

Entre la independencia y el control*

Luciano VARELA CASTRO

Las ponencias presentadas, en relación con el objeto central de nuestro congreso, suscitan algunas consideraciones como contribución al debate abierto

Admitir que el control debe condicionar el poder —todo poder— en el Estado de Derecho, que la independencia de cualquiera de los poderes —incluido el judicial— no justifica neutralizaciones de ese control y que el objetivo de la justicia material, con la permanente demanda de transformación social, es una insoslayable exigencia para el sistema jurisdiccional, de logro tanto más difícil cuanto más éste se instaure como un «cuerpo separado» de la sociedad, resulta no sólo pacífico, sino que su proclamación se hace, incluso, con vehemente entusiasmo. No está pues en esas premisas el núcleo del debate.

El salto desde ese espacio de coincidencias hasta el de la enumeración de «instrumentos» concretos, que se pretenden funcionales a aquellos objetivos, puede resultar, si omite el debate en zonas intermedias del discurso, tan distorsionador de iniciales homogeneidades que los interlocutores pueden no reconocerse como procedentes de comunes orígenes.

A obviar esa disyunción puede contribuir la reflexión sobre algunas claves como:

- a) *La escindibilidad conceptual, sin quebranto de lo democrático, entre legitimidad del poder judicial y electividad de sus integrantes.*
- b) *La diversidad de significado y alcance de la voluntad de las Cámaras cuando actúan funciones legislativas y cuando ejercen funciones materialmente ejecutivas, en la terminología de Biscaretti, como son las de control o colaboración en la orientación política o en la formación de otros órganos.*
- c) *La definición de criterios que, además del de mera sumisión a la ley, contribuyan a la legitimación y control de las actuaciones jurisdiccionales. Tanto en la configuración de su específico modo de producción —el proceso— como en el contenido de su resultado.*
- d) *La necesidad de garantizar el pluralismo político, como valor superior, también en el ámbito del poder judicial.*
- e) *La conveniencia de exportar las exigencias de control democrático más allá de los límites geográficos del Poder—Organización judicial, hasta alcanzar las instancias que de hecho in-*

cidan en el contenido de la actuación jurisdiccional.

- a) *No es frecuente una cierta literatura estigmatizante del poder judicial como ayuno de legitimidad en cuanto ajeo a toda idea de representatividad, por ausencia del momento electivo. Supuesta (en algún caso mal disimuladamente tolerada) su existencia por previsión constitucional, se pretende ubicarle en referencias de subordinación frente a los otros dos poderes, cuando no hacerlo «quelque façon nul». Y no cabrán coincidencias ulteriores en el debate si no se resuelve previamente esta su primera clave.*

Si con Hitters podemos compartir la necesidad de matizar (destruir dice él) «la utopía occidental» consistente en creer que sólo el parlamento y el ejecutivo tienen consenso, con Bachoff podemos afirmar que el juez no es menos órgano del pueblo que todos los demás órganos del Estado. Porque, en definitiva, no se encuentra tanto en la inmediatez de la comisión cuanto en el cómo y en el que de su ejercicio el lazo de la más fiable atadura con el comitente soberano.

- b) *Con desdibujadas resonancias kelsenianas, es frecuente el discurso, no siempre meramente implícito, que concibe el proceso de creación de Derecho como único. Cada tránsito de lo abstracto a lo concreto supone un acto de ejecución, por más que con específicas aportaciones, que encuentra el fundamento de su validez en el tramo precedente. Con ingenuidad —que no siempre con inocencia— pudiera pensarse, que en el plano de la organización del Estado, la traducción de una tal concepción encontraría una aparente funcionalidad en la estructura jerarquizada de los órganos productores de la norma, atendiendo al grado de abstracción de la misma. La subordinación del creador jurisdiccional de la norma al que lo es en forma de ley deviene así justificada, tanto más cuanto en éste se predica una vinculación con la soberanía inexistente o debilitada en aquel. Lo que le erige, además, en el excluyente depositario de competencias para la programación política de la convivencia.*

La situación política precedente a la última conflagración bélica suscitó la necesidad de elaborar, en paridad de preocupación con las

* Comunicación a la I Ponencia.

cuestiones de soberanía popular, adecuadas técnicas de limitación del poder político, conscientes de que la vinculación de éste a aquella soberanía, es, por sí sola, insuficiente a garantizar la deseable calidad del ejercicio de ese poder.

No se trata solamente de la autolimitación de poderes. Aparece como necesario garantizar la efectividad de un orden de valores reconocidos como básicos, que en la medida en que pueden ser vulnerados por coyunturales mayorías, exigen el reconocimiento de instancias efectivamente protectoras. Y esa instancia, como advierte Bachoff, no puede estar comprometida, ni siquiera participar en la legislación, ni estar sometida o depender de algún modo, de sus instrucciones; porque una instancia de control que estuviese sometida al control de los controladores sería contradictoria. Tal función viene conferida al juez, tanto en el derecho constitucional comparado, como en nuestra Constitución.

Para el cumplimiento de una tal función la división de poderes —también en su moderna versión de distinción y colaboración de poderes— resulta una condición necesaria, pero no suficiente. Para que cada poder pueda ser un freno para el otro poder, como quería Montesquieu, es necesario que cada uno tenga una específica lógica institucional. De ahí lo acertado de la afirmación del Tribunal Constitucional, cuando, en su sentencia 108/1986 de 26 de julio, establece: «La lógica del Estado de partidos empuja a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder, y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial».

Es fácil convenir que la respuesta a la cuestión clave de la ecuación, control en el ejercicio de los poderes públicos y legitimación democrática supone, como afirma una de las ponencias, ampliar los mecanismos de participación y de control de la sociedad en el conjunto de la actividad pública cubierta por la potestad jurisdiccional y por la de gobierno de la judicatura.

La vinculación del ejercicio de esa potestad al mandato legal constituye, sin duda, uno de esos mecanismos. Sin embargo, si el autor del mandato puede extender el ejercicio de su potestad más allá de la emanación de aquél hasta el momento de su aplicación jurisdiccional, esta corre el riesgo de ignorar vinculaciones supraordinadas a la de la ley misma. De ahí la necesidad de impedir que la acción parlamentaria, al margen del modo legiferante, incidiendo en la composición de los órganos de poder judicial y de los de gobierno de éste o actuando controles posteriores a su actuación, reconduzca la pluralidad de poderes a formas de indivisibilidad y concentración de poder, quizá funcionales para la universalización de particulares programas de acción política, pero no siempre compatibles con plurales concepciones de los valores instaurados como básicos en la sociedad.

c) Si la vinculación a los valores constitucionales, en los contenidos de las resoluciones jurisdiccionales, constituye uno de los mecanismos de legitimación del poder judicial, no es menor la funcionalidad legitimadora de esos valores en referencia al específico modo de operar del poder judicial: el proceso. De ahí la importancia de este ámbito para articular la participación y el control.

No discutida ésta en el terreno de los principios, se frecuentan argumentos de derogación, so pretextos de eficacia o inviabilidad «práctica», que desplazan el centro de la discusión precisamente al de su inderogabilidad. Tanto para el aparato jurisdiccional —incluidos sus «colaboradores»— cuanto para el legislador mismo.

d) Con protesta de inocuidad en el momento jurisdiccional asistimos con frecuencia a «amenazas de silencio», como en el soneto quevediano, desde el gobierno autónomo del poder judicial, y desde el otro... se veta al juez el paseo por los contaminados jardines de potencial contaminación política o sindical, se vocea a toda hora el potencial santificador de la más absoluta incompatibilidad. Cabe reflexionar si tal control busca exclusivamente una finalidad encubridora de heterogeneidades, sólo tolerables, por su carácter vergonzante, al precio de su disimulo o, lo que no sería menos grave, inducir consensos difícilmente compatibles con el pluralismo político. Y ello por muy legitimada que sea la autoridad del voluntarioso consensuador de turno.

e) En los aledaños del aparato jurisdiccional se instauran instancias cuya incidencia en la calidad democrática del proceso y del contenido de sus resoluciones son innegables. Esa incidencia les constituye en verdaderos controladores del poder judicial. La vinculación que se quiere para éste con el titular de la soberanía se debilitaría si no se procurase asimismo en el funcionamiento de esas instancias.

Si la sumisión a la ley resulta un referente de insuficiencia pacíficamente admitida para garantizar la democratización del poder judicial, no parece que la «defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público» obvien aquella insuficiencia cuando del Ministerio Fiscal se trata. Ni aun con el complemento de la intervención del Gobierno en el exclusivo momento de la designación de la cúspide de su estructura jerarquizada. Salvo que se propugne la constante posibilidad, siempre formalmente negada, de imposición por el designante de su particular concepción de la legalidad o el interés público. Y, si así ocurriera, como de hecho es tan explicable sospechar, surgiría la necesidad de articular mecanismos que impidan la indebida merma de la independencia jurisdiccional que, curiosamente, ese Ministerio Público tiene como misión constitucional.

Que la proclamación constitucional de de-

pendencia policial al poder judicial contrasta con reiteradas situaciones de inversión de hecho de tal relación, no parece sea una afirmación excesiva. Convenir en la necesidad de erradicar tal control del poder judicial debe ser pacífico. La discusión sobre éste debe incluir propuestas de articulación de esa policía judicial.

La obligada imposición del mediador profesional en el marco del proceso, además de incidir en la participación del ciudadano, y no siempre para su mejor defensa, contribuye, no sólo a la efectividad de las garantías procesales, sino también al alcance de la tutela judicial dispensable. Parece pues oportuno procurar el acceso del control democrático a esas actuaciones profesionales. Y, por ello, también de las organizaciones colegiales que incluyen en sus fines ordenar la actividad profesional de los colegiados velando por el respeto debido a los derechos de los particulares.

Consideraciones sobre la tabla de propuestas

Aún cuando las propuestas definitivas exijan acabadas formulaciones de las claves apuntadas, puede ahora adelantarse algunas observaciones a las sugeridas en la ponencias.

a) *Sobre la democratización del acceso a la función judicial. La intervención del parlamento.*

Parece cuando menos incompleto el reproche formulado a la práctica selectiva de los denominados tercero y cuarto turno. No sería del todo malo, que, al menos, la calidad técnica jurídica de los candidatos seleccionados se hubiese garantizado. Desde luego no me encuentro en condiciones de extender tal aval.

No es cuestionable que el perfil de aptitudes para el desempeño del cargo público tiene componentes de valoración social sobreañadidos a los de formación técnico-jurídica. Y probablemente no subordinados. Más difícil resulta admitir que ese perfil se circunscriba como exigencia a un escaso porcentaje de los que acceden a la función judicial. Los de esos concretos turnos. ¿Por qué no a todo modo de acceso?

Por todo ello entiendo preferible reiterar la propuesta, en su día formulada por Jueces para la Democracia, de remitir al Centro de Estudios Judiciales la culminación del proceso selectivo, cualquiera que sea la forma inicial de acceso. Lo que ha de completarse con el requerimiento de un programa que incluya los criterios objetivos de constatación del perfil demandable al candidato. Y cuya elaboración bien pudiera efectuarse en sede legislativa.

Asimismo, dado que la selección constituye una manifestación de poder (el quinto poder —poder de examen— en la constitución china) ésta no cabe escindiría, sin merma de

su autonomía, de la competencia del órgano que tiene encomendado el gobierno del poder judicial. Por ello, la organización y funcionamiento del Centro debe retornar a la competencia exclusiva del Consejo General del Poder Judicial.

b) *Sobre la libertad de crítica de las resoluciones judiciales.*

No cabe menos que compartir, no sólo la virtualidad democratizadora de esta forma de control, sino también la propuesta de erradicación de figuras como el desacato que implican una simbiosis del honor del individuo y de valores que trascienden a éste, simbiosis difícilmente comprensible en un sistema democrático. Y que, además en nada favorecen la defensa por el individuo de su propio honor ni son garantía de vigencia de aquellos valores públicos que se dicen defender.

Pero también ha de denunciarse el intento de disfrazar como ejercicio de crítica —donde no debe sentirse especial necesidad en hablar de límites— lo que no es sino una calculada estrategia de acoso para sesgar la actuación jurisdiccional antes de que ésta pueda reflejarse en resoluciones.

Resulta difícil creer que la casi total inexistencia de resoluciones sancionadoras de atentados a la independencia judicial (art. 198 del Código Penal) se corresponda con una real inexistencia de conductas tipificables como tales.

c) *El proceso como ámbito de control democrático.*

Se ha dicho que el proceso, con referencia al penal que estimo predicable de los de todo orden, constituye un termómetro de la vigencia de los valores democráticos en un país. Por eso parece conveniente, en este ámbito, ampliar las propuestas formuladas por las ponencias.

1. Preliminar obligado es la denuncia, una vez más, de las claudicaciones, so pretexto de siempre sospechosos fines eficientistas, en materia de garantías.

2. El valor del principio de oralidad, y su consecuencia la inmediación judicial, ha alcanzado rango constitucional al ser llamado a informar, con carácter de predominante la estructura del proceso. Es precisamente en el juego de esa oralidad e inmediación donde alcanza mayores cotas de eficacia el control del aparato jurisdiccional por los ciudadanos. Control que se extiende de modo no poco deseable a la totalidad de los operadores jurídicos que median entre la sociedad y el poder judicial. Por eso cabe proponer, con énfasis, una decidida actitud de respeto a las manifestaciones de esos principios y a su vigorización en los proyectos legislativos. Y el rechazo de toda coartada a sus derogaciones de hecho.

Se demanda del Consejo General del Poder Judicial una beligerante vigilancia del cumplimiento de esas garantías. Así como el compromiso de procurar las medidas necesari-

rias para erradicar sus eventuales consecuencias distorsionadoras.

3. Si la participación es una característica de lo democrático, el proceso lo será tanto más cuanto mayores sean los espacios abiertos a aquella. Y no sólo es el momento de la decisión —jurado— sino también en el debate/diálogo en que el proceso consiste. En el acceso al mismo —socialización del derecho de defensa y eliminación de obstáculos a la acción popular—, pero también en la realización misma de los actos procesales. Por eso se propugna la cesación del monopolio excluyente de la defensa técnica o el carácter facultativo de la representación procesal.

4. La motivación de la resolución jurisdiccional constituye una verdadera *conditio sine qua non* del control de la misma. Tanto del control externo a través de la crítica pública, como del control interno a través del recurso. Hasta tal punto es trascendente esta garantía que la mera sanción de nulidad de la resolución totalmente huérfana de motivación parece insuficiente para asegurar su efectiva vigencia. No parece descabellado reconducir a lo disciplinario esa extrema hipótesis

Obligado parece denunciar el escaso reflejo en la práctica de la previsión legislativa de la publicidad de la discrepancia en los órganos colegiados. Esa sospechosa fungibilidad de criterio en el escalafón judicial resulta difícilmente compatible con el pluralismo que se proclama como valor en nuestra Constitución y en nada favorece el control de las resoluciones. Sólo desde posiciones francamente corporativas puede entenderse las posturas de quienes en algunos ámbitos (recientemente un tribunal romano) procuran su erradicación.

5. La concentración de poder en una sola persona constituye una fuerte contraindicación a los valores democráticos. Y dificulta el control de quien lo ejerce. Por eso es una exigencia acuciante, en el ámbito del proceso penal, la separación de las funciones instructora y de enjuiciamiento.

6. Si hemos dicho que el acceso al proceso constituye un elemento determinante de su carácter democrático, no cabe olvidar aquí la existencia de filtros que, de hecho, inmunizan amplios espacios de conflictividad social a su dirimencia jurisdiccional. Así la ausencia de una verdadera policía judicial convierte, de hecho, a la instancia policial en verdaderamente controlada —y no sólo de modo negativo— del Poder Judicial, sin que, a su vez el control de esa instancia policial sea lo directa y fluida que sería de desear.

Este Congreso es adecuada ocasión para ratificar las demandas ya formuladas por los órganos de la asociación, tendentes a lograr la existencia de una verdadera policía judicial: la garantía de una efectiva inamovilidad de los funcionarios de policía judicial más allá del acotamiento temporal del caso concreto, la necesidad de garantizar la exclusividad en la

dedicación a las funciones de policía judicial, con exclusión de vagas cláusulas que permitan distraer a dichos funcionarios para dedicaciones ajenas a lo jurisdiccional, la conveniencia de asegurar la intervención del Poder Judicial en la designación de los mandos orgánicos de la policía judicial, y también la supresión de las actuales Comisiones de coordinación de la policía judicial en su actual concepción.

7. También resulta nuestro Congreso adecuada ocasión para reiterar el pronunciamiento de la I Asamblea de gentes del Derecho del Estado Español cuando concluye: Se rechaza el desplazamiento de la función instructora al Ministerio Fiscal, como también el reconocimiento a éste de la posibilidad de inspirar su actuación en criterios de oportunidad, incluso «reglada». Cualquiera de ambas opciones entraría frontalmente en colisión con los principios de independencia judicial y de legalidad y se daría siempre en perjuicio de la tutela efectiva. Un Ministerio Fiscal dependiente no puede nunca tener otro estatuto procesal que el de parte. Lo contrario supondría, entre otros indeseables efectos, crear un área de impunidad para el ejecutivo, cuyo demasiado intervencionismo le hace convertirse, cada vez con más frecuencia, en objeto de la actuación jurisdiccional.

d) Sobre la intervención del Defensor del Pueblo en lo judicial.

En la medida en que lo judicial es un espacio de potencialidad contrastada para la conculcación de derechos fundamentales, no cabe sino compartir la vocación del Defensor del Pueblo a la garantía de éstos también en dicho ámbito.

La discrepancia surge en cuanto al modo. En el funcionamiento del aparato jurisdiccional está presente un componente administrativo. La dotación de la denominada oficina judicial es una de sus manifestaciones. Pero no cabe olvidar que en este aspecto la actuación del Defensor ha de dirigirse a quien se reservó toda competencia: el ejecutivo. Y no extendería que entre los solicitantes de su intervención se encontrase más de un juez... Así ha de entenderse la cita del art. 54 de la CE.

Cuando es la actuación jurisdiccional la que conculca derechos fundamentales, a los que se dispensa la protección del recurso de amparo, tampoco debiera existir obstáculo a la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer dicho recurso, conforme a la previsión del art. 162, b) de la CE. Lo que sin embargo resulta injustificado es el conferimiento del estatuto de parte eventual en cualquier tipo de procedimiento más allá de esa intervención.

e) En lo concerniente al control de la actividad gubernativa.

Compartiendo con las ponencias la convicción de que la vigorización de protagonismo de las Asociaciones de Jueces contribuye a

asegurar democráticamente la independencia judicial, parece un objetivo insoslayable la legitimación de éstas en lo disciplinario, tanto en el momento administrativo cuanto en el de su control jurisdiccional.

Como no cabe sino la denuncia y la oposición a los intentos de sustraer la actuación del Consejo a dicho control jurisdiccional, precisamente por el Poder Judicial. Ni cabe decir que éste está subordinado en cuanto tal poder judicial al órgano de gobierno, ni resolverá nunca quien es afectado por el acto de éste, sin que sea aceptable una apriorística sospecha de corporativa solidaridad.

- f) Finalmente cabe recordar que el art. 36 de la CE impone el carácter democrático de la estructura interna y funcionamiento de los Colegios Profesionales. Esta exigencia es especialmente acuciante cuando se trata de los correspondientes a los mediadores en el proceso por la ya dicha incidencia que su actua-

ción tiene en la calidad democrática del mismo.

Y la primera cuestión a suscitar es cabalmente la del régimen de incorporación. Cuando ésta resulta obligada y vetada toda opción entre plurales ofertas mal puede decirse que es democrática. Por ello resulta esencial postular la derogación de tal régimen. Y la apertura del cauce asociativo de los profesionales al pluralismo político efectivo.

Asimismo, por lo que se refiere al funcionamiento, no cabe olvidar el carácter de corporación de derecho público de los Colegios. Ni el alcance de su gestión más allá de los particulares intereses de los Colegiados. Cabe pues exigir la apertura de cauces de participación de la sociedad en esa gestión. Mediante la designación de representantes en los órganos de gobierno, articulando la posibilidad de formular interpelaciones a los mismos, presenciar los debates de las Asambleas, garantizar la publicidad de sus acuerdos etc.

trant lo blanch libros

ESTUDIOS JURIDICOS (Serie alternativa)

DERECHO PROCESAL. Tomo I Parte General (Proceso Civil). 2 vols.

Almagro Nosete, Gimeno Sendra, Cortés Domínguez y Moreno Catena.

3.ª edición revisada y actualizada. 7.500 pts. aprox.

DERECHO PROCESAL. Tomo II Proceso Penal

Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez.

2.ª edición revisada y actualizada. 5.500 pts. aprox.

DERECHO PENAL. Parte General

Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.

2.ª edición, revisada y actualizada. 4.400 pts. aprox.

DERECHO PENAL. Parte Especial

Cobo del Rosal, Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenguer y Carbonell Mateu.

2.ª edición revisada y actualizada. 6.500 pts. aprox.

LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

Albiol Montesinos, Camps Ruiz, Garcia Ninet, J. López Gandía y Sala Franco.

3.ª edición, corregida y actualizada Agosto 88.
4.500 pts. aprox.

INTRODUCCION AL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

T. Sala Franco y J.M. Ramirez Martínez.

Prólogo de E. Borrajo. 1.400 pts. aprox.

DERECHO SINDICAL

T. Sala Franco e I. Albiol Montesinos

3.000 pts. aprox.

DERECHO PENAL. Parte Especial

F. Muñoz Conde

Nueva edición totalmente actualizada a 1988.

4.000 pts. aprox.

ERROR EN EL DERECHO PENAL

F. Muñoz Conde

1.400 pts. aprox.