

Juan-Ramón Capella

## Un poder judicial tutelado

El actual régimen constitucional cuenta con un poder judicial honesto; pero ¿es verdaderamente independiente?

La cuestión no es baladí, puesto que el Poder Judicial es un garante público de los deberes de todos, incluidas las instituciones, respecto de los ciudadanos (hablo de deberes, y no de derechos de los ciudadanos, porque sin aquéllos éstos son papel mojado, como se ha tratado de argumentar en *El libro de los deberes*, editado por el profesor Estévez Araujo y Trotta editorial).

Desde mi punto de vista, no se ha visto que gobierno alguno de este primer régimen constitucional desde la guerra civil haya tenido el menor interés en que exista un verdadero poder judicial independiente; ha preferido una independencia, digamos, relativa, incompleta: decididamente inacabada.

Es preciso explicar por qué. Y la explicación incluye varios factores. El más destacable fue la perplejidad del constituyente de 1978 ante la magistratura heredada. Tenía ante sí un cuerpo de magistrados complejo: parte importante de él había surgido de las «oposiciones patrióticas» del franquismo de los años cuarenta. Los funcionarios anteriores habían sido *depurados* muy duramente por el régimen. En el ámbito del derecho penal la magistratura había sido muy dúctil a los diseños del franquismo.

De modo que los poderes constitucionales optaron por anticipar la jubilación de los magistrados, para librarse de los más antiguos, y someter a tutela al poder judicial. Una tutela en realidad innecesaria para el sistema constitucional, pues en los cuerpos judicial y fiscal también habían brotado con fuerza el antifranquismo y las aspiraciones a la democracia. En seguida se advirtió, con excepciones que fueron objeto de medidas disciplinarias, la aceptación por jueces y fiscales del régimen de libertades. Es más: muchos operadores del poder judicial apoyaron en los años ochenta a los objetores insumisos al servicio militar, minimizando la represión que pretendió ejercer sobre ellos el gobierno del Psoe (el movimiento pacifista de objetores de conciencia, hoy olvidado, fue una gran aportación, masiva y de gran calidad moral, a la democracia en España).

Sin embargo el resultado de aquella «solución» de los años setenta es que todavía hoy *no existe en España un Poder Judicial independiente de los otros poderes del Estado, sino un poder judicial tutelado y disminuido*, situación que explica las dificultades de este poder para reprimir la rampante corrupción que afecta principalmente, todo hay que decirlo, a los poderes tutelantes. *No hay un poder judicial independiente del poder ejecutivo y del poder legislativo.*

Esa falta de independencia, esa tutela, se manifiesta claramente de varias maneras:

En primer lugar, *en la dependencia del gobierno de la Fiscalía General del Estado*. El carácter político y no judicial de esta Fiscalía se pone de manifiesto en los cambios también políticos en las jefaturas de las fiscalías de las audiencias cada vez que hay una mutación de gobierno significativa. La Fiscalía y los fiscales jefes pueden emitir órdenes, generalmente verbales y no motivadas, a las que los fiscales que de ellos dependen pueden oponer reparos pero también por

eso resultar mal vistos por la superioridad, que tiene siempre la última palabra. Las órdenes pueden referirse al modo de enfocar los procedimientos, pero también, por supuesto, órdenes de actuar y sobre todo *órdenes de no actuar*. Los criterios de actuación punitiva pública tienden a quedar así politizados y mediatizada la consciencia moral de los fiscales en los casos de mayor relevancia para los ciudadanos.

*Un poder judicial independiente debería integrar en su seno al ministerio fiscal, separándolo por completo del poder ejecutivo.* El público debe saber que los fiscales son magistrados como los demás, que han superado las mismas pruebas de selección que los jueces, y que por tanto están plenamente capacitados profesionalmente para ser integrados en un poder judicial independiente del poder ejecutivo del Estado.

El gobierno del poder judicial radica en España en el Consejo General del Poder Judicial. Con él se establece la *dependencia del poder legislativo —y en particular de los partidos mayoritarios— del Poder Judicial*.

Es escandaloso que, a las claras, los partidos mayoritarios —formalmente, el parlamento— disputen los puestos de poder en el CGPJ. Esa disputa muestra tanto la importancia que atribuyen al Consejo General, en cuyas decisiones pretenden influir, como *la dependencia del poder legislativo* de un poder del Estado que tendría que ser *también* independiente de ese poder legislativo. El CGPJ actual es un órgano claramente politizado. (Y lo será todavía más si llegan a materializarse las propuestas al respecto del ministro Ruiz Gallardón.)

También es escandalosa, dicho sea entre paréntesis, la complacencia de la prensa, que no denuncia esta situación; más bien parece que está encantada de tener algo que contar acerca de las disputas de los partidos políticos al respecto.

La tutela del Poder Judicial por los demás poderes del Estado se manifiesta igualmente en la *inexistencia de una auténtica policía judicial*, dependiente orgánica y no sólo funcionalmente de los magistrados. Los gobiernos hacen uso de la dependencia orgánica de la policía y otros instrumentos de los jueces para interferir en los procesos. Y lo hacen a veces con el mayor descaro y de forma escandalosa; así, hemos visto la sustitución por el gobierno del equipo policial que auxiliaba al magistrado instructor del caso Noos, o la del grupo de funcionarios de Hacienda en la instrucción judicial del caso Gürtel.

Un Poder Judicial independiente debe contar con una policía judicial y organismos auxiliares dependientes funcional y orgánicamente de él, y también con el auxilio funcional de todos los cuerpos administrativos del Estado siempre que lo necesite. La urgente revisión democrática y soberana de la Constitución —soberana, por recurso a la ciudadanía: esto es, contrapuesta a los cambios *pactados por arriba* en el excluyente *do ut des* de las fuerzas políticas— debe establecer claramente este punto.

Por otra parte la dependencia de los gobiernos de la administración de justicia en España la pone de manifiesto su escasez de medios, la cicatería que los sucesivos gobiernos han opuesto al buen funcionamiento del poder judicial. Basta comparar una oficina judicial cualquiera con una notaría, o incluso con una procuraduría de los tribunales, para comprender la infradotación de medios del Poder Judicial.

## Conciliar independencia judicial con democracia

El poder judicial debe ser independiente tanto del ejecutivo como del legislativo —de otro modo depende de la partitocracia—. Y la policía judicial y demás medios de investigación no deben guardar con el poder judicial sólo una dependencia funcional, pues la dependencia orgánica del ejecutivo es causa de interferencias.

La falta de democracia de la justicia no la disimula el artificio de los juicios con jurado, carentes de tradición en nuestro país, y menos cuando la prensa realiza juicios paralelos que dan lugar a falsas expectativas (recuérdese el caso Wanninkhof, con condena unánime de persona inocente). La experiencia de magistrados, fiscales y demás operadores jurídicos es mejor contención de la influencia de la prensa ansiosa de noticias que unas personas sin experiencia de las situaciones judiciales.

*¿Es posible articular un poder judicial de magistrados profesionales con el principio democrático?*

*Es obviamente posible si para los órganos de gobierno de la magistratura se recurre a la ciudadanía, a la soberanía popular. Por ejemplo, indirectamente, mediante la elección de compromisarios —cincuenta, por ejemplo— encargados de dirimir la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. O incluso por elección directa entre los candidatos por el soberano popular. (Se celebran comicios para asuntos menos importantes, como la diputación al parlamento europeo, ente aún casi decorativo.)*

Por supuesto, un poder judicial independiente debe incluir a la fiscalía y una policía judicial, como ya defendió P. Calamandrei para la constitución italiana. La diferencia entre jueces y fiscales sólo ha de ser funcional, siendo ambos magistrados.

Por último, un poder judicial independiente debería *governarse por consenso* y no mediante la formación de mayorías.

Hay sistemas electorales y de decisión que evitan la formación de mayorías y minorías; aunque el ejemplo parlamentario los haya eclipsado, tienen tradición y peso históricos:

Una técnica electoral es el doble voto —bola blanca y bola negra, voto y veto— usada en los monasterios medievales para la decisiva cuestión de la elección del abad, que podía dividir a la comunidad de los monjes o entregar su gobierno a personas no deseadas por grupos amplios de ellos. El sistema del doble voto para cada elector conduce a la elección de las personas que obtienen el mayor consenso de todos.

Otra técnica electoral son las votaciones eliminatorias sucesivas de candidatos —combinada o no con la primera—, que tampoco crea contraposición entre vencedores y vencidos, sino maduración de la decisión y consenso.

Como señalaba Antonio Gramsci, hay problemas que no se resuelven por la formación de mayorías, sino por la maduración de las decisiones.

Recurrir a la soberanía popular, a la intervención de los ciudadanos —sin eliminar del proceso electoral las manifestaciones de preferencias de los partidos políticos, pero tampoco las de los

sindicatos, organizaciones no gubernamentales y asociaciones de ciudadanos— permitiría erigir un Poder Judicial independiente y democrático a la vez: justamente lo que necesitamos.

¿Se resolverían automáticamente los problemas de la Justicia con *un* poder judicial independiente? Obviamente no. Pero éste puede mejorar el *habitus* de quienes tienen a su cargo administrar justicia.

La independencia facilita algo muy importante en los funcionarios: *el valor*. Pues se necesita valentía para no temer la influencia porosa, osmótica, a veces, y otras expresa y potente, prepotente, de otros poderes del estado y de poderes económicos y mediáticos. La independencia y el valor de los funcionarios permitiría dar una mejor respuesta judicial a la corrupción.

(Para que quede claro a qué me estoy refiriendo recordaré el caso del juez de la audiencia nacional al que le correspondía instruir lo que luego fue conocido como el caso Lasa y Zabala, esto es, un caso gravísimo de terrorismo de Estado. Aquel magistrado no se atrevió a enfrentarse con eso y abandonó la magistratura por el ejercicio privado de la abogacía. Y, cosa curiosa, el magistrado que realmente instruyó el caso, que acabó con la condena de un ministro y altos dirigentes de Interior, años más tarde fue hallado culpable de prevaricación en otra causa y expulsado de la carrera judicial. Probablemente no haya relación entre una cosa y la otra, pero tal vez sin la primera la prevaricación hubiera quedado en simple error judicial.)

Creo que para ejercer la actividad judicial se necesita realmente *el valor, la valentía*, para no tener que andar con pies de plomo. Esa valentía sólo pasará a formar parte generalizadamente del *habitus* de magistrados, jueces y fiscales, cuando puedan saberse *amparados* de veras en su independencia, protegidos de la intromisión de poderes políticos y sociales. *La independencia del poder judicial está para eso.*

Y para estimular a los magistrados, para dejar atrás aspectos de su *habitus* no correspondientes siquiera a esa ficción de igualdad que es el igualitarismo político, aspectos por fortuna ya no mayoritarios; para superar el burocratismo funcional.

En lo que respecta al *habitus* específico de los fiscales, su integración plena en un poder judicial independiente facilitaría que vieran su tarea no como fundamentalmente acusatoria sino, más en profundidad, como garantes de los derechos procesales de los ciudadanos. (El Tribunal Supremo ha estimado en casación numerosos recursos por violación de las garantías procesales. Pero no se conoce uno solo de esos casos en que los recursos hayan sido promovidos por la fiscalía, lo que muestra una significativa mutilación de su *habitus* institucional.)

### **La independencia judicial, ¿utopía o necesidad?**

Lo que he propugnado puede parecer una utopía, aunque es simplemente una prolongación de la Ilustración jurídica; es preciso impedir que ésta se venga abajo sin un recambio adecuado.

Pues donde en realidad estamos es en el despliegue de una cacotopía que puede llevarse por delante el universo de los derechos y las garantías generalizados.

Hemos visto volatilizarse el derecho a la intimidad y a la seguridad en las comunicaciones por las

posibilidades abiertas por la informática a las empresas de esta rama industrial y a los más potentes Estados. Hemos visto el espionaje masivo a gobiernos y empresas. Hemos visto asesinatos mediante drones, sin juicio, como si la represión del terrorismo fuera una acción de guerra, lo que no deja de ser una *ficción* jurídica. Hemos visto la porosidad y la mutilación de las soberanías nacionales. Hemos visto los horrores de las intervenciones armadas del llamado «derecho internacional humanitario», que generan centenares de miles, o millones, de víctimas entre las gentes corrientes. Hemos visto realizado el dicho de Goebbels de que una mentira repetida mil veces equivale a una verdad, incrementado el poder de repetición por la industria de producción de contenidos de conciencia.

Hemos entrado en un mundo de barbarie donde el poder se deslocaliza y el derecho, que siempre ha estado asociado a la territorialidad, se vuelve crecientemente impotente. La gobernación es cada vez más *gobernanza* semiprivada.

Incluso si este proyecto barbarizante no prospera, sí prosperarán tecnologías e internacionalizaciones. En el futuro van a ser necesarias formas nuevas y ágiles de colaboración internacional de la justicia, o incluso podría verse el despliegue amplio de una verdadera justicia internacional, de un arbitraje de los inevitables conflictos.

Un poder judicial fuerte e independiente puede ser, en primer lugar, un dique local frente a la barbarización.

Personalmente, por la previsión de lo que se nos echa encima, no soy optimista. Es el pesimismo de la inteligencia. Pero en cambio veo con realismo y también optimismo las prácticas personales y grupales que generan cambios, que sostienen valores, que inducen a la innovación incluso institucional. Pues es en las prácticas buenas e innovadoras donde se generan las voluntades de vivir dentro de un horizonte de expectativas no diré que justo, pero sí, al menos, razonable y por eso perfectible.