

Jueces, Constitución y Estado de derecho hoy*

Perfecto Andrés Ibáñez**

G. RADBRUCH, en su excelente y hoy clásica *Introducción a la ciencia del derecho*, recordaba la fábula judicial del molinero Sanssouci, al que Federico II habría preguntado: —“¿No sabes que yo podría cogerte el molino sin compensación ninguna?”, para recibir la ya mítica respuesta: —“Sí, de no existir tribunales en Berlín”.

Pero lo cierto es que recogía también la historia verdadera, esto es, “la del molinero Arnold (1780), en cuyo asunto el rey sustituyó la sentencia del tribunal; que se le antojó injusta, por una decisión o acto de fuerza y envió al diablo a los jueces que la habían dictado, colmándolos de improperios y desprecios”¹.

El episodio que se reporta como auténtico, con el contrapunto de su reelaboración literaria, más allá de la anécdota, o precisamente en la anécdota, ambos en su relación, expresan muy gráficamente la realidad de una tensión entre el modelo ideal y la forma de existencia efectiva de la administración de justicia, que recorre la historia moderna de la institución y está asimismo en su peripecia actual.

Efectivamente, la evolución doctrinal y práctica que lleva de la justicia de gabinete al poder judicial se encuentra especialmente marcada por la contradicción. Así, es bien paradójico que un significativo apunte histórico de *independencia judicial* frente al poder político —es el caso de los *Parlements* franceses— tuviera que producirse por

* Ponencia presentada al “Primer Seminario Internacional sobre la independencia judicial en Latinoamérica”, celebrado en Buenos Aires (Argentina), en marzo de 1991.

** Magistrado español, militante de la asociación *Jueces para la democracia*.

¹ G. RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de L. Recasens Siches; prólogo de F. de los Ríos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1939, págs. 146-147.

una vía tan singular como la patrimonialización de la función de juzgar, fuera hecha posible por la venalidad de los oficios. Como paradójico resulta también que un punto de referencia central del concepto actual de la institución, cual es la aportación de MONTESQUIEU, se nutra de preocupaciones propias de la sociedad estamental.

Esos ingredientes de paradoja, e incluso de contradicción, afloran también hoy en la tensión que evidentemente se da entre la justicia como aparato de control y como tal sometido a la lógica del poder, y la justicia, al mismo tiempo, órgano y función de determinados principios de libertad y en esa dimensión dotada de ciertas garantías frente al poder, de cierta dimensión de *contra-poder*.

Nada autoriza, sin embargo, a inferir que la permanencia de esas constantes de problematización, en lo que toca a la jurisdicción, puede ser sugestiva de una cierta intemporalidad de los problemas.

Y es que, en efecto, la experiencia práctica y la reflexión teórica han contribuido a producir significativos cambios de inflexión en el modo actual de discurrir sobre esos lugares comunes. Voy a detenerme en algunos de ellos que considero de particular interés, tomando como punto de referencia, y naturalmente de forma esquemática, algunas vicisitudes del poder judicial en la transición a la democracia en España. Un *poder judicial* que sale de la experiencia constituyente fortalecido en su significación institucional, después de una larga etapa de *administración de justicia* como pura articulación del ejecutivo.

En la peripecia española de estos últimos años cabe registrar un dato que me parece digno de reflexión. Es la preocupación suscitada en algunos medios políticos y en ciertos sectores de la opinión pública por una cuestión que ya había dejado de ser polémica: la legitimación del poder judicial.

En efecto, la Constitución había asumido sin particular debate el tradicional sistema de selección de jueces exclusivamente fundado en la acreditación de un bagaje técnico jurídico.

Sin embargo, a raíz de la victoria electoral del partido socialista, en 1982, la legitimidad político-democrática de la magistratura para ejercer su función comenzó a ser cuestionada.

Se dijo por cualificados exponentes de la entonces reciente mayoría parlamentaria, que ello obedecía a la falta de coherencia entre los valores encarnados por esta última, representativa de la gran mayoría del pueblo español, y los expresados por los jueces, que, naturalmente, no debían a las urnas su acceso a la función.

Podrían citarse algunos asuntos ilustrativos de la realidad de ese desajuste. Pero vistos hoy, casi diez años más tarde, me parece que tienen un significado más bien anecdótico y no podemos permitir que en nuestro análisis ocupen el lugar de los árboles que no dejan ver el bosque, que es lo que ocurriría una vez más si cayéramos en el simplismo de reducir la cuestión justicia en la transición española al conflicto de unos jueces reaccionarios, preconstitucionales, con una mayoría política de progreso.

Que ello se diera en mayor o menor medida no quiere decir que fuera *el problema*. Aunque solo sea porque tuvo que pasar muy poco tiempo para que los *problemáticos* empezaran a ser jueces bien constitucionales. Pero es que, además, no resulta difícil identificar también en años anteriores atisbos de esa situación.

Después de vivir en primera persona estas vicisitudes y tras reflexionar y debatir no poco sobre ellas, tengo la impresión de haber llegado a una conclusión que estimo puede ser de cierta fertilidad en el plano interpretativo del fenómeno aludido. Creo, para decirlo en términos bastante simples, que si en nuestro país no hubiera habido una magistratura como la existente en 1982, una magistratura fácilmente demonizable en términos políticamente tan elementales, habría habido que inventarla. Porque lo que no cabía transmitir a la opinión en el marco de una Constitución que había optado por un poder judicial dotado de un notable nivel de independencia, es que pudiera ser precisamente ese el problema. Es decir no aquellos jueces, sino la significación objetiva en términos político-constitucionales de la instancia judicial. Y ello por una serie de circunstancias.

La primera de estas, por su alcance, estuvo representada, ya en 1978, por la emergencia de la propia Constitución.

En efecto, la inserción de la Constitución democrática en nuestro ordenamiento se produjo en la condición de texto de "valor normativo inmediato y directo", productor de una "*vinculación más fuerte*, en la tradicional expresión del constitucionalismo americano", de aplicación directa por los jueces, obligados desde ese momento a "enjuiciar con el parámetro constitucional todas las normas con rango inferior a la ley"². Tal eficacia salía además reforzada mediante la disposición derogatoria "de cuantas disposiciones se opongan" a lo establecido en la Constitución.

Por otra parte, el compromiso expresado en el Preámbulo de esta última de "establecer una sociedad democrática avanzada", unido a la franca acogida del que se conoce como *principio de efectividad*³ (art. 9.2) tomado de la Constitución italiana, representaba para la magistratura, para decirlo con FERRARESE "un directo incentivo a medirse con los temas de la democracia y de la igualdad y a sentirse sometidos a un juicio de legitimidad, tendente a verificar su credibilidad de dispensadores de una real justicia en sentido sustancial"⁴.

No quiere esto último decir, naturalmente, que la simple apertura de esa línea de principio hubiera venido a producir una reconversión de los jueces al nuevo planteamiento. Pero es indudable que ese hecho normativo —la consagración de una "función promocional del derecho"⁵— introducía un relevante fermento trans-

² Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edit. Civitas, 1981, págs. 64-66.

³ Cfr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, "Acerca del «principio de efectividad»", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n. O, marzo 1986, págs. 77-79.

⁴ M. R. FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pág. 14.

⁵ Cfr. N. BOBBIO, "La funzione promozionale del diritto", en *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizione di comunità, Milán, 1977, págs. 13 y ss.

formador del papel de aquellos, al suponer un claro cuestionamiento del punto de vista del positivismo dogmático, hasta entonces netamente imperante.

A este cúmulo de circunstancias debe añadirse el surgimiento de muchas cuestiones nuevas, de nuevas subjetividades jurídicas muy activas en la reivindicación por vía judicial, y también una notable inflación legislativa, caracterizada por la voluntad de *consenso*, que en la práctica fue a traducirse en el desplazamiento sobre el momento aplicativo de muchas cuestiones problemáticas no resueltas en el de producción normativa.

De otra parte, la acción de gobierno estuvo inevitablemente marcada por un extraordinario decisionismo. Propio, por un lado, de la actuación mediante las técnicas típicas del *welfare state*, y debido también a la conciencia un tanto mesiánica profundamente arraigada en la mayoría gobernante de hallarse en el ejercicio de una tarea histórica y con la cobertura de un verdadero superávit de legitimidad. No es difícil ver en ello la raíz del alumbramiento de una nueva forma de razón de Estado que ha inspirado notablemente la acción política de los últimos años.

A todo esto tendría que añadirse, asimismo, cierto cambio de inflexión también en la propia morfología de la intervención judicial, derivado de la nueva situación interna de la magistratura.

Me refiero sobre todo a la pérdida, al menos relativa, de significación del momento jerárquico. Este es a su vez un fenómeno de cierta complejidad, debido a varios factores. En primer término, a la privación al vértice jurisdiccional del control político de la carrera, desplazado ahora al nuevo órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial. Y en segundo lugar, al nuevo clima generado por el movimiento asociativo.

Así resulta que las transformaciones de orden legal, el reforzamiento de la incidencia práctica de la intervención judicial, y una mayor libertad y autonomía en la actuación de los jueces, contribuyeron decididamente a dar a la instancia judicial una relevancia política que hasta entonces no había tenido, limitada como había estado a ser en gran medida una articulación más del ejecutivo durante el período franquista.

Por eso no tiene nada de extraño que las cuestiones de legitimación, ausentes de la escena durante tantos años, entrasen de manera abrupta en el debate público. Como se explica también que las cuestiones de independencia y responsabilidad fueran objeto de tratamiento desde perspectivas no habituales.

Con todo, hablar de la existencia de debate no quiere decir que este fuera precisamente rico.

En efecto, el cuestionamiento en clave meramente pragmática de la legitimación de la magistratura buscaba pura y simplemente reforzar las posiciones del ejecutivo frente a la misma y recuperar, al menos en parte, la capacidad de control político perdida en la forma a que antes se ha hecho mención.

No cabe aquí entrar en el examen de toda la serie de vicisitudes en que fue desgranándose el complejo proceso a que todo esto dió lugar⁶. Me interesan las grandes líneas del problema, como hilo conductor de estas reflexiones sobre juez y Constitución.

Pues bien, desde ese punto de vista, lo cierto es que en amplios sectores políticos, y también en algunos sectores de opinión judicial, sobre todo progresista, ha llegado a instalarse la idea harto paradójica de que el poder judicial tendría "legitimidad constitucional pero no legitimidad democrática", por decirlo con palabras que siguen pareciendo alucinantes, escuchadas hace bien poco al que fuera vicepresidente del anterior Consejo General del Poder Judicial⁷.

Idea que no solo degrada a una instancia de fundamental significación dentro del esquema conceptual y práctico del Estado de derecho, sino que incluso retroactúa harto negativamente sobre la propia Constitución que, de ser un orden coherente desde el punto de vista de la organización del poder, pasaría a padecer una notable esquizofrenia.

Es verdad que, como apuntaba al comienzo, corresponde a la misma esencia de lo judicial encarnar un cierto grado de contradictoriedad por lo que tiene de doble valencia en su significación constitucional y en su proyección institucional. Pero esa realidad demanda una lectura bien distinta.

⁶ Resulta ineludible hacer referencia, sin embaño, a una de ellas. Es la modificación en el modo de formación del Consejo General del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1º de julio de 1985.

En un momento de especial intensidad del conflicto entre la mayoría gobernante y el sector mayoritario de la magistratura asociada, representado por la *Asociación Profesional de la Magistratura*, en torno al proyecto en discusión de aquella ley, se introdujo de manera inopinada en la misma el cambio aludido. El art. 112 dispuso que la componente judicial del Consejo (12 miembros sobre 20) sería elegida directamente por las cámaras y no por los jueces.

Promovido un recurso de inconstitucionalidad en este punto, el Tribunal Constitucional (sentencia 108/1986, de 26 de julio) la desestimó, por entender que la opción acogida por el legislador tenía cabida en la previsión del texto fundamental.

No obstante, decía el Tribunal: "se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada por la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atienden solo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos en proporción a la fuerza parlamentaria de estos. La lógica del Estado de partidos empuja a mantener el margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, señaladamente, el Poder Judicial.

"La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución...".

La experiencia de dos renovaciones del Consejo por el nuevo procedimiento ha dado ampliamente la razón en este punto al Tribunal Constitucional.

⁷ Me refiero a MANUEL PERIS, en su intervención sobre "El gobierno de los jueces en España", en las jornadas sobre *Legitimidad democrática y poder judicial*, celebradas en la Facultad de Derecho de Valencia, durante los días 14-16 de noviembre de 1990, bajo los auspicios del Seminario de Sociología del Derecho.

En mi opinión, la formulación más acabada que se ha dado a la cuestión es la debida a LUIGI FERRAJOLI⁸.

La legitimación de la función judicial en el Estado de derecho tiene una doble dimensión y se encuentra estrechamente ligada a la naturaleza de *contra-poder*, que en el reparto de funciones dentro de esa estructura estatal se le ha asignado a la instancia jurisdiccional.

El judicial es *contra-poder*, en cuanto tiene atribuido el control de legalidad de los actos de la administración, y en alguna medida el de legitimidad constitucional de los actos del legislativo; y porque le corresponde la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano frente a cualquier tipo de intervenciones, incluidas las que pudieran provenir de dentro del propio Estado.

Esto hace al autor hablar de una doble fuente de legitimación: *formal* y *sustancial*. Constituida la primera por la sujeción solo a la ley; y la segunda por la función de tutela de los derechos fundamentales.

Pero obliga a llevar todavía más lejos el discurso de la legitimación, hasta salir en clave polémica al encuentro del punto de vista más tradicional no exento de cierto jacobinismo ingenuo y muy arraigado en la izquierda. Obliga a cuestionarse si una legitimación de tipo representativo podría resultar compatible con la atribución de las funciones a que se ha hecho mención, en la medida en que el juez debe estar en situación de poder ejercer su cometido constitucional incluso contra la mayoría política⁹.

Por otra parte, se da también la circunstancia de que el poder judicial, en el Estado democrático de derecho, está llamado a desempeñar una verdadera función legitimadora, aunque solo sea por la indudable eficacia *deslegitimadora* que la censura judicial implica. Piénsese en el procesamiento de un funcionario o de un exponente del poder político. (Es una paradoja aparente que evidencian la inconsistencia del punto de vista a que antes me he referido).

De este modo, en el plano teórico y también en la práctica, se produce una evidente confluencia entre las dos líneas de pensamiento y dos formas de concebir

⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, Roma-Bari 1989, págs. 551 y ss.

⁹ Resulta paradigmática a este respecto la valiente actitud de la juez Huerta, obligada a enfrentarse al gobierno democrático, por el comportamiento obstruccionista de este con la jurisdicción, al negar la comparecencia de cierto número de guardias civiles en la investigación de un posible hecho de tortura en dependencias policiales ("caso Linaza", en el que hoy han recaído condenas, justamente por aquel delito). Como he escrito en otro lugar "precisamente esa actitud de la juez, supuestamente desestabilizadora de no se sabe —o quizás ya sí— qué inconfesables equilibrios, tiene en este punto, aparte de su extraordinario valor práctico, una notable carga simbólica. Al extremo de que podría decirse que ella sola —sin siquiera el apoyo del Consejo General del Poder Judicial— encarnó allí y entonces, frente a la mayoría, frente a un poder legítimo pero ilegítimamente ejercido en este caso, *toda la legitimidad del Estado democrático*". (En "Refrescar la memoria democrática". *El país*, 1º de diciembre de 1990. También en mi "Independencia del juez pero autonomía de la guardia civil: a propósito del «caso Huerta»", en *Justicia/conflicto*, Madrid, Edit. Tecnos, 1988, págs. 206 y ss.

empíricamente el poder judicial que, tomando a MONTESQUIEU como punto de referencia, llegaron a concretarse en dos modelos bien diversos: el representado por el constitucionalismo francés y acogido básicamente en muchos otros países del continente europeo; y el propio del constitucionalismo americano.

De la primera subsiste el principio de supremacía del poder legislativo, pero expresivamente corregido, como hemos visto, mediante la idea —que se toma de la segunda— de que el juez puede o debe serlo también de la ley desde la Constitución, y hallarse en condiciones de hacer valer una y otra frente a todos, incluido el mismo poder político, según idea tan cara a TOCQUEVILLE¹⁰.

Esto último, por cierto, ha resultado más realizable de lo que en su momento pensaba ese autor, en la medida en que, en algunos ordenamientos —es el caso sobre todo italiano, pero también el español—, el gobierno de la magistratura ha quedado fuera del control del ejecutivo.

El paso que significa esta opción, que se concreta institucionalmente en la emergencia de los Consejos (*Consiglio Superiore della Magistratura* y *Consejo General del Poder Judicial*), tuvo ciertamente en ambos casos un origen histórico íntimamente ligado por coyunturas con cierto grado de similitud, pero vino a suponer una contribución de extraordinaria relevancia en la construcción del modelo de organización judicial que demanda el Estado democrático de derecho.

En efecto, en uno y otro caso la incorporación del nuevo órgano estuvo determinada en lo inmediato por la necesidad de dotar a la magistratura de un sistema de gobierno que, evitando el mandarato de los jueces y propiciando cierto grado de coordinación con la representación de la soberanía popular, pudiera ser al mismo tiempo garantía de independencia y de no manipulación. Ello en vista de la preocupante funcionalidad de las judicaturas italiana y española, cortadas por el patrón liberal de gobierno desde el ejecutivo, a los proyectos autoritarios mussoliniano y franquista.

La experiencia —ya larga la italiana, mucho más breve la española, las dos sin duda insatisfactorias desde tantos puntos de vista— han puesto de manifiesto, a mi entender, que encarnan —si bien más genuinamente la italiana— una línea de principio que es la que mejor se acomoda a las exigencias de legitimación del poder judicial, que se expresan en la afortunada formulación de FERRAJOLI.

Por otra parte, contribuyen también a dar efectividad a lo que PIZZORUSSO ha llamado "pluralismo institucional", como forma de "desarrollo de la «demo-

¹⁰ Esa idea en el caso español, como en otras experiencias continentales, se toma de manera atenuada ("sistema de justicia constitucional concentrada"), puesto que el control de constitucionalidad resulta atribuido a un Tribunal Constitucional, organizado al margen de la jurisdicción ordinaria. (Cfr. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 121 y ss.).

De extraordinaria relevancia en los primeros momentos de la transición fue la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, en materia de garantías procesales, abriendo vía en la práctica de la jurisdicción ordinaria —no sin dificultades— a una sensibilidad al respecto antes casi inexistente.

cracia participativa», configurada no como una alternativa a la democracia representativa, sino sobre todo como un enriquecimiento de la misma”¹¹.

La nueva situación generada por la experiencia de los Consejos y los cambios experimentados en el sistema de legalidad ha producido algunas consecuencias relevantes en el ámbito de la independencia judicial y, consecuentemente en el orden de la responsabilidad.

En términos generales y como ya se ha señalado, el nuevo modelo de gobierno o de administración de la jurisdicción buscaba y, en efecto, produjo como resultado un reforzamiento de la independencia judicial. Y ello tanto si se atiende a la consideración de la misma desde el punto de vista *externo* como desde el punto de vista *interno*: al operarse una evidente extracción del juez del área de influencia del ejecutivo y, al mismo tiempo, al producirse una significativa atenuación del momento jerárquico. Esto último de forma más notoria en Italia por la práctica abolición de la *carrera*; pero también en España, como consecuencia de la pérdida de la capacidad de control político directo experimentada por el vértice jurisdiccional. En ambos casos, asimismo, merced al desarrollo del movimiento asociativo, por lo que este tiene de inserción de un fenómeno democrático-representativo en una estructura tradicionalmente jerárquica; y de apertura del ámbito de la justicia al pluralismo político-cultural.

Además, junto a aquello, la impregnación política del papel del juez, debido, como ha señalado LUHMANN¹², a que el “deslizamiento” de algunos problemas decisoriales al ámbito de la jurisdicción ha producido una consecuencia de extraordinaria relevancia, como es el paso de la vieja situación de equilibrio-subordinación del poder judicial en relación con los otros poderes a una nueva, caracterizada, como ha dicho FERRARESE, por el “aumento del peso específico”¹³ de este último, sobre todo bajo la forma de intervención penal.

De ahí una consecuencia importante en el plano de la independencia, o por mejor decir, de su valoración, puesto que en el ámbito de los operadores políticos se habría pasado de una reivindicación inequívoca de la misma como condición de democracia, a otra en la que son cada vez más las voces de alarma y de cuidado, demasiada independencia!

Bien notorio es el caso italiano, por la evidente colocación bajo sospecha de un importante sector de la clase política, a que han dado lugar conocidos procesos.

Pero no menos significativo me parece el español. En efecto, entre nosotros, los sectores progresistas del arco constitucional protagonizaron durante los primeros años de la transición un verdadero “judicialismo militante”¹⁴, y precisamente con

¹¹ A. PIZZORUSSO, “Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia”, en *Questione Giustizia*, 2 de 1984, pág. 292.

¹² N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, trad. de F. Spalla, Nápoles, Guida Editori, 1978, pág. 59.

¹³ M. R. FERRARESE, *op. cit.*, pág. 39.

¹⁴ Me he referido a ello en mi “Transición en la justicia/justicia de la transición”, en *Justicia/conflicto*, ed. cit., págs. 32 y ss.

aquellos jueces. Lo que no fue obstáculo para de ahí pasar directamente a la demonización indiscriminada una vez alcanzadas posiciones de gobierno, y tanto al comienzo por defecto, como enseguida también por supuesto exceso de Constitución, en actitudes jurisdiccionales incómodas.

Tales circunstancias han producido en España un estado de cosas digno de reflexión, en lo que concierne a la cultura democrática de la independencia.

Este valor, rasgo esencial de la jurisdicción, ha sido con frecuencia políticamente —y diré que interesadamente— degradado a pura excrecencia corporativa, trinchera de la derecha política después de su pérdida de presencia en los otros poderes del Estado democrático en las elecciones de 1982. Imagen, por lo demás, francamente sugestiva en vista de las actitudes difundidas al respecto desde la derecha judicial.

Así, la independencia como valor ha resultado en buena medida patrimonializada por la cultura de esa derecha; con la connivencia implícita, e incluso con la utilización táctica de la situación por el poder democrático, poco interesado en potenciar ni siquiera el debate sobre lo que al fin representaría para él una forma de control.

De ahí que la izquierda judicial o, como preferirán algunos, el sector progresista de la magistratura en España, no acabe de verse libre de cierto complejo de culpa al enfrentarse con el problema. Con un curioso resultado en el plano de la experiencia concreta: observa en general un extraño *pudor* que le impide hablar y comprometerse en la elaboración de un discurso teórico sobre el tipo de independencia que sin embargo generalmente practica con ejemplaridad.

Es sintomático que, por ejemplo, *Jueces para la Democracia* haya expresado en estos años una mayor preocupación por el control que por la independencia del mismo. Y que, en ocasiones, el miedo a coincidir con la derecha judicial en la defensa de aquella frente a algún ataque concreto haya operado de forma disuasoria.

Resulta también bastante expresivo el hecho de que el nuevo presidente del Consejo General del Poder Judicial haya dedicado uno de sus primeros pronunciamientos públicos a recomendar *prudencia* a los jueces de Andalucía que investigan un posible delito con claras implicaciones políticas de algunos exponentes de la mayoría gobernante. La otra a sugerir a los componentes de la última promoción del Centro de Estudios Judiciales que desempeñen su función en *coordinación* con los demás poderes.

Es bien perceptible el creciente desasosiego que en medios políticos y en los de gobierno del poder judicial producen las actuaciones judiciales, sobre todo penales, que se proyectan sobre las actividades del ejecutivo. Ese desasosiego se disfraza en ocasiones de preocupación por el equilibrio constitucional de poderes; otras veces de luhmaniana preocupación por el crecimiento de la “complejidad” y su traducción en un nuevo factor de “ingobernabilidad”. Cuando no se torna en lamento por la *perdida* certeza del derecho. Es el mensaje implícito en las llamadas a la *coordinación* y a la *prudencia* y en cierta añoranza vergonzante de un tiempo contrasignado por el valor constrictivo del precedente que, al parecer, evitaba la actual dispersión de criterios jurisdiccionales y un cierto aventurismo judicial.

De ahí que sea necesario llamar la atención sobre los riesgos que para la independencia, democrática y constitucionalmente entendida, podrían representar ese tipo de reclamos, en la medida en que, en un caso, parecen sugerir un tipo de relación del juez con las otras instancias de poder distinta de la que implica el sometimiento y aplicación de la ley, y que sin duda estuvo presente en las experiencias de gobierno de la justicia por el ejecutivo. Y, en el otro, evocan un modo de prevalencia de los criterios jurisprudenciales, nacido no de la libre dialéctica interpretativa, sino de la autoafirmación jerárquico-administrativa de la casación, en su antigua calidad de órgano de gobierno heterónimo y autocrático.

Por otra parte, con olvido de que, como escribió SENESE hace ya algunos años, "la única posible «certeza» del derecho, alcanzable en una sociedad democrática y pluralista (pasa) no a través de una apriorística imposición autoritaria, sino sobre todo a través del debate y la confrontación de las argumentaciones y de su congruencia con puntos de vista socialmente significativos es decir con valores ya irrevocablemente puestos como base de la convivencia civil por las normas constitucionales"¹⁵.

Como no podía ser menos, la *responsabilidad*, en especial en su vertiente *disciplinaria*, ha sido frecuentemente llamada en causa en esta situación conflictual. Sobre todo a partir del momento en que se cobra conciencia cierta del amplio espacio que las nuevas realidades normativas y extranormativas abren el trabajo del juez en el ámbito de la interpretación. Si esto es así ¿cómo sujeta de nuevo al juez *desvinculado*? Esta preocupación, que hizo explícita D. SIMON¹⁶ en su conocida obra, ha impulsado directamente, desde luego en nuestro país, en los medios del poder a un redescubrimiento de la disciplina como factor de cohesión y de integración subordinada de los jueces en el gobierno político de la coyuntura.

Así, resulta —y cualquiera de las experiencias europeas homólogas es también rica en supuestos de este género— que el uso del instrumento disciplinario como medio de interferir y condicionar el producto jurisdiccional, expulsado, al menos en apariencia, por la puerta, vuelve a entrar por la ventana en recurrentes usos y abusos de los distintos órganos de gobierno.

En el caso de España hay dos buenos ejemplos de este modo de actuar: Uno, es el de las llamadas *diligencias informativas*, que con notable frecuencia se proyectan sobre procesos en curso como una forma de vigilancia administrativa. Otro, al menos en la experiencia del anterior Consejo (el actual lleva apenas unos meses en el ejercicio de sus funciones), es la apertura de expedientes disciplinarios con motivos a veces triviales a jueces simplemente incómodos. Y también el haber dado patente de legitimidad a la inquisición disciplinaria sobre el contenido de las resoluciones judiciales por haberse empleado en ellas términos tenidos por impropios

¹⁵ En *Atti del Seminario su: La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1978, pág. 83.

¹⁶ Cfr. D. SIMON, *La independencia del juez*, trad. de C. Ximénez-Carrillo, con prólogo de M. A. Aparicio, Barcelona, Edic. Ariel, 1985, págs. 71 y ss., entre otras.

en la crítica de reiteradas actuaciones, desde luego francamente criticables en aquel caso, del ministerio fiscal.

Esos datos y la sospechosa reiteración con que, desde sectores de la mayoría gobernante, se insiste en la ampliación de las actuaciones disciplinarias en relación con el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los jueces; en la reducción de toda la acción de gobierno a disciplina; resultan claramente significativos de un afán de recomponer por esa vía —limitando algunas manifestaciones incómodas de la independencia judicial— lo que se valora como un simple desajuste, casi una cuestión de *orden público*.

Creo que nadie que siga con atención las vicisitudes de la instancia judicial y su actual papel en esas realidades políticas podría negar la existencia en ellas de importantes quiebras con respecto al modelo ideal prefigurado en las correspondientes constituciones.

Para decirlo con palabras bien simples: resulta evidente la pérdida de protagonismo y de capacidad de control de la institución parlamentaria; la hipertrofia de la dimensión político-administrativa; y, consecuentemente, un alto grado de exposición de este último género de actividades a la fiscalización, muchas veces penal y casi siempre escasamente eficaz.

Simultáneamente se registra una evidente huida en los centros de decisión político-administrativos a zonas oscuras de los aparatos, al reparo de cualquier tipo de censura desde la legalidad. E incluso, cuando esta se produce, cabe advertir actitudes abiertamente resistentes al control jurisdiccional, casos en que el poder legítimo, el poder democrático, protagoniza poco edificantes huidas del derecho.

(La negativa del gobierno español a dar información sobre el uso de *fondos reservados* del Ministerio del Interior que con toda probabilidad sirvieron para financiar actividades terroristas contra el terrorismo de ETA, resulta ser en este punto un caso emblemático).

En otro plano de menor espectacularidad, pero no menos significativo, se sitúa la resistencia sistemática de la administración a dar ejecución a las resoluciones judiciales firmes que contradicen o enmiendan otras suyas impugnadas ante la jurisdicción.

Consecuentemente, según el campo, cabe registrar disfunciones que van desde la hipertrofia y el caos de la producción legislativa, en ocasiones, hasta el simple vacío de legalidad, en otras; ejercicios de decisionismo político que muchas veces, o tienen poco que ver, o toleran mal el dictado de la ley; desplazamientos sobre la institución judicial de tareas que lo mismo suponen la subrogación en el inexistente control del poder ejecutivo desde las cámaras, que la demanda de realización de expectativas generadas por la proclamación constitucional de derechos sociales insatisfechos... Situaciones, en suma, sintomáticas de una grave patología del Estado de derecho, que convierten al juez en un anómalo operador político por subrogación.

Mientras tanto, el llamado "poder judicial" permanece básicamente en sus constantes históricas de infradotación en todos los órdenes. Del que por cierto la de

carácter cultural no es la menos relevante, habida cuenta de la magnitud cualitativa de los nuevos problemas. Esto le impide afrontar la creciente demanda social de *ordinaria justicia*, pero también es *garantía* de su incapacidad para dar satisfacción a las nuevas demandas, que, sin embargo, se dirigen sobre él cada vez con mayor presión.

Pues bien, se quiera o no se quiera tal es el contexto, o incluso la *constitución material* del poder judicial hoy, sobre el que pesa también una fuerte exigencia de realización de los valores consagrados en la Constitución formalmente entendida.

En esta última perspectiva, parece que lo deseable sería el retorno de la mediación judicial a su verdadera dimensión constitucional, y esta debe ser una preocupación tendencial de los propios jueces. Pero no puede caerse en la ingenuidad de creer que esto sea posible, y ni siquiera deseable, si no se produjera un movimiento complementario de las demás instancias de poder hacia la ocupación de su genuino espacio igualmente constitucional.

De ahí que esa preocupación no deba favorecer en modo alguno la inadmisibles entrada en el juego reductivo de la *coordinación*, del colateralismo, de la pérdida de significación de la magistratura como institución básica del Estado de derecho, de la independencia judicial como verdadera condición de democracia. Así, ni absurdas pretensiones de imposibles gobiernos de la sociedad desde el juzgado, ni el juez *deus ex machina*, pero tampoco el juez *comprensivo* con las dificultades de gobernabilidad y presto a entrar en *complicidades* que signifiquen cesiones de algo, como la independencia, que es rigurosamente indisponible y que no puede ser degradada en nombre de nada a la condición de dudoso valor táctico. La independencia de los jueces, lejos de lo que a veces se sugiere, no pierde ni un ápice de su sentido frente al *poder-bueno*, sino que es presupuesto incondicionado de la siempre difícil bondad del poder en sentido fuerte.

Ahora bien, si no cabe tolerar interferencias en el ejercicio de la jurisdicción, la conciencia de que este hoy tiene una dimensión de excesiva y en ese grado incluso de indeseable consistencia política de sobre-politización patológica, debe llevar a los jueces a un extraordinariamente cuidadoso, responsable y comprometido desempeño de sus funciones. A esforzarse en el desarrollo de una nueva cultura de la independencia, muchos de cuyos elementos ya están en la propia práctica de tantos jueces demócratas. Y hacerlo, como ha escrito SENESE, sin “negar la especificidad del terreno en el que esa función política se ejercita, especificidad que está dada por las mediaciones culturales e ideales del discurso jurídico. Son precisamente estas mediaciones las que hacen que la decisión judicial no se exprese por norma como burda adhesión a la posición de esta o aquella parte política sino sobre todo como afirmación de opciones de valor, de principios ideales, referibles sí a las diversas concepciones políticas que se enfrentan en la sociedad pero no inmediatamente superponibles a las contingentes posiciones de esta o aquella fuerza política”¹⁷.

¹⁷ S. SENESE, *op. cit.*, pág. 135.

Queda fuera de duda que los valores que demandan nuestra adhesión son los constitucionalmente consagrados, homologados por las declaraciones internacionales de derechos. Valores que al margen de todo coyunturalismo deben inspirar y traducirse en el contenido de las resoluciones. Pero diría que antes incluso informan nuestro modo de operar judicial, el proceso mismo.

Digo esto en la certeza de que la inflación de, a veces desgraciadamente supuesta, *constitucionalidad* en el discurso externo apenas logra ocultar un gravísimo déficit de empeño constitucional, de empeño democrático, en el trabajo jurisdiccional.

En efecto, no puede afirmarse que la función judicial, sobre todo en aquello que tiene de ejercicio de poder concreto frente al ciudadano individual resulte suficientemente permeable a los valores de la democracia. La jurisdicción sigue registrando todavía altos niveles de decisionismo autocrático, de falta de racionalidad en la adopción y en la justificación de las decisiones. Continúa protagonizando espectaculares fugas frente a la posible efectividad de la crítica, por las conocidas vías de escape del hermetismo, de las motivaciones *pro forma* o de la carencia de motivación sin más. Actitudes coherentes con opciones de fondo, que son de puro y simple control social de muy difícil justificación en la perspectiva de aquellos principios.

De ahí la importancia que, junto a la crítica del ejercicio de otros poderes ejercida desde la Constitución y la ley, los jueces practiquen con el mismo empeño la crítica del propio poder. Es decir la que el ciudadano-juez, sustrayéndose a cualquier mal entendido compromiso de *omertà* corporativa, tiene el ineludible deber de ejercer desde su privilegiada posición de conocimiento de las interioridades del sistema, como modo de favorecer la crítica pública.

LUIGI FERRAJOLI ha dado irreprochable tratamiento teórico a lo que hasta ahora era quizás solo una intuición nacida al calor de la reflexión autocrítica de algunos sectores de la izquierda judicial europea, singularmente *Magistratura Democrática* en Italia. El autor afirma que hay una particularidad constitutiva del poder en el Estado de derecho: y es que los valores que él consagra nunca son del todo realizables, en la medida en que contienen un alto grado de utopía. De aquí se sigue “una latente y estructural *ilegitimidad jurídica* del Estado de derecho, debida a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en los niveles inferiores”¹⁸. Esta dimensión del Estado de derecho representa, frente a los precedentes modelos históricos de Estado, un factor de extraordinaria positividad por el componente dinámico que encierra y la dialéctica que necesariamente injerta en todos los momentos del sistema.

Es evidente que esa *ilegitimidad* afecta también al trabajo del juez, en la medida en que, asimismo en palabras de FERRAJOLI, “la legitimidad de la función judicial, al residir en los vínculos impuestos a la misma por la ley en garantía de su carácter cognitivo y para tutela de los derechos de los ciudadanos es siempre parcial e imperfecta...” porque “en alguna medida, *potestativa*”¹⁹.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, págs. 907-908.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 556.

Esta doble constatación delimita bien plásticamente el campo de acción y el compromiso constitucional del juez en el Estado democrático. Debe, por una parte, contribuir eficientemente a la reducción de aquel —paradójicamente irreductible— coeficiente de ilegitimidad difusa que afecta al sistema de poder como tal, mediante un esfuerzo consciente en favor de la realización efectiva de los valores que expresan los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento. Que además atribuye imperativamente al juez esa tarea.

Y, por otra parte, tendrá que contribuir al mismo tiempo a limitar tanto como le sea posible el nivel de ilegitimidad que aquel margen de discrecionalidad inevitable confiere al trabajo jurisdiccional, poniendo en juego instrumentos de autocritica y racionalización del propio quehacer a los que antes he aludido.

La tarea no es nada fácil, porque implica repensar y a veces reinventar las mismas categorías y los instrumentos teóricos y prácticos de que nos servimos diariamente; y hacerlo en la perspectiva de que el judicial es, desde luego, ahora un campo problemático donde los haya. Pero también desde la certeza de que, como hemos visto, no existe (solo) el judicial como problema, como supuesto elemento perturbador de la paz del Estado de derecho, que deba ser tratado aisladamente.

El verdadero problema está en la crisis profunda que actualmente aqueja al Estado democrático de derecho y la salida de ella tendrá que pasar seguramente por una auténtica refundación del mismo sobre los que proclama —aunque desconoce— como sus verdaderos principios inspiradores.

Por eso, si al molinero Sanssouci siguiera preocupándole la conservación de su pequeña industria, hoy podría estar tranquilo. No —o no solo, ni principalmente— porque existan “tribunales en Berlín”; sino porque al Federico II de hoy, al “nuevo Leviatán” no le interesan los molinos. Y caso de interesarle, es lo cierto que la propiedad sí ha sabido dotarse de medios eficientes de protección.

Bien distinta es la situación de otros viejos y sobre todo nuevos derechos, a cuya peripecia frente al poder se ajusta mucho mejor la historia real del molinero Arnold que no la fábula de Sanssouci, como hemos visto. A pesar de que existan —y menos mal que existen— “tribunales en Berlín”.

No quiero concluir sin dedicar unas palabras de entrañable homenaje a un magistrado ya fallecido, español en su origen, ahora latinoamericano universal: SANTIAGO SENTÍS MELENDO. Como dato significativo diré que, siendo todavía un joven juez de primera instancia, fue el adaptador para Reus de la entonces clásica *Organización de tribunales (Ajustada al programa para las oposiciones a ingreso en la carrera judicial)*, de ORTIZ-ARCE y MENÉNDEZ-PIDAL, con motivo de la convocatoria de 1932 (había que hablar del jurado, del Tribunal de Garantías Constitucionales). Después, como juez por la democracia se vería obligado a vivir la amarga experiencia del exilio. Sin duda bastante menos dura gracias a la hospitalidad fraterna hallada de este lado del Atlántico. Desde aquí, desde Argentina, con su labor de enseñante, de escritor, pero sobre todo de traductor prolífico y editor, puso a nuestro alcance obras y un ejemplo que hoy son parte inestimable de nuestro bagaje,

de nuestra cultura jurídica democrática. Para muchas generaciones de jueces y juristas españoles y latinoamericanos su nombre se encuentra indisolublemente unido sobre todo al de CALAMANDREI, y con él a la idea y el esfuerzo en favor de un derecho procesal garantista y funcional a los valores del Estado de derecho. Por eso de él puede decirse, como escribió CAPELLETTI a propósito de CALAMANDREI, en páginas no por casualidad escritas para ser publicadas en América Latina, que fue un gran procesalista, un gran jurista, porque fue un grande y vigoroso defensor de la libertad.

De ahí que me parezca justo convocarle hoy aquí, entre nosotros, a través de la gratitud y el recuerdo, como el mejor exponente de lo mucho que nos une y un estímulo extraordinariamente valioso para emprender con energía lo mucho que nos queda por hacer.