37).- Ibidem.
- (38).- Vid. "L.O.P.J., Trabajos Parlamentarios", Cortes Generales, Madrid, 1986. Vol. I, pág 768 y 770 donde a tenor de las discusiones sobre el art. 5 de dicha L.O. se mantendrá el carácter de norma suprema de la Constitución y su aplicación directa y vinculante por todos los jueces y magistrados.
- Y también vale la pena repasar el discurso del Ministro de Justicia al presentar (defendiendo) el Proyecto de L.O. al pleno del Congreso, donde resaltaré la primacía de la Constitución (Ibidem págs. 94 y ss.)
- (39).- Recogido de Lucas Verdú, P..." Curso de Derecho..." ob. cit. pág. 860.

(40).- Enmienda nº 74, del Diputado Silva Muñoz de A.P. Mediante un último inciso pretende que por incidencia de la cuestión de inconstitucionalidad, "En ningún caso podrá paralizarse la tramitación del proceso."

Enmienda nº 369. Grupo Socialista del Congreso. Por un lado propone que desaparezca el concepto "de oficio" y la sustitución de la expresión "norma invocada" por "norma aplicable". Por otro lado, propone añadir un segundo apartado según el cual se podría presentar ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad de la jurisprudencia de los órganos judiciales cuyas resoluciones agotarán la jurisdicción.

Enmienda nº 779 U.C.D. Su propuesta no afectaba a problemas sustantivos sino redaccionales.

(Vid. "Trabajos Parlamentarios" ob. cit. vol. I. págs. 181-182; 288 y 500).

(41).- Ibidem. págs 594 y 627.

(42).- Ibidem, vol. II pág. 1719.

(43).- Ibidem.

(44).- Ibidem pág. 1720.

(45).- Ibidem.

(46).- Ibidem.

(47).- Ibidem págs 1723 y pág 1832 para ver el texto de este precepto. Según Dictamen de la Comisión que venía a decir:

"Artículo 157:

1.- Cuando un Juez o Tribunal, de oficio, considere en algún proceso que una norma legal invocada, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, plantea la cuestión ante el Tribunal Constitucional en la forma que establezca la ley.

2. Asimismo, por ley se regularán los supuestos de revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad.

- (48).- Ibidem, pág 1847.
- (49).- Ibidem págs 2492 y siguiente.
- (50).- Ibidem pág.2604.
- (51).- Ibidem vol. III pág 2659.
- (52).- Vid. Ibidem. Vol. IV. pgs. 4115 a 4131.
- (53).- Ibidem vol. III pág 2706.
- (54).- Ibidem pág.2737.
- (55).- Ibidem pág. 2752.
- (56).- Ibidem pág.2819.
- (57).- Ibidem pág. 2939 y siguiente.
- (58).- Ibidem. Existiendo un error en la numeración de las páginas hay que tener presente un número cardinal complementario al pie de página. Así, el pie de página es el número 2950, el complementario los números 43 y 44.
- (59).- Ibidem pág.2950 nº complementario 125.
- (60).- Ibidem, vol. IV págs.4134 a 4143.
- (61).- Se trata del art. 162 del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado. Ibidem pág. 4226.
- (62).- Ibidem pág. 4.301. Igualmente precisemos que durante la discusión plenaria se presentan también enmiendas "in voce" por parte del Senador Valverde y el propio Pedrol Rius presenta otra para readaptación del texto, que en suma persiguen sustituir la expresión "norma invocada" por norma aplicable. Ibidem pág. 4776-4779.
- (63).- Vid nota anterior.
- (64).- Vid. Trabajos Parlamentarios, ob. cit. vol. IV págs. 4860 y siguiente.

- (65).- Vid. "L.O.P.J. Trabajos..." ob. cit. vol.I pág 97.
- (66).- Ibidem pág. 104.
- (67).- Ibidem pág. 107.
- (68).- Ibidem pág. 109.
- (69).- Para esta afirmación Sotillo Marti recordó los Debates Constituyentes y los referidos a la L.O.C.G.P.J., así como la jurisprudencia del T.C. Sentencias de 14 de julio de 1981 y 22 de junio de 1982.
- (70).- L.O.P.J. "Trabajos..." ob. cit. vol. I pág 109.
- (71).- Ibidem.
- (72).- Ibidem pág. 606.
- (73).- Ibidem pág. 224.
- (74).- Ibidem pág. 525.
- (75).- Art. 163 de la C.E. Norma contraria a la Constitución.
- (76).- Quizás este efecto se hubiera eliminado encuadrando el párrafo 4º como párrafo 2º.
- (77).- Vid. Ruiz Gallardon (Grupo Popular) en la defensa de las enmiendas nº 946 y 1172, en L.O.P.J. "Trabajos...ob. cit. vol. I pág. 768 y siguiente.
- (78).- Ibidem, pág.770.
- (79).- Vid. Ibidem vol.II págs 2351 y ss.
- (80).- Sobre las relaciones de ambas instancias Vid. Francisco Rubio Llorente, "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial".
- (81).- Ya en sus orígenes se demostró la insuficiencia del recurso de inconstitucionalidad, por lo que se planteó la necesidad de abrir cauces más anchos para ejercer el control de constitu-

cionalidad de las leyes diseñándose la institución de la "cuestión de inconstitucionalidad" incorporada a la Constitución austriaca en su reforma de 1929. (Vid. Perez Tromps, P.: "Tribunal constitucional y..." ob. cit. pág. 125).

Por otro lado, También podría servirnos para apoyar la tesis de la complementariedad, la dicción del art. 29,2 de la L.O.T.C., según el cual "la desestimación, por razones de forma de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, disposición o acto con fuerza de ley no será obstáculo para que la misma ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso".

Además otro argumento también podría ser lo dispuesto en el art. 33 también de la L.O.T.C., que establece un plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley para recurrirla. Pensemos que siendo "dudosamente" inconstitucional no se impugnara, por lo motivos que fueren dicha ley; - ¿habría que aplicarla?. Ahí está precisamente la cuestión de inconstitucionalidad.

(82).- "Tribunal Constitucional y..." ob. cit. pág. 128.

(83).- STC 17/1981 de 1 de Junio.

(84).- Garcia de Enterría, E. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Civitas. Madrid 1981, pg. 84.

(85).- Ibidem.

(86).- Ibidem. pg. 85.

(87).- Ibidem. pg. 69.

(88).- Ibidem. pg. 86.

(89).- Ibidem. pg. 87.

(90).- Ibidem. pgs. 87 y siguientes.

(91).- Vid, Ibidem pgs. 85 y siguientes. Aunque para el tema en concreto pgs. 63 y ss. También debe verse a este respecto a, Aragón Reyes, M.: "Dos cuestiones interesantes en nuestra juris-

dicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia" en la obra colectiva "El Tribunal Constitucional" Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, vol. I. pgs. 555 y ss. Díez-Picazo, L.M. "Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas de la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984)", en "Revista Española de Derecho Constitucional" nº 13, enero-abril, 1985, pgs. 147 y ss.; Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela; "Derecho, Instituciones y....", Ob cit, pgs. 392 y ss.; Pérez Tremps, P.; "Tribunal Constitucional y ..." Ob cit., pgs. 1444 y ss.; y Saavedra Gallo, P.; "La Duda de Inconstitucionalidad (soluciones procesales para la aplicación de la Ley constitucional al caso concreto)"; Ediciones el Almendro, Córdoba 1985, pgs. 101 y ss.

(92).- Fundamento 1 de la STC. 14/1981 de 29 de Abril.

(93).- Ibidem.

(94).- Ibidem.

(95).- Vid., a este respecto, Pérez Tremps, P., "Tribunal Constitucional y ....." ob cit pgs. 161 y ss.

(96).- Pero podría ocurrir Vid., Saavedra Gallo, P.; "La Duda de Inconstitucionalidad ...." ob. cit. pgs. 97-101.

(97).- Ley Orgánica 2/1979 de 3 de Octubre del Tribunal Constitucional, Artículo 27.2: "Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

a) Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes Orgánicas.

b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley. En el caso de los Decretos Legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número ... del artículo 82 de la Constitución.

c) Los tratados internacionales.

d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.

e) Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.

f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas."

(98).- En el orden dogmático, a este respecto se han perfilado dos posturas: una restrictiva y otra más amplia. La primera, patrocinada por un sector mayoritario de la doctrina destacando el pronunciamiento del profesor Almagro para quien ni la Constitución ni la L.O.T.C. dejan duda de que solo los órganos judiciales están autorizados para promover la cuestión de inconstitucionalidad.

La segunda corriente la encabeza Pérez Gordo, quien partiendo de la imprecisión terminológica del artículo 163 C.E. ("órgano judicial") apoyada por la incertidumbre aportada por la L.O.T.C., (artº 35.1, "jueces o tribunales" artículos 35.2, 36 y 38.3, "órgano judicial", y artº 55.2 juez"), es evidente que el órgano judicial referido por el artº 163 es tanto cualquier Juez o Tribunal ordinario, de los que integran el poder judicial conforme al artículo 117 de la Constitución, como cualquier árbitro o Tribunal arbitral de los que ejercen su actividad jurisdiccional conforme a la ley de arbitraje de Derecho privado de 1953.

Es más, pensemos (como líneas adelante observaremos), que el artº 55.2 de la L.O.T.C., faculta al propio Tribunal Constitucional y a sus Salas para promover la cuestión, lo que nos adentraría en el apasionante problema de la naturaleza del Tribunal; si como órgano político o como judicial. Pero este es un tema que por el momento no tocamos.

Por otro lado, aunque el propio Tribunal aún no se ha pronunciado expresamente al respecto, indirectamente, determinando algunos aspectos de la cuestión de inconstitucionalidad, parece inclinarse por la tesis restrictiva. Así se desprende, por ejemplo, del empleo de los términos "juez o tribunal", órganos "judiciales", "juez ordinario", etc., expresiones que sabemos,

tienen un contenido determinado en la ciencia procesal.

(Vid., sobre este tema Saavedra Gallo, P.: "La Duda de ...." ob. cit. pg. 147-151).

- (99).- Sobre el tema de las Partes es de absoluta recomendación a Saavedra Gallo, P.; "La Duda de ...." ob. cit. pgs. 193 y ss.
- (100).- Auto 10/1983 de 12 de enero.
- (101).- Un resumen de esta problemática en A. Perez Gordo: "La legitimación activa de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad". "Revista Jurídica de Cataluña", nº 3, pgs. 191-210.
- (102).- Vid. Torres del Moral, A.: "Principios de Derecho Constitucional español". Atomo ediciones, Madrid 1986, Tomo II, pg. 409, y Saavedra Gallo, P.; "La Duda de Inconstitucionalidad ...." ob. cit. pgs. 138-190.
- (103).- STC 3/1934 de 24 de Julio.
- (104).- Perez Tremps, P.; "Tribunal Constitucional y ..." ob. cit. pgs. 126.
- (105).- Ya el propio Tribunal Constitucional en Auto 85/1981, de 28 de julio ha reconocido la eficacia "erga omnes" de las sentencias -tanto estimatorias como desestimatorias- recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad; es decir, sus sentencias -salvo aquellas que se limiten a la estimación subjetiva de un derecho- tendrán plenos efectos frente a todos, confirmando por tanto lo dispuesto en los artículos 164 de la Constitución y 38.1 de la Ley Organica del Tribunal.
- (106).- El artº 38.3 de la L.O.T.C., dispone que el Tribunal Constitucional comunique inmediatamente su sentencia al órgano judicial competente para la decisión del proceso quien a su vez la comunicará a las partes, quedando vinculados aquel desde que tiene conocimiento de la sentencia, estas, desde el momento en que sean notificadas.
- (107).- Esto es precisamente una de las razones que aconsejan la declaración de generalidad de efectos dispuesta por el artº 38.1 de la L.O.T.C. (Vid., estas razones en Almagro Nosete, J. "Jus-

ticia Constitucional. (comentarios a la Ley Organica del Tribunal Constitucional)". Madrid 1980 pg. 169 y siguientes.

(108).- Vid., Rubio Llorente F.: "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", en el nº 4 de la "Revista Española de Derecho Cosntitucional", enero-abril 1982, pgs. 35 y ss.

CAPITULO V

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

V.1: ANTECEDENTES

V.2: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

V.3: LA LEY ORGÁNICA 1/1980, DE 10 DE ENERO, DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

V.4: LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL.

V.4.1: LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN LA LEY ORGÁNICA 6/1985 DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL Y SU CONTRASTE CON LA LEY ORGÁNICA 1/1980 DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

V.4.2: EL SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN LA LEY ORGÁNICA 2/1985, DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL Y SU PROBLEMÁTICA POLÍTICA.

CONCLUSIONES CAPÍTULO V

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS CAPÍTULO V

V.1: ANTECEDENTES

Retornando nuevamente a líneas pasadas, recordemos que entre los iniciales formuladores de la teoría de la separación de poderes sería Montesquieu el autor donde se encuentra la primera referencia a la función judicial como poder del Estado. Quizá sea debido, como se ha apuntado (1), a que cuando Locke escribió su "Two Treatises on Civil Government" aún no se había consagrado constitucionalmente la independencia de los jueces (Act of Settlement, 1701), o tal vez a que el papel de resistencia de la judicatura contra el Estado absoluto, a pesar de ser importante en Inglaterra, no fue equiparable al de los parlamentos judiciales franceses. La realidad que vivió Montesquieu, por tanto, fue más propicia para considerar a la magistratura como un auténtico poder (aun cuando el propio Montesquieu -como sabemos- restará importancia al poder judicial). No otra es la visión que se da en "Del espíritu de las leyes", donde si bien se insiste en la separación del poder judicial con respecto al legislativo y al ejecutivo (2), también se propugna un sistema judicial que evite el corporativismo (3), y que se base en el sometimiento del juez a la ley (4). En definitiva, garantizar la independencia de la judicatura, pero a la vez, limitando su poder.

Es conocido también el recelo que los revolucionarios franceses mantuvieron hacia la judicatura, debido precisamente a las

fuertes atribuciones que había tenido anteriormente en los parlamentos. El sometimiento del juez a la ley, y por tanto su incapacidad para actuar en el plano legislativo, cuestionando, suspendiendo o modificándola, será manifestación de ese recelo. La independencia del poder judicial se limita aquí (como, por otra parte en los sistemas del Common Law, basados en otro tipo de principios en cuanto a la relación entre el juez y el Derecho) (5) a la garantía de la inamovilidad de los jueces, y a la independencia del juez a la hora de dictar sentencia. Habría que esperar a un momento posterior para que la inamovilidad no aparezca garantizada por el legislativo con respecto al ejecutivo, sino por un órgano propio de la Magistratura con respecto a otros poderes.

En lo que a nuestro país respecta, esa transición se producirá en un primer intento, tras la promulgación de la L.O.P.J., de 1870, con el Decreto de Nicolás de Salmerón de 8 de mayo de 1873. En este Decreto, se confiere al Tribunal Supremo la competencia sobre los ascensos, traslados y separación de los funcionarios del Poder Judicial, que antes ostentaba el Consejo de Estado. Sin embargo, esta medida sólo se mantendría en vigor durante ocho meses. Según Agúndez, tanto en este caso como en los posteriores, habría de ser la propia falta de interés de los Magistrados en el autogobierno, lo que motivaría su fracaso (6).

Posteriormente, en 1917, por decreto de 18 de mayo, se crea el Consejo Judicial, con funciones de evacuación de consultas del Gobierno, formular preguntas sobre la marcha de la administración de justicia, proponer los funcionarios judiciales y fiscales para ascenso y proponer traslados de funcionarios y visitas de inspección. Este Consejo estaba formado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidía, y, como vocales, el Fiscal y un magistrado del Tribunal Supremo, el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, el de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación y un miembro de la Comisión codificadora. Sin embargo, este Decreto tuvo aún más corta vida que el anterior, siendo derogado el 18 de junio de 1917 (7).

En 1923, con la Dictadura de Primo de Rivera, se da un nuevo intento de relativo autogobierno, plasmado en los Decretos de 2 y 20 de octubre de 1923. Por el primero se crea la "Junta Inspectora del Poder Judicial", compuesta por tres magistrados del Tribunal Supremo y un Magistrado de Secretario. Su finalidad era realizar una depuración (que afectó a quince funcionarios) mediante el examen, revisión y fallo de los expedientes y procedimientos que se hubieran incoado durante los cinco años anteriores para exigir responsabilidad civil y criminal a los jueces, magistrados y fiscales, aunque

las resoluciones que se hubieran dictado estuvieran archivadas.

En el segundo decreto, se crea la "Junta Organizadora del Poder Judicial", compuesta por dos magistrados del Tribunal Supremo, un magistrado de Audiencia Territorial, un magistrado de Audiencia Provincial, y un juez de primera instancia, o, en su lugar de cualquiera de ellos, fiscales de las mismas categorías. Eran elegidos por sufragio directo de los funcionarios judiciales y fiscales. La Junta propone al Gobierno los ascensos, nombramientos, traslados y permutas, mediante un sistema unipersonal en el caso de los jueces y mediante terna en el caso de los fiscales. El Gobierno por su parte podía vetar la propuesta por una sola vez, devolviéndola a la Junta, aunque si la Junta la mantenía, ésta terminaba haciéndose efectiva.

Por decreto de 21 de junio de 1926, se desandaría parte de lo andado en lo que respecta al "autogobierno" del Poder Judicial. Se crea el "Consejo Judicial", y se suprimen, tanto la Inspección Central de la Administración de Justicia, como la Junta Organizadora del Poder Judicial. El nuevo organismo no tendrá, sin embargo, todas las competencias de los anteriores. Sólo asume plenamente las de la Inspección Central, pero no las de la Junta Organizadora en su totalidad. El Consejo estaba formado por nueve miembros:

el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidía, los Presidentes de Salas del Tribunal Supremo que procediesen de las carreras judiciales o fiscales, el magistrado más antiguo del Tribunal Supremo, el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, el juez de primera instancia Decano de Madrid, y los funcionarios de la Carrera Judicial designados libremente entre los destinados permanentemente en Madrid, hasta completar el número de nueve. Como se observa, se eliminaba expresamente la elección por parte de los propios funcionarios judiciales de los miembros del Consejo.

En lo que respecta a las competencias, este Consejo tenía atribuciones fundamentalmente simbólicas: velar por el prestigio de los Tribunales y Juzgados, de los magistrados y jueces, premiar los actos meritorios y castigar los contrarios a la función y a la integridad personal, declarar la aptitud previa al nombramiento y ascenso de funcionarios. Pero tanto el nombramiento como el ascenso eran competencias directas del Gobierno, que las ejercía sin que mediaran propuestas previas del Consejo (8).

Con todo, y como muestra de que el "autogobierno" del Poder Judicial no implicaba necesariamente la independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, se dieron casos de clara interferencia en esa actividad jurisdiccional,

directamente por parte de Primo de Rivera, como el conocido caso de "la Caoba", andaluza detenida por un asunto de tráfico de drogas, que provocó la jubilación anticipada del Presidente del Tribunal Supremo y el traslado forzoso del Juez encargado del caso. A nivel menos anecdótico se estableció por Decreto-Ley de 16 de mayo de 1926 la posibilidad de que el Gobierno estableciera sanciones con carácter retroactivo; por Decreto-Ley de 14 de octubre de 1926, se establece la posibilidad de suspensión de sentencias por el Gobierno en materias contencioso-administrativas, y se suspende por Decreto-Ley de 22 de diciembre de 1928 la inamovilidad judicial por un plazo de seis meses. Más expresividad imposible (9).

El 30 de enero de 1930 terminaba una etapa histórica y el 14 de abril del año siguiente se abría otra. Se abría, cerca de 60 años después, una nueva experiencia republicana. Las Cortes Constituyentes de junio de 1931 elaboraron una Constitución bastante progresista -vista desde la óptica democrática occidental-, cuyo título VII se dedicaba a la "Justicia", entre cuyos objetivos se podía destacar el de garantizar la autonomía de la función judicial, donde no sólo el principio de independencia funcional sino también el de independencia orgánica (de los jueces frente al gobierno u otro centro de poder) tendrían mucho que hacer. Así se declarará que "la justicia se administra en nombre del Estado" (artº 943).

Pero qué ocurre con la independencia orgánica o institucional. O, mejor, ¿existía, o se preveía un autogobierno como mejor respuesta a dicho principio? No es fácil precisarlo. Como institución, evidentemente no. Además un hecho concreto nos confirma esta opinión. El Decreto de 19 de mayo de 1931 que suprimía el "Consejo Judicial" (establecido como conocemos por Primo de Rivera el 21 de junio de 1926). ¿Razones de esta eliminación? Básicamente que se debía a la Dictadura, motivo más que suficiente para proceder a su supresión, como así se declara en el preámbulo del Decreto de 19 de mayo (10).

¿Qué sistema configuraron entonces los constituyentes republicanos? Creemos que una "atribución de funciones" inspirada en la honorable Ley Orgánica de 1870. Así el artículo 97 de la Constitución otorgará una serie de funciones al Presidente del Tribunal Supremo, entre las que destacan las de:

a) Preparar y proponer al Ministro y a la Comisión Parlamentaria de Justicia las leyes de reforma judicial y los códigos de procedimiento. (Una especie de iniciativa legislativa parcial.)

b) Proponer al Ministro, de acuerdo con la Sala de Gobierno y los asesores jurídicos que la ley designe entre elementos

que no ejerzan la Abogacía, los ascensos y traslados de jueces, magistrados y funcionarios fiscales. (Obviamente en esos asesores determinados por la ley se introduce el elemento distorsionador de la independencia.)

c) Se convierte igualmente al Presidente del Tribunal Supremo (junto con el Fiscal general de la República) en órgano de relación (limitada) con el Poder Legislativo, al estar agregado permanentemente, con voz y voto, a la Comisión parlamentaria de Justicia, pero sin asiento en la Cámara (de ahí la afirmación "relación limitada").

d) Finalmente, tareas como las de inspección y régimen disciplinario no son tenidas en cuenta.

Pensamos pues, que --aun forzando la interpretación-- no se puede encontrar un órgano de autogobierno auténtico en la Constitución republicana. Hubiera sido fácil mantener el Consejo Judicial (u otro homólogo) pero se optó por eliminar lo hecho por las autoridades de una situación política que se rechazaba de manera radical.

Durante la dilatada etapa franquista, la preocupación sobre la judicatura se ceñía fundamentalmente (sobre todo en los primeros años) a una vigilancia (muy discreta) de su funcionamiento, llegán-

dose incluso a pensar en una especie de milicia del derecho donde no faltaron los intentos de depuración en la judicatura apoyados en la "Ley de Responsabilidades Políticas" de febrero de 1939, que exigía para todos los funcionarios un certificado de adhesión al Movimiento. Los Jueces no fueron excepción especial. Cabe por tanto imaginar por qué senderos caminaba el principio de independencia.

Hasta la aparición de la L.O. de 1967, poco puede escribirse (nos referimos a regulación del Poder Judicial) sobre la judicatura. Etapa en este aspecto amorfa y falta de caracterización jurídica. La L.O. de 1870 (en todo aquello no derogado explícita o implícitamente) se iba aplicando, o al menos, la judicatura (a indicación del régimen) se iba inspirando en la misma. Pensemos que los Magistrados, Presidentes de las Audiencias Territoriales, así como aquellos jueces cuyas plazas requerían la condición de Magistrado, junto a sus funciones propias llevaban aparejadas otras, administrativas, inspectoras y de control aunque bien es verdad que en este último caso sería más correcto hablar de "autocontrol psicológico". El problema vendrá si queremos determinar el origen del mismo, es decir, si el "autocontrol" surgía como producto del agradecimiento, ideología, o por contra surgía por miedo a la coacción.

La promulgación de la L.O. de 1967 abre una nueva etapa en donde comienzan a soplar aires modernos aunque a la judicatura, al sistema judicial español lo muevan poco. No obstante el Título V de dicha L.O., se refería a la Justicia, y se declaraban importantes principios (repetimos: sólo se declaraban), por ejemplo, independencia, inamovilidad, responsabilidad (artº 29), exclusividad (artº 31), así como otros más referentes al estatuto jurídico-personal de los Jueces y Magistrados, como reconocer garantías que protegían su separación, suspensión, traslados y jubilaciones (artº 34), aunque la unidad jurisdiccional quebraba con el reconocimiento explícito de la Jurisdicción Militar y Eclesiástica (otras jurisdicciones especiales circunstanciales quedaban silenciadas).

Los Magistrados Presidentes de Audiencia seguirían con sus funciones administrativas, inspectoras y de control. Sin embargo se crea (artº 33) la "alta inspección de Justicia", que correspondería al Presidente del Tribunal Supremo, designado "entre juristas españoles de reconocido prestigio". Y finalmente, como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia se erigía al Ministerio fiscal (artº 35), órgano dependiente -sobraría decirlo- de aquél. En definitiva, poco autogobierno, y ni siquiera gobierno, puede observarse en esta regulación.

Por otro lado, en esta última etapa del franquismo se intentó seriamente la elaboración de una ley orgánica de la Justicia que sustituyera a la veterana de 1870 por parte del Ministerio Ruiz Jarabo, proyecto que sería duramente criticado en los ambientes judiciales del país, preferentemente, entre otros motivos, por su carácter escasamente innovador (11). Efectivamente, con declaración que en principio puede inducir a error, el nº 2 de la Base 32 de este Anteproyecto de Ley de Bases de la Justicia dispondrá que compete el gobierno (del Poder Judicial) a los propios órganos de la justicia. Puede pensarse con ello que se regulan fórmulas o sistemas de "autogobierno" judicial en aras a excluir (o al menos limitar) la intervención del ejecutivo, no ya sólo en la función jurisdiccional sino en la administrativa. Pero nada más lejos de la verdad: el nº 3 de la citada Base 32 despejará las dudas: "Compete al Ministerio de Justicia la Administración de la Jurisdicción ordinaria".

Sin embargo, la Base 35 mantendrá prácticamente incólume aquel extraño (pero lógico dentro del sistema franquista) "Consejo Judicial" creado por el artº 11 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, cuyas funciones se resumían en "informar la aptitud para ascensos y traslados de funcionarios judiciales, en todos los casos en que se requiera un informe de esta clase en las disposiciones orgánicas

que rijan sobre la materia, lo que lo convierte más que en un órgano de decisión, en un órgano de asesoramiento gubernamental, pues esos informes, unas veces preceptivos y otras potestativos se emitían fundamentalmente para proponer al Gobierno en ternas razonadas candidatos a las plazas importantes de la organización judicial, como magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes de Audiencias, miembros del Tribunal de Orden Público, etc... Era órgano por tanto eminentemente político y dependiente (lo preside el Presidente del Tribunal Supremo -cargo de designación gubernamental- y lo componen los miembros de la sala de Gobierno de dicho Tribunal -también designados por el Gobierno- y un Magistrado por cada una de las Salas de Justicia del mismo, elegido anualmente por los componentes de la propia sala). El Proyecto de Ley de Bases de la Justicia proponía ampliar la composición del Consejo con el Presidente del Tribunal Central y los Presidentes de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona -cargos todos ellos de libre designación- y otros dos Presidentes de Audiencias Territoriales "designados" anualmente). En absoluto era, pues, órgano independiente y de gobierno de la Administración de Justicia. En fin, ni en sus leyes objetivas ni en sus proyectos, el régimen de Franco vislumbra intenciones de resolver el problema de la independencia al menos "administrativa" de la Justicia (la política, naturalmente, ni se planteaba). Donde había coordinación, en vez de división

de poderes, mal encaje podía tener una solución de gobierno autónomo, o autogobierno de uno de los poderes "coordinados".

V.2: LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

No recuerda Rodríguez-Aguilera que "la idea del autogobierno de la Magistratura nace como consecuencia del desarrollo y afianzamiento del sistema democrático, del Estado de Derecho y de la aplicación práctica de algunos de los principios fundamentales del Poder Judicial" (12). La puesta en marcha de la transición hacia la democracia, especialmente con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 repercutirá de manera importante en el sistema político español, bastando como ejemplo la nueva formulación jurídica de sus instituciones políticas fundamentales, donde puede destacarse la organización ex novo del Poder Judicial. La independencia del mismo alcanzará las cotas más altas de su historia, no limitándose a proclamar la independencia funcional de los jueces sino también -según señala Domínguez Martín- "extrayendo del Ejecutivo todas las facultades de que siempre ha hecho uso sobre el gobierno judicial, confiriéndolas a un órgano de estructura democrática denominado Consejo General del Poder Judicial (13) (es decir, configurando un autogobierno). Igualmente se proclama abiertamente la independencia administrativa o institucional de los jueces completándose de esta forma la estructura adecuada a la elevada misión que en todo Estado de Derecho compete al Poder encargado de aplicar la ley, al poder que administra la Justicia.

Pues bien, la valoración general del sistema de "autogobierno"

implantado inicialmente en nuestra Constitución ha sido, en la práctica totalidad de la doctrina, muy positiva. En relación con nuestros antecedentes históricos (cuyos bosquejos han sido escritos páginas atrás), y también con los sistemas conocidos de Derecho comparado, puede decirse que el nuestro es el sistema que permite dotar al gobierno del Poder Judicial de más independencia con respecto al Poder Ejecutivo. Domínguez Martín, que ha analizado el sistema español, el italiano, el portugués, el alemán y el francés, llega a la conclusión de que estos dos últimos "no pueden ser ejemplos de autogobierno alguno, desde el punto de vista orgánico" (14), por lo que reduce la comparación a los primeros, desde la perspectiva de contrastar un parámetro ideal del gobierno judicial con los mecanismos constitucionales concretos. Ese parámetro ideal se vertebraría en las siguientes notas: 1.- Independencia política; 2.- Composición netamente judicial; 3.- Plena disponibilidad de medios; 4.- Reconocimiento constitucional; 5.- Naturaleza administrativa; 6.- Total apoliticidad. Esas seis notas configurarían un autogobierno judicial "integral", con plenitud de posibilidades, a las que iría aparejada la correspondiente responsabilidad en el orden contencioso-administrativo, civil y penal, ante el Tribunal Supremo. El resultado de la aplicación de esas notas a los sistemas concretos, nos daría un gobierno judicial en Portugal, Italia y España, caracterizado por los siguientes rasgos:

- 1.- Relativa independencia política.
  - 2.- Composición no exclusivamente judicial.
  - 3.- No tienen plena disponibilidad de medios.
  - 4.- Están reconocidos constitucionalmente.
  - 5.- Son órganos administrativos, no insertos en la Administración del Estado, con potestad más o menos amplia para tomar decisiones, cuya plena efectividad requiere el concurso de aquélla mediante la realización de actos diversos.
  - 6.- No es totalmente apolítico, subjetivo ni funcionalmente.
- En cualquier caso, resulta evidente para el autor que el nivel más elevado conocido de gobernación judicial se da en el sistema español, dentro del alto nivel de esos tres sistemas (15).

Efectivamente, observando el sistema alemán, Domínguez Martín escribirá: "Las precisiones constitucionales sobre la gobernación judicial se orientan, no en el sentido que normalmente podría inferirse de esa expresión, sino limitadamente hacia el nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo y de los Tribunales Federales Superiores, según resulta de los artículos 95 y 96.2 de la Ley Fundamental de 1948. Pero en ella no se hace alusión alguna, directa o indirecta, a ningún Consejo Superior de la Magistratura o del Poder Judicial que hubiera de hacer tales nombramientos, de manera más o menos similar a los demás países antes citados" (16). (Se

refiere a Francia, Portugal e Italia.)

Así es. Por el artº 95.1 de la Ley Fundamental de Bonn se dispone que "para las jurisdicciones ordinaria, administrativa, financiera, laboral y social, creará la Federación, con carácter de tribunales Supremos, el Tribunal Federal, el Tribunal Administrativo Federal, el Tribunal Federal de Hacienda, el Tribunal Federal del Trabajo y el Tribunal Social Federal". El siguiente párrafo concretará: "Los jueces de estos Tribunales serán designados por el ministro Federal competente para el respectivo sector, conjuntamente con una Comisión compuesta de jueces, integrada por los ministros de los Estados competentes para el respectivo sector y por un número igual de miembros elegidos por el Parlamento Federal".

Lo que evidencia Domínguez Martín es que dicha Comisión, que actúa junto al Ministro, carece de trascendencia para configurarse como un órgano decisorio, toda vez que -dirá- "se limita a pronunciarse por escrito sobre las calidades personales y profesionales de quienes pueden aspirar a tales nombramientos (magistrados del Tribunal Supremo). Y, además, sin intervención alguna de la Magistratura, puesto que conforme al precepto constitucional correspondiente, sólo formaron parte de aquella representantes del Ejecutivo

y del Legislativo" (17).

La conclusión es bien sencilla: "un órgano sin facultades decisorias, totalmente ajeno a la Magistratura, no puede representar ejemplo alguno de ese pretendido "autogobierno" (18).

En el sistema francés cambia algo la situación. Existe un (presunto, y veremos el por qué de esta afirmación) organismo rector o de autogobierno de la judicatura, el "Consejo Superior de la Magistratura" (artº 65 de la Constitución de 1958), presidido por el Presidente de la República (a quien la constitución le asigna, asistido por dicho "Conseil", el cometido de "garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire").

Para Domínguez Martín (19) el Consejo acredita un claro matiz presidencialista puesto que salvo el Ministro de Justicia, que es miembro nato del mismo por razón de su cargo (y que asume automáticamente la vicepresidencia de éste al igual que suple oportunamente al Presidente), el resto de componentes, hasta nueve son designados libremente por el Presidente de la República, quien los extrae de entre las siguientes categorías:

-Tres Magistrados del Tribunal de Casación.

-Tres Magistrados de Juzgados y Tribunales, elegidos de entre una lista elaborada por el "bureau" del Tribunal de Casación, en la que estarán representadas aquellas categorías.

-Finalmente, el último tercio se compondrá: a) de un Consejero de Estado, elegido entre una terna propuesta por el Pleno del mismo; b) dos personas extrañas a la judicatura, aunque relacionadas con la misma pues se tratará de juristas distinguidos en su competencia, y de elección libre por el Presidente sin que medie su presentación.

¿Puede este órgano considerarse un auténtico autogobierno de la judicatura? Difícilmente podemos considerarlo como tal. En principio, analizando su composición, ésta no resulta de aplicar criterios estrictamente democráticos. La concurrencia de la voluntad discrecional del Jefe de Estado en la elección de tres miembros patentiza la quiebra de aquellos principios. Pensemos igualmente, remitiéndonos a sus componentes, que el principio de jerarquía igualmente emerge: tres miembros surgen del Tribunal de Casación, y otros tres, aunque no pertenezcan al mismo, son propuesto por él.

Pero, ¿qué ocurre desde el punto de vista de sus funciones?

Consideremos las que siguen:

- a) Asistir al Presidente de la República para garantizar la independencia de la autoridad judicial (artº 64).
- b) Elevar propuestas para el nombramiento de los magistrados titulares en el Tribunal de Casación y para los de primer Presidente del Tribunal de Apelación (artº 65, apartado tercero).
- c) Dar su opinión sobre las propuestas del ministro de Justicia relativas a los nombramientos de otros magistrados titulares (artº 65, apartado tercero).
- d) Ser consultado sobre los indultos (artº 65, apartado tercero).
- e) Resolver como Consejo de disciplina de los Magistrados titulares, siendo presidido en este caso por el Tribunal de Casación.

Encontramos bastante clarificadora esta relación de competencias para responder a nuestra interrogante. Salvo las cuestiones de disciplina, el Consejo carece de facultades decisorias, aun a pesar del mayor número de miembros de procedencia judicial, quedando

como mero órgano que, por un lado, propone al Gobierno (quien decide) nombramientos para Presidente y Magistrados titulares del Tribunal de Casación, y por otro, como un órgano asesor y emisor de informes en aquellas otras cuestiones de su competencia.

La Constitución francesa de 1958, como señala Domínguez Martín (20) yendo aún más lejos que Prieto Castro (para quien el "Conseil" francés supone un grado intermedio de autogobierno entre el alemán y el italiano), no ha ofrecido a la Magistratura opción válida alguna para gobernarse a sí misma. La realidad de su normativa no acusa siquiera un germen de tal, al no estar investido el "Conseil" de facultad alguna que permita vislumbrar la posibilidad de resolver cuestiones gubernativas que afectan a su esfera de acción. Para reputar existente un órgano de autogobierno judicial, con la significación propia de tal, deberá estar integrado mayoritariamente con Jueces y Magistrados que asuman el derecho y la responsabilidad de resolver mediante actos y decisiones de repercusión general, situaciones no revisables por la Administración del Estado, relativas a su independencia orgánica (ingresos, nombramientos y promociones de la carrera judicial), prescindiendo incluso de otros importantes aspectos que normalmente se incluyen en toda Ley Orgánica del Poder Judicial y de todas las cuestiones que afecten a la dotación económica del personal de la Administración

de Justicia y a los servicios materiales de la misma, ni entrar en la subsistencia o no del Ministerio correspondiente (21).

En Italia, según su Constitución (artículos 104, 105 y 106), y en especial su complementaria Ley ordinaria n° 195, "Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura", se contempla de entrada a la magistratura como "un órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder (art° 104, párrafo primero de la Constitución) para lo que se estructura su Consejo Superior, que es presidido por el Presidente de la República y compuesto por el Presidente y Fiscal del Tribunal de Casación, veinte miembros elegidos por y entre los magistrados ordinarios pertenecientes a las distintas categorías (22) y diez miembros más elegidos por el Parlamento en sesión conjunta de las dos Cámaras entre profesores numerarios de materias jurídicas y abogados que cuenten con más de quince años de ejercicio profesional. De entre este grupo, el propio Consejo elige un vicepresidente, por lo que los dos principales cargos del mismo son ajenos a la Magistratura.

No obstante, éste último detalle, así como la existencia de miembros natos en el seno del Consejo, su significativa composición democrática no se ve alterada, como bien ha podido comprobarse: los jueces eligen a sus representantes (que son mayoría: prácticamen-

te dos tercios del Consejo), y el legislativo fundamenta la representación popular al elegir un tercio de dicho órgano.

En cuanto a sus atribuciones (artº 105 y 106, apartado tercero de la Constitución y 10 de la Ley de 1958), se refieren a la asunción, asignación, nombramientos, traslados, ascensos y medidas disciplinarias de los Magistrados, así como el nombramiento de Consejeros de Casación "per meriti insigni", entre profesores numerarios de Universidad de materias jurídicas y los abogados que cuenten con quince años de ejercicio profesional y estén inscritos en los registros especiales para las jurisdicciones especiales.

Es manifiesto por tanto que dicho órgano de autogobierno no entra en el ámbito estrictamente económico. El ejecutivo proveerá tanto los recursos materiales como asistenciales que la Administración de Justicia necesita, quien ulteriormente los administrará. Se evidencia pues, que este órgano comienza a gobernar de acuerdo con unas atribuciones específicas cuyo objetivo se centra fundamentalmente en garantizar la independencia de sus gobernados: los jueces.

Para la Constitución portuguesa de 1976, el Poder político

pertenece al pueblo (artº 111) y son órganos de soberanía, el Presidente de la República, el Consejo de la Revolución, la Asamblea de la República, el Gobierno y los Tribunales (artº 113) y estos, los tribunales, que serán independientes estando sólo sujetos a la ley (artº 208) (23), serán los encargados de administrar la justicia en nombre del pueblo (artº 205). El esquema se completa creándose el "Consejo Superior de la Magistratura (artº 223), en el que se incluirán miembros elegidos por los jueces entre ellos mismos y centrando sus competencias en el nombramiento, destino, traslado y ascenso de los jueces y en el ejercicio de la acción disciplinaria. Precisamente este mismo artículo dispondrá que la Ley determinará las normas de composición de dicho Consejo, garantizándose este mandato mediante disposición final (artº 301-2) que exigirá su publicación, a más tardar, el 31 de diciembre de 1976. Lo cierto es que la aparición de la "Ley Orgánica de los Tribunales Judiciales" (Ley nº 82) verá luz el 6 de diciembre de 1977 y el "Estatuto de los Magistrados" (Ley nº 85) algunos días más tarde, el 13, en cuyos artículos 139 a 170 se recoge esencialmente la regulación del "Conselho Superior de la Magistratura", el cual se define como "el órgano superior de gestión y disciplina de la Magistratura Judicial" y entre cuyas competencias se destacan las relativas al nombramiento directo de los magistrados judiciales, así como los ascensos, traslados, apreciación de méritos y acción

disciplinaria de los mismos. Igualmente designan a los Jueces que han de formar parte de la Comisión Constitucional. Del mismo modo desarrollará una actividad inspectora (artº 152 del Estatuto); propondrá las "providencias" (normas) legislativas con vista a la eficiencia y al perfeccionamiento de las instituciones judiciales; propondrá también el presupuesto relativo al Consejo y liquidará las expensas presupuestadas. Ahora bien, en este último aspecto, el económico, no incluye en su régimen de autogobierno intervención directa y efectiva en los medios materiales que necesita: planifica y propone los gastos que serán proporcionados por el Estado a través del Ministerio de Justicia. Sin embargo, y es de resaltar, el Consejo portugués extiende su jurisdicción gubernativa sobre los funcionarios de justicia sin limitarla a la Magistratura: su efectividad y ejerce acciones disciplinarias respecto de los mismos.

En cuanto a su composición, la preside el Jefe del Estado, siendo vicepresidente el titular del Tribunal Supremo. Otros miembros natos del mismo son: los Presidentes de los Tribunales de Apelación y el Proveedor de la Justicia (ombussman). Además de ellos, 16 consejeros electivos distribuidos entre la siguientes categorías:

-Cuatro personalidades designadas por la Asamblea de la República.

-Dos Jueces del Tribunal Supremo (designados por los pertenecientes al mismo).

-Seis Jueces de Derecho (elegidos por quienes tienen esta categoría).

-Cuatro funcionarios de Justicia (elegidos por esta categoría).

La secretaría del Consejo recaerá en un Juez de Derecho, y es curioso observar cómo el período de mandato (no inmediatamente renovable) de sus componentes no es uniforme. Para los miembros elegidos por la Asamblea se prevé un mandato de cuatro años, mientras que para el resto de componentes el período se limita a tres.

Este es el esbozo del Consejo Judicial portugués, de alta significación, con el que finalizamos el estudio comparado de los órganos de (presunto o real) autogobierno judicial en el ámbito continental, tan certeramente considerados por Domínguez Martín, para quien, sin duda alguna, como se adelantó, en el sistema español se da el nivel más elevado de autogobierno judicial (24). Ahora bien, ello no es obstáculo para el reconocimiento de los defectos de su regulación legislativa anterior a través de la derogada L.O.C.G.P.J., y la crítica jurídico-política que ha desencadenado la nueva regulación del Consejo en la actual L.O.P.J.

Pero antes de pasar a ver esas deficiencias y críticas, señaladas por la doctrina, de la regulación legal del Consejo (en orden a dotar a éste de mayor autonomía y mayores competencias, así como los problemas relativos a su composición), conviene resaltar algunas de las características del tratamiento constitucional del Gobierno del Poder Judicial.

Empecemos por tratar de dar respuesta a una crucial cuestión: ¿Qué se entiende por autogobierno del Poder Judicial? Se ha escrito mucho para decir lo mismo de distinta forma. Seamos por tanto comedidos. Desde una perspectiva ideal, hay que entender por autogobierno, aquél que permite o posibilita a un determinado grupo humano regirse a sí mismo, para lo cual sería preciso que ese grupo tuviera a su alcance, sin interferencia alguna, todos los medios necesarios (personales y materiales, planificados por el propio grupo), para el cumplimiento de sus fines, asumiendo adecuadamente sus propias responsabilidades y con plena potestad para hacer efectivos sus mandatos, que obviamente derivarían de los miembros del grupo que se gobierna a sí mismo (25). Por eso ha escrito Prieto-Castro que el autogobierno del Poder Judicial consiste en el hecho de que sea la propia Magistratura judicial "la que administre tanto los medios personales como los materiales de la justicia, de suerte que ella misma seleccionase y nombrase al personal, sin intervención

ni siquiera homologación de un Ministerio de Justicia (que no existiría por lo demás) y ella misma también se procurase, sin el concurso de la Administración, los medios económicos para retribuir a su personal y para atender a los gastos de todos los servicios" (26).

Se propugna con esta definición reclamar la independencia de uno de los centros de Poder de un Estado de Derecho; aquel que ofrece la función jurisdiccional (de los órganos y personas que la ejercen). En este caso, el órgano de autogobierno significará una garantía fundamental de aquel principio. Pensemos además -como ha señalado Burón Barba-, que el hecho de que la independencia de la jurisdicción y de los jueces se remache con un énfasis singular tiene tal vez un origen histórico. El legislativo no necesita esa insistencia, porque su aparición como órgano específico de producción del Derecho es ya de por sí una verdadera declaración de independencia, frente a los poderes históricos. El ejecutivo tampoco precisa de una defensa reglada porque, como dice Duverger, es el poder "tout court", el poder sin más. En cambio, la judicatura cuyo nacimiento como titular de un Poder del Estado va a rastras del sometimiento puntual y constante a la ley y al Derecho en general tenía que ser dotada "expressis verbis" de independencia para recalcar el cambio político revolucionario, que en gran parte

consistía en destruir por entero los restos de influencia personal de los monarcas y sus ministros y oficiales en la vida de sus súbditos y sustituirla por la validez y eficacia de la regla impersonal que encarna la ley" (27).

Concemos que la independencia judicial puede subdividirse en la independencia de los que juzgan, es decir, la independencia del hombre-juez cuyo contenido no es más que el compromiso interior de éste con la justicia, y la independencia de la institución judicial en bloque, o independencia orgánica. Esta siempre se ha visto carente de verdadero contenido. Como recuerda Domínguez Martín (aunque referido al caso español, extensible a cualquier régimen político), era normal e inveterado que toda provisión de destinos, promociones, comisiones de servicio, traslados, separaciones, suspensiones, jubilaciones, excedencias, realización de estudios extraordinarios e incluso las simples licencias, ya por asuntos propios, ya por enfermedad, dependieran fundamentalmente del omnímodo Poder Ejecutivo (28). El mismo autor viene a ratificar que históricamente ha sido un hecho cierto que un grupo humano, representado por la clase política y también burocrática ha dominado orgánicamente a aquel otro que ejercía la administración de justicia" (29).

Por eso, con los órganos de autogobierno judiciales, lo que se trata de asegurar fundamentalmente es la independencia político-administrativa de la Institución Judicial en su conjunto. La Constitución española de 1978, con la creación del C.G.P.J. (de origen mixto, estamental y parlamentario), aunque no totalmente, rompe la intromisión del Ejecutivo en el Judicial reforzando obviamente el papel de la judicatura en el Estado español. La misma Constitución (artº 122.2) lo caracteriza como órgano de gobierno del Poder Judicial, órgano de gobierno administrativo del mismo. Su estructura competencial, por propia naturaleza, así lo define (30).

Una vez realizada esta somera definición general del concepto de "autogobierno" judicial, y habiéndonos aproximado al órgano regulado por nuestra Constitución, conviene tratar lo previsto: resaltar algunas de las características del tratamiento Constitucional del Gobierno del Poder Judicial.

En primer lugar hay que estar con Luis Mosquera en que el Consejo General no supone la realización del "autogobierno" del Poder Judicial, no sólo por su composición heterogénea, que engloba integrantes del Poder Judicial y también juristas que no pertenecen al mismo (lo que, como indica Albarcar López, no obsta su carácter

representativo, pues el Consejo actúa como un órgano único, con independencia de la extracción individual de sus miembros (31) sino sobre todo porque el autogobierno implica el gobierno de intereses propios, y el Consejo no gestiona intereses propios del Poder Judicial, de los Jueces y Magistrados, sino un interés general, y, en último término, representa una técnica organizatoria garantizadora de un importante aspecto de la libertad política del ciudadano y de la depuración del Estado de Derecho". El Consejo tiene como función y finalidad esencial garantizar la independencia institucional del Poder Judicial respecto del Ejecutivo como instrumento de garantía a su vez de la independencia de cada Juez o Magistrado. Para gestionar los intereses propios de los Jueces y Magistrados en cuanto colectivo profesional, estarían las asociaciones de Jueces y Magistrados. Por eso, para Mosquera el Consejo General es simplemente un órgano especial de gobierno del Poder Judicial (32). Podríamos decir en esa línea, con Albacar López, que se trata en realidad de un órgano, si no de autogobierno, sí de "gobierno autónomo" del Poder Judicial (33). Conviene con todo ver ahora pormenorizadamente algunos extremos:

A) En cuanto órgano de gobierno autónomo, se plantea el problema de la responsabilidad política de dicho órgano. Es claro que, como indica Mosquera, el único responsable, incluso política-

mente, del ejercicio del Poder Judicial, es cada juez o cada órgano judicial cuando dicta sentencia (34). La responsabilidad es, como tantas veces se ha dicho, el correlato lógico de la independencia y de la autonomía de cada juez o de cada órgano judicial. Sin embargo, también es evidente que debería ser exigible al C.G.P.J. en el ámbito de sus competencias, algún tipo de responsabilidad política, con respecto a los supuestos de acción discrecional del mismo. Se puede decir en ese sentido que la Constitución no sólo no prevé, sino que incluso obstaculiza, implícitamente, cualquier exigencia de responsabilidad política, en la medida en que, como bien indica Mosquera, el refrendo de los actos del Rey en materia de Justicia corresponde exclusivamente al Ministro de Justicia o al Presidente del Gobierno (35). La Memoria anual que el Consejo presenta a las Cortes Generales, si bien es un mecanismo de "fiscalización política" (36), de control del Consejo, que se puede manifestar incluso a través del rechazo de las Cortes, es bien claro que no implica ninguna exigencia de responsabilidad política, ni siquiera con la nueva L.O.P.J., es decir, con el nombramiento por las Cortes de los Consejeros.

B) Otro tema que se plantea a nivel constitucional, es el de la potestad reglamentaria del Consejo, que tampoco aparece prevista en la Constitución. Para Mosquera, y en el mismo sentido,

posteriormente para Castedo, el Consejo carece de potestad reglamentaria externa, y sólo tiene una potestad reglamentaria que se limita a la propia organización interna del mismo (37).

Esta opinión no es totalmente compartida por otros autores, en base a la idea de que la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno, realizada por el artículo 97 de la Constitución, no impide que tal potestad pueda ser distribuida entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial (38). Tal y como indicó Ledesma, "la potestad reglamentaria que el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno hace relación al ámbito sometido a su gobernación. Pero acontece que el gobierno del Poder Judicial no se atribuye al Gobierno, sino al Consejo General, al que por ello ha transferido la Constitución ese poder reglamentario. La transferencia no ha sido explícita, no hace en el artículo 122 de la Constitución. Se trata de un poder implícito, pues la potestad reglamentaria sobre el orden gobernado está implícita en todo órgano de gobierno" (39). Para este autor, privar de potestad reglamentaria externa al Poder Judicial equivaldría a volver a la situación anterior a la Constitución, de manera que el C.G.P.J. no pasaría de ser una Dirección General de Justicia sometida al órgano investido del poder reglamentario externo, al Gobierno, perdiendo así su independencia y su pasividad de rango con los demás órganos consti-

tucionales (40). Si bien es cierto que nuestra Constitución ha previsto un órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial que puede vislumbrarse por su composición y características globales como el peldaño más alto de gobierno alcanzado hasta ahora en el Derecho comparado, también es evidente que existe una absoluta inconcreción constitucional respecto a este órgano, ya que se remite en el artº 122.2 a una Ley Orgánica donde se establecerá su estatuto, régimen de incompatibilidades de sus miembros, y sobre todo, sus funciones, de las que en términos genéricos, se hace referencia a nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. Incluso la elección de los Consejeros queda remitida a la Ley Orgánica. Es por eso que, aunque haya aspectos como el de la responsabilidad política, donde se puede al menos vislumbrar una respuesta -en el sentido de limitación, en este caso- constitucional a las hipótesis que se puedan plantear, en la inmensa mayoría de los casos, debe ser el legislador ordinario el que establezca los criterios a seguir. De ahí que, en nuestra opinión, hubiera sido posible también la potestad reglamentaria externa, si se hubiera dotado al Consejo de las competencias en el orden judicial que hicieran inevitable la concesión de este tipo de potestad. (Líneas abajos volveremos nuevamente a este tema.)

Ahora bien, la inconcreción constitucional no implica que

el legislador tenga aquí una plena capacidad discrecional en el desarrollo de la Constitución. El legislador está operando sobre un órgano constitucional que es ya definido por nuestra norma suprema como órgano de gobierno del Poder Judicial, con competencias necesarias en ese orden, en materias específicas (nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario). En cualquier caso el problema requiere a nuestro juicio su consideración con arreglo a los distintos momentos que lo constituyen. Veamos por tanto aunque sea someramente el proceso constituyente del artículo 122 de la Constitución.

Las intervenciones parlamentarias sobre este artículo prácticamente carecieron de interés en su momento. Recuerdan Ibáñez y Morilla (41) cómo del análisis comparativo del tratamiento que el Consejo General del Poder Judicial sufrió en las sucesivas versiones del texto constitucional que van desde el borrador hasta el texto definitivo, se pone de relieve la existencia de un acuerdo básico en la necesidad de remitir a un órgano de nueva creación la gestión político-administrativa del Poder Judicial. Y en el mismo sentido se observa respecto a la composición mixta, no exclusivamente corporativa de aquél.

Precisamente los dos datos más significativos (aunque nada

extraordinarios) harán referencia a las funciones de este órgano y al número de miembros del mismo.

El artº 108 del Borrador, introductor de la nueva institución, proponía la siguiente composición:

- 4 miembros a propuesta del Congreso.
- 4 miembros a propuesta de los Jueces y Magistrados, y
- 2 miembros a propuesta del Gobierno (42).

Respecto a su futuro cometido institucional, partiendo de una lógica indeterminación inicial (aunque sin ninguna duda se diferiría el mismo a una futura Ley Orgánica), sustancialmente se indicará un "mínimo funcional" que a partir de los trabajos de la Comisión del Congreso quedará fijado en "nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario" (43).

En el artº 112.2 del Anteproyecto se considerará al Consejo como "el órgano de gobierno de la administración de justicia" (44) y el siguiente párrafo, el tercero, dispondrá la composición de este que estaría integrado por:

- El Presidente del Tribunal Supremo (que lo presidirá)

-20 miembros nombrados por el Rey, donde: a) doce de ellos serán a propuesta y en representación de las distintas categorías de las carreras judiciales y b) ocho a propuesta del Congreso de los Diputados, entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión (45).

Es de destacar el voto particular presentado por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático en el sentido de sustituir la redacción de párrafo tercero del artº 112 prácticamente en su totalidad, que en gran parte será recogido por la Ponencia, junto a algunas otras enmiendas presentadas por distintos Grupos Parlamentarios que modificarían sustancialmente el inicial párrafo tercero, por un lado, en el sentido de remitir -con buen criterio- la regulación del nombramiento de los miembros de procedencia judicial a la futura Ley Orgánica; y por otro, reduciendo el número de componentes del Consejo a 15 (a excepción del Presidente): 10 entre Jueces y Magistrados, 5 a propuesta del Congreso de los Diputados, elegidos por mayoría de 3/5 entre quienes reúnan aquellas condiciones previamente señaladas (46). La Comisión del Congreso establecería el número definitivo de miembros (20 más el Presidente) (47), siendo su homóloga en el Senado la que introduciría el matiz de que la mitad de miembros de procedencia parlamentaria (4) lo

serían a propuesta de esta Cámara, el Senado, lo que igualmente pasaría a definitivo (48).

Por otro lado, y respecto a los miembros de procedencia judicial, durante el debate en la Comisión del Congreso se produjo la presentación por el Grupo Parlamentario Socialista de una enmienda "in voce" por la que se introducía la frase "entre las diversas categorías judiciales", según su portavoz Peces-Barba para abrir el Colegio Electoral "a todos los miembros, jueces y magistrados", e igualmente para que pudieran ser elegibles "todos los jueces y magistrados y no necesariamente, como podía ocurrir con una cierta interpretación conservadora que se sostenía, según nuestras noticias, en algunas altas cúpulas de la Magistratura, precisamente entre esas altas cúpulas" (49). La enmienda fue aprobada por unanimidad (50).

Sucintamente esta es la historia constituyente, en concreto del párrafo tercero del artº 122. La historia posterior del desarrollo constitucional marcará como dato polémico, precisamente la cuestión de la elección de los miembros de procedencia judicial del C.G.P.J., pero esto forma parte de algo que consideraremos más adelante. No obstante queremos indicar que repasados los debates en su totalidad, no se encuentra una idea o intención expresa de

definir el titular de la elección de dichos miembros de procedencia judicial. Pero al defenderse la enmienda "in voce" del Grupo Socialista en la Comisión del Congreso sobre el aumento de miembros del Consejo de quince a veinte, el portavoz de aquél, Peces-Barba, dirá: "que los 12 elegidos por jueces y magistrados lo sean en las diversas categorías judiciales en los términos que establezca la ley" (51).

Y hemos leído bien: **"los 12 elegidos por jueces y magistrados"**. Los jueces eligen sus propios representantes en el C.G.P.J. Esto no se volverá a repetir (52). En los debates parlamentarios sobre la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial se apelará reiteradamente al silencio del constituyente para justificar la decisión adoptada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (53), aunque algunos parlamentarios interpretarán este mismo silencio como una admisión pacífica de la existencia de dos cuerpos para elegir los consejeros: el parlamento y los propios jueces (54). Incluso se recurrirá al principio "Inclusiu unus, exclusius alterius". Es decir, el haber dispuesto expresamente que el Parlamento elija 8 miembros, le excluye de la elección de los 12 restantes (55).

V.3: LA LEY ORGANICA 1/1980, DE 10 DE ENERO, DEL CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL

Como advertencia previa, dejemos sentado que no se pretende llevar a cabo un examen exhaustivo de este texto legal (cuyo nacimiento ya vino caracterizado por su naturaleza transaccional), y no porque formar parte del conjunto histórico-legal le reste importancia, sino por el simple principio de especificidad. Abordar la universalidad de un hecho lleva al desborde. Había que centrarse en algunos aspectos que el analista considere positivamente relevantes.

Pues bien, desde un primer momento, esta ley será criticada justamente por no agotar mínimamente las posibilidades constitucionales, por reducir las competencias del Consejo General a límites absolutamente estrechos por comparación con los permitidos por la Constitución. Quizás la crítica más incisiva en este sentido, será la desarrollada por el actual ministro de Justicia, Fernando Ledesma (cuando no era tal).

Parte de la idea de que el Consejo es un órgano constitucional de garantía, y que por tanto, debe disponer de todos los poderes necesarios para el desempeño de la función constitucional que tiene encomendada. La L.O. del C.G.P.J. no había reconocido sin embargo todos los poderes que comporta la naturaleza jurídica del Consejo (56). Intenta el autor caracterizar el concepto de "órgano de

gobierno" referido al C.G.P.J., y lo hace con las siguientes notas:

1. El C.G.P.J. ha sido creado para desapoderar al Poder Ejecutivo de todas las competencias que venía reteniendo en relación con el gobierno del Poder Judicial.
2. Ser órgano de gobierno del Poder Judicial implica algo más que ser un órgano de administración, por ello, el apoyo material que el Consejo pueda reclamar de órganos incardinados en el Poder Ejecutivo, debe ser instrumentado siempre en términos que no dejen al Consejo General en posición de subordinación respecto de los mismos.
3. A diferencia de lo que ocurre en la Constitución italiana, la española no autoriza la retención por el Poder Ejecutivo de funciones que sean necesarias para el gobierno autónomo del Poder Judicial.
4. La relación de facultades contenidas en el artº 122.2 de la Constitución no es más que puramente enunciativa de las que son imprescindibles para la función de gobierno, pero no son todas.
5. El gobierno a que se refiere la Constitución, es el gobierno externo, compatible con el gobierno interno que la L.O.P.J.

(anterior) atribuye a las Salas de Gobierno de los Tribunales (57).

Seguidamente, Ledesma se refiere a las competencias concretas que reconoce la L.O.C.G.P.J. al Consejo, singularmente las de iniciativa legislativa -que no viene exigida por la naturaleza de las funciones que la Constitución atribuye al Consejo-, la reglamentaria y la presupuestaria. En este punto, la crítica de Ledesma es convergente con la de la mayoría de la doctrina, en cuanto que la L.O.C.G.P.J. no preveía autonomía presupuestaria alguna para el Consejo, reduciendo su capacidad a la elaboración del anteproyecto de su propio presupuesto, y sin intervención posible en el presupuesto de la Administración de Justicia. Situación paradójica por cuanto el Consejo General es el organismo que mejor conoce la situación real de la administración de la Justicia, teniendo el deber de informar anualmente a las Cortes Generales y al Gobierno, y sin embargo, a pesar de conocer mejor que nadie las auténticas necesidades de la Justicia, no está en condiciones de realizar una programación económica de la reforma de la Administración de Justicia (58).

Y efectivamente, el artº 2, párrafo noveno de la L.O. 1/1980 otorga al Consejo la "elaboración y aprobación del anteproyecto

de Presupuesto del Consejo General". Es decir, el Consejo sólo puede elaborar un anteproyecto de presupuesto, y no de la Administración de Justicia, sino del propio Consejo. El artº 6 de esta misma Ley Orgánica ya se encarga de precisar que "corresponde al Gobierno a través del Ministro de Justicia, proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia".

Obviamente, esta independencia hubiera sido mayor, caso de residir en manos del Consejo esta posibilidad, y no produce un importante recorte de la independencia del Poder Judicial por parte del Ejecutivo. Además, como precisan Cazorla, Ruiz-Rico y Bonachela, como otro efecto, ese recorte de competencias representa "una discriminación notable respecto a otros órganos fundamentales del Estado y que se traduce en la imposibilidad de exigir al Consejo una responsabilidad política que habrá de exigirse al Ministro de Justicia" (59).

Estos mismos autores, para apoyar su tesis, nos recuerdan cómo, tanto el Tribunal Constitucional como las Cámaras Legislativas, elaboran y aprueban sus presupuestos, no comprendiéndose por tanto la causa por la que no ocurre igual con el Consejo General del Poder Judicial (60).

Lo cierto es que, ya en los debates parlamentarios a propósito de la L.O.C.G.P.J., desde la propia esfera gubernamental, se defendió la opinión de que el Poder Ejecutivo (a través del Ministerio de Justicia) no podía desentenderse de un servicio público tan esencial como la Justicia. Las palabras del ministro a la sazón, señor Cavero, fueron las siguientes: "...Conviene advertir que el establecimiento de un régimen de autogobierno del Poder Judicial no supone que el Ejecutivo deba desentenderse totalmente de intervenir en el funcionamiento del servicio público de la Justicia como esencial para la comunidad, toda vez que, sin perjuicio de las competencias que puedan atribuirse al Consejo General del Poder Judicial, continúan residiendo en poderes del ámbito del Ejecutivo las competencias necesarias para dotar de medios a Tribunales y Juzgados" (61).

Ledesma también se refería a las competencias "normativas" (de iniciativa legislativa). Veamos cuál es la situación.

El artº 3 de la L.O. 1/1980 señalaba que el C.G.P.J. dispondría de facultades de iniciativa o propuesta en una serie de materias señaladas por el propio precepto (62). Se preguntará hasta dónde alcanzan y en qué consisten estas competencias.

Utilizando el debate parlamentario, se recordará por un lado la intervención del ministro de Justicia, para quien esa competencia se refería simplemente a una colaboración en las tareas prelegislativas (63). Por otro lado, Villa Arregui ofrecerá una consideración diferente en el Senado al aceptar la posibilidad de tramitar la iniciativa a través del Gobierno, para que la convierta en Proyecto de Ley, o a través de cualquiera de las Cámaras para que las convierta en Proposición de Ley (64).

La conclusión de Ledesma es que el poder de iniciativa del Consejo es una simple estimulación de la que, conforme a los artículos 87 y 88 de la Constitución, corresponde al Gobierno, aunque obviamente, no en exclusiva, y ello como expresión evidente de la naturaleza política del Consejo para dar respuesta a los mandatos constitucionales que interpelan a dicho órgano (principalmente, aunque no en exclusiva, el Título VI de la Constitución). Iniciativa legislativa (concluirá) "para que del Consejo pueda surgir el Proyecto de Ley de Financiación del Poder Judicial que resuelva el crónico problema que en esta materia padece" (65).

Vamos a referirnos, finalmente, entre las competencias destacadas por el actual ministro de Justicia, a la reglamentaria (66) que, como señalarán Ibáñez y Morilla, planteará "dificultades de

coordinación con el texto constitucional, cuyo artº 97 sólo confiere aquella potestad de una manera general al Gobierno" (67).

De entrada, Ledesma, no hará referencia a la potestad reglamentaria interna, al tratarse ello -dirá- "de un tema pacífico" (68). Por tanto, su reflexión se dirige a la externa.

No obstante, destaquemos que el artº 5 de la L.O. 1/1980 reconocía al Consejo potestad reglamentaria "sobre su organización y funcionamiento, así como sobre el régimen del personal y servicios y demás materias de su competencia dentro del ámbito de la presente Ley", lo que lleva a Carretero Pérez (69) y Lorente Hurtado (70) a pronunciarse sobre una potestad reglamentaria interna (cuando el precepto citado habla de una potestad relativa a "su organización y funcionamiento, así como sobre el régimen del personal y servicios"), y otra externa (al referirse a las "demás materias de su competencia").

Lo cierto es que, como Ibáñez y Movilla señalan, "la reglamentación es algo inherente a la función de gobierno, que en el caso del C.G.P.J. y por imperativo del artº 122.1 de la Constitución, se extiende a las materias de constitución, funcionamiento y gobierno de los organismos jurisdiccionales, así como al estatuto jurídico

de los jueces" (71). Opinión por supuesto compartida por Ledesma, para quien, aunque "la transferencia no ha sido explícita, no luce en el artº 122 de la Constitución". Se trata de un poder implícito, pues la potestad reglamentaria sobre el orden gobernado está implícita en todo órgano de gobierno. No puede pretenderse que el Reglamento no tenga cabida en esta materia, ni puede aceptarse la existencia de un poder sin titular que la ejerza, ni sería posible que el Consejo General pudiera ejercitar la plenitud de las funciones del artº 122.2, sin estar simultáneamente investido de un poder reglamentario (72).

Ledesma a la sazón, está contestando a Mosquera (y otros autores) que no encuentran espacio para esa potestad reglamentaria, al entender que todas las materias contenidas en el artº 122 de la Constitución, se reservan a la ley, a Ley Orgánica en concreto, cerrándose por tanto la vía reglamentaria sobre las mismas (73).

Finalmente, para Ledesma, si el Ejecutivo es el titular de la potestad reglamentaria externa, correspondiéndole entonces al Gobierno dictar los reglamentos orgánicos y de funcionamiento de la Justicia, se produciría una incompatible dicotomía de órganos de gobierno en el ámbito del Poder Judicial, uno con potestades innovativas del ordenamiento jurídico, otro órgano de gobierno,

sólo en el nombre, reducido en la práctica a dictar meros actos de aplicación del ordenamiento creado por el primero. Entonces -afirmará- "de aceptarse esa tesis, se volvería cabalmente a la situación anterior a la Constitución. El Consejo General no pasaría de ser una Dirección General de Justicia sometida al órgano inestable del poder reglamentario externo. Con ello perdería el Consejo General dos de sus notas características, la independencia y la paridad de rango respecto a los demás órganos constitucionales. Y, lo que es más importante, los jueces volverían a estar reglamentados, en lo no reservado a la ley, naturalmente, por el Poder Ejecutivo" (74).

Ante esta situación recortada de competencias del Consejo General, el actual ministro de Justicia se pregunta: ¿Qué hacer?. No da soluciones concretas, pero sí afirma que "en un Estado como el nuestro son muchas y cada vez mayores las responsabilidades que se echan sobre las espaldas de los jueces, a los que se confía la defensa y protección de los derechos fundamentales y los intereses legítimos. Si esto es así de claro, ¿por qué no se afronta la reforma de la Administración de Justicia? ¿Por qué no se dota al Consejo de las competencias que ahora reclamamos?"(75)

V.4: LA LEY ORGANICA 6/1985, DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL

Este epígrafe se subdividirá en dos concretos apartados que harán referencia a dos bloques bien delimitados de problemas. En el primero se contrastarán los contenidos competenciales fundamentales del Consejo en las Leyes Orgánicas 1/1980 de 10 de enero del C.G.P.J., y 6/1985 de 15 de julio, del P.J.

En el segundo de los subepígrafes estudiaremos uno de los problemas jurídico-políticos de más resonancia en los últimos momentos del país: el sistema de elección de los miembros del Consejo.

V.4.1: LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN  
LA LEY ORGANICA 6/1985 DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL Y  
SU CONTRASTE CON LA LEY ORGANICA 1/1980 DEL CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL

Siguiendo el orden inverso a como han sido planteadas en el anterior epígrafe (L.O. 1/1980, de 10 de enero del C.G.P.J) y tomándolo como punto de contraste a la hora de analizar el cuadro actual de competencias del C.G.P.J., el resultado es el que sigue:

A) Potestad reglamentaria.

La nueva L.O.P.J. de 1985 va a reconocer únicamente la potestad reglamentaria interna (quizás porque ello es un tema pacífico) y así el art. 107.8 de esta Ley le vá a conceder al Consejo Potestad reglamentaria en los términos previstos en el art. 110, es decir, "sobre su personal, organización y funcionamiento", pero, "en el marco de la legislación sobre la función pública". ¿Que pasa con aquellos otros Reglamentos orgánicos de la Carrera Judicial, Secretarios Judiciales, oficiales, auxiliares, Agentes y Médicos Forenses que reivindicaba Ledesma como atribución del Consejo (76). Sencillamente que en virtud de la Disposición Adicional Primera, 2, será el Gobierno, (no el Poder Judicial) quien en el plazo de un año los desarrollará. No es de extrañar así por un lado, que en las dicusiones parlamentarias a propósito de la L.O.P.J., se recuerde la intervención del Ministro (que entonces no lo era) en las Jornadas sobre el Consejo General del

Poder Judicial (77) y por otro, que el propio C.G.P.J. promoviera conflicto constitucional de atribuciones ante el T.C., aunque desestimado por este en STC 45/1986, de 17 de abril, precisamente porque el conflicto se dirigía contra las Cámaras cuando estas según el T.C. no han ejercitado las atribuciones contenidas en la disposición adicional Primera 2, sino que afirmará el Alto Tribunal, "regulando el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, las Cortes no han hecho sino legislar sobre la producción del derecho".

B) Competencias normativas (de iniciativa legislativa). Aquí parece acentuarse la interpretación del Ministro de Justicia, sr. Cavero Lataillade, en los debates parlamentarios a propósito de la L.O.C.G.P.J. sobre dicha competencia normativa al considerarla simplemente como una colaboración en las tareas prelegislativas, pues ahora (art. 108 de la L.O.P.J.), van a desaparecer aquellas atribuciones de iniciativa o propuesta, conservándose la de informe, que versará sobre "anteproyectos de leyes y disposiciones generales" en materias relativas fundamentalmente a:

- Organización judicial y procesal.
- Estatuto orgánico de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal al servicio de la Administración de Justicia, y
- Régimen penitenciario.

Es decir, no nos encontramos ni siquiera con aquella "simple estimulación" que Ledesma reconocía en la L.O.C.G.P.J. (78). Así según dirá Roca Junyent en los debates a la L.O.P.J., "se le priva (al Consejo), de las facultades de iniciativa, de propuesta legislativa que actualmente posee, reduciéndose a terminos improcedentes la facultad de informe" (79), y Ruiz Gallardón no tendrá más remedio (gustosamente) que recordarle al Ministro Ledesma su intervención en las mencionadas Jornadas sobre el Consejo (80).

C) Finalmente, las competencias presupuestarias. En este supuesto también han sido analizadas las reivindicaciones en el sentido de ampliar a la vista del articulado de la L.O.C.G.P.J., las mismas. El nuevo articulado de la Ley Orgánica (art. 107.8) viene (al menos) a reproducir el texto sustituido, aunque el artículo 109, permite que el Consejo, cuando eleve anualmente a las Cortes Generales una "Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del propio Consejo y de los Juzgados y Tribunales de Justicia", incluya, "las necesidades que, a su juicio, existan en materia de personal, instalaciones y de recursos, en general, para el correcto desempeño de las funciones que la Constitución y las leyes asignan al Poder Judicial". Volvemos nuevamente al problema de "los informes", en relación con las competencias normativas. Ledesma, -recordemos-, pedía en las mencionadas Jornadas sobre el Consejo, iniciativa legislativa para que de este pu-

diera surgir el proyecto de Ley de Financiación del Poder el crónico problema que en esta materia padecía (y como así se recordará en el Congreso por Ruiz Gallardón) (81).

La solución que se encuentra es la de "exponer", a propósito de la Memoria Anual, las necesidades objetivas de la Justicia. Más correcto hubiera sido, creemos, -ya que no se da cauce de iniciativa legislativa al Consejo, aunque hubiera sido específica para este caso concreto-, haber integrado entre las materias de informe reconocidas al Consejo la partida referida a la Justicia en los Presupuestos Generales del Estado. No obstante, ello puede tener solución. Como solución más correcta, informar directamente a la fuente presupuestaria de las necesidades de la Justicia, en vez de dirigirse a las Cortes y que estas soliciten al Gobierno la integración en los presupuestos de estas necesidades, o que esperen al debate sobre los mismos para suscribir aquellas, entendiéndose que esto (la introducción "ex novo" de capítulos presupuestarios, no es lo más adecuado (82).

No obstante ello, esta situación legislativa podría haber tenido otra solución. La letra g) del párrafo 1º del art. 108 de la L.O.P.J. se abre a todas aquellas materias que le atribuyen las leyes. Por lo tanto podría encontrarse en este extremo -en el caso de existir voluntad para ello- una solución legal.

En suma, para Ledesma como para gran parte de la doctrina, la L.O.C.G.P.J., se quedó corta en lo que respecta al reconocimiento de competencias al consejo general, en la medida en que privó a este de instrumentos necesarios para ocupar el espacio del Ministerio de Justicia en la Administración de Justicia: potestad reglamentaria externa y capacidad presupuestaria, no sólo interna, sino del conjunto de la Administración de Justicia. Naturalmente que la asunción de esas competencias implicaría también la correspondiente asunción de responsabilidad política por parte del Consejo en las materias sujetas a su libre decisión.

Pero lo cierto es que (¿probablemente porque como diría Ledesma, la asunción de responsabilidad política supone la remoción del órgano político, y el Consejo no puede tener este carácter?) (83), teniendo amplias posibilidades en orden a haber conseguido una mayor caracterización autónoma del Consejo a través de la L.O.P.J. actual; en estos aspectos se ha producido un retroceso más que manifiesto con respecto a su regulación provisional. Quizás en la "raison d'etat" se encuentra la "raison" de esta actuación político-legislativa.

Complementariamente, y aunque se trate de referencias de interés menos directo, no deberían ser estos los únicos elementos sometidos a un comentario en la anterior Ley. Entrando en otro campo temático, deberíamos mencionar: a) las restricciones al derecho de asociación

b) las primas en la composición a las categorías superiores de la carrera judicial, creemos interesante detenernos, aunque sea brevemente en estos aspectos.

a) Con anterioridad fue tratado el problema del derecho de asociación de Jueces y Magistrados reconocido en el art. 127.1 de la C.E. En este momento se trata de referir una sola cuestión más.

Reconocido constitucionalmente el principio de Libertad asociativa en el art. 22.1 de la Constitución, obviamente fue citada la L.O.P.J.. en su Disposición Adicional Segunda que exigía, para la válida constitución de una asociación, contar con la adhesión mínima del quince por ciento de quienes podían ejercitar ese derecho. En el Pleno del Congreso, este obstáculo (inicialmente del 20 por 100) fue denunciado como clara limitación del libre derecho de asociación. Solé Barbera (84) no llegará tan lejos en tal denuncia como el diputado socialista Navarro Estevan, quien con certera visión y contestando al Ministro de Justicia, quién justificaba la barrera del 20 por 100 como medida para evitar la atomización, el enfrentamiento, y la división, entre los profesionales del Poder Judicial; o más profundamente, evitar la politización de las asociaciones profesionales (85), denunciaría que tal medida pretendía obstaculizar el paso de un concreto sector, progresista y democrático, dentro de la Carrera Judicial: Justicia Democrática. En el recelo hacia este grupo residía la razón de la medida (86).

Por su parte, Moscoso del Prado contestaría significando la intención de su partido (mediante enmienda transaccional "in voce" de rebaja al 15% el porcentaje) (87). Luego, en el Senado, operaría otra "rebaja" al presentar el Senador por U.C.D. sr. Villar Arregui la enmienda nº 38 (88), que pasaría en su momento a ser la definitiva Disposición Transitoria undécima de la L.O.C.G.P.J.: "No obstante lo establecido en la disposición adicional segunda, los promotores de una Asociación profesional que, dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de esta ley hubieren anotado en el Registro el proyecto de Estatutos y alcanzaren a los seis meses, contados desde la anotación de adhesión de, al menos un diez por ciento de Jueces y Magistrados podrán continuar por otro plazo igual, las actividades encaminadas a obtener el quince por ciento necesario para su válida constitución".

No obstante estas mejoras en el "iter" constitutivo del específico derecho de asociación judicial, los socialistas en el Senado denunciarían su insatisfacción al respecto. Ojeda Escobar antes de confesar que no entendía esas limitaciones porque "lo mismo que del 20 se ha bajado al 15 el porcentaje podría ser inferior", (89) preguntaba por las razones que explicaban y fundamentaban esta limitación y, ¿por qué los ciudadanos pueden constituir partidos políticos, sindicatos o asociaciones y los Jueces y Magistrados no pueden fundar con libertad y sin limitaciones estas asociaciones profesionales? (90).

Aunque se estaba rizando el rizo y las razones ya eran más que conocidas, Porta Villalta conexiónaría la cuestión con el tema de las autonomías: ¿Cabría en la ley las asociaciones de ámbito autonómico? (91). Los argumentos podrían seguir prolongándose de manera tan indefinida como reiterativa.

Lo importante es destacar, que en la nueva LOPJ., artículo 401, que regula el régimen de asociación profesional de los Jueces y Magistrados, aunque se mantiene la limitación de "no llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos" (regla 2ª), la traba numérica desaparece, reconociéndose el "derecho de libre asociación profesional de Jueces y Magistrados" (apartado primero), situación más acorde con el marco básico asociativo reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

b) Las primas en la composición a las categorías superiores de la carrera Judicial.

Aunque incurramos en una reiteración recordemos que el art. 122.3 de la C.E., prevé una distribución de los 20 miembros (excluido el presidente) que forman el C.G.P.J., en la que 12 de aquellos se asignan a Jueces y Magistrados y 8 son ajenos a los mismos, ello sin prejuzgar en cuanto a aquellos la categoría judicial a que deben pertenecer. Ante esta situación, la L.O. del Consejo en evidente conce-

sión al principio de Jerarquía en detrimento del de representatividad, dispuso en su artículo 8 una distribución de las doce vocales de procedencia local basado en:

- 3 Magistrados del Tribunal Supremo.
- 6 Magistrados, y
- 3 Jueces, (92),

pues, como denuncia Rodríguez-Aguilera, "la categoría de magistrados tiene un número de miembros diez veces superior, aproximadamente, a la de magistrados del Tribunal Supremo, y la de Jueces (con la incorporación de los jueces de distrito) supone una proporción semejante". (93)

No es de extrañar por tanto que esta proporción establecida por el artículo 8 fuera objeto de una amplia discusión parlamentaria -y fuera de las Cámaras-, entre quienes se inclinaban por la proporcionalidad numérica de cada categoría judicial, y quienes pretendían tener en cuenta especialmente la jerarquía, unida a la madurez, experiencia y mayor conocimiento de los problemas internos. En la coordinación de ambos criterios se adoptó una fórmula ecléctica, que puede ser discutible por el rigor matemático que entraña, pero que, en cierto modo, equilibraba ambos criterios, y otorgaba la mitad de la representación a la categoría de magistrados, a la que hoy puede accederse en plena juventud, tras haber podido adquirir la madurez de-

rivada de unos primeros años de práctica profesional" (95).

No obstante este "supuesto" equilibrio puede verse una inclinación al principio jerárquico en el artículo 28 párrafo 2º cuando dispone como sustituto del Presidente del Consejo, al Magistrado más antiguo. O cuando los artículos 36 y 38 confieren las presidencias de las Secciones del Consejo al miembro de la carrera Judicial de mayor categoría. O como destacaron Ibañez y Movilla, "la forma en que resultan negativamente discriminados los vocales de procedencia parlamentaria cuando se trata de distribuir las situaciones de poder o representación en el interior del Consejo, como sucede, con la presidencia de la "sesión constitutiva" del mismo, que correspondería al "presidente de Sala o, en su defecto, Magistrado más antiguo en su categoría del Tribunal Supremo" (art. 10)" (96).

La actual L.O.P.J., ha solucionado igualmente esta situación. Las Cámaras elegirán los doce vocales de procedencia judicial entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo (art. 112.3). Al Presidente lo sustituirá el vicepresidente (art. 123.5 y 124.2). Los presidentes de las Comisiones (salvo la Permanente que será presidida por el Presidente) serán elegidos por las mismas por mayoría, aunque es de destacar que están integradas por 5 miembros, 3 pertenecientes a la Carrera Judicial y los otros dos ajenos a la misma, en la lógica proposición numérica del Consejo aunque ello implique una evidente desventaja de los mismos

(art. 132 y 134).

Obviamente la solución de estos dos temas últimamente tratados (las restricciones al derecho de asociación y el problema de las primas a las categorías superiores de la Carrera Judicial en la composición del Consejo) se hacía más que necesaria dada la naturaleza que debe tener el consejo, toda vez que, como destacó Movilla (97), en la Ley orgánica del Consejo aparecía latiendo la idea equivocada de que el Consejo general era un órgano de gestión y defensa de intereses corporativistas y no un instrumento político de garantía de la libertad y seguridad de los ciudadanos.

V.4.2: EL SISTEMA DE ELECCION DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL EN LA LEY ORGANICA 6/1985, DE 1 DE JULIO  
DEL PODER JUDICIAL Y SU PROBLEMATICA POLITICA

Si la L.O.C.C.P.J., no llegó a satisfacer plenamente las exigencias de gobierno autónomo del Poder Judicial (al menos en lo que a los ambientes judiciales mayoritarios afecta), y por otro lado se observaba en ella paradójicamente una cierta tendencia corporativista, la L.O.P.J., -vigente- habría de provocar una muy amplia polémica política, en la que las acusaciones de inconstitucionalidad y de ruptura de la independencia del Poder Judicial serían frecuentes. El principal motivo-aunque no el único- de disputa habría de ser la modificación en el sistema de elección de los Consejeros. Pasamos por ello a analizar, previa y detenidamente, la discusión parlamentaria de ese polémico sistema de nombramiento, porque justamente han de ser en los debates en donde se puedan encontrar sintetizadas las principales líneas de argumentación a favor o en contra de atribuir la propuesta de nombramiento de los vocales del C.C.P.J. a las Cortes Generales en su totalidad, como dispone la nueva L.O.P.J. (98).

La propuesta original, del Diputado de Euskadiko Exquerra, José María Bandrés, se amparó en los Debates en la Comisión de Justicia del Congreso, en el artículo 117 de la Constitución, por el cual, "la justicia emana del pueblo". Para este diputado, "El hecho de que las

Cámaras nombren al órgano de gobierno no quiere decir otra cosa que dignificar todavía más a ese órgano de gobierno; que legitimar todavía más ese órgano de gobierno; que es el propio pueblo, a través de sus únicos representantes legítimos, en los que reside la soberanía popular, quien constituye y crea el órgano de gobierno de los Jueces, que no podrá influir -entiéndase muy bien, no podrá influir- en ninguna de las decisiones, por mínima que sea, de cada uno de los jueces en su función jurisdiccional" (99). Este mismo argumento, basado en el principio de soberanía popular, será utilizado también por el diputado Saenz de Cosculluela, portavoz del Grupo Socialista, para quien era preciso ir a una forma de elección del C.G.P.J. más democrática, y en ese sentido "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" (100).

Ambos diputados coinciden también en otros argumentos:

1. Desde el punto de vista de la constitucionalidad de la reforma, indican que la Constitución delegó en ley posterior este tema, justamente por la imposibilidad de llegar a un acuerdo concreto que se plasmara en el texto constitucional en el momento de su elabora

ción. De hecho, inicialmente la Ponencia Constitucional estableció la elección de los doce miembros entre Jueces y Magistrados "por" Jueces y Magistrados, quedando eliminada posteriormente la referencia a la elección "por" Jueces y Magistrados, lo que indudablemente deja abierta la posibilidad de que esa elección sea realizada por distintos sujetos a los Jueces y Magistrados (101).

2. En conexión con lo anterior, la previsión constitucional de propuesta de ocho vocales por las Cortes no indicaría un número máximo, sino un número mínimo que puede ser ampliado respetando la necesaria extracción de los doce restantes entre Jueces Y Magistrados. (102).

3. La propuesta por el Parlamento no supone una "politización" en sentido partidista del C.G.P.J., ni tampoco una dependencia directa del mismo con respecto a las Cortes Generales. Como ejemplo de ello se mencionan al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas o al Defensor del Pueblo en los que no se dan esos fenómenos considerados como negativos (103). Incluso, argumenta el Diputado Marcos Vizcaya, se elude la politización, pues, "politización mayor aún es un proceso electoral interno en el seno del Poder Judicial, en el seno de la Judicatura con listas cerradas, bloqueadas, a través de asociaciones politizadas, con situaciones de enfrentamientos y de enconos, con situaciones en que cada juez, cada Magistrado debe ir con

el carnet o con la chapa diciendo que yo soy de la asociación progresista, o yo soy de la conservadora, o yo soy de la de centro, y yo me identifico con esto o con lo otro, y todos a mojarse, y perdón por la vulgar expresión, en un proceso electoral donde cada uno, diríamos, intenta apoyar a una determinada asociación" (104).

Para el portavoz del Grupo socialista, es preciso diferenciar entre independencia judicial, plenamente garantizada en el proyecto, y autonomía: "estamos en presencia de un Poder Judicial independientemente, pero no autónomo" (105).

Por parte de los grupos que atacaban este sistema, obviamente, los argumentos se situaron en el extremo opuesto: la propuesta por el Parlamento de todos los vocales suponía un ataque a la independencia del poder Judicial y una politización total del mismo, que fuerza o estira el contenido de la Constitución (106). El número de ocho vocales a proponer por el Parlamento no es un número mínimo sino máximo. Con este sistema se convierte al órgano de gobierno del Poder Judicial en algo muy parecido a un comisionado de la Cortes, con lo que obtener la mayoría en el Parlamento supondrá también la posibilidad de obtener el gobierno del Poder Judicial (107).

En el debate sobre este tema realizado en el Pleno del congreso de los Diputados, se van a mantener, en términos generales, las anteriores líneas de argumentación, posiblemente con mayor brillantez y se va a incidir en algunos aspectos novedosos que proceden fundamentalmente de aquellos argumentos desarrollados en comisión. El portavoz del Grupo popular (Ruiz Gallardón), dirigirá ya una clara acusación de inconstitucionalidad al precepto, basada en la extralimitación de las competencias reconocidas al Poder Legislativo. Basándose en la Sentencia del Tribunal constitucional de 5 de agosto de 1983 (asunto L.O.A.P.A), donde se afirmaba que "el legislador estatal no puede incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma", y que "el sistema constitucional de distribución de competencias entre los distintos órganos constitucionales limita las posibilidades de las Cortes Generales en el ejercicio de su función legislativa", amparándose en una interpretación del artículo 66.2 de la Constitución, por la cual, según palabras del Diputado citado, "salvo la facultad de legislar, la de aprobar los Presupuestos y la acción de control, las Cortes Generales, esta Cámara y el Senado, no pueden

tener ninguna otra facultad, si no es aquella que la Constitución y sólo la Constitución les atribuya", de todo ello, resultaría que "cuando el artículo 66.2 está atribuyendo como límite objetivo de la facultad legislativa el que solo se pueda en materia de las demás competencias, nombramientos, y a lo que positivamente atribuya la Constitución, nos está diciendo que si se quiere aplicar extensivamente el artículo 122.3, tenía que decirse en el artículo 123.3 que era competencia de las Cortes Generales la designación también de esos doce miembros del Consejo General del Poder Judicial. Al no decirse de manera positiva, la interpretación extensiva de este precepto del art. 122.3 infringe el artículo 66 de la Constitución y, por consiguiente, esta Ley adolece claramente de un vicio de inconstitucionalidad" (108).

Ruiz Gallardón también habrá de oponer a la fundamentación más democrática del nuevo articulado, la idea de que "lo democrático es siempre que los gobernados elijan a los gobernantes. ¿Y quienes son los gobernados por el Consejo General del poder Judicial?. No los ciudadanos españoles, sino los jueces, luego los jueces deben ser los electores natos, por lo menos, de esos doce miembros del Consejo General del Poder Judicial" (109). Además añade un nuevo argumento en contra, como es que se vulnera no solo la independencia del Poder Judicial, sino también indirectamente la del Tribunal Constitucional

en la medida en que todos sus integrantes procederían de un modo u otro de una elección realizada por el Parlamento, aunque en segundo grado respecto de los designados por el Gobierno, y ahora, por el C.G.P.J. (110).

La acusación de inconstitucionalidad al precepto se dió también por parte del portavoz de Minoría Catalana, Trias de Bes, diputado que identifica los conceptos de independencia y autonomía del Poder Judicial. Por lo demás mantuvo el resto de los argumentos empleados hasta entonces: politización, pérdida de independencia, incidencia en el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional, expansión de las competencias del Parlamento más allá de sus límites constitucionales, etc (111).

Tanto por parte de los grupos a favor de la modificación, como por lo que respecta a los grupos contrarios, no se habrían de producir modificaciones importantes en las líneas de argumentación empleadas en el Debate del Senado con respecto al Congreso. En los Grupos contrarios se insiste en la politización, en el atentado contra la independencia del Poder Judicial, en la interpretación restrictiva de las competencias del legislativo, en la supuesta inconstitucionalidad de la reforma, etc. etc., en fin, lo que ya conocemos (112). Una novedad sin trascendencia posterior sería la

propuesta del Grupo Popular, a través del Senador Lafuente Lopez, de que fuera el Rey, en virtud de sus facultades arbitrales y moderadoras, el que de alguna forma, (no precisada exactamente, sino abierta a lo que decidiera la Cámara) interviniera en la designación de los doce miembros del C.G.P.J., o al menos de seis de ellos. La propuesta fue desechada rápidamente, y no se admitió la petición del senador Arespacochaga de suspender la sesión durante quince minutos para estudiar la propuesta (113). Del Grupo Popular es de destacar la intervención del Senador Guimera Gil, que llegará a acusar al Grupo Socialista de recortar intencionalmente las competencias del C.G.P.J., como represalia contra el Consejo general existente entonces, por haber promovido el conflicto de atribuciones, lo que explicaría el alto número de enmiendas presentado por ese Grupo a la Ley (114).

El conflicto de atribuciones estará presente también en la intervención de los defensores de la reforma, y así la Senadora Sauquillo, por el Grupo socialista rechazará la posibilidad de este mecanismo, afirmando que no existe (115).

Dentro del mismo tono general, en la argumentación de la defensa (rechazo de la idea de que la reforma pueda vulnerar la independencia judicial, en base a que la independencia se reduce a la actividad jurisdiccional del juez, no al Gobierno del Poder Judicial,

rechazo de la inconstitucionalidad de la ley en base a los debates constituyentes, etc), es de destacar la intervención del Ministro de Justicia Fernando Ledesma, para quien "la decisión de elegir a unas personas para vocales de uno de los órganos constitucionales del Estado es una decisión política". Desde esa perspectiva, para el Ministro, "Cuando el Juez no está juzgando, sino cuando está tomando decisiones, familiares o extrafamiliares, está actuando como un ciudadano más y cuando toma una decisión política de elegir o votar a un Concejal o a un Diputado participando en las elecciones está tomando una decisión política. Entonces yo me pregunto: ¿por qué si se trata de una decisión política vamos a encomendar esa decisión política a unos Jueces y, sin embargo se la vamos a negar a ustedes, que son representantes de la soberanía popular?". La igualdad de jueces y parlamentarios a la hora de adoptar esa decisión política, se rompería sin embargo en la medida en que los Jueces son políticamente irresponsables, mientras los parlamentarios son políticamente responsables, de ahí que "la decisión de configurar de una forma determinada un órgano constitucional del Estado debe ser una decisión políticamente responsable para poder exigir responsabilidades si la elección que se hizo fue errónea y equivocada a través de una mala gestión del órgano que fue constituido de esa manera. ¿Cómo, entonces, atribuir una responsabilidad política a quienes no pueden ser políticamente responsables?. ¿En

que cabeza democrática cabe esto?.(116)

En el ámbito doctrinal, la nueva ley no sería vista con muy buenos ojos. Existía el convencimiento latente de que el Gobierno había intentado realizar una restricción de las competencias del C.G.P.J., motivado por la actuación del anterior Consejo y por la desconfianza general hacia un Poder Judicial integrado mayoritariamente, en la opinión general, por miembros de extracción conservadora. Esa restricción de competencias perdió su posible justificación política cuando se aceptó la enmienda Bandrés, sometiendo a todos los vocales del Consejo a la legitimación democrática (desde el punto de vista de la soberanía popular) de su elección por el Parlamento.

Quizás sea por esa contradicción tan evidente entre los propósitos iniciales y la solución final que se dió a la ley en este tema del Consejo general, por lo que las críticas doctrinales habrían de proceder -aún cuando las aportaciones en este campo sean todavía poco numerosas, dado lo reciente de la ley- no sólo de sectores que se pudieran considerar como conservadores (117), sino especialmente de los que se autoconsideran al menos, como progresistas. Y será justamente en este ámbito donde se produzcan las críticas más corrosivas, por afectar a la lógica interna, a los principios fundadores, en el orden político, de la nueva medida le-

gislativa. No se trata ya de apelar a la independencia del Poder Judicial, posiblemente dañada por la Ley, ni a las restricciones al autogobierno, la politización, la inteferencia de los partidos, etc. En este caso, el problema esencial que se plantea es la virtualidad auténticamente democratizadora de una medida que parece situarse solamente en la epidermis, por así decirlo, de la organización judicial. Para Movilla e Ibañez, "se ha ido a una "operación de vértice", que apenas si se superpone a una "carrera" que en lo esencial de su vertebración interna permanece inmutada. Como si paradójicamente la calidad de Gobierno democrático, transmitida ahora en directo desde la institución parlamentaria a las alturas de la Judicial, tuviera necesidad al mismo tiempo, para difundirse en ésta, de un vehículo predemocrático y autoritario como es la vieja organización: jueces superiores e inferiores, un determinado sistema vertical de administración de la disciplina y de las sanciones positivas, el caracter limitativamente profesional-corporativo del asociacionismo judicial, ahora privado de una dimensión política explícita..." (118).

Es por eso que para bastantes autores, parece que la "enmienda Bandrés", más que un potente instrumento de remodelación interna y profunda del sistema vigente, "se monta" sobre él para relegitimarlo. Haciéndolo de una forma que, en la medida en que cubre o ha-

ce menos visibles sus verdaderas características, puede ser ideológica" (119). Si esta incapacidad transformadora en el plano institucional supone una lacra desde la propia perspectiva democratizadora de la Ley, no hay que olvidar la transformación negativa que sí opera en el ámbito de la relación de poderes constitucionales. Por otra parte, como también indican los autores citados, se elimina de la magistratura un importante factor de transformación interna: "El mecanismo democrático-representativo y el fermento político que ponía en ella la concurrencia de los jueces por la vía asociativa a la formación del C.G.P.J." (120).

Todas estas consideraciones de orden político, no implican sin embargo una opción determinada en la polémica sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida. Es de resaltar aquí, la intensa politización a que se ha visto sometido el tema, y la preocupación que despertó en ambientes conservadores, de la que dan muestra los titulares de algún periódico de amplia difusión en esos ambientes: "Hacia una justicia de partido", "Inquietud generalizada por la independencia de la justicia"; "Inquietud en el Poder Judicial"; "Riesgo de absolutismo"; "La tentación totalitaria del poder en una ambiciosa operación política"; "Golpe a la independencia del Poder Judicial", "Hacia el fin de la independencia Judicial", por citar algunos de los más significativos (121).

Reflejo de esta intensa politización será la presentación de numerosos recursos al Tribunal Constitucional. Aparte de los dos presentados por la Generalitat de Cataluña y por el Gobierno vasco contra la Ley Orgánica, motivados por otros temas distintos al de la elección de consejeros, hay que contar otros cinco que tuvieron como objeto central el de la elección; tres conflictos de atribuciones planteadas por el antiguo C.G.P.J. contra el Congreso y el Senado y conta la definitiva aprobación del Pleno del congreso de los Diputados del Proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial. Además, un recurso de inconstitucionalidad planteado por cincuenta y cinco Diputados pertenecientes al Grupo Popular, y, por último, un Recurso de Amparo presentado por la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) ante el tribunal Constitucional, contra el nombramiento por el Parlamento de los 20 vocales del Consejo. Este último recurso afectaba directamente a los R. D. 1881 y 1882/1985 de nombramiento de vocales del C.G.P.J., por entender la A.P.M. que violaban derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, en particular el derecho de los ciudadanos a participar directamente o por medio de representantes en los asuntos públicos y acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del artículo 23 de la Constitución.

Detallada esta situación nos vamos a centrar a continuación

en los conflictos de atribuciones planteados por el C.G.P.J., para pasar posteriormente al recurso de inconstitucionalidad promovido por parlamentarios del Grupo Popular, y por último, realizaremos algunas conclusiones sobre la nueva L.O.P.J. en lo que respecta a su regulación del C.G.P.J.

Respecto a los conflictos de atribuciones, el Consejo, cumpliendo lo preceptuado en el artículo 73 de la L.O.T.C., remitió un comunicado al Congreso de los Diputados el día 10 de abril de 1985, en el que se cuestionaban el artículo 119 y la disposición adicional primera nº 2 del proyecto, referente el primero a la elección de los vocales del Consejo por las cortes Generales y la segunda a la reglamentación por parte del gobierno, de la Carrera Judicial, el Consejo entendía que se daba en estos preceptos una indebida asunción de atribuciones por parte del Congreso y pedía que se revocaran los mismos. En el primer supuesto por cuanto el Congreso o el Senado no podrían modificar la composición del C.G.P.J., como órgano constitucional, entendiéndose que en el artículo 122.3 de la Constitución se establece un máximo de ocho vocales que pueden ser elegidos por el Parlamento. En el segundo supuesto por cuanto existe una reserva constitucional de la Ley Orgánica para la regulación del completo estatuto jurídico de los Jueces Y Magistrados de Carrera, sin que exista la posibilidad de delegar la potestad reglamentaria sobre dicho estatuto en el

Gobierno. Ello implica que no existe potestad reglamentaria alguna en esa materia, y que en caso de existir, correspondería exclusivamente al C.G.P.J., y no al Gobierno.

Esa comunicación del C.G.P.J., sería contestada por la Mesa del Congreso (no por el Pleno, como hubiera sido oportuno, a tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la L.O.T.C.), donde se declaraba que no había razón constitucional alguna para asumir las peticiones contenidas en la Comunicación del Consejo, por lo que no procedía acceder a las revocaciones solicitadas. La Mesa pedía además al Consejo, el desestimiento en la continuación del procedimiento, ante la falta de procedencia del conflicto planteado, la ausencia de fundamentación de lo solicitado y la legitimidad del ejercicio de la propia competencia por parte del Congreso.

Ante dicha negativa, el Consejo decidió plantear conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional en relación con los dos preceptos del Proyecto de L.O.P.J., citados anteriormente,

En el escrito del Consejo, se argumentaba que "lo que el Consejo mantiene es que el legislador constituido no puede modificar la composición de un órgano constitucional, ni asumir respecto del Poder Judicial, competencias que la Constitución no le confiere". El Consejo General del Poder Judicial llamaba en auxilio de esa tesis la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, en materia de conflictos competenciales de carácter territorial, ya que si el legislador estatal como poder constituido "no puede dictar unas normas que incidan en el sistema de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución (122), menos aún podría dictarlas para alterar la estructura y la composición de los órganos constitucionales.

El Consejo parece querer dar a lo largo de todo el escrito la sensación de que el texto de la Constitución es inequívoco en cuanto a la imposibilidad de ampliación del número de vocales elegidos por el Parlamento, afirmando, entre otras cosas que el

art. 122.2 de la C.E., precisa claramente el ámbito estricto de la Ley Orgánica, sin que exista base alguna para conectar por vía legislativa nuevas competencias para las Cámaras, y que el Congreso y el Senado precisen de una decisión concreta del constituyente, de una disposición específica de la Constitución para ostentar esa competencia, y al no existir tal disposición expresa, carecen de la misma. Sin embargo, el consejo tiene que admitir también en su escrito que el "criterio literal de interpretación, no zanja la cuestión, es insuficiente" en este tema, por lo que es preciso conectarlo con otros criterios interpretativos. En ese sentido, el C.G.P.J. ofrece algunos elementos de interpretación en refuerzo de su tesis:

1. El legislador constituido sólo puede determinar a través de Ley Orgánica, de acuerdo con el artículo 122.3 de la C.E., los términos de la elección de los doce vocales procedentes del Poder Judicial, pero no la competencia sobre la elección, o la delimitación del cuerpo electoral. Es el mismo caso que el previsto en los art. 68.1 y 69.2 C.E. a propósito de la elección de los Diputados y senadores, cuando se remite a "los términos que establece la ley".

2. Se pueda afirmar que la distinción clave en el art. 122.3 C.E., en la diferenciación entre vocales, es la competencia

para elegir, ya que, en abstracto, nada impide que los Jueces y Magistrados pueden integrar los vocales elegidos por el Congreso y el Senado de entre juristas de reconocida competencia. Si la distinción clave es, por tanto, la capacidad electoral activa (pues la pasiva no sirve de diferenciación), no parece coherente una lectura de la norma que dejará imprejuzada la competencia para la elección del grupo de vocales cuantitativamente más importante.

3. La frase del art.123.3 "entre Jueces y Magistrados de todas las categorías", teniendo en cuenta que los Jueces y Magistrados son los integrantes del Poder Judicial, del cual el Consejo es el órgano de Gobierno indica razonablemente que la competencia para la elección corresponde al propio colectivo de los Jueces y Magistrados.

Considera además el Consejo en su escrito que la competencia para elegir a los doce vocales Judiciales del Consejo fue atribuida por las Cortes Constituyentes de un modo reiterado a los Jueces y Magistrados, aún cuando no llegará a plasmarse de modo expreso en la Constitución. Del mismo modo esta interpretación será la que prevalezca en las actuaciones normativas posteriores a la Constitución: la L.O.C.G.P.J. de 1980, o el Reglamento del Congreso de 1982. (123).

Si esto es en lo que se refiere a la modificación de la composición del C.G.P.J., en lo que respecta a la potestad reglamentaria sobre el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, el Consejo considera que la disposición adicional primera nº 2 del proyecto supondría la desfiguración de ese órgano constitucional.

En esta materia, el Consejo admite que no tiene una dimensión propiamente competencial (en el sentido del conflicto de atribuciones), la eventual inviolabilidad de que una materia relacionada con el art. 122.1 de la C.E., reservada a Ley Orgánica sea objeto de desarrollo reglamentario, lo que sería más bien un problema de control de constitucionalidad. Por ello el Consejo -aceptando los argumentos de la Mesa del Congreso en este particular- excluye de su planteamiento conflictual el tema del respeto a la reserva de Ley Orgánica del art. 122.1 de la C.E. y se centra en la idea de que en tanto sea posible la remisión de contenidos normativos en esta materia por parte del legislador a un tratamiento reglamentario, la competencia para ejercer esa potestad reglamentaria, corresponde, por exigencia constitucional, al órgano de Gobierno del Poder Judicial. Pues si se atribuyera a otro órgano atentaría a la independencia y gobierno autónomo del Poder Judicial que el Consejo debe defender.