

La justicia en la Constitución

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. LUIS SÁNCHEZ AGESTA (*)

El tema propuesto, «La justicia en la Constitución», tiene las más amplias resonancias en el texto constitucional. Está anunciado en el Preámbulo como uno de los objetivos básicos que la nación española se propone al establecer una Constitución: «La nación española, deseando establecer la justicia...»; en el artículo 1.º se reitera esta misma idea con la afirmación de que España propugna la justicia como un valor superior de su ordenamiento jurídico; en los artículos 24 y 25 se constitucionalizan como derechos la propia tutela judicial y algunas condiciones y formas del procedimiento; en el artículo 53 se define al juez como garante de los derechos; en el Título IV, artículo 106, se define a los tribunales como controladores de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa; el Título VI la define como «poder» y establece sus principios básicos; y todavía con independencia a otros artículos que confirman o matizan alguno de sus caracteres, el Título IX define su último y más novedoso carácter como justicia constitucional. Y en los artículos 159 y 161 perfilan algún aspecto de la relación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria. Y el artículo 162 establece el régimen de la justicia en las Comunidades Autónomas. La legislación especial antiterrorista también precisa la actuación del juez.

En todo caso, desde el punto de vista jurídico-político está íntimamente vinculada a la definición de un Estado de Derecho, a la definición constitucional del principio de división de poderes e incluso a la estructura compleja de una división territorial del poder en el Estado autonómico, y, por último, a la nueva concepción cons-

(*) Sesión del día 12 de marzo de 1985.

titucional de un Estado, con poderes limitados, incluso en el ámbito de la competencia legislativa del Parlamento.

Con un valor histórico general, la justicia está enraizada con el mismo nacimiento del Estado. Frente a la acción medieval un poco anárquica con que los señores feudales defienden sus derechos, y eventualmente los de sus vasallos, con sus mesnadas, entablado guerras privadas, surge la idea y el hecho de un primer señor, al que significativamente se le llama «Princeps» o príncipe, superior o soberano, que se compromete a resolver jurídicamente las contiendas que puedan suscitarse entre todos sus súbditos y monopoliza el derecho de guerra y el ejercicio de la jurisdicción y la violencia. En fecha tan temprana como 1188, Alfonso IX, en sus conocidos Decretos de León, prohíbe que ningún señor haga «asonadas», sino que debe pedir – dice – mi justicia, ni que nadie tome prendas, haciéndose la justicia por su mano, ni ocupe por la fuerza bienes muebles o inmuebles, ni que nadie se oponga a sus jueces, ni éstos la nieguen, ni la difieran maliciosamente, al mismo tiempo que promete someter su justicia a ciertas garantías y limitaciones. Fue, por consiguiente, un servicio especial que al mismo tiempo justificaba la existencia de un poder superior, que era ya embrionariamente un Estado, sometido a la «paz del Rey» que éste garantizaba.

Obras literarias como el Alcalde, esto es, el juez, de Zalamea, o el mejor Alcalde, esto es, el mejor juez, el rey, testifican la popularidad de este concepto.

Cuando en el siglo XVIII aparece con Montesquieu la doctrina de la división de poderes, entre éstos, aunque con cierta minusvaloración (una potestad en cierta manera neutra o nula), está el poder judicial que va a definirse como estrictamente diferenciado del poder legislativo y ejecutivo, en esa balanza que es garantía de la libertad.

Y así lo recogen las Cortes de Cádiz en su primer Decreto de 24 de septiembre de 1810. Y posteriormente lo sanciona la Constitución de 1812 con una enumeración de las potestades, que en el artículo 17 enuncia la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales que se atribuye a los Tribunales establecidos por la Ley, y todo un título, el V, con más de sesenta artículos, que estudian la organización, nombramiento de jueces, las garantías y gran parte de su procedimiento. Es más, hay que subrayar que por la resistencia a desarrollar y articular una declaración de derechos, que parecería imitación del ideario del invasor francés, con el que se mantenía la guerra de Independencia, se desarrollaron en este título las garantías que ofrecía la actuación de los jueces y la protección de la libertad, convirtiendo al juez con gran originalidad en protector de los derechos.

Llamo la atención sobre esta peripecia de las Cortes de Cádiz y de su Constitución porque no sólo determinó una tradición de tutela judicial de los derechos, que fue después recibida por el constitucionalismo iberoamericano, al que ha dado perfi-

les originales que son aceptados como un progreso universal sólo porque contienen el precedente propio o autóctono de nuestra regulación actual, sin paralelo en ninguna otra de nuestras Constituciones históricas. Incluso las más modernas, como la de 1876, sólo dedicaba siete artículos a la jurisdicción, y la de 1931 sólo dedicó poco más de una docena, pese a que en ella había un Tribunal de Garantías Constitucionales y se consedra también el ministerio fiscal. Por eso, raro es el tema cuyo origen no puede encontrarse en aquella Constitución. Así, la discusión entre una justicia popular en que intervienen jueces de hecho en nombre del pueblo y la concepción de la justicia como un servicio del Estado, fundamento de la paz, que se administra en nombre del rey. Y no digamos los principios de unidad (con excepciones), exclusividad, legalidad, limitación, imparcialidad, publicidad, responsabilidad y la misma humanidad en la política penitenciaria (se prohibía la tortura y los «apremios», como malos tratos, al presunto delincuente) e incluso se ofrecían garantías procesales de un juicio rápido y una información al acusado para asegurar su defensa.

No vamos a examinar todo el proceso histórico, más pobre que este brillante origen, en que se va desarrollando la importancia de la jurisdicción en el equilibrio constitucional de poderes. Baste decir que como carácter de todo el derecho constitucional europeo occidental hay un crecimiento de su importancia en el orden constitucional, que se manifiesta esencialmente en seis puntos:

1.º El juez y la función judicial en el Estado pluralista y parlamentario se constituye como el único poder netamente dividido. Los poderes legislativo y ejecutivo en la historia occidental del régimen parlamentario se funden, el Gobierno se basa en una mayoría que es la mayoría de un partido, cuyos líderes están en el Gobierno, y la clase política que tiene asiento mayoritario en el Parlamento, respalda y sanciona la acción del Gobierno, que a su vez responde en mayor o menor parte a las inspiraciones de la mayoría parlamentaria. La independencia de la justicia respecto a ese bloque conjunto que domina el Parlamento y el Gobierno es una garantía fundamental de la libertad.

2.º En el Estado pluralista destaca la importancia de otro principio: la imparcialidad. Esta no es sólo imparcialidad entre las partes en litigio, sino imparcialidad frente a las opiniones en concurrencia en un régimen pluralista.

3.º Esta acción imparcial o independiente del juez aumenta aún su valor en cuanto el juez es la clave de un Estado de derecho que ejerce el control de la acción administrativa pública e incluso de la acción legislativa desde el parámetro de la Constitución.

4.º El juez se destaca como el protector o tutor de los derechos, en cuanto de una parte hay un derecho a la tutela judicial, y se constitucionalizan como derechos las formas del procedimiento en el artículo 24 de la Constitución. Y de otra, la

mayor parte de los derechos se garantizan en sus limitaciones por la acción del juez.

5.º El juez y o la justicia, volviendo quizá a los orígenes de la institución, se convierten en una base de la unidad del Estado mismo, como orden de paz. Hay una unidad del ordenamiento jurídico del Estado que es coherencia del orden, idea del ordenamiento que casi merecería una conferencia por sí misma, que se define por la unidad de la justicia en la resolución de los conflictos y en la actuación del Tribunal Supremo a través de la casación y en la actuación del Tribunal Constitucional que define los principios del ordenamiento.

6.º Estas funciones definen la justicia como una institución constitucional que es partícipe de la soberanía del Estado como orden de paz. De aquí el nuevo sentido de su independencia, que más adelante examinaremos con más extensión, que eleva los conflictos de intereses o políticos a un plano general.

A los efectos de comprender mejor esta importancia que atribuimos a la justicia y las consecuencias que puede tener la ley orgánica del poder judicial vamos a examinar los siguientes puntos:

- a) La Justicia como Poder.
- b) Origen de la potestad jurisdiccional en nuestra Constitución.
- c) Garantías de su independencia.
- d) Garantías de su imparcialidad.
- e) Garantías de su función (exclusividad y unidad).
- f) La tutela de los derechos.
- g) Y nos limitaremos a aludir a las garantías del procedimiento, y
- h) La justicia constitucional.

El Poder Judicial como tal poder es una institución constitucional que asegura la unidad del ordenamiento jurídico (la Constitución y el restante ordenamiento jurídico) y representa una parte de la *soberanía* del Estado en una parcela de poder *dividido* a través de los principios de unidad y exclusividad.

Es un hecho, que muchas veces se ha comentado, que sólo en este Título VI la Constitución emplea la palabra poder, deliberadamente, puesto que se rechazaron múltiples enmiendas que trataban de rectificar el término «poder», que para alguno era un error de expresión. La crisis de la doctrina de la división de poder se refleja en otros pasajes de la Constitución, negándose la calificación de «poder» a títulos referentes a las Cortes, al Gobierno y a la administración e incluso al propio Rey, al designar a esos órganos como simples titulares de una función, e incluso titulando el Título V —De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales— para sugerir que no eran dos órganos separados, sino dos órganos en una estrecha colaboración. En cambio, cuando en este Título se acepta la titulación del poder judicial se

hizo reflexivamente, asignándole los caracteres de jerarquía funcional no orgánica con las características de unidad y exclusividad.

Comúnmente se acepta que son poderes constitucionales aquellos cuya organización y competencias derivan directamente de la Constitución. En el caso del Poder Judicial, la prueba es prácticamente innecesaria, porque es la única función del Estado que la Constitución específicamente llama Poder. Prescindiendo de otras argumentaciones, su independencia necesita ser especialmente protegida, en la medida en que se le confía una parte importantísima en la protección de los derechos.

Es cierto que los revolucionarios franceses a fines del siglo XVIII quisieron sujetarlo estrictamente a la obediencia de las leyes para que estuvieran sometidos a la Asamblea, y a este fin crearon la «casación» para que no se separaran de la función de aplicar mecánicamente las leyes que la Asamblea establecía. Pero el progreso del Derecho ha estado claramente no sólo en la línea de apartar la judicatura de la presión del Poder Ejecutivo, sino también en emanciparla de la literalidad de las leyes y permitirles su interpretación. Y en la medida que hoy se ha advertido que las «asambleas legislativas» son absorbidas en su función por el Poder Ejecutivo, ya por sustituirlas en su función a través de los Decretos Leyes o de las Delegaciones Legislativas, ya por el predominio de la función de gobierno, o por lo que algunos autores llaman función de dirección política, por la relación del Gobierno con una mayoría parlamentaria, obliga a proteger la judicatura en su relación con el Parlamento. El final de este proceso, como culminación del Estado de Derecho, han sido los juicios de inconstitucionalidad de la ley, que aprueba el Parlamento, constituyendo al juez en un colegislador negativo.

Además, si soberanía significa algo en el mundo contemporáneo, es la capacidad de resolver en última instancia. El valor de la cosa juzgada en problemas sobre la que los tribunales han dicho la última palabra se mantiene por la Constitución, curiosamente no en este capítulo que dedica al Poder Judicial, sino en el Título IX, que regula el Tribunal Constitucional. Este, que puede revisar la acción del Parlamento y en último término rectificar o anular sus leyes, puede también modificar la interpretación que la jurisprudencia haya hecho de las normas, pero *no las sentencias recaídas en virtud* de esa misma interpretación que se modifica o se anula. Las sentencias *no pierden su valor* (artículo 161, a) ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo, dice a su vez el artículo 123, con Jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional *superior* en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

Un poder del Estado necesita un vértice de unidad, y todos los tribunales, sea cual fuere su especialidad, incluso el Tribunal de Cuentas y los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas, están sometidos a las posibles revisiones que realice el Tribunal Supremo a través del recurso de casación. Si comprendemos

entre los órganos de justicia al Tribunal Constitucional, este ejercicio de una soberanía no tiene más límites que la posible revisión de la Constitución.

Este carácter está subrayado por el artículo 118, que establece que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

Este poder se ejerce por el Poder Judicial, con *exclusividad* en el sentido de que excluye la existencia de otro posible órgano que ejerza potestad jurisdiccional. En consecuencia, las propias Cortes cuando constituyen una comisión de investigación no pueden adoptar resoluciones que sean vinculantes para los tribunales, ni sus acuerdos afectan a las resoluciones judiciales (artículo 76). E incluso en los delitos de traición y contra la seguridad del Estado de los miembros del Gobierno en el ejercicio de sus funciones, sólo procede una acusación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (artículo 102). En virtud de este precepto ha desaparecido de nuestro Derecho el tradicional juicio de «Impeachment».

Por último se define el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los tribunales, con la sola excepción de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, y un párrafo más del artículo 117, 6, prohíbe los tribunales de excepción.

Advirtamos, para terminar, que la justicia dispone de un órgano administrativo de investigación para «aseguramiento de los delincuentes», esto es, de un órgano de poder físico exterior para ejercer su función.

E incluso que a través de su informe se designa por el Rey, a propuesta del Gobierno, al Fiscal General del Estado, que es el órgano último superviviente de la relación de los jueces con el poder ejecutivo.

En cuanto el poder es una energía, un impulso moral capaz de determinar la obediencia de los hombres y, en sentido muy general, de propiciar su consentimiento a decisiones sobre la convivencia entre los hombres, hay que preguntar cuáles son los fundamentos que legitiman esa potestad. Es claro que la pregunta no se formula en estos términos que aluden a la técnica de la dinámica del poder, sino más simplemente sobre cuál es el origen o el fundamento de ese poder.

En nuestro texto constitucional hay claramente expresos dos fundamentos: La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, dice el art. 117 de la Constitución. En ese doble fundamento pueden adivinarse dos distintas concepciones de la raíz de la justicia que pueden inspirar dos concepciones diversas de su organización. Y esa dualidad de sentidos que vamos a tratar de precisar fueron las dos posiciones centradas en el momento de la discusión constitucional que fueron superadas por un consenso, que partió la diferencia *enunciándolas conjuntamente*.

La afirmación de que la justicia emana del pueblo era, quizás, una consecuencia, y, quizás, una redundancia, del art. 1, pár. 2, que dice que «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes». Si la jurisdicción es un *poder* que se funda en la soberanía de la nación debe emanar de ese pueblo que es la fuente común de todos los poderes. Pero lo que hay que referir a esa soberanía es el poder de juzgar, no la organización de la justicia. Junto a este fundamento que podríamos llamar *popular* está esa otra afirmación, que corresponde a una tradición de Occidente fundada en el origen mismo del Estado: «Se administra en nombre del Rey», según la cual, la justicia es una función, un servicio de paz sobre la base de un ordenamiento jurídico, que afirma la primacía de la justicia *pública del Estado* del que el Rey es símbolo, que asume el monopolio del poder como soberanía que detenta y ejerce la violencia y prohíbe la guerra y la venganza privada. Aunque la expresión «en nombre del Rey» tenga un carácter simbólico, alude claramente a un servicio del Estado realizado por un cuerpo o rama de su administración, los jueces y magistrados que integran ese poder judicial y que administran justicia en nombre del Rey como una función pública. Y por eso, alguna de nuestras constituciones históricas, empezando por la Constitución de Cádiz, han titulado los artículos que regulaban esta materia, simplemente así, *Administración de Justicia* (Constitución de 1845).

Fueron los propios diputados que intervinieron en la discusión del Congreso quienes hablaron de dos visiones de la justicia que se amparaban en estas dos diferentes concepciones. La verdad es que las hemos rehecho tratando de explicar su fundamento, porque aunque los diputados insistieron una y otra vez en esa dualidad (de una parte el diputado Castellanos y de otra Licinio de la Fuente y Fraga), esos dos conceptos no fueron definidos con claridad. M. García Canales, que subraya esta indefinición, propone llamarlas justicia participativa y justicia administrada. La primera implicaría la incorporación del pueblo a las tareas de la Administración de Justicia de la que serían modelos tanto el sistema anglosajón de los jueces de hecho o jurado, como el ejemplo más radical en el que pensaban quizá alguno de los defensores del sistema, de los tribunales «populares» de la Constitución Soviética y China, en el primer nivel de la Administración de Justicia, y en algunas constituciones de países del Este. En la Constitución Soviética actual, aunque se ha rectificado la idea de una justicia política de clase, se mantienen en la primera instancia jurados populares que gozan de los mismos derechos que el juez, sin separar los hechos y el derecho. Junto a este tipo de concepción popular de la justicia, que respondía, según un diputado, a la necesidad de que el pueblo no estuviera sólo representado en el poder ejecutivo para gobernar y administrar el país «sino que necesitan también corresponsabilizarse de forma seria en la justicia» (D.S.C. n.º 109, pág. 4.250), se oponía la concepción tradicional hoy en Occidente, que constituye la judicatura como un cuerpo profesional técnico, seleccionado por su competencia, como funcionarios judiciales, de los que se pueda esperar con

mayor fundamento no sólo conocimientos técnicos, sino imparcialidad e independencia. El consenso o acuerdo fue aceptar de una manera limitada una participación de los ciudadanos mediante la *acción popular* de la que no se ha extraído casi ninguna consecuencia, y la participación en la administración de justicia mediante la institución del jurado, limitándolo a *la forma y los procesos penales que la ley determine*, así como otra alusión, que puede parecer oscura si no se consulta a la deliberación de las Cortes, a los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, que supone el respeto a ciertos Tribunales, no profesionales, de carácter local o regional (Aguas de Valencia).

Hubo otra línea sobre la que se proyectó y se proyecta esta polémica entre una concepción popular o participativa y esta otra concepción de una justicia como servicio administrado al servicio de la paz jurídica, en la composición y designación del órgano que es hoy pieza clave de la independencia judicial, como autogobierno de la Administración de Justicia. Dicho en otros términos, la designación del Consejo General del Poder Judicial por las Cortes, como un órgano que representa al pueblo o su designación por los propios Magistrados. La solución fue aquí hacer intervenir al Rey en el nombramiento de veinte miembros, de los que doce serían de Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales en los términos que establezca la Ley Orgánica, y cuatro lo serían a propuesta del Congreso, y cuatro, a propuesta del Senado, elegidos por mayoría de 3/5 entre abogados y otros juristas, todos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión. Aunque sólo se reservaron ocho a la designación de las Cortes, es de advertir que no se prohibió que lo pudieran ser los restantes. Lo que se impuso, en esa proporción es que un cuarenta por ciento de sus miembros, ocho, no fueran pertenecientes a la magistratura de una manera necesaria para establecer su contacto con la sociedad, junto a doce que pertenecieron a ella. El Presidente es un miembro más de ese Consejo, que accede como Presidente del Tribunal Supremo para el que es propuesto por el propio Consejo General.

La independencia del poder judicial es uno de los caracteres más netamente afirmados en la historia del siglo XIX y que ha sufrido una transformación más profunda en la segunda mitad del siglo XX. La línea fundamental de esta evolución ha sido el tránsito de una protección de la libertad individual del juez de toda presión, a una institución objetiva de esa independencia de toda la organización judicial.

De acuerdo con el primer criterio, el art. 117 de la Constitución declara que la justicia se administra por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». El acento está puesto claramente en la independencia subjetiva de jueces y magistrados que ejercen la función de juzgar. La expresión misma «sometidos únicamente al imperio de la Ley», tiene fundamentalmente una intención negativa,

para excluir toda subordinación personal u orgánica y afirmar su dependencia impersonal de la Ley. Y puede quizá considerarse como una declaración de un privilegio de inmunidad, que reconocen otras Constituciones o Leyes. Quizá también puede interpretarse en el sentido de una afirmación del principio de legalidad, reiterativa, pues que la base de esa legalidad habría más bien que buscarla en el valor genérico, por su ubicación en el título Preliminar del art. 9.1, definidor del Estado de Derecho que afirma que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Esta *legalidad* no sería sólo, pues, fundamento de su independencia, sino directriz de su comportamiento que obliga al juez a respetar y aplicar la ley, y sujetarse a las normas de procedimiento (que el art. 24 define en parte como derechos), y a atenerse en sus sentencias y resoluciones al contenido prescrito en el ordenamiento, que es algo más que la ley en cuanto obliga al juez a conocer los principios que lo informan.

El párrafo 2.º de dicho artículo reitera esa independencia subjetiva al afirmar que los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. La jubilación tiene una gran importancia en otros países. Por ejemplo en Argentina y Estados Unidos como garantía de independencia (1).

Ahora bien, la gran novedad del siglo XX es una independencia objetiva de la función, como poder judicial, al que se dota de un órgano de autogobierno. Con diversos matices, las constituciones francesa e italiana abrieron esta línea que ha desarrollado también la Constitución española con la creación de un Consejo General del Poder Judicial, cuya composición ya hemos indicado, para sustraer con un carácter objetivo y global a los Jueces y Magistrados de toda influencia o presión directa o indirecta del Gobierno y la Administración, quedando sólo esa relación abstracta con el Parlamento, en cuanto este define a través de la Ley su competencia y su estatuto. Los nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario quedan así sometidos a un órgano de autogobierno judicial.

Se trata así de obtener una máxima garantía de *independencia e imparcialidad*, que es necesaria para la función delicadísima que se confiere al poder judicial, como único órgano netamente separado de los restantes órganos constitucionales, al que se confía de una manera relevante, como veremos inmediatamente la protección de los derechos. Aunque no sea parte, en sentido estricto, del poder judicial, el Tribunal Constitucional completa esta función y es el único órgano que puede revisar las decisiones de los jueces y magistrados en su amparo de los derechos.

Hemos hecho hincapié en la imparcialidad, porque en la designación del Consejo a través de las Cortes hay una presencia de parlamentarios que representan a

(1) Véase J. M. Serrano, Comentarios (dirigidos por Garrido Falla), 1980, págs. 1. 189 y ss.

un partido, pero en su regulación constitucional éstos son sólo un cuarenta por ciento de la composición del Consejo y la elección exige un quorum que representa la necesidad de un acuerdo. Quizá esta solución no es la óptima, pero incluso el hecho de que su actuación haya inspirado recelos a los órganos del Gobierno, acostumbrados a influir directamente en la justicia por las expectativas de nombramientos y ascensos, revelan que es una línea afortunada de asegurar esta independencia.

El Rey, como jefe del Estado, nombra a todos los miembros del Consejo, pero lo hace naturalmente bajo las convenciones del refrendo y a propuesta de las Cortes o de los principios magistrados y jueces que eligen a los miembros del Consejo (2).

Una consideración especial merece la salvaguardia de la imparcialidad de la Justicia.

No hay en la Constitución una declaración expresa del principio de igualdad ante el juez, que es para muchos una de las piezas claves del Estado de Derecho. Pero los términos genéricos del artículo 24, «todas las personas», al definir el derecho a la tutela judicial, la prohibición de los tribunales de excepción (art. 117.6) y el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5) la sobreentienden. La afirmación del artículo 139.1 refuerza este principio en lo que tiene de derecho, en uno de sus aspectos más vidriosos.

Pero no se trata sólo de asegurar esta igualdad ante el juez, sino de garantizar que el juez, en una sociedad pluralista, no va a estar viciado, de hecho ni en apariencia, ante los enjuiciados. Esta es quizá una de las condiciones de la justicia más difíciles de realizar. Como se ha advertido con acierto, ese pluralismo puede afectar incluso a las creencias religiosas y no puede prohibirse al juez que las tenga y las practique.

La Constitución se ha limitado a tener en cuenta aquellas organizaciones que están reglamentadas por la propia Constitución, como los partidos políticos y los sindicatos en cuanto son expresión de pluralismo organizado. El artículo 127 prohíbe a los jueces y magistrados, así como a los fiscales, mientras se hallen en activo, desempeñar otros cargos públicos ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos, y encomienda a la ley establecer el sistema y modalidades de su asociación profesional.

Otro párrafo prescribe la regulación por ley de un régimen de incompatibilidades que asegure su total independencia y es de presumir que atenderá también a su imparcialidad que es en ciertos aspectos una faceta de la independencia judicial. No deja de ser curioso advertir que los magistrados del Tribunal Constitucional tienen

(2) Cuando se publica este texto, una nueva regulación trata de reducir la doble vía (elección por los jueces y propuesta de las Cortes) a una sola: propuesta de las Cortes. Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

un régimen diverso, más suave que los magistrados ordinarios (art. 159.4). Esta incompatibilidad comprende los mandatos representativos, los cargos políticos o administrativos, cualquier actividad profesional o mercantil y el desempeño de funciones directivas en un partido político, en un sindicato y el empleo al servicio de los mismos.

No hay en la Constitución española un precepto análogo al de otras constituciones (p.e. la francesa) que proclame al juez protector de los derechos. Sin embargo, esta función está implícitamente contenida en el texto en cuanto el artículo 24 declara que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» que el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias viene definiendo como un derecho a la tutela judicial o más simplemente como un derecho a la justicia (Sentencia 1 de 1981, fundamento 11). Me cabe la satisfacción de que antes incluso que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado sobre este extremo, como lo ha hecho después con insistente reiteración, que no es preciso siquiera documentar, ya había destacado en la primera edición de mi «Sistema» en 1980 esta configuración del juez como «tutor de los derechos». Esta tutela implica un derecho mismo al proceso que es anterior a las garantías con que éste se define y garantiza, como un derecho independiente a obtener la tutela del juez (Sentencia 46/82, fundamento 2.º), cuyo contenido es obtener una decisión judicial razonada favorable o adversa a las pretensiones formuladas, dentro de los debidos cauces procesales (Auto 373/82). Un derecho a la tutela de los derechos, presentados como pretensiones, significa que el juez es *tutor de los derechos*.

Esta afirmación tiene un carácter más amplio o más analítico si se quiere. No es sólo que el juez tiene que oír y dar una decisión sobre toda alegación de un derecho que se demande en forma ante su jurisdicción, sino que esa tutela judicial se proyecta de manera específica en la delimitación y protección de los derechos proclamados en el Título I de la Constitución, con el valor que esta inclusión en esa parte de nuestro Ordenamiento jurídico les confiere.

El artículo 53.2 establece que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del capítulo 2.º, del Título I, ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaridad, y en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Aceptando la función específica que corresponde al Tribunal Constitucional en la decisión última del recurso de amparo, es innegable que esta función está concebida con una actuación de segunda instancia frente a la actuación primaria del juez en la protección de los derechos a los que la Constitución ha concedido una protección preferente. Pero es más, los derechos reconocidos en el capítulo III no sólo deben informar la práctica judicial antes de haber sido desarrollados por ley, sino que la jurisdicción ordinaria es la única ante la que pue-

den ser demandados de acuerdo con las leyes que los desarrollen (art. 53.3). Debe tenerse en cuenta que entre estos derechos está la protección de la familia, muchos derechos sociales, la salud, el derecho a la cultura, la utilización racional de los recursos naturales, el patrimonio artístico, el derecho a la vivienda, los derechos de los minusválidos, los derechos de la tercera edad, los derechos de los consumidores y la regulación de las organizaciones profesionales.

Un capítulo importantísimo, por último, de esta tutela judicial es la garantía por el juez del límite de los derechos. Entre otras pueden señalarse las siguientes consecuencias que constan en el propio texto constitucional:

a) El derecho genérico a la libertad y la seguridad está garantizado exigiendo que, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido debe ser puesto en libertad o puesto a disposición de la autoridad judicial (art. 17.2).

b) Además se establece hoy un procedimiento especial de Habeas Corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Este recurso puede ser iniciado por el propio interesado, su cónyuge o persona unida a él por análoga relación de afectividad, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en un procedimiento que no exige abogado ni procurador, y en el que es competente el juez del lugar y muy libremente el juez del lugar en que se hubieran tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido (aprobado el 23 de febrero de 1984).

c) Sólo el juez puede relevar del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18), potestad que comprende incluso la intervención del teléfono y no sólo de la correspondencia.

d) Sólo el juez puede acordar el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información (art. 20.5).

e) Sólo el juez, mediante resolución motivada, puede resolver o suspender en sus actividades una asociación (art. 22.4).

f) Sólo el juez puede imponer sanciones de privación de libertad (art. 25.3 a sensu contrario).

g) A estos preceptos específicos hay que sumar el derecho y deber de los Tribunales a controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican [control finalista de desviación de poder (art. 106)]; así como a controlar los decretos legislativos establecidos por el Gobierno en virtud de una delegación (art. 82.5).

h) Y en último término, todos los órganos judiciales están autorizados, mediante el procedimiento llamado por la Ley Orgánica del Tribunal «cuestión de inconstitucionalidad», a plantear ante ese Tribunal la duda de si una norma con rango de

ley, que sea aplicable a un caso debatido en un proceso y de cuya validez dependa el fallo, es o no contraria a la Constitución (art. 163).

Nos hemos detenido en este análisis de esta función del juez porque es ella la que nos permite medir la enorme trascendencia que desde el punto de vista de la protección de la libertad y de la protección de los derechos tienen todas las medidas que puedan afectar a la independencia e imparcialidad de los jueces.

Héctor Fiz Zamudio escribió hace unos años que en ninguna otra época ha resultado tan indispensable el rescate de la autoridad política del organismo judicial, como intervención técnica para determinar el alcance y el espíritu de las normas constitucionales y, en general, del ordenamiento jurídico, para evitar que dichas normas sean interpretadas arbitrariamente, «tanto por el poder ejecutivo predominante, como también por el poder legislativo, que con tanta frecuencia está supeditado, cuando no es absorbido por el primero» (3). Y recuerda que Cappelletti destaca la importancia de los órganos judiciales en la tutela de los derechos humanos consagrados por las constituciones. Y en el mismo sentido se pronuncia Barile, con un juicio impersonal, afirmando que la independencia judicial es la garantía básica de un gobierno civil, que tiende a asegurar las libertades de los ciudadanos.

(3) Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos, UNAM, México, 1977, pág. 20.

