

## **ENCUESTA**

## ENCUESTA SOBRE EL PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA

Como es sabido, el 28 de mayo del 2001 se suscribió el llamado *Pacto de Estado para la reforma de la Justicia* por el PP y el PSOE, al que se adhirieron después otras fuerzas políticas con representación parlamentaria.

A nosotros nos corresponde, por razones obvias, dejar a un lado sus numerosos aspectos más o menos puntuales que carecen de relevancia desde la óptica del Derecho constitucional.

Nos interesa centrar la atención en que dicho Pacto se presenta como *un proyecto global* para acometer *sistemáticamente* los problemas de la Justicia, dotando de *coherencia, estabilidad y permanencia a las múltiples reformas que resultan precisas*. De aquí probablemente que el mismo afirme que pretende así lograr, desde *el consenso sobre las bases fundamentales de funcionamiento de uno de los poderes del Estado, un nuevo modelo perdurable*, que, sin duda, exige ser contemplado también desde la perspectiva que ofrece la regulación constitucional en esta materia, pues afecta, como el propio Pacto señala, *a elementos sustanciales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, como la garantía de los derechos de los ciudadanos o el sometimiento de todos los poderes a reglas objetivas recogidas en las leyes*.

Pese a los sobresaltos que en su cumplimiento suele vivir todo *Pacto de Estado interpartidista*, tras los meses transcurridos desde su firma en que las dificultades surgidas en torno a su interpretación parecen haberse ido afrontando sin que el Pacto se quebrase, ha parecido al Consejo de Redacción de la Revista que estamos en presencia de una materia sobre la que debíamos ofrecer, mediante una de nuestras ya tradicionales encuestas, la oportunidad de que diversos especialistas ofreciesen sus reflexiones en nuestras páginas. Ello, nos parece, constituye el mejor introito a este número, a la par, doble y monográfico, que dedicamos a la Justicia.

Como siempre, rogamos a los encuestados que interpreten los diversos puntos de la encuesta como un mero guión, en torno al cual pueden expresar con plena libertad cuanto, desde una perspectiva técnico jurídica, deseen poner de manifiesto sobre el objeto de fondo de nuestra encuesta.

## PREGUNTAS

1. ¿Qué valoración le merece la novedad más sobresaliente, a saber, el nuevo sistema de elección del Consejo General del Poder Judicial? ¿Supone una mejora del anterior? ¿Qué glosa le suscita el comportamiento que en la práctica ha seguido la Judicatura en la primera aplicación de este sistema electoral?

2. ¿Qué opina de la referencia que formula el Pacto a la reforma de *la protección de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, que trae a colación la cuestión de la relación entre éstos y el propio Tribunal Constitucional?

3. ¿Qué reflexiones le suscita el que el Pacto, en relación con el Tribunal Supremo, pretenda potenciar *su función como órgano jurisdiccional superior y garante de la unidad de doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales*, a cuyos efectos *se reformará el recurso de casación atendiendo a la noción de «interés casacional»*? ¿Y el que se acuerde desarrollar la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en todas las ramas del Derecho autonómico?

4. ¿Qué perfil cree Vd. más adecuado para un Ministerio Fiscal, sobre el que el Pacto es voluntariamente ambiguo, entre otros extremos, cuando afirma que *se afrontará y resolverá el debate sobre la investigación previa al proceso penal por el fiscal o por el Juez*, modificando, *en su caso, el sistema actual, y el nuevo papel del juez como Juez de garantías que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales*?

5. ¿Cómo cree Vd. que se deben desarrollar en la práctica, con relación al Ministerio Fiscal, los principios constitucionales de unidad de actuación e independencia jerárquica, así como su sometimiento a los de legalidad e imparcialidad?

## ENCUESTADOS

Luis María Díez-Picazo Giménez, *Catedrático de Derecho constitucional excedente, ex Director de la Escuela de Práctica Jurídica.*

Juan Fernando López Aguilar, *Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de las Palmas, miembro de la Ejecutiva del PSOE.*

Luis López Guerra, *Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Carlos III, ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional, ex Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial.*

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Córdoba, Ex Jefe del Gabinete de Estudios del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.*

Jorge Rodríguez Zapata, *Letrado del Consejo de Estado, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.*

## I. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*¿Qué valoración le merece la novedad más sobresaliente, a saber, el nuevo sistema de elección del Consejo General del Poder Judicial? ¿Supone una mejora del anterior? ¿Qué glosa le suscita el comportamiento que en la práctica ha seguido la Judicatura en la primera aplicación de este sistema electoral?*

LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO

Para valorar debidamente el nuevo sistema de elección del CGPJ, me parece que hay que hacer una distinción entre el hecho de que haya sido adoptado por consenso entre los principales partidos y la calidad del nuevo sistema de elección en sí. El consenso sobre este punto, que es el principal —o, al menos, el que sirvió de detonante— del Pacto de Estado sobre la Justicia, es indudablemente positivo. El modo de elegir a los miembros del CGPJ venía siendo un asunto polémico desde la aprobación de la LOPJ en 1985 y, probablemente, lo era ya antes. Si el nuevo sistema de elección sirve para pacificar las cosas y crear «convenciones constitucionales» sobre un órgano tan importante en la arquitectura del Estado, bienvenido sea.

Cosa distinta es la calidad del nuevo sistema de elección en sí mismo considerado. Personalmente, no me gusta. El Poder Judicial es, ciertamente, un poder del Estado; pero está servido básicamente por jueces de carrera, es decir, por un cuerpo de funcionarios. Comprendo mal cómo, en una lógica liberal-democrática, se puede justificar que un cuerpo de funcionarios se autogobierne... y a esto es precisamente a lo que se tiende cuando una parte importante de los miembros del CGPJ son elegidos por los mismos jueces. No se me escapa que el anterior sistema dio lugar a la tan denostada práctica de las «cuotas» por partidos. Pero el nuevo sistema no elimina la tendencia a las «cuotas», que ahora vienen determinadas por las asociaciones, en lugar de directamente por los partidos. Véase el poco edificante espectáculo de la renovación con el nuevo sistema, así como los primeros meses de funcionamiento de este Consejo, que parecen estar caracterizándose por un grado de crispación y enfrentamiento por bloques ideológicos que, por decirlo suavemente, nada tiene que envidiar a la situación anterior. Además, y ésta es mi gran objeción, la elección del órgano de gobierno de la judicatura por los jueces favorece el corporativismo en sentido propio, que no es la defensa de los intereses de categoría —lo que, en principio, es perfectamente legítimo— sino intentar hacer pasar esos intereses de categoría como interés general.

## JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Antes de responder las preguntas de la encuesta creo conveniente e ilustrativo, desde la responsabilidad que se me atribuyó en la negociación y posterior elaboración de este Pacto, expresar una breve reflexión acerca de los antecedentes y principios plasmados en el acuerdo.

Lo primero que he de destacar es que el PSOE, al que he representado en este proceso, ha llegado a este Pacto de Estado pensando exclusivamente en los ciudadanos. Hemos sacrificado una materia muy golosa para hacer oposición en aras de trabajar para solucionar los problemas de la gente.

Desde hace ya bastante tiempo, y de manera creciente en los últimos años, la sociedad española venía demandando y reclamando inequívocamente un esfuerzo político profundo de mejora y modernización del sistema judicial. Esta preocupación inmediata es consecuencia de la decisiva importancia de los costes de la Justicia como indicador del bienestar social y de la calidad democrática de un país. Para afirmar una sociedad justa, además de libre y democrática, es absolutamente imprescindible conseguir un correcto funcionamiento del Estado de Derecho a través de un servicio público judicial, eficiente, ágil y accesible a todos los ciudadanos, asumiendo definitivamente que esa Justicia de calidad necesita una financiación adecuada. La tutela judicial y el acceso a una justicia «equitativa» y a la resolución fundada en Derecho, en una sociedad avanzada, ha de ser un derecho subjetivo igualitario, al alcance de todos. La prioridad de la política ha de ser conseguir que los ciudadanos, en la realidad diaria de los Juzgados y tribunales, gocen de todas las garantías que la Constitución les concede. Ello, que es importante, lo ha de ser mucho más para un socialista, en la medida en que una Justicia que funcione es la última esperanza a la que se puede acoger el sector más desfavorecido de la sociedad. En otras palabras una Justicia lenta e ineficiente es, sobre todo, una maquinaria burocrática que se ceba sobre aquéllos que no pueden recurrir más que al Estado de Derecho para defender su vivienda, su honor, sus libertades, sus derechos. Una Justicia ineficaz es, en definitiva, una Justicia socialmente injusta y económicamente selectiva. Por ello, los socialistas debemos marcarnos como objetivo prioritario su eficiencia, su eficacia, su rapidez y su agilidad.

El Pacto para la reforma de la Justicia debe interpretarse como respuesta a este diagnóstico, la única respuesta adecuada, creíble y proporcionada a la magnitud de los problemas. El Pacto de la Justicia es expresión objetiva de un proyecto global, ambicioso, requerido por tanto de recorrido en el tiempo. La reforma profunda de la Justicia necesita de una continuidad que supere la alternancia legítima en el Gobierno, necesita de un proyecto común que se extienda a varias legislaturas. Por ello era necesario un Pacto de Estado. Una reforma de la LOPJ, de la LECRIM, del Estatuto del Ministerio Fiscal, o de la Planta Judicial, no debería ser contrarreformada por el partido en la oposición una vez llegado al Gobierno. Reformas de tal calado deben hacerse desde el

consenso para que permanezcan y los agentes judiciales puedan disponer del tiempo suficiente para extraer de las mismas un efecto positivo. Los vaivenes legislativos son letales para la Justicia.

El Pacto firmado es, así pues, ambicioso en muchos aspectos, y en sus contenidos específicos responde de manera principal al programa socialista sobre Justicia. Contempla, entre sus objetivos, desde la reforma de los instrumentos a través de los cuales la Justicia se hace efectiva (recursos personales y materiales), pasando por la imperativa reforma procesal penal, hasta la introducción de un sistema razonable de responsabilidades, prohibiciones e incompatibilidades, que preserven la independencia judicial a la hora de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y que garanticen la responsabilidad derivada de las actuaciones judiciales o del funcionamiento anormal del servicio. Excluye la contrarreforma del Jurado, del Código Penal, y la supresión del acceso a la carrera judicial a través del tercer y cuarto turno. Es un Pacto de contenido progresista que lleva la impronta del PSOE en cada una de sus líneas.

El nuevo sistema de elección del órgano de gobierno de los jueces no es el elemento más importante del Pacto, porque es el que menos afecta a los ciudadanos. Sin embargo, hay que reconocer que mediáticamente su impacto fue muy grande porque ponía fin a una controversia que había durado lustros entre la concepción de la izquierda y la derecha sobre la elección del CGPJ. Otra razón de su repercusión mediática fue quizá, que de todos los acuerdos alcanzados éste era el de más inmediata aplicabilidad. El CGPJ, cuya renovación estaba pendiente desde hacía meses, fue elegido el pasado mes de Noviembre conforme al nuevo sistema acordado.

Lo más destacable del nuevo sistema de elección es que será el Parlamento quien finalmente elija a sus miembros, a la totalidad de sus miembros, dotándolo así de la única legitimación que conoce la Constitución: la legitimación democrática, actuando en nombre de la voluntad de la representación de la soberanía popular. Esta interpretación del art. 122.2 CE, validada por el TC en la STC 108/1986, que ya fue defendida en la LO 6/1985, y que dejaba en manos del Parlamento la elección de los 20 vocales del Consejo, es la que, con alguna corrección, triunfa en el Pacto, frente a la corporativa que había sido defendida con vehemencia por la derecha judicial mediática y política.

El acuerdo, en este punto, tiene un primer efecto muy positivo. El nuevo sistema pacifica una cuestión que sometía a continuo desgaste y deslegitimación al CGPJ, en tanto en cuanto consigue consolidar un sistema consensuado, pacificando una absurda pero pertinente diatriba que había confrontado durante años dos «interpretaciones constitucionales» posibles, representadas cada una por los dos partidos mayoritarios.

La segunda consecuencia positiva es que, además, lo hace manteniendo la legitimidad parlamentaria de sus miembros, algo que para nosotros era esencial. Con ello, se respeta la decisión del constituyente de impedir que dichos intereses corporativistas afecten la configuración de la independencia del Poder judicial, al margen de la decisión de la soberanía popular representada por el

Parlamento. El CGPJ es un órgano de gobierno que toma decisiones políticas, no jurisdiccionales. Su legitimidad democrática debía ser salvaguardada, y así ocurre en el Pacto, que proclama que la decisión última sigue descansando en los representantes de la voluntad popular, como no podía ser de otra manera.

Junto a ello, los intereses colectivos de los jueces y magistrados quedan lógicamente respetados, puesto que para elegir a los doce vocales «entre» los miembros de la Carrera Judicial los propios jueces y magistrados proponen una lista de 36 candidatos, a través del sistema de candidatura avalada (en el caso de candidatos independientes) o de candidatura presentada en función de la representatividad de las asociaciones judiciales. Con ello, se satisface la participación de los jueces en el proceso y se pacifica una cuestión clave para la legitimidad futura del Consejo.

En cuanto a la segunda pregunta, el comportamiento de los jueces y magistrados en la aplicación de este nuevo sistema ha sido positivo, extraordinariamente activo, asumiendo desde el primer momento su papel en el procedimiento. Como tal digno de ser reseñado, porque a pesar de la confusión inicial en cuanto a la entrada en vigor del nuevo sistema y del escaso tiempo con el que contaron para reunir los avales y presentar las candidaturas al Parlamento, conforme a las exigencias de la nueva ley, concurrieron en tiempo y forma, y permitieron una elección pacífica del Órgano Constitucional. Todo ello, además, teniendo en cuenta el plazo tan exiguo que el Grupo Popular impuso, lo cual provocó algunos problemas innecesarios, que fueron solventados por parte del CGPJ saliente, que gestionó el proceso.

#### LUIS LÓPEZ GUERRA

En mi opinión, la virtud más relevante del acuerdo sobre la justicia es que ofrece la posibilidad (pendiente de confirmación en la práctica) de cerrar una controversia que ha impedido, en los últimos quince años, una discusión sobre los problemas de fondo de la justicia. Desde 1985, en efecto, cualquier debate sobre cuestiones judiciales entre los grandes partidos nacionales se veía indefectiblemente obstruido por las críticas de unos (concretamente el Partido Popular y la Asociación Profesional de la Magistratura) y la defensa de otros (el Partido Socialista y la Asociación Jueces para la Democracia) de la elección parlamentaria de los vocales judiciales del CGPJ. La consideración del origen parlamentario del CGPJ bien como pecado del origen, bien como característica irrenunciable del sistema judicial, bloqueaba desde el principio cualquier solución consensuada sobre la reforma de la justicia, en un campo donde el consenso aparece como imprescindible.

El acuerdo ahora logrado muestra que la controversia era en gran parte artificial, o, al menos, los argumentos en que se fundaba la crítica a la elección parlamentaria lo eran; el nuevo sistema de elección de vocales mantiene esa elección, y no supone grandes restricciones a la libertad parlamentaria al

respecto. Cabe incluso preguntarse si la composición del actual Consejo hubiera sido muy distinta si se hubiera mantenido la fórmula anterior. Pero el que la controversia fuera artificial no obsta a que se hubiera convertido en un obstáculo considerable para avanzar en la mejora de la justicia.

La libertad de selección que aún conserva el Parlamento (y que en mi opinión es muy conveniente) ha dejado en segundo plano la actuación de jueces y magistrados como autores de un proceso de preselección. Como elemento más destacado creo que debe señalarse el predominio de los candidatos procedentes de las Asociaciones más numerosas, en detrimento de los candidatos promovidos por agrupaciones de jueces y magistrados no asociados. Ello por otra parte era de esperar, y corrobora que en el fondo la disputa era nominal.

#### PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

En la medida en que pretende poner el punto final de una controversia que se ha prolongado a lo largo de dieciséis años y que ha afectado de manera importante al Consejo General del Poder Judicial y, a través de él, al conjunto del Poder Judicial, la valoración tiene que ser favorable. En efecto, terminar una polémica que cuestionaba la legitimidad del órgano de gobierno del Poder Judicial era algo imprescindible. Al logro de ese resultado habrá que supeditar las demás consideraciones que se hagan respecto del contenido de la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, que ha sido el instrumento legal que ha formalizado el pacto político en torno a esta cuestión.

No obstante, creo conveniente indicar que la controversia mantenida a lo largo de tanto tiempo, si bien en los últimos años pareciera haberse mitigado, se alimentó de argumentos que, bajo la cobertura de razonamientos basados en las normas constitucionales, en la realidad, contraponía planteamientos estrictamente políticos: se trataba de una cuestión de poder, precisamente el que se ejerce desde el Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, conviene precisar el alcance de la confrontación. Porque, desde el punto de vista constitucional no hay obstáculos para ninguna de las dos soluciones que se escogieron: la de 1980 y la de 1985. Por eso, la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró que no era contraria a la Constitución la regulación de la LOPJ, no hacía más que explicitar una interpretación posible del texto fundamental, aunque, en el camino, aprovechase para hacer consideraciones de futuro y advertencias de toda índole.

Así, pues, situados en el plano de las opciones permitidas por la Constitución y, visto que se trata de establecer el modo en que se accede a un centro de poder, no dejaba de ser razonable que fueran las Cortes Generales, que representan al pueblo, aquél de quien emanan todos los poderes del Estado, las que, con la decisiva garantía que representa la mayoría cualificada, decidieran. Es verdad que, de este modo, los grupos políticos representados en las Cámaras podrían poner el Consejo General del Poder Judicial en manos

de personas próximas a ellos. Y así se produciría la politización tan denostada. Sin embargo, no es menos cierto que la opción realizada en 1980 suponía otra forma de politización, sólo aparentemente ajena a la injerencia partidista: la que va de la mano de los intereses expresados por las asociaciones profesionales de jueces y magistrados, perfectamente legítimos pero igualmente políticos.

Cualquier observador de la realidad podrá apreciar, sin dificultad cuanto señalo, de la misma manera en que comprobará que en ambos sistemas se combinaban elementos políticos y elementos corporativos. Lo único que cambia es el cauce a través del que se manifiestan. En la opción de 1980, tal como operaría tras la aparición de varias asociaciones judiciales, al romperse la inicialmente unitaria Asociación Profesional de la Magistratura, las demandas políticas se canalizarían a través de esas asociaciones, cuyo grado de ideologización es particularmente notable. En la de 1985, los intereses corporativos se hacían valer ante los grupos parlamentarios.

Cambian las formas pero no el fondo. Y, yendo al fondo, la observación de lo que ha sucedido en otras experiencias constitucionales nos permite asegurar que hay politización —entendida en términos de confrontación cuasipartidista— tanto donde los miembros judiciales de este tipo de órganos de gobierno de la judicatura son elegidos por los jueces, como donde es el Parlamento el que lo hace. No hay, pues, soluciones asépticas que eviten esa «politización». Sólo hay soluciones políticas cuyos procesos de aplicación no suelen tropezar tanto con dificultades técnicas cuanto con dificultades políticas. Es decir, las cosas se pueden hacer bien o mal. Así, en 1996, con el método de 1985, se hicieron bien y eso se apreció en la actuación del Consejo que resultó del proceso negociador. Y, en 2001, después de un buen comienzo, se hicieron mal, ofreciendo al país un espectáculo poco edificante, cuyas consecuencias en el funcionamiento del Consejo están por ver.

Por lo demás, la regulación ahora vigente pretende formalizar un proceder seguido en la práctica en anteriores ocasiones con el sistema de 1985. Entonces, de los contactos de las asociaciones judiciales con los grupos parlamentarios, salían los candidatos, luego sometidos a la negociación y posterior elección. Y, si es cierto que no había normas que regulasen esa operación, surgieron algunas prácticas especialmente acertadas, como, por ejemplo, que cada grupo parlamentario principal propusiera tres nombres por puesto a cubrir y que el otro escogiera uno. Ese proceder favoreció la confluencia de apoyos en los candidatos aceptables para todos, que es, a la postre, lo que la Constitución busca, evitando el recurso a una mera distribución de los puestos a cubrir entre las distintas opciones político-judiciales, sin entrar en el examen conjunto de cada candidato. Procedimiento este último poco coherente con el diseño constitucional y poco satisfactorio desde el punto de vista práctico, dado que permite que personas carentes de las condiciones de idoneidad técnica y política acaben formando parte del Consejo General del Poder Judicial gracias a la aceptación ciega de las pro-

puestas hechas por los demás, siempre que se mantengan en el número de puestos asignados.

La comparencia de los candidatos no judiciales ante las Comisiones de Nombramientos del Congreso de los Diputados y del Senado, hasta ahora, no ha servido para corregir esos riesgos. En realidad, creo que no ha servido para nada. O se ha cumplido el expediente sin más, o se ha aprovechado para el reparto de elogios, o se ha pretendido, unas veces examinar al compareciente y, en otras, censurar sus actuaciones pasadas. Pero lo significativo es que, incluso, cuando se ha visto claramente en grupos parlamentarios determinantes una clara actitud contraria a un candidato, luego, en virtud de los pactos preestablecidos, el rechazo dialéctico se transformaba en voto favorable. Es una buena muestra de la poca utilidad de esta institución que nació en un contexto muy diferente al nuestro y para nombramientos en los que quien decide no es aquél ante quien se comparece.

Por lo demás, resulta que, en el sistema hoy vigente, se tiene en cuenta, ciertamente, que la mitad de los jueces y magistrados españoles no están asociados. Por eso, se han arbitrado cauces que permiten proponer candidatos tanto a las asociaciones como a los no asociados. Sin embargo, se ha podido comprobar que las Cortes no tuvieron demasiado interés en facilitar a estos últimos su participación en el proceso abierto por la Ley Orgánica 2/2001. Así, la regulación que en ella se contiene ofrece ventaja a las asociaciones que aumentarán el número de candidatos que pueden presentar si no se cubrieren todas las correspondientes a los no asociados, cosa que el legislador parece presuponer sin preocuparse por arbitrar medios para que eso no ocurra. Por el contrario, dificulta las cosas a quienes aspiren a obtener los avales de sus compañeros. En efecto, no sólo les exige un número de avales que se fija en un porcentaje calculado, no sobre el total de los no asociados, sino sobre el conjunto de miembros de la carrera judicial. Además, en este proceso de renovación en concreto, apenas se les dio tiempo a los aspirantes para recabar avales.

Esa tendencia a favorecer a las asociaciones profesionales, perceptible en el texto de la Ley Orgánica 2/2001, se convirtió en designio evidente de los grupos parlamentarios que solamente escogieron a tres de los 12 candidatos que, pese a todas las dificultades y gracias a una movilización realmente notable de los Jueces y Magistrados no asociados, lograron reunir los avales exigidos. Sólo tres fueron elegidos y, curiosamente, dos de ellos son Magistrados que habían desempeñado con anterioridad cargos de responsabilidad política en gobiernos autonómicos, cada uno de signo distinto. En cambio, las asociaciones próximas a los dos principales partidos políticos, vieron como de sus candidaturas surgían nueve de los doce Vocales judiciales finalmente elegidos, mientras que de la tercera asociación, carente de la proximidad de las otras con el partido de la mayoría o con el principal de la oposición, ninguno de sus candidatos forma parte del Consejo.

En definitiva, lo que fue un buen comienzo tuvo una continuación poco afortunada. La actuación del nuevo Consejo General del Poder Judicial, fruto

del nuevo sistema, nos ofrecerá elementos adicionales para una valoración de conjunto de los cambios introducidos en 2001.

### JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA

El Pacto de Estado ha puesto fin a la polémica, que la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 no acertó a zanjar, respecto de la elección de los Vocales elegidos entre Jueces y Magistrados o, para entendernos, Vocales togados.

El nuevo sistema es ajustado al sentido y finalidad del artículo 122.3 de la Constitución. La Constitución sólo dice, en su artículo 122.3, que los Vocales togados serán nombrados en los términos que establezca la ley orgánica. La libertad de configuración del legislador orgánico era, y es, amplísima. Lo único que el artículo 122.3 de la Constitución no decía era precisamente lo que sí dijo la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio (LOPJ), al prever que los Veinte Vocales del Consejo fueran elegidos por las Cámaras Legislativas. Por eso el nuevo procedimiento de elección de los Vocales togados establecido por el artículo único de la Ley orgánica 2/2001, de 28 junio, representa una mejora indiscutible respecto del sistema anterior. El nuevo sistema se ajusta formalmente –no era muy difícil lograrlo– a la Constitución en cuanto establece un quid distinto entre el nombramiento de los Vocales de procedencia parlamentaria y los Vocales togados que es, prácticamente, lo único que exige nuestra Constitución.

No es afortunada la redacción del nuevo artículo 112.3 c) de la LOPJ. Este precepto dispone que cada asociación judicial profesional determinará, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos, el sistema de elección de los candidatos a Vocales togados que le corresponda presentar.

La remisión en blanco a los Estatutos de las asociaciones judiciales, sin ninguna otra exigencia, permite que éstos adopten procedimientos velada o patentemente oligárquicos de selección de candidatos en sus Estatutos, sin posibilidad de oponerles ninguna tacha por ello.

Debe notarse que, a diferencia de lo que exige el artículo 6 CE para los partidos políticos, el artículo 7 CE para los sindicatos de trabajadores o el artículo 36 CE para los Colegios Profesionales, el artículo 127.1 CE no impone a las asociaciones profesionales de Jueces que su estructura interna y funcionamiento deban ser democráticos. Tampoco lo exige, para asombro del intérprete, el artículo 401 de la LOPJ al desarrollar el artículo 127.1 CE. Existe una referencia vaga a la aplicación supletoria de las normas reguladoras del derecho de asociación a las asociaciones judiciales (artículo 401.9 LOPJ), pero es insuficiente y no garantiza que sus Estatutos deban establecer necesariamente sistemas de elección de los candidatos a Vocales togados por procedimientos que sean transparentes y democráticos.

Si los Estatutos de las Asociaciones pudiesen establecer procedimientos oligárquicos de selección de candidatos nos encontraríamos ante un escena-

rio en el que las Cámaras Legislativas se verían constreñidas a nombrar como componentes de un órgano constitucional en un Estado social y democrático de Derecho a personas cuyo único criterio contrastado de selección sería haber aprobado una oposición. Esta conclusión es absurda. Me parece, por ello, que el artículo 112.3 c) de la LOPJ necesita una interpretación conforme a la Constitución. Debemos entender que existe un mandato constitucional de democraticidad para todos los entes asociativos (partidos, sindicatos o asociaciones de jueces) que tiene relieve para la estructura y funcionamiento de las instituciones que influyen en los órganos del Estado-Aparato. Por ello es obligado entender que la LOPJ exige implícitamente a los Estatutos de las asociaciones judiciales la necesidad de que establezcan un procedimiento democrático y transparente de elección de los candidatos. Así lo han entendido todas las Asociaciones en la primera elección que hemos presenciado por este sistema, pero no deja de ser una omisión desafortunada de la Ley orgánica 2/2001 no haber acertado a vincular en forma expresa los Estatutos de las asociaciones a obvias exigencias de transparencia y democracia interna.

La potestad de las Cortes Generales de elegir ocho Vocales de genuina extracción parlamentaria es un correctivo que impone la Constitución misma a un autogobierno corporativo puro, que sería de compatibilidad dudosa con el principio democrático que inspira la Norma Fundamental. El Pacto de Estado ha arbitrado un sistema que atribuye a las Cámaras la última palabra para elegir los doce Vocales togados de entre las ternas de treinta y seis candidatos propuestos por los Jueces y Magistrados. Se trata de un nuevo correctivo, ahora legal, al exceso de autogobierno corporativo. Se trata de remediar lo que, en otro caso, sería un Consejo dominado por una mayoría de personas que provienen de una oposición y son ajenas a la legitimidad popular. Un Consejo de estas características no se compadece bien con el enorme alcance de las funciones que la LOPJ ha ido atribuyendo, en sus sucesivas reformas, al Consejo General del Poder Judicial, en detrimento de las competencias de otros órganos constitucionales.

Sigo creyendo, no obstante, que este correctivo legal al autogobierno —que era necesario— hubiera sido más eficaz con otra fórmula. Se podría haber respetado la elección corporativa de los doce Vocales togados entre las asociaciones judiciales y los Jueces y Magistrados no asociados. Las Cámaras, tras elegir a los ocho Vocales parlamentarios, podrían haber entregado, en una votación de segundo grado, la Administración cotidiana del Consejo General del Poder Judicial a una Comisión Permanente de pocos Vocales de dicho Consejo. Estos Vocales permanentes habrían sido los únicos con dedicación absoluta al órgano. El resto de los Vocales habría permanecido, así, en una posición institucional honorífica de meros Vocales del Pleno, en el sano ejercicio de sus funciones profesionales, sin perjuicio de acudir a las sesiones del Pleno, a semejanza de los Consejeros del Pleno del Consejo de Estado.

La situación actual sigue ofreciendo el panorama de un Departamento burocrático con 20 miembros rectores, que no están dedicados en absoluto a su dirección y administración. Tal estructura parece ineficiente desde la perspectiva de la teoría de la organización, salvo que retornemos a las fórmulas de la Administración polisinodial o sinodiárquica, que caracterizó la España moderna hasta la instauración de la dinastía borbónica. Por eso me parece que cualquier reforma de futuro del Consejo General del Poder Judicial debería estar orientada en el sentido de disminuir la dedicación al mismo de la mayoría de sus miembros. Sería necesaria una simple reforma de la LOPJ, sin necesidad de tocar, desde luego, el artículo 122 de la Constitución.

El número de Vocales con dedicación absoluta al órgano, que exige el artículo 117.1 LOPJ, es una de las causas que ha motivado que el Consejo General se haya convertido en una especie de Ministerio de Asuntos Judiciales y haya atraído a su esfera una constelación de competencias mucho más amplia de que lo que se deduce del particular «nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario» que indica el artículo 122.2 CE como contenido esencial de lo que es el «gobierno del Poder judicial».

Si pasamos revista a los artículos 107 a 110 LOPJ se observará que, en nuestra forma de Gobierno parlamentaria, ha crecido una organización burocrática independiente que, a diferencia de lo que acontece con el Ministro de Justicia, los demás Ministros y el Gobierno democrático, no puede responder políticamente ante el Congreso de los Diputados. Un órgano de estas características goza, sin embargo, de un abanico de competencias que ha atraído hacia sí en un proceso muy discutible desde el punto de vista constitucional.

Así ocurre, a mi entender, con la competencia reglamentaria que ostenta el CGPJ. Tiene un encaje muy dudoso con lo que dispone el artículo 97 CE. Siempre he defendido que los órganos constitucionales tienen, por su misma naturaleza, autonomía reglamentaria, así como los órganos lateral-constitucionales (Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Tribunal de Cuentas) la facultad de propuesta y el derecho a ser oído en los Reglamentos que les afectan. Sin embargo, en el caso del Consejo del Poder Judicial me parece que todos los supuestos que exceden del artículo 110.1 LOPJ (es decir, los reglamentos sobre el personal, organización y funcionamiento del Consejo en el marco de la legislación sobre la función pública) serían perfectamente prescindibles, sin daño alguno para la institución. Debe observarse, además, que dicha potestad puede vulnerar —además de la competencia reglamentaria del Gobierno, ex artículo 97 CE— la indiscutible reserva de Ley que rige en casi todas las materias que contempla.

También me parece desorbitada la función consultiva prelegislativa que se contiene en todo el artículo 108 de la LOPJ, salvo en lo que se refiera estrictamente a la reforma del propio órgano constitucional que es precisamente lo único que no se contempla en el citado artículo.

Discutible es también la elevación directa a las Cortes —prescindiendo del Ministro de Justicia— de Memorias que pueden interferir en la función de direc-

ción política de la Justicia que sólo corresponde al Gobierno, que ostenta constitucionalmente la confianza de la Cámara.

Frente a este desarrollo excesivo encontramos que la LOPJ tiene, en cambio, un desarrollo insuficiente de un principio constitucional básico en el artículo 117.1 CE, como es el de la responsabilidad de los Jueces y Magistrados. El 117.1 CE exige que los Jueces y Magistrados sean, además de independientes e inamovibles –lo que sin duda se ha conseguido cumplidamente en la LOPJ– responsables, y sometidos únicamente al imperio de la Ley. A mi entender, el principio de la responsabilidad del Poder judicial, que debe surgir, precisamente, cuando un órgano judicial no se somete únicamente al imperio de la Ley, no tiene un desarrollo proporcionado y satisfactorio en la LOPJ, como se percibe con una simple lectura rápida de la misma.

Para resolver esta laguna sería conveniente atribuir al Consejo General del Poder Judicial una auténtica función jurisdiccional disciplinaria para depurar las responsabilidades en que incurran los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su función peculiar. La idea no es inconstitucional, como se demuestra por el ejemplo de la jurisdicción contable atribuida al Tribunal de Cuentas, a pesar de su dependencia directa de las Cortes Generales y de no estar imbricado en la Justicia, como el CGPJ.

La insuficiencia de poderes disciplinarios del Consejo General del Poder Judicial para corregir defectos graves en la sustanciación de los procesos o errores inexcusables en la aplicación de las leyes es patente. Rodeada de las garantías que fueren necesarias, la atribución de una jurisdicción disciplinaria al Consejo General evitaría que la exigencia de tales responsabilidades se deba deslizar en forma progresiva e inevitable hacia la represión por vía penal de lo que en muchas ocasiones serán sólo errores judiciales de gravedad.

Esta jurisdicción disciplinaria se podría complementar –e incluso activar, si se quiere preservar al máximo la independencia en el acto de juzgar– por cuestiones planteadas al Consejo General por los Tribunales ordinarios, en el ejercicio de su función jurisdiccional. Expliquémoslo: Nuestra benemérita Ley provisional sobre organización del Poder judicial de 1870 preveía –entre otros mecanismos de control suprimidos con histórico desacierto por la Ley de 1985– la institución de las acordadas para corregir con plenas garantías los errores de las personas sujetas a jurisdicción disciplinaria. El artículo 667 de la Ley de 1870 decía, así, que la denominación de «acuerdos» se debía a las advertencias y a las correcciones que, por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias cuando no se exprese en los autos la falta, corrección y nombre de la persona a la que se refieran, con la frase á lo acordado. (artículo 667 LOPJ de 1870 y art. 337 de la LEC de 1881) El error de un Juez al desconocer ostensiblemente una ley en vigor al resolver el proceso o al cometer abusos graves al sustanciarlo podía dar lugar a una acordada, que se formulaba aparte y reservadamente, constando únicamente en el fallo la expresión «... y lo acordado». La acordada advertía a la persona que había cometido la infracción la necesidad de una

rigurosa observancia de la Ley, en su letra y espíritu. Este mecanismo no estaba en total desuso en el año 1985. Hasta esa fecha el Consejo de Estado corregía los errores de los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que ostentaba en las que se llamaban cuestiones de competencia, de las que conocía el Consejo de Estado para resolver lo que son hoy conflictos de jurisdicción, según la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948.

Si se resucitase y diese nuevo cuerpo a esta figura de corrección disciplinaria el Tribunal superior que revisa jurisdiccionalmente una resolución de otro Tribunal jerárquica o funcionalmente inferior a él podría abrir el campo de la responsabilidad judicial en el mismo núcleo sensible de ejercicio de su función jurisdiccional, sin merma alguna de la independencia de los Jueces. De esas acordadas se debería dar traslado al Consejo General del Poder Judicial. Tal traslado serviría bien a los solos efectos de que pasasen a formar parte del currículum del afectado bien para que, a semejanza de como se plantean las cuestiones de inconstitucionalidad o las cuestiones de ilegalidad, sirviesen para iniciar un procedimiento. En él ejercería el Consejo General su jurisdicción disciplinaria, limitada ya por el resultado jurisdiccional que garantiza una resolución del órgano superior al afectado, y con plenas garantías para el responsable, para llegar así hasta la sanción que fuera procedente. La Constitución de 1978 ha elevado la Justicia al rango de «poder judicial». El correlato necesario de todo poder en un Estado de Derecho es la responsabilidad y la existencia de controles para garantizar la corrección de su ejercicio. Esos controles no deben estar, sin embargo, como hoy ocurre en la encrucijada perversa de ser insuficientes o desproporcionados.

La primera aplicación del nuevo sistema electoral al CGPJ ha confirmado la vigencia de lo que la STC 108/1986 denominó eufemísticamente «la lógica del Estado de partidos». Ha sido sorprendente que se haya escenificado la primera aplicación del sistema en sede política, con razón o sin ella, como si todos los Vocales –togados o no– debieran ser percibidos en la opinión pública como Vocales parlamentarios, representantes de la fuerza de los partidos políticos en la composición actual de las Cortes Generales.

Es de desear que la nueva lógica del sistema respecto de los Vocales togados enderece en el futuro este precedente. En caso contrario nuestra Constitución viviente o real se habría modificado: La seriedad de la democracia constitucional equilibrada, que a mi juicio quiso establecer el poder constituyente, estaría cediendo el puesto a la figura más latina y desenfadada de la «democracia partitocrática a la italiana».

El mal no ha afectado sólo al Consejo General del Poder Judicial; la misma queja se puede hacer respecto de la última renovación del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Cuentas. En el caso del Consejo General del Poder Judicial la experiencia es, si cabe, más grave por la delicadeza de toda organización judicial y la necesidad de que, como una dama victoriana, deba estar, hasta en su misma apariencia, lejana de las corrientes políticas, que son legítimas en otros

ámbitos del Estado, pero muy inconvenientes para su virtud. Hay que dejar madurar el nuevo sistema en sucesivas renovaciones, pero la tendencia que se desprende de la primera aplicación del mismo me parece negativa.

## II. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

*¿Qué opina de la referencia que formula el Pacto a la reforma de la protección de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios, que trae a colación la cuestión de la relación entre éstos y el propio Tribunal Constitucional?*

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO

La referencia a «la protección de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios» me parece superflua. Está ya en el art. 53 de la Constitución y, en la práctica, los Tribunales ordinarios tutelan los derechos fundamentales todos los días. Si el problema es la relación entre Tribunal Constitucional y Tribunales ordinarios, dígame y, sobre todo, dígame qué solución se propone. En este orden de cosas, yo querría simplemente hacer tres observaciones. En primer lugar, el mero hecho de que haya un Tribunal Constitucional determina que, con cierta frecuencia, haya inevitablemente roces entre éste y los Tribunales ordinarios. Está en la naturaleza de las cosas, y la experiencia de otros países con justicia constitucional concentrada es elocuente al respecto. En segundo lugar, si no se quiere «abrir el melón de la Constitución», habrá que resignarse a que existe no sólo el Tribunal Constitucional, sino también el recurso de amparo. Por muchas «lecturas» que quieran hacerse del texto constitucional, los arts. 53.2 y 161.b imponen límites a las posibilidades de restringir el amparo mediante reformas de la LOTC... y, por idéntica razón, tampoco caben demasiadas interpretaciones del art. 123 de la Constitución cuando dice que el Tribunal Supremo es superior en todos los órdenes «salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Dicho brevemente, no creo que el Tribunal Constitucional sea siempre convincente en sus fallos; pero, en caso de colisión a raíz de un amparo, la superioridad la ostenta él. En tercer lugar, y ésta es una vieja batalla mía, el verdadero problema del amparo es el art. 24 de la Constitución, que acapara en torno al 90% de los recursos. Es aquí donde habría que incidir: buscar una fórmula para restringir el acceso al amparo por la vía del art. 24 aligeraría enormemente la carga de trabajo del Tribunal Constitucional y, sobre todo, permitiría que el razonamiento constitucional fuera menos formalista. Habría más atención por los problemas sustantivos, lo que tal vez ayudara a limar asperezas.

## JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

La Justicia, el acceso a la tutela judicial, es en nuestra Constitución un derecho subjetivo fundamental, y es además una garantía instrumental de todos los demás derechos. La proyección normativa de una Constitución como la nuestra, intensamente garantista, toda ella trufada de «garantías de refuerzo» frente a la arbitrariedad y frente a la desviación de poder y en especial frente al abuso de la Administración, tenía que abocar, como era lógico ateniéndonos a los antecedentes históricos de los que veníamos, en una auténtica explosión de la litigiosidad y de demandas de tutela judicial de los derechos antes no reconocidos. A la imparable ascendencia de este fenómeno hemos venido asistiendo a lo largo de estos años.

Pues bien, una de las causas que han contribuido a incrementar esta «contraindicación» de la inflación garantista de la Constitución es, sin duda, la superposición de la justicia Constitucional a la Justicia Ordinaria.

Sin embargo, a pesar de que la función tutelar de los derechos está también encomendada por la Constitución al Poder judicial, el encargo distintivo frente a otras opciones en la tutela de los derechos se hace precisamente al Tribunal Constitucional, que es el órgano que incorpora una suerte de suprema cristalización en sede jurisdiccional de la idea constitucional de la Justicia. De hecho, a través del ejercicio de su función como garante último de los derechos fundamentales, el TC ha contribuido a definir el estatus jurídico básico del ciudadano frente al Poder, y esto ha sido pieza esencial para el desarrollo de las libertades que constituyen la piedra angular de nuestro Estado social y democrático de Derecho, y para la efectividad del principio de constitucionalidad, en relación con la elaboración de la Ley y del resto del Ordenamiento.

Ahora bien, cualquier análisis cuantitativo constatará cómo nuestro TC se ha visto sometido a una «autofagia funcional» en su tarea de protector de los derechos y libertades fundamentales, puesto que es sabido que desde 1981 hasta nuestros días el TC se ha visto colapsado por los miles de recursos de amparo que los ciudadanos, en reclamación de posibles vulneraciones de derechos fundamentales, han accionado sistemáticamente. El amparo constitucional ha emergido como un resorte más, entre otros disponibles, de protección jurisdiccional de derechos, y esto ha contribuido a generar una grave disfunción al convertirlo por la vía de hecho en una tercera instancia de jurisdicción y/o supercasación y no una cláusula final y subsidiaria de la salvaguarda de los derechos que protege. Todo ello además en perjuicio de otras funciones que el TC tiene asignadas y que son igualmente propias de su jurisdicción (art. 161 CE) como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC). Tanto es así que algunos autores han llegado a defender que los retrasos y la dilación en la resolución de conflictos de competencias o en la resolución de recursos de constitucionalidad, las competencias que genuinamente definen la jurisdicción constitucional en lo que llamamos sistemas de control concentrado (control constitucional de la ley),

están en parte relacionados con esta saturación del Alto Tribunal en su cometido como garante de los derechos fundamentales.

Está claro que una de las causas históricas que han producido la acumulación de recursos para la protección de derechos fundamentales en sede constitucional ha residido en la inadecuada protección que los tribunales ordinarios han dispensado para garantía de esos mismos derechos. Con el tiempo, y a la vista de la magnitud del fenómeno, para evitar el colapso por exceso el TC ha intentado alguna solución parcial, restringiendo el acceso al recurso de amparo mediante la interpretación estricta de los requisitos de acceso (criterios cuantitativos y la substantividad constitucional del caso). Pero ésta, como cualquier otra solución parcial y obstaculizadora del acceso a la protección, ha resultado insuficiente, porque sencillamente atenúa los síntomas, pero no ataca ni remedia la enfermedad.

Poder judicial y Tribunal constitucional comparten efectivamente la misión de tutelar derechos fundamentales (art. 53,161 CE; 1-9 LOPJ; 42-56 LOTC). Pero cada uno de estos niveles de jurisdicción (ordinaria y constitucional) actúa a través de específicas reglas procedimentales en la protección de ese catálogo de derechos y libertades a los que la doctrina alude como «núcleo duro» del sistema de garantías de la Constitución (art. 14,15-29 y 30.2 CE). En el caso del poder judicial el procedimiento ha de ser preferente y sumario consignado en el artículo 53.2 CE. En el caso del TC el prevenido en su Ley orgánica (LOTC 2/1979, art. 46-56). Los dos niveles de protección son compatibles y están previstos para mayor garantía de los ciudadanos, pero sólo serán efectivos si ambos cumplen con su específico cometido, de otro modo la protección «que funciona» absorberá todo el trabajo de la jurisdicción que «no funciona».

El adecuado juego de los tribunales ordinarios en su cometido como garantes de los derechos y libertades fundamentales permitirá corregir estas disfunciones del TC, y acabará con la guerra de las Cortes y con la absorción de competencias por parte del TC. Eso es lo que se busca en el Pacto: cómo hacer que funcione la protección efectiva de los derechos ante los tribunales ordinarios y cómo armonizar los dos niveles de protección que la Constitución prevé en garantía de dichos derechos y libertades fundamentales.

En la doctrina es unánime la crítica al deficiente tratamiento que el legislador ha proporcionado al mandato de proveer un procedimiento preferencial y abreviado para la protección judicial de los derechos. La Ley 62/1978 de 26 de Diciembre ha resultado insuficiente e inadecuada con respecto a su objeto normativo. Y aunque estas deficiencias tienen en parte carácter técnico, es importante resaltar que la incomplitud e imperfección normativa de la Ley, no sólo en la optimización de la adecuada garantía del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, sino en su puesta en conexión con la articulación de la tutela en el nivel ordinario con el amparo *stricto sensu* en el nivel constitucional. El pacto prevé esta reforma procedimental que permita aportar los

medios necesarios para ofrecer una más efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales por parte de los tribunales ordinarios.

Junto con ella, otras muchas reformas resultan necesarias para articular los niveles diferentes de protección, lo que evitaría multitud de conflictos interinstitucionales entre TS y TC: Introducir la violación de derechos fundamentales como motivo de casación sería la primera de las vías abiertas para permitir una más efectiva protección de los derechos en sede jurisdiccional. Desde la subsidiariedad del amparo constitucional hasta la redefinición de la función del TS y del TC como garantes de los derechos y libertades públicas, todas estas cuestiones tienen que ser objeto de esta revisión necesaria pero aplazada.

Los acuerdos concretos que introduce el Pacto recogen otras posibles vías de solución: La introducción, en el marco de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de todas aquellas mejoras que permitan potenciar, con más eficacia y agilidad, su función distintiva como intérprete supremo de la Constitución así como de garante de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la misma; las mejoras sobre el desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución (el recurso sumario y preferente al que la Ley 62/78 trataba de dar forma); la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para recoger la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y culminar así el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales [La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá introducir toda la interpretación del TC en materia de derechos del detenido, (en línea con la Resolución 43/173, de 1 de diciembre de 1988, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas), del material probatorio, de los requisitos formales de las resoluciones judiciales, de asistencia letrada], etc.

De este modo, la protección de los derechos se llevará a cabo por los jueces y tribunales, y el recurso de amparo podrá retomar su función excepcional y subsidiaria, y sustancialmente interpretativa, definitoria e integradora (en cuanto a la interpretación de los derechos humanos derivada de los Convenios internacionales vinculantes para España) de los preceptos constitucionales que recogen los derechos fundamentales.

LUIS LÓPEZ GUERRA

En este punto mi posición es más bien escéptica. Desde luego, debe celebrarse cualquier mejora en la protección de los derechos fundamentales. Pero el trasfondo de la propuesta no es una mera mejora, sino, como es obvio, una redistribución de los papeles de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional al respecto, para evitar los repetidos roces o fricciones entre ambas jurisdicciones. Ello supondría adoptar alguna de las reformas que al respecto suelen proponerse: bien añadir una instancia específica en la jurisdicción ordinaria para conocer las vulneraciones de esos derechos, bien recortar las com-

petencias de la jurisdicción constitucional. Pues bien, respecto de la primera propuesta estimo que el nivel de protección de que en este momento disponen los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria es adecuado, habida cuenta de las limitaciones generales que presenta la administración de justicia. La introducción de nuevas instancias procesales para su protección vendría muy posiblemente a añadir un escalón más a la dilatada serie de recursos y remedios que alargan los diversos procedimientos. Y, en último término, siempre sería el Tribunal Constitucional la instancia competente en amparo, con lo que la posibilidad de discrepancia con la jurisdicción ordinaria seguirá abierta.

Un segundo tipo de propuestas trata de evitar esto último por la vía de reducir las competencias del Tribunal Constitucional en el procedimiento de amparo (usualmente se cita como recomendable sustraer los derechos del art. 24 CE del ámbito del amparo). Pero ni está claro que ello sea constitucionalmente posible, ni desde luego puede considerarse conveniente; la experiencia desde 1981 muestra que el papel del Tribunal Constitucional como intérprete del régimen constitucional de los derechos es simplemente insustituible. Otra cosa sería posibilitar que el Tribunal Constitucional (mediante la introducción de técnicas similares al *right of certiorari*) centrara su actuación en amparo únicamente en aquellos casos en que fuera evidente la necesidad de establecer criterios o guías de carácter general, dirigidos a los restantes poderes constitucionales en materia de derechos fundamentales. Ello posiblemente reduciría las oportunidades de roces con la jurisdicción ordinaria, y sobre todo con el Tribunal Supremo, en casos desprovistos de trascendencia o de proyección general.

#### PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

El Pacto, en este punto, no apunta a otro objetivo que el de hacer realidad lo que la propia Constitución dice y quiere. Su artículo 53.2 no deja lugar a dudas: corresponde a los tribunales, es decir, al Poder Judicial, la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de un procedimiento preferente y sumario. El Tribunal Constitucional sólo «en su caso» será llamado, mediante el recurso de amparo a contribuir a ese objetivo. Cualquiera que sea la interpretación que se le atribuya a esta expresión —introducida en los trabajos constituyentes del Senado a raíz de una enmienda presentada en su Comisión de Constitución por el Senador Angulo Montes— y a la contenida en el artículo 161.1 b), no cambia la regla: la garantía la prestan los órganos judiciales. La que aporta el Tribunal Constitucional sólo es un plus que corresponde al legislador organizar. El Pacto, por tanto, no hace otra cosa que apuntar a una mejor realización del designio del constituyente que, por otra parte, se corresponde con la realidad: me refiero, no sólo a los cientos de miles de procesos de los que anualmente conocen los tribunales y en los que se tutelan los derechos e intereses legítimos de todos, sino, también, al hecho de que la inmensa mayoría de los recursos de amparo que se interponen contra las

resoluciones judiciales no pasan del trámite de admisión, lo cual es una clara confirmación del correcto desempeño por los jueces de su cometido constitucional. Naturalmente, la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución, que, desde 1980 ha venido configurando un sólido cuerpo doctrinal sobre el contenido de los derechos fundamentales, facilita decisivamente la labor judicial.

En cualquier caso, debemos tener presente que el Tribunal Constitucional, aunque en un segundo momento y con modalidades que no tienen por qué seguir siendo exactamente las mismas que hasta ahora existen, es un elemento imprescindible del mecanismo ideado por el constituyente para proteger los derechos fundamentales y las libertades públicas. De ahí que, siempre que sea llamado a intervenir, su palabra sea la última. La Constitución lo dice claramente en su artículo 123.1: el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Cuando de éstas se trate, la superioridad corresponde al Tribunal Constitucional. Y eso incluye, definir, en último extremo, cuál es el alcance de esas garantías.

#### JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA

Esa previsión del Pacto de Estado supone simplemente volver a la idea del proyecto de ley orgánica de amparo judicial ordinario, que se elaboró en la Secretaría de Estado para el Desarrollo Constitucional en el año 1979.

La coyuntura parlamentaria de la época y las discrepancias que ya entonces suscitó el proyecto, incluso en sede parlamentaria, llevaron a aparcarlo definitivamente. El profesor Héctor Fix-Zamudio, visitante asiduo entonces de nuestro Centro de Estudios Constitucionales, nos advirtió del peligro evidente de la sobrecarga de trabajo en el Tribunal Supremo, por el propio prestigio de este órgano y por la huida de los abogados hacia todo recurso nuevo del que conoce un órgano superior, que hizo inservible durante muchos años el amparo mejicano.

Es necesario desarrollar en sus justos términos el artículo 53.2 de la Constitución, por lo que la previsión del Pacto de Estado parece oportuna. Sería tal vez suficiente prever una pretensión específica de amparo ante los Tribunales ordinarios tanto para las infracciones del artículo 24 de la Constitución como para las de los demás derechos que también son susceptibles de amparo constitucional. Los redactores del proyecto —o los proyectos— deben tomar precauciones ante el riesgo inmediato de sobrecarga de trabajo que provocará este nuevo remedio procesal. Convendría, a mi entender, huir del criterio de centralizar en una nueva Sala del Tribunal Supremo todas estas pretensiones de amparo, aprendiendo del ejemplo del amparo mejicano. A mi juicio, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha acertado al establecer, en el orden civil, el recurso extraordinario por infracción procesal ante

las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en el que se subsumirán, cuando entre en vigor, todas las quejas que se relacionen con el artículo 24 de la Constitución, y toda la panoplia de derechos que se garantizan en él, como resulta del artículo 469 de la LEC. El recurso de casación serviría adecuadamente para la tutela judicial de los demás derechos fundamentales, como reconoce el artículo 477.2.1.º LEC para el orden civil. Extender con prudencia este modelo a los demás órdenes de jurisdicción puede servir para privar al Tribunal Constitucional del exceso de recursos de amparo que hoy soporta. Obsérvese bien que en ningún caso se debería despojar al Tribunal Constitucional, a mi modesto entender, de sus competencias en materia de amparo constitucional como subsidiario del amparo ordinario ni mutilar sus competencias respecto de los artículos 14 y 24 CE.

Esta última aseveración merece un desarrollo más amplio: En su primera época, la jurisprudencia del Tribunal constitucional produjo un avance histórico en la aplicación judicial de todas las ramas del Derecho y supo introducir en España las categorías dogmáticas europeas de un Derecho constitucional que era extraño a la práctica judicial. Estas categorías son hoy experiencia cotidiana en todos nuestros Tribunales. Debemos reconocer que ni la doctrina universitaria de aquella época ni la Justicia ordinaria hubieran sido capaces de desarrollar tal labor con la brillantez y rapidez con la que lo hizo nuestro Tribunal Constitucional, gracias a la poderosa herramienta del recurso de amparo. Debemos homenajar de gratitud a esa labor histórica (*suum quique, pulchrum!*).

Cierto es también que, en los últimos años, la jurisprudencia de nuestro Tribunal alterna las luces con las sombras y no ha acertado siempre en el papel de vestal constitucional que asumió en sus primeros años de actividad. Esa circunstancia no nos debería llevar, sin embargo, al retroceso histórico que supondría eliminar el amparo como competencia del Tribunal Constitucional, o mutilarla en alguno de los derechos que hoy protege. La alternancia de épocas en la jurisprudencia constitucional es natural en todos los sistemas.

Desde la conocida propuesta de Hans Kelsen, en su artículo de 1928, es necesario reconocer que, en los sistemas europeos continentales, los Tribunales Constitucionales son, por la procedencia de sus miembros y las características de su función, los órganos idóneos para mantener viva la llama de los valores constitucionales. Por eso creo que el Tribunal Constitucional debe conservar la última palabra en, y cada uno, de los derechos fundamentales de que hoy conoce aunque, como es obligado en toda institución humana, pase por épocas de mayor o menor brillantez.

Se deben rechazar las tesis que defienden el traspaso íntegro del recurso de amparo a los Tribunales ordinarios o, en concreto, a una nueva Sala del Tribunal Supremo. Esas tesis, que se apoyan en el inciso «en su caso» del artículo 53.2 CE nos quieren situar «en el caso» de arrebatar a nuestro Alto Tribunal una de sus funciones características. El recurso de amparo debe per-

manecer en el Tribunal Constitucional por estrictas necesidades jurídico constitucionales. Las tesis contrarias al amparo constitucional exigirían una reforma de la Constitución. Sería contrario en efecto al artículo 161.1 de la misma suprimir la competencia de amparo, que garantiza al Tribunal Constitucional, en cuanto órgano constitucional, como ente dotado de todas y cada una de las competencias que le atribuye la Norma Fundamental. Como es sabido, los órganos constitucionales se caracterizan en la doctrina constitucional, además de por las notas de necesidad, indefectibilidad y supremacía, por la circunstancia de estar delimitados estructural y funcionalmente en la propia Constitución. Sería por ello inconstitucional, a mi modesto juicio, intentar desfigurar el Tribunal mediante una ley que tratase de buscar fraudulentamente la cobertura del artículo 161.1.b) de la Norma Fundamental para decir que «los casos y formas en que conforme a la Constitución «se establece el recurso de amparo» no existen, y que dicho recurso se arranca de su sede natural, que es el Tribunal Constitucional, para traspasarse a un órgano distinto.

Me parece impecable, conforme a lo que acabo de expresar, la redacción del apartado del Pacto de Estado relativo al Tribunal Constitucional. Recordemos que afirma que «se introducirán en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional mejoras que permitan potenciar su función con más eficacia y agilizar su función como intérprete supremo de la Constitución, así como de garante de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la misma».

Es exacta esa redacción en sus términos literales si sirve, como creo, para garantizar que el Tribunal no va a ser privado de ninguna de las competencias que le atribuye la propia Constitución.

Privar al Tribunal Constitucional únicamente del artículo 24 CE sería conforme a la Constitución, pero improcedente desde el punto de vista de los frenos y contrapesos que deben regir en todo Estado de Derecho, máxime cuando los recursos del artículo 24 CE no llegarán al Tribunal Supremo, si se mantiene el criterio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. ¿Qué remedio cabría si los Tribunales ordinarios retroceden en las garantías que reconoce el artículo 24 de la Norma Fundamental?. Parece evidente que el número de sentencias de amparo constitucional debe ser diezmado para eliminar el 80 ó 90 % de las que hoy se dictan, que resuelven casos simples o reiteran doctrina constitucional previamente establecida. El 10 ó 15% restante son la última palabra en materia de derechos fundamentales que el artículo 123.1. «in fine» CE no atribuye precisamente al Tribunal Supremo.

Tras esta advertencia previa se debe reconocer la necesidad de resolver un problema puntual. Es preciso corregir la extralimitación del Tribunal Constitucional en su papel estricto de juez de amparo. Son numerosos los casos en los que la seducción de la justicia del caso concreto arrastra a nuestro Alto Tribunal a terrenos que no le corresponden, invadiendo el terreno de la Justicia ordinaria. Los ejemplos son numerosos y los más recientes están en la mente de todos. Conviene recordar el primero de ellos, que se dio en la sentencia del Pleno 81/1986, de 20 de junio. Dicha sentencia es modélica en el exceso que

se señala, además del primer caso en el que el Tribunal incurrió en la desviación de salirse de los límites de la jurisdicción que le atribuye su Ley orgánica.

En la sentencia 81/1986 el Tribunal Constitucional se permitió corregir lisa y llanamente la interpretación que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo había dado a las Disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de casación. La sentencia 81/1986 se detuvo en la profunda lucubración de si el Tribunal Supremo se había equivocado al considerar que un recurso de casación se debe interponer conforme a la misma legislación conforme a la que se preparó ante el Tribunal que dictó la sentencia recurrida. Pese a que el Ministerio Fiscal avisaba, con cordura, sobre la unidad de tramitación de todo recurso de casación y sobre la imposibilidad de aplicar leyes distintas a sus trámites de preparación y de interposición nuestro Alto Tribunal sólo concede que lo que el Ministerio Público defiende «no es ilógico» y, arrojándose a una interpretación propia de la palabra «interponer» con referencia al recurso de casación civil desciende por el río de esa interpretación hasta dar en la estimación del amparo y ordenar a la Sala Primera del Tribunal Supremo que pase por alto un error del recurrente por la razón de peso de que las disposiciones legales de la LEC no eran claras para el recurrente ni para el Tribunal Constitucional.

En las sentencias en las que el Tribunal Constitucional entra en fricción con los criterios de los Jueces ordinarios existe un punto de no retorno, en el que la Sala de amparo se excede en el ejercicio de su jurisdicción, antes de dejarse llevar por la corriente de su propio razonamiento. La consecuencia a la que llega es, en muchos casos, acertada pero su razonamiento adolece en la generalidad de los casos de un grave error de partida que la invalida.

La reforma legislativa para solucionar estas desviaciones no puede consistir en amputar el artículo 24 CE de las competencias constitucionales de amparo. Debe ejercerse la microcirugía para desarrollar y fortalecer, con todas sus consecuencias, lo que ya dispone el artículo 54 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, cuando ciñe la jurisdicción del Tribunal a concretar si se han violado o no los derechos o libertades del demandante, absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

### III. TRIBUNAL SUPREMO Y FUNCIÓN CASACIONAL

*¿Qué reflexiones le suscita el que el Pacto, en relación con el Tribunal Supremo, pretenda potenciar su función como órgano jurisdiccional superior y garante de la unidad de doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales, a cuyos efectos se reformará el recurso de casación atendiendo a la noción de «interés casacional»? ¿Y el que se acuerde desarrollar la función casacional de los Tribunales de Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en todas las ramas del Derecho autonómico?*

LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO

No me parece mal que se desarrolle la noción de «interés casacional» como específica del Tribunal Supremo. Esta era precisamente su función primigenia: unificar la interpretación de la legalidad. Ni siquiera estaría en contra de la introducción de algún margen, debidamente definido, de discrecionalidad a la hora de admitir los recursos de casación. Para cumplir esa misión nomofiláctica, es indispensable que los recursos de casación no excedan de un determinado número. Y, siempre por parecidas razones, creo adecuado que los Tribunales Superiores de Justicia se ocupen de la «casación autonómica»... aunque aquí hay que ser conscientes de que, con mucha frecuencia, el derecho autonómico no aparece en estado puro. En muchos litigios, hay normas estatales y normas autonómicas igualmente relevantes.

Dicho lo anterior, creo que, si de verdad se quiere llevar al Tribunal Supremo hacia una función genuinamente casacional, habría que reconsiderar su estructura y su composición. La unificación de criterios interpretativos exige un único órgano decisor y relativamente reducido. Podría admitirse, aunque no sea el ideal, la actual división del Tribunal Supremo en Salas por órdenes jurisdiccionales; pero seguramente no sería admisible la actuación por secciones dentro de las Salas: es sencillamente incompatible con una función casacional tomada en serio. En suma, que el Tribunal Supremo debería ver reducidos sus miembros a unos quince o veinte... lo que implicaría un recorte en torno al 75% de los actuales miembros. Y ello, por supuesto, debería significar que llegar al Tribunal Supremo debería dejar de ser visto como una expectativa razonable al alcance de una parte conspicua —todos los que empiezan jóvenes y son diligentes— de los miembros de la carrera.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

El TS tiene la función, como órgano jurisdiccional superior (art. 123.1 CE), de garantía de la unidad de la doctrina en todos los ordenes jurisdiccionales. Pedir que se potencie esta función no es más que pedir el efectivo cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, es posible que la ley, o la interpretación que se ha dado de la Ley, siendo una interpretación constitucionalmente posible, haya introducido colateralmente obstáculos funcionales para el efectivo ejercicio de la garantía de unidad de doctrina. Si este ha sido uno de los problemas, esta debe ser la vía para una posible solución. El objeto del Pacto es introducir las mejoras necesarias que permitan dotar de una mayor eficacia y eficiencia al sistema.

En este sentido van también las propuestas para los TSJ. El Poder Judicial es único y unitario en todo el Estado. Pero admitido este principio, es necesario ordenar la atribución de aquellas competencias que, sin merma del principio anterior, permitan a nuestra justicia funcionar más eficaz y efectivamen-

te. Para ello es preciso aumentar las competencias de las Salas de Gobierno de los TTSSJJ y establecer los mecanismos de delegación de funciones ahora atribuidas al Pleno o a las distintas Comisiones del CGPJ, de modo que, por un lado, se mejore la gestión diaria de los tribunales y, por otro, se puedan articular mecanismos reales de gestión por parte de los gobiernos de las Comunidades Autónomas respecto de los medios y la política de personal y promover la efectiva colaboración entre las Salas de Gobierno y los responsables del personal y los medios al servicio de la Administración de Justicia.

Se ha de profundizar también en la adaptación del Poder Judicial a la estructura autonómica del Estado español mediante la reforma de las leyes procesales, de tal modo que la doble instancia ordinaria en todo tipo de procedimientos, ante todos los órdenes jurisdiccionales, se agote como máximo, en los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, con la sola excepción de los que sean competencia de los Juzgados Centrales y de la Audiencia Nacional. De este modo, los recursos ante el Tribunal Supremo podrán recuperar su carácter extraordinario y su función primordial de unificación de la doctrina jurisprudencial.

Es posible, por ejemplo que los Tribunales Superiores de Justicia conozcan, al menos, del recurso extraordinario de casación respecto del Derecho Civil propio y de la legislación administrativa de las Comunidades Autónomas en materias de su competencia exclusiva. Con ello el TS se verá descargado, y podrá más eficazmente hacer frente a su labor monofiláctica y preservadora de la uniformidad en la interpretación de la legalidad, específicamente a través del recurso de casación.

#### LUIS LÓPEZ GUERRA

Una reforma en este sentido sería sin duda muy provechosa. Dos factores claramente interconectados, como son el tamaño del Tribunal Supremo y el elevado número de casos de que conoce redundan en disfunciones bien conocidas de nuestro sistema judicial. Una de ellas, relativa al tamaño del Tribunal Supremo, sería la falta, en muchas materias, de una doctrina jurisprudencial coherente, debido a la subdivisión, dentro del Tribunal, en órganos sentenciadores (Salas, y dentro de éstas Secciones) y la descoordinación entre ellos; otra, referida a la carga de trabajo, serían las dilaciones que se producen en algunas Salas. De hecho, el instituto de la casación se ha visto desvirtuado por su ampliación en la práctica, que convierte al Tribunal Supremo en una tercera instancia. Más acorde con la función del Tribunal Supremo (con «la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo», en términos del art. 152.1 CE) y con las previsiones constitucionales relativas a los Tribunales Superiores de Justicia sería la reconducción del ámbito de acción del Tribunal a la tarea consistente en fijar las grandes líneas de interpretación del Derecho y, al tiempo, unificar los criterios de aplicación e interpretación del Derecho por los tribu-

nales inferiores. Ello requeriría un Tribunal Supremo más homogéneo, así como una reforma de las vías de acceso, de manera que fuera el interés casacional (la formación o la unificación de jurisprudencia) y no otros factores, como la cuantía del litigio, lo determinante para la admisión de la casación.

Las previsiones constitucionales relativas a los Tribunales Superiores de Justicia como la cúspide de «la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma» vienen, no ya a facilitar, sino a promover este tipo de reformas. Desde luego en lo que se refiere al Derecho propio (que ya no se reduce al Derecho foral) de cada Comunidad; pero tampoco cabe descartar que en el ámbito del Derecho atribuido a la competencia legislativa del Estado sean también los Tribunales Superiores de Justicia los que no sólo agoten las instancias procesales disponibles sino que conozcan también de la casación «ordinaria», a salvo de la función arriba indicada del Tribunal Supremo.

#### PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

El Tribunal Supremo fue creado por la Constitución de 1812 como tribunal de casación siguiendo el modelo revolucionario francés. Es decir, como el órgano judicial llamado a establecer la correcta interpretación de las leyes. En este sentido, su misión fundamental, en el seno del Estado social y democrático de Derecho, es la de asegurar el respeto de todos los jueces a la primacía de la ley, velando por su entendimiento uniforme, lo que, además, sirve para hacer efectiva la igualdad en su aplicación por los tribunales de justicia. Que el Pacto de Estado se haya fijado en esa función no supone más que identificar el cometido sustancial del Tribunal Supremo y comprometer al legislador en la adopción de las iniciativas necesarias para que, salvo en aquellos casos en los que sea conforme a la Constitución encomendarle el enjuiciamiento directo de algunos asuntos, pueda concentrarse en la función de dar unidad a la interpretación del ordenamiento jurídico.

En ese contexto, han de entenderse las dos cuestiones a las que se refiere la pregunta. La fórmula del interés casacional, anticipada para el procedimiento laboral como «contenido casacional» por la Ley 7/1989, de 2 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral, y presente en el Real Decreto Legislativo 21/1995, de 7 de abril, que lo regula, fue acogida en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, después, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Es un instrumento que permite al Tribunal Supremo inadmitir, cuando entienda que no se da ese interés y medien las cautelas previstas para apreciar esa circunstancia, el recurso de casación. Lo que se traduce en que podrá concentrarse en aquellos otros en los que sí concurra. Teniendo en cuenta el elevado número de recursos que anualmente se interponen, es un remedio necesario para hacer posible el desempeño razonable de su función. De otro modo, deberá seguir dedicando

una parte importante de su trabajo a conocer de asuntos que carecen de relevancia objetiva, en perjuicio de aquellos otros que sí la poseen. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que, siendo el de casación un recurso extraordinario, no está pensado para un conocimiento pleno de los litigios, sino solamente de aquellos de sus aspectos que guardan relación con la preservación de la interpretación uniforme de la ley y, a través de ella, del ordenamiento jurídico. Lo que significa que se produce cuando otros tribunales inferiores han tenido la ocasión de pronunciarse sobre todos los puntos de hecho y de Derecho suscitados por las partes en el proceso.

Por lo que hace a la casación que se encomienda a los Tribunales Superiores de Justicia, no es más que la consecuencia de la pluralidad ordinal consagrada por la Constitución y de la posición que, en su artículo 152, ha asignado a esos órganos que encabezan el Poder Judicial en las Comunidades Autónomas. En realidad, desde la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, la interpretación judicial del Derecho Autonómico la realizan esos tribunales. En efecto, además de los supuestos relacionados con el Derecho civil foral o especial, contemplados en los estatutos de autonomía y en la Ley Orgánica del Poder Judicial que concluyen en las Salas de lo Civil y Penal de esos Tribunales Superiores, las sentencias dictadas por sus Salas de lo Contencioso-Administrativo que versan sobre actos de los poderes públicos autonómicos, sólo pueden ser recurridas en casación ante el Tribunal Supremo cuando se les impute infracción de normas no autonómicas que sea relevante y determinante del fallo. Solución ésta mantenida por la Ley de la Jurisdicción de 1998 y acogida para el proceso civil por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Desarrollar la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia no es, pues, ninguna disfunción, sino, sencillamente, situar la interpretación del ordenamiento autonómico en el nivel que le es propio.

#### JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA

La opinión que nos pide esta prestigiosa Revista es de Derecho Constitucional, lo que aconseja trascender el nivel de la legislación procesal ordinaria que rige estas cuestiones.

Así, y desde un punto de vista constitucional, mi opinión sobre las nociones de «interés casacional» y de «casación autonómica» es negativa.

El interés casacional no es el único instrumento posible para actualizar una maquinaria de justicia anticuada, innovándola para que sepa gestionar asuntos en masa. Ampliando el número de limitaciones del recurso de casación corremos el riesgo de propiciar una especie de dictadura de la inadmisión, que, con la promesa de una Justicia futura eficaz e igual para todos, nos ofrezca el resultado inmediato de que la utopía de una Justicia perfecta, tal vez alcanzable mañana, no haga sacrificar ya hoy derechos reales y actuales de los litigantes.

Hemos dicho en el Tribunal Supremo, con ideas del maestro Calamandrei, que el recurso de casación atiende a la doble finalidad de defender el «ius constitutionis» y el «ius litigatoris» (Auto de 13 de abril de 1993 y sentencias de 9 de enero de 1998, 14 de octubre de 2000 y 27 de enero de 2001). La interpretación ortodoxa y abstracta de la legalidad objetiva o la uniformación de la jurisprudencia mediante una interpretación unitaria del Derecho objetivo (ius constitutionis) quedará satisfecha adecuadamente con la introducción progresiva de este nuevo criterio del interés casacional. En un País de tradición continental como el nuestro el acceso a la casación debe seguir siendo considerado, no obstante, como un derecho de la parte recurrente y no como un privilegio o concesión que se obtenga caso por caso. La casación no es en todos los órdenes jurisdiccionales el añadido de una doble instancia previa, sino el segundo y último cartucho para lograr la revisión jurisdiccional de un resultado injusto. Creo, por eso, que el criterio del interés casacional no nos debe llevar al sacrificio de los derechos del litigante (ius litigatoris).

El interés casacional en España es simplemente un paliativo que se aplica a la sobrecarga excesiva que existe en el Tribunal Supremo y, en su día, en los Tribunales Superiores de Justicia que conozcan de la casación autonómica. En cualquiera de sus definiciones legales viene a consagrar el brocardo «de minimis non curat Praetor».

Se aplicará ese criterio a los asuntos triviales o de menor dificultad, por no existir doctrina jurisprudencial sobre asuntos iguales o parecidos. El resultado negativo para el litigante de la inadmisión de su recurso, que para él sin duda nunca es trivial, es evidente. ¿Podrían gestionarse de otra forma la sobrecarga de asuntos pendientes?. Volvamos la mirada al Derecho comparado, que es en definitiva de donde procede el criterio del interés casacional, para buscar otras alternativas.

Los Tribunales de Circuito de Estados Unidos tienen una dotación total de 180 Jueces federales, pero resuelven cada año la apelación de centenares de miles de casos. Existe un derecho a la apelación, como acabo de defender para el derecho a acceder a la casación española, por lo que no se pueden establecer filtros de acceso. Pues bien, esa carga de trabajo recae con éxito sobre un número sorprendentemente escaso de Jueces federales en todo el territorio de Estados Unidos, poco más del doble de los Magistrados de nuestro Tribunal Supremo. El Tribunal de Circuito mejor dotado es el del Circuito Noveno, que tiene 28 Jueces. Con jurisdicción sobre Alabama, Arizona, California, Idaho, Montana y Nevada resuelve este Tribunal varias decenas de miles de casos cada año; el Tribunal del Primer Circuito, dotado con sólo 6 Jueces federales, basta para atender los asuntos de todos los órdenes procedentes de Maine, Massachussets, New Hampshire, Puerto Rico y Rhode Island.

La gestión de una sobrecarga de trabajo de tal magnitud se consigue en estos Tribunales mediante la oralidad y la colaboración de los Abogados con el Tribunal logrando la transacción entre las partes o el desestimiento en el recurso, como consecuencia de una vista oral preliminar.

Todo el sistema gira en torno a una colaboración esencial de los representantes de las partes con el órgano jurisdiccional. Los Abogados tienen una licencia para actuar ante el Tribunal que se renueva anualmente y que se retira en el caso de prácticas que vulneren, aunque sea en forma mínima, las exigencias de una deontología profesional muy estricta. El status del Abogado es independiente, pero no ajeno al círculo del Tribunal del que, en cierta forma, participa y con el que colabora honestamente.

Nuestro Pacto de Estado sobre la Justicia dedica un apartado de escaso interés al papel de los Abogados y Procuradores en la reforma de la Justicia. Los nuevos Estatutos de la Abogacía y de los Procuradores anuncian una normativa que parece mantener la situación actual, a pesar de que el artículo 36 de la Constitución dota a España de sólidos Colegios Profesionales con posibilidades todavía no exploradas. Sería deseable impulsar reformas que estableciesen garantías profesionales, deontológicas y éticas estrictas en la conducta procesal tanto entre las partes como con el Tribunal, de forma que la incorporación a la profesión de Abogado habilitase para un ejercicio general, pero también podría permitirse, tras años de experiencia y con la correspondiente habilitación previa colegial para cada Tribunal, ejercer el papel de una más intensa colaboración con el Tribunal, sin perjuicio de la libertad e independencia obvia de los Abogados y de su deber sagrado de defensa de los derechos e intereses del cliente. Piénsese que esta colaboración es la que podría dar más eficacia a medio plazo a los sistemas de acceso de Abogados a la Judicatura por los turnos exteriores de ingreso.

Con esta premisa, el secreto de la gestión ágil de los asuntos consiste en Estados Unidos en la existencia de una calificación preliminar —que en España se correspondería con el trámite de admisión que hoy conocemos— pero que se celebra en forma de una vista oral breve, pero con una activa intervención de las partes y del propio Tribunal. En ella la Sala clasifica el asunto según su dificultad y ofrece a las representaciones de las partes, que deben descubrir todos sus argumentos al Tribunal, un índice muy probable de su resultado. La vista concluye con una invitación del Tribunal a las partes para negociar o desistir del recurso o citación para fallo inmediato en los casos más simples. En un 80% de los casos esta invitación produce resultado y la transacción de las partes sobre el mismo se produce, evitando mayores costes procesales y una decisión que se presume adversa. En caso de que no se produzca la transacción el asunto será fallado en el plazo que merezca, lo que depende de la clasificación de dificultad que ya se le ha asignado preliminarmente. Los Abogados conocen así el tiempo y el coste de la decisión final.

El criterio de la transacción no sería aplicable plenamente en todos los órdenes jurisdiccionales, pero la clasificación preliminar de asuntos, la inmediatez de la oralidad y la colaboración leal de las partes son criterios no sólo no ensayados, sino evitados en España a la hora de tratar de agilizar la tramitación de asuntos. Potenciar la oralidad no redundaría necesariamente, como vulgarmente se cree, en retrasos de la tramitación y aumenta decisivamente los

derechos y la confianza de los usuarios de lo que, en definitiva, es un servicio público. Por eso en Suiza incluso las deliberaciones del Tribunal se efectúan en presencia de los representantes de las partes.

En nuestro último ordenamiento procesal se ha cuidado el interés del *ius constitutionis* y no se ha puesto énfasis en las garantías del *ius litigatoris*. Es significativo el artículo 93 e) de la Ley reguladora de lo Contencioso-administrativo 29/1998. Nos dice que un asunto carece de interés casacional cuando no afecta a un gran número de situaciones o no posee el suficiente contenido de generalidad, sin reparar en que una casación contencioso-administrativa no es un recurso de amparo constitucional en el que es lícito aplicar el criterio del artículo 50.1 c) de la LOTC, sino un remedio jurisdiccional en el que entra en juego el derecho del litigante. El artículo 477.3 de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil nos permite un grado de optimismo mayor si se interpreta en el sentido de atender al *ius litigatoris*, cuando señala que un recurso tiene interés casacional, entre otras razones, cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

El recurso de casación autonómico es un nombre sonoro, que adorna unas competencias autonómicas muy escuetas en materia judicial. Sin embargo no es el único modelo posible constitucionalmente. Posibilitará la existencia de múltiples jurisprudencias dispersas y, el tiempo lo dirá, contradictorias. Por eso creo que se debería establecer que, en caso de conflicto, prevalecerá en todo caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque recaiga en materia de Derecho autonómico.

La Constitución dice que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. El Tribunal Supremo es la cúspide del Poder Judicial, que es uno.

El principio de unidad del Poder judicial y el de unidad jurisdiccional en todo el territorio español están establecidos con una claridad irrefutable en los artículos 152.1 y 117.5 CE, como base de la organización de nuestros Tribunales. Los jueces y Magistrados forman, en fin, un Cuerpo único (artículo 122.1 CE). No dice la Constitución, aunque existan sentencias que hayan apreciado lo contrario, que el Tribunal Supremo no pueda conocer del Derecho autonómico por carecer de competencia o jurisdicción sobre él. Si atendemos al artículo 152.1 CE podremos recordar que aunque los Tribunales Superiores de Justicia culminan la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma todo ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123 de la misma, que es precisamente el precepto que advierte que el Tribunal Supremo tiene jurisdicción en toda España. Conforme al citado artículo 152.1 CE, las sucesivas instancias procesales, en el caso de que exista más de una, deben agotarse necesariamente ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que se encuentre el órgano competente en primera instancia. Esta exigencia no excluye,

sin embargo, la posibilidad de un recurso de casación en materia autonómica, por la sencilla razón de que el recurso de casación no constituye una instancia procesal.

En consecuencia desde el punto de vista constitucional es posible que el carácter de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes del Tribunal Supremo alcance también a los Derechos autonómicos, que son Derecho del Estado, al igual que lo es el Derecho estatal. Los Tribunales Superiores de Justicia lo son en la Comunidad Autónoma pero no de la Comunidad Autónoma. No existe la diferencia de orden judicial que, en Derecho comparado, justifica que los Tribunales de los Estados tengan la última palabra en el Derecho propio de ese Estado o que el Tribunal Supremo tenga que respetar su jurisprudencia y acomodarse a ella en los casos, como se verá inevitables, en que tenga que resolver sobre un Derecho que no es el federal.

Aclarado este punto previo, podemos añadir que la previsión de recursos de casación autonómicos no es desacertada, en la medida en que estos recursos de casación cumplan las dos finalidades esenciales de protección del *ius constitutionis* y del *ius litigatoris*. Si las normas que constituyen su objeto no pueden recibir aplicación fuera del territorio de la Comunidad Autónoma no tiene sentido establecer un recurso de casación ante el Tribunal Supremo respecto de cuestiones en las que no será necesaria unificar doctrina en toda España, pues la unificación no trascenderá, por definición, el ámbito de la propia Comunidad Autónoma.

Se ha establecido por ello un criterio legal que parece lógico y admisible de distribución de asuntos, aunque constitucionalmente cabrían otros distintos.

La práctica cotidiana demuestra que ese criterio dista todavía mucho de estar maduro. Veámos un ejemplo: En el orden contencioso-administrativo se considera que las infracciones de Derecho procesal son infracciones de Derecho estatal y que, por ello, siempre deben tener acceso a la casación. Es un criterio discutido en la doctrina y en el propio orden civil resulta que, con criterio contrario, establece la Ley que las cuestiones procesales no superarán nunca el ámbito de cada Comunidad Autónoma, en el caso de que entre en vigor lo dispuesto en el artículo 468 de la LEC para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Pues bien, en los casos, que no son infrecuentes, en que la Sala Tercera del Tribunal Supremo examina en casación infracciones procesales que consistan en que el Tribunal «a quo», sin entrar en el fondo, ha declarado inadmisibile un proceso en el que se planteaba un cuestión que era genuinamente de Derecho autonómico, si la inadmisibilidad resulta improcedente el Tribunal Supremo considerará que no existía la causa de inadmisión, por lo que casará la sentencia y, en su lugar, conforme a lo que es criterio tradicional de nuestra casación, entrará a resolver el fondo del asunto según se planteó en la instancia, dictando la segunda sentencia, o sentencia de reenvío.

Es claro, no obstante, que esta segunda sentencia del Tribunal Supremo, en papel de Tribunal «a quo», interpretará y aplicará el Derecho autonómico, por lo que es evidente que se formará una jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre Derecho autonómico además de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia sobre el mismo Derecho que puede ser contradictoria con ella.

Cierto es que para resolver este problema algunas Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo han optado por el expediente –no previsto en la Ley procesal, pero exigible por razones lógicas– de no dictar la segunda sentencia en estos casos. Se limitan por ello a casar la sentencia de inadmisión y a remitir la sentencia de casación al Tribunal «a quo» para que éste, vinculado por ella, dicte la segunda sentencia interpretando su propio Derecho autonómico. Pero no todas las Secciones tienen el mismo criterio lo que, además de implicar ya una contradicción de soluciones, posibilita la existencia de jurisprudencias contradictorias que se ha indicado entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia sobre la misma materia, como se ha indicado.

La experiencia del Derecho comparado muestra que no será este el único caso. Si la infracción del Derecho procesal se considera siempre –como hace hoy la Sala Tercera– materia de casación se plantearán supuestos en los que la norma procesal estatal entrará en contradicción con el Derecho autonómico. Lo mismo ocurrirá al hilo de fallos fundados en Derecho estatal y Derecho comunitario europeo, en los que resulte afectada una cuestión de Derecho autonómico, cuando las partes busquen deliberadamente el acceso a la casación mediante el planteamiento del caso como estatal o en los casos de la denominada jurisdicción suplementaria, sobre cuestiones de Derecho autonómico íntimamente relacionadas con el Derecho estatal, que tarde o temprano accederán a nuestra casación.

No es necesario descender a más detalles para afirmar que en todos estos casos debe afirmarse, dado el planteamiento general que antes se hizo, que en caso de contradicción entre jurisprudencias sobre Derecho autonómico, del Tribunal Superior de Justicia de que se trate y del Tribunal Supremo, prevalecerá siempre la del Tribunal Supremo, dado lo dispuesto en el artículo 123.1 de la Constitución. La regla es, así, contraria a la que existe en otros ordenamientos en los que un reparto similar al que tenemos en España no es, como entre nosotros, una opción legal entre las muchas legalmente posibles, sino una exigencia constitucional basada en la existencia de Tribunales federales y Tribunales de los Estados.

#### IV. MINISTERIO FISCAL Y PROCESO PENAL

*¿Qué perfil cree Vd. más adecuado para un Ministerio Fiscal, sobre el que el Pacto es voluntariamente ambiguo, entre otros extremos, cuando afirmará que se afrontará y resolverá el debate sobre la investigación previa al proceso penal por el fiscal o por el Juez, modificando, en su caso, el sistema actual, y el nuevo*

*papel del juez como Juez de garantías que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales?*

LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO

Me parece que aquí se mezclan dos cuestiones. Que deba haber un «juez de garantías» que adopte las medidas limitativas de derechos fundamentales durante la investigación penal —o sea, hoy en día, durante la instrucción— me parece incontestable. Creo que no sólo quien instruye no debe juzgar, sino que tampoco debe adoptar medidas limitativas de los derechos del investigado. Pero ello es predicable no sólo de un hipotético «fiscal investigador», sino también del vigente juez de instrucción.

La otra cuestión es si se debe mantener la actual instrucción judicial o si no sería mejor que la investigación estuviera dirigida por el fiscal. A este respecto, mi opinión es que lo único que no se debe hacer es seguir el ejemplo alemán e italiano: abolir el juez de instrucción para poner en su lugar al fiscal. Si se abole el juez de instrucción, hay que abolir también la instrucción. Esto no es un juego de palabras: no es lo mismo investigar un delito que instruir un sumario. Lo que no puede ser, en buena lógica constitucional, es que un funcionario distinto del juez, como sería el fiscal, tenga facultades exorbitantes a la hora de investigar. Así, por ejemplo, ordenar detenciones, registros, llamar a declarar so pena de desobediencia, etc. Suele decirse que el fiscal investigador es más respetuoso del principio acusatorio... yo dudo que los ingleses o los norteamericanos, que inventaron dicho principio, reconozcan como acusatorio lo que se hace en Alemania o Italia, donde los fiscales tienen facultades exorbitantes. Los fiscales americanos no tienen más facultades que un simple particular. En resumen, si se quiere principio acusatorio también en la fase previa al juicio oral, hágase bien, esto es, a la anglosajona. Y si no se está dispuesto a ello —lo que sería comprensible, dada nuestra tradición jurídica y política—, entonces, como ya descubrieron los franceses hace doscientos años, lo más liberal o, si se prefiere, lo menos antiliberal es el juez de instrucción.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

El pacto tiene que ser necesariamente ambiguo, porque es un acuerdo en los mínimos, y porque por su vocación de permanencia debe permitir a las diferentes opciones políticas desarrollar, conforme a sus programas, sus respectivas propuestas.

El caso del Ministerio fiscal es paradigmático de la ambigüedad que es consustancial a todo pacto de este tipo. Lo que está claro es que tal y como está articulado en este momento, la investigación de los delitos se duplica,

porque tanto el ministerio fiscal como el juez instructor investigan las causas, simultáneamente. Este es el problema, y esto es lo que habrá de resolverse conforme a las propuestas políticas mayoritarias en el Parlamento.

En el caso del PSOE la solución que pretendemos está muy clara y definida. Queremos potenciar el Ministerio Fiscal como director de la investigación criminal, reservando al Juez la garantía de los derechos del imputado, del acusado y del procesado.

Con base en la Reforma previa del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, proponemos una revisión en profundidad de la Instrucción, pasando a la Fiscalía esta primordial función y otorgando al Juez la función garantista en la defensa de todos los principios que deben presidir la investigación y la instrucción penal.

Incorporar a la Legislación española esta figura, ya instaurada en los procedimientos penales de la mayoría de los países europeos y occidentales, puede favorecer la protección de los derechos fundamentales, desde la mayor objetividad que acompaña al Juez encargado así de velar por los principios y no tanto de culminar la investigación misma con unos determinados resultados. Se logra así incorporar a nuestra legislación los principios constitucionales rectores del proceso proclamados en nuestra Carta Magna.

Con esta reforma, el Juez, titular independiente del poder de decidir sobre la interpretación y aplicación del Derecho, que no es sino el valor al que instrumentalmente sirve la independencia, ganaría en imparcialidad; con ella, se recuperará la igualdad entre las partes del proceso. El Juez se centrará en la aplicación de la ley y el Derecho y no en la investigación, identificación y persecución del delincuente; y así, se evitarán importantes frustraciones sociales ante formas de instrucción que provocan la exoneración de responsabilidad criminal.

El modelo del Fiscal instructor no es incompatible con el establecimiento de un «Juez de garantías», o «juez de las libertades», como se le llama en Francia, que se encargaría de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales (como la prisión provisional, registros domiciliarios, intervención de comunicaciones...) así como de presenciar la práctica de la prueba anticipada que deba realizarse en la fase de instrucción.

Por otra parte, la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal potenciaría la celeridad en la tramitación del proceso. A este efecto, podría instaurarse —como en otros ordenamientos— un sistema de plazos que obligue al Ministerio Fiscal a concluir su investigación, de manera que transcurrido el plazo otorgado, el Juez deberá pronunciarse, en atención a la complejidad de la causa y previa audiencia de las partes, sobre la concesión de una prórroga o bien, decretar el sobreseimiento.

Debo reseñar, desde luego, que esta reforma requiere un esfuerzo de medios importantísimo para adaptar el Ministerio Fiscal a este cometido. Es preciso incrementar su plantilla y dotarla de los medios necesarios para que pueda cumplir su función instructora, en especial, de un número de funcio-

narios de la Policía Judicial en régimen de dependencia funcional. Asimismo, se requiere la desconcentración de los miembros del Ministerio Fiscal de las Audiencias Provinciales, a fin de que todo Juzgado de Instrucción cuente al menos con un miembro del MF adscrito a su respectivo ámbito de jurisdicción.

#### LUIS LÓPEZ GUERRA

A mi modo de ver, la tendencia que más nítidamente se va revelando como mayoritaria (al menos a simple vista) dentro de los especialistas en Derecho procesal es la consistente en acercar nuestro sistema de enjuiciamiento criminal al modelo acusatorio puro. Ello supone una radical transformación tanto, desde luego, del papel del juez como sobre todo, del Ministerio Público. En cuanto a lo primero, porque desaparecía la instrucción en su formato actual, reduciéndose el papel del juez; en cuanto a lo segundo, porque se atribuiría al fiscal la iniciativa en el procedimiento criminal. Este tipo de reformas redundaría, estimo, en unas mayores garantías para el acusado o imputado. Pese a la vigencia del principio de presunción de inocencia, lo cierto es que en el sistema actual la intervención del juez en la fase instructora coloca al sujeto pasivo del procedimiento en una posición muy debilitada, por cuanto la imputación, o en su caso el procesamiento, provienen de un órgano judicial, con la descalificación social (siquiera sea, en teoría, provisional) que ello provoca. Por otra parte, no puede olvidarse el papel que de hecho el sumario cumple incluso en la fase de vista oral, y ello pese a todas las advertencias efectuadas por el Tribunal Constitucional. El protagonismo del fiscal como acusador (lo ideal sería, creo yo, que el fiscal ostentase el monopolio de la acción penal, lo que se ve dificultado por el artículo 125 CE) vendría a reconducir a sus justos límites la posición del acusado, colocándose en una posición de paridad con la acusación ante el Tribunal sentenciador. La nueva función del juez durante la fase anterior a la vista oral (como juez de garantías, desvinculado de la imputación), aseguraría tanto la defensa del interés público como la de los derechos del acusado, sin añadir una carga de descalificación social sobre éste último. Sin duda la instrumentación de un sistema acusatorio será compleja; recomiendo la lectura de las recomendaciones efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial en su documento «Propuestas del CGPJ para la reforma de la justicia», del año 2000.

#### PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Creo que la ambigüedad ha de despejarse en el sentido que se apunta en el *Libro Blanco de la Justicia* de 1997 y en las *Propuestas para la Reforma de la Justicia* hechas por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2000 como contribución al Pacto de Estado sobre la Justicia que su Presidente, don

Javier Delgado Barrio, venía solicitando prácticamente desde el comienzo de su mandato. El peso de la instrucción penal ha de recaer en el Ministerio Fiscal, mientras que el Juez ha de centrarse en la tarea de garantizar el respeto a los derechos en juego. Ciertamente, eso exige acentuar las exigencias constitucionales que someten al Ministerio Fiscal al principio de legalidad y predicen su imparcialidad

#### JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA

Entregar al Ministerio Fiscal la función que hoy ejerce el Juez Instructor sólo sería admisible constitucionalmente tras una revisión global del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981. Tal reforma debería garantizar una independencia absoluta, equiparable a la que goza un Juez de Instrucción, de los miembros del Ministerio Fiscal en estos nuevos cometidos. El artículo 124.5 de la Constitución establece que el Gobierno nombra al Fiscal General del Estado, oído el Consejo General del Poder Judicial, por lo que atribuir esa función al Ministerio Fiscal en circunstancia de clara independencia no sería una tarea fácil. Con el Estatuto actual y las atribuciones que el Fiscal General del Estado ostenta en él, según la jurisprudencia dominante, la posibilidad que apunta el Pacto de Estado sería, a mi entender, contraria a la Constitución. También lo serían modificaciones puntuales del Estatuto, como la producida por la Ley 12/2000, de 28 de diciembre porque la instrucción criminal exige una nueva concepción de la independencia del Ministerio Público que escapa a las reformas puntuales.

La función que sugiere el Pacto requeriría además, para ser eficaz, unos medios humanos y materiales de los que no dispone hoy el Ministerio Fiscal.

A favor de la tesis de la instrucción por el Ministerio Fiscal se ha esgrimido el dato de que en España rige estrictamente el principio de legalidad para el ejercicio de la acción penal, como en Alemania, en Portugal o en Italia. Se debería precisar que el principio de legalidad no excluye la posibilidad de interpretaciones con una amplísima discrecionalidad en la mayor o menor dureza de la investigación, medidas cautelares, penas que se solicitan, etc. En contra de esta nueva atribución se encuentra el difícil equilibrio de nuestro Ministerio Fiscal, que se mantiene gracias al prestigio profesional de sus miembros, a su libertad profesional de actuación y, en último extremo, a preceptos como el artículo 27 de su Estatuto.

La instrucción encomendada al Ministerio Público no plantearía problemas en asuntos triviales, en los que se puede admitir incluso el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal o el plea bargaining, por el que se negocian cargos a cambio de la aceptación de la culpabilidad. Tampoco surgirían problemas en los asuntos de importancia media, en los que las divergencias de criterio se podrían resolver dentro de la línea jerárquica, con recurso a los mecanismos de independencia que hoy ofrece el Estatuto del Minis-

terio Fiscal. Serían, sin embargo, los casos sensibles, con una trascendencia política o social predominante los que podrían dar lugar a problemas de difícil solución. Las formas de persuasión o presión pueden ser muy sutiles dentro de la línea jerárquica y, aunque las dificultades no se planteen en la realidad, la posibilidad de que se afirmen como ciertas en los medios de comunicación que informen o lucubren sobre ellas muestran los riesgos de la propuesta.

## V. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES REFERIDOS AL MINISTERIO FISCAL

*¿Cómo cree Vd. que se deben desarrollar en la práctica, con relación al Ministerio Fiscal, los principios constitucionales de unidad de actuación e independencia jerárquica, así como su sometimiento a los de legalidad e imparcialidad?*

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO

En materia de organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal, como he explicado por extenso en mi trabajo sobre *El poder de acusar*, soy partidario del *statu quo*. Un fiscal independiente es peligrosísimo. Recuérdese, además, que en España la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno está atenuada, entre otros medios, por la existencia de la acción popular. Dicho esto, creo que los principales partidos deberían llegar a una verdadera «convención constitucional» sobre la pieza clave, que es el Fiscal General del Estado: nombrar personas con fortaleza de carácter e independencia de criterio, que eviten ser vistas como meros ejecutores de los deseos, reales o presuntos, del Gobierno.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Permítaseme afirmar una idea principal de la mayor importancia, que no por casualidad ya me he visto compelido a defender con energía en otras publicaciones<sup>1</sup>: Debemos desterrar el error, carente de cualquier apoyatura constitucional, de concebir al Ministerio Fiscal como «parte integrante del poder judicial», regido pues por el principio de dependencia jerárquica. Este error de planteamiento, que ha arraigado entre nosotros en parte por la escasa dedica-

1. Entre otras vid. J. F. LÓPEZ AGUILAR, *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid (1996).

ción que los estudiosos del Derecho han dedicado a esta institución, ha producido como consecuencia la aplicación de esquemas conceptuales propios y característicos del órgano y de la función que animan al poder judicial.

El ministerio fiscal no puede ser entendido como parte del «Poder Judicial» por el solo y simple hecho de que aparece consignado dentro del Título VI de la Constitución. Hablar del Ministerio fiscal en España no equivale, por tanto, a hablar de «justicia» *in toto*. El Ministerio Fiscal es lo que la Constitución ha previsto que sea: un órgano del estado cualificado por rasgos institucionales propios, distintivos y específicos. Un órgano cuya misión es promover la acción de la justicia por medio de órganos propios cuya definición objetiva y funcional habrá de actuarse por Ley, y a la cabeza de los cuales se sitúa un Fiscal General del Estado nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno y oído el CGPJ. El discernimiento del Ministerio Fiscal como una institución constitucional que no es parte del poder judicial es el punto de partida de cualquier lectura constitucionalmente correcta de las características que constitucionalmente invisten al órgano en cuestión.

Estos rasgos institucionales propios, o características, previstos por la propia Constitución, y que cualifican este órgano constitucional, son precisamente la cuestión que se nos plantea en esta pregunta, y no son otros que Unidad de actuación y dependencia jerárquica, (que no independencia, como equivocadamente propone la pregunta), y los de imparcialidad y sometimiento al principio de legalidad. De ellos, los primeros podíamos calificarlos como principios organizativos, y los segundos como principios funcionales.

Empezando por los principios a los que he calificado como funcionales, la cuestión está clara. La imparcialidad y el sometimiento al principio de legalidad son las dos caras de una misma moneda. La imparcialidad que se predica como característica propia del Fiscal no puede equipararse ni a la «independencia» ni a la «imparcialidad» que predicamos de los jueces. La imparcialidad del Ministerio fiscal está vinculada a la defensa de los intereses sociales definidos y tutelados por la Ley (art. 124 CE). Su «imparcialidad» no es una cualidad institucional obligada, por su dicción del Derecho, con plenitud decisoria e independencia garantizada, como es el caso de imparcialidad de los jueces, a quienes la Norma Suprema les ha colocado en la posición de tercero *supra partes*, en disposición de dictar una resolución fundada en Derecho a un determinado conflicto. La imparcialidad del Ministerio fiscal es un elemento necesario para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, porque este órgano es el encargado de la promoción objetiva de la legalidad ante los tribunales (art. 7 EOMF), preservando el cumplimiento de su misión de cualquier sujeción mecánica ni a las posiciones defendidas por las partes, ni al propio órgano encargado de instruir o de juzgar. El Ministerio Fiscal es un órgano ideado por el constituyente para promover una defensa objetiva de la legalidad ante los tribunales. Objetiva porque el Fiscal atiende al «interés general definido por la Ley», e imparcial porque precisamente por la defensa del interés general se sitúa en una posición al margen de la posición sosteni-

da por las partes. No por encima de las partes, como sería la imparcialidad del Juez, sino al margen de los intereses de las partes en conflicto.

La actuación combinada de estos dos principios que caracterizan la actuación del Ministerio fiscal se sitúa, por tanto, dentro de su «autonomía funcional», esto es, su capacidad de actuar racional y selectivamente, sin necesidad de responder a órdenes o instrucciones expresas, por medio de órganos propios que disfrutan de cierto margen de decisión, en especial en lo referente a evaluación y calificación de los hechos. Esto es, que pueda postular pedimentos o posiciones procesales de parte, sin necesidad de recibir o esperar instrucciones específicas, en cualquiera de sus ámbitos de competencia.

Los otros dos principios —«unidad y dependencia jerárquica»— son principios de carácter estructural y organizativo. El Ministerio Fiscal es un órgano específico del Estado que contribuye a la realización de la potestad jurisdiccional por medio del «impulso de la acción de la Justicia», de la que, por tanto, queda claro que no forma parte, puesto que la promueve. Es por tanto, un órgano ajeno a la organización judicial, aunque actúe en el ámbito de la Administración de Justicia. Para el ejercicio de su función de «promoción de la acción de la Justicia» está estructurado de forma jerárquica y unitaria, y esto debe ser entendido como preceptuación de una relación de sujeción y sometimiento a la autoridad efectiva de las instrucciones impartidas por el Fiscal General del Estado. De modo que no resultan de recibo ni las actuaciones contradictorias del Ministerio Público en cada concreto proceso, ni la impredecibilidad de los posicionamientos a adoptar por los representantes de este órgano. Máxime en el orden penal donde prevalece la imperatividad de la promoción pública de la acción de la Justicia. De este modo la dependencia y unidad a las que están sometidos los fiscales garantizan la coherencia de su actuación en su papel ejecutor de una política criminal consistente, con un orden de prioridades democráticamente configurado y legitimado, y del que en última instancia responde políticamente el Gobierno, director de la política interior del Estado, que es quien tiene otorgada la facultad para ello (art. 97 CE). La unidad y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal, que termina en el Fiscal General del Estado —sin que exista, ha de subrayarse, vinculación jerárquica del Fiscal General del Estado respecto del Gobierno—, está, por tanto, justificada precisamente en las funciones que constitucionalmente tiene asignadas: garantizar la coherencia, la consistencia interna y externa de la propia institución, al tiempo que la legitimación democrática y la responsabilidad de la instrucción en su conjunto. Esa conexión con el Gobierno democrático y responsable ante el Parlamento es, cabalmente, la única garantía, al margen de la genérica sujeción a la Ley que atiene a todos los poderes públicos, de la responsabilidad del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, dentro de los principios que rigen la organización del Ministerio Fiscal, tropezamos demasiadas veces con el falso problema de la vinculación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno.

Nada hay tan desaconsejable, si queremos solventar un problema, como plantearlo mal. He expuesto las poderosas razones que justifican la relación entre Ministerio Fiscal y Gobierno, tanto en el plano organizativo, como en el plano funcional. En el plano funcional esta relación está directamente conectada con esta imperatividad de la promoción pública de la acción de la Justicia de la que ya hablamos y que constituye en sí misma la ejecución de la política criminal del Gobierno (el Gobierno necesita un «promotor» de la justicia penal, que esté sujeto a la Ley y al Derecho, pero que actúe ante los tribunales los criterios que definen las líneas maestras de la represión del Estado). Y en el plano organizativo está relacionada con la designación del Fiscal General del Estado, cúspide jerárquica de la organización de los fiscales, y con su eventual remoción, siempre bajo el principio de responsabilidad política ante el Parlamento del Gobierno.

Este es precisamente el punto más discutido por la doctrina. A mi no me plantea conflicto. La legitimidad democrática -y la regulación constitucional- de la conexión institucional entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno, sometido al imperio de la Ley, que es políticamente responsable ante el Parlamento. El Fiscal General del Estado en sus funciones de dirección y unificación del órgano, se halla estrictamente constreñido, como la totalidad del órgano y todos sus representantes y como, por lo demás, todos los poderes públicos por la legalidad. Pero ejecuta también, importantes funciones, para la política criminal del Gobierno, que es el único responsable constitucional y políticamente de la dirección de la política interior y la administración y defensa del Estado (art. 97 CE). Los ciudadanos exigen del Gobierno no sólo la configuración de una determinada legislación penal, con la mediación de las Cortes, sino que dicha normación sea actuada y exigida por cauces jurisdiccionales. Luego es el Gobierno quien debe responder respecto del eventual impulso de la política criminal en defensa de los intereses públicos y generales tutelados por las leyes, de los que es directamente responsable el Ministerio Fiscal a través de su función de promoción de la acción de la justicia. Por eso debe poder designar a quien dirige esta actuación, bajo su responsabilidad ante el Parlamento, y debe un estricto ateniimiento a la legalidad: la orgánica, la procesal, la penal y la penitenciaria y, por encima de todas ellas, la propia Constitución.

Ello no significa que el Gobierno vincule imperativamente con voluntad política cada decisión y actuación del Ministerio Fiscal, sino sencillamente que deposita su confianza en un Fiscal general que hará efectiva la promoción de la justicia, -la acción de la justicia, cuya actuación promoverá, porque no es parte de ésta- en el marco de su responsabilidad en el desarrollo de las políticas públicas. Los criterios de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción penal pública son consistentes con el ejercicio de la política criminal del Gobierno precisamente porque el Gobierno responde ante la opinión pública y ante el Parlamento, y el Fiscal General del Estado indirectamente también, en virtud de la confianza que han depositado quienes le designaron y pueden revocarle. La actuación del Fiscal General, y por ende del Ministerio Fiscal, al

igual que la política criminal del Gobierno son revisables porque responden democráticamente ante el Parlamento.

Por encima y más allá de todo lo expuesto aquí de forma tan sintetizada, el Ministerio Público se encuentra, manifiestamente, en pleno proceso de revisión, y son algunos los que, ante determinados casos en los que por intereses no ajustados a la promoción de la Justicia, la actuación del Fiscal General ha impedido a los órganos judiciales conocer determinados asuntos, piden la aplicación de modelos de independencia total como el Italiano, que tan desastrosas consecuencias ha tenido.

Es cierto e inocultable que este órgano puede ser mejorado y se deben poner mecanismos de control que impidan el uso interesado del Gobierno del Ministerio Público. Pero ello no puede ser interpretado de modo que ignoremos la configuración constitucional del Ministerio Fiscal.

En cualquier caso, la reforma es posible, pues como es sabido la Constitución enmarca los márgenes de actuación a los que debe estar sometido pero no deja cerrado el camino a la decisión del legislador ordinario. Podrían, por tanto, acometerse específicas reformas orgánicas que den concreción al contenido positivo de la autonomía funcional; fortalecer al fiscal como actor penal cualificado, como codirector de la actuación de la policía judicial, como investigador de los hechos con apariencia delictiva, como promotor de la adopción de medidas cautelares; e introducir un cierto margen de actuación para acotar el principio de oportunidad reglada en el ejercicio de una acción penal racionalmente selectiva, vistas las limitaciones objetivas y materiales que impiden la plenitud del ejercicio de la acción penal oficial promovida por el Estado, a través de instrucciones propias para la realización efectiva del Estado de Derecho.

LUIS LÓPEZ GUERRA

La experiencia parece mostrar que el elemento clave para garantizar a la vez la eficiencia y la imparcialidad del Ministerio Fiscal radica en la designación y status del Fiscal General del Estado. El actual Estatuto del Ministerio Fiscal garantiza adecuadamente, a mi modo de ver, los principios constitucionales del artículo 124 CE... excepto en lo que se refiere al papel del Fiscal General. Sin duda debe existir una conexión entre el Fiscal General y la política gubernamental en materia criminal, por lo que está justificada la forma de selección de aquél prevista en la Constitución. Pero en la forma en que se ha aplicado, el resultado ha sido una clara disminución de la confianza pública en la imparcialidad del Fiscal General a la hora de entablar la acción penal cuando intereses o personajes de relevancia política se hallan implicados. Y ello repercute forzosamente en la confianza en el Ministerio Fiscal en forma general. Partiendo del pie forzado que suministra la Constitución (y que, insisto, me parece muy justificado) creo que podría reforzarse la imparcialidad del

Fiscal General introduciendo algunos elementos en su regulación que limitaran el ámbito de acción del Gobierno en cuanto a su nombramiento y remoción, aun manteniendo su función constitucional al respecto. Particularmente decisivo podría ser el establecimiento de una cierta inamovilidad (por ejemplo, mediante la fijación de un periodo de mandato, durante el cual sólo podría ser sustituido en virtud de causas tasadas) que independizara en la práctica al Fiscal General de toda influencia gubernamental, o al menos, de la apariencia de esa influencia.

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

No creo que sean imprescindibles cambios en el régimen jurídico por el que actualmente se rige. Mas bien se trata de fortalecer al Fiscal General del Estado en el ejercicio de sus responsabilidades, lo que es lo mismo que asegurar su identificación plena con los objetivos que la Constitución le asigna.

El Ministerio Fiscal es concebido como una institución jerárquicamente organizada que ha de ejercer sus funciones de acuerdo con el principio de unidad de actuación. La última está relacionada con lo primero, lo cual, a su vez, enlaza con la posición del Fiscal General del Estado. Si éste imprime al conjunto del Ministerio Fiscal la impronta de imparcialidad que la Constitución impone y se desenvuelve en el respeto a la ley que aquélla le exige de un modo especial, es posible lograr la conciliación a la que se refiere la pregunta. Digo esto porque no me parecen convenientes modificaciones tendentes a introducir en nuestro ordenamiento fórmulas como la francesa o la italiana en las que los fiscales son magistrados integrados en el Poder Judicial. Y no me lo parecen, no sólo porque habría que reformar la Constitución en este punto para establecerlas. Además, no lo creo conveniente. Es significativo, en este sentido, el debate abierto al respecto, sobre todo en Italia, en los últimos años en el que se han puesto de relieve las disfunciones que comporta la figura del fiscal-magistrado.

En definitiva, considero que la opción seguida por el constituyente es adecuada, pues combina la relación necesaria que ha de tener con el Gobierno —que es quien nombra al Fiscal General del Estado con el concurso consultivo del Consejo General del Poder Judicial— con las garantías que han de permitirle dirigir la actuación de los fiscales de una manera coherente con la relevancia de los cometidos que se les han asignado constitucionalmente: sumisión a la ley e imparcialidad.

Como en todas las instituciones de configuración jerárquica que tienen en su cabeza un órgano unipersonal en quien residen efectivamente las potestades propias del conjunto, la elección del Fiscal General del Estado tiene una importancia decisiva. Por eso, creo que en torno a su nombramiento debería formarse una convención que asegurase, además del respeto a los requisitos establecidos por la Constitución y por la ley, controlable, como sabemos, por

el Tribunal Supremo, la designación de juristas que, además de la competencia profesional imprescindible, cuenten con un amplio respaldo. Es decir, que sean aceptables, también, para quienes no forman parte de la mayoría que sostiene al Gobierno.

De consolidarse un uso de esa naturaleza, se apaciguaría la controversia que ha acompañado a algunos nombramientos y se evitaría la deslegitimación que inevitablemente comporta para la institución. Y no sería necesario, tampoco, seguir planteando la necesidad de modificar las normas vigentes para impedir la destitución del Fiscal General del Estado antes de que concluya el período –también por establecer– para el que fuere nombrado. La exclusión de este nombramiento de las pugnas partidistas y asociativas, por medio del consenso, sería, sin duda, altamente beneficiosa para la institución y para el conjunto del ordenamiento.

JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA

El Ministerio Público debe una obediencia estricta a la Ley, al igual que el Gobierno que también es ejecutor de la misma. La voluntad objetiva de la Ley es la misma, cualquiera que sea la persona que la defienda o pida su aplicación. Se explica así una organización jerárquica rígida y cuasimilitar. Esa organización es la que permite la existencia de una política criminal, que es la razón de la conexión constitucional Fiscal General del Estado-Gobierno, y que no existan divergencias en los criterios por los que se pide la aplicación de las Leyes, sea quien fuere el Fiscal que actúe en cada caso.