

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA

Sociología
y
Psicología
Jurídicas

ANUARIO 1982

Barcelona

ANDRÉS OLLERO

Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Granada

PODER JUDICIAL Y TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA EN ESPAÑA *

SUMARIO

1. *El legalismo como punto de partida teórico*
2. *Franquismo y poder judicial*
 - a) «Despolitización» y enseñanza del derecho
 - b) Politizar sin «hacer política»
 - c) La represión de los derechos humanos
3. *Relajación del positivismo legalista*
4. *Aires italianos*
5. *Planteamiento constitucional de las fuentes del derecho*
6. *¿Un poder sin control?*
7. *Independencia, autogobierno y legitimación de la Judicatura*
8. *Un nuevo juez para un nuevo ordenamiento jurídico*

El fenómeno de la transición política española sorprendió a propios y extraños. Murió una dictadura consolidada durante cuarenta años, a lo largo de los cuales se la consideró internacionalmente como símbolo de la negación de los principios más elementales del Estado de Derecho. Pasar desde ella a un régimen democrático de corte occidental pareció inevitablemente un *milagro* incluso a observadores poco inclinados a piadosas credulidades. No es fácil entender que una transformación tan considerable se haya podido producir sin especial quebranto del orden público, sin depuraciones dentro de las principales instituciones del Estado, e incluso con notable protagonismo de figuras básicas del régimen anterior.

Si todo ello aparece como un gigantesco fenómeno de conversión colectiva, equiparable al bautismo de Clodoveo y sus leales, es sin duda por una valoración desajustada de los puntos de partida y de llegada de este proceso. El español medio — que no dejó en su día de experimentar cierto despego ante las fobias que el franquismo despertara más allá de sus fronteras, observó bien pronto el desfase existente entre los entusiasmos que su joven democracia despertaba en el extranjero y la creciente preocupación de los sectores más conscientemente democráticos del país. Afortunadamente, el español es suficientemente creyente como para no atribuir a la divinidad los frutos de su propio instinto de conservación, y lo suficientemente desconfiado como para encomendarse a todos los santos ante la inseguridad de un futuro que sigue considerando problemático.

* Contribución al trabajo conjunto sobre *Rechtsvernunft und Demokratisierung in Spanien* promovido por el Prof. Wolf Paul (Frankfurt).

No es preciso profesar el marxismo para comprender el craso error de juzgar a una época por lo que dice de sí misma¹. La distinción entre la España *oficial* y la España *real* fue uno de los tópicos más verdaderos del último decenio del franquismo. Mientras la retórica política seguía aferrada a fórmulas desfasadas, y sujeta a los tabús traumáticos de una lejana guerra civil, la sociedad española contemplaba con despeggo todo ese ejercicio cabalístico, convencida de que muerto Franco nada podría ser lo mismo. La *transición* no comienza con sus funerales; el legendario *hecho biológico* se esperaba desde hacía años (de modo muy especial desde el atentado contra Carrero) como un nacimiento; como la aparición *oficial* de un proceso vivido ya *mentalmente* por la sociedad española: el ansia de sentirse libre en un régimen político homologable al de países con su mismo nivel de civilización, y de demostrarse menos *diferente* de lo que la propaganda turística del franquismo se había empeñado en comercializar.

El franquismo exigió el esfuerzo pragmático de un pintoresco tinglado político por andar a la zaga de una sociedad que, considerando ya como ineludibles formas muy distintas, aceptaba un aplazamiento tácito ligado al final de una biografía. Ese pragmatismo, que constituyó su núcleo esencial, le llevó a utilizar como maquillaje las formas del Estado de Derecho, vaciándolas suficientemente de contenido para evitar socavar las bases de un sistema político sin rigor ideológico.

Con esta operación se disimulaba la realidad, se insensibilizaba al país sobre la situación de la vida ciudadana, pero se le familiarizaba a la vez con exigencias convenientemente aplazadas. El pragmatismo del régimen franquista se contagia así a la mayor parte de la población. La política se convierte para ella en una actividad radicalmente desprestigiada. La *verbocracia* de sus figuras encontró un merecido desprecio; pero a la vez la actitud de las víctimas de la situación no dejó de tropezar con recelos, porque parecía sospechosa su impaciencia por adelantar un futuro tan inevitable como lleno de incógnitas. El franquismo fue mantenido por una sociedad ya mentalmente *democrática* pero sin excesiva prisa por verse obligada a demostrarlo con hechos. De ahí que la tarea de la oposición ilegal, decisiva para esa sensibilización *teórica*, no lograra *prácticamente* adelantar su final ni un solo día. Ella misma acabó por aceptar el tácito aplazamiento, consciente de que el tiempo jugaba a favor.

Sólo desmitificando el *milagro* del paso del infierno franquista al cielo democrático puede entenderse algo de lo que está pasando en España. Por debajo de esta transición fluye el purgatorio pragmático de una sociedad habituada a un nivel de confort fruto de una coyuntura artificial, falta de toda tradición de participación democrática y radicalmente desconfiada respecto a los políticos, a los que a lo largo de cuarenta años (como una ceremonia más de culto al Caudillo) aprendió a despreciar. Realizada la transición *oficial*, ahora falta el auténtico milagro: transformar *realmente* la sociedad que le ha servido de soporte. Sólo así el *Estado de Derecho* podrá ser algo más que un nuevo maquillaje rutinario.

Los jueces, por encima de litúrgicos alejamientos, forman parte de esa sociedad. Los entusiasmos franquistas fueron, entre ellos tan ocasionales y mal vistos como seguida con recelo la actividad de sus contados compañeros que se vincularon a la oposición democrática. También ellos han esperado con paciencia la nueva era y se ven ahora emplazados a llevar a la práctica ese cambio tan largamente contenido.

Al abordar esta tarea, decisiva para la consolidación de la democracia española,

¹ K. Marx-F. Engels, *Die deutsche Ideologie*, en *Marx-Engels Werke*, Berlín 1969, t. 3, pág. 49.

gravitan sobre el poder judicial años de *crítica teórico-jurídica* y de *experiencias políticas*. Este doble *análisis* nos ayudará a realizar un pronóstico más acertado. La valoración teórica sobre los aspectos básicos del ordenamiento jurídico, las evoluciones del forzado maquillaje formal del franquismo y la esperanza en una España realmente democrática componen así un entramado lleno de sintonía.

1. EL LEGALISMO COMO PUNTO DE PARTIDA TEÓRICO

El papel asignado prácticamente al juez iba a verse condicionado por la teoría del derecho que impregnaba los fundamentos del sistema jurídico: el legalismo. El Título Preliminar del Código Civil, puerta de entrada a todo el ordenamiento jurídico, era expresivo al respecto. El *derecho* aparecía como un conjunto de *leyes*. Cada uno de los doce primeros artículos del Código aludía expresamente en su primer párrafo a *las leyes*. Sólo cuando no se dispusiera de ellas entraría en escena — con un carácter subsidiario lleno de excepcionalidad — otra realidad jurídica: la *costumbre del lugar*; y sólo en su defecto, como recurso de emergencia, *los principios generales del derecho*.

Se consagraba, pues, la identificación derecho-ley propia del *positivismo legalista*: sólo es jurídico el derecho positivo, y por *positividad* se entiende *legalidad* pura. La costumbre encontraría poco juego, ya que la jurisprudencia exigía que fuera probada como un hecho, con lo que su papel subsidiario era tan problemático como dudosamente autónomo. Los principios generales del derecho cumplían la función de cierre del sistema, aunque su consideración era muy oscilante: desde los que — en aras de la seguridad práctica — proponían que se acreditara su cita expresa por la jurisprudencia, hasta los que — acudiendo a la tradición iusnaturalista — les atribuían teóricamente una amplia capacidad de apertura expansiva. En cualquier caso, no juzgarían en la ley, ni siquiera *junto* a ella, sino a *falta* de ella: para evitar que un Tribunal «rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes».

Con este positivismo legalista se asumía su peculiar planteamiento de la labor del juez. Prácticamente no se lo mencionaba sino para prohibir el *non liquet*, pero se le puede sobreentender aludido cuando se hablaba de la *aplicación* de esas tres fuentes escalonadas. Tal operación debía entenderse como una tarea mecánica, basada en un hacer técnico que no planteaba especiales problemas; ni se hablaba de la *interpretación* ni se reflejaban criterios capaces de presidir la *comprensión* del texto legal.

Sin duda se pensaba en una subsunción automática al hablar de «la ley *exactamente*² *aplicable* al punto controvertido». El juez, por tanto, no tendría como función decir el derecho (*iuris-dictio*), *hablarlo* haciéndolo emerger como sentido coexistencial de una situación concreta, sino que sería un mero altavoz que *pronuncia* las *palabras* de la ley. Como consecuencia, los jueces «no tendrán que comprender la situación entera, ni calibrar todas las consecuencias del fallo, ni interpretar en ciertos dominios — es decir, mediar entre la ley y los hombres»³. Por eso *las leyes* no llegan a convertirse en *ordenamiento jurídico* (expresión aún inexistente en aquella versión del Código).

² Es precisamente un magistrado quien llama críticamente la atención sobre las consecuencias de esta expresión: «como si hecho y norma pudieran alguna vez encajar o ensamblarse con exactitud». C. Vega Benayas, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Madrid 1976, pág. 141.

³ Es otro magistrado el que así escribe, para señalar como consecuencia que los jueces «capitulan o son ignorados». L. A. Burón, en su prólogo a *La justicia para todos* de Casamayor, Barcelona 1974, pág. 16.

Puesto que el juez no habla, sino que emite sonidos por cuenta ajena, la *jurisprudencia* no es fuente del derecho. La consecuencia es lógica, ya que no se la presentaba como auténtica tarea *prudencial* creadora sino como mera técnica aplicativa en la que el juez no *pone* nada que no se hallara ya *positivado* en la ley.

Se dibuja, pues, un juez aséptico y neutral, que manipula un material al que sería ajeno, despegado personalmente de ese *hacer* que no llega a convertir en *acción* propia. Con esto se pretende defender la seguridad del ciudadano: cerciorarle de que la justicia (contenida, por definición, acabadamente en el texto legal) no sería traicionada al ser transportada al caso concreto. Pero la realidad es muy otra⁴, como no dejan de reconocer las leyes procesales, al admitir un doble recurso de casación: por infracción de ley o de *doctrina legal*. Los hechos se abren camino y el instrumento altoparlante acaba siendo reconocido como oráculo doctrinal; la seguridad deja así de depender de una destreza *técnica* para quedar vinculada a la capacidad *sapiencial* de un sujeto.

En cualquier caso, esta discrepancia entre la labor práctica del juez y su presentación en el Código encuentra una inmediata sintonía con el dualismo entre lo *oficial* y lo *real* propio del franquismo. En este caso no había que inventar el maquillaje, porque ya venía dado por un texto venerable. Se asumen los planteamientos clásicos de Montesquieu cuidadosamente desprovistos de su contexto: los jueces como *seres inanimados*, cuyas sentencias «deben corresponder siempre al texto expreso de la ley», lo que hace que el poder judicial sea *en cierto modo, nulo*. No importa que ello no fuera cierto, si se admite que «la libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad»⁵. En efecto, para el pragmatismo franquista, lo importante no era que el ciudadano fuera *libre* sino que se creyera *seguro*.

Todo esto empujará a presentar *oficialmente* al juez como un mecanismo *apolítico*, independiente no sólo de otros poderes sino también de sí mismo. Pero *realmente* el régimen no podía permitirse el lujo de creerse lo que pretendía hacer creer. No podía ignorar las posibilidades de acción del poder judicial, y estudiará el modo de dejarle hacer con libertad, en todo lo que no le afectara, y de ponerle a su servicio, en lo que pudiera interesarle. Pero esto nos exige bajar del olimpo teórico a la anécdota diaria.

2. FRANQUISMO Y PODER JUDICIAL

Las soflamas habituales en los *primeros años del régimen* muestran escasa preocupación por maquillajes democráticos y una ingenua ambición a la hora de planear las posibilidades prácticas de su épica e imperial ideología. No tiene nada de extraño que en los años cuarenta un Ministro de Justicia — con motivo de la creación de la *Escuela judicial* —

⁴ Hemos analizado sucesivamente esta temática en tres trabajos: criticando la versión primitiva del Título Preliminar: *Equity in Spanist Law?*, incluido en el volumen coactivo *Equity in the World's Legal Systems* (ed. R. A. Newman) Brussels 1973, págs. 381-393; analizando su reforma posterior y la incidencia del texto constitucional, *Derecho natural y jurisprudencia de principios*, paper presentado al Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Basel, agosto 1979 — y resaltando los presupuestos filosóficos de esta visión del juez; «*Politisation*» du juge et crise de l'Etat, en *Le public et le privé. La crise du modèle occidental de l'Etat* (ed. V. Mathieu), Roma 1979, págs. 161-171. Los tres han sido ahora incluidos en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid 1982, págs. 131, 155, 199 y ss.

⁵ Estos conocidos textos de Montesquieu pertenecen a su *De l'esprit des lois* XI, 6 (págs. 404, 399, 401 y 397 del t. 2 de la edición de sus *Oeuvres complètes*, París 1966).

sueño con una *milicia del derecho*, «ágil, tensa, unida a los ideales firmes del Estado nacional que está construyendo el Caudillo». Pero ayudará a poner las cosas en su sitio observar que treinta años más tarde — y uno antes de la transición — otro Ministro de Justicia se permitiera aún la licencia poética de hablar del «acto histórico fundacional del 18 de julio de 1936» como una auténtica *fuentes de derecho*. Para mal y para bien, una de las características del franquismo fue la absoluta desconexión entre el dicho y el hecho; si ello sirvió en ocasiones, tristemente, para convertir en papel mojado textos legales llamados a defender derechos humanos, en otras excusó de llevar a la práctica no pocas majaderías usuales en una retórica oficial que nadie se tomaba en serio.

La realidad es que para poder llevar a la práctica tan pintoresco propósito hubiese sido necesaria una notable depuración política tras ruptura tan profunda y traumática. Los jueces se vieron en efecto — como todos los funcionarios — sometidos a la Ley de Responsabilidades Políticas de febrero de 1939, y se les exigió un certificado de *adhesión al Movimiento*. El resultado práctico de la medida afectó en principio a un cinco por ciento de los jueces, muchos de ellos readmitidos con posterioridad. Su conservadurismo, y el haberse visto marginados de las actividades represivas llevadas a cabo en ambas zonas durante la guerra, puede explicar el fenómeno⁶. No deja de ser significativo que el propio Profesor Castán, Magistrado del Tribunal Supremo desde 1933, se viera sometido a Consejo de Guerra; sería absuelto y, más tarde, llegaría a ocupar durante años la Presidencia de dicho Tribunal.

En cualquier caso, no faltaron condiciones claras para una politización del Poder Judicial en un régimen tan netamente alérgico a la división de los poderes del Estado: su «Ley Orgánica» de 1967 seguía aún fiel a la «unidad de poder y coordinación de funciones». Pero, como en todo, la principal virtud del franquismo consistía no pocas veces, en aminorar benévolamente por la vía de hecho riesgos legalmente consagrados. Así hasta uno de los más ardientes defensores del apoliticismo judicial durante esa época ha llegado a reconocer lo que «pudiera haber ocurrido»: «que un Presidente del Tribunal Supremo políticamente fanático o personalmente servicial y dúctil, con el consiguiente exceso de celo, podría haber conducido fatalmente a la politización de la Justicia»⁷; y no deja de señalar que si, a su juicio, no ocurrió, se debió más a las virtudes del mencionado Castán que a las condiciones reales existentes.

a) «Despolitización» y enseñanza del derecho

Si ya hemos señalado que el juez nunca puede ser en sentido estricto *apolítico*, no faltaron al régimen franquista medios por los que lograr un diseño de *despolitización* adecuado a sus conveniencias políticas. El primero de ellos vino dado por el *carácter de funcionario público* del que el juez español se ha visto inmemorialmente revestido. Su modo de selección y la práctica de su nombramiento y promoción ofrecían un notable campo de juego.

El reclutamiento de los funcionarios se lleva a cabo mediante el sistema de *oposiciones*. En teoría se trata de garantizar con ellas una selección basada en la competencia *técnica*, libre de presiones o favoritismos. Sin perjuicio de que el intento quede no pocas veces en mero deseo, el modelo así diseñado cuadraba especialmente a la función inde-

⁶ Al respecto J. J. Toharia, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid 1975, pág. 197.

⁷ El magistrado A. de Miguel, exponente paradigmático de la visión «despolitizadora» del problema judicial, en su obra *Jaque a la justicia*, Barcelona 1980, pág. 37.

pendiente y *apolítica* reservada al juez. De ahí que, tras la *revolución de 1868*, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, queriendo terminar con su designación directa a cargo del Gobierno, le hiciera extensivo este sistema destinado a consolidarse indefinidamente.

Como ocurrirá en la selección de todos los funcionarios, en los primeros años del franquismo se reserva el cincuenta por ciento de las plazas vacantes a los ex-combatientes del bando *nacional*, lo que garantizó la fidelidad ideológica de varias promociones. Sin embargo, esta homogeneidad se vería consolidada por razones sociológicas⁸, aún más que por el dirigismo político. Las oposiciones de Judicatura, como la de otros Cuerpos prestigiados de la Administración serán la *salida* profesional ansiada por el universitario procedente de la clase media alta, que durante años no encuentra fácil acomodo en una vida empresarial casi inexistente o mortecina en buena parte del país. Su desarrollo no merecerá la actitud de continua sospecha de partidismo, típica, por ejemplo, de las oposiciones a Cátedras de Universidad; sin embargo, la necesidad de una preparación de años en un régimen de trabajo exhaustivo produce una selección natural a favor de aquellos candidatos que pueden prolongar su dependencia económica familiar.

La crítica al sistema de oposiciones es constante en la sociedad española, pero suele verse siempre acompañada de su aceptación resignada como mal menor. La Judicatura no es en esto excepción, siendo muy infrecuente — por una falta de tradición, agudizada por el recelo a la *política* — la propuesta de sustitución por mecanismos de elección popular⁹. Más abundantes resultan las críticas dirigidas a la configuración actual de sus ejercicios y a sus resultados prácticos.

La imagen del juez como funcionario va mucho más allá de su simple consideración administrativa, y las *ventajas* de las oposiciones como sistema de selección responden a razones más profundas que su aparente neutralidad. De hecho, como consecuencia del positivismo legalista imperante, el *funcionario* se ha convertido en el *arquetipo de jurista* que orienta tanto la enseñanza como el aprendizaje del derecho.

Una vez que la teoría jurídica considera que el *derecho* es una suma de *leyes*, enseñar derecho es enseñar leyes. Se glosan los códigos o textos legales, adobándolos con citas más o menos rancias de la *doctrina*, y se espera que todo ello irá produciendo una familiaridad en su manejo que capacite al futuro jurista para estirar la superficie legal o calafatear sus porosidades. Triunfa, sobre todo, el alumno capaz de memorizar textos; el que más acumula más *sabe*.

Se parte de la idea de que el derecho se encuentra acabadamente *puesto* en la ley. Será buen funcionario el que pueda repentizar en cada momento las disposiciones existentes sobre un tema, llevando así a la vida práctica los dictados reflejados en ellas. El juez es un funcionario más, encargado de *aplicar* la ley. Para ello debe, en primer lugar, conocerla (acumulando textos hasta hacer de su memoria un nutrido repertorio legisla-

⁸ J. J. Toharia concluye sus *Notas sobre el origen social de la judicatura española*, «Sistema» 1974 (7), pág. 121, señalando que, partiendo de una clase baja o media, es más difícil llegar a juez que a empresario. En cuanto a la mentalidad resultante, expone en *Los jueces españoles y su entorno social*, «Sociología y Psicología Jurídicas» 1974, págs. 125 y ss., una constatación, que considera «significativa» por su «falta de espectacularidad»: la inserción de los jueces en su entorno social coincide con la de los restantes funcionarios públicos (pág. 139).

⁹ En este contexto resultaban acusadamente utópicas posturas como las de P. Andrés-Ibáñez en *Notas para una posible reforma democrática de la justicia*. «Sistema» 1977 (17-18), pág. 122.

tivo); debe estar en condiciones *técnicas* de subsumir en sus premisas los casos concretos; y debe ser lo suficientemente *honrado* para no permitir que nada turbe tan aséptica labor. Su *independencia* se equipara a su grado de *obediencia* al legislador. Interpretar el derecho, integrar lagunas de la ley, ponderar consecuencias del fallo, cotejar las valoraciones de la ley con las socialmente vigentes, no es su tarea. A lo más, se le concede una moderada dislocación de los contenidos legales, cuando su oscuridad o su desfase histórico lo haga inevitable, pero siempre presidida por un dualismo técnica-honradez que excluya toda veleidad *ideológica* o *política*.

Las oposiciones son como una reduplicación final condensada de lo que fue el estudio de la licenciatura. Se trata de obtener un compendio final, libre de erudiciones históricas o caracoleos doctrinales, una especie de «parte especial de las partes especiales»: derecho positivo macizo sin mezcla de especulación alguna. Los cinco años universitarios, con sus continuos exámenes que permiten *eliminar materia* en cómodos plazos, van educando en el arte de memorizar y exponer con brevedad y contundencia, yendo a lo *fundamental*. El estudiante acaba convencido de que *sabe poco*, porque no *recuerda* casi nada de lo que tragó sin digerir; las oposiciones le brindarán una oportunidad de recuperar en régimen sedentario de estabulación el peso desperdiciado en inútiles evoluciones teóricas.

Sonará la hora de la verdad y el *jurista* tendrá que probar su sólida memoria y su rapidez de palabra para disparar *temas* diversos en dosis de diez minutos, o escribirlos de forma no menos condensada, demostrando su *cultura(?) jurídica*. El sistema es, desde el punto de vista *técnico*, descabellado, pero hay que reconocer que quien se muestra capaz de resistirlo merece que su *honradez* se presuponga: años de continuo estudio, atado al duro banco, sin posibilidad de esparcimiento, de tratar a sus semejantes, ni casi de pensar... Las consecuencias son imaginables, aunque los más inteligentes sean luego capaces de superarlas. El altoparlante legal ha sido transistorizado y programado.

Si, a nivel teórico, este sistema no es sino la utopía legalista benthamiana llevada a la práctica, a nivel sociológico ha esculpido la mentalidad del *estudiante* de derecho español como *pre-opositor*. Toda disquisición es una pérdida de tiempo, lo importante es saber derecho (memorizar leyes), delimitar el tema (lo que se llevará al examen) desbrozándolo de letra pequeña u ornato histórico; se desprecia la jurisprudencia (ambigua y cambiante y por ello de estéril memorización). El *buen* estudiante no querrá perder tiempo y en tercer curso espacia su asistencia a clase, para comenzar ya a preparar las oposiciones. En ellas se jugará su destino; su derecho a ser persona, a tener un puesto seguro de trabajo... No es raro que el que triunfe se considere perteneciente a una casta especial, merecedora de privilegios y posibilidades de promoción económica y política. Durante los años dorados del franquismo, Derecho fue la *carrera de las salidas* profesionales más seguras; la Administración Pública sirvió de base de lanzamiento a una clase política obediente, rápida en la expresión oral, y con muy buena memoria para saber lo que se jugaba en cada trance.

Dentro de este panorama el juez es una figura un tanto atípica. Sus emolumentos económicos son poco prometedores, y no se le presuponían éxitos políticos (quizá porque nadie imaginaba que en el zurrón de más de un político brillante figurara una carrera judicial cortada en sus comienzos). Todo ello redundaba en un incremento de su intachable honradez. El juez había demostrado ser capaz de ser *más* que juez, pero no había querido... No es raro que uno de ellos afirme: «el propio acceso a la Magistratura me-

dian­te rigurosa oposición confiere ya desde un principio al elegido, cierto halo carismá­tico para salvaguardia de su independencia»¹⁰.

Tras las dos largas etapas de teoría legal memorizada (cinco años de licenciatura y de tres a cinco de oposiciones), el juez debía *saber* ya el derecho suficiente para hacer justicia. La verdad era muy otra. El salto a la experiencia era bastante más complicado y exigía un progresivo entrenamiento. *Teoría y praxis* aparecen como momentos sucesi­vos (del mismo modo que en el legalismo el *texto* precede siempre a su *aplicación*); no se concibe la actividad jurídica como *saber práctico*, ni se es consciente de que sólo una *pre-comprensión* permite *leer* el texto.

Esta falta de destreza práctica¹¹ lleva a poner en marcha en 1944 la *Escuela Judicial*, destinada en principio a facilitarla. La realidad resulta muy distinta: escaso contacto con los Tribunales y una serie de enseñanzas más o menos atípicas, pero faltas de ese enlace teórico-práctico que la propia Universidad no supo dar. El Profesorado capaz de llevarla a cabo es de problemática extracción: el que procede de la Universidad se verá tentado a elevar el nivel teórico, dada la categoría de su auditorio; mientras, el juez docente querrá olvidar la práctica prosaica y puede acabar haciendo mala teoría.

Al final de todo este experimento no es difícil que surja un juez con *escasa capaci­dad crítica*, dispuesto a marginar veleidades *políticas* y a ser fiel a la ley (sin pregun­tarse por la política que le ha dado vida). En ocasiones se animará, no obstante a ocupar puestos en la Administración Pública, consciente de contar con la cualidad que el propio Franco aconsejaba para tener éxito en la vida pública: «no meterse en política».

b) Politizar sin «hacer política»

Pero, lógicamente, esta actitud acrítica no ha sido la única vía de *politización de la tarea judicial*, aunque sí haya facilitado el libre juego de otras más profundas. Así los jueces menos conformistas o los — escasos — que profesaban principios ideológicos radicalmente diversos de los imperantes, serían fácilmente filtrados mediante un sistema de *libre designación* para cargos de relevancia en la carrera; aquellos que eran el obje­tivo fundamental de la promoción profesional, y los posibilitadores de un notable influjo sobre los colegas y la vida jurídica en general: Tribunal Supremo, Presidencia de Audien­cias, Magistrados o Jueces de las principales poblaciones. Para todos ellos se exige — oficialmente a partir de 1967 — un requisito de *especial idoneidad* de alcance notable­mente impreciso¹². También es preciso idéntico aval para ser Juez-Decano de cualquier población, cargo que supera lo meramente honorífico, al atribuírsele posibilidades espe­ciales en agosto de 1973: ocuparse de asuntos expresamente confiados por la superio­ridad, firmar en caso de urgencia (en vez del Juez de Guardia), mandamientos de libertad o prisión, emitir informes sobre la labor de sus compañeros¹³, etc.

A este claro condicionamiento se une el fluido trasvase de jueces que pasan a

¹⁰ A. de Miguel en su prólogo a *Independencia del poder judicial* de L. Martínez-Cal­cerrada, Madrid 1970, pág. 16.

¹¹ El 63,9 % de los jueces no han hecho sino estudiar desde que dejaron la Fa­cultad, mientras que un 17,3 % ha tenido que prestar el servicio militar en ese período; sólo un 10,1 % ha ejercido tareas jurídicas. J. J. Toharia, *El juez español* (nota 6), p. 40.

¹² A su influjo se refiere el magistrado C. Rodríguez-Aguilera en *El poder judicial en la Constitución*, Barcelona 1980, págs. 83 y 150.

¹³ Una crítica de este decreto de 17 agosto 1973 en «Justicia Democrática», *Los jueces contra la dictadura (Justicia y política en el franquismo)*, Madrid 1978, páginas 195 y ss.

ocupar *puestos políticos en la Administración Pública*, para reintegrarse luego a la carrera en condiciones ventajosas. Se trata, sin duda, de una clara muestra de *politización*, oscurecida por la peculiar concepción de la política acuñada por el paternalismo franquista: *desempeñar cargos públicos* era una prueba de actitud de servicio, desarrollada por probos ciudadanos en los que se reflejaba la abnegada entrega del Jefe del Estado; *hacer política* era una actividad tortuosa, llevada a cabo por los envidiosos que perseguían más poder. Desde este prisma jobbesiano, son siempre *los otros* los politizadores, mientras que casos como los comentados suponían un inocente o generoso cambio de ubicación administrativa.

No tiene, pues, nada de extraño que estos hechos reciban diversa valoración. Un Magistrado reconoce que ello daba lugar a una «situación de clara dependencia», y recuerda que «el hecho ha sido silenciado, incluso entre nosotros, por quienes no han tenido inconveniente en enarbolar el derecho de independencia como un mito encubridor de las violaciones que le rodeaban»; otro, de diverso talante, apunta por el contrario que, «lejos de llevar políticos a la Justicia, el Régimen del 18 de julio llevaba destacados representantes de la Justicia a los principales órganos rectores de la vida política, por entonces poco profesionalizada»¹⁴. Para otro, si el *juez* se convierte en *ciudadano modélico* es por su «visión profesionalizada», ya que «el juez sólo y siempre es juez». Es el arquetipo de honesto ciudadano que se dedica a trabajar seriamente en su profesión y renunciar a toda tentación de *hacer política*, hasta el punto de que las cautelas de la Ley de 1870, destinadas a garantizar su neutralidad política, le parecen claramente desfasadas cien años después: «como si hubieran perdido toda la carga e interés», pasados «los tiempos de promulgación de la ley, en donde las disputas partidistas y las pugnas políticas eran cotidianas»¹⁵. El pluralismo, estéril y perturbador, habría dado paso a la seria solución *profesional* de los problemas comunes.

Esta clara dependencia de la organización del Poder Judicial respecto a los dictados del Ejecutivo se maquilla levemente con la existencia del *Consejo Judicial*, encargado de simular ciertos aires de *autogobierno*. Su composición, establecida en 1962, lo desmiente tajantemente. Consta de miembros surgidos de un complejo juego de nombramiento o cooptación entre Ministerio, Presidente del Tribunal Supremo y Magistrados señalados por los anteriores. La insuficiencia de esta fachada se va haciendo notar y surgen propuestas para mantener un juego similar pero teniendo como vértice al Presidente del Tribunal Supremo (siempre de designación directa), sustrayendo competencias al Ministerio. No deja de ser significativo que quien, como Presidente del Supremo, propusiera esta fórmula, acabara aceptando (quizá como camino más corto) la condición de Ministro del ramo¹⁶.

Ya en 1973 el Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia (ha desaparecido la antigua referencia al Poder Judicial) prevé, en el número 48 de su base undécima, un Consejo

¹⁴ Respectivamente C. Rodríguez-Aguilera — (nota 12) pág. 106 — y A. de Miguel — (nota 7) pág. 54 —. Censura igualmente esta práctica M. Jiménez de Parga: *La independencia del poder judicial, en Justicia y política*, extraordinario de «Cuadernos para el diálogo», 1969 (XVII), pág. 19.

¹⁵ L. Martínez-Calcerrada (nota 10), págs. 189, 207-8 y 205.

¹⁶ Se trata de Ruiz Jarabo, símbolo viviente de la situación al ocupar sucesivamente y sin mayor empacho los cargos de Fiscal del Tribunal Supremo, Presidente del mismo y Ministro de Justicia. Los jueces agrupados en lo que llegará a ser «Justicia Democrática» no ocultan una especial predilección crítica por su figura, que «deja tras de sí una triste estela de despotismo personal puesto al servicio exclusivo del franquismo más reaccionario» (nota 13), pág. 270, también 173, 193 y 286.

Superior de Justicia, cuya novedad es la presencia de dos Procuradores en Cortes y de representantes de Colegios Profesionales Jurídicos. Siempre por vía de maquillaje, no deja de ser significativo el enlace con el poder legislativo y con la *sociedad* que ello insinúa. Falta, sin embargo, cualquier representante electo por los propios jueces y no se contemplan posibilidades de asociacionismo dentro de la Magistratura.

c) La represión de los derechos humanos

Sin embargo, la politización más efectiva del Poder Judicial no se produce por esta vía. La discrecionalidad de nombramientos cumple más bien un papel negativo y profiláctico, al permitir marginar a miembros menos gratos para el Gobierno, sin dar paso a una instrumentalización global de la Judicatura. La táctica seguida consistió, por el contrario, en favorecer la apariencia de neutralidad política (se marginaba precisamente a los *politizados*, y sin especial trascendencia pública) y sectorizar Jueces adictos mediante un procedimiento más positivo: las *Jurisdicciones especiales*.

Especialmente llamativo resulta el papel concedido a lo largo de todo el franquismo a la *Jurisdicción Militar*. No hay duda de que derecho y guerra son realidades claramente dispares, hasta el punto de que la segunda implica la práctica suspensión del primero. Esto hace más significativa esta intervención, que tiende a demostrar que de alguna manera «la guerra no ha terminado», sino que se ha hecho procedimental y burocrática. La Ley de Seguridad del Estado de marzo de 1941 se vería sustituida por el Decreto-Ley de abril de 1947 sobre Bandidaje y Terrorismo, que continúa en vigor tras la promulgación de la Ley de Orden Público de julio de 1959. En todas estas disposiciones se conceden amplias competencias a la jurisdicción castrense, y sobre todo, se considera su preeminencia respecto a la ordinaria, al ser ella misma la encargada de decidir cuándo debe o no, por vía de inhibición, darle entrada.

La creación del *Tribunal de Orden Público* en diciembre de 1963 supone un notable descenso de la cifra de paisanos juzgados por Tribunales militares¹⁷, al dar paso a una nueva jurisdicción especial, claramente politizada y represiva. Los nombramientos se realizan con absoluta discrecionalidad entre profesionales *idóneos*, a los que se ofrece el cebo (nada despreciable en un país acusadamente centralista) del traslado a Madrid, y la consiguiente posibilidad de *descender* a provincias en caso de cese.

La intensa labor de este Tribunal marca el grado de desconocimiento de las libertades democráticas exigido por la continuidad del Régimen franquista. Por si fuera poco, las sucesivas reformas del Código Penal aumentan en ocasiones su discrecionalidad¹⁸. Esta tarea represiva se ve, por otra parte, confirmada en un noventa por ciento por el Tribunal Supremo, el nombramiento de cuyos Magistrados se encontraba también fuertemente mediatizado.

La reforma del Código de Justicia Militar de noviembre de 1971 mantiene el predominio de esta jurisdicción y amplía sus competencias al introducir un nuevo capítulo dedicado al *Terrorismo*, que tipifica como *atentados* delitos comunes cometidos con intencionalidad política, sustrayéndolos en principio incluso a la jurisdicción de Orden Público.

¹⁷ Al respecto J. J. Toharia (nota 6), pág. 174.

¹⁸ Así la de abril de 1967 establece, en lo relativo a las «asociaciones ilícitas», que el Tribunal «podrá imponer» (y no «impondrá», como en la versión anterior) penas inferiores en determinadas ocasiones; en la casi totalidad de los casos la opción fue por la más grave, cfr. J. M. Mohedano en la obra colectiva *Sobre las libertades políticas en el Estado español (expresión, reunión, asociación)*, Valencia 1977, págs. 117-118.

Junto a esta fragmentación jurisdiccional, los Tribunales ordinarios se ven a la vez afectados por la creciente invasión de la *actividad sancionadora de la Administración*, que llega a considerarse como la cuestión «más grave que tiene planteada el ordenamiento jurídico español»¹⁹. En un momento en que el derecho europeo tiende a despenalizar conductas sancionadas con simple multa, trasladándolas a la esfera administrativa, crece cualitativamente la capacidad sancionadora de la Administración española. Se le atribuye incluso la capacidad de privar de la libertad, por impago de las multas derivadas del ejercicio de derechos humanos no reconocidos. Aparte de estas consecuencias de la Ley de Prensa de marzo de 1966 y de la de Orden Público reformada en julio de 1971, juega también el carácter ejecutivo de las sanciones administrativas (que hace que el recurso a la jurisdicción contenciosa no tenga efecto suspensivo); así como la necesidad de que la propia Administración ejecute las sentencias y la difícil reacción ante su frecuente resistencia pasiva. Uno de los ejemplos más clamorosos de la primera circunstancia fue el cierre del diario liberal «Madrid», que supuso su desaparición —por el momento, definitiva— a pesar de alcanzar finalmente sentencia favorable.

Por si fuera poco, esta dinámica engendra una paralela *criminalización de las infracciones administrativas*, motivada por el carácter de tipo en blanco característico de las normas penales relativas al ejercicio de los derechos fundamentales. Así se convierten en delictivas meras infracciones formales, al verse rellenos tales tipos por las prescripciones de la normativa administrativa. No siempre la actividad judicial llega a evitar esta circunstancia, exigiendo, por ejemplo, que junto a la falta de requisitos formales de una publicación se dé en su contenido una conducta propiamente criminal²⁰.

Tanto a través de las jurisdicciones especiales como de esta invasión del Ejecutivo en competencia propiamente judicial, se consolida un ámbito de acción política libre de todo control jurídico efectivo. A la vez se mantiene la apariencia de *división de poderes* en temas irrelevantes²¹, y aun en tales casos no dejan de producirse situaciones paradójicas. Así ocurre con el escándalo «Matesa»; el indulto final (¡con motivo del 35 aniversario del caudillaje!)²² deja —para unos— impune el delito y —para otros— imposibilitados de defensa a los *favorecidos* por la medida.

Este campo de acción política abandonado a la arbitrariedad tiene una especial repercusión sobre el ejercicio de los *derechos humanos*, decisivo para la configuración de un efectivo Estado de Derecho.

El arranque del Régimen es ya particularmente expresivo, con una Ley de «Respon-

¹⁹ Cfr. J. R. Parada, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, «Revista Administración Pública» 1972 (67), pág. 42; referencias adicionales pueden verse reflejadas en págs. 62, 82 y 91. Posteriormente ha vuelto a ocuparse del tema: *Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas*, «Poder Judicial» 1982 (4), págs. 19-26.

²⁰ Al respecto L. Rodríguez Ramos, *Libertades cívicas y derecho penal*, Madrid 1975, págs. 40 y 352-354. También T. Quadra Salcedo en (nota 18), pág. 75.

²¹ J. J. Toharia señala como característica del «autoritarismo» franquista que el juez es «independiente» en la medida en que no cuenta con poder alguno, *Judicial Mentality in an authoritarian Regime: the case of contemporary Spain* paper presentado al VII Congreso Mundial de Sociología (Toronto 1974), pág. 13.

²² La apreciación del caso Matesa resulta dispar: «enseñanza y ejemplo de lo que debe ser —y fue— la independencia judicial», «caso único y memorable en nuestra historia judicial» —A de Miguel (nota 7), págs. 88-89—; el Poder Judicial, «utilizado descaradamente para santificar ciertas medidas arbitrarias», «quedó en una posición ridícula»; «Justicia Democrática» (nota 13), págs. 13 y 15. La coincidencia en considerar el indulto final como un atropello es, sin embargo, unánime.

sabilidades Políticas» (febrero 1939) que castiga hechos de intencionalidad política realizados hasta cinco años antes, y una amnistía para los delitos sometidos en igual plazo por acciones consideradas políticamente favorables al «Movimiento».

En 1944, con motivo de una reforma del Código Penal disfrazada de *texto refundido*, se dedica un título a los «delitos contra la seguridad interior del Estado». Por sorprendente que parezca sería bajo esa rúbrica donde debiera encontrar defensa penal el ejercicio de los derechos humanos, frente a las posibles extralimitaciones de los funcionarios. El error no será sólo de sistemática, sino que condicionará el juego práctico de las figuras delictivas, que lejos de proteger el ejercicio de los derechos del ciudadano, los supedita a una «seguridad interior del Estado», identificada con la permanencia en el poder de sus detentadores²³.

Especial incidencia se produce a través de la prolongación de las *detenciones* gubernativas sin poner al acusado a disposición de la autoridad judicial. La Ley de Enjuiciamiento Criminal señalaba un plazo máximo de 24 horas, pero el Fuero de los Españoles *concede* al ciudadano la posibilidad de que su detención se prolongue hasta 72 horas²⁴. No obstante, y por el mecanismo de la detención por impago de multas, las reformas de la Ley de Orden Público llegan a posibilitar detenciones gubernativas de hasta tres meses. Mayor duración llegan a alcanzar detenciones en régimen de *prisión preventiva*²⁵, por la lentitud de la máquina judicial y la no concesión de libertad provisional.

Por otra parte, las posibilidades de control de los jueces sobre la actividad de la Policía es prácticamente nula. Esto facilita atentados contra la intimidad (correo o teléfono) y, sobre todo, frecuentes denuncias de *tortura*. Al no estar tipificada como delito específico sólo cabe perseguirla a través de las *lesiones* apreciables como resultado, cuya comprobación resultaba prácticamente muy dificultosa²⁶. La viabilidad de una sanción penal de todas estas conductas es mínima, al estar tipificadas como contrarias a la seguridad del Estado y no a los derechos del ciudadano, y exigirse un ánimo delictivo de compleja prueba. El policía, como ciudadano defensor de la seguridad, goza de peculiar protección; mientras los delitos cometidos por los particulares contra el Estado experimentan un progresivo aumento con agravación de penas, los cometidos por los funcionarios se mantienen congelados²⁷. A la vez, acaba transfiriéndose a las Audiencias Provinciales, cuyos Presidentes son de designación directa, estos procesos, sustrayéndolos a la competencia de los Jueces de instrucción; medida cuya intención política es obvia.

En resumen, el juez actuó bajo el franquismo condicionado por un marco teórico-jurídico, que presentaba su actividad como meramente *técnica* y desprovista de toda creatividad jurídica. Toda actitud *crítica*, excluida así por vía teórica, resultaba además prácticamente inimaginable, como consecuencia de una formación universitaria dogmática y memorística, acentuada sólidamente por el sistema de preparación de las «oposiciones». Este *positivismo legalista* compacto va a enlazar con el peculiar «*positivismo*»

²³ Al respecto L. Rodríguez Ramos (nota 20), págs. 347 y 361.

²⁴ Sobre este tema la obra de otro magistrado: M. Peris, *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia 1976, págs. 218 y ss., sobre todo 227.

²⁵ El documento «Justicia y política 1972» se hace eco de una noticia de prensa que informa de la retirada por el Ministerio Fiscal de su acusación contra seis personas que habían permanecido siete meses en prisión preventiva (nota 13), pág. 92.

²⁶ Al respecto la interesante disección de dos sentencias del Tribunal Supremo de 1965, realizada por F. Tomás Valiente, luego magistrado constitucional, en *La tortura en España*, Barcelona 1973, pág. 236. También M. Peris (nota 24), págs. 282 y ss.

²⁷ L. Rodríguez Ramos (nota 20), págs. 345 y 351.

político en que desemboca el pragmatismo franquista: sus ingredientes *ideológicos* cumplen una función meramente retórica, que va decayendo al decantarse *tecnocráticamente* la cúspide del Régimen; la actividad profesional y técnica se convierte en símbolo de honradez pública, mientras que lo *político* reviste connotaciones malintencionadas y subversivas. Es más la asimilación acrítica de este pragmatismo que la adhesión entusiasta a una *ideología* (de problemática existencia), lo que dotará a buen número de jueces de la *idoneidad* necesaria para cumplir — con mayor o menor conciencia — el papel político que el Régimen les asigna. Este cuadro general se irá viendo modificado, de modo desigual en sus diversos aspectos, durante el largo recorrido del franquismo.

3. RELAJACIÓN DEL POSITIVISMO LEGALISTA

Es fácil advertir cómo va erosionándose la base teórica apuntada, que encontraba cobijo en los primeros artículos del Código. Será precisamente el juez el más sensible a su insuficiencia. Su actividad jurisprudencial, especialmente cercana a la vida real del derecho, se vengará del texto legal que la desconocía y acabará provocando una revisión que llega a afectar al propio Código.

La reforma de su Título Preliminar consumada en 1974 supone la *codificación* de una crítica que venía siendo habitual²⁸. Se constata la insuficiencia del modelo teórico oficial, pero sin llegar a plantear con claridad otro alternativo; se mantienen fórmulas y planteamientos legalistas, pero dislocándolos para que puedan ser adoptados a una realidad que los desmienten. Todo ello implica un cambio de la imagen del jurista y del juez²⁹ propia del legalismo.

La inexpresividad formal del articulado anterior se ve fragmentada en cinco capítulos, que arrancan de un planteamiento de las *fuentes del derecho*, y de la *aplicación* y eficacia general de las *normas jurídicas*. Se da un sintomático eclipse de la alusión a las *leyes*, reforzado por la mención expresa del *ordenamiento jurídico* en la primera línea del articulado. No hay duda de que en el nuevo texto puede encontrar encaje un planteamiento más realista del derecho, que deje de identificarlo con la ley, para presentarlo como un proceso interpretativo movido por *principios jurídicos*. Éstos están presentes tanto en ella, como en la jurisprudencia y en los hechos mismos, al ser subjetivamente captados por el juez. Se abriría así la puerta a una teoría más *realista*: concebir al derecho como una *realidad* a buscar con la ayuda de diversos elementos que tendrían como punto de referencia común el texto legal; una realidad siempre provisionalmente encontrada, hasta que la seguridad imponga un final, mediante la fingida *verdad* de la *cosa juzgada*. Pero términos como *fuentes* o *aplicación* tienen poco que ver con todo esto.

La expresión *fuentes del derecho* nos presenta a éste fluyendo como algo acabado por unas espitas precisamente homologadas. Sólo cuando el caso concreto quede muy distante del grifo legal, se acudiría a otro secundario o, como solución de emergencia, al riego por aspersión de los *principios generales* del derecho. Aunque se hable ahora de *fuentes del ordenamiento jurídico*, el propio Decreto sancionador de la reforma reco-

²⁸ Para E. García Enterría no aporta «grandes novedades respecto al estado jurisprudencial y doctrinal de nuestro derecho» en su prólogo a C. Vega Benayas (nota 2), pág. 10.

²⁹ Se enlaza así con un «movimiento autocrítico» vivido en otros países, como señala E. Díaz en su escrito preliminar a la versión española de *El juez y la sociedad*, de R. Treves, Madrid 1974, pág. 7.

noce que se ha cambiado «el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador»³⁰. Ni siquiera la formulación se ha cambiado cuando se sigue calificando de *aplicación* — con sus resonancias de mecanicismo técnico — a este complejo proceso, que es a la vez comprensión, interpretación y aplicación, y a través del cual lo que se intenta es *fundamentar* una decisión, pre-comprendida no pocas veces al margen del texto legal.

La conciencia de este proceso es clara por parte de los jueces. Se vuelca recientemente, en sus escritos: el juez «fue considerado como esclavo de la ley», pero «el dogma tradicional de la apoliticidad del juez está actualmente sometido a revisión». Aparece en discursos parlamentarios de antiguos miembros de la Magistratura: seguimos pensando en los jueces como «meros intérpretes de la ley, elementos pasivos sometidos a una ley que establece todo y todo lo prevé, lo cual es incierto; estamos esclavizando a un positivismo jurídico que condujo a actuaciones criminales de Magistrados, Jueces y Fiscales en la Alemania nazi o en la Italia fascista». La alternativa teórica no suele ser clara³¹.

Dentro de este desmoronamiento del legalismo emerge con mayor claridad la auténtica función de los *principios jurídicos*, como criterios valorativos que estimulan el proceso de interpretación en el que se engendra la decisión jurídica. Algo bien distinto de una *fuentes* de repuesto cuyo contenido se obtuviera *generalizando* el de las leyes para redistribuirlo centrífugamente. Se acepta que los *principios generales* tienen un «carácter informador del ordenamiento jurídico», pero cuesta superar las fronteras artificiales de las diversas *fuentes*. Resulta difícil comprender que toda realidad jurídica surge de la conjunción de un *principio* valorativo y unos hechos, y que toda *ley* — como proyecto de realidad jurídica — es sólo un anticipo de esa futura conjunción (que se consumará en la conducta del ciudadano o en la decisión del operador jurídico); pero la ley no pocas veces actuará realmente a posteriori: sirviendo de justificación formal a un principio valorativo que había puesto automáticamente en marcha la pre-comprensión judicial³².

En todo caso es sintomático cómo la actitud de crítica al positivismo, frecuente en los ambientes de la oposición democrática, se ve acompañada de apelaciones a estos principios: «aparte de que lo que el régimen político imperante exhibe como legalidad, no ha nacido de ningún órgano legislativo representativo, no debe olvidarse que el derecho positivo no está únicamente formado por leyes, sino también por principios generales del derecho, que han de ser inspiradores de toda honesta interpretación»³³.

³⁰ BOE 9-VII-74 (163), pág. 14.270. Sin embargo, J. M. Rodríguez Paniagua abre significativamente su libro *Ley y derecho. Interpretación e integración del derecho*, Madrid 1976, con una doble cita: el art. 20 de la Ley Fundamental alemana (al que nos referimos más abajo) y el carácter complementario de la jurisprudencia, recogido por el nuevo artículo 1 del Código Civil español.

³¹ Respectivamente el magistrado J. S. Ruiz Pérez, hoy Director del Centro de Estudios Judiciales — *Juez y sociedad* «Revista Profesional Colegio Abogados Granada», 1977 (II), págs. 335 y 339; también su libro posterior del mismo título, Málaga 1981 — y J. Navarro Estevan, juez y durante algún tiempo parlamentario socialista, *Consejo General del Poder Judicial. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980, pág. 240; M. Peris también certifica «el fracaso rotundo del positivismo jurídico» y recurre — a pesar de no admitir una ética material de valores de validez universal — a los derechos humanos como alternativa (nota 24), pág. 147.

³² Así C. Vega Benayas no parece haberse liberado de ese corsé formal cuando afirma: «la distinción del Código civil es clara: existen, además de los informadores del ordenamiento jurídico, principios generales con el carácter de fuente autónoma del derecho» (nota 12), pág. 74 (los subrayados son nuestros); cfr. al respecto los trabajos citados en (nota 4).

³³ Justicia Democrática (nota 13), pág. 68. Al año siguiente se denuncian las restricciones legalistas que encuentran estos principios en su juego judicial (pág. 158), y

La reforma del Código refleja la actitud dominante en los miembros menos dogmáticos del estamento judicial: denuncia de la insuficiencia del legalismo, pero incapacidad de plantear una alternativa real por afán de no afectar al tabú del principio de legalidad. Especialmente claro resulta a la hora de abordar el papel de la *jurisprudencia*, expresamente aludida en el nuevo texto.

El preámbulo del Decreto distingue entre *aplicación* de las normas (supuesto planteado como global por el articulado), *interpretación* (para la que se ofrece una enumeración de criterios) e *investigación integradora* (a la que sitúa más allá de ella, en el campo excepcional de la *aplicación analógica*). Realmente no es fácil imaginar una *aplicación* de una norma que no exija una *investigación*, ni una *interpretación* que — al reflexionar sobre la pre-comprensión que la puso en marcha — no resulte *integradora*. Pero todas estas artificiosas fronteras se hacen necesarias para poder reconocer a la jurisprudencia un carácter *complementario* sin honores de *fuentes*³⁴. El preámbulo le reconoce «cierta trascendencia normativa», pero el *complementar* recogido en el texto articulado presenta la tarea jurisprudencial como una actuación que — desde fuera — mantiene en funcionamiento el ordenamiento jurídico, y no como el motor decisivo de la compleja síntesis de sus muy diversos ingredientes.

La jurisprudencia, ciertamente, no añade *complemento* alguno; ella es la que capta la virtualidad *jurídica* que es la que *califica* a determinados hechos; la que *lee* el encaje *legal* de esas exigencias; la que sirve de vehículo constante al juego de los principios que animan el proceso de realización del derecho. Sin su tarea prudencial, ni los hechos ni las leyes se hacen propiamente jurídicos, ni los principios llegan a fin práctico alguno.

Pero los jueces — incluso los que se presentan como defensores del carácter *creador* de la actividad judicial — temen incurrir en exageraciones. Podrán reconocer que la interpretación, lejos de ser un recurso anómalo, debe considerarse como «la verdadera naturaleza real» de la ley, o resaltarán «el inevitable carácter *creador* de la actividad del juez»; pero admitir — con Kelsen — que el juez crea una norma, siquiera individual, «no puede aceptarse»³⁵. Podrán haber reconocido que la jurisprudencia es «fuente real de derecho y fuente genuina de derecho judicial», o que son los hechos los que ponen «en marcha el proceso de creación, desvelamiento, de la realidad jurídica»; pero la reforma del Código les resultará criticable por situarse en una *tremenda dificultad*, pues aun optando por «una solución, aunque equívoca, no exenta de ingenio», no debe ocultar que «la jurisprudencia no es fuente formal del derecho»³⁶.

De cualquier modo, la influencia práctica del juez al solucionar el caso, y la del Tri-

se señala como síntoma de falta de «independencia» la actitud del juez que «identifica el derecho con la legalidad, la justicia con la legislación positiva y el Estado de derecho con la voluntad arbitraria de determinadas y concretas personas» (pág. 170).

³⁴ A. Hernández Gil no dudaba en hablar ya de la jurisprudencia como «fuente complementaria», al analizar años antes *La justicia en la Ley Orgánica del Estado* — «Revista Estudios Políticos», 1972 (181), pág. 48 — pero la reforma del Código no llega a tanto.

³⁵ C. Rodríguez-Aguilera (nota 12), págs. 16, 30 y 163. El economista R. Tamames refleja el eco de estos planteamientos en el vulgo: «del Poder judicial sólo puede surgir *jurisprudencia*, es decir un conjunto de reflexiones e interpretaciones que se formulan en las sentencias y que fijan criterios, no vinculantes, para la mejor aplicación de la ley». *Introducción a la Constitución española*, Madrid 1980, pág. 168.

³⁶ C. Vega Benayas, muy audaz en su *Introducción al derecho judicial* — Madrid 1970, págs. 138 y 193 — y llamativamente cauto más tarde (nota 2), págs. 82 y 93.

bunal Supremo vinculando eficazmente sentencias posteriores³⁷, es indudable. De ahí que el Código se considere obligado a abordar el complicado tema de los *criterios* que han de presidir la labor de *interpretación*. Su ambigüedad vuelve a resultar patente. Adopta una enumeración que parece recoger la gradación desde lo restrictivo a lo extensivo propia del legalismo más clásico: «sentido propio de sus palabras», «contexto», «antecedentes históricos y legislativos» y — por último y con visos de audacia — «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Sin embargo, al final de este primer epígrafe del artículo 3.º parece darse preferencia a una interpretación *teleológica*, al señalar que debe realizarse «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las normas.

La norma jurídica deja de ser — al menos implícitamente — derecho encerrado en la cápsula blindada del texto legal; así sería fácilmente administrable mediante el recurso a su tenor literal, aunque con el *complemento* excepcional del contexto sistemático o histórico. La norma jurídica aparece, por el contrario, como una valoración de la realidad social, que — dado el dinamismo de su objeto — sólo puede consumarse, provisional y convencionalmente, en determinados momentos. La película jurídica termina así en la foto fija de la cosa juzgada. No es una valoración definitiva que se *aplica* a una realidad cambiante, sino una realidad valorativa y relacional obligada a cambiarse continuamente, a reajustar su enfoque, para contribuir a ese *ajustamiento* social en que consiste el hacer *justicia*.

Este obligado esfuerzo de ajustamiento y reenfoque origina la entrada en juego de la *equidad*. Como el legalista considera erróneamente que la máquina judicial posee ajuste automático, se ve obligado a plantear el recurso a la equidad como una rectificación manual de sus resultados, movida por imperativos extrajurídicos de benevolencia. Así, considerada, la equidad no es un momento más de la realidad jurídica como proceso interpretativo sino una *fuentes* moral³⁸, a la que según el preámbulo no cabe reconocer jurídicamente tal papel sino el «cometido más modesto» de «criterio interpretativo». A la equidad se la concibe como un producto especial que, consumada la instantánea, «habrá de ponderarse» en el proceso de revelado para paliar posibles estridencias cromáticas.

El legalismo no llegará a superarse mientras no se ponga freno a la *metáfora* de las *fuentes*, que cobra vida propia hasta convertirse en ficción: en *realidad* fingida, pero no por ello menos rica en consecuencias prácticas. La idea de la ley como cámara capaz de impresionar por sí sola la realidad social, tiñéndola de una coloración determinada, y necesitada sólo esporádicamente de algún retoque manipulando el negativo, es insostenible. Se recurre a la metáfora con la esperanza de asegurar una frontera entre derecho y no-derecho (moral, oportunidad...), que confiera seguridad a las relaciones interindividuales.

Si renunciamos a encubrir el carácter ficticio de las *fuentes*, el derecho supone más bien la delimitación de una serie de exigencias de procedencia dispar, pero ineludibles todas ellas como condición de la convivencia. Esta delimitación ajustadora se encuentra sólo iniciada en el *texto legal*, pero no llegará a producirse sino en las circunstancias concretas: en la conducta del ciudadano, que *interpreta* la incidencia de las valoraciones

³⁷ J. J. Toharia señala que dos de cada tres jueces encuestados le conceden un valor decisivo (nota 6), pág. 34.

³⁸ M. Herrero-Miñón denunció los «oscurecedores efectos» de la mezcla de este doble concepto de equidad, atribuyendo al influjo del Prof. Castán el predominio del segundo, *Marginales al nuevo título preliminar del Código civil*, «Revista española Derecho administrativo» 1974 (3), págs. 363-364.

legales sobre su propia actividad; o en la conducta del funcionario que ejecuta la gestión pública, *interpretando* el ámbito de competencia y los fines que la ley le ha propuesto; o en la conducta del juez que *interpreta* el correcto ajustamiento de una relación controvertida. Las *fuentes* se convierten así en mera metáfora con una función práctica: establecer en lo posible un iter procedimental que obligue a *fundamentar peculiarmente la decisión*, y facilite su *control* o revisión. No se trata de que se *aplique* realmente la ley, sino que — en defensa de las expectativas de los ciudadanos — la decisión del caso tiene que aparecer fundamentada en ella. El derecho deja de ser *ratio* aplicada para convertirse en *decisión prudencial*, racionalmente controlable.

El preámbulo refleja explícitamente la presencia implícita de esta realidad en el articulado, pero refiriéndose primordialmente a la conducta del ciudadano, más que a la del operador jurídico especializado. Así para que una conducta usual se transforme en costumbre *jurídica* no debe contradecir «los módulos generales esencialmente delimitativos de la licitud, constituidos por la moral y el orden público». Pero ¿qué es una exigencia *jurídica* sino la traducción de exigencias *morales* o de imperativos de *orden*, sin los que la convivencia *pública* no podría considerarse digna del hombre?

Idéntica realidad expresa la nueva figura legal del *abuso del derecho*, recogido junto a la exigencias de *buena fe* por el artículo 7.º. Si el derecho se identifica con la ley, ¿por qué podría limitarse el uso de una prerrogativa *legal* en razón de su «ejercicio antisocial»³⁹? Si la ley es por sí sola derecho, no cabría prohibir *juridicamente* nada permitido por ella; ni se podría acudir a ninguna otra *norma* para controlar el posible «desbordamiento de los límites *normales* del ejercicio» de las prerrogativas que concede. Si — de acuerdo con la belicosidad de la frontera derecho-moral propia del positivismo legalista — se considera que la ley encierra todo el elemento valorativo, y lo conserva a la espera de aplicarlo a los hechos, ¿qué sentido tiene exigir esa *buena fe*, a la que se considera como «una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico»? La respuesta es que el contenido *ético-social* no *irrumpe* en un orden jurídico de diverso carácter, sino que el derecho mismo supone un proceso de valoración *ética* de la realidad *social*, que no se consuma en la ley (ni en las prerrogativas y deberes que ésta atribuye). Por el contrario, el derecho sigue siendo — más allá de la ley — *fuerza* de exigencias que irán siendo desveladas por las «circunstancias concurrentes» «en que se realice» la conducta legalmente prevista. Sólo cuando mediante la apreciación de la *buena fe* nos parece ver *restablecida la normalidad*, podemos considerar efectivamente reconocida la realidad jurídica.

La reforma del Código abre, pues, perspectivas más amplias de las asimiladas por la doctrina y la práctica jurisprudencial. Éstas habían estado especialmente influidas por autores alemanes, gracias al arraigo ascendiente de lo germánico sobre las Facultades de Derecho españolas, y en especial sobre el tratamiento civilístico de la temática de las fuentes. Este hecho concedió a estas doctrinas más repercusión que a las de autores de otros países, pero las dificultades del idioma dificultan su divulgación

³⁹ El propio M. Herrero-Miñón, que había distinguido entre «elección, interpretación y actuación» de la norma, como pasos sucesivos, pretendiendo que primero se elige la norma y luego se interpreta, propone también una frontera entre el «abuso» de un derecho y su «ejercicio antisocial», denunciando que «el uso del derecho puede ser abusivamente tildado de abuso» (nota 38), págs. 364-365 y 368-369; insiste en ello en *Los aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil*, «Revista Estudios Políticos» 1974 (198), pág. 109. Sobre esta temática, en relación con la equidad, nuestro trabajo citado en (nota 4).

entre el estamento judicial y, no pocas veces, entre el propio Profesorado⁴⁰. Esto origina un desfase teórico que puede explicar parcialmente el sesgo posterior del tema.

4. AIRES ITALIANOS

A este ambiente difuso de revisión del legalismo hay que añadir el sentimiento de «horror al vacío» que produce en el jurista su afán pragmático de seguridad. Para llenar ese vacío se ofrecen las teorías marxistas defendidas por sectores particularmente comprometidos en la labor de la oposición democrática. El procedimiento seguido será el endoso de las fórmulas italianas del *uso alternativo del derecho*. Los trabajos coleccionados por P. Barcellona, sobre todo, se convierten en catecismo de urgencia, sustituyendo en el ambiente estudiantil el influjo previo de Cerroni y Poulantzas. El *uso alternativo* enlaza con facilidad con la crítica al legalismo, al plantear la imposibilidad de un manejo *científico* del derecho, viejo tema que —por las razones apuntadas— se recibe no pocas veces como *novedad*⁴¹ en ambientes de la práctica o la enseñanza del derecho.

Estos sectores de oposición, mínima pero activamente representados en el estamento judicial, pretenden encontrar en dichas teorías recetas para una tarea práctica, intentando experimentar en la futura transacción a la democracia fórmulas ensayadas en Italia tras el fascismo⁴². No tiene nada de extraño que ello se vea acompañado de una notable *endeblez teórica* y de un marcado *carácter coyuntural*⁴³. En cualquier caso, estas aportaciones marxistas actúan como un eficaz revulsivo en el ámbito español, al colorear un interesante debate teórico con la que el franquismo había convertido en *oficial* doctrina de oposición.

Las insuficiencias del legalismo se ven ahora interpretadas en términos de *justicia de clase*. Se produce un paradójico viaje de ida y vuelta: tras rechazar por imposible la búsqueda de una *única* aplicación *científica* de la norma, se denunciará a renglón seguido una *única* intencionalidad *política* que actuaría bajo el aparente pluralismo del

⁴⁰ Entre los autores alemanes de alusión obligada parece encontrarse K. Larenz, pero remitiéndose siempre a la primera edición de su *Methodenlehre* (por ser reciente la traducción de la segunda); también J. Esser, pero sólo su *Grundsatz und Norm*, mientras del *Vorverständnis und Methodenwahl* es rara la noticia; de K. Engisch su *Einführung in das juristische Denken*; de T. Viehweg su *Topik und Jurisprudenz*. Estas obras, anteriores a 1960, siguen protagonizando veinte años después no pocas monografías españolas.

⁴¹ Una interesante excepción la constituye, a nuestro juicio, la obra de M. Saavedra, *Interpretación del derecho e ideología*, Granada 1978, que acerca hermenéutica existencial y marxismo.

⁴² No deja de ser significativo que el juez P. Andrés-Ibáñez —el más activo divulgador de la labor de «Magistratura democrática» italiana y de sus bases teóricas— inicie uno de sus prólogos con esta cita de R. Canosa: «no puede decirse que cambiara mucho la situación a nivel de estructuras judiciales con la caída del fascismo y el advenimiento de la República, aunque sólo sea porque casi todos los viejos jueces continuaron siendo jueces también en el nuevo régimen "democrático"»; «Introducción a "Magistratura democrática"» en *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona 1978, pág. 7, con trabajos de S. Senese, L. Ferrajoli y G. Scarpari.

⁴³ Así lo admite N. M. López-Calera, *Sobre el alcance teórico del uso alternativo del derecho* en *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia 1978, pág. 20. Los mismos prologuistas de la recopilación de documentos de Justicia Democrática —(nota 13), página 11— confiesan su «ausencia de veleidades teoricistas».

derecho burgués. La consecuencia es la llamada al compromiso político del jurista práctico, rebosante de un dualismo dialéctico con ribetes de maniqueísmo: «los *juristas alternativos* se determinan por una entre las por lo menos *dos* posibles políticas del Derecho»⁴⁴. Más que superar el positivismo legalista, hay el peligro de empujar así a una ineludible opción entre un *doble positivismo*: el de la legalidad jurídico-positiva y el de la legalidad histórico-emancipadora. Este nuevo positivismo *provisional*, que parece diseñar una solución emancipadora para cada conflicto, obliga, por otra parte, a replantear el debate revisionista de la relación estructura-superestructura⁴⁵, empujando el problema hacia vericuetos de escolástica marxista.

La teoría del *uso alternativo* se va viendo canonizada, para bien o para mal, como la doctrina oficial del grupo *Justicia democrática*, recibiendo en consecuencia adhesiones o rechazos frecuentemente acríticos. En el Congreso que el grupo celebra en pública clandestinidad en 1977 se señala: «la propia utilización de las leyes con arreglo a criterios interpretativos tradicionales origina y acrecienta la conservación de los intereses extrajurídicos amparados de hecho por las leyes. Para evitarlo, y lograr que el ordenamiento legal sea un instrumento de justicia, se propuso el *uso alternativo del derecho*, precisándose su sentido dinámico y progresivo»⁴⁶.

Los sectores de la Judicatura personalmente adictos al Régimen reaccionarán rechazando la *politización* de la Justicia. «La política — con todo lo que tiene de contingente y de emocional, de *parcial*, en una palabra — es incompatible con la Justicia. Ésta o es radicalmente apolítica o no es Justicia, ya que se vería sometida a un *proxenetismo* o *celestinaje judicial*»⁴⁷. La propia reforma del Código les resulta sospechosa, mientras que plantean interesadamente una conexión entre las agresiones terroristas al Poder Judicial y la doctrina criticada⁴⁸. El *uso alternativo del derecho* llega a convertirse en una pieza más de la conspiración judeo-masónica-bolchevique. Desde sectores más abiertos no se deja de señalar que, «con o sin *uso alternativo del derecho*, la interpretación supone la imposición efectiva de un criterio», aunque se insista en mantener una problemática separación entre lo jurídico y lo político⁴⁹, para rechazar una instrumentalización del Poder judicial.

⁴⁴ P. Andrés-Ibáñez, *Para una práctica judicial alternativa*, «Anales Cátedra Francisco Suárez» 1976 (16), pág. 174.

⁴⁵ Se persigue un «derecho liberalizador» — Justicia democrática (nota 13), página 153 —, que llevaría en sí el «germen de su autoabolición», P. Andrés-Ibáñez (nota 44), pág. 175. Señalan sus implicaciones revisionistas tanto M. Saavedra — *Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho* (nota 43), pág. 43 — como N. M. López-Calera en su contribución al mismo volumen (pág. 22). De este último es también interesante Gramsci y el derecho «Sistema» 1979 (32), págs. 77-89.

⁴⁶ Justicia Democrática (nota 13), pág. 314. P. Andrés-Ibáñez detecta años antes el recurso implícito a esta doctrina en las apelaciones a una interpretación «progresiva» de la propia legislación franquista, *Poder judicial y Estado de derecho: la experiencia de «Justicia democrática»* «Sistema» 1980 (38-39), pág. 201.

⁴⁷ En expresiones de una de sus figuras más significativas, A. de Miguel (nota 71), págs. 34, 0 y 64. Aunque ve en «Justicia Democrática» el intento de hacer de la justicia un «portillo útil de penetración y dominación marxista», no duda en reconocer la imparcialidad mostrada por uno de sus miembros en un caso del que tuvo personal experiencia; esto le lleva a sentenciar: «es difícil que el juez deje de ser juez» (págs. 47 y 69).

⁴⁸ En concreto, a A. de Miguel le suscita recelo el art. 3,1 del Código civil, quizá por la referencia que a él realiza M. Saavedra, en (nota 45), pág. 46. Sus alusiones a una «indeseada incitación» al terrorismo son frecuentes (nota 7), págs. 72 y 105, así como 68 y 73.

⁴⁹ C. Rodríguez-Aguilera (nota 12), pág. 10. Mientras C. Vega Benayas — (nota 28),

Los recelos hacia *Justicia Democrática* surgen de su emplazamiento ambiguo entre la denuncia del inevitable carácter *político* de la labor judicial y la forzada consecuencia de convertirla en arma de una *política* determinada. Las vicisitudes de los últimos años del franquismo, en los que núcleos dispares y contradictorios de la oposición democrática intentan aunar esfuerzos, insistiendo en un rechazo que les es común, no contribuye a aclarar la situación. El grupo inicial de jueces que desde 1971 aborda una crítica clandestina de la politización franquista de la Justicia va abriéndose paulatinamente. En 1974 manifiestan públicamente su adhesión a los principios de la *Junta Democrática*, que más tarde se uniría con la *Plataforma de Convergencia*, y aclaran: «no somos un partido político ni cumplimos directrices o consignas de ningún grupo de oposición. Sin embargo, no podemos menos de mirar con simpatía los esfuerzos de todos ellos por dar al pueblo español la oportunidad de poner fin a una situación política anómala e injusta»⁵⁰.

Dentro de este ambiente de unión frente al enemigo común el grupo consigue un mayor crecimiento, siempre en la clandestinidad. Aunque el contacto antes aludido y su misma filosofía asociativa (muy similar a la de *Comisiones Obreras*) los emparenta con el comunismo, no faltarán en sus filas figuras socialistas de especial prestigio⁵¹. En cualquier caso, sus posibilidades de captación de jueces de talante abierto pero de pensamiento no marxista eran muy problemáticas.

Si bien la legalización de los Partidos en la transición contribuyó a cambiar radicalmente la imagen pública de *Justicia Democrática* (cuyo informe de 1974 apareció ya con tal rúbrica, de importación italiana), ello le acarrea una nueva fuente de crisis, al desaparecer su factor decisivo de aglutinamiento. El Congreso de 1977 refleja las dudas sobre la continuidad del empeño⁵²; ni ideológicamente ni desde la perspectiva autonomista se justificaba la existencia de una plataforma unitaria, y además, ante un previsible pluralismo asociativo, podría resaltar su carácter minoritario. Entre disolverse o constituirse como una asociación judicial más, tanto razones de estrategia como de cortapisas legales acabarán empujando a una *autohibernación*, que implica una paradójica vuelta a la clandestinidad en plena normalidad democrática.

pág. 89 — niega que «el Poder judicial sea de naturaleza política», el fiscal C. Jiménez Villarejo profundiza con decisión en el «carácter objetivamente político de la función judicial», *Sobre la dimensión política de la función judicial*, «Poder judicial», 1981 (1), página 49.

⁵⁰ Justicia Democrática (nota 13), pág. 274. J. Navarro Estevan denunciará años después los recelos que sigue suscitando «la actuación en el inmediato pasado de uno de los pocos sectores que, dentro de la carrera judicial, se alzó, luchó, contra unas leyes que por su injusticia clara, por su renuncia clara incluso al valor de la justicia, no constituían derecho» (nota 31), pág. 239.

⁵¹ Entre ellos la de P. Fernández Viagas, expedientado y sancionado en 1976, hoy magistrado constitucional. Sobre las sintonías comunistas de la estrategia de «Justicia Democrática» no dejan de resultar llamativas su defensa de un «sindicato unitario, representativo e independiente, donde tengan cabida organizaciones laborales de diversas tendencias e ideologías» — (nota 13), pág. 54 — postura excluida hoy de la Constitución y discrepante del pluralismo sindical defendido por los socialistas; también sintomática la obsesiva referencia — propia de la estrategia de la época — a la Iglesia católica como apoyo de las más diversas reivindicaciones, llegando a proponer como ejemplo para los jueces homilías episcopales (pág. 153, y también 72, 88, 142, 192, 218 y 256).

⁵² Al respecto (nota 13), pág. 312, y la crónica de P. Andrés-Ibáñez (nota 46), páginas 203-205.

5. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Ya hemos visto cómo el alcance de la labor judicial va estrechamente ligado a una concepción global del derecho. No tiene nada de extraño que en el debate constitucional, al perfilarse el juego de los diversos *poderes* y establecerse la arquitectura del ordenamiento jurídico, resuciten temas ya aludidos y se consoliden sus líneas de evolución.

Una Constitución —y más si cuenta con tan generoso articulado como la española de 1978— supone la introducción de un nuevo cimiento en el edificio jurídico. Esta compleja operación va a ocasionar grietas e incluso rupturas en pisos superiores, a través de un laborioso *reasentamiento* de todos los materiales jurídicos. Los jueces van a ver así notablemente aumentado su trabajo, al pesar sobre ellos la tarea de garantizar la continuidad del conjunto y de improvisar sus nuevos perfiles en lo concreto.

A esto es preciso añadir el nuevo impulso que la crítica al positivismo legalista va a encontrar mediante un eficaz procedimiento: la introducción en el articulado constitucional de fórmulas que habían servido en otros países como fundamento positivo a esa tarea teórica. La distinción derecho-ley, presente en la Ley Fundamental de Alemania Federal (art. 20, 3), y la propuesta italiana (art. 3 de su Constitución) que da pie a una función *promocional* del derecho, o incluso a su *uso alternativo*, cobran especial relevancia. El debate demuestra que, tanto sus defensores como sus críticos, son conscientes de que esas fórmulas no son meros recursos retóricos sino que, con ellos, se pueden *constitucionalizar* las corrientes teóricas que habían presidido su interpretación por la doctrina alemana e italiana.

La distinción derecho-ley está implícitamente presente en todo el texto constitucional, aunque para verla plasmada explícitamente haya que acudir a su artículo 103 que recuerda que la Administración Pública ha de actuar *con sometimiento pleno a la ley y al derecho*. En cualquier caso, ya el extenso artículo 9, que cierra su Título Preliminar, establece la sumisión de los ciudadanos y de los poderes públicos *a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*. Ni una sola vez se menciona en él la palabra *ley*, y la alusión al *principio de legalidad* se ve acompañada de otra a la *jerarquía normativa*, en la que la primacía de la Constitución descarta interpretaciones legalistas⁵³. Desmitificación de la suficiencia de la *ley* y reforzamiento del predominio práctico de los *principios* va a ser una línea constante de la teoría de las *fuentes* consagradas en la Constitución. Los principios dejan de ser *subsidiarios* para convertirse en motor de la dinámica de las normas, en factor de elección del criterio de su interpretación o en punto de apoyo para dictaminar la existencia de lagunas. Todo ello obliga a flexibilizar el normativismo legalista, si se quiere reflejar con realismo la situación⁵⁴.

⁵³ L. Martín Retortillo recuerda que la expresión «ordenamiento jurídico» «quiere superar precisamente el positivismo»; «que el derecho no sea la norma escrita, no sólo la ley sino los principios»; *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980, t. III, pág. 3.125. L. Díez Picazo, hoy magistrado constitucional, detecta el nacimiento de un «ordenamiento principal» y rubrica que la alusión al «principio de legalidad» no puede entenderse en clave legalista, aunque «destruye cualquier tentación de derecho libre»; *Constitución y fuentes del derecho* en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid t. I, págs. 654-656.

⁵⁴ Así lo hace el magistrado A. Carretero, acudiendo a las doctrinas institucionalistas del «ordenamiento jurídico»; para él, «el progreso y la tecnificación del ordenamiento sólo es posible aceptando la primacía de los principios», *El concepto constitucional de fuentes del derecho* en (nota 53), t. I, pág. 396. Menos flexible parece F. Garrido Falla, para el que, al positivarse los principios, o éstos se convierten en normas o

Pero, sin duda, el pasaje más problemático de este artículo es el de su epígrafe segundo, que confiere a los poderes públicos la responsabilidad de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», así como la de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Esto abre claramente *nuevos horizontes* a la judicatura⁵⁵, que se ve así constitucionalmente obligada a adoptar una dimensión activa, difícil de encerrar en la *aplicación mecánica* del texto legal.

Los jueces, aunque *sometidos únicamente al imperio de la ley* (artículo 117, 1), no pueden cumplir la función que la Constitución les encomienda sin recurrir al juego de los principios; sólo teniéndolos presentes podrán, por ejemplo, controlar además de la *legalidad de la actuación administrativa* su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106, 1). Decisivo es también el papel que se les atribuye como garantía de los *derechos y libertades* (art. 53) hasta el punto de que la actividad judicial condiciona la discutible sistemática de dicho capítulo, que clasifica a algunos derechos más por sus posibilidades de control judicial que por su contenido; a la vez, se atribuye a la *práctica judicial* la tarea de *protección* de los *principios rectores de la política social y económica*, desarrollados por el texto constitucional a lo largo de catorce artículos. Concretando la garantía de los derechos y proyectando los citados principios sobre una normativa en plena transformación, no hay duda de que los jueces estarán reestructurando continuamente ese *ordenamiento jurídico* en que las leyes encuentran su sentido.

El recelo a que esta dimensión activa del juez, extraordinariamente potenciada, acabe al servicio unidimensional de una determinada ideología no tarda en saltar, facilitado por la herencia *alternativista* de las fuentes italianas del epígrafe segundo. No falta quien propone que se lo entienda como una *fórmula retórica*, para evitar sus *absurdas consecuencias*⁵⁶; o quien, estimando que sólo cabe una dinámica *socialista* de dicho epígrafe, considere que la Constitución contiene principios capaces de fundamentar no un ordenamiento jurídico sino dos contradictorios⁵⁷.

La Constitución, que es una auténtica norma y no un programa necesitado en todos sus puntos de desarrollo legal⁵⁸, dedica más de la cuarta parte de su articulado a recoger derechos, cuya protección ha de actuar como criterio de decisión, y a consig-

las normas en principios, *Las fuentes del derecho en la Constitución española*, ibídem, t. I, pág. 43. Sobre la variedad y alcance normativo de los principios A. Predieri, *El sistema de las fuentes del derecho en La Constitución española de 1978* (ed. en colaboración con E. García Enterría y otros), Madrid 1980, págs. 223 y ss.

⁵⁵ C. Rodríguez-Aguilera (nota 12), pág. 36. F. Ledesma, tras aludir a dicho precepto, anima al juez a profundizar en valores supremos rechazando «todo positivismo que vulnere la supremacía de la Constitución», *Reforma de la administración de la justicia*, «Razón y Fe» 1982 (3), pág. 250.

⁵⁶ O. Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Madrid 1978, pág. 135. En el debate de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional P. Fernández Viagas rechazará estas sospechas de «marxistización» de la función judicial, *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980, pág. 468; cfr. también su artículo *Uso alternativo del derecho y control democrático de la justicia*, «Revista Derecho Público», 1977 (68-69), páginas 621 y ss., y el abigarrado libro *Togas para la libertad*, Barcelona 1982.

⁵⁷ J. González Pérez — *Los principios generales del derecho y la Constitución* en (nota 53), t. II, págs. 1.166 y 1.173 —, que considera que el art. 9, 2 obliga a una interpretación más radicalizada que la del art. 3 italiano; sería incompatible con la libertad de empresa y la propiedad privada. Por el contrario, A. Predieri señala que su acción se ve limitada por el respeto al «contenido esencial» de los derechos, impuesto por el art. 53, 1 (nota 54), pág. 199.

⁵⁸ E. García Enterría, *La Constitución como norma jurídica* en (nota 54), pág. 91.

nar principios, que lejos de ser subsidiarios *informarán la legislación positiva*. De los *principios post-legales*, imaginados por el legalismo como sustancia de cierre del sistema, y de los principios *legales*, informadores de la normativa vigente, hemos pasado a unos principios *pre-legales*, centro de gravedad del ordenamiento jurídico y fermento del dinamismo de la legislación o de la actividad judicial encargados de mantenerlo vivo. Las peripecias del debate constituyente llevarían a agudizar inesperadamente este planteamiento.

En efecto, las discusiones entre centristas y socialistas sobre el alcance de la libertad de enseñanza del artículo 27 lleva a los primeros a repescar en el Senado una enmienda ajena, dando paso a un epígrafe segundo del artículo 10 según el cual todas las normas relativas a derechos y libertades «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España». Esto supone, por ejemplo que *su contenido esencial* que el desarrollo legal *deberá respetar* dependa de unos textos *pre-constitucionales* que resultan así incorporados a la norma suprema.

Todo esto hace que la Constitución afecte decisivamente, no sólo a la jerarquía de fuentes señalada por el Código sino al concepto mismo de *fuentes*. El derecho parece configurarse como un conjunto de principios valorativos presentes en la vida social (lo que cabría llamar la *Constitución material*), mientras que las *fuentes* (no sólo la ley sino también la *Constitución formal*) servirían más bien de instancias para controlar la inevitable subjetividad de su captación, al ofrecerse como puntos de fundamentación de las decisiones jurídicas concretas.

Para que una decisión sea jurídica, no basta que parezca *justa* a su autor; es preciso que éste argumente su ajustamiento dentro del ordenamiento jurídico, remitiendo a sus normas y principios, y que su justificación de la primacía concedida a una de las posibles soluciones salve las sucesivas instancias de control y revisión. No es, pues, extraño que es haya llegado a señalar la posible existencia de *normas constitucionales anticonstitucionales*⁵⁹, aunque — a falta de una instancia capaz de invalidarlas — sólo quepa neutralizarlas mediante la *desuetudo*: su sistemática postergación respecto a los valores — también constitucionales — con los que colisione.

No deja de ser significativo que el previsible juego político del artículo 10, 2 lleve a abandonar la línea doctrinal de superación del legalismo a quienes con entusiasmo la habían defendido. A favor de la inclusión de este epígrafe se había argumentado la necesidad de evitar que el ejercicio de los derechos humanos se vea condicionado por disposiciones meramente administrativas (aludiendo a la práctica franquista ya reseñada); se contaría con un apoyo oportuno al convertirse los citados textos internacionales en *principios generales del derecho* positivado⁶⁰. En contra, se argüirá que esta

⁵⁹ M. Herrero-Miñón considera tal el art. 129, 2, que propone «el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», *En torno a la aplicación de la Constitución* en (nota 53), t. II, pág. 1.230. Cfr. También E. García-Enterría (nota 54), pág. 139 y A. Predieri, *ibídem*, pág. 202.

⁶⁰ A. Canyellas, que vio su enmienda rechazada por la Comisión constitucional del Congreso (nota 53), t. I, págs. 1.705-1.706. M. Fraga, por el contrario, se opuso a toda positivación de principios generales del derecho, ya que el juez tendría la «tremenda, majestuosa libertad y responsabilidad de buscarlos» «en todo lo que sea derecho natural» — *ibídem*, t. I, pág. 1.711 —; su actitud, sin embargo, hace un flaco favor al iusnaturalismo, si se recuerda la sentencia del Tribunal Supremo español de 14-X-69, que rechazó se puedan invocar en favor del derecho de libre asociación sus dictados, «pues sólo cuando un precepto de derecho natural se plasma en ley cabe invocarlo».

inclusión implica *un replanteo de la arquitectura constitucional —una Constitución paralela*, por lo que *España tendrá dos Constituciones* — así como «la destrucción del concepto tan trabajosamente elaborado por la jurisprudencia y por la doctrina de los principios generales del derecho»⁶¹; argumentos no muy diversos, como se recordará, de los esgrimidos desde el otro frente contra el art. 9, 2.

La verdad es que la Constitución española, que pretende cerrar el paréntesis histórico abierto por una guerra civil, ofrece una amplísima gama de valores de muy variada dosificación. Sólo cuando se aspira a consolidar *una* determinada lectura de su texto se advierten contradicciones aparentemente insolubles. Por ejemplo, difícilmente pueden evitar los textos internacionales de derechos humanos que surja, con apoyo constitucional, un socialismo democrático. Tales textos pueden servir de apoyo para facilitar la libre creación y dirección de centros docentes, como tenían los socialistas; pero también podría servir de fundamento a tal política el propio artículo 9, 2, ya que tales medidas pueden contribuir a que la libertad e igualdad en la enseñanza *sean reales y efectivas* y a *remover los obstáculos* que puedan encontrar. La contraposición libertades formales-libertades reales se ha resuelto hoy, al margen de contiendas ideológicas a favor de las segundas; ni el más liberal defendería una libertad que no sea real y efectiva o la consideraría compatible con los obstáculos capaces de neutralizarla. Deducir de este enfoque *realista* de la libertad la necesidad de un *igualitarismo* que la subordine a dictados colectivistas llevaría a una interesada distorsión.

Como consecuencia del ambiente histórico en que la Constitución ha surgido, el ordenamiento jurídico va a apoyarse sobre un fundamento a la vez sólido y cambiante. Su *reasantamiento* judicial no va a producirse sólo en un momento inicial de adaptación sino que, con los condicionamientos que las leyes vayan precisando, va a prolongarse en una tarea continua. La Constitución confiere así un gran *poder* a la Judicatura y ello obliga a plantear sus posibles consecuencias.

6. ¿UN PODER SIN CONTROL?

Una de las piezas clave del nuevo orden constitucional español es la creación de un Tribunal Constitucional que puede hacer real esa primacía de los principios a que ya hemos aludido. El paso de las Leyes Fundamentales franquistas a la Constitución no supone sólo un cambio decisivo en los valores inspiradores del ordenamiento jurídico sino también un nuevo enfoque de su eficacia práctica. En efecto, las Leyes Fundamentales cumplían un papel meramente ornamental, al verse privadas de cualquier instancia que pudiera rubricar su primacía sobre el resto de las fuentes. Ya vimos cómo ocasionales propuestas de *uso alternativo* de la normativa franquista aspiraban simplemente a conferir efectividad jurídica a algunos de sus pasajes. La puesta en marcha en 1968 del llamado *recurso de contrafuero* no cambia esencialmente el panorama, al depender de un órgano político de nula representatividad democrática y no incluir el amparo a los derechos humanos⁶².

⁶¹ Sáinz-Varanda, senador socialista, al resucitar los centristas el tema en idéntica Comisión del Senado (nota 53), t. IV, págs. 3.147-8.

⁶² M. Clavero, *Justicia constitucional y justicia administrativa: reflexiones sobre el recurso de contrafuero*, Madrid 1970, págs. 24-25. J. L. Sanlúcar dictaminó que era una institución «ineficaz, o por mejor decir, eficaz hasta el punto que el Gobierno quiera». *El control de la constitucionalidad de la ley y el recurso de contrafuero en Justicia y política* (nota 14), pág. 17.

El reconocimiento de esta posibilidad de control de la legislación, que confiere carácter efectivamente *normativo* al texto constitucional, aumenta a la vez el ámbito de acción del Poder Judicial. La Constitución se convierte para él en norma directamente aplicable y le obliga a recomponer en cada caso la jerarquía normativa dictaminando la pérdida de validez de normas pre-constitucionales que resultan opuestas a ella. Si el Título Preliminar del Código Civil obligaba al juez a interpretar toda norma *en relación con el contexto*, el texto constitucional se convierte en su ingrediente esencial⁶³. Es obvia la notable trascendencia de esta labor, que se ve reforzada al poder plantear todo *órgano judicial*⁶⁴ la cuestión de constitucionalidad respecto a cualquier ley, con lo que tal rectificación de la jerarquía normativa cobraría un carácter general, no limitado al caso sometido a juicio.

Junto a este reconocimiento del alcance supra-legal de la tarea del juez, el nacimiento del Tribunal Constitucional implica la aparición de un órgano supra-judicial. Sorprendentemente, será esta segunda circunstancia la que encuentre mayor eco — y no muy favorable — en las esferas judiciales, quizá porque se estima que «cualquiera que sea el planteamiento que se haga, se trata de una restricción al Poder judicial»⁶⁵. Estas reticencias irán encontrando ocasionales paralelismos en posturas mantenidas por diputados de uno u otro signo a lo largo de los debates.

Partiendo de la peculiar concepción de lo *político* ya apuntado aparece la primera fuente de suspicacias. Se cierne un gran peligro: «la hermenéutica de las leyes no sería tarea científica, progresiva y serena, sino materia politizada»⁶⁶. Esta defensa de la virginidad científica de la tarea judicial llega a cobrar tonos histéricos cuando — basándose coherentemente en la imprecisa frontera entre lo *científico* y lo *político* y en el inevitable *poder* que la creatividad judicial implica — se propone la necesidad de un control constitucional sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁶³ E. García-Enterría — (nota 54), págs. 142 y 131 — considera que el apartado 3 de la Disposición Derogatoria produce tal efecto. También C. Rodríguez-Aguilera — (nota 12), pág. 24 —. Se ocuparon del tema dos de las ponencias del I Congreso de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), Madrid 1981. La titulada «El Juez ante la norma inconstitucional» proponía al respecto «una jurisprudencia alternativa a los principios del ordenamiento jurídico preexistente», no sólo en caso de oposición a una nueva norma sino por la simple «discordancia con los nuevos valores instaurados». La titulada «Los jueces en el Estado de derecho erigido en la Constitución» insiste en este amplio alcance. El propio Tribunal Constitucional (en Sentencias de 2-II-81 y 29-IV-81) señala que «en relación con las (normas) preconstitucionales, los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma» (BOE 21-V-81 núm. 121, suplemento), pág. 4. En las conclusiones del citado Congreso, llamativamente concisas, todo quedó, sin embargo, reducido a una genérica sumisión de los jueces a las «normas» constitucionales y a los «principios» que las informan.

⁶⁴ La trascendencia «política» de esta labor aflora en el debate, al discutirse si podría plantearla cualquier «juez» o sólo los «tribunales» colegiados. L. Martín Retortillo rechazó esta segunda posibilidad, presente en el proyecto, pues pondría tal prerrogativa en manos de «elementos demasiado conservadores», y supondría «una enorme bofetada a las más jóvenes generaciones de jueces» (nota 53), t. IV, pág. 4.141.

⁶⁵ C. Rodríguez-Aguilera (nota 12), pág. 159.

⁶⁶ El senador Gutiérrez Rubio (nota 53), t. IV, pág. 4.125. No faltan también suspicacias sobre posibles injerencias en las competencias del Legislativo; así cuando se discute más tarde la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, J. Solé Tura rechazará la posibilidad de un dictamen de inconstitucionalidad previa sobre un proyecto sometido a debate parlamentario: tal «veto» probaría que «hemos hecho un Tribunal político, con criterios políticos, que tiende a perpetuar, más allá de una legislatura, mayorías que se hayan pedido» (nota 56), págs. 231 y 289.

Como vimos, sus sentencias cobraban — a través del mecanismo de los recursos de casación — un notable valor. Aunque no se reconocía oficialmente que el juez *creara* derecho, sí se conferían virtualidades jurídicas a las sentencias que determinado Tribunal hubiera *creado*. Si el *poder* legislativo — democráticamente legitimado — veía constitucionalmente controlada su capacidad de crear normas vinculantes con carácter general, no es fácil entender por qué el *poder* judicial — seleccionado por consideraciones técnicas, sin intervención de mecanismos democráticos — podría desarrollar esas normas, con carácter general vinculante (*doctrina legal*), sin control alguno. Para el legalismo esto sería coherente, porque sólo reconocía la existencia de *normas* legales, desconociendo el gran juego judicial de los *principios*, a los que relega a un papel presuntamente subsidiario. Una vez que el Título Preliminar del Código rompe con este planteamiento, el derecho aparece como un entramado de principios que fluye a través de las normas. Dado que se han *constitucionalizado* ambos factores, no tendría sentido establecer un neto control de las *normas* y dejar que los jueces puedan manejar libremente los *principios* sin atender las previsiones constitucionales, atribuyendo incluso a su versión de las normas el carácter vinculante de *doctrina legal*.

Sin embargo, el intento *produjo la natural alarma en los medios profesionales*⁶⁷. Consciente e inconscientemente, su estrategia consistirá en negar que el Poder judicial tenga *poder* alguno; esto hace innecesario su control y con ello aumenta paradójicamente, su *poder*. El bizantino problema de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho vuelve así a reaparecer, encontrando continuas alusiones a lo largo del iter constituyente⁶⁸.

Por una parte, se señala que la jurisprudencia es *de hecho fuente del Derecho* y debe estar por ello sometida al recurso de constitucionalidad; en ello coinciden los portavoces de los dos partidos mayoritarios⁶⁹. Mientras, los argumentos esgrimidos por algunos jueces van encontrando eco en grupos minoritarios. Se afirma que este *control absolutamente inoportuno* constituye una *humillación*, y se niega reiteradamente que sea *fuente* del derecho, como pretendía textualmente una enmienda, concediéndosele si acaso el carácter *complementario* admitido por el Código Civil⁷⁰. Se llega a

⁶⁷ «Natural» al menos para el magistrado F. Pera Verdaguer, *Fuentes del derecho, jurisprudencia y constitucionalidad* en (nota 53), t. III, pág. 1.611.

⁶⁸ La ponencia inicial no alude al tema, pero tras el debate de la Comisión del Congreso se añade al entonces art. 157 (163 definitivo) un epígrafe segundo que remite a la ley la regulación de «los supuestos de revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad». El debate en el Pleno no lo modifica, pero la Comisión correspondiente del Senado remite este párrafo al entonces art. 160 (161 definitivo) equiparando el «recurso de inconstitucionalidad contra leyes» con los relativos a la «jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico», con claras resonancias del título preliminar del Código civil. No se producen cambios en el Pleno, pero sí en la posterior Comisión Mixta Congreso-Senado que introduce en el art. 161,1, a una sibilina afirmación: «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias, recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». F. Rubio Llorente, hoy magistrado constitucional, y M. Aragón consideran que al plantear esta fórmula — «sorprendente por carente de significado» — la Comisión actuó «fuera de su competencia», que tenía como objeto eliminar discrepancias entre Congreso y Senado, inexistentes en este caso, *Enunciados vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, «Revista Estudios Políticos», 1979 (7), págs. 163 y 164.

⁶⁹ Tanto el socialista G. Peces Barba en el Congreso — (nota 53), t. II, pág. 2.496 — como el centrista C. Valverde en el Senado — ibidem., t. III, págs. 4.116 y 4.129 —.

⁷⁰ Respectivamente M. Fraga (nota 53), t. II, pág. 2.494 y los senadores Pedrol y Villar Arregui, ibidem., t. III, págs. 4.116, 4.117, 4.126 y 4.118.

argumentar, desde perspectivas legalistas, que los jueces están sólo sometidos a la ley (con la que se identificaría al *ordenamiento jurídico*) y que es sólo ésta la que debe someterse a la Constitución⁷¹. Se dictamina en fin, fúnebremente, como consecuencia que «el Tribunal Supremo no es Tribunal supremo»⁷².

Lo más llamativo del debate es que la postura acorde de los dos grandes partidos ceda misteriosamente en la Comisión Mixta. Esta imprevista conclusión, que renuncia a controlar al Poder judicial, porque — al no ser la jurisprudencia *fuentes* — no tendría jurídicamente *poder* creador, parece certificar la fuerza que en ese mismo momento algunos jueces estaban ejerciendo como *poder fáctico*^{72 bis}, por recurrir a la terminología al uso.

El resultado es claramente insatisfactorio. La *solución* alcanzada se considera unánimemente como desafortunada. Su insuficiencia resulta más clara si se tiene en cuenta la posibilidad de que el Tribunal Constitucional emita *sentencias interpretativas*⁷³. Esta tarea parte del supuesto de que la *norma* constitucional, por su amplitud, puede encontrar desarrollo en *normas* legales diversas; el Tribunal Constitucional puede, no sólo dictaminar la falta de validez de una norma legal opuesta a la Constitución, sino también señalar a través de qué línea interpretativa resultaría admisible. Con esto se reconoce que también la norma legal puede contar con tal amplitud que permita desarrollos normativos tan diversos, que pueden ser acordes o contrarios a la Constitución. Siendo la *doctrina legal* del Tribunal Supremo un desarrollo vinculante de la norma legal, puede haber optado por una versión interpretativa anticonstitucional de una norma en sí no totalmente rechazable; y tal desarrollo al convertirse en *doctrina legal* se hace vinculante con carácter general, al servir de base a la casación de sentencias de Tribunales inferiores. Si a ello añadimos la ya señalada necesidad de que los jueces apliquen de manera directa la Constitución, y la posibilidad de que el Tribunal Supremo consolide alguno de estos desarrollos normativos, nos encontramos con una tarea cuyo resultado práctico no es tan diverso del producido por el desarrollo legislativo de la Constitución. Sin embargo, la única forma de anular dicha *norma* sería rechazar por inconstitucional la ley que desarrolla (aun siendo constitucional en otras versiones interpretativas posibles), salvar mediante un recurso de amparo su incidencia en un caso concreto, o — en los casos de desarrollo judicial directo de la Constitución — dar paso a una ley que contradiga esa *doctrina legal*.

Si entendemos el control constitucional con el carácter *derogador* que le atribuye Kelsen (y así parece concebirlo la propia Constitución al admitir que la jurisprudencia

⁷¹ L. Sánchez Agesta (nota 53), t. III, pág. 4.120. En ello insisten no pocos jueces, que no ocultan su recelo a este Tribunal «supremísimo»; A. de Miguel (nota 7), págs. 63 y 32. A. C. Rodríguez-Aguilera, fiel a su concepción de una «creatividad» judicial sin carácter «normativo», tal proyecto le parece «absurdo» — (nota 12), pág. 164 —.

⁷² Los senadores Gutiérrez Rubio y Pedrol (nota 53), t. III, págs. 4.124 y 4.125.

^{72 bis} Interesantes al respecto los datos aportados por uno de los protagonistas: G. Peces Barba, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia 1981, pág. 218, nota 28.

⁷³ Para J. Arozamena, hoy magistrado constitucional, el texto es ambiguo por basarse en una «forzada fórmula», *Valor de la jurisprudencia constitucional* en (nota 53), t. I, pág. 273. L. Díez Picazo lo considera de difícil inteligencia, *ibidem.*, pág. 661. El magistrado M. Gordillo lo califica de «poco feliz», *La jurisprudencia en la Constitución*, *ibidem.*, t. II, pág. 1.184. Las referencias a las «sentencias interpretativas» resultan frecuentes en la por ahora reducida labor del Tribunal Constitucional. Cfr., por ejemplo, Sentencias de 13-II-81 (BOE 24-II-81 (núm. 47 suplemento), pág. 19) y de 8-IV-81 (BOE 25-IV-81 (núm. 99 suplemento) pág. 5).

se verá afectada sin que la sentencia pierda el valor de cosa juzgada)⁷⁴, esto significa que la labor del Tribunal Supremo, cuya *trascendencia normativa* ya se reconoció al reformar el Código Civil, queda desprovista del freno de esta relevante *legislación negativa*. El tema volverá a surgir con motivo del debate de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero con el resultado de considerar afectada la *jurisprudencia de los Tribunales de Justicia* y no sólo la del Tribunal Supremo⁷⁵.

La misma Constitución que con tanto tiento sorteaba el control de la labor de los jueces, tras eludir otras denominaciones como *Administración de Justicia* o simplemente *Justicia*⁷⁶ denomina expresamente como *Poder del Estado* al *Poder Judicial*, con la aparente complacencia de los afectados⁷⁷. Coherente con dicho planteamiento, su labor no aparece diseñada en la Constitución como un mero ejercicio científico o técnico sino como una tarea propiamente política, ya que *la justicia emana del pueblo* (art. 117, 1). Esta afirmación, que —no sin levantar crítica⁷⁸— abre su tratamiento del tema, plantea necesariamente las vías de legitimación democrática de este significativo *Poder*.

7. INDEPENDENCIA, AUTOGOBIERNO Y LEGITIMACIÓN DE LA JUDICATURA

La concepción puramente *técnica* de la labor judicial lleva a un planteamiento peculiar de su *independencia*. Se considera necesario preservar a ese trabajo de cualquier perturbadora influencia del juego de intereses sociales, a través de un medido *distanciamiento* por parte del juez. Su figura debería —también externamente— estar libre de toda sospecha de connivencia con personas y grupos que en su momento puedan comparecer ante él como *partes*, garantizando con ello su imagen *imparcial*. Este juez, prácticamente *insociable* tendría que ser con mayor razón aun *apolítico*, dado el mayor contenido polémico de este tipo de relación. Menos sensible se muestran en ocasiones estas posturas al posible condicionamiento del juez por presiones no ya sociales sino

⁷⁴ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960 (2.ª) (págs. 277-284 de la versión castellana, México 1979). La sentencia del Tribunal Constitucional de 29-IV-81 (nota 63), distingue entre «inconstitucionalidad» y «derogación». La primera implicaría una «ineficacia originaria», pero resulta bastante dudosa si se la quiere hacer compatible con el «respeto a situaciones consolidadas».

⁷⁵ El art. 40, 2 señala: «En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o autos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad». Respecto a su debate cfr. *Tribunal Constitucional* (nota 56), págs. 225 y 576.

⁷⁶ Mientras que la Ley orgánica de 1870 alude en su título al «Poder judicial», la Ley Orgánica del Estado de 1967 hablaba de «la Justicia». En 1973 surge un proyecto de bases de una Ley orgánica de la «Justicia», cuya exposición de motivos la sitúa en una «división de funciones dentro de la unidad de poder que al Estado corresponde», cfr. su crítica en *Justicia Democrática* (nota 13), pág. 201.

⁷⁷ Resulta curiosa la alusión del senador Satrústegui: «creo que se equivocan los miembros de la carrera judicial, con los cuales tantas relaciones tengo, en insistir en que se mantenga ese título de Poder Judicial, no habiéndose aplicado esta palabra «poder» al Legislativo y al Ejecutivo», DSS 7-IX-78 (núm. 51), pág. 2.417 (III, 3.823).

⁷⁸ Para A. de Miguel —(nota 7), págs. 191-192— con esta «aseveración pomposa», «se remueve un avispero y se toma en la mano una ascua, sin tener por qué hacerlo». No deja de encontrar, agudamente, la posible causa del derecho entre los redactores del desaguizado: «a lo peor, hasta había profesores de filosofía del derecho entre los redactores del censurable texto».

estatales, especialmente verosímiles cuando se atribuye a uno de los Ministerios del Poder Ejecutivo la programación y mantenimiento de las estructuras judiciales. Más que buscar resortes que neutralicen establemente tales presiones, se propone el instrumento excepcional de la normativa penal, tipificando como delito la usurpación directa de la función judicial.

La profundización en la trascendencia *política* de la labor del juez lleva a un cambio de perspectiva. Si la justicia *emana del pueblo* no tendría sentido considerar como una virtud del juez el alejamiento de lo que debe ser fuente de su labor. Si su tarea constituye una de las vías de ejercicio del *poder* soberano sería preciso aportarle un refrendo *democrático* que lo haga legítimo, como ocurre con los otros Poderes del Estado. No bastaría con demarcar netamente sus ámbitos de competencia para que la *independencia* judicial se considere garantizada; se imponen esquemas organizativos que dejen a los jueces a cubierto de esa presión indirecta del Ejecutivo, que resulta mucho más amenazadora que cualquier condicionamiento social.

Esta dimensión democrática y política de la tarea judicial es susceptible de un peculiar enfoque, cuando no se entiende la *democracia* como un método de fijación de la voluntad de todos sino como el contenido mismo de una voluntad autodefinida como *general*. Esto lleva con frecuencia a una concepción dialéctica de la *política*, entendida como lucha por la sustitución de un orden por otro, y no como el desarrollo dinámico de un orden social a la vez estable y en permanente transformación. Desde esta perspectiva la *independencia* judicial se plantea frente a un aparato estatal al que se mira con hostilidad, ya que expresa un *sistema* radicalmente ilegítimo y no sólo una fuente ocasional de presiones gubernamentales de partido. La independencia judicial, para ser real, tendría que ir acompañada de un claro *compromiso social*, que lleve al juez a lograr esa fusión con la voluntad popular que la misma estructura estatal haría imposible. Lógicamente este contacto ha de acercar al juez a aquellos núcleos sociales, muy probablemente minoritarios, que asuman una concepción de la convivencia realmente *democrática*, volcada en una tarea activamente *emancipadora*. El compromiso social exigiría, para ser real y efectivo, este *compromiso político*. La tarea judicial no sólo sería inevitablemente política sino que, precisamente por serlo, debe ponerse resueltamente al servicio de *la* única política legítima, marcando una clara *alternativa* a su tradicional sumisión a otra de signo opresivo.

Esta triple perspectiva —apoliticidad técnica, poder político, alternativa comprometida— confluye implícitamente en el tratamiento constitucional del problema, y asoma con mayor o menor nitidez en su debate. Entre las vías de legitimación popular de la labor del juez no se contempla la posibilidad (falta de tradición en España, salvo la figura peculiar del *juez de paz*) de dar paso a su nombramiento por elección popular. Se mantiene fácilmente el alcance fundamentalmente técnico de su labor, por lo que seguirán en manos de las *oposiciones* las vicisitudes de su reclutamiento. Pero, sin aspirar a contar con *Tribunales populares* (denominación de sombrío recuerdo, dada la peculiar versión que encontramos en la contienda civil), sí parece oportuno que, junto a los jueces, puedan los ciudadanos *participar en la Administración de Justicia*. La institución del *Jurado* será la vía constitucionalmente prevista (art. 125) para ello.

El juego efectivo de este sistema de Jurados tropezará con un doble obstáculo: histórico y teórico-jurídico. Su funcionamiento aparece vinculado a las épocas de mayores afanes democráticos dentro de la pendular historia española. Esto le granjea una notable carga polémica y le concede la inmediata adhesión cuasi-simbólica de la izquier-

da, tanto dentro del estamento judicial como en el debate político⁷⁹. Sin embargo, el balance de la experiencia reviste tonos negativos que hace que la mayoría de los jueces la mire con notable recelo, o al menos con escepticismo⁸⁰.

Junto a la gravitación negativa de esta experiencia histórica (producida ciertamente en un contexto socio-cultural muy diverso del actual) entran en juego reservas de carácter teórico. La institución del Jurado aparece vinculada al planteamiento de la relación entre hechos y derecho, como si fuesen compartimentos estancos, que es propio del legalismo. Esto permitiría una intervención popular en la apreciación de los hechos y de sus oportunas pruebas, reservando al juez técnico su *posterior* calificación jurídica y la determinación de las consecuencias prácticas de la *aplicación* de aquel dictamen. Pero, ya hemos visto que hechos y normas aparecen mutuamente implicados: sólo a la luz de las normas o principios se convierte un hecho en *jurídico*, y sólo volcado sobre los hechos sociales supera la norma su apariencia de proposición lógica para cobrar auténtico contenido *jurídico*. En la medida en que la tarea jurídica aparece así como un proceso teórico-práctico de búsqueda del ajustamiento de las relaciones sociales, aquel esquema resulta inservible. No hay dos operaciones encomendables a dos órganos de composición diversa, sino una sola inescindible, que es a la vez constatación y valoración, comprobación fáctica y calificación jurídica. Esto exigiría una más estrecha incorporación de los representantes *populares* en los Tribunales, haciéndoles intervenir en la vertiente técnica del juicio. De ahí que se intente dar salida al problema recurriendo a figuras peculiares como la del escabinato⁸¹, que implican más bien la búsqueda de una especialización técnica dentro de un único proceso decisorio. ¿Cabría considerar igualmente al ciudadano como un *especialista en conciencia social*? El tema sigue abierto...

A la espera de los desarrollos legales de esta posibilidad de participación popular en la Justicia, reconocida por la Constitución, nuestro problema cobra mayor fuerza cuando lo que se plantea es el correcto emplazamiento del Juez en la relación sociedad-Estado. Por una parte (desde perspectivas *técnicas*), parece necesario establecer un *autogobierno* que sitúe a la Magistratura a cubierto de presiones del Ejecutivo, com-

⁷⁹ Entre las conclusiones del Congreso de Justicia Democrática de 1977, y dentro del necesario control democrático del Poder judicial, se propone «la participación activa del pueblo en los juicios, bien a través del Jurado, tribunal de escabinos u otros sistemas que permitan esa participación» (nota 13), pág. 304. En el debate del entonces artículo 117 en la Comisión del Congreso, que hablaba de esa participación sin referirse expresamente al Jurado, G. Peces Barba distingue entre «democratización» y «politización»; la primera implicaría si acaso una politización «sana», no comparable a la ejercida por el franquismo (nota 53), t. II, pág. 1.374.

Ya en el debate en el Pleno, su compañero Castellano insiste: «antes estaremos por los tribunales populares que por los tribunales impopulares de cuarenta años», y llega a proponer un sistema electivo, *ibídem.*, t. II, pág. 2.302. El tema del Jurado entra en el texto constitucional en el debate del Senado, al aceptarse una enmienda socialista.

⁸⁰ Antes de la Constitución, hasta un 73 % consideraba «muy negativa» su experiencia durante la II República, y llegaban al 76 % los que calificaban así su posible introducción; sólo el 3 % consideraba «positiva» la experiencia, pero un 13 % apoya su implantación, J. J. Toharia (nota 6), pág. 145. Por el contrario, una de las ponencias del reciente Congreso de la APM considera que «una ley del Jurado es necesaria; sin miedos y sin reticencias; los jueces y magistrados no podemos considerar al pueblo como un menor de edad; solamente se puede aprender a participar, participando»; aunque luego las Conclusiones se limitan a aludir al «adecuado desarrollo» del art. 125.

⁸¹ Por ejemplo C. Rodríguez-Aguilera —(nota 12), pág. 51— «ante el previsible fracaso de la institución restablecida».

plementándolo con un aséptico distanciamiento del Juez de los cauces de asociación que pudieran *politizar* su labor. Partiendo de una consideración *política* de la labor judicial, se matiza el esquema de gobierno de la Judicatura, dando entrada a representantes del Legislativo capaces de transferirle su peculiar legitimación democrática; a la vez, se abordan con diverso talante la necesidad de que los jueces se asocien, llegando en algunos casos a proponerse su libre participación en sindicatos y partidos políticos como vía para su necesario *compromiso* personal.

La creación de un Consejo General del Poder Judicial (art. 122) es la vía constitucionalmente prevista para el llamado *autogobierno*⁸² de la Judicatura. Se recortan así las posibles injerencias del Ejecutivo a través del nombramiento de Jueces, intensamente experimentados durante el franquismo⁸³. Prevista la presencia de cuatro miembros elegidos por el Congreso y otros tantos propuestos por el Senado, el problema se plantea al decidir el modo de elección de los doce representantes de la Justicia.

El primer punto de fricción surge a la hora de determinar a quiénes debe considerarse integrantes del *Poder Judicial*, ya que no habían faltado planteamientos que, junto a los jueces y magistrados, incluían en él a los fiscales (y a los secretarios). Tal fue la práctica — sobre todo en lo relativo a los fiscales — por parte del movimiento asociativo clandestino⁸⁴. Los fiscales acaban sin embargo siendo excluidos⁸⁵, previniéndose una ley orgánica creadora de su Estatuto, que daría lugar a vías peculiares de asociación y gobierno.

Un segundo problema — de notable incidencia en un gremio de tendencia jerárquica conservadora — lo planteó la adecuada dosificación de los representantes de las diversas categorías judiciales: magistrados del Tribunal Supremo, de otros Tribunales colegiados o simples jueces⁸⁶. El problema no es intrascendente ya que el Consejo — que ha asumido por indicación constitucional la elección de su Presidente, que lo es a la vez del Tribunal Supremo — habrá de afrontar igualmente un replanteamiento radical del anterior sistema de nombramientos y ascensos⁸⁷, del que dependerá decisivamente el perfil futuro del Poder Judicial.

⁸² Al magistrado L. Mosquera la expresión le parece «equivoca», pues tales órganos no asumen todas las funciones de gobierno ni son plenamente representativos. *Sugerencias sobre la aplicación del estructural-funcionalismo y del sistemismo en sociología judicial*, «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1975, pág. 99.

⁸³ Las protestas dentro de los sectores críticos de la Justicia fueron entonces constantes. En 1971 se pedía el «nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo por elección libre y secreta, con carácter temporal, entre todos los miembros de la carrera judicial», un sistema similar para las Audiencias Territoriales y Provinciales, Justicia Democrática (nota 13), pág. 59.

⁸⁴ Las Conclusiones del Congreso de Justicia Democrática afirman que «son miembros del Poder judicial los jueces y magistrados, los fiscales y los secretarios», e insisten luego en que el «Ministerio Fiscal» es «miembro del Poder judicial». Igualmente a la hora de proponer un Consejo Superior del Poder Judicial preveía miembros de «otros sectores políticos y organizaciones sociales», sin concretar que fueran por elección parlamentaria (nota 13), págs. 305 y 307. El comunista Solé Barberá mantuvo similares planteamientos en el debate de la Comisión del Congreso (nota 53), t. II, pág. 1.391.

⁸⁵ A L. Mosquera le parece lógico, ya que el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder judicial sino que es «un servicio público del que el Ejecutivo dispone» para cumplir su función, *La posición del poder judicial según la Constitución española de 1978* (nota 54), pág. 701.

⁸⁶ La Ley orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 10-I-80 asigna tres representantes al primer grupo, seis al segundo (unas diez veces superior en número) y tres a los jueces (que duplican a su vez a los magistrados).

⁸⁷ El Congreso de la APM alude en sus Conclusiones a la necesaria «independen-

Pero, con todo, el enfrentamiento de las tres concepciones apuntadas se hace especialmente ostensible al discutirse la posible afiliación de los jueces a partidos y sindicatos. El iter constitucional del artículo 127 resulta ajetreado⁸⁸. Los defensores de una dimensión puramente *técnica* del juez, dejan traslucir la concepción franquista de la relación entre técnica y política, cuyo juego *político* ya hemos apuntado. En las antípodas se sitúan los que no sólo resaltan el alcance inevitablemente político del *Poder Judicial*, sino que no quieren ver constitucionalmente cerradas las vías para un directo *compromiso* público de los miembros de la Judicatura. Gracias a él cobraría carácter oficial la necesidad de optar *alternativamente* entre dos *usos* (comprometido o no) de su labor. Los intentos por *centrar* el tema tropiezan con resistencias paradójicas en las filas gubernamentales; difícilmente cabría achacarlas a la presión de los escasos diputados de la derecha, dado el ambiente de *consenso* centro-izquierda que preside toda la elaboración constitucional; la concepción *técnica* del juez parece una vez más respaldada por núcleos de *poder fáctico*, a los que no serían ajenos sectores de la judicatura.

Se parte de un choque muy polarizado y lleno de recelos, aunque poco a poco van surgiendo puntos de acercamiento. No falta quien —haciendo a su pesar el juego al alternativismo dialéctico— invite a optar entre *dos concepciones de la justicia*: una que llegaría desde los sofistas griegos a «Vichinsky, Fiscal General de la URSS» y otra vinculada al *derecho natural*⁸⁹; duro dilema el así planteado al juez.

Los argumentos se van entrecruzando. Unos detectan una desconfianza *casí insultante*⁹⁰, que presume por principio la parcialidad del juez afiliado, mientras que para otros se trata sólo de poner al juez por encima de toda sospecha, porque su adscripción política produciría un *sentimiento de recelo*⁹¹. Por una parte, se lamenta que se convierta a los jueces en *ciudadanos de segunda*, pero, por la otra, se recuerda que las competencias electorales que se le atribuyen no serían compatibles con una militancia política⁹². No faltan las paradojas; desde las filas vecinas al materialismo se apunta que intentar erradicar del juez su adscripción política y sindical es tan injusto, y tan innecesario, como pretender hacer lo propio con su *sentido religioso*; por el contrario desde posturas presuntamente *idealistas* la actividad política del juez tendría más que

dencia» de los jueces respecto a su propio órgano de gobierno, evitando la discrecionalidad en los nombramientos.

⁸⁸ El anteproyecto de 5-I-78 (art. 117) excluye a los «jueces y magistrados» (no alude a los fiscales) del desempeño de cargos públicos y de la pertenencia a partidos; no hay alusión alguna a la sindicación. El informe de la Ponencia de 17-IV-78 (art. 119) acusa una notable presión de los «técnicos»: excluye expresamente («así como los fiscales») no sólo la sindicación sino incluso la integración en asociaciones profesionales. Tras el debate en la Comisión (1-VII-78) se admite ya (art. 121) remitiéndolo a la ley, la «asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales». El Pleno del Congreso no introduce cambios (24-VII-78), ni tampoco (6-X-78) la Comisión correspondiente del Senado (art. 126), ni su Pleno (13-X-78). La Comisión Mixta (28-X-78) convierte el artículo en 127 y le añade un segundo epígrafe sobre incompatibilidades que garanticen la independencia judicial.

⁸⁹ M. Fraga (nota 53), t. II, pág. 2.310.

⁹⁰ El comunista Solé Barberá en la Comisión del Congreso; argumentos similares utiliza el socialista Ruíz Mendoza en el Pleno (nota 53), t. II, págs. 1.413 y 2.308.

⁹¹ El diputado centrista Gil Albert, luego Fiscal General, en sus intervenciones en Comisión y Pleno; «como la mujer del César» apostilla M. Fraga (nota 53), t. II, páginas 1.413, 2.316 y 3.211.

⁹² Ruíz Mendoza. Solé Barberá añade que es un error privar del ejercicio de un derecho al encargado de protegerlo (nota 53), t. II, págs. 2.308 y 2.312. En contra, el centrista Bolea (nota 53), t. II, pág. 1.415.

ver con el interesado *ejercicio del comercio* (también vedado) que con el culto religioso⁹³. Incluso cuando ambos frentes llegan a admitir que lo importante es el efecto producido sobre el ciudadano y no las posibles tentaciones a que la conciencia del juez se vería sometida, se discrepa respecto a las consecuencias. Frente a los que señalan: «el problema no está en los jueces; el problema está en el justiciable», se argumenta que «la pertenencia a un partido político, de forma notoria y clara» es *un mecanismo más de control* de la actividad del juez, mientras que, de lo contrario, se llegaría a una clandestinidad farisaica⁹⁴.

No faltan jueces que llegan a admitir lo inevitable de una actitud *política*, aunque libre de *partidismo*. Esto llevaría a excluir no sólo la militancia pública en partidos sino también la afiliación a sindicatos, capaces de entroncar con centrales estrechamente vinculadas a aquéllos⁹⁵. Al convertirse esta postura en tope de negociación, la izquierda se ve obligada a ir cediendo en sus pretensiones, intentando salvar la posibilidad de militancia — aunque sin desempeñar cargos de dirección —⁹⁶ y logrando finalmente que se admitiera al menos la constitución de asociaciones profesionales⁹⁷.

Con ello no se hace sino aplazar el problema hasta la discusión legislativa del asociacionismo judicial. En su tratamiento entrará en juego (junto a la difícil asimilación del movimiento clandestino de la época franquista) el tema autonómico, estrechamente enlazado con él, dada la especial implantación lograda por *Justicia Democrática* en el área catalana. Se intenta apresuradamente constituir en dicha zona sindicatos judiciales que abrieran una vía susceptible luego de generalización⁹⁸. Cuando la Constitución obligue más tarde a plantear una *reconversión* al plano asociativo de estos proyectos sindicales, el factor autonomista catalán seguirá presente.

El debate sobre el tema no se aplazará hasta la discusión de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial — aún en preparación —. Se adelanta, para no paralizar la puesta en marcha del Tribunal Constitucional por ausencia de sus dos miembros de procedencia judicial. Esto hace que sea en la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial donde, en una *disposición adicional*, se aborde ya el tema.

El primer problema es la opción entre *unidad o pluralidad* de Asociaciones judicia-

⁹³ El socialista Ruíz Mendoza y el centrista Gil Albert (nota 53), t. II, págs. 2.309, 1.412 y 2.320.

⁹⁴ El centrista Gil Albert, por una parte, el catalanista Roca y los socialistas Castellano y Peces Barba, por otra (nota 53), t. II, págs. 1.412, 2.315, 1.411, 2.318 y 2.321.

⁹⁵ C. Rodríguez-Aguilera (nota 12), pág. 100.

⁹⁶ El Congreso de Justicia Democrática de 1977 defiende todavía que «los miembros del Poder judicial podrán asociarse y sindicarse libremente, pertenecer a los partidos políticos que tengan por conveniente y ejercitar el derecho de huelga», «apreciándose un consensus casi unánime en cuanto a la afiliación política, por ser una dimensión inalienable de todo ciudadano, previa a su condición profesional», si bien el desempeño de cargos directivos «podía aparecer como un deterioro de la independencia judicial» (nota 13), págs. 306 y 314. Esta misma salvedad la recoge en el debate el socialista Ruíz Mendoza (nota 53), t. II, pág. 2.309.

⁹⁷ Exigencia mínima defendida por el catalanista Roca (nota 53), t. II, págs. 1.410 y 1.417.

⁹⁸ En noviembre de 1977 el entonces Presidente de las Cortes A. Hernández Gil había recibido a la aún clandestina Justicia Democrática, pero los tribunales rechazan la legalidad del Sindicato de la Administración de Justicia de Cataluña y lo mismo ocurriría luego con los de Baleares y Galicia — cfr. P. Andrés-Ibáñez (nota 46), págs. 205-208 —. El comunista Solé Barberá se hace eco en el debate del proyectado sindicato catalán y hace constar que, al defender la sindicación judicial, tiene muy presente «la acción llevada a cabo durante el tiempo de la dictadura por los honres pertenecientes a Justicia Democrática» (nota 53), t. II, pág. 2.314.

les. Mientras que los partidarios del juez *técnico* y despolitizado defienden expresamente la unicidad⁹⁹, sectores más pragmáticos buscan fórmulas indirectas que, reconociendo el pluralismo, tengan idéntico resultado. Su preocupación será evitar la continuidad del movimiento judicial clandestino e impedir una escisión fuertemente ideologizada, dado el histerismo que dicho grupo despierta en los sectores más conservadores de la judicatura.

Para lograr ese resultado unitario se propone que las Asociaciones tengan *ámbito nacional* y se les exige un fuerte *porcentaje de afiliación*; todo ello manteniendo la *exclusión* de los *Fiscales* y de los funcionarios de inferior categoría. La discusión de estos tres aspectos no disimula su hilo común: se rechazan asociaciones regionales para evitar la *reconversión* de los sindicatos proyectados en Cataluña y otras zonas del país¹⁰⁰; no estableciendo porcentajes de afiliación¹⁰¹ de cuantía significativa podría ocurrir lo propio con *Justicia Democrática* en su conjunto; tal resultado se produciría con mayor probabilidad si su implantación entre Jueces y Magistrados se viera reforzada por Fiscales, Secretarios, etc.¹⁰². Al final esta triple propuesta sale adelante, aunque con una cierta rebaja en los porcentajes previstos. El problema, sin embargo, sigue en pie¹⁰³ y no sería nada extraño que acabe replanteándose en un nuevo texto legal más específico.

8. UN NUEVO JUEZ PARA UN NUEVO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La Constitución es el arma fundamental con que hoy cuentan los españoles para llegar a disponer del imprescindible armazón jurídico de una sociedad democrática. Pensar que con la laboriosa composición de su texto se ultimó tan decisiva tarea, sería incurrir una vez más en un desacertado legalismo. Si el derecho no se identifica con el texto legal, tampoco la arquitectura del ordenamiento jurídico puede identificarse con el texto de una super-ley. En lo mucho que resta por hacer, para disponer de unas bases jurídicas *nuevas* compete un papel muy especial a los jueces españoles.

⁹⁹ J. L. de la Vallina (nota 31), pág. 248.

¹⁰⁰ Contra ella protestan tanto el comunista catalán Solé Barberá que atribuye a la Asociación de Barcelona una afiliación del 30 % de los jueces de esa demarcación, como el catalanista de izquierda Barrera, que critica que el pluralismo ideológico teóricamente reconocido no se vea acompañado por un pluralismo territorial (nota 31), págs. 245 y 251.

¹⁰¹ El socialista Navarro Estevan los rechaza, apuntando que el afán de controlar a los jueces parece consagrar una «imbecillitas officii» justificativa de dicha tutela (nota 31), pág. 239.

¹⁰² Mientras el comunista Solé Barberá denuncia la «alergia» del Gobierno a los Fiscales, el socialista Navarro Estevan defiende el «derecho natural primario» de los Fiscales a integrarse en las asociaciones judiciales. El centrista Moscoso opone que, mientras lo propio del Poder judicial es la «independencia», el «principio esencial del Ministerio Fiscal es la dependencia» (nota 31), págs. 245, 246 y 242.

¹⁰³ Se exigía que cada Asociación integrase al menos a un 20 % de los jueces y magistrados del país, pero se acaba reduciendo a un 15 %, aunque para presentar candidatos al Consejo General, al margen de las asociaciones, basta con las firmas de un 10 %. Es significativo que F. Ledesma —que considera inconstitucional tal límite— señale, respecto a «Justicia democrática», que «el número de los seguidores nunca excedió del 12 por 100 de los funcionarios» (sin duda en el sentido más amplio de este término) (nota 55), págs. 241 y 238. C. Rodríguez-Aguilera considera que estas restricciones no impedirán «la aparición de tendencias en las asociaciones que se constituyan» (nota 12), pág. 148.

Sin la judicatura, la Constitución tardaría largos años en entrar prácticamente en vigor: los necesarios para un desarrollo legal exhaustivo que sustituyera pieza por pieza todo el entramado jurídico del régimen anterior, o para una interminable serie de sentencias constitucionales de idéntico alcance. Para no perder todo ese tiempo, es preciso que los jueces asuman la responsabilidad que la Disposición Derogatoria de la Constitución les propone, acelerando ese proceso sustitutivo. Esta será una relevante labor durante varios años; pero deberá prolongarse en un doble aspecto. La Constitución marca, en primer lugar, unos mínimos protectores de los derechos de los ciudadanos, cuya tutela prevé su artículo 53; de los jueces depende que se hallen realmente garantizados esos contenidos, que marcan la auténtica frontera entre dictadura y democracia. Pero, a la vez, el texto constitucional dibuja un horizonte de desarrollo de mucho mayor alcance, y en gran medida dependerá de los jueces (asumiendo los arts. 9.2, 10.2 53.3) la fecundidad de esa fuerza expansiva capaz de dar paso a una nueva sociedad.

El nuevo orden constitucional supera notablemente las posibilidades efectivas de la judicatura española actual. No sólo por exigir una dotación de medios y personas que desborda sus actuales recursos, sino también porque implica una ruptura notable con la imagen del juez hasta ahora vigente, y la inercia práctica que en ellos ha fraguado. Se impone un drástico cambio de mentalidad que para determinado sector (no sólo generacional) será sencillamente imposible. Pero tal cambio es de especial urgencia porque, gracias a él, podrá consolidarse el arraigo social de una Constitución que, hoy por hoy, va muy por delante de las posibilidades de cambio del español medio (clase política incluida).

El primer resorte para que el juez replantee su labor es que abandone el falso punto de referencia de una tarea *técnica*, y tenga la lucidez y el arrojo de enmarcarse en el espejo de la función política que su tarea cumple; para ser consciente de ella y, en su caso, someterla a crítica. Esto necesita el apoyo de una tarea de crítica teórica del legalismo, que está en buena parte por hacer. En la medida en que las propuestas *alternativas* no ganen en rigor crítico, sino que se presenten simplistamente como una legalidad sustitutiva (a la manera del iusnaturalismo racionalista), acabarían contribuyendo (como él) a mantener en vida un trasnochado positivismo.

Junto a esta tarea teórica, se precisa de una mayor atención (en el ámbito profesional y en el más amplio de la opinión pública) a su labor, para sensibilizar al ciudadano sobre su efectivo alcance, rescatando de lo puramente retórico la afirmación de que la justicia *emana del pueblo*.

Para que esto se haga realidad es ineludible una reforma de la enseñanza misma del derecho, de los procesos específicos de selección de los jueces y del perjudicial distanciamiento entre la judicatura y las Facultades universitarias. No deja de ser significativo que se observe ya en ambos sectores ¹⁰⁴ una progresiva inquietud por des-

¹⁰⁴ El actual Plan de Estudios lleva veintiocho años en vigor, sin mayores modificaciones que algunas experiencias de especialización en contadas Facultades (Sevilla, Valencia...); cfr. al respecto *La crisis de las Facultades de derecho* «Anales Cátedra Francisco Suárez» 1980-81 (20-21) número monográfico. En mayo de 1981 se inician en Granada unas «Jornadas sobre la enseñanza del derecho» (repetidas al año siguiente en Santiago), con asistencia de Decanos de las Facultades y representantes de las profesiones jurídicas. Entre sus conclusiones figura emprender de inmediato la reforma del Plan de Estudios e impulsar la colaboración de las Facultades con el Consejo General del Poder Judicial. Por Orden de 10-VI-81 (BOE 13-VII) se contaba ya con un «Acuerdo marco de colaboradores» entre el citado Consejo y el Ministerio de Educación; por resolución de 1-XII (BOE 12-XII) y se aprueban las directrices generales para la elabo-

pertar temas largo tiempo dormidos. Esto debe prolongarse en una revisión del actual sistema de oposiciones, que atempere el memorismo y dé más importancia a pruebas capaces de evaluar la formación jurídica del candidato; así como un replanteamiento de la formación judicial, que la haga más efectiva y continuada.

Todo esto dependerá en buena medida del funcionamiento de los órganos de *autogobierno* de la judicatura. Si éstos diluyen su actividad en pugnas internas no podrán afrontar esta ambiciosa labor. La aportación del núcleo aglutinado por *Justicia Democrática* puede ser básica, si actúan como un revulsivo interno que cambie los esquemas profesionales. Esto implica su previsible instalación como corriente difusa dentro de la — hoy por hoy — única Asociación profesional, y la renuncia a intentos de instrumentalización partidista, de los que no cabe acusar con justicia a la mayor parte de sus hombres.

España se halla aún embarcada en el difícil empeño de salir del franquismo. La sociedad fue *mentalmente* democrática en los últimos años del régimen anterior, pero hoy surgen recelos respecto a los previsibles frutos del nuevo orden político; los textos legales, que en los últimos tiempos habían ido siempre a su zaga, la han rebasado en parte. El papel de los jueces será vital para eliminar este desfase, en un país en el que durante años se ha borrado la frontera entre lo que era el ejercicio de los derechos humanos¹⁰⁵ y la comisión de un delito.

En la medida en que el Poder Judicial ocupe el lugar que le atribuye la Constitución, obligará sin duda a erradicar viejos resabios del Ejecutivo¹⁰⁶, propios de la época pasada, y contribuirá a dar alcance real a la división de poderes que condiciona todo Estado de Derecho.

ración de convenios entre Audiencias Territoriales y Universidades, que ya han comenzado a ponerse en práctica (Zaragoza, Murcia, Granada...)

¹⁰⁵ Resulta reconfortante comprobar la atención que el Congreso de la APM dedicó a la «protección jurisdiccional de los derechos de la persona». En sus conclusiones se asume «la denuncia pública de cuantas actuaciones puedan atacarlos», así como la creación de una «Comisión de seguimiento y sugerencia legislativa» y la de un «gabinete de prensa», que se ocupen de dicho tema.

¹⁰⁶ En este contexto llamó la atención la dura nota del Consejo General del Poder Judicial de mayo de 1981, que aborda el tema de sus relaciones con la policía. En ella se recuerda que «no corresponde a las Fuerzas de Seguridad ni al Ministerio del Interior declarar cuándo hay o no delito», y que «nadie puede pretender que los jueces acepten como bueno cuanto en los atestados policiales se afirme, porque en el Estado de derecho es principio inexcusable que la culpabilidad debe ser probada y no sólo afirmada». Concluía «exigir enérgicamente el cese inmediato de las actitudes indicadas por parte de órganos del Ejecutivo, actitudes que obstaculizan el normal desarrollo de la función jurisdiccional».