

# JURISDICCION Y ESTADO DE DERECHO \*

POR

L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA

Doctor en Derecho  
Profesor Ayudante de Derecho administrativo

*SUMARIO:* 1. *Introducción:* El Estado de derecho y su decálogo.—2. *Derecho y sociedad:* Justicia y jueces.—3. *El juez:* Status jurídico, dimensión funcional y proyección política.—4. *¿Jueces políticos frente a políticos jueces?*—5. *El juez y los interesados ante el Derecho y ante la Justicia: hasta dónde pueden llegar en su defensa.*—6. *El juez como defensor y como creador del Derecho: la interpretación jurisprudencial y su valor jurídico.*—7. *Interpretación jurídica frente a desarrollo reglamentario:* La interpretación como monopolio jurídico del juez, incluso contra el propio legislador.—8. *La Constitución como soporte último de todo poder: ¿En favor de quién debe acrecer su interpretación?*—9. *Consideraciones finales.*

## 1. INTRODUCCIÓN: EL ESTADO DE DERECHO Y SU DECÁLOGO

A lo largo de este trabajo intentaremos poner de relieve las correlaciones existentes entre Jurisdicción y Estado de Derecho, con el propósito—que ya nos urge proclamar desde ahora—de cómo no es posible concebir ni calificar con tan exigente denominación a un Estado en el cual la aplicación integral del Derecho y, en consecuencia, el imperio de la Ley, quede de alguna manera sustraído, por las razones que sean a la suprema decisión de unos jueces libres e independientes, por encima de los cuales no pueda primar ni prevalecer otro poder y otra voluntad que la plasmada en ese sistema de normas—escritas o no—, que denominamos «Ordenamiento jurídico», tras del cual y por encima del cual únicamente apunta y se descubre la voluntad del pueblo soberano, de la que el juez queda proclamado depositario exclusivo e intérprete fiable único.

---

\* El presente trabajo constituye el capítulo X del estudio de investigación que con el título de «El Estado de derecho como tipo ideal de Estado: su dialéctica y problemática» realizamos para el Instituto de Estudios Administrativos, dependiente de la Escuela Nacional de Administración Pública, con cargo a una ayuda económica concedida por el mismo.

Mas conviene que antes de adentrarnos en la problemática que la aplicación del Derecho por el juez plantea frente a quienes lo crean, lo utilizan o lo padecen, nos preguntemos ya qué entendemos por «Estado de Derecho» y qué notas o predicados éticos y políticos le habremos de atribuir para merecer tan honrosa calificación.

Por Estado de Derecho entendemos, o en expresión más actual y exacta, por «Estado social de derecho» entendemos *aquel Estado en el cual todas las relaciones de sus órganos entre sí y frente a los ciudadanos se ajustan rigurosamente a un orden normativo, fundado sobre las exigencias éticas de la justicia social y de la dignidad personal, legitimado por su adecuación permanente a la voluntad soberana del pueblo, plasmada en la Constitución, y cuya protección y defensa últimas frente a todos, autoridades y súbditos, queda confiada, bajo un régimen de igualdad legal, a Tribunales libres e independientes.*

Desgranando las notas implicadas en la precedente definición, extraemos el que en otro lugar hemos denominado «Decálogo del Estado de Derecho» y que podemos sintetizar en los diez postulados o mandamientos siguientes:

1. La soberanía radica originariamente en el pueblo (titularidad de origen) y sólo por él—referéndum—o a través de sus legítimos representantes—Parlamento, Gobierno—deberá ser ejercida (titularidad de ejercicio).

2. La democracia es la única forma legítima de gobierno, por lo que todos los órganos políticos del Estado, con la sola excepción de la Corona en las monarquías constitucionales, en las que «el Rey reina, pero no gobierna», deberán tener carácter electivo y renovable frente a sus ciudadanos.

3. Deberá existir una Constitución, con la función política de actuar como supremo pacto social, mediante el que la pluralidad de fuerzas socio-económicas integradas en una Comunidad ordenen su justa, libre y pacífica convivencia bajo la autoridad de un común Estado.

4. Las normas constitucionales deberán vincular de inmediato así a los órganos estatales como a los ciudadanos, y de ella derivarán su legitimidad y legalidad últimas las restantes normas escritas legales o reglamentarias, según un orden jerárquico-normativo que se corresponderá con la mayor o menor representatividad o distancia política al pueblo soberano... del órgano político que las emane. (Electorado: Constitución o Leyes Fundamentales y Principios Generales del Dere-

cho informantes del Ordenamiento Jurídico. Parlamento: Leyes ordinarias. Gobierno: Reglamentos o Decretos. Ministros: Ordenes ministeriales...)

5. El Estado, y muy especialmente su Administración, tendrán el carácter de organizaciones sirvientes, cuyo dueño o principal es el pueblo, ante el que cualquier exoneración de responsabilidad será inconstitucional.

6. El poder estatal, pese a su unidad e indivisibilidad, deberá organizarse de tal forma que quede impedida toda posibilidad legal de vuelta al absolutismo o de caída en la dictadura como formas permanentes de gobierno.

7. Deberá institucionalizarse la Oposición como medio de fiscalización política permanente frente a eventuales desviaciones del Gobierno en su obligada sintonía con la opinión pública, al tiempo que para ofrecer alternativas iguales y pacíficas de acceso al poder a las diversas fuerzas sociales operantes en el seno de la comunidad.

8. Deberán reconocerse y protegerse eficazmente y sin discriminación alguna todos los derechos fundamentales, así de orden político como social y económico, derivados éticamente de la dignidad y sociabilidad (cuerpos intermedios) de la persona y de su condición de miembro activo de la comunidad.

9. Todo privilegio o gravamen habrá de tener su causa en el bien común o interés general y su título de legitimidad en la Ley.

10. Supuesta cualquier violación jurídica, deberá reconocerse a todo eventual lesionado por ella el libre acceso a una justicia independiente que lo instale, frente a todos, ciudadanos o autoridades, en una posición de igual protección jurídica.

Extremando las analogías con los Mandamientos de la Ley de Dios, podríamos concluir afirmando que los diez postulados expuestos se encierran en dos: *el primero, en considerar al Estado como una organización sirviente cuyo dueño o principal es el pueblo, del que la opinión pública es su voz* (Gobierno de opinión), *y el segundo, en proclamar frente a todos, autoridades y ciudadanos, el imperio incondicionado del Derecho, siempre y cuando éste aparezca triplemente legitimado por su origen democrático* (Ley = voluntad general), *su adecuación al bien común y su respeto a la dignidad personal.*

2. DERECHO Y SOCIEDAD: JUSTICIA Y JUECES

«Todo interesado en un conflicto jurídico podrá someterlo al fallo de Tribunales libres e independientes frente a los demás poderes del Estado, y ante los que cualquier pretensión de inmunidad jurídica será inconstitucional.»

He aquí el último de los diez postulados del Estado de derecho. Pero el último en un orden lógico, por cuanto cierra el ciclo de la creación-realización del Derecho, mas no así en un orden ético, en el que sería el primero. La razón de esta doble y extrema ubicación es obvia: el juez está éticamente al servicio de la justicia, que es el fin primario del Derecho, pero existe, funcionalmente, por y para la resolución final de los conflictos que de la vulneración de ese Derecho se sigan. En este sentido, el juez está para la *afirmación* del Derecho, pero nace, justamente por eso, de la *negación* de ese Derecho.

En un paraíso jurídico en el que la vulneración del Derecho fuera ontológicamente imposible, los primeros que tendrían que salir de él serían los jueces, por la misma razón que en un mundo sin enfermedades carecerían de toda justificación los médicos. Pero, naturalmente, este paraíso sólo puede existir como mera hipótesis de trabajo. Existe simplemente la sociedad, el hombre, que a la vez que crea ese Derecho lo vulnera, y de ahí que a los primeros que haya que reservar un puesto esencial en esa sociedad, junto a los legisladores, sea a los jueces, apareciéndose los unos y los otros como el anverso y el reverso de una misma realidad o valor: la encarnación social de la justicia en orden al bien común de la sociedad y de la paz pública entre sus miembros.

Considérese —dicho sea para la mayor gloria y responsabilidad de los jueces— que, junto al Derecho escrito, obra del legislador, existe el Derecho no escrito, natural o consuetudinario, aceptado, pero no creado por aquél, y que de la realización de ambos, en caso de transgresión, se ocupa igualmente el juez, con lo que su función jurídica parece trascender, en cierto modo, a la del propio legislador positivista. El legislador acepta los Derechos natural y consuetudinario, y a ellos apela en ocasiones, pero es el juez el que debe descubrirlos y acercarlos a los ciudadanos cuando la realización social de la justicia lo exija, en defecto y a veces por encima, incluso, del propio Derecho positivo.

El Derecho —como ya proclamara HEGEL— no alcanza su valor universal más que cuando pasa a través de la rectitud de cabezas bien

hechas. De las varias visiones, legítimas o aberrantes, como el Derecho puede ser percibido y valorado, la que la Jurisprudencia nos ofrece es la más auténtica y vital, por cuanto el Derecho se nos aparece en ella como lo que realmente es: como una ordenación de conductas libres al servicio del bien común del que, sin embargo, esa misma libertad las puede apartar.

El Derecho podría ser para el político un arma de dominación social; para el administrador, un instrumento de eficacia al servicio de la realización de los fines de interés público; para el jurista, una técnica formal; sólo para el juez será la justicia misma, puesta y dispuesta al servicio del hombre. *No hay justicia sin jueces, y si hay justicia, ¿para qué más garantías?*

De ahí que haya podido afirmarse con razón que ninguna reivindicación popular podrá superar en intensidad al anhelo y al clamor popular por la justicia. No hay revolucionario que no se presente ante el pueblo como un supremo juez frente a sus seculares agravios, ante cuya promesa se le hará fácilmente dejación de las demás garantías. El poder movilizador de toda demagogia se lo presta precisamente el fondo de injusticia sobre el que se levanta y contra el que arremete. Y la vieja imagen de nuestros reyes haciendo justicia y vengando los agravios inferidos al pueblo llano (tal en *Fuenteovejuna*, en el *Alcalde de Zalamea*, etc.) no puede ser más significativa al respecto.

Pero este cuadro ideal de la visión del juez y de la función jurídica a él asignada necesitará de su inmediato contraste con la realidad, a fin de verificar hasta qué punto la ilusión se hace verdad o la verdad se queda en ilusión. Puesto que los jueces no son dioses ni reyes —aunque deberían serlo—, sino meros funcionarios o servidores del Estado, ¿por qué y en virtud de qué habrá que reconocerles *a priori* unas virtudes éticas permanentes y otorgarles un grado de adhesión y confianza que por principio se niegan y deben ser renovadas periódicamente a los órganos legislativo y ejecutivo, pese al carácter electivo o representativo de estos últimos? La inicial desconfianza que supone la institución penal del jurado, al desglosar los aspectos políticos o humanos de la sentencia (veredicto) de los jurídicos o técnicos (aplicación por el juez de la norma resultante de dicho veredicto), está ciertamente en la base de la pregunta acabada de formular.

Es evidente que los jueces, tanto individualmente, en cuanto funcionarios, como corporativamente, en cuanto estamento profesional,

profesarán valores y segregarán intereses peculiares, a cuyo servicio pondrán humanamente buena parte de su poder. Exactamente a como lo hace la burocracia propiamente dicha y los demás grupos de presión social, política o económica. Suponer lo contrario sería idealizarlos peligrosamente, de modo análogo a como en el campo religioso ha sucedido con los sacerdotes y obispos, con riesgos graves y ciertos para la propia justicia, al pretender utópicamente *que los jueces o sean perfectos e incorruptibles o que no sean*.

No es, pues, exclusivamente sobre su condición humana, con ser ésta decisiva y esencial, sobre la que habrá que levantar su prestigio y valoración sociales, sino sobre la trascendencia de la función misma que tienen asignada y por razón de la cual no sólo se les supone y exige aquel prestigio y casi santidad personales, sino que se adoptan las más rigurosas garantías para garantizarlo de modo permanente, frente a cualesquiera tentaciones y asechanzas foráneas.

Una sociedad que acepte una baja valoración social para sus jueces es necesariamente una sociedad para la que el Derecho y la democracia, de la que políticamente ese Derecho debe emerger, no representarán valores ni sagrados ni inviolables. *Quienes a todos habrán de juzgar según Derecho, a nadie habrán de estar sometidos si no es a ese mismo Derecho*, y sólo desde él y a través de él, a la voluntad del pueblo soberano que lo crea o consiente. Y ello porque si así no fuera, si tal motivación no fuese excluyente de cualquier otra, la razón última de sus fallos habría que venirla a buscar psicológicamente en voluntades o intereses ajenos a los objetivados en la norma aplicable. Con lo que el juez dejaría de ser juez; el Derecho, Derecho, y la fuerza, antes que la justicia, decidiría de antemano la suerte de los enjuiciados.

Para la Justicia, entendida como supremo valor moral, tan peligroso pudiera resultar socialmente un *Derecho sin Poder* (Jueces frente a Gobierno: *jurisdictio sine imperio*) como un *Poder sin Derecho* (Gobierno frente a Jueces: actos políticos). Poder, Derecho y Justicia habrían de correlacionarse según la siguiente ecuación fundamental: *Poder = Derecho = Justicia*, ecuación en la que sus dos últimos términos están urgiendo la presencia activa y operante —y no meramente pasiva o receptiva— del juez.

### 3. EL JUEZ: STATUS JURÍDICO, DIMENSIÓN FUNCIONAL Y PROYECCIÓN POLÍTICA

Todo lo hasta aquí expuesto va a suponer, con referencia a la posición jurídica y dimensión política asumida por el juez frente a los demás o en la que los demás le sumen al juez, lo siguiente:

1. Frente a los *restantes órganos del Estado*, que el juez quede al margen de toda línea jerárquica o directiva. *El juez depende siempre del Derecho creado por los órganos competentes del Estado, pero nunca de los órganos estatales que crean ese Derecho*, los cuales no podrán dar órdenes ni marcar directrices sobre cómo juzgar o interpretar las normas si no es mediante la emanación de nuevas normas, siempre que para ello tengan reconocida competencia y lo hagan sin infringir otra norma de rango superior. Visto desde su independencia por y desde el Derecho, *el juez no es sino su propia ciencia y conciencia hablando y actuando en el soberano nombre del Derecho, en cuanto voz misma de la comunidad*.

2. Frente a las *partes litigantes* ha de hallarse en una posición subjetiva de absoluta imparcialidad y libertad, sin conceder a sus contrapuestos intereses otras preferencias de trato que las que objetivamente imponga la ley, y siempre y cuando esta preferencia no atente gravemente contra el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Cuando tal imparcialidad o independencia falte, el juez deberá abstenerse o podrá ser recusado.

3. Frente a la manera o *procedimiento de actuar*, éste deberá ser tal que permita, en garantía de la justicia y de los derechos individuales, el descubrimiento de la verdad material y, por consiguiente, la efectiva realización de la justicia, así como la defensa, igual y plena, de los litigantes, cualesquiera que éstos sean. Si frente a alguien dejan de estar justificados los privilegios, es precisamente frente al juez a la hora de ser juzgado por él, pues tales privilegios irían potencialmente en perjuicio de su función y mengua de la justicia que a su través se imparte.

4. Finalmente, en cuanto a su *situación estatutaria* o relación de servicio frente a la administración de justicia, que el régimen de nombramientos, ascensos, traslados, excedencias, premios y sanciones, etc., no se halle a merced de poder discrecional alguno con intereses real o potencialmente contrapuestos a los de la jurisdicción misma, sino

bajo el amparo y la reserva de la ley, cuya aplicación habría de quedar encomendada a la propia judicatura (autogobierno judicial), ya que sólo ella trataría de reforzar y nunca de menoscabar su propia independencia y prestigio ante la opinión pública, erigida en juez de los jueces y defensora de sus defensores.

Sintetizando en una definición las notas que acabamos de recoger y analizar, nos atrevemos a ofrecer el siguiente concepto—tal vez más sociológico que jurídico—de la función judicial o jurisdicción: *poder de decidir (juzgar) e imponer (ejecutar lo juzgado), frente a todos (cosa juzgada), un conflicto jurídico concreto por medio de la subsunción de sus supuestos de hecho en las soluciones normativas ya determinadas o determinables, y actuando desde una posición de total libertad, independencia e imparcialidad frente a sus protagonistas, ya sean éstos administrados o gobernantes.*

El pueblo busca a través del político (Gobierno-Parlamento) el ideal y el entusiasmo creador; a través de la Administración, el bienestar y la eficacia, concretadas en la prestación de los servicios públicos; a través de los jueces, la justicia y la seguridad en el ámbito de sus derechos y obligaciones. De ahí la desigual función que el Derecho cumple respecto de cada uno de los tres poderes—el político, el administrativo y el judicial—y la distinta manera de proceder de cada uno de ellos frente al ciudadano, el administrado y el justiciable.

De ahí también la desigual posición política que frente al poder judicial se puede detectar en los momentos de crisis revolucionaria y, por lo mismo, de crisis jurídica: los revolucionarios y su masa de seguidores, al aceptar el sacrificio del valor «seguridad» por el valor «progreso» o cambio, apartarán sus ojos del juez para fijarlos sobre el político y sobre el Derecho «nuevo» que, acaso en violenta pugna con el Derecho «viejo», vaya saliendo de sus manos: justamente lo contrario harán los conservadores, quienes volverán sus ojos al juez como única esperanza de frenar al Derecho nuevo, invocando la supuesta permanencia e inalterabilidad de los valores informantes del Derecho vigente y su fuerte arraigo en la conciencia del pueblo (legitimidad constitucional preexistente, real o supuestamente religable a la tradición).

El problema quedaría entonces planteado en los siguientes términos: *que las normas nuevas hechas por el político desde sus ideales revolucionarios no puedan quedar neutralizadas por las ideas conservadoras impuestas por el juez desde su adhesión a las normas tradicio-*



nales, religables de alguna manera, a la conciencia jurídica del pueblo o de su grupo dominante. Ya se comprende que el problema abordado reviste hondura y gravedad constitucionales, para salir de las cuales sería necesaria la entrada en juego del propio poder constituyente, ya se haga residir éste en la voluntad de los revolucionarios triunfantes (legitimación carismática), ya en la voluntad electoral del pueblo, libremente manifestada (legitimación democrática).

De aquí se deduce que el Derecho es, en último término, un producto altamente cargado de potencial político, capaz de explotarle en las manos a quien lo manipule, sin excluir, por supuesto, al juez mismo, por muy depurada y técnica que intente hacer esa manipulación. Otra cosa sería huir del Derecho por querer huir de la política que subyace en su base, unas veces para eludirla y otras para aplicarla de acuerdo con los deseos y conveniencias del poder que en cada momento impere. Cuando el político le coloca a la norma una espoleta, el juez debe aceptar de antemano el riesgo de que le estalle en las manos, a no ser que le sea posible desmontarla poniendo en marcha los resortes jurídicos proporcionados por otras normas igualmente integrantes del Ordenamiento jurídico y modeladoras de él, singularmente los principios generales del Derecho.

El Derecho, en efecto, está al servicio de una concepción política, y por eso necesariamente tiene que entrar en crisis cuando otra concepción política divergente se abra paso en la conciencia social. Mas es lo cierto que hasta que la nueva concepción política no haya desalojado jurídicamente de la comunidad al viejo Derecho, no se podrá decir de ella que ha triunfado políticamente. Por lo que, en tales circunstancias, erigirse en defensor del viejo Derecho equivale a arrostrar en su grado más dramático los riesgos políticos en medio de una lucha total por el poder total. Por la misma razón que cabe una política justa o injusta, es concebible también una justicia política o impolítica.

Así las cosas, ¿qué será preferible: atribuir la defensa de la Constitución, en cuanto soporte y cabecera de todo el Ordenamiento jurídico, a jueces-políticos o a políticos-jueces? El problema se liga indisolublemente al de las relaciones entre Política y Derecho al nivel de sus fuentes de creación supremas. Si el Derecho es una concreción política y la misión del juez es aplicar ese Derecho, se concluye necesariamente la subordinación del juez al político o legislador y su imposibilidad «jurídica» de enfrentarse victoriosamente a él. Las normas más políticamente beligerantes, como puedan serlo las de orden público, prensa,

asociación, reunión, etc., darán siempre, al ser aplicadas, productos altamente políticos o politizables, y ello tanto si esa aplicación es hecha por el Gobierno o su Administración como por los propios jueces.

El Derecho es, pues, para el político *un arma ofensiva o de ataque*, diseñada por él mismo y a través de la que se visibiliza su poder, en orden al vencimiento y superación de cualesquiera resistencias, incluidas, por supuesto, las de los propios jueces, obstaculizadoras de sus designios. Muy por el contrario, para el juez, el Derecho es *un arma defensiva o de conservación del orden creado y arraigado en una comunidad*, con todo lo que tiene de justo y, por qué no, también de injusto y anacrónico.

Pero el problema así planteado se va a tornar mucho más complejo y delicado desde el momento en que se admita que en su lucha contra el político el juez va a poder emplear *normas no hechas por el político*, sino deducidas por él de los postulados inmanentes de justicia a que más arriba aludíamos, y las cuales adquirirán, por ello, en sus manos un claro valor ofensivo, de contraataque o neutralización frente a las embestidas legalistas de aquél. Es el caso de los principios generales del Derecho y de los valores éticos, políticos y tradicionales, sobre los que se cimenta la propia legitimidad constitucional, trascendiéndola, y cuyo carácter *extra o supra sufragii*, que los sustrae a la libre disponibilidad del político, es aceptada y respaldada por la opinión pública, último y definitivo punto de apoyo del juez, en su eventual confrontación con el político.

El juez, en situaciones límites, o se apoya en el pueblo contra el político o se apoya en el político contra el pueblo. Sólo en el primer caso tendrá asegurado su prestigio y pervivencia. Es el caso de las judicaturas anglosajonas y nórdicas de tan sólido y preclaro arraigo social, y cuya posición relativa en el juego de los poderes político-sociales encuentra su paralelo en la tradicional «apoliticidad» de las fuerzas armadas en tales países.

De esta manera la cuestión desemboca en el siguiente principio o solución: *únicamente en aquellos sistemas políticos donde el pueblo ejerce de manera plena y pacífica sus facultades soberanas, vinculando por igual a políticos y jueces, se ofrecerá como la solución más coherente la de atribuir la aplicación e interpretación del texto constitucional a los segundos, como medio de resolver, en función exclusiva de dicho texto, que es tanto como decir de la voluntad del pueblo, los*

*conflictos que entre unos y otros puedan plantearse en todos aquellos casos en que la política venga de alguna manera condicionada previamente por el Derecho.*

#### 4. ¿JUECES-POLÍTICOS FRENTE A POLÍTICOS-JUECES?

De esta manera, sólo allí donde los jueces tomen la decisión, apoyada en el texto constitucional, de declararse garantes, frente al pueblo, de su voluntad soberana plasmada en él, y el pueblo, aceptando esa garantía, se declare, a su vez, garante de los jueces, será posible resolver en favor de éstos la alternativa arriba expuesta. Por el contrario, allí donde los jueces, por conservadurismo, comodidad o temor a hacer de su función de paz un instrumento conflictivo más en el seno de las luchas internas por el poder, rehúyan dar aquel paso, ciertamente comprometido y arriesgado, para ellos y para la vida misma del Derecho, la solución se inclinará decididamente hacia los políticos-jueces (las llamadas jurisdicciones retenidas o especiales), los cuales tenderán, por su propia mentalidad y vinculaciones y dependencias con los demás poderes, a poner el Derecho objetivo en función de la política y no al revés.

La política tiende, pues, a imponer su ley, que en último término es la de carecer de ley, o si se prefiere la de situarse al margen o por encima de ella, no excluida, por supuesto, la propia Constitución. Parodiando a NIETZSCHE, podríamos decir que el político se sitúa, por temperamento y por definición, más allá de lo legal y de lo ilegal, ya que uno u otro valor serán medidos por el patrón que él mismo elija. Para ello, y como primera medida, tenderá a la astuta y hábil maniobra—convertible en trampa a la vez que en cebo para los jueces—de «desjuridización» radical de lo político en sí y en cuantos actos o aplicaciones concretas se traduzca (doctrina de los llamados «actos políticos o de gobierno»).

De esta manera la aplicación y, por ende, la fiscalización de la Constitución por órganos políticos colocará a quienes determinen o dirijan la política en una posición de clara ventaja frente a quienes, en feliz expresión de CAMUS, la sufran o padezcan: la de ser jueces en su propia causa. Cuando esto ocurra podrá hablarse con plena razón de la *doble politicidad del Derecho*, en cuanto que no sólo es

hecho por los políticos, sino que también, y además, es aplicado e interpretado por ellos. Le bastaría siempre al político-juez considerar que el valor jurídico de tales o cuales preceptos constitucionales es meramente programático o indicativo y, por lo mismo, sin efecto reflejo alguno en favor o en contra de los ciudadanos, para negar de plano las demandas de éstos.

Por esta vía, y como es fácil advertir, se corre el riesgo grave de que las constituciones se conviertan en normativas o plenamente eficaces respecto de las prerrogativas de los gobernantes frente o contra los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, y en semánticas o nominales respecto de las libertades y derechos de los ciudadanos que limiten o condicionen las potestades y prerrogativas de los gobernantes.

Semejante incongruencia no podría darse si los órganos encargados de fiscalizar la Constitución en los contenciosos a que diese lugar, fuesen genuinamente jurisdiccionales y, por ello, verdaderamente libres e independientes frente a los órganos políticos a quienes habrían de residenciar.

El juez que, secundando la estrategia del político, se abstiene de aplicar la Constitución con todas sus consecuencias, en beneficio de las leyes y disposiciones ordinarias, o bien está conjugando esa misma política, siquiera en voz pasiva, o bien está, lo que no es menos grave, *expulsando a la Constitución del Ordenamiento Jurídico* y dejando a éste sin su cabeza. En cualquier caso, un poder judicial que así actuase, sería un poder que se suicidaría a sí mismo *como tal poder*, convirtiéndose en apenas la burocracia o el funcionariado del Legislativo ordinario, de la misma manera que la burocracia funcional lo es del Ejecutivo o Gobierno. Su categoría de poder, nacido de la Constitución y fundado sobre ella, como los demás poderes del Estado, se convertiría en una pura entelequia.

*Todo poder nacido del Derecho debe ser medido conforme a ese Derecho y precisamente por otro poder cuya única función sea la de medir jurídicamente a todos los demás poderes.* El cumplimiento de esta función viene a hacer de la Jurisdicción un *poder único* frente a los demás poderes del Estado, en orden a garantizar la «soberanía del Derecho».

Cuando la actuación jurídica de un órgano, ya en bloque, ya respecto de alguno de sus actos, queda excluida de ulterior revisión ante

un poder externo e independiente y, por lo mismo, jurisdiccionalmente superior, se le está situando, sólo por ello, por encima del Derecho, al hacer coincidir, sin posibilidad de discrepancia, la voluntad de la norma con la aplicación que de ella haga el referido órgano. El Estado deja de ser así, al menos parcialmente, un Estado de Derecho al producirse respecto de aquellas materias una unificación o concentración de los poderes ejecutivo y judicial en el primero de ellos.

El punto de equilibrio estará aquí en determinar qué tipo de jueces y qué vinculaciones entre ellos y los poderes públicos fiscalizables deberán establecerse a fin de que *ni el Derecho pueda hacer imposible la política, ni la política violar impunemente el Derecho*. Porque desde el momento en que un juez, en nombre del Derecho, le impone o trata de imponerle al político una determinada política, se está convirtiendo él mismo, lo quiera o no, en el auténtico político, lo que no deja de suponer una desnaturalización de su función.

Aun suponiendo que el Derecho lleve incorporada u objetivada una determinada política, como lleva incorporados unos determinados valores culturales y tradicionales, desde el momento mismo en que esa política queda normativizada puede convertirse en una política fósil, en una ex política e incluso en una antipolítica, pues *mientras lo propio de la norma es mirar al futuro desde el pasado, lo propio de la política es mirar el presente desde el futuro*. Y como el presente no es sino el mismo futuro actualizándose continuamente en un proceso sin fin, querer hacer la política sólo desde el Derecho, sería como querer mirar hacia adelante vuelto de espaldas. De ahí que el *juez constitucional no pueda ser únicamente juez, sino también, y de alguna manera, político, lo que tendrá su reflejo en la dosis variable de «juris» y de «prudencia» que, según los casos, tenga que combinar en sus fallos*.

Reducir tanto el Estado como la comunidad a Derecho, para hacer luego de ese Derecho lo que diga el juez (*iuris-dictio*), es hacer del juez un soberano absoluto (judeocracia). Y nada puede aterrorizar más al hombre que la idea de un soberano falible o arbitrario. Y es que *el Derecho, en definitiva, no puede proporcionar más confianza que la que proporcione el órgano llamado a aplicarlo en último término*. El Derecho no se puede desprender enteramente del hombre que, primero lo crea o acepta, luego lo aplica y, finalmente, lo fiscaliza. El secreto de la confianza estará en que no sea siempre el mismo hombre el que haga las tres cosas.

*El Derecho no gobierna desde los hombres; gobiernan los hombres desde el Derecho.* Por eso, necesariamente, llegará un momento en que el Derecho se nos quede dramáticamente callado, sin posible respuesta, pues, como agudamente dijera SCHMITT, la norma, por definición, sólo puede prever lo normal, y, entonces, habrá que hacer hablar otra vez al hombre, como si fuera el propio Derecho. El miedo del hombre al hombre, y su deseo de huir de él refugiándose en el Derecho, no es, pues, sino una colosal quimera, en la línea, tantas veces utópica, del idealismo más puro.

El problema entonces no se reduce a preguntarse dónde está y qué es el Derecho, sino dónde están y quiénes son los hombres que de su vida y con su vida hacen, descubren o aplican el Derecho. O lo que es lo mismo: *en qué situaciones y bajo qué dependencias habremos de colocar los hombres a los hombres para que nos merezcan la suprema confianza de que sus palabras (normas o sentencias) para todos valgan y por todos deban ser aceptadas como Derecho.* En último término, cuando esos hombres no se encuentren, la desconfianza hacia ellos se trocará en confianza en nosotros mismos y en el Derecho que nosotros mismos creemos (primacía de la costumbre sobre la ley), actitud en la que habrá que ver el germen de la democracia y su escepticismo ante cualquier autoridad no sometida a freno o contrapeso, escepticismo que se traducirá en la siguiente regla o principio: *todo poder procede del Pueblo, y caso de ser contestado por otro poder igualmente emanado del Pueblo, deberá ser confirmado o revisado por un tercer poder también emanado del Pueblo o sustentado sobre él.* Estamos, pues, ante un gran nosotros, puesto en una triple dimensión política para que más destaque y prevalezca.

En conclusión: *que las garantías resultantes del Estado de Derecho no estarán tanto en el Derecho mismo cuanto en los hombres que lo hagan, apliquen y controlen, y en su sintonización respectiva con la opinión pública, con lo que el problema cobra más una dimensión política que jurídica, religable, en último término, al funcionamiento efectivo de la democracia y a la rectitud, prestigio, integridad e independencia de los jueces en cuanto la Constitución y el Pueblo los identifique con la voz misma del Derecho y a éste con la traducción exacta de sus sentimientos de justicia.*

5. EL JUEZ Y LOS INTERESADOS ANTE EL DERECHO Y LA JUSTICIA: HASTA DÓNDE PUEDEN LLEGAR «DEMASIADO LEJOS» EN SU DEFENSA

Intimamente ligada a la cuestión de las potestades constitucionales atribuibles a los jueces, así como al estatuto jurídico y cualidades personales y corporativas sobre las que debe levantarse y prestigiarse socialmente el ejercicio de su trascendental misión justiciera y pacificadora, se halla el problema de la beligerancia o neutralidad que ante el Derecho mismo y las partes que lo invocan o trasgreden, debe asumir el juez.

Puesto que de toda hipotética infracción jurídica puede derivarse una lesión o perjuicio para *terceros interesados*, para los *intereses públicos* o, simplemente, para el *propio Ordenamiento Jurídico*, a efectos de su formal observancia, ¿en qué supuestos deberá el juez intervenir de oficio y en cuáles no, y, en su caso, quiénes habrán de estar legitimados para instar esa intervención y quiénes no?

Si la intervención del juez en defensa del Derecho se supedita a que los supuestos lesionados por la infracción, y sólo ellos, la insten, una decisiva consecuencia se va a obtener de aquí: *que los defensores primarios del Derecho Objetivo no son propiamente los jueces, sino los titulares de los derechos subjetivos o intereses legítimos derivados de aquel Derecho y entre los que surja o se plantee el conflicto.*

Sin derechos o intereses lesionados no hay conflicto; sin conflicto jurídico no hay partes litigantes; sin partes litigantes no hay juez, y sin juez no hay proceso o «juicio». ¿Cómo y en qué fases de esta concatenación de actuaciones podrá y deberá intervenir el juez y, en su caso, con qué alcance y potestades frente a las normas infringidas, los intereses lesionados y las partes litigantes?

El Estado de Derecho se liga, efectivamente, a la general e imperativa observancia del Derecho, observancia de la que el último garante va a ser el juez y nada más que el juez, con todo lo que ello supone. Mas si, en el orden teológico, Dios conoce todos los pecados de los hombres, por lo que la Ley divina violada necesariamente será restaurada, el juez no conoce las violaciones que del orden jurídico se cometan si no se las denuncian o advierten quienes tales trasgresiones padezcan o conozcan, por lo que la restauración de dicho orden irá necesariamente ligada a la decisión o colaboración de las personas a quienes el Derecho faculte u obligue para accionar o denunciar tales violaciones jurídicas.

Podrá ocurrir así que si tales personas no accionan ni denuncian contra tales violaciones, el orden jurídico quede impunemente vulnerado y consolidadas en sus efectos antijurídicos las situaciones resultantes que lo contradigan. Importa subrayar, a este respecto, que *en un sentido jurídico*—no así sociológico—la Ley se cumple o realiza tanto cuando las conductas observadas por los obligados a sus mandatos se ajustan íntegramente a éstos (cumplimiento propiamente dicho), como cuando, caso de vulnerarlos, reciben sobre sí la congrua y correspondiente sanción prevista en aquélla (cumplimiento impropio o por equivalencia).

¿Hasta qué punto es coherente que el Derecho, que a todos trata de obligar, quede, a su vez, condicionado en su efectividad sociológica, a lo que en su aplicación o defensa quieran hacer por él los titulares o beneficiarios de los derechos o intereses creados o reconocidos en sus normas? ¿Por qué no establecer órganos, personas y procedimientos con la especial misión de evitar que tal contingencia pueda ocurrir?

Antes de responder a tales interrogantes conviene considerar que los valores e intereses que el Derecho trata de implantar y proteger para enriquecer o pacificar la convivencia social, no siempre tendrán el mismo rango moral ni idéntica trascendencia política, económica o social. Cuando esos supuestos valores o intereses digan relación exclusiva a dos o más particulares y su contenido no roce ningún principio ético, *supra voluntatem*, la soberanía o autonomía privada que sobre los mismos se reconoce a sus titulares, se traducirá en el carácter indicativo o permisivo de las normas reguladoras, en la renunciabilidad de los derechos subjetivos que establezcan, y en la pasividad, o carácter rogado, de los órganos juzgadores llamados eventualmente a intervenir.

Tales atributos no podrán darse, sin embargo, cuando los valores o intereses tomados en consideración por una norma cualquiera tengan carácter irrenunciable e indisponible, ya por la fundamentalidad de los principios éticos o políticos que les sirvan de soporte, ya porque en caso de transigencia o compromiso pudieren resultar lesionados los intereses públicos prevalentes, identificables, en último término, con el llamado «bien común».

Queda, pues, claro, que *lo que mide la reacción del Derecho ante una infracción no es la infracción misma, sino los intereses y valores que con ella se lesionan y la valoración que, en sintonía con la conciencia comunitaria, haga la norma que los canoniza y protege*. Cuan-



do tales intereses sean ética o socialmente irrelevantes por su dimensión exclusivamente privada (normas dictadas *intuitu personae* y *no intuitu juris vel communitatis*) la corrección de las eventuales infracciones contra las mismas quedará a merced de los titulares de los derechos subjetivos lesionados por aquéllas.

Se deduce de aquí la necesidad de diferenciar los conceptos de interés agraviado y de legalidad, de una parte, y de orden público o fundamental, de otra. Habrá infracciones que afecten a la legalidad de cada situación en concreto, pero no así al orden jurídico fundamental —v. gr., un vicio de forma que en nada dañe la justicia de fondo—, y habrá infracciones que atenten doblemente contra la legalidad y contra el orden jurídico fundamental —v. gr., el vicio de forma anterior— si, además, determina o puede determinar la consumación de una grave injusticia de fondo.

Pues bien, cuando la ilegalidad resultante de una actuación jurídica concreta sea de tal magnitud que afecte al orden público mismo, las posibilidades jurídicas de reaccionar ante ella habrán de ser lógicamente ilimitadas, so pena de que el Derecho se quiera negar a sí mismo, por lo que, en consecuencia, el llamado principio de seguridad jurídica que tiende a convalidar por el mero trascurso del tiempo las situaciones jurídicamente viciadas en su origen, tendrá que atemperarse y ceder en beneficio de la fundamentalidad de los valores y principios a que más arriba aludíamos. Aquí el principio de legalidad necesariamente habrá de primar sobre el de seguridad, y ello por razón de la «insacribilidad» jurídica de los valores o intereses agraviados.

La fundamentalidad del principio de jerarquía de normas, por ejemplo, religable, a la mayor representatividad o proximidad al Pueblo del Parlamento respecto del Ejecutivo y su Administración, se opondrá insalvablemente a que una norma de rango inferior, que vulnere otra de rango superior, pueda devenir Derecho válido y aplicable por el mero trascurso del tiempo, pues si así fuera, se estaría posibilitando nada menos que la creación de un nuevo orden jurídico al margen de la voluntad de los únicos órganos competentes para crearlo, trastocando con ello toda la estructura constitucional de poderes, sería, ni más ni menos, que la normalización del «estado de excepción».

Todo lo expuesto tendrá un inmediato reflejo, de una parte, en la legitimidad de quienes puedan impugnar las actuaciones, actos o disposiciones constitutivas de infracción legal y, de otra, en las atri-

buciones que al juzgar éstas se concedan al juez. Si miramos *al Derecho desde el individuo*, tendremos una correlativa legitimación individual, que vendrá medida por los derechos subjetivos o intereses legítimos de que aquél sea titular o portador. Si, por el contrario, miramos *al individuo desde el Derecho*, el interés individual viene a ponerse en función y garantía del interés público, con la consiguiente ampliación de su legitimidad.

Las correlaciones entre los conceptos de legitimación y Estado de Derecho se concretan, pues, en este principio: *allí donde exista un derecho o interés jurídicamente protegido y susceptible de ser lesionado, no importa por quien, allí deberá darse, supuesta tal lesión, una correlativa legitimación en favor de su titular para acceder ante un juez libre e independiente que le reponga en su situación de preeminencia o ventaja, a la vez que, con ello, contribuya o coadyuve a la efectiva realización del Derecho Objetivo.*

Lo curioso del caso es que el Derecho reconoce y proclama con frecuencia derechos o intereses que luego, a la hora de su violación, no protege, al no legitimar a nadie para hacerlos valer ni arbitrar los procedimientos como tal acción pueda ser ejercida y ante quien. Esto es, por desgracia, muy frecuente en el caso de los llamados, paradójicamente, derechos fundamentales, todos ellos enunciados en «normas menos que perfectas», pese a su carácter constitucional, o acaso, por ello.

Contrariamente, cuando una norma—o, más exactamente, el poder político que la crea—pone un real interés en ser cumplida, puede llegar al extremo de considerar delito el puro encubrimiento de su infracción. En tal supuesto, no sólo cualquier ciudadano va a quedar *facultado* para ejercer la acción popular (legitimación universal), sino, lo que es más significativo, *obligado* a denunciar la conducta punible, previniéndosele de que, en caso de no hacerlo, incurrirá él mismo en responsabilidad (encubrimiento) y que, por el contrario, caso de hacerlo, podrá verse eventualmente recompensado por su personal colaboración en el cumplimiento de la norma (primas a los denunciantes).

De esta manera, bastará que una norma o que la jurisprudencia que la interprete, considere que de ella arranca un interés legítimo, cuando no un deber, del ciudadano para, en caso de transgresión, hacerla valer ante la autoridad competente, para que aquél se convierta en un auténtico colaborador de la Judicatura, del Ministerio Fiscal o

de la Administración, en orden a la plena efectividad sociológica del Derecho y consiguiente conformación a sus prescripciones de cualesquiera comportamientos.

En cuanto a la función y potestades del juez, la primera pregunta que hemos de hacernos es ésta: *¿aplica el Derecho para servir a los reclamantes o sirve a los reclamantes para aplicar el Derecho?* Si lo primero, los jueces son instituciones al servicio del ciudadano y, secundariamente, al servicio del Derecho, por lo que la aplicación de éste debería hacerse siempre en sentido extensivo y favorable al reclamante, por ejemplo, entrando siempre en el fondo de la cuestión planteada y ampliando la legitimación para recurrir a todo interesado puesto que *es el juez el que debe ponerse al servicio de la persona, utilizando el Derecho, y no el Derecho el que debe obstaculizar los legítimos intereses de la persona, utilizando al juez.*

A nuestro juicio, la contraposición entre un interés individual y un interés normativo carece de sentido, pues que para que un interés personal resulte jurídicamente protegible deberá coincidir o ser asumido por la norma misma. El problema se desplaza así al de las relaciones entre Derecho o, más exactamente, entre legalidad y justicia, en el hipotético supuesto en que se produzca colisión entre ambas (normas injustas). Naturalmente que el juez deberá ser neutral entre y ante las partes que incoan un proceso, mas sin que ello le obligue a perder su carácter de beligerante en la lucha por el Derecho y la justicia entre los hombres, y ello, tanto si las partes lo invocan como si no lo invocan, y tanto si lo invocan bien como si lo invocan mal.

En cuanto a la posible tensión entre legalidad y justicia o, si se prefiere, entre interés justo no protegido e interés injusto protegido, hemos de tener en cuenta que la función del juez no debe limitarse al dominio de una técnica para dictar una sentencia, sino a procurar, además, que esta sentencia *sea la medida de la justicia entre las partes*, al margen, incluso, del Derecho que, por su carácter general y abstracto, antes debe ser entendido como *criterio de medida* que como *medida de criterio* y, por sus condicionamientos formales (procedimentales y orgánicos) puede conducir a soluciones formalmente correctas pero materialmente injustas y, por lo tanto, en un plano teleológico, no queridas por el legislador. En este sentido, y por poner sólo un ejemplo, la *reformatio in pejus* debería ser admitida cuando

la justicia del caso lo exija, pues otra cosa sería convertir al juez en un encubridor forzoso de la injusticia consumada y al Derecho en protector de la misma, siquiera *per accidens*.

Naturalmente, los poderes de dirección procesal del juez en averiguación y defensa de la verdad material y sus posibilidades para hacer prevalecer ésta contra cualesquiera impedimentos de orden estrictamente formal o adjetivo, estarán en razón de la valoración que el propio Derecho haga de los intereses determinantes del conflicto. En los casos en que la acción popular venga reconocida, la paralela intervención del juez en defensa del Derecho material será lógicamente máxima y podríamos decir que hasta beligerante, y en consecuencia mínimas serán las cortapisas formales que se le impongan. Y a la inversa sucederá en los supuestos en que la legitimación quede reservada a sólo los interesados y precisamente para la cobertura y defensa de derechos o intereses renunciables por su nula incidencia sobre el interés público y terceros protegibles.

Pero aun en estos casos la institución judicial no debería quedar instrumentalizada al servicio de las querellas ínter partes y como inmovilizada e impasible ante las pruebas de desprecio al Derecho y a la justicia en que las mismas puedan incurrir. *El juez que viva no sólo «del» Derecho sino sobre todo «para» el Derecho y la Justicia, no dudará en poner su inteligencia al servicio de su conciencia para que tal cosa no suceda.*

En cualquier caso lo que parece obligado y necesario constatar es esto: *que la función una vez asignada al órgano creado para ejercerla, acaba modelando a ese órgano por encima de las limitaciones estructurales, funcionariales o estatutarias que para condicionarlo o influirlo le impusieran sus creadores, de los que, antes o después, se liberará e independizará por la vía expansiva de su propio impulso funcional.* El Consejo de Estado francés y las garantías de él obtenidas por los administrados frente a la Administración, que lo creó y lo encuadra, es ejemplar a este respecto.

Una de las notas que definen a toda institución es su *ratio finis* o función, la cual se convertirá, por ello mismo, en el principio ordenador de su estructuración y actividad. Y de ahí la fuerza expansiva que les impulsa después de creadas y que les hace, en cierto modo, incontrolables por su creador, una vez ahincadas sus raíces en la conciencia social.

6. EL JUEZ COMO DEFENSOR Y COMO CREADOR DEL DERECHO:  
LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y SU VALOR JURÍDICO

Aspectos en los que se pone de manifiesto hasta qué punto el juez puede aprovechar la oportunidad de tener que dirimir un conflicto para erigirse no sólo en *defensor del Derecho* sino también y de alguna manera en *creador de Derecho*, son los siguientes:

1. El principio *jura novit curia* por el que el juez viene obligado a aplicar el Derecho procedente no invocado y a inaplicar el Derecho invocado pero improcedente.

2. La creación de una *doctrina legal o jurisprudencial* en base a los razonamientos o argumentos utilizados en cada Sentencia para justificar la aplicación de las normas en ella invocadas en función precisamente de los supuestos de hecho determinantes del conflicto y a través de cuyo complejo mecanismo lógico jurídico el Derecho en su conjunto viene a quedar situado por encima de su conexión con el concreto litigio debatido, trascendiéndolo de alguna manera. En este sentido la sentencia rara vez se agota y concluye en el contenido dispositivo de su fallo. Ello aproxima la jurisprudencia a la doctrina científica, operándose un intercambio de «papeles» que parece desmentir el principio según el cual *mientras el juez vive por y para la aplicación del Derecho haciendo de él un fin, la doctrina vive por y para el Derecho aplicable, haciendo de él un medio*.

3. Los *tipos de intereses en juego* en cada conflicto: si éstos afectan al Derecho mismo (conflictos entre normas) antes que a los derechos o intereses subyacentes en las mismas, el fallo tendrá mayor carga interpretativa y doctrinal que de mera composición de intereses personales enfrentados. Tal sucede con las cuestiones de competencia y en general con los contenciosos de anulación. En estos casos, la jurisprudencia estará más cerca de un potencial desarrollo normativo (*questio juris*) que de un efectivo esclarecimiento de los hechos (*questio facti*).

4. El grado de monopolio normativo reservado al Legislativo (*ley*) frente a la Comunidad (*Constitución; Principios Generales del Derecho; costumbres*) y la Administración (*Reglamentos*) tiende a disminuir no sólo en extensión sino también en preeminencia, lo que se traducirá necesariamente en un paralelo acrecimiento de los poderes judiciales

a la hora de evaluar, interpretar, adecuar y, en suma, completar e integrar todas y cada una de las referidas fuentes antes creadoras del Ordenamiento que creadas por él (*Judge made law*).

5. El grado de positivismo que impregne un sistema o su permeabilidad para admitir principios que trasciendan de la literalidad de los textos escritos. Allí donde los principios jurídicos ya lo sean de Derecho Natural, políticos, tradicionales, o simplemente científicos o técnicos (*mensura mensurans*) sean admitidos por la jurisprudencia para medir y modular desde ellos a la norma positiva misma y con ello al propio legislador (*mensura mensurata*); allí será muy difícil negarle a la jurisprudencia una función activa y no meramente pasiva o recepticia en la creación o, al menos, «recreación» del Derecho.

6. La creación de Tribunales únicos o de casación que monopolicen y unifiquen la interpretación de la Ley (doctrina legal) juntamente con el establecimiento de recursos extraordinarios en beneficio exclusivo de esa interpretación y no de los intereses individuales que desencadenaron el conflicto originario.

7. El grado de amplitud que se dé a la función de juzgar frente a las de legislar y administrar, según que le permita al juez dictar una nueva norma o acto en sustitución de los anulados, o le constriña, por el contrario, a no ir más allá de dicha anulación, reservando para la Administración la potestad de emanar las nuevas normas o actos que vengan a reemplazar a los anulados, aun a riesgo de que éstos reincidan en el mismo o parecido vicio legal (v. gr. redacción del precepto anulado; determinación de la sanción imponible, cuando quepa optar entre varias; liquidación judicial del impuesto erróneamente practicado, etc.).

8. La posibilidad legal de utilizar al juez para aclarar y definir situaciones de duda e incertidumbre en cuanto posible semillero de conflictos futuros; para forzar a la Administración a hacer lo que debiendo hacer no hace e incluso para sustituirla en supuestos de contumacia a actuar con daño para los intereses confiados a su celo y tutela. Esta *jurisdicción cautelar, precautoria o administradora*—que no *administrativa*—será más propia del sistema judicial anglosajón que del continental de origen francés, en donde el juez sólo actúa si se lo piden los legitimados para ello y siempre para resolver o «revisar» conflictos ya planteados previamente ante la Administración, nunca para suplir la inactividad material de ésta.

Llegamos así, tras las reflexiones precedentes, a una cuestión verdaderamente crucial cual es la de la interpretación judicial de la norma y sus supuestos límites legales. El Derecho no hace, ni puede hacer, de los jueces, so pena de confundir la *voluntas juris* con la *voluntas legis* meras bocas que pronuncian las palabras de la Ley y maquinalmente aplican a los supuestos clara e inequívocamente previstos en ella, sino que, admitiendo sus propias lagunas, imperfecciones e insuficiencias, les encomienda la función paralegislativa de subsanarlas, para lo que únicamente les indica las fuentes supletorias o complementarias a las que debe acudir para ello.

De esta manera, el juez, a través de la interpretación que hace de la norma escrita y, con mayor motivo, de los principios generales del Derecho, que descubre y aplica, de la doctrina legal, que fija y concreta, y de las costumbres y usos, que depura y arraiga, se convierte de hecho en una verdadera fuente del Derecho, siquiera sienta el pudor político de confesarlo o pretenderlo, presentándose a sí mismo como mero aplicador de un Derecho creado y surgido fuera de él o por encima de él y al que, respetuosa y asépticamente, nada viene a quitar ni poner por temor a «judicializarlo».

La sentencia se nos aparece así como el mismo Derecho siquiera simplificado sociológicamente al nivel de los casos concretos en los que la vida misma se manifiesta. Si el Derecho es para la vida, en expresión magnífica de JHERING, la «vivencia» de ese Derecho habrá que ir a buscar a la Jurisprudencia. En este sentido, el juez no debe ir a lucirse jurídicamente —misión más propia de la doctrina científica—, sino a que a través suyo sea el Derecho el que luzca y resplandezca en toda su justicia. Y adviértase bien que decimos el *Derecho* y no la *Ley*, pues ésta nunca podrá «encerrar» a aquél. Es por eso por lo que en toda sentencia convendrá distinguir cuidadosamente entre el Derecho que se «invoca» pero no se «aplica» y el Derecho que se aplica pero no se invoca.

Somos de la opinión de que si bien hay normas que no necesitan de la luz del juez para hacerse visibles, hay otras, sin embargo, que sin esa luz no podrían percibirse sino de modo muy vago y difuso. Aquí sí que podemos decir que la sentencia alumbró Derecho. La parte no escrita de la norma escrita —toda norma trasciende de alguna manera de sí misma— debe escribirla el juez, caso por caso, con la ayuda y colaboración de la doctrina científica. Y no hay duda de que *esta adición o plus valor normativo, aportado por la interpretación,*

*se adhiere inseparablemente al texto escrito, impidiendo que pueda hablarse en verdad de dos clases de Derecho: el uno de elaboración legislativa y el otro de elaboración jurisprudencial, sino de un único y mismo Derecho con sus zonas de máxima luz y de máxima sombra.*

Dicho esto podemos pasar ya a ofrecer el siguiente concepto de interpretación: *plus valor jurídico añadido al contenido impreciso o insuficiente de una norma o conjunto de normas por los órganos jurisdiccionales con el fin de eliminar las dudas y completar las deficiencias que su adecuado ajuste y correlación a la realidad objeto de su normación plantea.*

La fe en la «complitud» y en la unidad del Ordenamiento Jurídico sólo será posible en la medida en que el Derecho Positivo se auto-complete remitiéndose al Derecho Natural, y el legislador prevea y provea a sus inevitables deficiencias aceptando de antemano que el obligado a aplicar las leyes, lo está también para interpretarlas, cualquiera que sea el riesgo que de esta interpretación resulte para la originaria *voluntas legislatoris* en su choque inevitable con las nuevas normas o principios que, surgidos por efectos de cambio social, no se avengan a ser integrados en el primitivo bloque normativo sin antes expulsar de él a las viejas normas incompatibles con el *nuevo espíritu* emanado de las mismas, forzando con ello al intérprete —al juez— a convertirse en un reductor de contradicciones y por lo mismo en el supremo garante de la unidad del Ordenamiento, que es casi tanto como decir en un legislador más frente o al lado de los demás poderes normativos.

## 7. INTERPRETACIÓN JURÍDICA FRENTE A DESARROLLO REGLAMENTARIO:

### LA INTERPRETACIÓN COMO MONOPOLIO DEL JUEZ

Para que una norma que no nace completa o en condiciones de inmediata y casi automática aplicabilidad, adquiera tal condición, habrá que *añadirle lo que le falta*, consideración que nos lleva a hacernos dos preguntas: *a)* ¿quién deberá ponerle a la norma lo que a la norma le falta?; y *b)* ¿en base a qué criterios se determinará ese plus valor insertable en la norma interpretada?

La interpretación jurídicamente válida de una norma debe corresponder a quien tenga atribuida la competencia para revisar en última instancia la aplicación hecha de esa norma por los afectados por ella.



Es decir, *la interpretación debe ser el monopolio jurídico de un Tribunal único y supremo*. Si así no fuera, surgirían tantas interpretaciones como órganos o personas se ocupan de comentar, cumplir, aplicar o desarrollar una norma, con lo que la interpretación, lejos de servir para eliminar incertidumbres contribuiría formidablemente a fomentarlas. Aquí convendrá, pues, hablar de *opiniones*, reservando el término interpretación para la jurisprudencial emanada de los órganos de casación.

De acuerdo con tales premisas, quedan excluidos de la función interpretativa los órganos que emanan la norma misma en el ejercicio de su potestad normativa creadora. La llamada «interpretación auténtica» contenida en las exposiciones de motivos de las leyes y demás antecedentes legislativos (discusiones parlamentarias, etc.), no constituyen el producto de una función interpretativa sino la simple existencia o constatación de *materiales interpretables más que interpretantes*, exactamente a como lo son las normas mismas, y con mayor motivo.

Otra cosa equivaldría a confundir la interpretación como función jurídica propia del juez, con los materiales jurídicos interpretados y los criterios lógicos de interpretación. La cuestión no es ni mucho menos baladí, pues que de ella se va a obtener esta primera conclusión: *cuando el órgano que emanó una norma disienta de la interpretación judicial que se le da, no le será lícito salir al paso de ella emanando directrices interpretativas, sino que tendrá que derogarla total o parcialmente y emanar una norma nueva, la cual no podrá, por ello, surtir efectos «ex tunc» sino «ex nunc»*. Otra cosa equivaldría a hacer de la función normativa y de los órganos que la ejercen, superiores jerárquicos de los jueces, lo que resulta incompatible con las garantías constitucionales reconocidas a los mismos en todo Estado de Derecho.

Por la misma razón, tampoco el Legislativo, y *a fortiori*, el Ejecutivo, podrán actuar frente al Judicial a través de declaraciones aclaratorias con pretendido valor de Ley o Decreto y efectos *ex tunc*, pues ello les convertiría en órganos de aplicación, desarrollo e interpretación de su propio Derecho, con virtual anulación de la función jurisdiccional y menoscabo del principio constitucional de separación de poderes.

El caso del poder Ejecutivo, sin embargo, es un caso singular en razón de su doble función frente a la comunidad y de su estructuración jerárquica interna, lo que le permite, de una parte, y ante los admi-

nistrados, actuar como poder normativo o reglamentario y no sólo aplicativo del Derecho ya creado por el Legislativo, y, de otra, ante sus propios órganos internos, someter los inferiores a los superiores, obligándoles a aplicar e interpretar las normas de acuerdo con las directrices e instrucciones que se les cursen, incluso aunque contradigan, no manifiestamente, por supuesto, otras de rango superior y, con mayor motivo, la interpretación jurisprudencial recaída sobre ellas.

En cuanto poder normativo, la Administración puede actuar de dos maneras: completando o desarrollando las leyes en los casos en que éstas se lo encomienden o su obligada aplicación lo imponga (Reglamentos ejecutivos), o bien creando por sí misma tales normas en los casos en que no exista ley previa de apoderamiento o habilitación, pero sí necesidad o interés público que remediar (*ubi necessitas, ibi potestas*), e incluso, y con mayor motivo, en los supuestos en que esa ley no pueda constitucionalmente existir por ser materia reservada a la competencia normativa de la Administración (Reglamentos autónomos).

Pues bien, en el primer supuesto, la potestad administrativa para reglamentar la ley excluye a la potestad judicial para interpretarla en todas aquellas opciones o alternativas inicialmente lícitas y posibles. La razón es obvia: *es la propia ley la que, conscientemente, deja zonas en blanco o con múltiples opciones igualmente lícitas entre las que elegir, con el expreso deseo de que, de entre las mismas únicamente adquiera validez la que elija o seleccione la Administración, dada su inmediata proximidad a la materia regulada, que le hace especialmente apta para asumir tal función con la adecuada perspectiva de generalidad y acierto.*

Esto podría motivar, sin embargo, el *bloqueo práctico* de la aplicación de una ley vigente por la mera pasividad de la Administración en desarrollarla, con el consiguiente perjuicio para los interesados en esa aplicación, quienes podrían instar ésta del juez, defendiendo ante él la procedencia de la opción que más les favoreciese en la resolución del conflicto del que son parte.

Ante semejante situación, el juez podría, o bien imponer, por vía interpretativa y con carácter provisional, la solución que le pareciese más acorde con la finalidad de la ley, con lo que vendría a subrogarse, incidentalmente, en la posición reglamentaria de la Administración, o bien limitarse a ordenar a ésta que, en acatamiento del

mandato legal, desarrolle dicha ley, cuya real efectividad quedaría así en suspenso mientras tanto.

Esta última tendría que ser, evidentemente, la solución cuando las lagunas o zonas en blanco fuesen tan amplias y numerosas que sólo por vía de desarrollo reglamentario, y nunca por vía interpretativa, se pudieran colmar. El ejemplo típico nos los proporcionan las Leyes de Bases que, por ello mismo, van dirigidas a la Administración—no a los ciudadanos ni a los jueces—y sólo a ella vinculan a su desarrollo—que no a su aplicación—.

Queda, pues, claro que la interpretación arranca de la norma interpretada, y que en esa norma se hallará, ya de alguna manera precontenida la solución interpretativa a que se llegue. No se podrá invocar ante el juez una infracción jurídica sin citar la norma infringida, ni fundamentar, caso de ser ésta equívoca, la interpretación obtenida de la misma y refrendada, en su caso, por la Jurisprudencia.

Lo expuesto no querrá decir, sin embargo, que toda ley que deba ser reglamentada deba, por lo mismo, quedar excluida de interpretación. Ello sería ignorar, de antemano, algo tan fundamental como la posibilidad de que el Reglamento, e incluso los propios textos articulados, puedan vulnerar aspectos, limitaciones o principios contenidos en la propia ley reglamentada o articulada y respecto de los cuales la discrecionalidad administrativa no opera, ni existe, por consiguiente, reenvío en blanco a la voluntad de la Administración.

Es perfectamente posible que la voluntad del legislador aparezca dudosa *en cuanto a lo que «dice»* sobre una determinada cuestión, pero no en cuanto a que *está queriendo «decidir» por sí misma*—y no a través de la Administración—esa cuestión, siquiera lo haga sin la debida y suficiente claridad. En tal supuesto, la voluntad reglamentaria de la Administración no podrá primar sobre la interpretación judicial de la ley, pues ello equivaldría a convertir la delegación de ésta en favor del ejecutivo en el siguiente absurdo habilitamiento competencial: *«hagas lo que hagas, quiero lo que quieras»*. La delegación se convertiría entonces en *dejación*.

De esta manera, habrá que distinguir en toda norma, digna de tal nombre, *qué aspectos regula o quiere regular, aunque lo haga defectuosamente o sin la suficiente claridad, y qué aspectos deja, queriéndolo o sin querer, sin normar o decidir*. En el primer supuesto, la aplicación de esa norma tendrá que hacerse siempre por vía interpretativa, de tal manera que si la Administración dicta normas o instruc-

ciones interpretativas o aclaratorias, estas normas o instrucciones tendrán que someterse o plegarse a lo que, en definitiva, acepten o rechacen los tribunales, en cuanto les compete en exclusiva velar por la correcta aplicación e interpretación del Derecho, una vez que éste «sale» de la *voluntas* del legislador para convertirse en «norma objetiva».

El esquema expuesto va a probar tres cosas:

1.<sup>a</sup> Que el juez asume competencialmente y en exclusiva la función de interpretar la Ley, el Reglamento, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho, emanados, respectivamente, por el legislador, el Gobierno, los grupos sociales y la conciencia jurídica de la Comunidad, *pero, en modo alguno, la de crearlos*. Ello se percibe muy claro en el caso de la Ley y el Reglamento, dada su correlación, casi física, con los órganos legislativo y ejecutivo que emanan una y otro, pero se hace menos nítida en el caso de la costumbre y de los Principios Generales del Derecho, pues las fuerzas sociales que los alumbran son algo impalpable o difuso, al no tener un procedimiento de elaboración ni una constancia escrita, y de ahí que resulte muy difícil precisar si realmente el juez se limita a *descubrir* tales normas o a *crearlas*, convirtiéndose, por esta vía, en fuente jurídica encubierta o indirecta.

¿Cómo saber si el juez, ante un caso dado, reconoce este principio o lo impone; si lo admite, debiendo rechazarlo, o lo rechaza, debiendo admitirlo? Siempre se correrá el riesgo de que el intérprete crea descubrir *fuera de él* (objetividad) lo que lleva *dentro de él* (subjetividad; ideales, prejuicios), por ese juego sutil entre lo objetivo y lo subjetivo que es consustancial a todas las Ciencias del Espíritu, incluida, por supuesto, el Derecho. De juristas y locos—dice el proverbio— todos tenemos un poco. Y la mezcla no puede resultar más explosiva.

2.<sup>a</sup> Que la interpretación se mueve siempre dentro de un campo de normas *procedentes de una misma fuente* y sólo cuando la interpretación de esas normas se muestre incapaz de proporcionar una solución al problema jurídico que se debata, aparecerá la evidencia de una laguna, para colmar la cual habrá que abandonar ya ese campo normativo para pasar al campo que, subordinado a él, cree la fuente siguiente; ante la laguna de una Ley Administrativa, irremontable por vía interpretativa, el juez tendrá que pasar a la fuente siguiente,

sin que esté habilitado para crear esa norma por él mismo y si únicamente para descubrirla y aplicarla.

Esto es muy importante por cuanto puede originar una *guerra jurídica entre las diversas fuentes o fuerzas sociales que están tras ellas*. Así, allí donde el legislador desconfie o recele de las demás fuentes y se apegue a un positivismo a ultranza, allí la interpretación analógica deberá *impedir o frenar el paso a la fuente siguiente, eliminando de esta manera a los poderes sociales que pudieran debilitar a los poderes políticos que emanaron la norma interpretada* (soberanía del Parlamento).

Allí donde exista un *problema* jurídico tendrá que haber también necesariamente una *solución* jurídica y las fuentes tienden a rellenar todo el campo social susceptible de producir efectos jurídicos. El *positivismo jurídico*, al negar, por principio, el recurso al Derecho natural e incluso a la costumbre (*quod non est in Codice non est in mundo*) se ve forzado a rechazar coherentemente la existencia de lagunas irresolubles, acogiéndose a este dogma tan necesitado de fe positivista como imposibilitado de verificación experimental: el Derecho positivo crece ilimitadamente a expensas de sí mismo, de tal manera que ningún problema jurídico podrá quedar sin su correlativa solución jurídica (*analogia juris*).

3. La interpretación judicial *se beneficia del mismo rango jurídico que tenga la norma interpretada*. Y así, si en base a la Constitución un Tribunal deja de aplicar una Ley ordinaria, tal interpretación constituirá para el poder legislativo un *límite irremovible* y no un *control desmontable* con sólo dictar una nueva Ley que disponga lo contrario. El juez, apoyándose sobre la Constitución, se autosustra a su subordinación jurídica al poder legislativo, erigiéndose en superior de éste, al que viene a vincular por la vía de su interpretación constitucional. Otro tanto cabe decir respecto de la superioridad del juez con relación al Gobierno cuando anula un Reglamento basándose en la superioridad de la Ley infringida por aquél. Aquí el Gobierno, si quiere saltar por encima de los jueces, tendrá que acudir al legislativo en demanda de que dicte una nueva Ley que modifique a aquella en que se ampara la interpretación judicial.

De esta manera, y al beneficiarse la interpretación judicial del mismo rango de la norma interpretada, lo que no ocurre en el caso de la norma desarrollada o reglamentada, el juez, apoyándose interpretativamente en la constitución, podrá llegar a prevalecer sobre el

propio poder legislativo ordinario; apoyándose sobre la Ley, a bloquear al poder reglamentario del Gobierno; apoyándose sobre el Reglamento, a anular la potestad reglamentaria de los Ministros; lo que obligaría, consecuentemente, a éstos a tener que acudir al Gobierno; al Gobierno a tener que acudir al Parlamento y al Parlamento a tener que acudir al Pueblo Soberano (referéndum) para desmontar o desbloquear los efectos jurídicos paralizantes derivados de aquella interpretación judicial;

En conclusión: *que sólo el autor o la fuerza social que creó la norma que el Tribunal aplica o interpreta, podrá desmontar dicha interpretación, dictando una nueva norma, pero nunca la fuerza social o fuente subordinada que sufre las consecuencias jurídicas derivadas de tal interpretación jurisprudencial.* De esta manera, y por efecto de la correlación entre los principios de jerarquía de normas y de jerarquía de los órganos que las emanan, cuya imbricación hace del Derecho y su organización agente una unidad inescindible, el juez puede pasar a convertirse en superior ocasional del Legislativo y del Ejecutivo, sin otra supeditación permanente que la debida al poder constituyente.

8. LA CONSTITUCIÓN COMO SOPORTE ÚLTIMO DE TODO PODER: ¿EN FAVOR DE QUIÉN DEBE ACRECER SU INTERPRETACIÓN?

Mas, llegados a este punto, procede preguntar: ¿con arreglo a qué criterios y desde qué valores se interpretará? ¿Hasta dónde podrá llegar «demasiado lejos» esa interpretación? ¿Hasta qué punto le permitirá la interpretación al Juez, de acuerdo con lo más arriba expuesto, convertirse en árbitro inapelable de la norma que interpreta y, por ello, en órgano de nivel jurídico igual al que la emanó pero superior al que habrá de desarrollarla? Si se admite que el juez es la suprema garantía para los derechos y libertades de los ciudadanos ¿lo será también para el político que hace la norma de que esta norma será interpretada según los valores y con arreglo a las motivaciones que la inspiraron? Llegado el momento de perder ¿sabrá perder el político o tratará de emplear su poder normativo directo o de propuesta frente al juez que lo bloquee u obstaculice parapetado tras otras normas de rango superior, generalmente, de rango constitucional?

La Ley —téngase ésto muy presente— la hace o propone el político y entiende, por ello, consecuentemente, que las deficiencias o lagunas

que de ese Derecho resulten, deberán jugar siempre a su favor, a modo de ámbito discrecional, y nunca en favor del juez. De ahí que el Legislativo, el Gobierno y la Administración se resistan a aceptar que, en caso de duda, la interpretación de los Tribunales deba prevalecer sobre la suya. *In dubio pro legislatore*. He aquí la regla que, entienden, habría de ser aplicada en tales casos. Y esto, no tanto como criterio jurídico, cuanto como criterio de prudencia. La jurisprudencia —repi-támoslo— es la aplicación del Derecho templada por la prudencia, e igualmente peligroso sería, en la pugna entre políticos y jueces, que éstos sacrificaran la prudencia al Derecho como aquéllos el Derecho a la prudencia.

El Derecho constitucional, a diferencia de las demás ramas jurídicas, se comporta más como un *Derecho de límites* que como un *Derecho de contenidos*, lo que le hace, frente a aquélla enormemente flexible y moldeable. Parece, sentado esto, que *los límites deberían ser aplicados por el juez y los contenidos explicitados por el político legislador*. En la medida en que el juez se adentre en la fiscalización de los contenidos, podrá ocurrir que lo haga desde valores coincidentes con los del político o desde valores antagónicos, ya por defecto (consecvadorismo), ya por exceso (progresismo), con lo que el conflicto se hará inevitable. Así, cuando un juez entiende, por ejemplo, que el contenido de una Constitución está informado según una ideología dada, esta ideología, transmutará aquel contenido como la luz de color transmuta los objetos sobre los que incide y, en tal sentido, se corre el riesgo cierto de que empiecen a funcionar jurídicamente como límites o frenos declaraciones constitucionales que no tengan valor de tales.

El dilema del político podemos enunciarlo entonces así: *que para hacer su política necesita del Derecho, pero el Derecho, en un Estado de Derecho, no puede ser un mero instrumento en manos del político, que puede verse convertido así en el domador domado*. Ciertamente, «Derecho obliga». En todo caso, parece evidente que la ideología que a un determinado Derecho se le incorpore desde el manantial de su constitución, tienda a perdurar convirtiéndose, si se nos permite la expresión, en una *política jurídicamente envasada*. La norma, singularmente la Constitución, deviene así, *el receptáculo jurídico donde una determinada política o ideología se objetiviza y «conserva», tendiendo a perdurar más allá de la voluntad que la generó en función de unos valores o circunstancias históricas concretas verosimilmente superadas*.

En la medida en que el juez se arriesgue a tomar a su cargo la defensa de la Constitución, y lo haga desde su contenido político y no desde los simples límites formales impuestos a los poderes estatales, en esa misma medida, se convertirá en un órgano llamado no a hacer política, sino a no dejarla hacer. En efecto, *el juez no hace la política, pues ésta ya viene hecha en la Constitución, ni la deja hacer, pues el político siempre vendrá limitado por el techo de esa Constitución, según el juez se lo quiera subir o bajar, de acuerdo con la interpretación que haga de ella.* La famosa pugna entre el presidente ROOSEVELT y los *nine old men* del Tribunal Supremo a propósito de su *New Deal* fue paradigmática a este respecto.

El juez, pues, operará también con *valores determinantes* y no sólo con *reglas predeterminadas*. Téngase en cuenta que la parte más decisiva en la aplicación del Derecho viene dada por la concreción, caso por caso, de los denominados «conceptos jurídicos indeterminados», cuya proyección sobre la vida entera del Derecho en su dimensión práctica es fundamental. Y estos conceptos jurídicos indeterminados, si para el político y el legislador son *inaprensibles*, y casi diríamos que deletéreos, por su abstracción y generalidad, para el juez que aplica el Derecho son resortes, palancas y escudos tras los que el Derecho mismo viene a quedar en sus manos, en cuanto a su encarnación o realización social, pues, conviene no olvidarlo, *no es sólo el Derecho el que se mide desde la realidad sino también la realidad la que queda medida y valorada desde el Derecho.*

Las nociones de «bien común»; «orden público»; «interés público»; «actos políticos», etc., son típicas nociones en blanco mediante las que el político-legislador parece poner auténticos *comodines* en manos del político-gobernante o administrador para permitirle hacer su juego como tenga por más conveniente, pero a los que, a su vez, el juez podrá luego, por virtud de su función fiscalizadora, convertir en *cartas descubiertas*, con un valor definido y constante que vaya limitando a aquéllos las posibilidades, inicialmente ilimitables, de su empleo y utilización frente a situaciones concretas dispares.

Toda esta conversión la opera el juez, repitémoslo, a través de la interpretación de las normas en su choque y encarnación con los hechos o situaciones que provocaron, primero, su creación y, después, su aplicación. De ahí el temor del político hacia este poder que el juez recibe de sí mismo por la vía de su función interpretadora. Con razón ha podido decirse, invirtiendo o subvirtiendo, según se mire,



el contenido político de nuestra antigua y popular sentencia, que *allá van Leyes do quieren intérpretes*. De aquí al llamado «Gobierno de los Jueces», patrón bajo el que se ha caracterizado al sistema norteamericano desde el famoso pronunciamiento constitucional del gran juez John MARSHALL, sólo hay un paso que dar y sólo un medio para darlo: *la propia audacia del juez en la medida en que se sienta empujado y arropado por la opinión pública*.

Por las razones expuestas, se explica, y hasta diríamos que, en cierto modo, se justifica, el que en muchos países y entre ellos el nuestro, los jueces sean excluidos de aplicar la Constitución, marcándoseles el techo de la Ley ordinaria como garantía de que no intentarán levantarse por encima del legislador o en contra de él. Por aquí asoma nítida la posición de desconfianza del legislador hacia el juez y su propósito, mal disimulado, de someterlo incondicionalmente a él, colocando fuera de su alcance la escalera ascendente no sólo de la Constitución, sino también, y además, de la Ley ordinaria.

En los regímenes de ascendencia francesa, el dogma político de la separación de poderes se ha esgrimido siempre como arma para frenar al juez, nunca para catapultarlo por encima, o al menos, hasta el mismo nivel de los demás poderes. Y así, se ha hecho posible que una simple Orden, Decreto, y no digamos una Ley, vengan a echar por tierra, de repente, y estrepitosamente, repertorios enteros de Jurisprudencia.

Si el juez arranca del Derecho para politizarse frente al político, la contrarreacción del político es arrancar, a su vez, de ese mismo Derecho, para despolitizar al juez, arrinconándolo en el campo de los Derechos Civil, Penal y, a lo sumo, Administrativo, pero expulsándolo, sin contemplaciones, del Derecho Político o Constitucional. Para ello no vacilará en crear frente al *juez-juez* o juez político, que sería ese mismo juez ordinario, sólo que aplicando el Derecho Constitucional, el político-juez, e incluso, el *politico-politico*, que lo sería el propio legislador o gobernante aplicando, interpretando y fiscalizando el Derecho Constitucional. Enjuiciando tales jurisdicciones retenidas, tras de las que se camufla toscamente la impunidad de todos los «autocontroles», bien podríamos decir parodiando una célebre frase, que constituyen el hipócrita homenaje que al Derecho rinde la Política.

Arduo problema, sobre el que acaso convenga seguir insistiendo, es el del carácter burocrático o no representativo de los jueces profe-

sionalizados y su consiguiente distanciamiento del Pueblo en el caso de que apliquen un Derecho desactualizado y desde una interpretación no evolutiva, sino regresiva o conservadora. Se plantea aquí una eventual contraposición entre los conceptos de Estado de Derecho y Estado democrático. Si el primero apunta hacia el juez, en cuanto garantía de la legalidad establecida, el segundo lo hace hacia el político que es quien lo establece, amparado en su representatividad.

A este respecto debe tenerse en cuenta que el Estado de Derecho supone la participación necesaria del Pueblo en la fase de *elaboración* o *aprobación* del Derecho, pero no así en la de su *aplicación* o *interpretación*. Si el Derecho es elaborado democráticamente, nada más democrático que velar jurídicamente por la más rigurosa y exacta aplicación de ese Derecho, y esto no es concebible si se prescinde de los jueces técnicamente profesionalizados. Esta nota podría servir para diferenciar a los jueces profesionales o, si se prefiere, a la burocracia judicial, de la burocracia administrativa: *en que ésta no sólo interviene en la aplicación del Derecho, sino también, y además, en su elaboración y desarrollo a través de los correspondientes proyectos de ley y normas reglamentarias.*

Si se puede hablar de una tecnocracia como peligrosa para la libertad, es precisamente porque sus poderes de iniciativa y bloqueo y no sólo de aplicación y ejecución, le permiten actuar antes de la ley, durante la ley y después de la ley. No es éste el caso del juez, que actúa siempre *a posteriori*, sin iniciativa ni mentalidad de gobernante o administrador, y de ahí que *el juez sea lo que el Derecho es*, por donde si éste es la expresión de la voluntad general, ningún órgano acabará siendo más verdaderamente popular, ni por ello más democrático que el juez, pese a su carácter no electivo.

Cabe que el tecnócrata suplante al gobernante o le condicione, pero no que el juez suplante al legislador, salvo que el mismo Derecho impere esta suplantación. Otra cosa equivaldría a involucrar la modificación del Derecho con la reforma de la judicatura. Para que la burocracia administrativa pudiera alcanzar el nivel de independencia y separación frente a los poderes políticos y sociales que es consustancial al juez, haría falta aplicarles el mismo Estatuto jurídico, lo que supondría quebrar el principio de jerarquía, amenazando con ello de desintegración a la organización administrativa misma. Pero quien debe soportar una influencia, es precisamente quien más posibilidades tendrá para influir, de rebote, en quien lo influya.

En cualquier caso, importa dejar sentada esta consideración como esencial al Estado de Derecho: *para que los poderes políticos o sociales puedan ponerse a cubierto de la acción fiscalizadora del juez, será necesario que las limitaciones al poder judicial se consignent de modo expreso—y no inducido—en la Constitución misma—y no en una Ley o norma de rango inferior.*

Nos venimos moviendo así en un círculo aparentemente vicioso: *si el juez no acierta a sintonizar con el Pueblo desde el espíritu operante en la Constitución y a arriesgarse en su defensa frente a los otros poderes, no adquirirá prestigio ante el Pueblo, y si no adquiere este prestigio, ni merecerá ni obtendrá su apoyo.* Luego existe una relación directa entre el prestigio social del juez y su actitud jurídica ofensiva frente a los poderes políticos, o, si se prefiere, y a la inversa, entre su eventual aislamiento social y su impotencia jurídica a la hora de oponer frente a la interpretación política del Derecho una interpretación jurídica de la política. Dígalo, si no, el mítico y ya casi legendario prestigio alcanzado por esos dos grandes jueces que fueron el inglés Lord COKE y el estadounidense John MARSHALL.

Si el pueblo quiere que los jueces sean libres e independientes, y así lo proclama en la Constitución, es justamente con el designio de que, llegado el momento, ejerzan, cualesquiera que sean los riesgos, esa libertad e independencia y no dimitan de ella. Los jueces son—no lo olvidemos—el Ejército de la Paz. De esta manera, *el Pueblo necesita apoyarse en el juez, en la misma medida en que el juez necesita apoyarse en el Pueblo, y nada medirá, por tanto, la incapacidad de un Pueblo para la democracia como el triunfo de las tendencias que propugnan el acantonamiento de los jueces a los ámbitos jusprivatista y penal.* En pocas cosas como en ésta llevará un Pueblo, en su pecado, su penitencia.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES

Finalmente, y completando las ideas hasta aquí esbozadas, dícese de un juez o Tribunal que son *orgánica y funcionalmente libres e independientes, cuando gozan de un «status» jurídico que les sitúa en una posición de inmunidad objetiva total frente a cualesquiera presiones, dictados o intereses que no sean los propios de las normas que deben aplicar e interpretar, como las voces del Derecho que son.*

Hablamos de una inmunidad *objetiva o externa*, y acaso deberíamos completarla con otra *subjetiva o interna*, tendente a prohibir a los jueces, cómo, en cierto modo, les está prohibido a las fuerzas armadas una militancia política activa. Esta es una de las grandes objeciones que cabe oponer a la libre designación de los jueces por el Ejecutivo, aun en el supuesto de que dicha designación deba recaer en funcionarios pertenecientes a la carrera judicial: que los políticos en el poder se sentirán tentados a llenar las Plantillas del más Alto Tribunal, así como de cualesquiera jurisdicciones especiales, de magistrados conocidamente adictos a su línea política, a fin de prevenir posibles obstaculizaciones jurídicas por parte de los mismos.

Para que una eventual Revolución no sienta la necesidad de depurar a la magistratura, es necesario que antes, ésta, a través de su profesionalismo y autogobierno, haya quedado substraída a la política activa, o que su implicación en ella no haya ido más allá de la que iría, en un país democrático, cualquier estamento o Corporación legítimamente interesado por la cosa pública y el bien común. *Quien a política mata, a política muere, y esto, llevado a los jueces puede ser fatal, para ellos y para el Estado de Derecho, del que son pieza clave.*

Habrá veces, sin embargo, que el hecho de haber desempeñado cargos en la Política activa, y siempre que lo haya sido de signo arbitral o moderador, pueda y deba ser positivamente valorado para devenir juez constitucional. De otra manera, el enorme componente discrecional o valorativo que va unido al Derecho Constitucional y de que son ejemplos todos los contenciosos políticos, haría difícilmente viable su fiscalización, sin la combinación adecuada y precisa de esa dosis de «juris» y de «prudencia» a que más arriba aludíamos, y que sólo puede adquirirse, de veras, a través del desempeño de cargos arbitrales en el resbaladizo terreno de las luchas y los conflictos político-sociales.

En todo caso —y con ello terminamos estas reflexiones apasionadas, tal vez por apasionantes, en exaltación de la función judicial— siempre será más acorde con los postulados del Estado de Derecho, como certamente se ha dicho, un «gobierno de los jueces» que no una «justicia de los políticos». Tan temible y tan grave es un «Derecho sin poder» (*jurisdictio sine imperio*) como un «poder sin Derecho» (inmunidades del Poder).

# JURISPRUDENCIA

