

ESTUDIOS

La gran innovación: Justicia de Estado y derecho de Constitución

Bartolomé CLAVERO

La justicia emana del pueblo y se administra el nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

Constitución de 1978, art. 117.1 (tít. VI)

La historia constitucional puede resultar historia constituyente, una historia no sólo de sucesión de regímenes pasados, sino también de formación de régimen actual. Tratándose de variantes sucesivas de un mismo sistema, entre aquéllos y éste puede haber comunicación y dependencia aun en el caso de que medien procesos constituyentes. Toda la historia anterior a la revolución constitucional, la que solía denominarse liberal o también burguesa, puede sernos indiferente; esta otra historia resulta en cambio la que nos afecta, la que importa a la ubicación y al abordaje, a la comprensión y al análisis, del establecimiento presente. Con esta idea emprendo mi consideración de la justicia. Me interesa ahora, no la noticia de regímenes pretéritos, sino la identidad del presente. Y a España me ciño.

1. UN INICIO VACILANTE

Un comienzo que pueda aun guardar alguna relación con el presente es el de la Constitución de Cádiz. Nos pone además en contacto con cuestiones de ubicación y función de la justicia que todavía pueden ser esenciales. Confrontándose y desechándose opciones a cuya consideración no siempre luego se vuelve, el arranque tal vez resulte particularmente esclarecedor. En esta Constitución hispana de 1812 comienza por haber varias justicias o al menos más de una. Empieza por no plantearse ni resolverse todavía inequívocamente los extremos definitorios esenciales de una posición y un cometido. Hay diversas posibilidades abiertas y a la vista.

En aquel texto constitucional primigenio la justicia ocupa una posición que nos resulta familiar pues no ha dejado de mantenerse. Es la constante más fija desde entonces. Podrá cambiar la designación identificativa, ahora potestad o poder, luego administración o función, más tarde de nuevo lo primero, pero

una ubicación no se altera. Y ésta es la tercera, más bien postrera. La Constitución sólo establece una justicia tras haber instituido otras potestades, unas Cortes y una Monarquía en concreto. Su título sólo es el quinto, tras los de estos otros poderes. La posición es más importante que la denominación. El mismo nombre completo refleja la razón de dicho postergamiento. La justicia se identifica como «potestad de aplicar las leyes en las causas» contentiosas mientras que los poderes que la preceden se presentan como «potestad de hacer las leyes» y «potestad de hacer ejecutar las leyes».

Hay una lógica. Si la justicia se destina a la aplicación de las leyes en casos determinados, deben precederla otras funciones, no sólo la de determinación de las propias leyes, sino también la de ejecución más general, sistemática, directa o transitiva de las mismas. No hay tres potestades o poderes equiparados o contrapesados. Hay un poder singular, el legislativo, y un par de potestades subordinadas, la ejecutiva de gobierno y la aplicativa de justicia, entre las cuales ésta tampoco ocupa un lugar primero. Para la potestad así superior, la normativa de legislación, resulta esencial la institución de las Cortes, la forma parlamentaria consiguiente de determinación de las leyes, un procedimiento de participación ciudadana del que puede en cambio prescindirse para la constitución de los poderes de segundo orden. A toda esta lógica ya responde la estructura o el índice del texto constitucional de Cádiz. Adviértase que es mucho lo que en ello se encierra de entrada para la justicia.

Es tanto que esta misma Constitución no acaba de confinarse en el esquema. La ponencia de la comisión que prepara el proyecto resulta en este punto de lo más expresivo. (Me refiero a lo que suele conocerse como discurso preliminar de dicha Constitución.) Llegando a la justicia afirma que las potestades precedentes, la legislativa y la ejecutiva, cons-

tituyen «las bases en que reposa el suntuoso edificio de la libertad política de la nación», mientras que esta potestad tercera, la judicial, sirve más bien para otra cosa, para «asegurar la libertad civil de los individuos que la componen», que integran la nación dicha. La expresión y la concepción remiten al artículo cuarto de la misma Constitución, un artículo anterior a la definición y establecimiento de los poderes: «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Esta justicia no es exactamente la definida. Puede ser otra. La que aplica leyes generales sin más y la que ampara libertades individuales mediante leyes entonces cualificadas, no son justicias que originariamente coincidan. Esto le consta a la propia ponencia. Su razonamiento se desarrolla en la línea de justificación de una justicia aplicativa de leyes, una justicia para cuya administración pudieran seguir sirviendo unos jueces profesionales y unos tribunales institucionales siempre que se cumpliera el requerimiento primario de que la legislación se renovase profundamente desterrando privilegios, arreglando procedimientos y separando esta potestad judicial de la otra potestad ejecutiva. Es un requisito que el procedimiento parlamentario por sí no garantiza. Sólo su predicación confiere sentido al sistema.

De cumplirse, la justicia podría en efecto reducirse a una función meramente aplicativa de normas generales a casos controvertidos. Pero la ponencia que ha partido de aquel otro concepto de la misma justicia vinculado a la libertad más y antes que a la ley, no puede tenerlas todas consigo. Detecta la ficción del premisa. Ve que se encierran problemas en esta impecable lógica. Observemos sus propias expresiones pues no tienen desperdicio:

Dos grandes escollos son los que hacen peligrar la administración de justicia, según el orden establecido en nuestra jurisprudencia. Escollos que no es posible evitar del todo mientras las luces no se difundan y en tanto que la libre discusión de las materias políticas no ponga a la nación en estado de comparar el sistema judicial de otras naciones con el que se observa en España. Los tribunales colegiados y la perpetuidad de sus jueces, y la facultad que tienen éstos de calificar por sí mismos el hecho sobre el que han de fallar, sujetan sin duda alguna a los que reclaman las leyes al duro trance de hallarse muchas veces a discreción del juez o tribunal. La Comisión no entrará a examinar las razones en que se fundan los que apoyan e impugnan uno y otro sistema. Encargada por V.M. (las Cortes) de arreglar un proyecto de Constitución para restablecer y mejorar la antigua ley fundamental de la Monarquía, se ha abstenido de introducir una alteración sustancial en el modo de administrar la justicia, convencida de que reformas de esta trascendencia han de ser el fruto de la meditación, del examen más prolijo y detenido, único medio de preparar la opinión pública para que reciba sin violencia las grandes innovaciones.

Repárese en todo lo que aquí se manifiesta, co-

menzándose por el reconocimiento de la renuncia provisional a *la gran innovación* que requiere la justicia. La que se mantiene no resulta muy constitucional aunque sólo fuera por el doble escollo que mejor se identifica de la profesionalidad de los jueces y del poder que asumen sobre la totalidad del juicio. Esto puede constituir un serio peligro para la función judicial de amparo de la libertad. La primera precaución que la propia Constitución en particular cuida ha sido la de distinción o separación al menos definitoria de esta potestad judicial respecto a las potestades precedentes:

Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones del juez de cualquier otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto. Tal vez podrá convenir en circunstancias de grande apuro reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y ejecutiva; pero en el momento que ambas autoridades o alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial desaparecería para siempre no sólo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en sus estados. Por eso se prohíbe expresamente que pueda separarse de los tribunales el conocimiento de las causas, y ni las Cortes ni el Rey podrán avocarlas, ni mandar abrir nuevamente los juicios ejecutoriados.

Pero esto no basta. Queda ante todo pendiente algo tan fundamental como la renovación de la legislación que, según este planteamiento constitucional, debe tener un alcance no sólo sustantivo, sino también procedimental, pues el arreglo de los procesos se le encomienda también a la norma legislativa. No lo realiza la Constitución ni se confía a la justicia. Se dispone esta competencia o esta especie de reserva de ley. El sistema queda pendiente de este cierre. Queda también en parte abierto a otras modulaciones, dados y dichos unos riesgos de tiranía que no podían conjurar por sí sola las leyes, aquellos principalmente que resultaban de la profesionalidad de la justicia misma y el poder consiguiente de los propios jueces. En algo se deja abierta la posibilidad considerada más constitucional de corregirse o al menos paliarse la situación:

La Comisión deja insinuado en otra parte la conveniencia que resultaría de perfeccionar la administración de justicia, separando las funciones que ejercen los jueces en fallar a un mismo tiempo sobre el hecho y el derecho. Mas al paso que no duda que algún día se establezca entre nosotros la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de tribunales colegiados y en fin el nombramiento del Gobierno, cuyo influjo no puede menos de alejar la confianza por la poderosa autoridad de que está revestido, reconoce la imposibilidad de plantear por ahora el

método conocido con el nombre de juicio de jurados. Este admirable sistema, que tantos bienes produce en Inglaterra, es poco conocido en España. Su modo de enjuiciar es del todo diferente del que se usa entre nosotros, y hacer una revolución total en el punto más difícil, más trascendental y arriesgado de una legislación, no es obra que pueda emprenderse entre los apuros y agitaciones de una convulsión política. Ni el espíritu público ni la opinión general de la nación pueden estar dispuestos en el día para recibir sin violencia una novedad tan sustancial.

He aquí que la gran innovación sería una revolución total, así en definitiva pendiente. La alusión al jurado remite al artículo que será el 307 de la Constitución; contiene aparentemente poco y no dispone directamente nada, pero pudiera así significar mucho: «Si con el tiempo creyeran las Cortes que conviene hacer distinción entre los jueces del hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente». No es la única insinuación constitucional de una justicia resuelta «por jueces elegidos de entre iguales» como también se ha dicho. Es la que se da en el capítulo penal, precediendo otras en el civil, concretamente en los artículos 280 y 282: «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes»; «el alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias deberá presentarse a él con este objeto». Es, en suma, el horizonte de una justicia menos confiada a profesionales.

No hay encaje. Puede apreciarse en los mismos conceptos y aún en el propio lenguaje. La potestad judicial categóricamente se define como función aplicativa de leyes y esto es algo que no acaba de resultar tan terminante. Con anterioridad a la ley se ha contemplado el derecho, que no es entonces lo mismo exactamente. Para esta Constitución hemos visto que los derechos son las libertades de los individuos mientras que las leyes son las normas de la nación; precisamente para lograrse la correspondencia, éstas debían ser «sabias y justas». Era el predicado. La ley no resulta tan sólo o no debe ser solamente, sino también aquella que se atiene a la sabiduría y la justicia marcadas por el primado de los derechos. Pero adviértase también que la referencia perifrástica a la institución del jurado entiende por derecho, no este principio de libertad, sino el imperio de la ley: «jueces del derecho», que no pueden así en total serlo directamente los ciudadanos.

Están operando dos lógicas algo divergentes, una de ellas, la de la ley, más explícita que la otra, la del jurado. La primera es la que se refleja en la distinción y definición de las potestades. Hay aquí un primado de la ley que se legitima por su formación parlamentaria, por la participación de unas Cortes procedentes del voto ciudadano. Así se define lo que solamente en un momento ulterior y sólo incidentalmente se llama el derecho. La justicia entonces consiste en la adecuación de los supuestos particulares a las normas generales. La autoridad de estas leyes deriva en último término del sufragio. Por todo ello no hacía falta una participación análoga en una

potestad subordinada como es entonces la del poder de la justicia.

Pero esta participación se plantea con cierta distinción e incluso independencia. E importancia se le confiere. Llega a argumentarse que la justicia funcional más supeditada no es la forma en rigor constitucional. Había un problema inicial: el concepto de derecho no confundido con la ley e identificado con libertad. Por esto no podía entronizarse plenamente la ley en el mismo terreno de la administración de la justicia. Pero luego, cuando se hace la previsión bien indecisa del jurado, no es aquel el concepto del derecho que precisamente se aplica. Hay dos lógicas que se interfieren.

La lógica aquí segunda, la del jurado, no acaba de entrar como tal en juego o ni siquiera de expresarse. Se apunta uno de sus motivos principales, el del enjuiciamiento por iguales; otro realmente no cabe, el de la determinación suplementaria del mismo derecho, de un derecho no identificado absolutamente con ley, mediante esta otra forma también participativa o ciudadana. Por esto se produce una verdadera contradicción en el término primero del derecho, libertad al principio, ley a la postre, sin otro mecanismo de comunicación que el exclusivo y no contrapesado ni complementado del parlamento. En la práctica como en la definición, la justicia resulta adecuación a ley o norma de decisión política y no a derecho o libertad de composición social. Su administración consiste en el cumplimiento de dicha verdadera ecuación de premisa única, de esta petición de principio. Puede así encomendarse a un aparato funcional aun con toda la constancia y conciencia de unos riesgos no enteramente reducidos ni controlados por una Constitución que confía a la misma ley, exclusivamente en definitiva a ella, no sólo el derecho sustantivo, sino también el procesal.

Esta justicia de entrada no funciona, no puede hacerlo con su continuidad constitutiva y con su vacío jurídico, con el aprovechamiento del aparato y la profesión anteriores y con el aplazamiento de una legislación procesal y sustantiva. No poco interesante es el efecto que esto produce bajo una Constitución que, como la de Cádiz, contenía también otro concepto de la justicia, el que se vinculaba a libertad de forma más directa, sin mediación tan obligada de la ley y sin exclusión tan definitiva de los ciudadanos. Las deficiencias vinieron entonces a experimentarse como falta de amparo de las libertades precisamente traídas por la Constitución, unas libertades que, por su misma definición constitucional, no podían quedar a la espera y resultados de las leyes futuras y a la competencia y determinación de la profesión judicial.

Como mecanismo de defensa de la Constitución, se había arbitrado un derecho de petición; se contenía en su artículo 373: «Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución». El vacío legislativo y la deficiencia judicial pudieron llevar a que por esta vía se organizase una especie de jurisdicción constitucional de amparo de libertades a cargo de la comisión parlamentaria que evacuaba tales reclamaciones de los ciudadanos. Es cosa ya investigada. Ahora nos interesa solamente el efecto y no

unos pormenores. Tampoco era una justicia que pudiera resolver la petición de principio dada su posición parlamentaria. Frente a ley propia mal cabría el amparo. Pero hasta tal punto se requería constitucionalmente otra justicia, de tal modo pujaba, que llegó a surgir en parte a través de esta vía imprevista, en una sede que estaba incluso por principio vedada: «Nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas (las funciones judiciales) bajo ningún pretexto», se nos ha dicho y así enteramente no ocurre.

En resumidas cuentas, a falta de una, hay dos justicias en estos inicios constitucionales, una que podemos llamar de función estatal, de profesión pública encargada de aplicar las leyes, y otra de función ciudadana, de participación popular dirigida a amparar las libertades. Ambas podían tenerse por constitucionales, aunque la segunda en mayor grado que la primera. Ninguna estuvo bien diseñada, pero ésta, la estatal, se mostró aún más deficiente que la otra, la ciudadana; lo fue incluso para la integración de aquellos elementos propios de carácter también ciudadano, como la conciliación y el jurado. El fallo superior realmente se produce en la composición del conjunto, en la falta de articulación entre la justicia estatal y la ciudadana. La misma formulación del modelo complejo no es enteramente explícita ni se encuentra suficientemente expuesta en aquel orden constitucional primigenio. Y la componente que podemos decir no estatal era la peor definida.

2. UN PLANTEAMIENTO TRANSITIVO

La fundación contemporánea de la justicia en España fue más sencilla. Prescindió de un engorro, del compromiso de las libertades que el orden constitucional implicaba. En sustancia, durante los primeros y medios años treinta del siglo XIX, se organiza la función estatal de la justicia que se diseñara en Cádiz absolutamente depurada de los otros elementos de inspiración más constitucionalista. Esto se hace aprovechándose la experiencia de aquella Constitución, pero sin restablecerse en su vigor o sin establecerse norma alguna de esta naturaleza constitucional. A partir de 1836, las Constituciones podrán encontrarse la justicia constituida, una justicia que, si puede resultar así conforme a su letra, era ajena a su espíritu.

Se trata de la organización del Estado. Tras la división provincial de 1833 y el consiguiente establecimiento de un orden de administración territorial dependiente de poder central, un decreto de 26 de enero de 1834 comienza con una paralela adaptación de la planta judicial. Son medidas de una potestad legislativa no parlamentaria, que se atribuye la monarquía y ejerce su gobierno, tendentes a la formación de un Estado de esta inspiración y dirección imperativa y concentrada. La lógica que ahora se aplica no deja de ser, por unidireccional, consecuente. La misma distinción o separación de la justicia responde expresamente a la conveniencia de diferenciar y distribuir funciones estatales para un ejercicio más expedito de los correspondientes poderes. Paladinamente lo proclama el preámbulo o exposición de motivos de la serie de decretos de 24 de marzo de 1834 sobre arreglo de tribunales:

Mis benéficas miras en favor del buen régimen de la Monarquía no pudieran producir los bienes que de ellas deben esperarse, ni caminar con desembarazo mi Gobierno por la senda de las mejoras y adelantamientos, mientras subsista en pie la viciosa organización que en la actualidad tienen los cuerpos principales del Estado. Hasta las mismas reformas que se están planteando y de que tantas esperanzas se promete ya la Nación, no llegarían a la madurez, y aún tal vez muchas de ellas se convertirían en perjudiciales, si al mismo tiempo no se cuidase de establecer la necesaria armonía y correspondencia entre las diferentes partes del sistema administrativo.

Muchas son las causas que han producido en él tanta confusión y desarreglo, pero pocas de mayor trascendencia y de influjo más pernicioso que la mezcla de atribuciones judiciales y administrativas en los mismos cuerpos y autoridades, resultando muchas veces de este vicioso origen que mientras más providencias se han dictado para promover los ramos de la pública felicidad, mayores han sido las trabas que se han opuesto a su acrecentamiento y desarrollo.

La justicia resulta ahora tan sólo parte de un «sistema administrativo» cuya buena ordenación requiere su separación funcional. Puede pasarse a una organización jerárquica de tribunales y jueces comprometidos activamente, no en la composición de intereses o menos aún en el amparo de derechos, sino en una aplicación del ordenamiento paralela y complementaria por la vía contenciosa a la que efectúa por la ejecutiva la administración simple. No hay otras exigencias. Dicha justicia puede ser perfectamente la adecuada para asegurar el cumplimiento de unas leyes que tampoco son ni siquiera de formación ciudadana. Aunque existe algún elemento que, como la conciliación, puede todavía escapar a tal lógica estatal, ésta es la que informa y preside. Sobre dicha base, otro decreto de valor legislativo, de 26 de septiembre de 1835, puede dejar establecido «el reglamento para la administración de justicia», un derecho procesal.

La separación de la justicia respecto a la Administración no lleva inmediatamente a la independencia. No la supone necesariamente. Como una lógica es común, como un objetivo se comparte, puede tenerse una misma dirección, un mismo poder. Reside en la Monarquía, en el Gobierno. Para cubrir su función, para rendir su servicio, la justicia funcional en todo caso requiere capacitación y estabilidad. Un decreto de 6 de octubre de 1835 se ocupa de lo primero; los jueces los nombra el Gobierno, pero deberá hacerlo entre abogados con experiencia y buenos informes políticos. Otro de 24 de marzo de 1836 intenta atender lo segundo; su exposición de motivos resulta bien expresiva:

Cuando se cambian las instituciones políticas de un Estado, es necesario un escrupuloso examen para que los empleados sean tales que, sin apego a las antiguas, sirvan de instrumentos útiles para consolidar las nuevas. Ni los que forman el ramo judicial pueden ser exceptuados de una censura rígida, aunque im-

parcial, para que su poderosa influencia no comprometa los grandes intereses del Trono y de la Nación. Por eso desde que última y felizmente empezó a anunciarse en España en sistema representativo, se consideraron como interinos los empleos de judicatura, y se han nombrado con esta calidad los Jueces de primera instancia que existen en el día, a imitación de lo que se había resuelto expresamente en el año de 1820. Pero el estado incierto y precario de los Jueces debe tener un término, porque el principio necesario y generalmente reconocido de su independencia va enlazado con su inamovilidad. No es prudente ni político establecer ésta sin tener garantías seguras contra los abusos y la arbitrariedad, garantías que deben hallarse en las leyes más bien que en las cualidades, muchas veces aparentes y siempre variables, de las personas. Las leyes afianzan las garantías por medio de una responsabilidad bien marcada, y que se pueda hacer efectiva fácilmente, sin que haya medios ni recursos para eludirla. Por desgracia la falta de códigos nos tiene reducidos a una legislación dispersa, antigua, y que la razón recta y la probidad constante apenas son suficientes para acomodarla a las costumbres, a las circunstancias, y a lo que exigen los adelantamientos y las luces del siglo.

Todo esto, como puede verse, se manifiesta al tiempo que ya se vislumbra un horizonte no sólo estatal, sino también constitucional. Ya se sabe que sigue a los pocos meses el restablecimiento de la Constitución de 1812 y al año la promulgación de la de 1837, pronto a su vez sustituida por la de 1845. Con esta sucesión de normas constitucionales, en lo que ahora nos importa, en lo que afecta a la justicia, aunque algún elemento como el jurado pueda también intentar rescatarse, no ocurre un cambio significativo por lo que respecta a la concepción estructuralmente funcional de la justicia. No hay una recuperación. *La gran innovación* ahora ni siquiera se plantea. Aunque la reanudación nuevamente se produzca con la Constitución de Cádiz, las diferencias de planteamiento respecto a aquel inicio resultarán decisivas. Conviene recordarlo para sopesar unos problemas que, como los detectados por dichos motivos del decreto de 1836, no van a ser coyunturales. Tendremos que volver a ellos.

El texto constitucional es muy poco lo que dice ahora de la justicia. La mantiene en la posición tercera, le asigna la función o «potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales» y dispone que se organice bajo principios de inamovilidad respecto al gobierno y de responsabilidad respecto a la ley. Pero de esta fundación orgánica ya no se ocupa la propia norma constitucional. Estamos en el título décimo de las Constituciones de 1837, «Del poder judicial», y de 1845, «De la administración de justicia», y más en concreto en el artículo 64 de la primera y 67 de la segunda, que como todos los de este título judicial literalmente coinciden:

Las leyes determinarán los Tribunales y Juzgados que ha de haber, la organización de cada uno, sus facultades, el modo de ejercer-

las, y las calidades que han de tener sus individuos.

Además de tercera, la posición es precaria. Pende de ley. No sólo se trata de que quede a disposición de un poder normativo más ordinario, sino también de que pasa a depender del mismo para su propia existencia. Es una dependencia muy superior a la de Cádiz. Una justicia funcional queda sometida a ley no sólo en cuanto a operación, en cuanto al orden que aplique, sino también en cuanto a entidad, en cuanto al ordenamiento que la cree. La Constitución la concibe, pero no le da vida. Para esto se necesita ahora también la ley.

¿Qué ocurre mientras que dicha ley orgánica precisa para la fundación constitucional de la justicia no advenga? La pregunta no está de más puesto que esta ley sucesivamente requerida por las Constituciones de 1837 y 1845, esta concreta ley entonces necesaria para la existencia constitucional de la justicia, sencillamente no llegará. Nunca lo hará. ¿Qué ocurre pues? ¿Qué pasa ahora? ¿Qué justicia realmente existe en este segundo momento de nuestra historia constitucional y tercero de la estatal? La respuesta es sencilla: la que se refleja en el citado decreto de 24 de marzo de 1836, esto es, de unas vísperas constitucionales y no exactamente de un tiempo constitucional. Es una justicia integrada en administración, en la Administración, y dependiente de gobierno, del Gobierno.

De esta justicia, me interesa ahora menos su realidad sociológica que su posibilidad constitucional. Creo que debe importarnos no tanto que unas cosas ocurran como que puedan jurídicamente ocurrir. Rigen Constituciones que proclaman la distinción e independencia funcionales de la justicia. Existe durante años una que no responde mínimamente al requisito. La clave está en la ley. Según el mismo planteamiento constitucional esta norma ordinaria es necesaria para el establecimiento constitucional de la justicia. La cuestión esencial es ahora la de carencia de esta fundamental y determinada ley.

Con la Constitución de 1837 hubo como se sabe el intento de convertir provisionalmente en ley orgánica de la justicia el título quinto de la Constitución de Cádiz, sus capítulos judiciales. Contenían no sólo la posición tercera de la justicia que hemos dicho, sino también otras cosas que hemos visto igualmente. Estaban en el mismo título por ejemplo el arbitraje y la conciliación como derechos constitucionales que peor encajaban en esta concepción subordinada ahora más excluyente y resuelta de la justicia. Y el hecho es que esta parte de la Constitución de 1812 no se mantuvo como ley orgánica judicial. Fue pasto del olvido como todo el resto de dicho texto, como sus ideas más estricta o directamente constitucionales sobre la justicia, como la sugerencia de que una judicatura funcional no respondía con exactitud y no podía hacerlo en exclusiva a unos requerimientos constitucionales.

Y otra ley judicial no vino bajo las Constituciones de 1837 y 1845, estrictamente bajo dichas normas. No fue incapacidad. No fue descuido. Es la manera de mantener una justicia gubernativa y administrativamente, políticamente, dependiente. La falta de ley también es ley, también constituye una opción de

política legislativa. La Constitución ahora lo permite. El establecimiento de la justicia ha quedado a disposición de la legislación ordinaria, de la facultad de iniciativa. Si no se ejerce, una ordenación materialmente constituyente que ni la norma constitucional ni la legislativa atienden, esta normación acaba recayendo o de hecho se mantiene en órdenes de rango sucesivo, esto es entonces, en un poder reglamentario del Gobierno. Es la situación; lo era constitucionalmente transitoria y provisional, pero perfectamente estable y duradera conforme a los propios planteamientos de la Constitución.

Y durante los años más extensos de la Constitución de 1845 no sólo falta una ley orgánica judicial, sino también otras leyes sustantivas que el mismo planteamiento constitucional requería para los jueces cumplieren su función estatal de aplicación de normas generales. Faltaba como bien se sabe por ejemplo un código civil, lo que tampoco era indiferente para la posición resultante de la justicia. Constitucionalmente, hacían falta no sólo las leyes, sino también la profesión legal de los jueces, ésta en su doble sentido de confesión y conocimiento. Para que éstos viniesen a ocupar esta posición y desempeñar esta función, se necesitaban aquéllas. ¿Cómo iban a poder creer y formarse los jueces en unas leyes inexistentes, en unos códigos inéditos?

Esto puede también tener su razón como su importancia. Ley es todo, puede así serlo. En la posición constitucionalmente prevista para la ley, pueden entrar o permanecer normas de otro rango. El fenómeno no sólo afecta a la orgánica judicial. La justicia se encuentra subordinada no sólo en su caso a ley, sino también más ordinariamente a disposiciones de carácter teóricamente reglamentario o meramente administrativas. La función estatal de la justicia acaba resolviéndose en estos años en subordinación aplicativa de todo tipo de norma, de normas a disposición de unos poderes así incontrastables, el legislativo y el ejecutivo, o de un poder normativo realmente indistinto. El problema que se planteara en tiempo de Cádiz de un amparo directo de la libertad de los individuos, aquí ni cabe.

Pero no todo es incapacidad ni subordinación para la justicia. No todo lo es para toda ella. El vacío normativo creado por la defección legislativa está muy lejos de colmarse por una actividad administrativa. Esto ni siquiera se intenta. Para esto la situación también sigue siendo la reflejada por el susodicho decreto de 1836: «Por desgracia la falta de códigos nos tiene reducidos a una legislación dispersa (y) antigua». Suplirán los *Códigos Españoles*, ni códigos ni españoles. Una normativa reconocidamente obsoleta que legislación también se decía aunque constitucionalmente no lo fuera, que tal podía decirse por cuanto que seguía con todo en vigor, no era de aplicación tan estricta y directa como las disposiciones administrativas nuevas. No lo era porque no podía serlo, por causa de su misma obsolescencia. ¿Qué ocurre entonces? Pues media la jurisprudencia, algo constitucionalmente también imprevisible. Ahí está la *Colección Legislativa* con su parte de *Jurisprudencia*.

Son los jueces quienes deciden, no siempre en último término. A ellos entonces les queda un poder notable de determinación normativa. Pero no ope-

ran autónomamente. Aparte de que siempre juegue su dependencia administrativa, resulta entonces importante la planta orgánica de la justicia como función estatal heredada de la Constitución de Cádiz. Era institucional, y la misma con una jerarquía que ahora se refuerza y acentúa, jugando particularmente en el campo civil no codificado, a los mismos efectos jurisprudenciales, de resolución de vacíos, integración de mosaicos, interpretación de fragmentos y resurrección de cadáveres normativos. Es un poder que ahora se concentra en un Tribunal Supremo único y central que, como toda la justicia, no es independiente del Gobierno.

La justicia queda constituida como función desnudamente estatal. No es un poder entre otros, sino parte integrante del poder normativo del Estado, un poder sin posible contraste de libertades. La función constitucional primigenia formulada pero no establecida en Cádiz, la de amparo de libertad, no es sólo que aquí no esté presente, sino que no puede tener cabida. El diseño ahora es sencillo. La justicia está para aplicar leyes y ley materialmente es cualquier manifestación dispositiva de parte de unas instituciones políticas. E institución política es, como el Gobierno que dirige no sólo una Administración sino todo el Estado, el Tribunal Supremo que encabeza la justicia.

En estas condiciones la justicia ni siquiera puede ser, no ya una función al servicio de las libertades y derechos de los individuos, sino tampoco una instancia mediadora entre ellos y frente al poder político. Sirve sin más a éste. Puede especialmente apreciarse en el terreno penal de concepción y establecimiento de una justicia policial e inquisitiva, sin posibilidad de garantías, con el vacío igualmente mantenido de una ley o código de procedimiento criminal. Estas pudieron ser las sintomáticas expresiones de una orden ministerial de primero de febrero de 1844, puro ejemplo:

A fin pues de reprimir cualquiera osada tentativa de los malévolos, S.M. me manda prevenir a VV. (Jueces de primera instancia) como de su Real orden lo ejecuto (el Ministro de Justicia), que desplegando la actividad, vigilancia y entereza que tan indispensables son en todos los funcionarios, y especialmente en los depositarios de la justicia, se ponga de acuerdo con el jefe político de esa provincia y con el comandante militar de la misma, requiera el auxilio de fuerza armada que necesite, ronde por los sitios públicos si fuere preciso, vigile a las personas sospechosas, y ejerza por último todas las atribuciones propias de su ministerio judicial para reprimir con decisión y energía toda clase de delitos que tengan por objeto turbar el reposo público o negar la obediencia a las leyes y a las autoridades.

No puede decirse mejor. E importante me sigue ante todo pareciendo que pudiera precisamente decirse. El fondo del planteamiento es la concepción funcional de la justicia. El juez es un funcionario al servicio del poder, no a disposición del individuo. El mismo carácter institucional de los poderes, su misma distinción y constitución, es cuestión que resulta ulterior. De momento, la justicia ha quedado instituida como función dependiente de un poder in-

contrastable e indiviso, de este tremendo poder que el propio sistema constitucional, un determinado entendimiento del mismo, ha hecho posible.

3. UNA POSICION DEFINITIVA

Todo esto se trastoca con la revolución constituyente de septiembre de 1868. Trae libertades, reconocimiento de derechos; traerá casi inmediatamente una justicia para ampararlos, una concepción judicial de esta función constitucional. No es una conexión ni un cambio que se produzcan fácil ni cumplidamente a estas alturas, pero entonces llegan con el empuje suficiente como para replantear las cosas.

En unas primeras disposiciones revolucionarias puede mantenerse incluso un concepto policial e inquisitivo de la justicia, pero, con el mismo reconocimiento más particularizado de las libertades, la visión en seguida cambia. Véase cómo puede dirigirse todavía a jueces, a los presidentes de las Audiencias en concreto, un decreto de 10 de octubre de 1868:

Encarezco a V., como la más urgente atención de su elevado cargo, adopte cuantas disposiciones crea conducentes a perseguir y castigar con la mayor energía todo atentado contra la vida y la seguridad personal, todo ataque contra la propiedad y el libre ejercicio de los derechos del ciudadano, escitando para ello el celo de sus subordinados, cuya conducta tendrá en cuenta el Gobierno provisional.

Unos nuevos valores, ahora de libertad, no han alterado todavía la posición funcional de la justicia, pero la alteración se plantea pronto. Ya está planteándose. Unos decretos revolucionarios de reconocimiento de derechos y libertades que se suceden durante estos meses ya es otra consideración la que pueden guardarle. En sustancia, para ellos puede ser el derecho cosa de los individuos y quedar la justicia a disposición suya por haber de servir al amparo de la libertad de cada uno y a la composición de las libertades de todos. Es el planteamiento que durante el último trimestre de 1868 traen algunos decretos que no prometen y proclaman, sino que reconocen y restablecen derechos. Especialmente lo hacen aquellos que tratan de libertades personales o privadas; menos los que versan sobre libertades sociales o políticas.

Unos decretos pueden concederle directamente entrada a los jueces, sin espera de ley, para dicha concreta función constitucional de amparo de libertad individual. Si son todavía funcionarios, quedan a disposición ahora, antes que del poder, del ciudadano, incluso eventualmente, según el mismo tenor de estas disposiciones, frente al poder mismo. También estos decretos plantean el sometimiento de la Administración, del Estado que con ella se identifica, a la misma justicia. Tampoco es que las cosas lleguen a encajar ahora. La potestad administrativa nunca acaba de depurarse, manteniendo facultades sustancialmente judiciales como las de imposición de multas e incluso de arrestos sustitutorios, de disposición así no sólo de propiedad privada, sino también de libertad personal, pero las cosas están plan-

teadas. Y no hace falta que nos detengamos en unos decretos porque el planteamiento, que es lo importante, lo vamos a encontrar acto seguido elevado a la Constitución, que es lo decisivo.

Esto es, desde luego, lo importante y lo decisivo, la Constitución, no la Revolución. Pasa en sustancia lo dicho a la de 1869. En su título primero, que contiene una declaración de derechos de carácter no programático o dogmático, sino reconocitivo y positivo, la justicia conoce dicha entrada. La encuentra como expresión de este determinado alcance de la declaración de derechos misma. Está para garantizar directamente unas libertades, en concreto aquí las personales, sin que constitucionalmente necesite a dicho objeto la existencia de unas leyes. Estas tampoco es que dejen de preverse, pero la función constitucional de la justicia no queda siempre a sus resultas. Habrá de sopesarse la presencia de la ley, mas conviene reparar ante todo en esta anteposición de la justicia. No puede de nuevo reducirse completamente a una función aplicativa de leyes.

Y así no se le caracteriza. El texto de 1869 es el primero que no define la justicia como dicha función de aplicación. Su título segundo procede a la división y definición de unos poderes. La noción que se ofrece de uno judicial, pues poder se dice, resulta un tanto tautológica por la misma supresión de dicha referencia funcional que era constante de todos los textos anteriores. He aquí, en el artículo 36, la fórmula nueva, la tautología elocuente:

Los tribunales ejercen el poder judicial.

Pero adviértase también que la posición no cambia. Es la tercera, tras un poder legislativo y otro ejecutivo. Era el lugar que le correspondía por su función aplicativa de normas generales a casos concretos, aunque esto aquí a efectos definitorios no se exprese. Algún significado tendrá el silencio. Tampoco en verdad se dice que su función sea otra. Si se adoptara consecuente y explícitamente la de amparo de libertades que aparece y juega en el título previo, tendría que haberse modificado seguramente la posición, como ya se insinuara en Cádiz. La tautología también parece indicar alguna indecisión, igual que entonces.

¿Para qué sirve aquí la justicia? ¿Cuál es su función? Viene el título correspondiente, «del poder judicial» ahora, el séptimo aquí, con alguna respuesta. Esta es la primera, su primer párrafo, en el artículo 91:

A los tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales.

Dado todo lo anterior, tanto la entrada primera de la justicia como el silencio sobre la función en el momento de la definición, «exclusivamente» no puede significar «tan sólo», sino «en exclusiva», esto es, no que a la justicia solamente le quepa aplicar leyes, sino que a ella tan sólo le corresponde esta forma contenciosa de hacerlo. Son dos cosas muy distintas. Ni el poder legislativo ni el ejecutivo pueden en principio desempeñar esta función jurisdiccional, pero la justicia tal vez pueda hacer algo más, como lo que hace en el título primero de la misma Constitución. Esta comenzaba teniendo ahora un valor normativo inmediato por el que podía judicialmente ser aplicada sin necesidad de mediación de ley.

Tal valor normativo de esta Constitución supone una razón decisiva para que la justicia no acabe de encajar en la posición tercera. Cuando ahora la norma constitucional en este título judicial repite, pues las otras ya venían haciéndolo, que el juez es responsable por «infracción de ley», no puede inequívocamente implicar su subordinación a esta clase de norma ordinaria. La constitucional por sí misma ya le compromete; puede ella misma entenderse ahora ley, la ley primera. Y aquella confusión con normas de rango aún inferior, supeditándose ulteriormente a la justicia, no cabe entonces. Lo previene justamente un artículo, el 92:

Los tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales, sino en cuanto estén conformes con las leyes.

Y queda siempre la posibilidad de que en la categoría legislativa de vigor más garantizado quede incluida la propia Constitución. Pero tampoco directamente se dice. De la misma subordinación que entonces hubieran de guardarle las leyes ordinarias, con la ampliación de dicha misma capacidad judicial, nada se expresa. Y la ley, como norma ulterior a la Constitución y así ya sin comprender a ésta, no deja de tener su entrada en este título a unos efectos bien decisivos, a los efectos más sustanciales de la propia existencia de la justicia. Este planteamiento no se modifica; no se extiende tanto ni tanto se esmera la rectificación.

Esta Constitución tampoco constituye a la justicia; en este punto puede que se encuentre su diferencia mayor y clave con la de Cádiz. A un efecto todavía constitutivo la justicia no deja de depender de ley. La norma constitucional sólo establece ahora unas someras directrices. He aquí la disposición de los artículos 94 y 95:

El Rey nombra los magistrados y jueces a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la ley orgánica de tribunales.

El ingreso en la carrera judicial será por oposición. Sin embargo, el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de los magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior ni a las reglas generales de la ley orgánica de tribunales, pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para dichos casos establezca la referida ley.

Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos sino por sentencia ejecutoria o por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, y al tenor de lo que se disponga en la mencionada ley orgánica. Tampoco podrán ser trasladados sino por Real Decreto expedido con los mismos trámites, pero podrán ser suspendidos por auto del tribunal competente.

Hay, desde luego, novedades, pero no respecto a la posición final de la justicia. Precisa y depende de la ley. Esta en definitiva le constituye. La norma constitucional lo que ahora hace es asegurarse de que la legislativa, si le sigue, establecerá una justicia constitutivamente profesional y funcionalmente independiente, ni lo uno ni lo otro de forma absoluta y terminante, pero al menos suficiente y pasable. Ya sabemos que ahora la ley seguirá, pero completos todavía la visión constitucional. Vemos que

vuelve a ser compleja, de manera parecida y por razones iguales a las de Cádiz. Tampoco ahora falta la previsión del jurado para materia penal en el mismo capítulo judicial.

¿Vuelve la *gran innovación* a insinuarse? Parece que en menor medida que por los tiempos de Cádiz. La diferencia se encuentra en la dependencia de la ley a unos efectos constitutivos. La Constitución realmente deja a la justicia en una posición compleja y no cerrada. Su misma función es incierta. Sirve en su primer título, el de declaración de derechos, para el amparo de libertades; en el segundo, el de definición de poderes, no se sabe, y en el séptimo, el de institución de justicia, para la aplicación de leyes. Pero lo que de esta forma se constituye resulta todavía más incierto respecto a su entidad intrínseca.

¿Qué justicia? Esto esencial y primero no acaba la Constitución de resolverlo. Aunque no la defina de forma explícita, aunque rehuya así el concepto, lo que concibe es una justicia profesional más pensada para la aplicación de leyes que para el amparo de libertades o que sólo serviría para esto segundo en la medida en que lo atendiese lo primero. Y constituirlo no la constituye. Esto se encomienda ahora a la ley, a esta norma siguiente.

Que efectivamente sigue como se sabe y decimos. Debe constitucionalmente hacerlo. Más difícilmente podía faltar cuando la Constitución ya ha capacitado a la misma justicia y expresamente además respecto a las normas de rango inferior a ley. Esta del poder judicial, de 15 de septiembre de 1870, será la que fije la posición hasta hoy prácticamente definitiva de la justicia ordinaria o la justicia sin más en España. Es lo primero a lo que procede y es lo más trascendente. Hay cosas esenciales en esta ley, como la exigencia de colegialidad de todos los órganos jurisdiccionales, que no se llevaron a la práctica y quedarían inéditas, pero la cosa más esencial, la ubicación referida, se impuso categóricamente por entonces y no se ha revisado realmente hasta ahora. Esto es lo que fundamentalmente interesa. La posición tampoco es nueva. Vuelve a ser muy simple.

La justicia queda definitivamente situada en la posición tercera. Y lo hace un artículo tercero. Estos son los tres primeros artículos de esta ley, de los cuales los dos iniciales se limitan sustancialmente a reiterar expresiones constitucionales y sólo el último trae un pronunciamiento propio. Este tercero resulta realmente el primero. Lo es desde entonces:

La justicia se administra en nombre del Rey.

La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales.

Los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior y las que esta ley u otras les señalan expresamente.

Con su título de fuentes que de forma más eficaz suplanta a la Constitución, es lo que vendrá a ratificar el Código Civil, código y español en esta parte. La ley orgánica judicial ya era la que en esto constituía; ya es constitutiva hasta el punto de que puede prescindir y prescinde de la Constitución. Las fun-

ciones de la justicia las determina esta ley y otras que le sigan, todas así ordinarias, código incluido. Y no hay cabida para la constitucional, para la propiamente constitucional, en la categoría normativa. Las mismas expresiones constitucionales que se repiten pueden adoptar otro sentido, restringiéndose su campo semántico: «exclusivamente» ahora significa «tan sólo». No hay otra posibilidad. Es el imperio de la ley, un imperio que produce la exclusión del derecho reconocido en cambio por la Constitución.

La Constitución, la misma de 1869, deja de ser norma para la justicia; sin cambiarse el planteamiento judicial, podrán seguirle otras que nuevamente eliminan todo aquello que no acababa de encerrar a los jueces en la posición constitucionalmente postrera, la tercera. Incluso antes de esta sustitución, podrán seguir leyes que, vinculando a la justicia, no respeten las propias previsiones judiciales del título primero de aquella Constitución de 1869. No sólo no se respeta el grado superior de unos derechos, sino que tampoco se mantiene el amparo directo de unos jueces. Son cosas que ya han quedado canceladas por una norma orgánica ordinaria. Ahora puede implantarse y funcionar, arraigar y desplegarse, toda la lógica que, con su atención a ley, veíamos contenerse en dicha posición tercera, sin competencia de la que procedía de la consideración del derecho. Es ahora cuando se institucionaliza la petición de principio arrastrada desde un inicio.

Ya es una voluntad política y no una razón jurídica la que puede determinar el ordenamiento. Que la primera sea parlamentaria o autoritaria resulta a nuestros efectos secundario. La cuestión es que los derechos, aun constitucionalmente en su caso proclamados como principios del propio ordenamiento, se quedan sin la garantía de eficacia que sólo puede prestarles una competencia judicial ordinaria. Sólo tendrán a su alcance la realidad que la propia ley, la misma determinación política, resuelva y admita. La justicia no puede prevalecer sobre ella por la sencilla razón de que el derecho, aunque otra cosa se predique, no lo hace.

El imperio de la ley tampoco significa que la justicia quede privada de poder. La justicia también es decisión; lo es para el caso concreto. Al mismo individuo singular puede afectarle más la determinación judicial que la previsión legal. Aplicación o exclusión, subsunción o absolución, son cosas que resuelve el acto judicial, realmente decisivo. La realidad jurídica la constituye la justicia. Como ella la identifica, con ella se identifica. Se siguen entendiendo los temores que ya vimos manifestarse en Cádiz:

Los tribunales colegiados y la perpetuidad de sus jueces, y la facultad que tienen éstos

de calificar por sí mismos el hecho sobre el que han de fallar, sujetan sin duda alguna a los que reclaman las leyes al duro trance de hallarse muchas veces a discreción del juez o tribunal.

Puede incluso el riesgo acrecentarse si la misma colegialidad no es regla general. Se acentúa si sólo existe dicha justicia profesional. Se agrava si queda toda ella confinada en la posición tercera. Ya se sabe que hoy no son las cosas enteramente así. Han vuelto afortunadamente a complicarse por la mismísima razón además que hemos visto desde 1812, porque vuelven sencillamente los derechos. Se han complicado de forma parecida a lo que ocurriera entonces y en 1869, de un modo además acumulativo. Han aparecido jurisdicciones constitucionales más cercanas al ámbito parlamentario que al judicial. Se han atribuido algunas funciones de amparo de libertades a los propios jueces ordinarios. Una justicia ciudadana no puede decirse en cambio que se haya recuperado.

Mal cabe. La justicia ha quedado organizada de la forma jerárquica que responde a la función aplicativa de leyes. Su mismo poder decisivo, aun ya más limitado, cabe que siga concentrándose en un Tribunal Supremo igual que por los tiempos de la deficiencia legislativa. Este concreto riesgo tampoco lo evita, más bien lo duplica, la aparición de un nuevo colegio superior por el añadido de una jurisdicción constitucional similarmente concentrada. Con este panorama final, aquellas esperanzas iniciales puestas en cosas como el jurado, la conciliación y el arbitraje pueden realmente parecer ingenuas. Podían ser formas genuinas de otra justicia constitucional, una que no se distinguiera de la ordinaria, que no comenzara por excluir de su categoría a ésta, a la justicia simple.

La clave está en la posición que sigue siendo tercera. Al contrario de lo que se insinuara en Cádiz, esto en sí no se problematiza. La sugerencia de que debiera ser incluso la primera y en ningún caso la postrera por el preciso imperativo de una primacía eficaz de los derechos, no se considera. No puede realmente considerarse dentro de la estructura profesional de la judicatura concebida por la Constitución de 1869, instituida por la ley de 1870 y arraigada desde entonces; no cabe en absoluto hacerlo bajo su concepción como función estatal firmemente establecida desde entonces. Entre Estado y Constitución, una justicia que en España engendrara el primero y no la segunda, ha efectuado su opción. Está constituida. Y una *revolución total* ya no se quiere. La *gran innovación* no cabe. La historia constitucional ha resultado constituyente.