

LA JUSTICIA EN ESPAÑA ANTE EL SIGLO XXI

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez *

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PODER JUDICIAL: 1. *La lucha por la independencia.* 2. *El apoderamiento del Consejo General por los partidos políticos.* 3. *El Constitucional y los Tribunales internacionales.* 4. *Los atentados a la independencia de los jueces.*—III EXPANSIÓN DEL PROCESO: 1. *Idea general.* 2. *Proceso penal.* 3. *Proceso administrativo.* 4. *Proceso laboral.* 5. *Proceso constitucional.*—IV. CRISIS DEL PROCESO: 1. *Limitaciones y extralimitaciones del proceso.* 2. *Huida del proceso:* a) *La autodefensa.* b) *La auto-composición.* 3. *Reconducción del proceso a sus fines propios.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando al acabar el siglo contemplamos el fenómeno del impresionante auge de la litigiosidad, con el consiguiente aumento del trabajo que padecen los Tribunales, que deriva en verdaderas situaciones de colapso de la Administración de Justicia, podría pensarse, ¿ha mejorado tanto la imagen de la Justicia que puede deslumbrar de tal modo a tantos y tantos miles de ciudadanos que acuden a los órganos judiciales en demanda de justicia? ¿Es tanta la confianza en ellos que no dudan en incoar los procesos aun a conciencia de que no obtendrán sentencia firme si no después de muchos años de litigio?

* Ponencia no presentada oralmente.

Las estadísticas demuestran justamente lo contrario. Reflejan no solamente que la Administración de Justicia ocupa uno de los lugares más bajos de la escala de «confianzas populares», sino que muy alto porcentaje de ciudadanos dudan de su independencia y tienen sensación de desigualdad de trato. Así lo puso de manifiesto Víctor Fairén Guillén en el XI Congreso Internacional de Derecho procesal celebrado en Viena, en agosto de 1999¹. Y la situación reflejada en las demás ponencias, redactadas sobre las estadísticas de los respectivos países, no se diferenciaba grandemente de la española.

Es incuestionable que, en líneas generales, se ha producido a lo largo del siglo un gran progreso en la Ciencia, la técnica y la legislación procesales. Y, sin embargo, la insatisfacción es general y profunda. ¿Cuáles son las causas de esta contradicción? ¿A qué puede deberse el descontento y al mismo tiempo la masiva utilización del proceso para dirimir los litigios?

Entre las causas aducidas para explicar este fenómeno ocupa un lugar preferente el desarrollo del Estado de bienestar, con la consiguiente proliferación legislativa, intervenciones administrativas y la asunción de nuevas funciones por los jueces.

La preocupación del Estado por los presupuestos vitales, el abandono de una Administración meramente intervencionista para ser configurada como soporte de prestaciones, la conversión del Estado en un Estado distribuidor y repartidor con objeto de satisfacer unas prestaciones vitales cuyo cumplimiento se ha hecho imprescindible, se traducirá en una «inflación legislativa», en un incremento desorbitado de la actividad administrativa y en la potenciación de los poderes de los jueces.

«La Administración ubicua, panacrónica, autónoma y pantónoma es —decía Juan Gascón Hernández— el Dios del siglo xx, el Dios, porque de ella espera el hombre el milagro de la salvación de su inseguridad y miseria y se cree que puede articular la seguridad social para todo»². Y cuando no obtenga satisfacción de las necesidades por una Administración que no cumple las obligaciones que la legislación impone, acudirá a un juez investido de las más amplias potestades. Mas, por amplias que sean sus potestades, la realidad acabará por imponerse y pondrá de manifiesto que el proceso no es el cauce más idóneo para hacer efectivos dere-

¹ Cfr. *El Juez y la Magistratura (tendencias en los albores del siglo xxi)*, Viena, 1999, Rubinzd-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

² «Los fines de la Administración», *RAP*, núm. 11, págs. 37 y sigs.

chos sociales e imponer el cumplimiento de unas obligaciones que, aun cuando hayan llegado a tener consagración legislativa, su realización está más allá de las posibilidades reales.

Volvamos la vista atrás y contemplemos cuál ha sido la evolución de la Justicia hasta llegar a la situación en que tantas quiebras ofrece el proceso como instrumento para que el Estado preste al ciudadano una tutela jurisdiccional plena y efectiva. Veamos cómo se ha llegado a esta situación y cuáles son las reformas necesarias para garantizar este derecho que la Constitución española, como todas las Constituciones, reconocen.

II. EL PODER JUDICIAL

1. La lucha por la independencia

A principios del siglo XIX se había consumado lo que se ha denominado el apoderamiento de la justicia por el Ejecutivo³. La Revolución francesa no supuso la aparición de un verdadero Poder judicial. La desconfianza de los revolucionarios respecto de los Tribunales (*parlements*) —lo que se reflejó muy gráficamente en la estructuración de la Justicia administrativa—⁴, determinó que la potestad de juzgar se atribuyese a unas personas elegidas por el pueblo y para períodos determinados, hasta que en la Constitución de 1799 el nombramiento de los jueces pasará al Primer cónsul, convirtiendo a los jueces en funcionarios nombrados por el Ejecutivo. Esta situación se reflejó en las Constituciones del siglo XIX bajo la fórmula de que la justicia emanaba del rey y se administraba en su nombre por jueces que él establecía.

Es a final del siglo XIX cuando va a comenzar la lucha por la independencia, cuyo primer paso consistió en la creación de la carrera judicial, en la que se ingresaba por oposición. En España, este primer paso se dio en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y más claramente en el RD de 24 de septiembre de 1889.

A lo largo del siglo XX se producirá una evolución legislativa hacia la independencia, que se interrumpirá con la aparición de los Estados totalitarios, pero

³ MONTERO AROCA, «El Derecho procesal en el siglo XXI», en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1999, págs. 451 y sigs.

⁴ Una extensa referencia a la evolución, en mi *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1964, I, págs. 271 y sigs.

que acabará por consagrarse formalmente en las Constituciones aparecidas después de la Segunda Guerra Mundial. Y pieza fundamental del sistema será el Gobierno autónomo del Poder Judicial. En torno a ella va a desarrollarse una gran batalla. Ya no se tratará de la apropiación por el Ejecutivo, sino por los partidos políticos. Lo que se ha reflejado en la evolución de la legislación española reguladora del Consejo General del Poder Judicial.

2. El apoderamiento del Consejo General por los partidos políticos

La sumisión de la Justicia no podía lograrse sin contar con la pieza fundamental del sistema: el Consejo General del Poder Judicial. Es ésta una de las páginas más tristes de la historia del constitucionalismo de la transición española, a la que me referí en mi intervención en la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el curso 1986-1987⁵.

Son hitos fundamentales de esta historia los siguientes:

a) El artículo 122.3 de la Constitución establece que los veinte miembros del Consejo serían nombrados por el Rey:

— Doce, entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales en los términos que estableciera la Ley orgánica.

— Cuatro, a propuesta del Congreso, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de catorce años en el ejercicio de la profesión.

La Constitución, por tanto, únicamente preveía que fueran ocho miembros del CGPJ, de los veinte que le integran, los nombrados a propuesta de las Cámaras legislativas. De los otros doce sólo se decía que serían nombrados entre jueces y magistrados. Cualquiera que fuera el procedimiento de selección de éstos, lo que parecía evidente era que no podían ser propuestos por las Cámaras a las que la Constitución atribuía expresamente la propuesta de los otros ocho.

⁵ «Justicia y política», en *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1987, págs. 55 y sigs. La crítica ha sido unánime por parte de la doctrina independiente.

b) Pues bien, esto que parecía tan evidente —o, por lo menos, tan lógico—, no lo entendió así el legislador ordinario. Y en la LOPJ de 1 de julio de 1985 se establecía en su artículo 112 que todos, absolutamente todos, los miembros del CGPJ, tanto los procedentes de la carrera judicial como los «juristas de reconocida competencia» (?), deberían ser nombrados a propuesta de las Cámaras.

c) Contra esta norma de la LOPJ se interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la Sentencia del TC de 29 de julio de 1986. Esta sentencia marcó un hito decisivo en la evolución de una jurisprudencia que ha ido formando una conciencia de la más absoluta desconfianza hacia el Tribunal. Y figurará en los *Manuales de Derecho procesal* como ejemplo de lo que no debe ser una sentencia. A lo largo de nueve extensos Fundamentos de Derecho (del 5 al 13) intentó demostrar que la atribución a las Cámaras legislativas de la propuesta de todos los miembros del CGPJ no infringe la Constitución ni ninguno de los principios que informan el Estado de Derecho. Pero, al final, en el Fundamento de Derecho 13, no tiene más remedio que reconocer el riesgo de que «las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olviden el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyan los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos». «La lógica del Estado de partidos —añadía— empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial». Por lo que concluía: «La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución».

d) A la hora de, en aplicación de la norma, hacer las propuestas, se incurrió en la actuación que había previsto el TC. En lugar de intentar que, al margen de su ideología, los propuestos fueran personas en las que, por sus condiciones, podía presuponerse un grado razonable de independencia, cada grupo parlamentario intentó el acceso al Consejo de personas afines, con la natural desproporción. Y, lo que es más grave, la ulterior actitud de inhibición y conformismo de los propuestos por la oposición.

e) Y llegamos a la culminación del proceso. El TC se compone —según el artículo 159 de la Constitución— de doce miembros nombrados: cuatro, a propuesta del Congreso; cuatro, a propuesta del Senado; dos, a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Cuando, al cubrir las vacantes del TC, llegaron al mismo los propuestos por el CGPJ constituido según la LOPJ de 1 de julio de 1985 desapareció la pieza fundamental del sistema, tal y como se había concebido por los que elaboraron la Constitución de 1978, o, al menos, por algunos de los que la habían elaborado.

Y cuando entonces, un grupo político presentó una proposición de Ley para que se reformara la LOPJ en el sentido que había aconsejado el TC, la dictadura parlamentaria de los que ostentaban la mayoría absoluta hicieron caso omiso de las elementalísimas consideraciones que éste se había visto obligado a hacer y rechazaron sin la menor consideración tan ingenua propuesta.

Hoy, al comenzar el siglo, cuando la mayoría parlamentaria la ostenta el partido que interpuso aquel recurso de inconstitucionalidad, tiene entre sus proyectos una reforma del sistema. Esto es decisivo. Aunque existen serias dudas de que se llegue a una fórmula satisfactoria.

3. El Tribunal Constitucional y los Tribunales internacionales

El Tribunal Supremo, cúspide del Poder judicial, ya no es el Supremo. Lo dice el artículo 123.1 CE. Después de sentar que «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano judicial superior en todos los órdenes», dice: *«salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales»*.

En materia de garantías constitucionales, ya no es supremo. El Supremo es otro Tribunal que está fuera del Poder judicial. Es el Tribunal Constitucional que, al decidir los recursos de amparo contra las sentencias de los Tribunales del orden jurisdiccional, invade muchas veces la jurisdicción propia de éstos, con las consiguientes reacciones y conflictos.

Esta actitud del Tribunal Constitucional fue más patente en su primera etapa de funcionamiento, cuando trataba de dar lecciones al Tribunal Supremo —integrado por Magistrados que procedían del antiguo régimen—, con una actitud de autosuficiencia y de menosprecio realmente inadmisibles. Un ejemplo que refleja esta actitud: uno de los Magistrados del primer Tribunal Constitucional, orgulloso de las sentencias que salían de él, me comentó en una ocasión: ¿Has visto qué diferencia existe entre estas sentencias nuestras y las del Tribunal Supremo? Yo le respondí: si los Magistrados del Tribunal Supremo dispusieran de los medios personales y materiales de que disponéis vosotros y pudieran permitirse el lujo de dedicar a la elaboración de cada sentencia el tiempo que tardáis vosotros, después de las ponencias de Letrados y demás gaitas, sería admisible la comparación; pero

no en la situación actual en que en el Supremo no tienen ni bolígrafos. Contestación de aquel Magistrado que había votado favorablemente la sentencia de RUMASA: ¿Para qué quieren bolígrafo, si no saben hacer la «o» con un canuto?

Hoy la situación es radicalmente distinta a la de aquellos años, aunque no faltan sentencias del Tribunal Constitucional como la que revocó la de la Sala 2.^a del Supremo sobre la Mesa de Herri Batasuna que son dignas de figurar en la Antología de los despropósitos. Por lo que las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder judicial es otra de las grandes cuestiones que es necesario afrontar.

La firma por el Estado español del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y la incorporación a la Unión europea, con la sumisión al Tribunal europeo de derechos humanos y al Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, han supuesto también atentados a la supremacía del Tribunal Supremo, si bien limitados: por un lado, a la protección de los derechos humanos; por otro, el Derecho comunitario.

4. Los atentados a la independencia de los jueces

También me referí a este aspecto en mi intervención en la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el curso 1986-1987 que antes he citado. «En el ejercicio de la potestad judicial —dice el artículo 12.1 de esta última ley— los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial». Y el artículo 13 de la misma ley sanciona: «todos están obligados a respetar la independencia de los jueces y magistrados».

Lo cierto, sin embargo, es que muy pocos cumplen este elemental deber sin que el Consejo reaccione para defender tan esencial garantía. Es más, de los miembros del Consejo —o al menos alguno de ellos— y hasta del propio Consejo dimanan atentados a la independencia, como a veces ha denunciado la Asociación Profesional de la Magistratura.

La actuación del juez va a ser objeto de las reacciones más diversas en aquello tan privativamente suyo como es la aplicación e interpretación del Derecho. La actuación del juez va a ser juzgada no en razón a la forma o manera de desempeñarse, ni siquiera en la forma de aplicar e interpretar el Ordenamiento, sino en razón a los resultados. No se va a valorar si se ha interpretado o no correctamente la ley aplicable, sino si se ha interpretado como se estima debía haberse interpretado desde una determinada posición política. Lo que explica que resoluciones judiciales de contenido idéntico den lugar a reacciones muy distintas, según el sujeto a que afecten.

Mas lo grave no es tanto la incoación o la amenaza de incoación de procedimientos disciplinarios y hasta de procesos penales por las supuestas faltas en que haya podido incurrir un miembro de la Carrera judicial. Es que, con olvido de los derechos constitucionales al honor y a la presunción de inocencia, lo que es simple rumor o remota posibilidad de comisión del hecho, se difunde y reitera en los medios de comunicación sin verificación previa alguna sobre su autenticidad.

Las reacciones frente a aquel juez o jueces que no han actuado en armonía con los criterios políticos y sociales dominantes se producen con una sincronización tal, que parecen cuidadosamente planificadas en el tiempo. Se desarrollan en la forma siguiente:

a) En primer lugar, se produce un impresionante despliegue de los medios de comunicación. Aquello que ha hecho el juez aparece como el más grave de los atentados a los más elementales principios, a las exigencias de la sociedad de hoy, a las costumbres de nuestro tiempo, a la debida comprensión de las debilidades humanas. En esta primera reacción, a veces, no faltan las declaraciones de algunos de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y hasta del Ministerio de Justicia, sentando su repulsa o al menos su opinión contraria a la forma de proceder del juez. Y tampoco son insólitas las manifestaciones ante el Juzgado, en protesta, por ejemplo, por el procesamiento de la mujer que mató a su padre, o por actitudes semejantes.

Naturalmente, previamente a esto, se ha operado la subversión del lenguaje de que habla López Quintás; y aparece la palabra maldita: corporativismo. Cualquier actitud de un juez que, de una u otra forma, suponga alinearse en la posición del proscrito será calificada automáticamente de corporativismo. Lo que constituye el más grave de los anatemas.

b) Creado el ambiente de culpabilidad, llega el expediente incoado al juez al Consejo General del Poder Judicial, para que adopte las decisiones pertinentes. Decisión que ha de adoptar entre la opinión del Poder judicial y la presión social, con el grave riesgo de incurrir en antiprogresismo y corporativismo.

c) En el supuesto de que la cuestión desemboque en un proceso, bien penal —porque se estime que la conducta del juez era delictiva— o administrativo —por impugnarse la sanción disciplinaria impuesta por el CGPJ—, los magistrados que han de dictar sentencia se encontrarán sometidos a idénticas presiones.

d) Una vez dictada sentencia, la posición de los magistrados, en un sentido o en otro, será objeto, asimismo, de nuevas reacciones, que no se limitarán a

una mera campaña de prensa con los consabidos comentarios, sino que, a veces, irán más lejos: llegarán, nada menos, que a la presentación de querrela criminal por prevaricación contra el magistrado que votó a favor de la absolución del juez juzgado. Mientras que aquellos magistrados que votaron en la línea del CGPJ habrán conquistado una posición muy favorable a la hora de futuros nombramientos.

A través de estos procedimientos se ejerce una presión que, en último término, no tiene otra finalidad que, al aplicar la ley, prevalezca la interpretación que en ese momento mantienen los políticos.

III. EXPANSIÓN DEL PROCESO

1. Idea general

La conciencia de que el proceso es la institución que mejor permite la decisión de los litigios con justicia, dio lugar a lo largo del siglo a una progresiva y espectacular expansión.

Si al comienzo del siglo únicamente existían las dos manifestaciones que ya se conocieron en el Derecho romano —el proceso civil y el proceso penal— y un incipiente proceso administrativo, van a ir sometiéndose a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado una serie de litigios y conflictos que hasta entonces le estuvieron sustraídos, dando lugar a nuevos tipos de proceso, al mismo tiempo que van a constitucionalizarse garantías elementales del justiciable, en especial en el ámbito del proceso penal, aunque también se producirán retrocesos en este ámbito, por lo que, antes de aquellas nuevas manifestaciones, hagamos una referencia al proceso penal.

2. Proceso penal

Si en líneas generales, la expansión del proceso se ha traducido en una lucha sin cuartel para reducir la autodefensa⁶ en la actuación del Derecho penal la interdicción de la tutela fue total, salvo que concurrieran los requisitos exigidos para que operara la eximente de legítima defensa; no sólo se prohibía que los ciu-

⁶ Así, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3.ª ed., México, 1991, págs. 214 y sigs., y en «Directivas del Derecho procesal contemporáneo», en *Estudios de Derecho procesal*, págs. 119 y sigs.

dadanos se tomaran la justicia por su mano, sino que se tipificó como delito el ejercicio arbitrario del derecho.

Al empezar el siglo la potestad punitiva se ejercía por el Estado, a través de los cauces de un proceso que, en casi todos los Ordenamientos, estaba dividido en dos fases: una preliminar ante un juez unipersonal, que realizaba la instrucción, y la de juicio oral.

Durante la primera mitad del siglo van a producirse retrocesos, no sólo en aquellos Estados en que se adoptaron sistemas totalitarios y llegó a hablarse de la eliminación del proceso, sino en otros con Constituciones clásicas, como Francia, donde se instauraron Tribunales Cívicos para condenar a los colaboracionistas, y todavía en 1963 un Tribunal de Segundad del Estado para condenar a los enemigos del régimen político.

Mas, al terminar la Segunda Guerra Mundial va a producirse una constitucionalización de las garantías constitucionales. La Constitución, no sólo va a consagrar los principios que determinan el contenido de las leyes procesales, sino normas de aplicación directa, que darán lugar a declaración de inconstitucionalidad de muchas de las normas de las viejas leyes.

Y en los últimos años del siglo va a producirse una serie de fenómenos que van a marcar el nacimiento de una nueva era en el proceso penal, caracterizada por su internacionalización.

Ya al finalizar la segunda guerra mundial va a tener lugar un hecho inconcebible con arreglo a los principios tradicionales: que se organizara un Tribunal integrado por vocales de los países que la habían ganado y con los cuales Alemania no había firmado la paz para juzgar a los vencidos, aunque éstos fueran autores de crímenes, no ya de lesa humanidad, sino incluso tipificados en las leyes penales como tales. Alcalá-Zamora y Castillo dijo que «como ejemplo de venganza oculta tras una parodia de proceso y una simulación de Tribunales, acaso ninguna tan absurda como la de los llamados juicios de Nuremberg, masacre jurídica del *Vae victis* en pleno siglo xx⁷.

Y en los últimos años hemos asistido al espectáculo de los procesos incoados en varios Estados para juzgar los posibles delitos cometidos por un dictador en

⁷ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., núm. 40.

su propio país, por la naturaleza de los delitos y por la nacionalidad de las víctimas. Decidiéndose la implantación de un Tribunal penal internacional. Lo que está por ver es si este Tribunal acabará en la parcialidad que ha caracterizado a todas las organizaciones internacionales instituidas para la protección de los derechos fundamentales, al establecer una clara discriminación en razón al signo político de los violadores.

Han aparecido, también, en todos los Estados unos fenómenos que han obligado a adoptar medidas que pueden considerarse retrocesos en el camino de perfeccionar la justicia penal. Concretamente las siguientes:

a) La aparición de conductas delictivas especialmente graves, como es el agravamiento de la criminalidad organizada. Ante la virulencia de las bandas terroristas y de la extensión del narcotráfico, se han promulgado leyes y adoptado medidas en todos los países que suponen limitaciones a la tutela judicial efectiva. España no constituye una excepción. Se han dictado leyes en materia terrorista en 1975, 1978 y 1984, en las que se ha ampliado la duración de la detención policial y se ha facilitado la intervención de las comunicaciones y la práctica de registros, llegándose incluso a la exclusión del abogado de confianza del ciudadano.

b) La proliferación de la pequeña delincuencia ha dado lugar a una sobrecarga de trabajo a los Tribunales del orden jurisdiccional penal, provocando el colapso del sistema. Lo que ha obligado a su vez a adoptar medidas de muy diversa índole. Principalmente, las siguientes:

— Discriminación de conductas. Si, por un lado, en los Códigos penales —el español de 1995 no es una excepción— se tipifican nuevas figuras delictivas —así, en la esfera económica y como reacción frente a la corrupción—, por otro, se despenalizan infracciones menores. Pero al mismo tiempo que se sustraen conductas de la sanción penal, se las tipifica como infracciones administrativas. De este modo se extiende la potestad sancionadora de la Administración más allá de todo límite razonable, cuyo ejercicio se someterá a los principios que rigen la potestad punitiva, dando lugar a procedimientos administrativos frente a cuyas resoluciones recurrirá el sancionado ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En definitiva, se han trasvasado a este orden jurisdiccional cuestiones que antes se decidían ante los del orden penal.

— Y, por otro, se han articulado procesos abreviados, al lado del ordinario, procesos que en un principio, en 1967, se llamaron de urgencia, y desde 1988 abreviados.

3. Proceso administrativo

El proceso administrativo ha sido creado por la jurisprudencia emanada de una institución, como es el Consejo de Estado francés, en su función de control de la Administración pública, en ejercicio de una jurisdicción que empezó siendo retenida por el Ejecutivo, para pasar a ser delegada y después plenamente judicial. El proceso fue lento y penoso, a través de los distintos regímenes políticos, ante la fuerte resistencia del Ejecutivo a dejarse controlar, abstracción hecha de los principios políticos informantes del Estado. Lo que se reflejó en la evolución de la legislación española, a la que me he referido recientemente en mi colaboración al número 150 de la *Revista de Administración pública* extraordinario para conmemorar el 50 aniversario del nacimiento de esta Revista⁸.

Al comenzar el siglo regía la Ley de 13 de septiembre de 1888, que había instaurado el llamado sistema mixto por atribuirse el conocimiento de las pretensiones frente a las actuaciones administrativas a un Tribunal formado por personal judicial y administrativo, que quedó unido al Consejo de Estado, dependencia que se acentuó después de las reformas hechas en virtud de la autorización concedida por la Ley de presupuestos de 1892 y aprobadas por D. de 22 de junio de 1894. Esta dependencia se rompió por la Ley de 5 de abril de 1904, en la que, subsistiendo el criterio de composición mixta, cambiaban las proporciones.

Durante la Dictadura, la innovación más importante fue regular de modo distinto el contencioso-administrativo referente a actos de entidades locales y al contencioso referente a actos de la Administración central. Mientras en el primer aspecto la legislación de la Dictadura supuso un enorme avance, en el segundo constituyó un retroceso, al ampliar los casos en que el Gobierno podía acordar la suspensión o no ejecución de sentencias y admitir la posibilidad de que no se indemnizara al perjudicado por suspensión o no ejecución.

Durante la República se mantuvo la doble regulación, derogándose las disposiciones de la Dictadura que habían supuesto un retroceso y se restableció el sistema de garantías existentes con anterioridad. En las Cortes constituyentes, Alcalá-Zamora y Torres intentó —y logró en parte— que se introdujera en el texto de la Constitución alguna norma que consagrara las garantías jurisdiccionales del ciudadano frente a la Administración pública. Logró que en el artículo 101 se dispusiera que se establecerían recursos contra la ilegalidad de los preceptos reglamentarios dictados por la Administración y contra los actos de la potestad discrecional en que

⁸ «Evolución de la legislación contencioso-administrativa», *RAP*, núm. 150, págs. 211 y sigs.

hubiera exceso o desviación de poder. Pero a las Cortes que siguieron después no les interesaban tanto las garantías jurisdiccionales de los administrados como otras cuestiones, y la norma constitucional quedó sin desarrollo legislativo.

Durante la guerra civil —dice Alcalá-Zamora y Torres—, «la violencia de la fuerza redujo a nada prácticamente la jurisdicción contenciosa de la zona de izquierda, donde siguió habiendo magistrados, pero apenas fallos eficaces, ni pleitos sustanciados. En la otra, donde se asentó la Dictadura, se preparaba la rotunda y esencial incompatibilidad de ésta con el freno de la jurisdicción. Por ello, ha subsistido para los asuntos locales, que importan, preocupan y contrarían menos, con apelación ante una Sala cuya intervención más tranquila que alarme al Gobierno; y éste, para sus propias y directas decisiones se ha sustraído a todo obstáculo o freno».

Ciertamente, en una primera etapa, en el Estado que surgió después de la guerra civil, la legislación procesal administrativa va a seguir una línea muy distinta según se refiera al control de la actuación de las Administraciones locales y de la Administración del Estado. Pero posteriormente va a iniciarse una decidida tendencia dirigida a establecer un eficaz sistema jurisdiccional que garantizará la tutela del administrado frente a todas las Administraciones públicas.

Y el 27 de diciembre de 1956 va a aprobarse una Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que supuso un paso decisivo en la estructuración de un régimen de garantías de administrado. Porque, apartándose radicalmente de sus antecedentes legislativos, consciente de que el objeto de su regulación es una realidad procesal —un proceso especial: el administrativo—, ofrece una depurada técnica en la regulación de cada uno de los problemas que el mismo plantea. Alcalá-Zamora y Castillo afirmó que su técnica constructiva, sobria y diáfana, representa un progreso indudable y que sería erróneo en absoluto tildar de totalitario al texto. Pero, además constituyó un eficaz instrumento de garantía de los administrados y del sometimiento de la Administración pública al Derecho. De aquí la favorable acogida que le dispensó la doctrina española.

En el Derecho comparado, la Ley española de 1956 ocupó un lugar destacado. En primer lugar, al colocarse entre los sistemas más avanzados de justicia administrativa. En segundo lugar, por la depurada técnica que la misma ofrecía, muy superior a la de la mayoría de las leyes de los principales países. En este sentido, el mérito principal del nuevo texto fue el apartarse del servilismo hacia el sistema francés que caracterizaba a nuestras leyes anteriores.

Y últimamente, al entrar en vigor la nueva Ley, al enterrarla con todos los honores, es cuando se le han dedicado los mayores elogios. García de Enterría dice

que la Ley fue absolutamente decisiva en la formalización de nuestro Derecho administrativo; es la que creó la jurisdicción contencioso-administrativa (hasta entonces el famoso sistema mixto era una parodia de jurisdicción, sobre todo en la esfera provincial), la que cumplió pasos decisivos en su especialización y la que abrió enormes ámbitos de protección que el recurso francés de exceso de poder había ya ganado definitivamente y que entre nosotros no había llegado a encarnar; «es, pues —concluye—, el verdadero origen de nuestro Derecho administrativo moderno». Y Angel Rodríguez García afirma: «Puede afirmarse sin ambages que hasta la publicación de esta Ley no existió en España una jurisdicción contencioso-administrativa digna de tal nombre. Su depurada técnica y el acierto que tuvo al control jurisdiccional de la actividad administrativa, junto a la fórmula arbitrada para lograr la especialización de los jueces llamados a servir en esa jurisdicción, son méritos reconocidos por todos en los que no es necesario insistir, como no sea para tenerlos presentes cuando se intenta acometer una reforma en profundidad del texto de 1956, hasta el punto que se quiere sustituir por otra de nueva factura».

Al comentar Alcalá-Zamora y Castillo la aparición de la Ley de 1956 y elogiarse la nueva regulación, decía que «entrañaría grave error que el día de mañana fuera víctima de uno de esos ciegos bandazos derogatorios a que tanto propende el temperamento político español, salvo las disposiciones de neto signo discriminatorio».

Pues bien, llegó la Constitución de 1978, con unos nuevos principios, aunque en buena parte no tan nuevos. Y se sucedieron las exageraciones a la hora de valorar la incidencia de la Constitución en el sistema contencioso-administrativo, exageraciones a que me referí en mi intervención en esta Academia de Ciencias Morales y Políticas el 31 de marzo de 1998.

Llegó lo que Alcalá-Zamora y Castillo había previsto: los bandazos derogatorios. Pero no podía hablarse propiamente de «ciegos bandazos derogatorios», sino de una corriente doctrinal para la que, al margen de las pasiones políticas —aunque cargada de prejuicios al valorar la normativa anterior y cantar las excelencias de la Constitución de 1978—, aquella Ley resultaba un instrumento poco menos que inútil para una eficaz tutela jurisdiccional en el orden administrativo. No es que en la regulación de la Ley de 1956 existieran normas que consagraran obstáculos o dificultades al libre acceso a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, o que resultaran incompatibles con una plena satisfacción de las pretensiones fundadas en Derecho administrativo, o que faltaran garantías para la efectividad de las sentencias. No. Lo que se ponía en tela de juicio era la totalidad del sistema de Justicia administrativa que instauró la Ley.

En la regulación contenida en la Ley de 1956 existían, ciertamente, obstáculos para una tutela jurisdiccional efectiva. Como la limitada legitimación para la impugnación directa de reglamentos del Estado, la exclusión del control jurisdiccional de determinadas materias, la insuficiencia del régimen de medidas cautelares, la improcedencia para lograr la ejecución de los fallos condenatorios de la Administración... y algunos otros. Pero buena parte de estas normas incompatibles con una tutela jurisdiccional efectiva se habían considerado derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida. Por lo que, sin necesidad de una nueva normativa legal, la regulación de 1956 había sido depurada y, en gran medida, armonizada con las exigencias del derecho a la tutela jurisdiccional. No obstante lo cual, no podía negarse que nuestro sistema de justicia administrativa no satisfacía aquellas exigencias.

Y se llegó a la Ley 29/1998, de 13 de julio, que ha sido acogida con reservas, dudándose de que el sistema por ella implantado de introducir en la organización de este orden jurisdiccional por primera vez los Juzgados de lo contencioso-administrativo pueda resolver el más grave de los problemas de que adolece nuestra justicia administrativa: su desesperante lentitud.

4. Proceso laboral

La creación de un proceso laboral constituye una de las manifestaciones de lo que Alcalá-Zamora y Castillo ha denominado «tránsito de la autodefensa al proceso», pasando de una fase que podría considerarse de «autocomposición» de los litigios laborales. El deseo de arrinconar la autodefensa en los conflictos entre patronos y obreros —dice en su libro *Proceso, autocomposición v autodefensa*, 3.ª ed., número 84—, ha dado lugar a un nuevo tipo de proceso, que lo es a la vez por razón de la estructura y de la finalidad.

En efecto, los primeros «Tribunales» que existieron en España con la finalidad de dirimir los conflictos en este orden fueron los llamados «Tribunales industriales» creados por la Ley de 19 de mayo de 1908, modificada por la Ley de 22 de julio de 1912, que estaban formados por un presidente, de la carrera judicial, y un jurado, integrado por cuatro miembros: dos elegidos por asociaciones patronales y dos por asociaciones obreras, que decidían conflictos individuales.

Carácter análogo tuvieron los comités paritarios que se crearon por el Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926, con funciones fundamentalmente normativas delegadas y de prevención y conciliación de conflictos, pero que también

tenían funciones judiciales, en lo relativo a conflictos sobre «reglamentos de trabajo, horarios, descanso, regulación del despido y demás condiciones que sirven de norma a los contratos de trabajo», quedando reducida la competencia de los Tribunales industriales casi exclusivamente a los pleitos sobre accidentes de trabajo.

Y también carácter paritario tenían los Jurados mixtos creados en 1931, por la Ley de 27 de noviembre de aquel año.

La experiencia de Tribunales industriales y jurados mixtos —dice Alcalá-Zamora— «reveló con harta frecuencia que los vocales obreros, o no eran auténticos obreros, sino burócratas de las organizaciones obreras (con lo que se desnaturalizaba el proceso), o lo eran, y con independencia de su mayor o menor preparación y fanatismo, estaban mucho más expuestos que el juez estatal o los vocales patronales a la tentación del dinero» (en *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, cit., núm. 94). De aquí las críticas al sistema y los elogios con que recibió desde el exilio —eso sí, sin celebrar la coincidencia de criterios— la supresión de los jurados mixtos y Tribunales introducidos por el D. de 13 de mayo de 1938, que declaró que la competencia atribuida a unos y otros se confería a las Magistraturas de Trabajo, que fueron creadas definitivamente por Ley de 17 de octubre de 1940.

Aunque esta nueva jurisdicción no estaba integrada en el Poder judicial, puede considerarse el año 1940 como el del nacimiento del proceso laboral en sentido propio, al someter la decisión de los litigios en este orden que se delimitaban en la Ley reguladora a un órgano estatal imparcial e independiente.

Paralelamente a esta estructuración de una jurisdicción laboral, se va a producir un nuevo tipo de proceso para dirimir no ya los conflictos individuales entre patronos y obreros, sino los conflictos colectivos, cuyas diferencias respecto del individual (que se amoldará con más o menos simplificaciones al proceso civil) no radicarán en el procedimiento —que podría ser el mismo— sino en las partes —constituidas por dos categorías económicas— y en la sentencia, o mejor dicho en el alcance de su cosa juzgada material. Precisamente la ampliación del ámbito del proceso laboral a la composición de los conflictos colectivos determinó una de las muchas modificaciones del texto refundido de procedimiento laboral, cuyo texto primero fue de 1958: la modificación de 1963 tuvo por objeto fundamentalmente incluir en él la regulación del enjuiciamiento de los conflictos de trabajo y sus derivaciones.

En la LOPJ de 1985, el laboral será uno de los órdenes jurisdiccionales de la jurisdicción única a que, en aplicación del artículo 117.3, CE, se referirá el artícu-

lo 117.3, LOPJ. Según este artículo, «la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta ley». Y «los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos así como las reclamaciones en materia de seguridad social».

Pero el tránsito de la autodefensa al proceso en este orden no se ha consumado. Pese a la extraordinaria extensión del ámbito de la jurisdicción nacida para el enjuiciamiento de los conflictos individuales y colectivos, todavía subsisten numerosas modalidades de autodefensa laboral respecto de las que se ha propuesto sean reemplazadas por formas de arbitraje estatal o mediante procesos colectivos, entre otras razones porque en los conflictos de trabajo entran en juego algo más que los intereses egoístas de patronos y obreros (Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., núm. 41). Y subsisten las huelgas, los piquetes, los atentados a otros derechos fundamentales y libertades públicas, por lo menos tan sagrados.

5. Proceso constitucional

El constitucional es uno de los procesos que nacen en el siglo xx. Aunque con precedentes en las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros países americanos, la idea de una jurisdicción constitucional separada del Poder judicial no aparece hasta bien entrado el siglo y se consagra en la Constitución austríaca de 1 de octubre de 1920, inspirada en Kelsin, y trascendió al constitucionalismo de otros países, como España, en 1931, con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y en el actual Tribunal Constitucional, regulado fundamentalmente por la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

Pero los procesos ante la jurisdicción constitucional no van a limitarse a las pretensiones de inconstitucionalidad contra normas de rango de ley. El TC español conocerá, además de las cuestiones de inconstitucionalidad, de conflictos constitucionales de competencia y también de la protección de derechos fundamentales y libertades públicas.

Obviamente, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas no será exclusiva, ni siquiera prevalente del TC. El artículo 53.2, CE, establece: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia,

sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30». Serán los órganos de los distintos órdenes jurisdiccionales los que conocerán de las pretensiones que se deduzcan en demanda de protección de aquellos derechos, en razón a la naturaleza de los sujetos y de la actuación de que dimana la lesión (art. 9.º4, LOPJ). Sí se han regulado procesos especiales ante los órganos del orden jurisdiccional que corresponda para conocer de la pretensión cuando se plantee la lesión de alguno de aquellos derechos. Así, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sustituyéndose los artículos que en ella se dedicaban a la protección en el ámbito jurídico-administrativo por los artículos 114 a 122 de la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Sólo cuando se han agotado todos los recursos ante los respectivos órganos es posible acudir al Tribunal Constitucional en demanda de protección interponiendo el recurso de amparo.

Esta protección judicial de los derechos fundamentales no se agota en la posibilidad de acudir a una jurisdicción que se configura con unas características de supremacía del más alto Tribunal del Poder judicial, sino que se han articulado jurisdicciones internacionales a las que puede acudir cuando tampoco se logra protección ante aquélla. La internacionalización de los principios y garantías de los derechos del hombre ha dado lugar a textos como la Declaración Universal de Derechos de 1948, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, la Convención para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1955 y la Convención americana de derechos humanos de 1970. Y hasta se han creado Tribunales de ámbito supranacional, como la Corte de San Juan de Costa Rica y el Tribunal europeo de derechos humanos de Estrasburgo. Este último, creado en el Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, únicamente podrá conocer de una pretensión en demanda de protección de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio «después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos» (art. 35).

La experiencia ha puesto de manifiesto la ineficacia de esta protección tan solemnemente consagrada en la Constitución y en los Tratados internacionales. Sería eficaz una protección siempre que se estructurara un proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad, a que se refiere el artículo 53.2 CE, y que su regulación respondiera realmente a estos principios. Pero cuando para llegar al proceso constitucional hay que agotar los procesos y recursos admisibles ante los respectivos órdenes jurisdiccionales (lo que puede suponer años), y después seguir el proceso del recurso de amparo (o que también puede durar años), para poder

llegar al Tribunal europeo, en el que el proceso también puede durar años, todo el sistema es una sangrienta burla para el ciudadano.

Recien creado el Tribunal Constitucional, cuando empezaba de cero y no tenía procesos pendientes, pudo dictar unas primeras sentencias que constituían una eficaz garantía y sirvieron al menos para sentar una jurisprudencia que marcó pautas a los distintos órganos jurisdiccionales. Pero cuando se acumularon los procesos, cuando los ciudadanos quisieron agotar hasta el último recurso ante el Tribunal Constitucional, insatisfechos de una justicia cada día más ineficaz, hicieron lo que hacían los demás Tribunales: ampararse en el formalismo más brutal para eliminar amparos.

Cuando la demanda de protección se formula ante las lesiones al derecho a la tutela judicial efectiva, esta actitud formalista del Tribunal Constitucional resulta sumamente grave. Porque, al provenir de órganos judiciales, el Tribunal Constitucional constituye la única instancia independiente de aquéllos para restablecer al justiciable en la integridad de su derecho, que es la misión de este Tribunal, según el artículo 55.1 LOTC.

IV. CRISIS DEL PROCESO

1. Limitaciones v extralimitaciones del proceso

El impresionante ensanchamiento del ámbito del proceso a lo largo del siglo xx ha dado lugar a reacciones en diverso sentido, en razón a las desviaciones que en tal desarrollo se han producido.

Como señalaba Alcalá-Zamora y Castillo (*Proceso. autocomposición y autodefensa*, núm. 135), el proceso no es un remedio mágico que sirva para todo o del que quepa esperar milagros, y si resulta, no ya útil, sino indispensable e insustituible dentro de determinados límites —aquellos que son consustanciales con su función peculiar—, resulta inútil, perturbador y hasta peligroso cuando se le hace traspasar sus fronteras naturales.

Por un lado, la realidad ha puesto de manifiesto que el proceso no es el remedio para satisfacer aquellas necesidades creadas por el Estado del bienestar. Gran parte de los derechos que las Constituciones del Estado social reconoce pueden hacerse efectivos formulando una pretensión ante un órgano jurisdiccional. Y al producirse el aumento de la litigiosidad que ha sido característico del siglo que

acaba y una sobrecarga de los Tribunales de tal entidad que sólo permite llegar a la sentencia después de muchos años de litigio, el proceso deviene un medio inútil para dispensar tutela jurisdiccional efectiva. Es éste el reto con que ha de enfrentarse el legislador del siglo XXI.

Por otro lado, la amplitud del ámbito del proceso ha dado lugar a extralimitaciones o, al menos, a consecuencias perturbadoras. Sin duda, por la politización de la justicia producida en los distintos órdenes jurisdiccionales:

— El proceso constitucional ha sido utilizado con finalidades políticas, en el más peyorativo sentido del término. No sólo en su faceta de control de la constitucionalidad de las leyes y de decisión de conflictos de competencia entre órganos constitucionales, sino en la de amparo de los derechos y libertades fundamentales: sólo logran superar las formalistas barreras de la admisibilidad y llegar a la decisión en cuanto al fondo los recursos de amparo cuando por la personalidad del recurrente o la materia del recurso tienen relevancia política, y sólo llegarán a ser estimados cuando estén en la línea política de la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional en cada momento, que no ha variado sustancialmente, como ponen de manifiesto los Magistrados que firman los votos particulares, que suelen ser siempre los mismos.

— El proceso administrativo también ha sido utilizado con fines políticos. Al potenciar se la autonomía local y limitarse extensamente las potestades de tutela del Estado —y, por su puesto, de las Comunidades Autónomas— sobre las Corporaciones locales, ante un acto o reglamento que no es conforme a la decisión política del Gobierno Central —o de la Comunidad Autónoma respectiva— no queda otra opción que la impugnación ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Que es la vía procedente que ha respetado el Ordenamiento jurídico. Pero se desnaturaliza cuando se utiliza, no ya para que prevalezca el Derecho y se anule el acto o reglamento que lo infrinja, prescindiendo de criterios legales, para obtener la suspensión de la ejecución, paralizando la actuación de la entidad local durante el tiempo que dure la tramitación del proceso, suspensión que es más fácil de conseguir cuando el demandante es el Estado.

— Y la utilización del proceso con fines políticos se da principalmente en el ámbito penal. Se utiliza la querrela igual que en otros ámbitos se utilizan las auditorías, la inspección de Hacienda o las potestades sancionadoras. Se parte siempre, por supuesto, de hechos que, tal y como se presentan, podrían tipificarse como delitos, de concurrir determinadas circunstancias. Pero de hechos que, en la mayoría de los casos, por sus características, no son condenables socialmente. Y, por

supuesto, se dan con generalidad, siendo muchas las personas a las que podrían imputarse.

Pues bien, se elige la persona molesta, o que interesa desprestigiar, o que interesa eliminar del panorama político, y, en el momento oportuno, se formaliza la querrela a la que se da toda la publicidad necesaria.

Pero lo que ha dado lugar a la más fuerte reacción frente al proceso no ha sido la utilización del proceso penal para fines políticos. Al fin y al cabo, en la mayoría de los casos en que así ha ocurrido ha sido frente a un pobre ciudadano o autoridad política de inferior categoría. La reacción se ha producido cuando los Tribunales se han atrevido a procesar —y hasta condenar— a los que se han creído «intocables», cuando han realizado conductas claramente tipificadas como delito, aunque no haya llegado el atrevimiento a atentar contra los que ocupan la cúpula del poder. Cuando unos Magistrados cuidadosamente seleccionados no han respondido a la fidelidad esperada o ha prevalecido en ellos la conciencia o el sentido del deber, la reacción del Partido ha sido furibunda, incurriendo sus dirigentes en conductas asimismo tipificadas como delito, frente a los que no se ha reaccionado.

2. Huida del proceso

El desencanto producido por no obtener en el proceso los remedios mágicos que se esperaban o la insatisfacción ante unos procesos interminables, ha dado lugar a un abandono del proceso, buscando otros cauces para la decisión de las situaciones litigiosas, volviéndose a la autodefensa y acudiendo a las distintas modalidades de autocomposición.

a) La autodefensa

De un mundo en que la autodefensa había quedado reducida a casos límite, se está pasando a otro en el que la autodefensa está llegando a ser el medio normal de decisión de los litigios entre los hombres. Y, ¿cómo se reacciona ante las manifestaciones de autodefensa? Pues con la misma parcialidad con que se reaccionó ante el proceder judicial que, en buena parte, fue la causa de la vuelta a la autodefensa. Mientras se disculpa, y hasta se justifican, flagrantes delitos, se aplican las más duras calificaciones a la actitud de defensa del ciudadano normal y corriente.

Peyrefitte, en su conocido libro sobre la experiencia francesa del socialismo, citaba el siguiente ejemplo:

«Un garajista, después de haber sido robado diez veces, había instalado un transistor con trampa en su garaje; el aparato había matado a un ladrón nocturno al estallarle en la cara. El Tribunal absolvió al garajista, con gran indignación de los juristas «de izquierda». El Sindicato de la magistratura condenó esta decisión en un comunicado. El presidente de la comisión de leyes de la Asamblea nacional habló de un «día de luto» para la justicia. El propio ministro de Justicia vilipendió el «poujadismo judicial».

Y añadía:

«Se pueden citar múltiples manifestaciones de ese fenómeno inquietante, por parte de juristas «de izquierda».

Como he dicho en otra ocasión, creo que no sería difícil encontrar ejemplos en la realidad española.

Existe, sin embargo, una tendencia, si no de fomento de la autodefensa, sí de reconocer que el proceso no puede monopolizar la composición de los litigios, debiendo el Estado limitarse «con encerrar la autodefensa dentro de los linderos en que no sea peligrosa para la paz social» ni lesionar derechos fundamentales. Al referirnos al proceso penal en el apartado dedicado a la expansión del proceso ya se reseñó esta tendencia.

b) La autocomposición

Cada día se acude con mayor frecuencia a las distintas modalidades de autocomposición en todos los ámbitos jurídicos, hasta en aquellos en que parecía imposible, como el penal, y en los que en principio pugna con la limitada disponibilidad de los derechos, como el administrativo.

Que en el orden civil y mercantil se trate de llegar a un arreglo amistoso para evitar el proceso en los asuntos de escasa cuantía o se acuda al arbitraje en los de cierta importancia, siempre ha sido una práctica corriente. Es más, abogados responsables y con elemental sentido del deber siempre han tratado de evitar a sus clientes los gastos y molestias que supone un proceso, procurando la transacción y el arreglo amistoso. Y, ante litigios complicados de trascendencia económica, asegurarse la rápida decisión por el juez-árbitro que consideraban más idóneo por sus conocimientos, han acudido al arbitraje.

En el orden laboral, hasta el juez fuerza muchas veces la composición en los actos de conciliación previos.

Pero si en esas esferas jurídicas siempre ha sido práctica habitual acudir a fórmulas de autocomposición, hoy es mucho más frecuente, fomentándose con la creación y regulación de organismos arbitrales.

Y, por supuesto, lo que sí es un fenómeno propio del final del siglo es que también se acuda a tales fórmulas en el orden penal y en el administrativo.

En el orden penal, siempre nos resultaba insólito lo que tan frecuentemente veíamos en películas americanas de los «arreglos» entre el Fiscal y el abogado defensor. No podíamos concebir que fuera posible «negociar» con la pena a imponer al presunto responsable de un hecho delictivo. Pues bien, esto que nos parecía tan insólito, también ha llegado a nuestro proceso penal, si bien respecto de los delitos contra la Hacienda pública: con buen criterio se ha pensado que más importante que meter en la cárcel al defraudador es que la Hacienda cobre lo que debió cobrar, aunque para ello tenga que convenirse el fraccionamiento del pago, a fin de que al contribuyente le sea posible hacerlo efectivo.

En el orden administrativo, la legislación tributaria preveía la posibilidad de transacción respecto de situaciones en que existía facultad de disponer sobre su titularidad, con sujeción a un rígido régimen de garantías, como era la audiencia del Consejo de Estado y la autorización por el Consejo de Ministros (art. 39 de la Ley General presupuestaria). Y, en ciertas materias, se regulaba el arbitraje. Pero, realmente, solo excepcionalmente se acudía a estas fórmulas.

Ultimamente, sin embargo, se trata de extender su utilización, como una de las medidas de reducir los procesos y aliviar la carga que pesa sobre los Tribunales contencioso-administrativos.

Esta corriente legislativa se ha manifestado tanto en la regulación del proceso administrativo como de los procedimientos administrativos. En efecto:

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, al regular los modos de terminar el procedimiento sin sentencia, incluye entre ellos la posibilidad de transacción, por supuesto «sobre materias susceptibles» de ella, en su artículo 77. Es más, reconoce a las partes «la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia».

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, prevé que se sustituyan los recursos administrativos «por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje» (art. 107.2). Y en el Reglamento que, en ejecución de la Ley, se dictó regulando los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (aprobado por D. 429/1993, de 26 de marzo), se establece asimismo la posibilidad de «terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio» (art. 8). La decidida intención de fomentar estos procedimientos quedó en evidencia al reformarse aquella Ley por la Ley 4/1999, al imponer ésta al Gobierno un plazo de dieciocho meses para remitir a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos a que se refiere el artículo 107.2 (Disposición Adicional segunda).

Lo cierto, sin embargo, es que al empezar el nuevo siglo, en el orden jurídico-administrativo los procedimientos de autocomposición de las situaciones jurídico-administrativas litigiosas resultan excepcionales.

3. Reconducción del proceso a sus fines propios

Si las limitaciones del proceso o su respuesta insatisfactoria a unas pretensiones que sólo pueden ser atendidas por otros cauces, ha determinado la búsqueda de otros medios alternativos de soluciones de disputas, las extralimitaciones han dado lugar a corrientes tendentes a reducirle a sus fines propios.

Y, aun cuando sin incurrir en extralimitaciones, cumpliendo sus fines propios, ha incidido en la política y afectado a algunos de sus personajes relevantes, enturbiando sus aspiraciones políticas, las reacciones han sido más drásticas.

Ante la «judicialización de la política» —en buena parte por culpa de los políticos que han querido eludir las responsabilidades políticas con la esperanza de que unos jueces «fieles» pongan un fin feliz a los procesos en que desemboque—, se ha planteado el problema de cómo vigilar a los vigilantes⁹. La «jurisdiccionalización de las disputas» —se dice— no puede justificar un «imperialismo judicial» que desarticule la división de poderes. Queda siempre el clásico interrogante ya planteado por Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?* Es cierta, también, la conocida afirmación del Juez Jackson: «nosotros no poseemos la palabra definitiva por ser infalibles, sino que somos infalibles porque nuestra decisión es definitiva». Pero a alguien debe adjudi-

⁹ C. GUARNIERI y P. PEDERZOLA, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia* (trad. de Ruiz de Azúa), Ed. Taurus, 1999, pág. 25.

carse la «última palabra», y si existen mecanismos adecuados de responsabilidad, la elección a favor de los jueces no deberá ser cuestionada. Son incuestionablemente uno de los componentes de un Poder, y, por ende, engranaje del Gobierno»¹⁰.

La actitud de los políticos, sin embargo, superó todas las previsiones cuando vieron que órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo —en contra de la opinión de un sector de Magistrados que afortunadamente resultó minoritario— iban a levantar la barrera del Gobierno que impedía el acceso a unos documentos supuestamente secretos, de los que podía depender —al menos así se temía— la suerte penal de quienes ocupaban los más altos puestos del Gobierno. La reacción llegó nada menos que a pretender resucitar el acto «político» o de «gobierno» para garantizar un ámbito inmune al control judicial, por quienes años atrás habían hablado hasta la saciedad de —repetiendo la conocida frase de un autor francés— del «inencontrable acto de gobierno»¹¹. Afortunadamente, el proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que suponía tal retroceso no llegó a obtener la sanción legislativa por la disolución de las Cortes Generales, y en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, se consagró expresamente el control jurisdiccional de los actos de gobierno, según el Dictamen del Consejo de Estado, en términos acordes con lo insinuado por la jurisprudencia, con el respaldo de la Constitución¹².

4. La «democratización de la Justicia»

Ligado al fenómeno de la «judicialización de la política» está el que se ha llamado «democratización de la Justicia». Reacción producida en los sistemas del continente europeo en que ha denominado la selección de los jueces por las escalas inferiores a través de concursos en los que domina la preparación teórica, seguidos de períodos formativos más o menos largos que tienden a abarcar todas las disciplinas jurídicas. Lo que unido a unos procedimientos de ascenso dentro de la propia organización judicial ha contribuido a «alimentar el espíritu de cuerpo y su cerrazón y a hacer más difícil cuando no a balcanizar las relaciones con otras pro-

¹⁰ MORELLO y O. BEREZCONDE, en *El juez y la Magistratura*, cit., págs. 57 y sigs.

¹¹ Cfr. GARRIDO FALLA, «El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: la STS de 4 de octubre de 1997», *RAP*, núm. 143, págs. 229 y sigs., y «La resurrección del acto de Gobierno», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1992; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.ª ed., Civitas, 1997, págs. 269 y sigs.; TRILLO, «El control jurisdiccional del acto político», en *La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, págs. 29 y sigs.

¹² Me remito a mis *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 3.ª ed., 3.ª reimpresión, 1999, I, págs. 163 y sigs.

fesiones jurídicas, especialmente con la abogacía»¹³. La reacción para contrarrestar las tendencias típicas de los cuerpos cerrados ha sido abrir la magistratura a candidatos que provienen de horizontes distintos aunque vinculados a las profesiones jurídicas. En España, estas tendencias se han concretado en el llamado «cuarto turno», que ha conducido a una «ventilación externa» del cuerpo judicial, por lo general, degradante, en la que ha aparecido de nuevo la política en función de las tendencias de los miembros de los tribunales encargados de la selección.

Y, para terminar, una mención a la institución con que se ha pretendido democratizar la justicia penal, confiándose al pueblo. Previsto en la Constitución, después de muchas demoras justificadas, llegó a instituirse el Jurado. Como dije en la contestación al discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia de Víctor Fairén:

El gran misterio de la Ley del Jurado es esa especie de Pentecostés laico, en virtud del cual unos ciudadanos de más de dieciocho años que simplemente sepan leer y escribir, adquieren de repente una formación jurídica que los hace aptos para juzgar casi totalmente los conflictos de intereses y derechos más graves.

Un español, mayor de edad, en pleno ejercicio de sus derechos políticos, que sepa leer y escribir y no esté impedido física, psíquica ni sensorialmente para el desempeño de la función (art. 8 de la Ley), puede encontrarse formando parte de un Tribunal para enjuiciar cualquiera de los delitos que enumera el artículo 1.º de la Ley, desde el asesinato a la infidelidad de custodia de presos, pasando entre otros muchos por delitos de naturaleza tan distinta como el allanamiento de morada, los incendios forestales, el cohecho o el tráfico de influencia.

Y puede encontrarse en tal situación sin posibilidad alguna de eludirla, salvo por las limitadas causas que enumera el artículo 12 de la Ley. Porque la función del Jurado —dice el art. 1.º— es un derecho y su desempeño un deber, frente al que no se podrá invocar la objeción de conciencia que la Constitución se preocupó de consagrar en otros ámbitos.

Lo que en la Constitución es un derecho, en la Ley pasa a ser también un deber. De aquí, las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley. Porque el artículo 125 de la Constitución lo que dice es que «los ciudadanos podrán... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine». Podrán participar. No están obligados a participar:

¹³ GUARNIERI y PERDERZOLI, *Los jueces y la política*, cit., pág. 41.

Cuando la Constitución ha querido que el ejercicio de un derecho constituya una obligación, lo ha establecido claramente. Como en el artículo 27, en el que, después de un número 1 en que reconoce el «derecho a la educación», en el número 4 dirá que «la enseñanza básica es obligatoria». Y el artículo 30, primero de la Sección dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos, proclama solemnemente que «los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España».

Y cuando está a punto de desaparecer la exigencia de este deber —o al menos el deber de prepararse adecuadamente para cumplirlo— para encomendarlo a mercenarios, nos encontramos con una Ley, que va a imponer un deber para hacer algo que hoy hacen profesionales preparados rodeados de todas las garantías, deber que no aparece en la Constitución ni se desprende de ninguna de sus normas; un deber cuyo cumplimiento es —así lo reconoce la Exposición de Motivos— excesivamente oneroso. Por lo que, precisamente para evitar que se eluda, el texto legal, por un lado, adopta medidas coercitivas y, por otro, trata de mitigar la carga «a través de la retribución y la indemnización de los gastos ocasionados para su ejercicio».

Desde el momento en que un ciudadano tiene la desgracia o la fortuna —según sus convicciones— de ver su nombre en el resultado del sorteo de candidatos a Jurado, vivirá sujeto a la amenaza de multas: de hasta 250.000 pesetas, si no comparece a la segunda citación para la selección y constitución del Jurado (art. 39); de 50.000 pesetas, si no presta el juramento o promesa para desempeñar la función; de 75.000, si se abstiene de votar el veredicto.

Pues bien, después de los complicados y dilatados trámites preparatorios, ya tenemos los jurados. Bien porque al no disponer de medios económicos para pagar la multa y no prevalecer las excusas alegadas no han tenido más remedio, o porque estén encantados de su protagonismo. Porque hemos conocido «Jueces estrella», pero no tardaremos en ver su figura eclipsada por los «Jurados» —o «Juradas»— estrella.

Esos nueve —aquí son nueve— hombres —o mujeres— sin piedad, después de haber prestado juramento o promesa, tendrán que seguir el juicio oral, con la participación en la prueba que la Ley prevé, para llegar a la elaboración del veredicto a través de un complicado procedimiento, en el que van a jugar un papel muy importante las instrucciones del Magistrado-Presidente (arts. 54 y 57), que terminará en la votación reflejada en el acta. Acta, en cuyo cuarto apartado deberán hacerse constar «las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados» [art. 61.d)], que podrá ser redactada, no por Jurados, sino por el Secretario o un oficial que le auxilie, si lo autoriza el Magistrado-Presidente, a solicitud del portavoz del Jurado.

Y es que como resulta muy difícil que se produzca el milagro de convertir al ciudadano medio que sólo sabe leer y escribir en persona capaz de redactar el acta con todos los requisitos del artículo 61, se impone la necesidad de acudir a quien no es Jurado. Y sí se ha estimado que la mejor solución es atribuírselo a funcionarios de cuerpos de indiscutible y de probada experiencia; precisamente por ello, la solución no puede ser más peligrosa y hasta inconstitucional.

Una vez elaborada el acta, el Magistrado-Presidente la devolverá al Jurado cuando se dé alguna de las circunstancias del artículo 63, «precisando la forma en que deben subsanar los defectos o los puntos sobre los que deberán emitir nuevos pronunciamientos» (art. 64).

Como por mucho que hayan llegado a aprender, los Jurados pueden no haber llegado a saber cómo se subsanan los defectos, es posible una nueva devolución del acta. Y hasta de una tercera. Pero ni una más. Porque «si después de una tercera devolución permaneciesen sin subsanación los defectos o no se hubiesen obtenido las necesarias mayorías, el Jurado será disuelto y se convocará juicio oral con un nuevo Jurado» (art. 65.1).

Llegamos así al final del proceso. A un final que no puede ser más drástico y arbitrario, y que alguno de los defensores de la Ley han tratado de Justificar invocando el principio de economía procesal. El artículo 65.2, dice:

«Si celebrado el nuevo juicio no se obtuviere un veredicto por parte del segundo Jurado, por cualquiera de las causas prevista en el apartado anterior, el Magistrado-Presidente procederá a disolver el Jurado y dictará sentencia absolutoria.»

Como dice Fairén, aparece el triunfo de la arbitrariedad como posible ¹⁴.

La experiencia no puede ser más lamentable. Uno de los retos de la Justicia en el siglo XXI es acabar con esta situación.

¹⁴ FAIRÉN GUILLÉN, «El Jurado, esa persona (hacia uno de los sofismas de la Ley de 22 de mayo de 1995), Discurso leído el 21 de abril de 1997. Contestación de Jesús González Pérez, Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1997, págs. 52 y sigs.).