

LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Reflexiones en torno a un libro reciente *

JUAN MANUEL ALEGRE AVILA

1. En un conocido y sugerente trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA el catedrático madrileño concluye su reflexión recordando unas palabras de Alexis DE TOCQUEVILLE, referentes al poder judicial, que me permito reproducir aquí en el pórtico de estas consideraciones iniciales:

«Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y se extendiese a medida que las condiciones se igualan» (1).

En un momento en que las exenciones jurisdiccionales de la actuación de los poderes públicos en el ámbito del Derecho Administrativo ponían en peligro el siempre inestable equilibrio entre privilegios y garantías, entre prerrogativas públicas y derechos individuales, equilibrio que se ha señalado como elemento caracterizador de esta rama del Derecho Público, la restauración del mismo reclamaba un ingente esfuerzo doctrinal y jurisprudencial en aras de la superación de tal estado de cosas, esfuerzo que encontraba a nivel teórico su clave de bóveda en la intervención del juez como elemento decisorio de los eventuales conflictos que la actuación de los poderes

* DIETER SIMON: *La independencia del juez*, traducción castellana de Carlos XIMÉNEZ CARRILLO, prólogo de Miguel A. APARICIO PÉREZ, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, XXIV, 193 páginas.

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Ed. Civitas, colección «Cuadernos», 3.ª edición, Madrid, 1983, p. 99. La cita de TOCQUEVILLE corresponde a su libro *De la démocratie en Amérique*.

administrativos pudiera conllevar. La jurisdicción (y particularmente la contencioso-administrativa) aparecía así como instancia necesaria reclamada por un sistema cuya lógica (ya entonces, y más aún tras la promulgación de la Constitución de 1978) imponía configurar su intervención en términos de universalidad y plenitud (2).

Tal construcción se apoyaba implícitamente en un dato cuya relevancia no por supuesta deja de ser menos trascendente: La independencia de la instancia llamada a dirimir las diferencias surgidas de la puesta en funcionamiento de las potestades administrativas en su confrontación (y eventual colisión) con la esfera de derechos e intereses legítimos de los particulares. En suma, tal planteamiento apelaba al tema, siempre inconcluso y atrayente, de la independencia del juez, de la independencia de la jurisdicción.

2. Lo que en el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA era presupuesto necesario de su línea argumentativa encuentra en la reciente edición castellana del libro de Dieter SIMON: *La independencia del juez*, su verificación y contraste positivos, metodológicos e históricos. Antes de proseguir es necesario incidir en una cuestión básica desde mi punto de vista: El Derecho como conjunto de proposiciones normativas cuya institucionalización bajo la égida de unos principios técnico-jurídicos culmina en una síntesis globalizadora que conocemos como ordenamiento jurídico no es capaz por sí solo, o cuando menos al margen de condicionamientos de tipo sociopolítico, económico o cultural, de imponer sus postulados valorativos, abstracción hecha de la viabilidad de su realización práctica. Los contenidos éticojurídicos que incorpora el mundo del Derecho carecen de virtualidad, no ya sólo cuando se contemplan como un sistema

(2) Esta es, en definitiva, la conclusión que cabe extraer de la adopción por el texto constitucional (art. 106) de la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, del sometimiento pleno de toda la actividad administrativa a la fiscalización de los Tribunales del orden contencioso como expresión técnicamente depurada de lo que W. JELLINEK denominó la cláusula regia del Estado de Derecho, en referencia al art. 19, IV, de la Ley Fundamental de Bonn, modelo inmediato del correlativo precepto español. No obstante, si bien en el terreno de los principios (ahí está como fundamento y a la vez corolario de todo el sistema el art. 24.1 de la Constitución, que proscribe la indefensión judicial de los ciudadanos al imponer como derecho fundamental el de la tutela jurisdiccional efectiva) parece incontrovertible este logro, la legislación ordinaria, preconstitucional o no, ofrece variadas muestras de cómo la penetración de tal postulado en el entramado de la justicia administrativa exige desbrozar la maleza de obstáculos que aún se prodigan en su camino. Baste aquí una sucinta mención del apartado f) del art. 40 de la Ley jurisdiccional de 26 de diciembre de 1956. Para ésta y otras cuestiones relacionadas con este tema puede verse L. MARTÍN-RETORTILLO: «Evolución reciente del contencioso-administrativo», publicado en el número 95 (1981) de la RAP, pp. 7-40, y hoy recogido en su libro *Bajo el signo de la Constitución*, IEAI, Madrid, 1983, pp. 17-69. Asimismo es de interés el excelente trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES: «Anotaciones a la Ley sobre Fincas Manifiestamente Mejorables (Ley 34/1979, de 17 de noviembre)», en REDA, núm. 25 (1980), pp. 223-253, especialmente pp. 238-241, en que se contempla la posibilidad expresa conferida al Consejo de Ministros por el art. 6.2 de la Ley de inexecutar las sentencias contencioso-administrativas resolutorias de la declaración de finca manifiestamente mejorable, posibilidad configurada en términos de cláusula general y que el autor califica como claramente inconstitucional.

Con todo, lo que me interesa destacar es cómo a pesar de la amplia y general proclamación del art. 24.1 de la Constitución, ello no implica de por sí la derogación o inconstitucionalidad sobrevenida (según cuál sea la perspectiva que se adopte) de toda aquella normativa que de una u otra manera, mediante la imposición de requisitos del más variado signo, establezca determinadas trabas al acceso a la jurisdicción. Estoy pensando ahora en la exigencia de la denominada legitimación corporativa requerida para impugnar directamente los Reglamentos de la Administración del Estado y que todavía luce en el texto del art. 28.1.b) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. A pesar de los iniciales pronunciamientos de la mejor doctrina en el sentido de entender que la constitucionalidad de este artículo era más que dudosa a la luz de los nuevos principios constitucionales, la doctrina ha continuado ocupándose de esta problemática, habiéndose alterado sustancialmente, por lo que se refiere a este tema en concreto, las conclusiones alcanzadas inicialmente. Cfr. a este respecto la reciente exposición de M. LAFUENTE BENACHES: «La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativas después de la Constitución», REDA, núm. 42 (1984), pp. 435-457, en especial pp. 445-450.

cerrado, pleno y coherente en sí mismo, tal y como pretendía la jurisprudencia de conceptos, sino incluso cuando su inserción en la realidad político-social no va acompañada de la toma en consideración y subsiguiente integración de los condicionantes que tal realidad impone. A mi entender, y sin caer en los extremismos de la crítica maximalista formulada desde posiciones marxistas o neomarxistas (3), la clarificación de los conceptos jurídicos, máxime cuando éstos son objeto de una consideración autónoma desde la perspectiva de la Sociología jurídica, conlleva el desvelar la trama institucional, sociológica, política o educativa que se esconde tras la expresión de fórmulas prescriptivas o meramente enunciativas o descriptivas. Tal ocurre con uno de los dogmas acuñados por la evolución del constitucionalismo occidental de las dos últimas centurias, el de la independencia del juez, quicio y soporte de todo verdadero Estado de Derecho, pero cuya repetición constante e inconsciente oculta, tras un velo de mixtificación, su verdadero significado y meridiana implantación. La aportación de Dieter SIMON ofrece, de entrada, el mérito de haber intentado un examen riguroso al margen de los tan consabidos tópicos que la doctrina y práctica cotidianas nos ofrece a menudo. Su contribución se resume, por de pronto y desde una perspectiva histórica, en la siguiente afirmación: «La independencia “como tal” parece no ofrecer de por sí ninguna garantía para una justicia “adecuada”, “ajustada a la Ley”, o dicho de modo más neutral, satisfactoria para todos. No ofrece absolutamente nada. De su existencia se puede a lo sumo alimentar la vaga esperanza de que la creación de Derecho en el ámbito jurisdiccional se seguirá desarrollando de modo autónomo e inalterado, lo cual es una perspectiva tan difusa que no se puede ni siquiera afirmar que para su justificación sea necesaria la garantía de la independencia» (página 60).

Tal aserto, cuya justificación histórico-dogmática aparece vinculada a otro no menos atrayente y revelador dogma, cual es el del imperio de la Ley y la vinculación a la misma de toda actividad judicial, enmarca el análisis efectuado por el jurista alemán. Con todo, antes de reflexionar sobre algunas ideas surgidas al hilo de la lectura de su libro, aludiré someramente a la estructura organizativa del mismo, destacando aquellos aspectos que me parecen centrales en su exposición.

3. El libro aparece dividido en siete capítulos, cada uno de los cuales pretende estudiar una faceta o perspectiva de la figura del juez, tal como resulta de los datos jurídicopositivos, históricos y sociológicos de que aparece revestido en Derecho alemán. Al final de cada capítulo se dedican unas páginas a recensionar la bibliografía alemana más destacada relativa a la problemática pergeñada con anterioridad.

El capítulo I («El juez independiente») se dedica a fijar la relación que se deduce de los postulados y exigencias inmanentes al dogma de la independencia judicial y su plasmación en la estructura jurídico-constitucional del liberalismo decimonónico, bajo la tesis de que la independencia judicial constituyó el arbitrio ideado por una sociedad burguesa en que imperaban una serie de dicotomías (separación Política-Derecho, Estado-Sociedad, Política-Economía) como mecanismo apropiado para garantizar la libre expresión de las fuerzas sociales, objetivo este que, podemos apostillar, se

(3) En este momento y como exponentes de la concepción marxista del Derecho y del papel de los juristas y de la ciencia jurídica aludiré a dos conocidas aportaciones que se alinean en esta dirección: el libro de P. I. STUCKA: *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, traducción castellana y prólogo de Juan Ramón CAPELLA, Ed. Península, 2.^a ed., Barcelona, 1974, y el de los juristas italianos P. BARCELLONA y G. COTURRI *El Estado y los juristas*, traducción de Juan Ramón CAPELLA, Ed. Fontanella, Barcelona, 1976.

plasmaba en el terreno económico en el célebre *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*, de claro signo smithiano, y en el jurídico en la autonomía de la voluntad privada y el carácter normativo del contrato. Con este punto de partida concluye SIMON afirmando que «la concepción del Estado democrático y social del período posterior a 1945 y la transferencia a la justicia de la responsabilidad concreta de mediación judicial entre el principio del Estado de Derecho, el Estado social y la democracia, ha desvanecido en gran parte la sustancia del dogma independentista de la burguesía liberal» (pp. 12-13).

En el capítulo II («El juez dependiente») se ofrece el contrapunto, fundamentado en la realidad de la vida judicial, a la comúnmente admitida independencia del juez, al sostener cómo la supervisión jerárquica mina el aparentemente incontrovertido muro de la independencia judicial al vincular las posibilidades reales del ejercicio de ésta al ascenso y promoción en la carrera judicial.

Procede a continuación SIMON a analizar diversos momentos históricos de la justicia alemana, para poner de manifiesto cómo en su opinión de dicho análisis se desprende que no existe una clara correlación entre independencia judicial y exigencias de la Administración de Justicia, sino más bien, cómo una justicia «adecuada» o «ajustada a la Ley» no parece implicar necesariamente la garantía de la independencia.

La tesis central del capítulo IV («El juez no vinculado») puede resumirse en estas líneas aparentemente contradictorias con el epígrafe que da título a este capítulo, pero que evidencian la siempre pertinente oportunidad de revisar los tan apriorísticamente formulados dogmas de la justicia: «En principio, no existen garantías jurídico-técnicas, metodológicas o institucionales para la vinculación del juez a la Ley» (p. 92). Siendo la vinculación a la Ley el fundamento último de la independencia judicial no parece, empero, que resulte fácilmente instrumentable la articulación de los resortes precisos que garanticen la vinculación a la Ley.

Diversos son los argumentos doctrinales que se examinan en el capítulo V, tendentes a legitimar el cariz «político» del juez como contrapuesto al presuntamente juez «neutral» o «apolítico» del liberalismo. Conviene matizar que la polémica contemplada en estos momentos aparece revestida bajo el ropaje de la legitimación o justificación de la «politicidad» del juez, en el sentido de constituir un programa superador de la dicotomía Política-Derecho en que tradicionalmente se había apreciado la labor del legislador y del juez, respectivamente. De este modo queda delimitada esta cuestión respecto de la problemática de la pertenencia del juez a un partido político, examinada bajo el prisma de la vinculación en el capítulo precedente.

El capítulo VI pretende una introspección en la personalidad del juez a través del recurso a las teorías psicológicas o sociológicas del comportamiento, para poner de manifiesto la evolución experimentada por la función de juzgar, que de una consideración poco menos que sacral ha pasado a conceptuarse como mera función social: «El juez ha descendido de la esfera del sumo sacerdote que media entre lo humano y lo divino, al plano de un funcionario de la justicia, cuya actividad puede ser criticada en cualquier momento y por cualquier persona» (p. 162).

Finalmente, en el capítulo VII («El futuro juez») y bajo el prisma de la vinculación de la independencia judicial a la función de la justicia, se analiza el futuro de la jurisdicción en sus tres niveles u órdenes básicos: El constitucional, el administrativo

y el ordinario (civil y penal). Como resumen de este apartado cabría retener lo que el propio SIMON sostiene al final de su obra, que la independencia judicial no es sino un instrumento orientado al logro de una vida pública normal, y que esta normalidad, de erigirse en regla, justificaría incluso una mediocre calidad de la jurisprudencia.

4. A comienzos de este siglo uno de los padres del moderno Derecho Administrativo francés, el decano de Toulousse, Maurice HAURIOU, al contraponer el Derecho Civil al Derecho Administrativo afirmaba que así como era de la esencia del primero el mundo de lo permanente y definitivo, el segundo se caracterizaba por dar cabida en su seno a lo contingente, lo provisional, lo revocable (4). Esta caracterización, válida en un momento en que las proporciones de la legislación administrativa alcanzaban dimensiones absolutamente insospechadas hasta entonces (de «legislación motorizada» se llegó a hablar) podría hoy hacerse extensiva a todo el Derecho en general. Ramas como el Derecho del Trabajo, el Derecho Financiero o el Derecho Mercantil, por no hablar ya del Derecho Administrativo, han adquirido una amplitud y complejidad tales que bien podría decirse que la verdadera lucha por el Derecho se sitúa en el mismo ámbito del conocimiento del Derecho, Derecho desprovisto todavía en esta primera fase de toda adherencia jurisprudencial, limitado en consecuencia a lo que constituye su materia prima, la norma jurídica. Si damos un paso más y observamos que el Derecho en cuanto mero agregado de normas cobra vitalidad y relevancia jurídicas cuando se transforma en regla de Derecho por virtud de la intervención de los operadores jurídicos, singularmente el juez, obtendremos una idea bastante aproximada de lo que significan expresiones como ordenamiento jurídico o aplicación judicial del Derecho, cobrando así su verdadero sentido la afirmación del artículo 1,6 del Código Civil, a cuyo tenor «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico». Si el Derecho es sólo, como decía IHERING, merecedor de tal nombre cuando pasa por cabezas bien formadas, en la del juez se concentra la enorme responsabilidad de, justificando la procedencia de tal máxima, racionalizar el conflicto, encauzar las pretensiones a él dirigidas, para de este modo, en una función de composición de intereses y respetando las exigencias dimanantes de la seguridad jurídica, hacer posible la consecución de la paz social. El actual reto de la judicatura se sitúa, en un mundo dominado por un creciente proceso de interrelación y complejidad técnica, una vez superada la ya trasnochada concepción de su papel como mero ejecutor de la ley, como *bouche qui prononce les paroles de la loi*, en la conocida frase de MONTESQUIEU (5), en

(4) Puede encontrarse la referencia en GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder*..., cit., página 82.

(5) Por cierto, y aquí resurgen de nuevo los mitos jurídicos, tan arraigados en una mentalidad tradicionalmente conservadora y anclada en las soluciones históricamente contrastadas como la de los juristas, que sería deseable clarificar el papel que MONTESQUIEU asignaba, en su clásica tripartición del poder, a los jueces. El jacobinismo asambleario de los revolucionarios franceses, al hacer de la Ley en cuanto normación de la comunidad sobre sí misma y expresión de la voluntad nacional manifestada a través de una Asamblea representativa, frontispicio del nuevo sistema que pretendían inaugurar, recluyeron al juez en una posición de mero ejecutor mecánico de la norma soberana, acudiendo para ello como soporte teórico de su construcción a la elaboración de MONTESQUIEU. La desconfianza que inspiraban unos jueces, provenientes de los Parlamentos judiciales del Antiguo Régimen, cuya intervención podía hacer naufragar las pretensiones de edificar un nuevo edificio constitucional y social, justificaba esta pretensión revolucionaria (basada en el mito de la Ley general, abstracta e indeterminada, como elemento de un ordenamiento que se suponía pleno y coherente, sin lagunas), pero no así el acudir en apoyo de esta tesis a la doctrina de la separación de poderes tal y como se hallaba en MONTESQUIEU, pues en éste, y como ha puesto de manifiesto en un lúcido análisis Louis ALTHUSSER (en su libro *Montesquieu: la política y la historia*, traducción castellana de María Esther BENTÉZ, Ed. Ariel, 3.ª ed., Barcelona, 1979), el sistema por él ideado no se caracterizaba

erigirse en cualificado elemento de integración y legitimación del sistema, en la medida que sea capaz, a través del instrumento de que dispone, la interpretación jurídica, de dar cumplida respuesta a las demandas que la moderna realidad impone. Y es aquí donde, al hilo de las implicaciones de la independencia del juez, es menester considerar un aspecto de tanta relevancia como el de la interpretación jurídica y el de los criterios valorativos en la aplicación del Derecho. Sabido es que la interpretación constituye hoy uno de los temas clave de reflexión de la Filosofía del Derecho. El ya caduco proceso lógico de subsunción, trasunto de la ideología liberal de la vinculación a la ley, ha dado paso a toda una serie de elaboraciones dogmáticas (el movimiento libre del Derecho, la jurisprudencia de intereses o de valores, la apelación a los principios generales del Derecho) detrás de las que se esconde la concepción que de la intervención del juez se hace en cada momento histórico, normativo o doctrinal, reflejo a su vez de las ideologías imperantes. La superación por evidentemente erróneo del apotegma *in claris non fit interpretatio* no hace sino constatar la trascendencia de la operación interpretativa, trascendencia que es aún mayor en el terreno de la justicia constitucional y que desde la famosa polémica C. SCHMITT-H. Kelsen no ha hecho sino profundizar el debate (6). Ahora bien, lo decisivo no radica tanto en poner de manifiesto lo anterior

por la notas de equilibrio y contrapeso (que si era elemento caracterizador del modelo norteamericano de «frenos y contrapesos»), sino que se decantaba del lado del poder judicial, cuyos privilegios trataba en suma de preservar el pensador francés, que no olvidemos era miembro de la aristocracia. (Revelador, en la orientación aquí apuntada es el capítulo V del libro de ALTHUSSER, que lleva por título «El mito de la separación de poderes», pp. 117-129, en que se analiza el famoso libro XI de la obra de Montesquieu «L'esprit des lois»). En todo caso, no deja de llamar la atención que, inspirada la teoría de los tres poderes de MONTESQUIEU en la realidad política inglesa, a través de la elaboración de John LOCKE, fundamentada como es conocido en la preeminencia del juez como descubridor del Derecho de la comunidad y pieza esencial del «Rule of Law», su traslación al Continente (aun con las necesarias modulaciones) hiciera del juez un mero intermediario entre la norma y sus destinatarios, hasta el punto de privarle de toda intervención creadora y modificativa. Más bien cabría pensar que, intencionadamente o no, MONTESQUIEU, al caracterizar al juez como «boca que pronuncia las palabras de la ley», tradujo el término anglosajón «Law» por «ley», cambio casi imperceptible, pero cuyas consecuencias en el plano teórico se revelarían de enorme trascendencia en el sistema continental de cuño francés, en que el término «ley» tenía un significado muy precioso y en modo alguno equiparable al inglés «Law».

(6) La institución del Tribunal Constitucional como órgano de carácter jurisdiccional comisionado por el poder constituyente para solventar los conflictos constitucionales y, entre ellos y destacadamente, el de velar por la adecuación al texto fundamental de la legislación ordinaria, ha ofrecido y continúa ofreciendo amplias posibilidades en la polémica que, desde que fuera ideado por Hans Kelsen para la Constitución austríaca de 1920, viene enfrentando a los autores acerca de múltiples cuestiones en torno a su existencia, particularmente, y por cuanto plantea el tema «a radices», el de su legitimidad en un sistema de mayorías parlamentarias y la consideración de su actividad como estrictamente judicial o vinculada a consideraciones de índole política. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en su magnífica obra: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, 2.^a ed., Madrid, 1982, analiza en su segunda parte la posición jurídica del Tribunal Constitucional. En pp. 157 a 205 ofrece un amplio repertorio de las más interesantes posturas doctrinales vertidas para impugnar la procedencia de un órgano de estas características, así como de los argumentos esgrimidos para rebatir las objeciones formuladas al sistema de justicia constitucional, para concluir (pp. 209 a 238) con un lúcido examen de los criterios que en última instancia legitiman la misma existencia de los Tribunales Constitucionales, incidiendo de plano en la candente problemática de los criterios de fondo en que se apoya el Tribunal Constitucional para fundar sus decisiones. El autor de quien nos ocupamos en esta recensión, Dieter SIMON, dedica en su libro unas páginas a la justicia constitucional y los Tribunales Constitucionales (pp. 172 a 175), poniendo de relieve, desde una nueva perspectiva, viejos planteamientos ya significados por GARCÍA DE ENTERRÍA, que cuestionan la posición del Tribunal Constitucional como órgano encargado de jurificar las controversias políticas. En especial, en p. 173 reseña: «En el marco de la escena política de la República Federal se perfila claramente la tendencia a dirimir judicialmente aquellas decisiones políticas de principio que son objeto de controversia entre el gobierno y la oposición». Si es cierto que, como se ha señalado, el Tribunal Constitucional se legitima por la calidad de sus sentencias, por el poder de persuasión y convicción de sus razonamientos jurídicos, no lo es menos que a menudo florecen los pronunciamientos críticos sobre su actuación, al señalarse que por su posición en el sistema constitucional y por la relevancia de la misión que se le ha encomendado, sus fallos ofrecen un evidente cariz político que en ocasiones vulnera el respeto debido a las opciones plasmadas por el legislador. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, encomiable en su

cuanto en vincular la problemática de la interpretación jurídica judicial a la concepción que de la función jurisdiccional se tenga, y a su través al tema considerado de la independencia del juez. Cuando se afirma que la función del juez ha de limitarse a interpretar la ley se incide, aunque sea mediante un subterfugio verbal, en una determinada concepción: La que sostiene que el juez es mero trasmisor de las valoraciones implícitas en la norma, lo cual obviamente no supone recluir a aquél dentro de los estrechos límites de la interpretación clásica, pues toda labor interpretadora supone necesariamente una aportación innovativa. Por el contrario, cuando se afirma que la ley es un puro dato de partida y que el juez ha de interpretar la norma alterándola incluso (tal es el sentido de la corriente del uso alternativo del Derecho, que alcanzó en Italia hace algunos años una extraordinaria expansión) en función de los objetivos pretendidos, la interpretación se tiñe de unos caracteres profundamente diferentes, hasta el punto de desfigurar la actividad judicial tal y como ésta se ha concebido tradicionalmente. Ambas concepciones, presentes sin duda entre los mismos miembros de la magistratura (7), si bien con notables inflexiones en función del contexto político o ideológico en que se viertan tales tomas de postura, requieren a mi juicio un previo pronunciamiento, el de cuál sea la esencia de la función jurisdiccional y el papel de los jueces y Tribunales en un sistema político-jurídico de cuño democrático. Sabido es que la historia del constitucionalismo español con su clásico movimiento pendular ha registrado dos tendencias, dos distintas maneras de concebir el papel de la Justicia y que se reflejan incluso en el hecho de la denominación del cuerpo de jueces y Tribunales: Las Constituciones progresistas configuraban a aquéllos como verdadero Poder Judicial, en tanto que las Constituciones moderadas o conservadoras hablaban sólo de Administración de Justicia (8). Sabido es igualmente que la actual Constitución española sólo conserva la terminología de «poder» para referirse al judicial (título VI). De estas diferencias puramente semánticas el primer dato que es preciso retener hace referencia a la misma independencia de los jueces y Tribunales, su no vinculación a ninguna otra instancia estatal, singularmente el poder ejecutivo, cuyas intromisiones históricas en la actividad judicial han supuesto el mayor peligro en el cumplimiento de la función jurisdiccional (9).

mayor parte, no se ha visto exenta de tales sospechas. No es preciso recordar ahora sentencias concretas, aunque en todo caso no estará de más advertir que el extraordinario papel jugado hasta el momento por el Tribunal en la consolidación de un sistema democrático y políticamente descentralizado no debería empañarse con resoluciones que, al socaire de las denominadas sentencias interpretativas, parecen adentrarse de lleno en lo que es propio, no va de una hipotética tercera cámara legislativa, sino de un verdadero poder constituyente constituido.

(7) Cito aquí unas frases de un magistrado italiano y que representan la primera de las concepciones señaladas: «La interpretación se agota, debe agotarse, en poner de manifiesto todos los significados de la norma sin añadirle otros; precisamente aquí se sitúa la frontera entre legislación y jurisdicción. El hecho de que a veces el juez permanezca lejos de esta frontera (...), o que, por el contrario, la supere (...), es un fenómeno ineliminable ligado a la imperfección humana. Lo que importa es que este paso no sea voluntario, o incluso quede institucionalizado, ni siquiera con el fin laudable en sí mismo de superar un distanciamiento entre la norma y las exigencias sociales. La cita en *El Estado y los juristas*, cit., p. 87 (el subrayado es nuestro). En pp. 254 y ss., de esta obra puede encontrarse una referencia a la corriente conocida como «uso alternativo del Derecho».

(8) Cfr. por todos J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, tomo I, Ed. Labor, Barcelona, 1984, p. 237. Las páginas que en este volumen se dedican al poder judicial (pp. 236 a 248) pueden servir de complemento a cuanto vengo señalado.

(9) Así, el que fuera catedrático de Derecho Administrativo y magistrado del Tribunal Supremo don Sabino ALVAREZ GENDÍN situaba la no dependencia respecto del poder ejecutivo como quicio de toda construcción de la independencia del poder judicial. En concreto, señalaba que tres eran los aspectos en que tal independencia se plasmaba: I. La designación de los miembros del poder judicial. II. El ejercicio de su función. III. El régimen

Garantizado este mínimo inexcusable, este primer escalón, la ulterior reflexión ha de partir, sin embargo, de lo afirmado en el artículo 117.1 de la Constitución: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». No es mi intención abordar en este momento lo relativo al procedimiento de selección y reclutamiento de los jueces (que en todo caso ha de asegurar, por imperativo constitucional, su independencia e inmovilidad), pero sí fijar la atención sobre el inciso que afirma el sometimiento de los jueces y magistrados al imperio de la ley. Evidentemente, por «ley» ha de entenderse toda norma jurídica emanada de las instancias legitimadas por el sistema de fuentes diseñado por la Constitución para producir Derecho. La administración de justicia, el ejercicio de la función jurisdiccional, concretado en la interpretación y aplicación del Derecho, supone un marco amplísimo, si bien dentro del respeto al principio de legalidad (10). Quisiera traer a colación lo que a propósito de los límites del poder judicial dejó escrito el famoso juez HOLMES, miembro del Tribunal Supremo norteamericano, cuando aludía a los peligros que supone dejar a los jueces incorporar a la Constitución (y yo añadiría, al ordenamiento jurídico en su conjunto) sus convicciones personales:

«Los jueces —decía— son fácilmente ingenuos y simples, y necesitan algo de Mefistófeles. Necesitan comprender algo que es obvio: Apre-

disciplinario y de reponsabilidad civil y penal de los miembros de la judicatura. *Vid. La independencia del poder judicial. La especialización de los Tribunales contencioso-administrativos*, IEP, Madrid, 1966, pp. 72 y ss.

(10) La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1983 («BOE» del día 2 de diciembre; ponente, RUBIO LLORENTE) constituye la elaboración jurisprudencial más acabada y brillante de lo que significa la labor del juez a la hora de interpretar y aplicar el Derecho. Recurrida en amparo una sentencia penal, la cual condenaba por un delito continuado de estafa una serie de hechos que individualmente considerados merecerían la calificación de meras faltas, por considerar el recurrente que se había violado el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución (la figura del delito continuado fue introducida en el Código Penal, art. 69 bis, por Ley orgánica de 25 de junio de 1983, y como tal no la recogía nuestra legislación en el momento del enjuiciamiento de los hechos), el Tribunal Constitucional tendrá la oportunidad de sentar las siguientes afirmaciones: «El indicado principio de legalidad (no) ha de ser entendido en forma tan rigurosa que el juez quede prácticamente reducido a ejecutor automático de la Ley». «Ni las garantías criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver cuando, a efectos de la determinación de la pena aplicable, distintos hechos, penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único.» «No hay en esta manera de aplicar la Ley lesión alguna del artículo 25.1 de la Constitución, pues el juez ni crea nuevas figuras delictivas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley. Es por eso comprensible que la utilización de la construcción jurídica denominada "delito continuado" se haya hecho desde hace largo tiempo, sin que se viera en ello una vulneración del principio de legalidad penal.» «Ni la mayor o menor solidez de la construcción dogmática ni la recepción de la figura en la reciente reforma del Código Penal, pueden servir como argumentos para invalidar el uso que el juez penal hace de su libertad de criterios sin lesión del principio de legalidad.» Creo que esta muestra es suficiente para precisar lo que el Tribunal Constitucional entiende que es propio de la actividad judicial interpretativa, el diseño de una verdadera «construcción jurídica» sobre la base de la libertad de criterios del juez. Esta sentencia ha servido de punto de referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA en la elaboración de su trabajo «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», en REDC, núm. 10 (1984), pp. 11-61, e incorporado a su libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Ed. Civitas, colección «Cuadernos», Madrid, 1984, pp. 85 y ss.

Obsérvese la diferente concepción que del papel del juez se desprende de las anteriores líneas por contraste con lo señalado en el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1942, que al especificar las directrices que han de inspirar al juez en su labor interpretadora del Derecho señala a la voluntad del legislador como límite y a la vez corrector del significado que según las reglas de la gramática se atribuyen al texto literal de la ley. No obstante, y a pesar de lo que en una primera impresión pudiera deducirse en el sentido de un excesivo sometimiento a la interpretación literal o histórica en detrimento de la lógico-sistemática, el párrafo segundo de dicho precepto alude a la «analogia iuris» como integrador de las eventuales lagunas. *Vid.*, lo que se dice al respecto en *El Estado y los juristas*, cit., pp. 90 y ss.

der a pasar por encima de sus propias convicciones y a permitir que se modifiquen muchas de las cosas que conservamos con amor..., mediante la legislación ordinaria» (11).

En suma, la interpretación judicial, labor (no se le oculta a nadie) sumamente delicada y compleja, halla como limite inexcusable el de las propias opciones políticas y concepciones valorativas incorporados por el legislador, sin que le sea dado al juez incorporar sus propias opciones, aun cuando ello pugne abiertamente con sus convicciones personales (tal y como manifestaba el juez HOLMES), si bien obviamente (y parece casi una impertinencia recordarlo) siempre que la ley, la norma emanada del legislador, no se halle en abierta contradicción con el sistema de valores materiales propugnado por la Constitución, en cuyo caso la decisión última no corresponde al juez ordinario sino al Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución. Cualquier otra conclusión al margen de lo expuesto conduciría inevitablemente a una verdadera perversión del ordenamiento jurídico.

5. Una última cuestión desarrollada al socaire de la dialéctica de la independencia judicial me gustaría abordar, siquiera sea brevemente por razón de la premura de espacio en este ya largo comentario. En el capítulo IV de su libro Dieter SIMON estudia la problemática suscitada por consecuencia de la eventual pertenencia de los jueces a los partidos políticos. La solución consagrada en Derecho alemán, una vez que la Constitución de 1949 dejó irresuelto el tema, a raíz de la ley judicial de 1961 postula que dicha pertenencia no ha de poner en peligro la confianza en la independencia de los jueces, fórmula ciertamente vaga, pero que en cualquier caso deja abiertas las puertas para que los jueces y magistrados puedan figurar como militantes de partidos políticos. Por el contrario, el artículo 127.1 de la Constitución española prohíbe rigurosamente a los miembros de la carrera judicial su ingreso en partidos políticos y sindicatos, restringiendo en consecuencia las posibilidades asociativas de jueces y magistrados a la constitución de asociaciones profesionales (12). En cambio, a los miembros del Tribunal Constitucional (obviamente, aquéllos no pertenecientes a la carrera judicial) sólo les está vedado el desempeño de funciones directivas en partidos y sindicatos. Tal diferente tratamiento, una vez que todo tipo de consideración crítica sobre la opción constitucional ha de partir evidentemente de la asunción de estos contenidos, se justifica a mi entender por la muy distinta consideración que al legislador constitucional le ha merecido la pertenencia a la carrera judicial y el hecho de formar parte del Tribunal Constitucional. Como garantía de la independencia del juez se ha arbitrado el mecanismo de prohibir su ingreso en partidos políticos y sindicatos (que no se olvide son organizaciones sectoriales en el sentido de que defienden intereses muy definidos, lo que comporta la asunción de determinados y parciales planteamientos ideológicos) en aras de asegurar el mejor cumplimiento de la función asignada constitucionalmente, la aplicación del Derecho y su sometimiento únicamente al

(11) La cita de Holmes en BERNARD SCHWARTZ: *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, traducción de Enrique ALONSO, prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Ed. Civitas, colección «Cuadernos», Madrid, 1980, pp. 57-58. Por cierto, que este libro ha sido objeto recientemente de una recensión por parte de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en las páginas de REDC, núm. 12 (1984), pp. 265-276.

(12) Estos extremos han sido estudiados por Germán FERNÁNDEZ FARRERES en «Las asociaciones profesionales de jueces y magistrados», en REDA, núm. 35 (1982), pp. 623-650, e incluido en el libro colectivo *El poder judicial*, vol. II, IEF, Madrid, 1983, pp. 1217-1252.

imperio de la ley, que como tal es expresión de la entera comunidad nacional y no reflejo de una concepción concreta incorporada por un concreto partido político o sindicato. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, aun cuando actúa a través de un método y unas técnicas jurisdiccionales, incorpora otro tipo de contenidos, no propiamente judiciales. De ahí que esta catalogación, unida al hecho de que la permanencia en dicho Alto Tribunal está limitada temporalmente, haya devenido en una solución diferente a la consagrada para con los miembros de la judicatura. Que esta opción se traduzca en el terreno de la práctica en los resultados pretendidos por el constituyente pertenece a otro orden de valoraciones, no específicamente jurídico-constitucionales. Evidente es que el juez en cuanto ciudadano ejercita sus personales y propias convicciones y que por lo mismo se reflejan en ocasiones con demasiada frecuencia a la hora de dictar sentencia, sin que para ello sea obstáculo su pertenencia o no a un partido o a un sindicato. En cualquier caso, es preciso incidir en que dichas convicciones han de ser en todo caso las ajustadas a las opciones constitucionalmente prefiguradas, de modo que los autos y sentencias jurisdiccionales reflejen el orden de ideas y de valores que la Constitución incorpora. Ello como exigencia ineludible del alto cometido que les ha sido encomendado (13), como garantía de la legitimación del sistema en su conjunto y de confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia (14), como expresión de una judicatura atenta a la realidad y a la continua evolución social (15) y trasunto de lo que, para concluir, dejara escrito en memorable ocasión

(13) Es de esperar que la trayectoria cotidiana de los jueces en el ejercicio de su función no siga dando pie a lo que algún autor con desgarrada sinceridad ha expresado recientemente. *Vid.*, lo que el catedrático de Zaragoza L. MARTÍN-RETORTILLO dice en su *Comentario al libro de B. Schwartz «Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana, cit.: «No han favorecido a los jueces tantos jueces»*. «Hubo demasiados jueces que hicieron mucho daño a los jueces». Las citas en p. 275.

(14) Como botón de muestra, y en una faceta tan controvertida y polémica como la de la responsabilidad del Estado por los errores judiciales y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, quiero recordar lo que G. ARDANT dijo a propósito de este tema y que puede hacerse extensivo a la cuestión que vengo tratando: «La responsabilidad de la función jurisdiccional es no sólo posible sino necesaria, ya que los daños que causa a los particulares tienen una gravedad tanto más condenable cuanto que deben ser soportados en nombre de la justicia». La cita la extraigo del libro de Luis MARTÍN REBOLLO: *Jueces y responsabilidad del Estado*, prólogo de Federico C. SAINZ DE ROBLES, CEC, Madrid, 1983, pp. 215-216, libro en que se analizan las posibilidades y alcance de desarrollo legislativo del art. 121 de la Constitución.

(15) Desearía, como reflejo de lo que vengo diciendo, dejar constancia aquí de una referencia periodística («El País» del día 18 de marzo de 1985) que me permite resaltar esta fundamental dimensión de la jurisdicción, aunque, por lo que ahora diré, ello no deje de entrañar su evidente paradoja y contradicción: La consideración, bajo el nuevo prisma constitucional, de la realidad social como parámetro de la actividad judicial. La Audiencia de Barcelona, al confirmar en apelación una sentencia del Juzgado de Primera Instancia en que se hacía aplicación del anacrónico artículo 1.584 del Código Civil como criterio resolutorio de un litigio derivado de la relación de servicios de una empleada del hogar y constatar la regulación contenida en dicho precepto, efectúa las siguientes consideraciones: «Quede claro que la distinción entre hombres y mujeres, en función de su posición económica en humillación jurídica del más débil va mucho más allá del contenido de la Constitución para entrar en el mundo de lo irreal, descalificante en sí mismo ya no sólo de la capacidad de legislar sino de la vocación que pueda encerrar el acervo societario español.»

El Estatuto de los Trabajadores al considerar el trabajo prestado por los asalariados domésticos lo configuró como relación laboral de carácter especial, remitiendo su concreta regulación jurídica a un Decreto del Gobierno. Hasta la fecha dicha remisión normativa no se ha visto aún cumplida, por lo que en su defecto la única regulación legal existente es la contemplada en el ya citado artículo 1.584 del Código Civil, que prescribe que «el amo será creído, salvo prueba en contrario: 1.º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico. 2.º Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.» Pues bien, el Tribunal, aun apreciando la aberración jurídica actual de esta normativa y a pesar de lo que «lege ferenda» deja sentado, aplica dicho precepto, cuando en buena lógica podía o bien dar entrada a otro tipo de criterios o bien plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Desconozco (pues escribo estas líneas ateniéndome a lo que recoge la prensa diaria) los exactos términos de la sentencia, por lo que cualquier juicio de valor no deja de ser aventurado, si bien a mi entender la solución final de estos magistrados de la Audiencia de Barcelona no deja de ser chocante y contradictoria con sus propias apreciaciones.

(aunque referido a un concreto ámbito, el de la justicia penal) hace ya más de un siglo don Manuel ALONSO MARTÍNEZ, al firmar la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

«Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano los medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe, la armonía del Derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales.»