

LECCIÓN PARA LA INVESTIDURA COMO DOCTOR *HONORIS* CAUSA EN LA UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Ángel M. López y López

Magnífico y excelentísimo señor rector de la Universidad Pablo de Olavide y miembros de su claustro, excelentísimo señor presidente del Consejo Consultivo de Andalucía, excelentísima señora presidenta del Consejo Social de esta Universidad, autoridades, queridos y estimados colegas de otras Universidades, queridísimos discípulos, señoras y señores:

Como la emoción que me embarga es tan grande, quisiera ceñirme a recordar que, según la tradición, el doctorado *honoris causa* suele concederse a quienes tienen una alta significación política, académica o científica, o bien una especial relación con la Universidad concedente.

No estoy llamado a decir nada sobre lo primero, pero sin presuntuosidad creo que puedo decir que sí poseo esa especial relación, de trabajo y amistad, desde los momentos inaugurales de aquella Olavide militante gobernada por Rosario Valpuesta, mi discípula prematuramente ida cuyo recuerdo siempre me acompaña, hasta la Olavide triunfante de nuestros días.

Con todo, la generosidad de vuestros motivos al incorporarme a vuestro claustro de doctores no es cosa que yo deba juzgar, sino

agradecer con toda el alma, como don que no es sino un acto de pura liberalidad.

Pero hay más, en mi gratitud, y no como algo meramente accesorio, está el deseo ferviente de servir en la medida de mis posibilidades a la Universidad Pablo de Olavide, como mi Universidad que ya es, junto con la de Sevilla.

Finalmente, me permitiréis que en este acto rinda una vez más homenaje a mis maestros Juan Jordano, Alfonso de Cossío y Manuel Olivencia y me congratule y agradezca la presencia de Esperanza Albarrán, mi profesora de Griego en el Instituto San Isidoro, de mi hermano y maestro José Luis, y de mi hija Concha, profesora que ha sido de esta Universidad. Y sin más, comienzo mi intervención que he titulado:

RECUPEREMOS EL JUICIO. REFLEXIONES SOBRE LA ACTIVIDAD JUDICIAL, HOY

I. LA ERA DE LA POSMODERNIDAD

1. Se dice, y se dice en vulgares o estimulantes páginas de diarios al tiempo que

en sesudos tratados, que vivimos en la era de la posmodernidad.

2. Debe comprenderse que no sería adecuado ni posible un discurso (analítico y, en su caso, crítico) sobre el concepto de posmodernidad, y ello como premisa del que va a ser el objeto de mi lección.
3. A nuestros efectos, basta con decir que sobre el posmodernismo no hay definiciones de consenso salvo las puramente negativas, que giran siempre en torno al fracaso o no vigencia del legado de la Ilustración y de su incapacidad para hacer frente a una sociedad mucho más compleja, con el resultado de arrojarlos a una edad de la incertidumbre y al relativismo de valores que antes se pensaban sólidamente anclados.
4. Para la posmodernidad ningún rasgo del mundo de la Ilustración parece indiscutible y así ha sido descrito con autoridad por Paolo Grossi para el mundo del Derecho. A partir de ahí, y por lo que ahora interesa, se puede aceptar como la designación de un concreto tiempo histórico que incluye nuestro presente, lo que nos dispensa de adjudicar una concreta fecha de inicio al derrumbe de la modernidad.

II. POSMODERNIDAD Y POSVERDAD. VERDAD Y DERECHO. JUSTICIA Y PROCESO

1. Difícil es que la nueva era de la posmodernidad, pese a esa falta de referencias axiológicas fuertes que la caracterizan, no porte valores positivos. Tal cosa no sería propia de la condición humana ni individual ni socialmente. Y por la misma razón, también trae consigo algún fruto amargo; el que vamos a indicar, amarguísimo.
2. En este último sentido, me refiero a la asunción, dentro de los esquemas que definen la vida pública (en sentido amplio, es decir, no estrictamente particular), del concepto de «posverdad». La moda del tiempo, y bien reciente, es hablar de la era de la posverdad. *Post-truth* ha sido declarada por el *Oxford English Dictionary* la palabra internacional del año 2016. Por otra parte, no hay que engañarse; posverdad será tal vez un término nuevo, pero el fenómeno que designa es viejo, viejísimo: la conversión del espacio público en un reino dominado por el arte de la mentira. Lo único novedoso son los instrumentos de ese arte: medios de comunicación de masas, técnicas de *marketing*, «redes sociales».
3. Para nosotros, los juristas, y pese a los tópicos, la cuestión de la verdad es esencial, y lo es de manera especial en un momento de la vida jurídica, el que discurre a través de la institución del proceso. Esta cuestión ha sido abordada desde muy distintos puntos de vista: el escéptico, que se remonta a las viejas palabras pronunciadas en un pretorio histórico, («¿Qué es la verdad?»); el que considera que existe una verdad específica del proceso; la que nos dice que la verdad obtenida en este no puede dejar de tener que ver con la verdad intrínseca; y el que ve imposible obtenerla, salvo para el juicio divino, pero que los hombres desean en el juicio humano, que ven como un reflejo de aquel.
4. Ahora bien, para el Derecho la pregunta por la verdad es en realidad la pregunta por la justicia, y es tan difícil de contestar como aquella.

Sea cual fuere el concepto de justicia que se asuma, es claro que, en términos absolutos, es inalcanzable porque esos términos serían solo aseguibles a una Alta Mente (realmente existente o hi-

potética) que contemple el decurso desde principio a fin de la vida de la entera humanidad.

Dada la limitación humana, lo único posible para los humanos es idear un método que lleve en sí la idea de una justicia. Como tal método, lo conocemos con el nombre de proceso.

5. El proceso, de acuerdo con la venerable definición de Búlgaro (recuérdese, uno de los «lirios del Derecho»), es el acto de tres personas: acusador, acusado y juez. Hoy diríamos las dos partes y el juez.

Siglos de civilización jurídica han consagrado los principios que gobiernan la actividad de las partes para que se pueda hablar del proceso justo: audiencia de ellas, contradicción entre ellas, igualdad de armas para ellas.

Pero, además, en el proceso se ventila un juicio, y el juicio es, esencialmente, el acto del juez. Conviene ver, entonces, qué reglas gobiernan ese juicio y determinan sus condiciones para que el juicio sea tal.

III. LAS CONDICIONES DEL JUICIO: INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD. PAPEL RELATIVO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES. ESENCIALIDAD DE LA SUPREMACÍA DEL PARLAMENTO

1. Es comúnmente aceptado que dichas condiciones son la independencia, la imparcialidad y la objetividad del juez. Dicho esto, el concepto y significado de cada una de ellas no es del todo pacífico, y aun dentro de un denso núcleo de consenso se hacen necesarias, a mi modo de ver, algunas precisiones.
2. La primera de ellas es que la condición *estructural* del juicio es la imparcialidad, puesto que el juicio responde, por

definición, a la necesidad de superación de la parcialidad entre las contiendas de los hombres. El juez debe estar en una posición de desinterés, entendida esta como la superación de la antinomia amigo/enemigo.

3. No es una *condición estructural* del juicio, sino una *premisa* del mismo la necesidad de que el juez sea absolutamente autónomo para decir el Derecho. Si el juez debe obedecer órdenes, de otro juez o tribunal u otro poder del Estado, no sería él el que juzgara.

En consecuencia, el juez debe ser independiente de ese otro poder y no sometido a jerarquía alguna *dentro del ámbito de su jurisdicción* en relación con otro órgano de su clase.

4. Está fuertemente instalada en la conciencia del pensamiento jurídico occidental la idea de que el principio de la separación de poderes es la clave de bóveda de la independencia judicial, lo que ha llevado en muchos casos a la equiparación entre ambas cosas. Ello es inexacto, al menos parcialmente, y fuente de graves equívocos sobre el contenido de la actividad jurisdiccional. Un brevísimo recorrido histórico lo demuestra.
5. En efecto, el principio separatista fue formulado primariamente como una reacción frente al absolutismo monárquico. En este, la función de juzgar pertenece al rey. Los jueces son *lions under the Crown*. Recuérdese, aunque no sea más que un atavismo, que en nuestro país las sentencias se dictan «en nombre del Rey».
6. Por otra parte, dicho principio no siempre ha incluido al Poder Judicial dentro de los poderes separados. No era así en el pensamiento de Locke, y no lo era, y de modo radical, por cierto, en el de Rousseau; lo era en Montesquieu, pero con una específica concepción del jui-

cio (como acto de juzgar) formulado sobre la base de una formulación directiva preconstituida, ya sea por la legislación, ya sea por la actividad de gobierno y administración. Así lo ha puesto de manifiesto Giovanni Tarello.

7. Se olvida también con frecuencia un punto esencial del pensamiento de Montesquieu, el de que los jueces deben ser particulares, no incardinados en lo público, ocasionales y elegidos. Solo en esas condiciones el Poder Judicial podía ser *en quelque façon, nul*.
8. El mismo Tarello ha puesto de relieve que las condiciones de desenvolvimiento de un Poder Judicial de tal tipo necesitan la certidumbre y la fácil cognoscibilidad del Derecho.
9. Por mi cuenta, añado que esas condiciones se realizan tan solo en los ordenamientos protoliberales, gobernados por los códigos civiles y penales y las leyes procesales generales, mundo donde el conflicto judicial se produce casi siempre entre particulares, casi nunca frente a unos poderes públicos encargados solamente de «en tiempos de guerra, ganarla, y en tiempos de paz, repartir el correo».
10. Debe concluirse, entonces, que lo pretendido por Montesquieu, de acuerdo con el aliento histórico de la época, era afirmar la primacía de las asambleas legislativas frente al absolutismo del monarca, que tenía una de sus más intensas manifestaciones en el poder de «sus» jueces.

En el núcleo de su pensamiento está tanto que los jueces sean independientes cuanto que el castigo de los crímenes y la decisión de las controversias entre particulares se han de hacer de tal modo que *no se entre en la actividad legislativa o administrativa*.

11. Es notorio que la textura de los ordenamientos, a partir del momento —que, de manera aproximada, pero suficiente, podemos fechar tras la Primera Guerra Mundial— en que las reglas del juego en la paz burguesa caen estrepitosamente, no es ya la misma.

Las nuevas constituciones, las masivas intervenciones del legislador, su diseño de un Ejecutivo fuertemente conformador de la sociedad, son *elementos de una nueva estructura del Estado*, al que convencionalmente, y conscientes de la variedad de sus formulaciones, e incluso de la debilidad del concepto, llamamos «Estado social», lo que implica, como no puede ser de otro modo, que *el ordenamiento jurídico también sufre un cambio estructural*.

12. Las consecuencias de este cambio significan *acrecimiento*, y esto, aún obvio, se señala pocas veces, *de los tres poderes del Estado*: nunca los legisladores han sido tan prolíficos, nunca los gobernantes tan interventores en la vida social, nunca los jueces han tenido tantas oportunidades para que el aspecto creativo de toda interpretación resulte acentuado, sobre todo por la utilización de principios y cláusulas generales.
13. Sin embargo, y desde algunos puntos de vista, la situación no es tan diferente en relación con las exigencias de la separación de poderes. *No se predica un concepto de independencia diverso para los jueces en relación con la teoría clásica*. Lo que se hace mucho más agudo como problema —y hoy y aquí, *especialmente agudo*— es *evitar que las decisiones judiciales invadan el campo del Poder Legislativo o sustituyan los legítimos juicios de oportunidad de los gobernantes en la acción política y administrativa*.

Por cierto, esta era una preocupación principal que ya latía en la formulación de Montesquieu.

14. Comprendo que, en un contexto de vida política degradada, esta no es una afirmación que pueda gozar de popularidad, que los jueces honestamente se crean llamados a garantizar lo que el legislador y el gobierno no garantiza y que los sufridos ciudadanos puedan creer que el activismo judicial es una solución.

No obstante, creo que la política hay que regenerarla desde la democracia representativa y, desde luego, utilizando el eslogan o grito de combate de los tiempos recientes, los jueces «no nos representan».

15. Dicho en otros términos, el innegable papel de los jueces como garantes de los derechos fundamentales y valladas contra los abusos de los poderosos (por cierto, no son solo los políticos, a veces son los realmente menos) *es un papel esencialmente negativo y revisor de actos concretos de los particulares y de los otros poderes del Estado*, como indicara Bachof.

Para descanso de equívocos, diré inmediatamente que este carácter negativo no impide una gran dosis de creatividad, pero que debe ajustarse a directrices preconstituidas y exteriores al juez. En última instancia, se trata de un ejercicio de ponderación, pero nunca ajeno al principio de supremacía del parlamento.

16. Un apunte que posiblemente tampoco me haga popular, lo que ya me importa poco, pues en esta mi «graveza del arrabal de senectud» hablo «a solas, esperando hablar a Dios un día».

La primera y más eficaz garantía de la independencia del juez está en que su carrera resulte reglada por la ley, de un modo altamente predeterminado, con escaso —por no decir ningún— margen de discrecionalidad a la horas de la selección, de los destinos, los ascensos y

las retribuciones. Todos ellos deben ser procesos administrativos conducidos por el ministro de Justicia, responsable políticamente ante las Cámaras, y cuyos actos, por supuesto serán revisables judicialmente.

17. Dicho frontalmente, hay que *suprimir*, en la que yo creo inevitable reforma constitucional, *la institución del Consejo General del Poder Judicial*, instrumento de la politización de la justicia como nunca se ha visto en este país, con una práctica que es una continua afrenta a los principios de capacidad y mérito de los jueces, con independencia de la virtud o preparación de los que resulten de tan vicioso proceder. Las expresiones son duras, pero la realidad que describen lo es mucho más.

18. Apurado el boceto de la imparcialidad y la independencia judicial que creo significativo, convendría gastar alguna palabra sobre *la tercera condición del juicio, la objetividad*.

Si bien se piensa, *exigidas la independencia y la imparcialidad del juicio como presupuestos estructurales de este* (el juez no recibe órdenes, el juez no puede ser parte), habría que considerarlos *hasta cierto punto extrínsecos*, porque exigen una posición *para* el juez a la hora de juzgar, pero no exigen una posición *al* juez.

Dicho de otra forma, no suponen garantía alguna sobre el proceso interno de la decisión del juez que, sin dejar de ser imparcial o independiente, puede ser subjetivo, en el sentido de que dicte sentencias de acuerdo con sus particulares convicciones sociales, políticas o técnicas, buscando una justicia del caso concreto, en el mejor de los supuestos.

Aunque pudiéramos aceptar por alguna razón una tal idea de justicia no puede serlo por ninguna razón propia del Derecho, ya que este no podría cumpliría

mínimamente su papel de ordenador de la vida social por la absoluta falta de previsibilidad de las decisiones, lo que provocaría la casi total incertidumbre en la solución de los conflictos en las relaciones sociales.

Y todo ello sin contar que la subjetividad incontrolada abre el camino a la parcialidad y la prevaricación.

19. En suma, *la objetividad del juez, condición intrínseca del juicio, que la independencia o imparcialidad no garantizan, solo puede venir obsequiada si su proceso interno de decisión viene regido por criterios prescriptivos y generales de carácter externo a los suyos personales.*

Pero por muchas vueltas que les demos, esos criterios, así definidos, no son sino las normas jurídicas. Como bien indica Cotta, no hay otro modelo que satisfaga las exigencias del juicio, salvo el del «juez legalitario».

Así era en el pensamiento de Montesquieu, y así sigue siendo ahora, aunque la estructura actual del ordenamiento aboca a una forma distinta de enfocar esa sujeción a la ley.

20. Con este marco de independencia, imparcialidad y objetividad, debemos analizar lo que cabe llamar «las tentaciones del juez».

IV. LAS TENTACIONES DEL JUEZ

A) La tentación de la arbitrariedad. Arbitrio, arbitrariedad y equidad

1. En relación con el arbitrio judicial, Alejandro Nieto ha puesto de manifiesto que no es algo ilícito (lo ilícito es la arbitrariedad) sino una alternativa a la legalidad, su complemento imprescindible; de ordinario, el juez modula la aplicación de aquella con este, introduciendo un elemento arbitrado (que no

arbitrario) que ayuda para concretarla y adaptarla a las circunstancias. Este paradigma no es extraño a nuestra tradición jurídica propia, aunque ha venido sofocado por la exacerbada presencia del positivismo legalista.

2. No cabe nada más que estar de acuerdo con esta tesis central, aunque ello no significa que el peligro de la extralimitación del juez sea una falsa percepción alarmista. Las razones que justifican su acrecido poder, propio de un nuevo entramado del ordenamiento, pueden fomentar actuaciones *ultra vires constitutionis*.
3. Dicho lo anterior, en realidad, *la tentación de la arbitrariedad no tiene su manifestación más insidiosa en un grado de arbitrio en la aplicación de la legalidad, sino en apartarse de esta en el sagrado nombre de la equidad.*

La historia de esta tentación viene de lejos y llega a nuestros días, desde la Escuela del Derecho «libre» a las recientes manifestaciones en materia de arbitraje que, tanto si es de «equidad» como si es de Derecho, favorecen el apartamiento del árbitro del Derecho de origen estatal, estrechando cada vez la revisabilidad judicial de laudo, en la idea de que a los jueces lo único que les está reservada es la ejecución de lo arbitrado.

Bien consciente de este peligro ha sido nuestro Código Civil al prevenir que las resoluciones judiciales solo pueden descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita.

B) Las tentaciones de la política

1. Cuando hablamos de las tentaciones de la política no nos estamos refiriendo, por supuesto, a la utilización del poder jurisdiccional con el único fin de

influir en o determinar la vida pública, contradiciendo o defraudando los mecanismos predispuestos para el juicio por el ordenamiento. Es obvio que nos encontramos, entonces, ante el juez prevaricador o el juez revolucionario.

2. Nos referimos a algo diferente: la interpretación de las normas en sede procesal utilizando principios deducibles del propio ordenamiento, y ello para obtener un resultado no contemplado por la ratio legis de aquellas normas.
3. Ciertamente es que hay una delgada línea de confin entre este modo de proceder y el del que es propio del juez prevaricador o del juez revolucionario, y que ante un caso concreto pueden surgir muchas dudas si, en un caso concreto, estamos ante uno o ante otro, pero por delgada que sea aquella línea la diferencia existe.
4. Por decirlo con un término ya acuñado, una cosa es el *activismo judicial*, que aspira a implantar por la vía jurisdiccional una interpretación que haga entender la obra del legislador de manera distinta a la *ratio* político-jurídica que la inspira, y otra bien distinta, al menos conceptualmente, la conversión del juez en un actor directo de la vida política o en un funcionario que abusa de su posición.

Esta conversión no hace del juez un activista, lo hace un revolucionario o un delincuente, pero tenga lo que tenga de escandalosa o reprochable, es un problema menor desde un punto de vista estructural, y se dispone de medios, se utilicen o no, para corregir la subversión o el delito. Es mucho mayor problema el activismo judicial porque es el propio ordenamiento jurídico quien puede propiciarlo y, desde ese momento, legitimarlo.

5. Aunque la literatura sobre el activismo judicial es relativamente extensa, los límites conceptuales del fenómeno son,

en términos generales, pacíficos, y se pueden exponer con algo de simplicidad, por más que el fenómeno diste de ser simple y contenga problemas capitales:

Activismo judicial es todo proceso de interpretación en sede jurisdiccional que conduzca a la negación del papel del legislador, sea esta negación mayor o menor, total o parcial, pero siempre encaminada a la huida de la ratio político-jurídica de la norma que se interpreta.

6. Desde luego, para mí es claro que la idea de creación judicial del Derecho, que no se rechaza dentro de unos límites, no puede consistir en adjudicarle al juez papeles que no tiene constitucionalmente. En la medida que aquella creación se produzca, no puede exceder el principio de separación de poderes.
7. Pero hay que decir inmediatamente que sería muy fácil y, desde luego, totalmente farisaico (y, por otra parte, absolutamente irreal) rasgarse las vestiduras ante la creación judicial del derecho y ver en ella y por definición un quebrantamiento del principio de separación de poderes.
8. Quienes así razonan olvidan que lo esencial de dicho principio, ahora y desde el inicio de la modernidad jurídica, no es tanto la inevitable función creadora del Derecho por el juez, como señala Cappelletti, sino la supremacía del parlamento, en última instancia, la cuestión es otra es otra, y se produce *en un preciso dominio y un singular momento: el de la interpretación/aplicación en el caso concreto.*

Por razones obvias, en ese preciso momento, la función del juez está por encima de cualquier otra. Ello es claro: si no fuese así, se le estaría despojando de su papel constitucional, que se desempeña *en el caso concreto.*

9. En coherencia con la idea de que el juez no puede ser objetivo sino cuando el

juicio viene gobernado por las normas, se hace necesario precisar su posición ante la omisión del legislador, tanto absoluta —al no legislar— como provocada por su deficiencia al hacerlo.

10. Tal omisión del legislador no puede ser una barrera absoluta, porque si partimos de la idea de que para el ordenamiento jurídico la existencia en todo caso de un principio jurídico es una necesidad intrínseca de plenitud, y la consiguiente prohibición al juez del *non liquet*, la falta de *interpositio legislatoris* no puede privarle absolutamente de valor en vía judicial.

Cosa distinta es hasta dónde puede llegar la efectividad de ese valor.

11. Por ello, la omisión legislativa y el recurso a principios del Derecho no expresados es siempre una posibilidad. *Los principios son el campo privilegiado de la creación judicial del Derecho*, como soberanamente ha demostrado Esser.

Empero, siempre conviene tener presente que la derivación de una regla a partir de un principio es operación delicada, pues depende de cada principio y su significación en el conjunto del ordenamiento.

Es labor que aboca a delicadas tareas técnico-jurídicas —y a las siempre sutiles valoraciones— como consecuencia de que la interpretación judicial (toda interpretación) parte de la actitud u orden del espíritu que se ha llamado «pre-comprensión».

Esta, desde luego, en el razonamiento judicial no equivale a arbitrariedad, sino al recurso a cánones de plausibilidad social de la decisión adoptada en el marco de las alternativas legales y con robustos referentes en la dogmática consolidada.

12. También ha de tenerse en cuenta que la barrera de la *interpositio legislatoris* será de muy diversa densidad en función de

la importancia social de un principio en un contexto histórico dado y de los consensos en él dominantes.

13. Ello, obviamente, no excluye que el Poder Legislativo no ejerza su supremacía, negando con *contrarius actus* una línea jurisprudencial dada o impidiendo su nacimiento con regulaciones restrictivas y constitucionalmente aceptables.

Pero tal intervención, presupuesta su legitimidad constitucional, es inherente al principio de separación de poderes, y en sí misma no puede limitar con carácter general la potestad de los jueces de hacer operativo un principio derivando una regla aplicable. En efecto, esa limitación general también sería contraria a aquel principio.

14. En todo caso, la actividad del juez tiene importantes límites.

15. Uno es el *control nomofiláctico*, que para ser efectivo necesita llevar hasta sus últimas consecuencias la irrevisabilidad de los hechos, y así huir de una arbitraria equidad y tener clara su finalidad, que no es otra que el entendimiento uniforme de las leyes.

Si estas tareas se llevan a cabo con rigor, la casación o mecanismos similares, aunque sean desempeñados por los jueces, en la práctica no suscitarán la vieja pregunta: *¿Quis custodiat custodes?*

16. Otro límite a un malsano activismo judicial es la necesidad de que el juez ordinario respete nuestro *sistema de jurisdicción constitucional concentrada*, y, ante dudas fundadas sobre si una norma es ajustada a la Constitución, se cña al planteamiento de la *cuestión de constitucionalidad*. Además, no debe otorgar eficacia directa a los derechos fundamentales, salvo en las llamadas discriminaciones odiosas.

El trasfondo de todas estas afirmaciones debe ser la conciencia de que es el legis-

lador, y no el juez, el principal obligado a dotar de efectividad a los derechos fundamentales.

V. LA IMPENETRABILIDAD DEL ACTO DE JUZGAR LA IMPENETRABILIDAD DEL ACTO DE JUZGAR EN SÍ MISMO Y LA NECESIDAD DE CUMPLIR REQUERIMIENTOS DE UN RAZONAMIENTO JUDICIAL QUE SALVAGUARDE SEGURIDAD JURÍDICA E IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES CONDUCE A LÍMITES PREDICABLES DEL ACTO CONCRETO

1. Al gran genio filosófico de Capograssi no escapaba que la lógica de la objetividad no elimina la subjetividad del juez: queda el juzgar en su parte más delicada y secreta, el momento en el cual el *hom-bre-juez* «no se sabe si con su inteligencia o su voluntad o con todo sí mismo, dice la última palabra». Y se acerca al pensamiento la frase del *justice* Marshall, siempre mal entendida, porque no es una frase cínica, sino descriptiva de ese eterno momento, para el juez cruz y tormento de su oficio: «nosotros no hablamos al final porque seamos infalibles, somos infalibles porque hablamos al final». A este último momento, no susceptible de ser sometido a análisis externos y, por consiguiente, aún menos a regla, el juez solo puede llegar a través de la mediación de la lógica objetiva y a través del proceso, que es el cauce de aquella mediación; y pasadas estas pruebas de fatigosa y controlable objetividad, puede descender a su elección con tranquilidad de conciencia, por mucho que sea y solo sea un acto de libertad.
2. Pero todas esas pruebas de fatigosa y controlable objetividad, desenvuelta en la mediación del proceso, pasan por el respeto a la obra del legislador, derivada de la supremacía del parlamento, que

no es otra que la supremacía de la democracia misma.

3. En conclusión, *recuperar el juicio*, al no ser posible eliminar la subjetividad antes descrita, es tarea *solo posible desde el legado liberal de sumisión a la ley*, que permanece vivo, aunque tenga que hacer las cuentas con un ordenamiento cuyos pilares no son los del Estado liberal.
4. El oficio ha de ser desempeñado por unos jueces que tengan *rigurosamente delimitada* por la ley *su carrera*, con responsabilidad política y jurídica del Ejecutivo que la actúa; unos jueces *que vivan con la conciencia de la supremacía del parlamento*, lo que es equivalente a respetar en la tarea no solo los términos de la ley, *y ello no significa otra cosa sino que el respeto se extiende primordialmente a la ratio político jurídica de la mayoría que da lugar a ella*, obviamente siempre dentro del marco constitucional; unos jueces que acomoden su *razonamiento a los consensos sociales básicos y la doctrina consolidada*; unos jueces cuya actividad venga, en última instancia, depurada por un alto y verdadero *control nomofiláctico*, ausente de la valoración de los hechos; unos jueces que ejerzan la jurisdicción sabiendo que le es obligada la interpretación de las norma ordinarias según la constitución, pero que *carecen de jurisdicción constitucional propia*, y que solo tienen como potestad elevar las dudas a quien tiene esa jurisdicción; unos jueces que acepten que la *eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es principalmente tarea de legislador*, y que a ellos solo compete directamente ante las discriminaciones odiosas; unos jueces con *escrupuloso respeto del propio ámbito jurisdiccional, y competencial*; y del *procedimiento legalmente establecido*, siempre con *especial cuidado en la motivación de sus resoluciones*.
5. Estos serán jueces ajenos a las tentaciones de la arbitrariedad y de la política,

por mucho que sea no solo inevitable, sino también sano reconocer cuanto puede haber de creativo en la interpretación y aplicación del Derecho en el proceso.

VI. ÉRASE UNA VEZ UN PAÍS

1. Érase una vez un país, que desde hace muchas centurias, es un país de grandes jueces, y que en la época moderna, en su gran mayoría, ajustan su oficio a todos los parámetros anteriores.
2. Pero ese país comenzó a judicializar la justicia, y de ahí vino un mal peor, la politización de la justicia, porque es mucho más difícil de erradicar.
3. En ese país se ha descubierto una nada original utilización del proceso penal como arma de destrucción política que ha borrado la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo y ha creado, por ello, un peculiar «Derecho penal del enemigo».
4. Es tierra donde vive la tentación judicial política de conformar el Estado aconfesional en Estado confesional, so capa de defensa de libertades individuales o derechos fundamentales.
5. Lugar donde una reforma laboral, posiblemente odiosa, pero constitucionalmente legítima, se quiere enmendar desde la jurisdicción, utilizando claras imperfecciones técnicas, con olvido de la *ratio* política de la norma, diseñada por la mayoría parlamentaria; y como camino de ida y vuelta, esa misma jurisdicción, recuperada una cierta estructura colegial, interpreta aspectos del derecho de huelga de una forma que norma alguna había pensado.

6. En él existiría una jurisdicción civil que olvidaba los principios de buena fe y de abuso del Derecho en la contratación en masa y la inconstitucionalidad misma de normas sobre ejecución forzosa, hasta que la ola mediática de la crisis económica y su impacto sobre los más desfavorecidos, al tiempo que instancias judiciales externas, les han hecho poner en marcha la protección del contratante débil.

7. Y en ese mismo país acabamos de ver, con bochorno, cuán cierto puede ser en la justicia penal el antiguo dicho castellano: «fizose la horca para los hijos de Pero Sastre que no para los siete Infantes de Lara»; de lo que deriva un cierto temor, que esperemos que no se cumpla, a la impunidad de la corrupción que se empieza a combatir con vigor.

Pero no abundare en estos y parecidos hechos porque, como dijo Cicerón en la Primera Catilinaria, «son maldades que callo y de buen grado consiento silenciar, para que no se viese que en este Estado hubo tantas o que no como fueron castigadas», y así contribuyo a la reverencia debida a tantos jueces de ese país, que ni las consienten ni quieren dejar de castigarlas. Porque estos jueces existen, y son la mayoría, hay lugar para la esperanza de repensar el Poder Judicial y recuperar el juicio; y puedo, como abogado que siempre he sido, terminar con la hermosa frase de Calamandrei contenida en el estupendo «Elogio de los jueces escrito por un abogado»: «Me parece que entre todas las profesiones que los mortales pueden ejercer, ninguna otra puede ayudar mejor a mantener la paz entre los hombres que la del juez que sepa dispensar aquel bálsamo para todas las heridas, que se llama justicia».

He dicho.

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2017

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2017