

EL JUEZ-FUNCIONARIO Y SUS PRESUPUESTOS:
EL NACIMIENTO DEL JUEZ ORDINARIO RECLUTADO
POR OPOSICION (EL ART. 94 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1869
Y EL SISTEMA DE LA LOPJ DE 1870) (*)

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA (**)

SUMARIO: 1. EL PROBLEMA DEL RECLUTAMIENTO DE LOS JUECES EN EL NACIMIENTO DEL ESTADO LIBERAL.-2. LA PRÁCTICA EN LA ETAPA ISABELINA.-3. LOS INTENTOS DE REFORMA.-4. EL DEBATE CONSTITUCIONAL DE 1869.-a) *Poder Judicial y jueces.* b) *El juez como funcionario.* c) *Juez perito, ¿pero qué pericia?* d) *La cuestión de los nombramientos, el autorreclutamiento y sus problemas.* e) *La solución transitoria.*-5. LA LEY ORGÁNICA DE 1870.

(*) Una versión preliminar de este trabajo bajo el título «El nacimiento del juez reclutado por oposición: el art. 94 de la Constitución de 1869 y la LOPJ de 1870» se publicó en *RGD*, núm. 607. Valencia, 1995, pág. 3309 y sigs.

(**) Profesor Titular de Derecho Constitucional. Profesor Ordinario de Derecho Constitucional. CUEJ-CEU.

1. EL PROBLEMA DEL RECLUTAMIENTO DE LOS JUECES EN EL NACIMIENTO DEL ESTADO LIBERAL

Como reza correctamente el tópico en el Estado del Antiguo Régimen el Rey es el supremo juez, y como sucede en las sociedades tradicionales es el ejercicio de la función jurisdiccional uno de los signos, sino el signo mismo, del poder supremo. El Rey es paradigmáticamente juez, los demás jueces no son sino delegados suyos, oficiales creados por él para administrar un Derecho sólo en parte escrito porque sólo en parte se halla bajo la competencia del Estado. En el caso de nuestra Monarquía lo característico no es tanto eso como la acumulación en órganos colegiados de funciones de gobierno y administración junto a las propiamente jurisdiccionales, fenómeno que se produce en todos los niveles de la organización, pero especialmente en los superiores (Audiencias, Chancillerías, Consejo y Cámara de Castilla). En una organización política absolutista, que desconoce el principio de la división de poderes difícilmente puede ser de otro modo.

Entre nosotros el juez del Antiguo Régimen es, pues, un funcionario de la Corona designado libremente por la misma, y al que el Rey puede discrecionalmente ascender, trasladar, suspender o retirar. En el mundo real la situación es significativamente diferente. La Corona necesita de jueces y administradores que sólo puede obtener de los cuadros que le pueden proporcionar las profesiones jurídicas y la Universidad, al mismo tiempo la debilidad de la organización político-administrativa hace al Monarca estrechamente dependiente del asentimiento de sus servidores, de sus oficiales y ministros, cuyo número es

por demás reducido; en consecuencia, el Monarca ejerce su prerrogativa de nombramiento en un círculo reducido y bien determinado de personas, cuyo *status* —cuando no está asegurado por la venalidad— está prácticamente asegurado por el juego potentísimo del interés y la costumbre. La práctica del nombramiento de los magistrados —que acumulan funciones de carácter gubernativo no se olvide— a propuesta en terna por el Consejo y Cámara de Castilla, viene a resumir la situación.

Con la llegada del Estado Constitucional las cosas cambian drásticamente. Un dato frecuentemente olvidado, pero capital, es que el Estado crece, crece en aparato administrativo, crece en personal, crece en competencias realmente ejercitadas, crece en tareas y servicios públicos, crece por todo ello en presupuesto y fiscalidad. Y los mecanismos corporativos que permitían el reclutamiento y aseguraban el *status* a la burocracia del Antiguo Régimen dejan de ser operativos. En nuestro caso a ese fenómeno general de crecimiento que es uno de los signos distintivos del progresivo impacto del proceso de construcción de la Nación, del Estado Nacional, se une una revolución social y política, cuyo punto de partida es otro fenómeno generalmente minusvalorado: en la primavera y el verano de 1808 el Estado de Antiguo Régimen se hunde, como estructura política unitaria deja sencillamente de existir, lo que de él queda no son sino los restos de un naufragio sobrenadando sobre las aguas de lo que uno de los protagonistas, Torneo, llamó acertadamente la «Guerra y Revolución de España».

Una parte sustantiva de ese proceso es el primer impulso de creación del Estado Nacional, el operado por los liberales de las Cortes de Cádiz. El Estado que se pretende construir, y que tiene su punto de partida en el primer Decreto de las Cortes (24/9/1810), que instaura el principio de soberanía nacional, y con ella la efectiva de las Cortes (1), se fundamenta en el principio de división de poderes, lo que comportaba la liquidación de la organización gubernativo-judicial del Estado preexistente, ya que dicha separación supone una radical alteración de la naturaleza y funciones de los magistrados. No obstante, los doceañistas tienen delante una experiencia revolucionaria previa, de la que aprendieron no poco, y una de las enseñanzas adquiridas es el abandono de la

(1) Vide SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 v., EN Madrid, 1969, v. I, pág. 91 y sigs.

idea de Poder Judicial sostenida por Montesquieu en libro XI del *Espíritu de las Leyes*. A diferencia de los hombres de la Constituyente francesa que trataron de organizar una justicia de elección (2) los doceañistas, bien por el fracaso de una justicia popular acreditada en Francia entre los años que van de 1791 a 1795, bien por puro realismo político, van a organizar una judicatura que, a mitad del camino entre la organización existente antes de 1808 y la establecida en Francia a raíz de la Constitución del año VIII, y desarrollada bajo el Imperio, de una justicia organizada como mero servicio público dependiente del Gobierno y sujeta a la dirección del Ministerio de Justicia e integrada por meros funcionarios.

El sistema de 1812 parte de una guía: el Poder Judicial está destinado a garantizar no la libertad política, sino la libertad civil, por ello el artículo 17 de la Constitución, y en los mismos términos el 242, establecen un principio que tendrá continuidad en el constitucionalismo liberal posterior:

La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.

Esto es, el Poder Judicial reside en los órganos jurisdiccionales; en consecuencia, la provisión de los miembros de éstos no es tanto un problema de configuración de un poder del Estado, como de proveer los oficiales y funcionarios que el mismo requiere. Al efecto el sistema seguido por las Cortes para nombrar los administradores de una justicia que se administra en nombre del Rey (art. 257), como antes de 1808, está pensado para resolver el problema de reclutar funcionarios especializados: la facultad de nombrar corresponde al Rey, exactamente igual que el resto de los empleos (art. 171, facultades cuarta y quinta), si bien la Constitución separa del régimen general a los jueces y a los eclesiásticos, ambos son designados por el Rey a propuesta en terna del Consejo de Estado (cf. arts. 171.4.º y 237). Por lo demás la organización prevista no es sino una adaptación de la existente bajo el Antiguo Régimen: en la base se encuentran los alcaldes, que siguen acumulando funciones jurisdiccionales y gubernativas (art. 275) y tienen un estatuto ambiguo, pues siendo de elección (art. 312) tienen atribuido el papel de árbitros y el recurso a la conciliación es presupuesto de la acción (cf. arts. 282 a 284),

(2) Con el decreto sobre la organización judicial de 24 de agosto de 1790, que se integrará en el texto constitucional de 1791, t. III, c. V, art. 2.

sobre ellos los jueces de partido (art. 273), subordinados a las audiencias (art. 262 y sigs.), presididos todos ellos por un Tribunal Supremo que mantiene las funciones jurisdiccionales del Consejo y Cámara (art. 259 y sigs.), esa organización judicial, que viene a heredar por lo demás buena parte del aparato administrativo y del personal del Antiguo Régimen, se va a ver apoderada para desarrollar y aplicar procedimientos de nuevo cuño, que responden a los presupuestos ideológicos del liberalismo político y están diseñados en la perspectiva de la aplicación de un Derecho que se espera pronto sea objeto de codificación y que contempla el escenario del ejercicio de jurisdicción como el definido por los conflictos entre particulares.

Por lo que respecta al problema que nos ocupa el sistema doceañista viene a establecer un patrón común al constitucionalismo del XIX: la potestad jurisdiccional —y el Poder Judicial cuando existe— se atribuye a los órganos jurisdiccionales de modo directo por la Constitución. El reclutamiento de los jueces se contempla en términos de problema de provisión de oficiales públicos, de funcionarios, cuyo reclutamiento compete a la Corona; es decir, al titular del Ejecutivo, sustancialmente en los mismos términos en los que se plantea la provisión de los empleos de la Administración —o del resto de la Administración, según el caso.

Las diferencias perceptibles en el constitucionalismo posterior son mínimas. Mientras que los textos de orientación progresista mantendrán el encabezamiento del T. de 1837 «Del Poder Judicial» (3) el texto moderado de 1845 lo sustituirá por el de «Administración de Justicia» (4), con el alcance que veremos, pero todos ellos mantienen la citada atribución de la potestad jurisdiccional, la regla del ejercicio de la misma en nombre del Rey, el mandato de la inamovilidad y la remisión a la ley para determinar el procedimiento de reclutamiento judicial. En este sentido resulta revelador el breve debate de 1844 en virtud del cual el Congreso modificó la Constitución de 1837 en un punto no previsto por el Gobierno, cosa rarísima en aquella reforma, procediendo a hacer desaparecer el encabezamiento «Del Poder Judicial» por entonces ya tradicional, para sustituirlo por «De la Adminis-

(3) Vide SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones...*, *op. cit.*, pág. 332 para el texto de 1837, pág. 472 para el de 1856.

(4) Vide SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones...*, *op. cit.*, pág. 380.

tración de Justicia», configurando con ello el marco general en el que va a discurrir el debate sobre el reclutamiento de los jueces y el acceso a la carrera judicial. Mientras que el proyecto gubernamental y el Dictamen de la Comisión mantenían el encabezamiento del T. en los términos de la redacción original, Oliván propuso su sustitución por la rúbrica citada. La razón político-constitucional fundamental podía remitirse al propio Montesquieu: si éste hace residir el «poder ejecutivo de derecho civil» en jueces elegidos y temporales se debe a la voluntad de evitar su atribución al Parlamento o a la Corona, es decir, a la burguesía o a la aristocracia; si, por ende, el juez no es otra cosa que «la boca que pronuncia las palabras de la ley» resulta obvio que difícilmente puede considerarse a la magistratura como un poder político. Si a ello agregamos la configuración del Poder Judicial usual entre nosotros desde 1812 resulta difícil no concluir con Oliván que:

El orden judicial no es un Poder social, ni tampoco un Poder político. De consiguiente hay error en la fórmula o expresión que en la Constitución se emplea de *Poder Judicial* (5).

La terminología empleada (el «orden judicial») recuerda irresistiblemente a la configuración napoleónica de la justicia como servicio público, cosa nada sorprendente en un afrancesado, y ésa es precisamente la tesis desarrollada:

Los medios de ejecución constituyen la administración pública. Pues bien, entre las leyes que así se ejecutan hay una serie de ellas que tienen por objeto distribuir la justicia en lo civil y criminal. Con este fin se organizan los Tribunales, a quienes, en consecuencia, se comete una fracción de las funciones administrativas (6).

La consecuencia debida es la incardinación de la jurisdicción en el ejecutivo al modo lockeano, y con ello la asimilación del juez al resto de los funcionarios. De hecho el punto de partida es el propio del discurso moderado, si bien en una variante acentuadamente más conservadora que la gubernamental, que viene a reservar la condición de

(5) OLIVÁN, DSCD 3/12/1844, pág. 792.

(6) *Idem, loc. cit.*, pág. 793, más adelante remacha.

En suma: el orden judicial ejerce la potestad que le confiere la ley, la ley formada por el Poder. No la ejerce más que aplicando ciertas leyes, no es más que una ramificación de lo que se llama el Poder Ejecutivo, que es menos que el Poder real. OLIVÁN, *loc. cit.*, pág. 93.

poderes públicos a la Corona y al Parlamento (7), de donde se sigue lógicamente que no puede haber Poder Judicial, lo que hay es mera administración, bien que independiente por razones de conveniencia social, pero como administración que es se incardina en la Corona y es ejercida en su nombre por funcionarios por ella nombrados:

Consiste la independencia en no estar sujetos los fallos a revisión ni enmienda de ajena autoridad y poder, y en ser inamovibles los jueces: son vitalicios sus cargos, pero sus funciones son de cumplimiento de las leyes, y por consiguiente del orden administrativo. La Justicia se administra en nombre del Rey; el Rey nombra e instituye los jueces; el Rey los premia, asciende y recompensa según su mérito... (8).

Naturalmente ello arrastra como consecuencia el negar que el judicial sea poder, porque los jueces no establecen reglas y no mandan (9). Por eso pudo el portavoz de la Comisión aceptar la enmienda con un argumento lapidario:

En rigor lógico, el Poder Judicial es indudablemente una rama del Poder Ejecutivo (10).

Servido por funcionarios, naturalmente, no sin señalar de pasada que el Poder Judicial se había mantenido por la mera inercia de la influencia de Montesquieu.

Como puede verse la observación de Montero Aroca según la cual la funcionarización del juez es la consecuencia directa de la concepción de la judicatura como encargada de la Administración de Justicia tiene sólido fundamento (11). Ahora bien, si el juez viene concebi-

(7) La opinión es bien clara:

En esta acepción metafórica se llama poder a la persona o a la institución que lo ejerce. Y en la Monarquía constitucional es el Monarca con las Cortes. No hay en el Estado otro Poder Público. OLIVÁN, *loc. cit.*, pág. 792

(8) OLIVÁN, *loc. cit.*, pág. 793. Resulta significativo que el presente sea el argumento central de los enemigos de la oposición y de la reforma de la judicatura en la década de 1860, según veremos en su lugar

(9) Que es lo que expresa señalan nuestros diputados:

Por el contrario, el orden judicial, impasible, aislado, reducido a su círculo particular, sin acción, sin espontaneidad, ni estatuye ni manda. OLIVÁN, *loc. cit.*, pág. 793.

(10) RODRÍGUEZ VAAMONDE, *loc. cit.*, pág. 796.

(11) MONTERO AROCA, J., *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 28 y sigs.

do en términos de funcionario no es de esperar que su régimen difiera significativamente del propio de los demás que comparten ese estatuto fuera de la inamovilidad solemnemente proclamada, pero cuyo fundamento no puede dejar de ser frágil dado el punto de partida.

La cuestión se traslada de este modo al campo del conjunto de la función pública. La función pública del XIX en bien poco se parece a la actual. Todas las Constituciones incluyen entre los poderes de la Corona el de nombrar a los empleos civiles y militares. Es más, tal facultad que procedente de 1812 reproducen mecánicamente todos los textos (12) viene ligada en el debate público de la época a la responsabilidad del Gobierno: si éste es responsable ante el Parlamento por su gestión debe contar con los instrumentos necesarios para desarrollarla, y uno de éstos, de carácter fundamental, es precisamente el de disponer de los empleos para colocar en ellos a personal de confianza, punto en el que nuevamente el Estado Liberal hereda el sistema del Antiguo Régimen. Ahora bien, como las condiciones sociales, administrativas y políticas han cambiado ya no resulta posible proveer los empleos a través de un sistema, consolidado por la tradición, de clientelismo administrativo dominado por los colegiales mayores, como en el XVIII. La organización que posibilitaba ese reclutamiento ya no existe.

La práctica va a discurrir por otra vía, aquella que abre la coincidencia de una ampliación de la organización y el personal administrativo, el surgimiento de la representación y con ella de los partidos de cuadros correspondientes, y la necesidad de contar con un personal fiel. Es la vía del clientelismo de partido y de facción, la introducción en la administración del *spoils system*. De esta regla sólo escapan los cuerpos de escala cerrada y los denominados «facultativos» que en principio se limitan a las Fuerzas Armadas y sólo muy lentamente penetrarán en los cuerpos técnicos (el ejemplo de rigor son los ingenieros) de la Administración civil en los que el personal cualificado es muy reducido y su incidencia política también. Situación destinada a durar, en lo esencial, hasta la creación por el Gobierno Nacional de la función pública moderna con el Estatuto de 1918, con su combinación entre el acceso meritocrático reglado y la inamovilidad en el *officium*.

(12) Incluso el proyecto federal de 1873, art. 72, *vide* SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones...*, v. I, pág. 567.

2. LA PRÁCTICA EN LA ETAPA ISABELINA

Si las señaladas son las condiciones ecológicas de la función judicial no resulta difícil figurarse cuál es la situación de los jueces y su reclutamiento a lo largo de la etapa isabelina, y aun después. Si descontamos la necesidad de acreditar alguna pericia en Derecho para desempeñar los puestos judiciales, lo que es una exigencia estructural de un sistema legal basado en la primacía del Derecho escrito, la situación del juez se asimila a la del funcionario. Como éste es nombrado discrecionalmente por la Corona; es decir, por el ministro de turno, como éste es ascendido, destinado, trasladado, como éste es, finalmente, cesado cuando cambia el partido gobernante y aun la facción dominante en el seno de este último. Y así como el cambio citado produce un cambio en la nómina del Ministerio, el cambio de partido en el Gobierno se traduce en la doble operación de depurar a los jueces existentes (evidentemente obra del favor) e introducir en sus puestos a los amigos políticos (a los que solemnemente se promete la inamovilidad).

En el caso de los jueces ese proceder, que tiene las raíces señaladas, se ve reforzado si cabe por dos razones adicionales: de un lado la trascendencia política de la justicia aconseja que no haya disonancia pronunciada entre los distintos poderes del Estado. Mas como no existe en la etapa isabelina reconocimiento del pluralismo legítimo, ni consiguientemente se admite la alternancia legítima en el poder, y el ordenamiento fundamental es, al menos hasta 1876, un ordenamiento de partido, la exigencia de coherencia político-constitucional entre los poderes del Estado no es sino otra forma de exigir la provisión de puestos judiciales en razón de la adscripción de partido. De otro opera un factor permanente: a ningún Gobierno, bajo ninguna circunstancia, le agrada ser controlado y que su responsabilidad le sea exigida, no cabiendo duda de que, desde esa perspectiva, el mejor control judicial es el que no se ejerce, aquel que se encomienda a clientes, dependientes y amigos. Es ese contexto el que explica una práctica que Montero ejemplifica en Gómez Becerra, como podía haberlo hecho con Mayans, Arrazola e incluso el puritano Pacheco (13).

En ese marco general se inserta la detallada crónica realizada por Paredes, en un conocido trabajo (14), que permite entender por qué

(13) Vide MONTERO AROCA, J., *Independencia...*, op. cit., pág. 41 y sigs.

(14) PAREDES, J., *La organización de la justicia en la España Liberal. Los orígenes de la carrera judicial, 1834-1870*, Civitas, Madrid, 1991, *passim*.

desde 1835 se establece el sistema de juez nombrado por la Corona, es decir, por el Gobierno en un sistema parlamentario como el que se introduce en 1835/37, entre abogados o juristas académicos, por qué se produce una asimilación entre el juez y los demás funcionarios (15), y el porqué de la frecuencia de las depuraciones (16). Asimismo se comprende fácilmente el impacto indirecto que sobre el reclutamiento de los jueces tendrán las medidas de racionalización de la Administración introducidas por Bravo Murillo en 1851 (17), una de cuyas consecuencias a medio plazo será alterar progresiva y significativamente los términos del debate en la cuestión concreta que aquí se trata.

Desde el punto de vista legislativo (18) el sistema seguido desde 1835 y consolidado por el RD de 29 de diciembre de 1838 es el del juez nombrado por el Gobierno entre abogados y profesores universitarios de disciplinas jurídicas, lo que permite recurrir al nombramiento, nada infrecuente por lo demás, de político en activo con la pericia en Derecho correspondiente. Un elemento significativo radica en la extrema dificultad de producir una ley orgánica de tribunales, por emplear la expresión dominante en la época. Resulta llamativo que en Parlamentos dotados de mayorías gubernamentales amplísimas, en ocasiones lindando con la unanimidad, como en las Cortes reformadoras de 1844, no se produjera durante toda la etapa isabelina la ley que reclamaban los sucesivos preceptos constitucionales atinentes, en especial los que proclamaban la inamovilidad. Esa ausencia resulta funcional en un contexto marcado por una concepción de la Constitución como norma cuyo destinatario exclusivo son los poderes públicos, las Cortes con el Rey según la fórmula habitual, carente de normas susceptibles de aplicación directa sin la interposición del Legislador, pues es precisamente la ausencia de la ley orgánica correspondiente lo que permite al Ejecutivo disponer a su antojo de los jueces, su estatuto y organización, regulados mediante meras normas reglamentarias (19). La inac-

(15) PAREDES, J., *La organización...*, *op. cit.*, pág. 59 y sigs., curioso el ejemplo radical de tal asimilación en la circular de Zumalacárregui citada en pág. 92.

(16) *Ad exem vide* depuración progresista en 1836, pág. 53 y sigs., moderada en 1847, pág. 131; otra vez moderada en 1857, pág. 162 y sigs., y así sucesivamente.

(17) PAREDES, J., *La organización...*, *op. cit.*, pág. 135 y sigs.

(18) Información obtenida de *Comisión General de Codificación. Crónica de la Codificación española. 1. Organización judicial*. M. de Justicia, Madrid, 1970.

(19) En rigor, como muestran los debates de la contestación del Discurso de la Corona y de la propia reforma constitucional de 1844, la noción doctrinaria de Constitución

tuación de la Constitución permite a los sucesivos ministros y Gobiernos mantener la inamovilidad judicial en el cielo de la ley fundamental evitando sus molestas consecuencias en la tierra.

En todo caso el sistema de jueces de nombramiento regio entre abogados y profesores es el sistema que siguen los proyectos legislativos de la época, si bien con matices diferenciales significativos. Así en el caso del proyecto progresista de 1842 se aprecia todavía cierta voluntad de asegurar a la judicatura una cierta posición de independencia originaria respecto del Ejecutivo, abriendo la puerta a la intervención de la magistratura en la provisión de plazas en los supuestos de entrada en la carrera y en el caso de los ascensos. El sistema de 1842, muy marcado por el modelo tradicional de la propuesta en terna de la Cámara de Castilla que asume el texto gaditano sustituyendo a aquélla por el Consejo de Estado, planea como directriz primaria del proyecto (de un proyecto en el que la abolición del Consejo previsto en el texto de 1812 (20) obliga a los redactores a buscar alguna alternativa como cuerpo autor de la propuesta en terna) el que la facultad de propuesta que comentamos correspondiera nada menos que al mismísimo Tribunal Supremo (21). Al respecto reza la exposición de motivos:

Ultimamente, como la buena, recta y pronta Administración de Justicia depende esencialmente del acertado nombramiento de las personas a cuyo cargo ha de ponerse, el Gobierno, que nada cree más importante ni desea más ardentemente que sea cierto, ha creído que de ningún modo podrá conseguirlo mejor que confiando al Tribunal Supremo las propuestas para todos los destinos de magistrados y jueces, con las noticias, datos y en la forma que se establece.

exige la relativización del texto de la Constitución escrita, desplazado de su papel de norma fundamental por la existencia previa y los acuerdos entre los dos cosoberanos (Cortes y Corona) cuya voluntad coincidente produce la ley fundamental escrita. No hay, pues, ni puede haber, poder constituyente, y, por lo mismo, la Constitución Política no puede ser en rigor «ley fundamental». *Ad exem vide*, ALCALÁ GALIANO. *DSCD*, 2/11/44, pág. 211 y sigs.

(20) No está de más advertir que el Consejo de Estado de 1812 no tiene nada que ver con el cuerpo consultivo de dicha denominación creado en la década de 1860 y cuya vida se extiende hasta nuestros días; antes bien es un cuerpo de carácter gubernativo con ciertos atisbos de embrión de segunda Cámara.

(21) El proyecto de ley en *DSCD* 7/1/42, desdichadamente la edición que he manejado —la del *Eco del Comercio*— está en un pésimo estado y no he podido recurrir a la edición de 1870, no obstante el texto viene reproducido fielmente en *DSS*, ap. al núm. 26, 6/3/65.

El texto del proyecto establece al respecto que los «tenientes de juez», que hacen las veces de jueces de paz, son nombrados entre leigos por los tribunales superiores de distrito (audiencias) a propuesta en terna del ayuntamiento correspondiente para un mandato de dos años (cf. arts. 8 y 9); en segundo lugar los jueces de primera instancia (base de carrera judicial) son nombrados entre abogados con tres años de ejercicio; no obstante, si se tratare de juzgados de término son elegibles los funcionarios del Ministerio de Justicia que sean letrados y los profesores de disciplinas jurídicas (arts. 25 y 27); en tercer lugar los magistrados de tribunal de distrito son nombrados entre funcionarios letrados del Ministerio, abogados y catedráticos de disciplinas jurídicas con ocho años de ejercicio profesional y jueces de primera instancia con al menos seis años de ejercicio (arts. 53 a 55); finalmente el Supremo es provisto entre presidentes de tribunales superiores o magistrados del de Madrid, fiscales de los tribunales superiores y ex ministros del ramo (art.72 y sigs.). En todos los casos de jueces de carrera, no obstante, el nombramiento es efectuado por el Gobierno a propuesta en terna doble por parte del Tribunal Supremo (cf. arts. 84 a 87).

En contrapartida la doctrina moderada, en coherencia con la concepción napoleónica que hace suya la Constitución de 1845, va ser de una sencillez aplastante: nombramiento exclusivo por el Gobierno, sin otra restricción que la exigencia de la condición de perito en Derecho acreditada mediante el ejercicio previo de la abogacía. El *argumentum magnum* de los moderados es bien simple: si el Gobierno de la Reina es responsable de los servicios es indispensable que tenga la facultad de nombrar (se sobreentiende separar) a los funcionarios que prestan esos servicios, el Rey nombra y separa libremente a los empleados, y *compris* los jueces. Tal es el criterio de los proyectos legislativos moderados: así el proyecto de ley de organización de tribunales de 1848, así como en el proyecto Arzola de 1850 (22), o en el proyecto de ley del

(22) *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 64. El sistema del proyecto es bien gráfico hasta el punto que constituirá el modelo de referencia en los debates de la década de los sesenta: Nombramientos del Gobierno (art. 35). Los nombramientos son de escala y de libre provisión (art. 37). Los ascensos de escala lo son por antigüedad en las cuotas del artículo 42 (dos tercios de los puestos, salvo en el Supremo que son un tercio). Los nombramientos de libre provisión exigen ser letrado con antigüedad de al menos cuatro años (art. 38 y sigs.) con inclusión de funcionarios en la entrada y de los ex ministros de Justicia en el Supremo.

Marqués de Gerona (23), y que, como veremos, aun sostendrán los escasos moderados de las Cortes en el debate de la Constitución de 1869.

Ahora bien, a mediados de la década de los cincuenta ese sistema de selección, cuya aplicación despertaba un entusiasmo fácilmente describable en el contexto señalado, comienza a ser cada vez más difícil de sostener políticamente. El impacto de la racionalización administrativa de las reformas de Bravo Murillo, aun en buena medida frustrada, comienza a apreciarse y a producir demandas de cambio en la materia. En razón de ello ya el proyecto de ley constitutiva de los Tribunales de 1854 venía a establecer trabas a la discrecionalidad gubernamental al disponer que si bien los jueces debían ser designados entre peritos en Derecho por la Corona de acuerdo con las cualificaciones establecidas por la ley la concurrencia en cada nombramiento de aquéllas sería previamente apreciada por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo (24). Tal idea pudo superar la cesura de la revolución de 1854, ya que el sistema que sigue el proyecto de ley orgánica de Tribunales de 1855 se le asemeja considerablemente: nombramiento gubernamental, sí, pero entre abogados y juristas previamente aprobados por el Tribunal Supremo (25), aun así resulta curioso que el proyecto de la ley de bases guardara silencio sobre la cuestión del acceso a la carrera judicial y que fuere una enmienda planteada por Nocedal con la clara intención de mantener el *statu quo* la que diera pie a la solución precitada (26).

(23) *DSCD*, ap. 3 al núm. 2, 21/11/1853 y *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 67.

(24) *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 70, con lo que se viene por vía indirecta a recuperar la idea del proyecto de 1842.

(25) *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 73, que en este punto hereda directamente el proyecto progresista del esparterismo.

(26) Enmienda NOCEDAL a la Base 29.

«Todos los funcionarios del orden judicial serán nombrados por la Corona». *RGLI* «Ley orgánica de Tribunales», t. VIII, Madrid, 1856, pág. 179. Debate, pág. 193 y sigs. Por lo demás hay que señalar cuán poco innovadores eran los diputados de la mayoría en las Constituyentes, en cuanto a la materia que tratamos, el portavoz de la Comisión, LUZURIAGA, parece OLIVÁN o JAVIER DE BURGOS:

Señores, el Poder Administrativo y el Poder Judicial se parecen en que ambos tienen la misión de ejecutar las leyes. El Poder Administrativo está encargado de ejecutar las leyes que dicen relación a la sociedad colectivamente, y como los intereses públicos y generales varían, hacen necesariamente variar la conducta de la Administración, la cual debe estar con el ojo alerta sobre las circunstancias de tiempo y de lugar. La institución tiene por objeto aplicar las leyes a los particulares y estas leyes no se varían sino por el legislador.

Con todo el hilo unificador que da coherencia al conjunto sigue siendo el mismo: los jueces no son Poder Judicial porque no existe tal cosa. En las Constituyentes del bienio alguien tan distante de los antiguos afrancesados (como Burgos u Oliván, artífices de la abolición del «Poder Judicial» en 1844) como Llamas viene a sostenerlo en términos inequívocos:

... pero el juez y la magistratura que se arreglan a la ley escrita, esos hombres que no pueden hacer más que respetar la ley. ¿Cómo puede creerse que sean un poder? ¿Dónde está? ¿En qué consiste? Todo lo que dice el Gobierno a un magistrado es: «remito la causa legal para que con arreglo a la ley recaiga sentencia». Pues si los juzgadores han de ser los primeros que al fallar se sujeten a la ley, si los magistrados no pueden separarse un ápice de las leyes; si no son, digámoslo así, más que unos autómatas, ¿por qué se han de llamar poder? (27).

3. LOS INTENTOS DE REFORMA

Tras el fracaso de la revolución y la vuelta de los moderados, que se tradujo como señalamos en la consiguiente depuración judicial (28), la idea de la designación de alguna manera condicionada técnicamente vuelve a aparecer en la proposición de ley de Ortiz de Zárate, bien que significativamente modificada: el juez sería nombrado por la Corona, pero entre aquellos candidatos que hubieren sido aprobados por una Junta Calificadora integrada al efecto y formada por un fiscal, un abogado en ejercicio y tres magistrados en propiedad, la idea del acceso por oposición a imagen y semejanza de los cuerpos de escala cerrada estaba en el ambiente (29). En ese contexto adquiere todo su sentido la propuesta del Colegio de Abogados de La Coruña de que se hace eco Paredes: ingreso por oposición previo ejer-

LUZURIAGA, *op. cit.*, pág. 191, en tanto que Nocedal expone de forma simple y clara la defensa de la solución ya entonces tradicional.

Añadí en seguida que habiéndose establecido en esta Constitución y en todas las anteriores, que la justicia se haya de administrar en nombre del Rey, lo natural y lógico era que la Corona nombrara a todos los funcionarios del orden judicial. NOCEDAL, pág. 193.

(27) LLAMAS, DSCC, 27/11/55, pág. 5308.

(28) Lo que explica la existencia de «cesantías de jueces y magistrados» que a juicio de los reformadores epitomizaban los males de la judicatura.

(29) DSCD, ap. al núm. 6, 2/6/1860, *Crónica...*, *op. cit.*, pág. 83.

cicio de la abogacía a fin de reclutar personal judicial con experiencia en los asuntos, formulada a consecuencia de la petición de Arias Uría (30). Mas para entonces la idea que había de cristalizar en la LOPJ de 1870 ya había surgido.

Por lo que he podido comprobar la idea de la oposición aplicada a la selección de los miembros de la carrera judicial aparece por primera vez, bien que de forma un tanto borrosa, en los años del Bienio (31). Ya en 1856 Laveron, tras señalar la necesidad de producir una ley formal que regulara el ingreso, entonces y hasta 1869 entregado a disposiciones de rango reglamentario, sugiere, bien que a título excepcional, la introducción de la oposición como un sistema de reclutamiento de la magistratura (32) adjunto a la fórmula tradicional de nombramiento entre abogados de experiencia (seis años de ejercicio en este caso):

Podrían abrirse concursos periódicos a los jóvenes para la provisión de algunos juzgados inferiores, abriendo además una pesquisa sobre su moralidad.

La idea va ganando terreno lentamente porque se van introduciendo poco a poco los procedimientos meritocráticos en la función pública, movimiento que tras el Bienio adquiere impulso merced a la introducción de la técnica más allá de los supuestos tradicionales de los ingenieros y de los oficiales de artillería, así sucede con el personal docente con la Ley Moyano o con los letrados de la dirección general de los registros a partir de la ley hipotecaria (33). Al comenzar la década de 1860 el ambiente está preparado para el desencadenamiento de una ofensiva reformista, cuyos directores serían Ortiz de Zárate y, muy es-

(30) PAREDES, J., *La organización...*, *op. cit.*, págs. 155/56.

(31) Miguel, P. J., «Observaciones sobre el proyecto de ley de arreglo de Tribunales». *RGLJ*, t. IV, 1854. pág. 5 y sigs. Sugerencia de oposición en pág. 13.

(32) LAVERON, F., «Apuntes para la ley orgánica de Tribunales». *RGLJ*, t. VIII, Madrid, 1856, pág. 226 y sigs. La cita lo es de la pág. 235.

(33) Curiosamente la referencia no es de los registradores, sino de los letrados de la dirección general, probablemente como reflejo de los enormes problemas que hubo que afrontar al poner en aplicación la Ley Hipotecaria antes de que se hubiera puesto en planta su presupuesto: la codificación civil, y que son de presencia recurrente en las publicaciones jurídicas de la época. Por lo demás sobre los fedatarios públicos planeaban los conflictos derivados de la supresión de la venalidad de los cargos, cuyas últimas consecuencias se arrastran hasta la década de 1860.

pecialmente, Gómez de la Serna, que, aunque fracasará inmediatamente, alcanzará el éxito con la Gloriosa.

Para Gómez de la Serna, claramente el ideólogo de la operación, el problema crucial era el de la inamovilidad. En el sistema existente la Constitución proclamaba solemnemente la inamovilidad judicial, pero la ausencia de ley orgánica de tribunales dejaba aquélla entregada a la disponibilidad de los gobernantes; en consecuencia, la inamovilidad «no era una verdad», ciertamente se podría pensar en un escenario en el que los jueces de nombramiento de la Corona fueren inamovibles, a imagen y semejanza de lo que sucedía en el Reino Unido, de tal modo que bastaría con establecer las garantías correspondientes respecto del cese de jueces y magistrados para alcanzar aquélla, aunque por un momento pareció acariciar dicha idea (34) pronto la abandonó. En 1861, nuestro autor, a la sazón miembro de la Comisión de Codificación junto con Ortiz de Zárate, publicó un trabajo en la RGLJ en la que expone en dos artículos el sistema que iba a protagonizar una década de debates sobre la organización judicial (35): el reclutamiento por oposición. A la consideración de nuestro autor sólo se ofrecen tres métodos de selección posibles: la designación gubernamental entre letrados, fórmula en vigor (36) la designación gubernamental vinculada por previa propuesta en terna por parte de autoridad distinta de la del Gobierno; esto es, el sistema de 1812, y el acceso puramente meritocrático. Al proponer su sistema Gómez de la Serna razonaba implícitamente que sólo un medio de acceso al cuerpo que no dependiera del favor político podía servir de base a la inamovilidad judicial en una Administración podrida por el clientelismo y el *spoils system*, un juez que accediera al cargo en función de sus pro-

(34) *Vide* GÓMEZ DE LA SERNA, P, «Sobre la inamovilidad judicial». *RGLJ*, t. XVIII, Madrid, 1861. Idea de la consulta al Consejo de Estado para la separación, pág. 152. Es de advertir que el Consejo de Estado ya era el cuerpo consultivo que ahora conocemos y no el cuerpo gubernativo de 1812.

(35) *Vide* GÓMEZ DE LA SERNA, P, «Del ingreso y ascenso en la carrera judicial». *RGLJ*, t. XIX, Madrid, 1861, artículo primero, pág. 342 y sigs.; artículo segundo, pág. 388 y sigs.

(36) No cabe olvidar que ésa era y es la fórmula legal vigente en el Reino Unido, lo que acredita por sí solo que la designación gubernamental no está necesariamente ligada al clientelismo y el favor, ni es incompatible con la inamovilidad. Ahora bien, una vez viciado el procedimiento por el uso, y una vez asociado a la ausencia de regulación legal y de inamovilidad, resulta claro que el escoger dicha opción es, en el contexto de los años sesenta del pasado siglo, un modo de respaldar el poco ejemplar *statu quo*. Significativamente esa será la opción de los enemigos de la reforma.

pios méritos no debería el puesto al Ministro, la facción o el partido y se hallaría en condiciones políticamente óptimas para resistir el riesgo de las cesantías; de otro lado, y siempre desde la perspectiva política (que no nos engañemos, es la pertinente), el Ministro difícilmente se hallaría en condiciones de separar a juez o magistrado que hubiere alcanzado el puesto mediante un procedimiento que acreditara mérito y capacidad.

El punto de partida del análisis es la falta de idoneidad del sistema en vigor —designación gubernativa entre prácticos— acerca del cual el juicio es rotundo:

El procedimiento en vigor no es garantía alguna de idoneidad (37).

Lo que difícilmente puede ser calificado de oscuro. Entiéndase bien, la cuestión se afronta como un puro problema de reclutamiento no de miembros de un Poder del Estado (en el momento se halla en vigor el texto de 1845), sino de funcionarios públicos, lo que por lo demás se manifiesta expresamente:

Elegidos así los funcionarios del orden judicial (38).

En expresión cuya raíz en el modelo napoleónico es evidente. La cuestión se plantea más bien considerando los problemas particulares que plantea el reclutamiento de unos funcionarios que han de ser inamovibles, ya que en tal caso la misma inamovilidad obliga a ser particularmente exigentes en punto a requisitos de entrada, ya que en tal caso son las barreras de acceso las determinantes de la calidad del funcionario:

Cuando se trata de funcionarios inamovibles, necesario es pensar en sus condiciones de aptitud más seriamente que cuando se va a fijar los de los empleados en los diversos ramos de la Administración (39).

De lo que se trata, pues, es, como se ha visto, de la idoneidad de los inamovibles. El paso lógico es mirar los supuestos recientes de

(37) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, pág. 346.

(38) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, pág. 395.

(39) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, pág. 345.

funcionario inamovible: éstos se reclutan mediante oposición, así se citan como ejemplos los cuerpos de escala, el profesorado público de la Ley Moyano, los letrados de la Dirección General de los Registros y el de los cuerpos militares facultativos (40). Ahora bien, uno de los argumentos sólidos esgrimidos en defensa del sistema en vigor radicaba precisamente en que el mismo exigía experiencia previa a los candidatos a juez, a todos los candidatos, al establecer la necesidad de que el nombramiento recayera en letrados con despacho abierto. A ello viene a responder Gómez de la Serna aduciendo algo que desgraciadamente no acabaron de ver con claridad los autores de la LOPJ de 1985: que es difícil reclutar para juez de entrada a abogados de prestigio, no obstante nuestro autor va más allá: aun admitiendo que la experiencia de los negocios es conveniente, señala con justeza de un lado que la misma no es imprescindible en los puestos de entrada:

La experiencia en la profesión es buena para los Tribunales superiores, pero no para los jueces de entrada (41)

y del otro que sólo son interesantes para la magistratura los abogados de prestigio, y que éstos sólo encontrarán atractivos los puestos más elevados de aquélla. Además la experiencia profesional no es suficiente si no va acompañada de conocimientos teóricos, de donde se sigue que la presencia de letrados está indicada en los órganos colegiados.

Sentados dichos criterios la solución propuesta cae por sí misma: el ingreso en la carrera debe reservarse exclusivamente a la oposición:

Para que las elecciones de jueces de entrada sean tan acertadas como tiene derecho de exigir la sociedad, no hay, a nuestro modo de entender, otro medio que el de los concursos (42).

Los ascensos deben proveerse, no obstante, por un sistema mixto: la antigüedad y los concursos deben ser el eje de la provisión de los órganos superiores, pero en ellos debe haber un cupo de magistrados provinientes del ejercicio de la abogacía a fin de evitar el riesgo de cie-

(40) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, cuerpos de escala de la Administración Civil, pág. 344; el de los registros, pág. 351; el de las cátedras, pág. 392; el de los cuerpos militares facultativos, pág. 393.

(41) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, págs. 350-51.

(42) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, pág. 351.

rre del cuerpo sobre sí mismo y mantener la necesaria comunicación entre las profesiones jurídicas (43).

No obstante el diseño sigue siendo vulnerable al argumento crítico de la falta de experiencia y la inmadurez de los candidatos a los que sólo se exige para el ingreso la posesión de determinados conocimientos. En razón de ello el senador sugiere una solución original: una vez ganada la oposición los candidatos no ingresan directamente en el cuerpo, sino que tienen que estar durante un período de formación adquiriendo los conocimientos y habilidades propios de la práctica:

El más justo en sí mismo y de ejecución más fácil nos parece que sería formar un cuerpo de aspirantes a la carrera judicial, que contara del número de individuos que por término medio se supusiera necesario para cubrir las vacantes de los juzgados en el espacio de dos o tres años: que en este cuerpo entraran cada año los que fueren necesarios para completar su dotación ordinaria: que el nombramiento recaiga precisamente en los que tienen las primeras censuras del concurso: que los aspirantes, hasta que obtuvieren juzgados, permanecieran a las órdenes de los regentes de las Audiencias que podrían destinarlos a los juzgados de paz de los pueblos de su residencia, o suplir las relatorías vacantes... (44).

En suma, el artículo viene a anunciar el sistema que adoptará definitivamente la LOPJ de 1870: oposición para el ingreso, estancia provisional en un cuerpo de aspirantes, promoción por méritos y antigüedad y reserva de un cupo de plazas en los tribunales superiores colegiados para notables y abogados de prestigio nombrados por el Gobierno. Dicho diseño va a constituir el caballo de batalla de la reforma de la judicatura en toda la década de 1860.

El instrumento fundamental de la ofensiva reformista va a ser la Comisión de Codificación (la «Comisión de Códigos» en el lenguaje de la época), que va a actuar en combinación con el Colegio de Abogados de Madrid y de los miembros unionistas del Senado, siendo Gómez de

(43) La fórmula sugerida reserva de un tercio de las plazas de los Tribunales superiores para provisión por el Gobierno entre notables. GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, pág. 394.

(44) GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Del ingreso...*, *op. cit.*, pág. 393.

la Serna, vocal de la Comisión, miembro de la Junta de Gobierno del Colegio y senador, la pieza clave de la operación. El fuego lo abre el Colegio de Abogados de Madrid, en una exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia (45), en el que, tras una crítica radical de la situación, dirigida en particular contra la situación de los «funcionarios del orden judicial» viene a exigir las tres reformas capitales: un nuevo procedimiento criminal, la reforma de la casación civil y un procedimiento de acceso a la magistratura fundado en la oposición como medio de evitar el favor en la provisión de tales puestos de funcionarios. La exposición el Colegio de Madrid, que reflejaba la opinión de la mayor parte de la abogacía, y era respuesta a la consulta abierta por el Ministerio mediante la RO de 6/11/62, viene a coincidir con la entrega al Ministerio de un informe de la Comisión de Codificación, que se mueve en el mismo sentido y que fue inmediatamente publicado (46), así como el proyecto de ley de bases redactado por aquélla, que fue objeto asimismo de inmediata publicación (47).

La comisión (48) entraba en el problema de la reforma de tribunales por la vía indirecta de la necesidad de producir una ley de enjuiciamiento criminal conforme a los principios liberales y coherente con el Código Penal de 1848, al apreciar que la reforma de la organización de tribunales era una condición indispensable para la articulación de una ley adjetiva moderna. En el aspecto que nos interesa el ataque al sistema existente era frontal, y radical la alternativa propuesta: el punto de partida era el establecimiento de una incompatibilidad absoluta con el escaño parlamentario y los «demás oficios administrativos» con la sola excepción de los magistrados del Supremo, integrados en la relación de clases que ex artículo 15 C 1845 se designaban los senadores, defendida sobre la base de constituir un medio

(45) *Vide* «Exposición de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid», *RGLJ*, t. XXII, Madrid, 1863, pág. 64 y sigs. La cita de los funcionarios en pág. 73; la defensa de la oposición en pág. 72.

(46) «Bases de organización de tribunales, organización y atribuciones del Tribunal Supremo y reforma de los recursos de casación en lo civil y criminal», *RGLJ*, t. XXIII, Madrid, 1863, pág. 309 y sigs.

(47) *Vide* «Bases para las leyes de organización de tribunales del fuero común y enjuiciamiento criminal», *op. cit.*, nota anterior pág. 315 y sigs., ¿hace falta decir que en la *RGLJ* aparecía nuestro sempiterno GÓMEZ DE LA SERNA?

(48) La Comisión estaba integrada por CORTINA (P.), GÓMEZ DE LA SERNA, GONZÁLEZ ACEVEDO, BAYARRI, GARCÍA GALLARDO, DE CARDOS, ALVAREZ y MOLERO (S.).

idóneo para asegurar la división de poderes, dar imagen de imparcialidad y sacar al juez del campo de batalla político-partidista (49). Continuaba con el repudio del sistema de designación gubernativa, ya que el mismo era «la puerta abierta al favor» (50), y venía a proponer como solución alternativa la de la oposición en los siguientes términos:

En la oposición es donde la Comisión espera obtener los mejores resultados, oposición pública, solemne, ante un Tribunal permanente, compuesto de personas que, por su alta posición, por su saber, por su integridad inspirará respeto y confianza (51).

Siguiendo el diseño que ya conocemos la Comisión venía a proponer el mantener la posibilidad de integración de abogados en los órganos judiciales, posibilidad empero reservada a los Tribunales Superiores (52) y respondía a la objeción de que la oposición sólo proporcionaba conocimientos teóricos mediante el expediente de la creación del cuerpo de aspirantes:

Los que en virtud de la oposición sean elegidos para entrar en la carrera judicial, formarán un cuerpo de aspirantes, y estarán a las órdenes de los presidentes de las Audiencias para auxiliar la Administración de Justicia. Así tendrán una escuela práctica, en la cual acabarán de prepararse.

Finalmente la Comisión proponía (cf. Base 18) que los ascensos en la carrera judicial vinieran a proveerse en sus dos tercios por antigüedad y en el tercio restante mediante designación gubernamental entre juristas. Empero el precepto clave era la Base 17 del proyecto de la Comisión, que rezaba así:

Base 17

Se creará un cuerpo de aspirantes a la judicatura: su número será limitado; se entrará en él por oposición.

Los aspirantes a la judicatura estarán a las órdenes de los presidentes de las Audiencias para auxiliar la Administración de Justicia.

Entre sus individuos, y en la forma que establezcan las leyes, deberán nombrarse todos los jueces de entrada.

(49) «Bases para las leyes...», *op. cit.*, págs. 320-21 y 327.

(50) «Bases para las leyes...», *op. cit.*, págs. 354-5.

(51) «Bases para las leyes...», *op. cit.*, pág. 354.

(52) «Bases para las leyes...», *op. cit.*, pág. 355.

El Gobierno vino a aceptar las sugerencias que los mismos unionistas habían alentado y, habida cuenta que dos de los impulsores más destacados de la reforma (Gómez de la Serna y Ortiz de Zárate) eran senadores y a la vista de la mayor influencia en la Cámara Alta, presentó el correspondiente proyecto de ley de bases en el Senado (53) Incluido en una muy extensa reforma, a decir verdad, formando parte de una auténtica revolución judicial, el proyecto de ley de bases de 1863 retomaba al pie de la letra las propuestas de la Comisión, que en lo que nos interesan eran del siguiente tenor:

Base 17

Se creará un cuerpo de aspirantes a la judicatura; su número será limitado; se entrará en él por oposición.

Los aspirantes a la judicatura estarán a las órdenes de los presidentes de las Audiencias para auxiliar la Administración de Justicia.

Entre sus individuos, y en la forma que establezcan las leyes, deberán ser nombrados los jueces de entrada.

Base 18

Los jueces y magistrados no podrán ser ascendidos sino a la clase inmediatamente superior a la en que sirvan, atendiéndose para la elección dentro de cada una a la antigüedad o al mérito.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrán ser nombrados magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo, en la proporción que la ley determine, letrados que reúnan las circunstancias prevenidas en la misma, aunque no hayan sido jueces y magistrados.

Como puede verse la correspondencia con la concepción de Gómez de la Serna es completa. En apoyo del proyecto los autores recurrieron a la RGLJ, a cuyo efecto publicaron en ella sendos trabajos destinados a sostener el texto, y mantener su llama una vez que la caí-

(53) *Vide DSS*, 6/11/63 ap. 20, al núm. 3. El texto se presenta explícitamente como redactado por la Comisión de Codificación a impulso del Gobierno. *Vide* pág. 1 y como respuesta de éste a la presión de la opinión pública *ídem*.

da del Gobierno motivó la retirada de los proyectos legislativos del mismo, hasta el punto de proceder a la publicación de uno de los votos particulares reformistas —el de Huet— para dar publicidad a aquellos trabajos parlamentarios favorables que la retirada del proyecto había dejado en dique seco (54).

El segundo acto del intento reformador tuvo como protagonista a Arrazola, que en 1865 retomó los proyectos y presentó de nuevo el texto, asimismo en el Senado. Es de notar que el intento de Arrazola tenía mucho mayor alcance que el texto de 1863, un mero dato numérico lo confirma: el apéndice del *Diario de Sesiones* que publica el Dictamen de la Comisión y sus documentos adjuntos tiene nada menos que 66 páginas de texto bien prieto (55). En lo que a nuestra cuestión afecta la Comisión

(54) Vide ORTIZ DE ZÚÑIGA, P., «Breves observaciones sobre las bases presentadas al Senado relativas a las reformas judiciales». *RGLJ*, t. XXIV, Madrid, 1864 pág. 19 y sigs. GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Organización judicial. Sobre la manera de proveer los cargos judiciales», *RGLJ*, t. XXIV, Madrid, 1864, pág. 97 y sigs. (art. 1.º), y pág. 257 y sigs. (art. 2.º). HUET, J. M., «Dictamen sobre el proyecto de ley de bases para la organización de los tribunales del fuero común y enjuiciamiento criminal», *RGLJ*, t. XXV, Madrid, 1864 pág. 5 y sigs., el voto particular difiere del texto presentado en facilitar la integración de fiscales y jueces de paz. Por lo demás de tono polémico de los trabajos es buena muestra la siguiente defensa de la oposición por GÓMEZ DE LA SEMA:

Necesario es, pues, al organizar el orden judicial adoptar medidas para que los que de nuevo ingresen en él reúnan toda la instrucción posible, que los jóvenes, desde que pisen los estrados de las escuelas de jurisprudencia, sepán que de su saber depende que puedan llegar a ejercer los cargos judiciales, que se convengan de que ni en las antenasales ministeriales, ni en las relaciones de parentesco, ni en la posición social que tienen, ni por afiliarse a partidos o banderías políticas ni por otra causa que no sea su mérito exclusivo, han de esperar ser antepuestos a sus compañeros.

Para que esto suceda respecto de los juzgados de entrada, no hay mas que un camino: la oposición. *op. cit.* pág. 101.

(55) DSS Al. al núm. 26, 6/3/65. La desmesurada extensión se debe a que el texto contiene nada menos que 10 documentos distintos, con la siguiente composición:

Dictamen de la Comisión DSS 6/3/65, Ap. al núm. 26, acompañado de

- 1) Copia del dictamen de la Comisión sobre límites de la jurisdicción militar de 14/6/64, pág. 9 y sigs.
- 2) Copia del dictamen de la misma fecha sobre los límites de la jurisdicción de Marina, pág. 12 y sigs.
- 3) Copia(modificada) del dictamen sobre organización y atribuciones del TS de 27/5/64, pág. 13 y sigs.
- 4) Copia (modificada) del dictamen sobre reforma de la casación civil de 27/5/64, pág. 17 y sigs.
- 5) Copia (modificada) del dictamen sobre el recurso de casación criminal de 27/5/64, pág. 22 y sigs.
- 6) Copia del proyecto de arreglo de tribunales de 7/1/42, pág. 29 y sigs.

del Senado introdujo algunas variantes menores, pero significativas. Por lo que toca al ingreso por oposición (Base 18 del Dictamen) la reforma podía calificarse de mínima:

En la Base 18⁷⁾, que encierra una de las innovaciones más importantes del proyecto, pues se refiere a la manera de ingresar en la judicatura, la comisión, aceptándola decididamente por los fundamentos con que la apoyó la comisión de códigos, ha adicionado una idea, y es la de que en la oposición, como en el nombramiento de los aspirantes a cargos judiciales, se atiende no solamente a la capacidad de éstos, sino igualmente a la moralidad y a todas las demás circunstancias que deben adornar a los que administran justicia.

De mayor bulto es la reforma en la Base 20, referida a los ascensos y al futuro «tercer turno». En este punto la Comisión introduce cuatro cambios notables: en primer lugar, que la calificación de los méritos escape a la disponibilidad del ministro:

aunque ha creído conveniente por razones muy obvias que se excusa exponer, que la calificación de los títulos y los merecimientos de los interesados no se haga sólo por el Gobierno, sino por una corporación a quien la ley confíe este delicado encargo,

lo que obviamente no iba a hacer muy felices a los senadores moderados mayoritarios en la Cámara; en segundo lugar, la reserva del tercer turno a las «notabilidades del foro»,

la primera es relativa a sentar como cualidad precisa la circunstancia de que los abogados que aspiren a entrar en la magistratura hayan de ser los más distinguidos de entre los que ejerzan su profesión en las capitales de audiencia, y que solamente sean aptos para ingresar en el Tribunal Supremo las verdaderas eminencias del foro, acreditadas por sus muchos años de ejercicio, pagando las primeras cuotas del impuesto profesional.

En un claro intento de alcanzar dos metas estrechamente relacionadas: reclutar para la judicatura a *la crème* de la abogacía según el mo-

7) Copia del proyecto de ley constitutiva de los tribunales de fuero común de 23/11/50, pág. 39 y sigs.

8) Copia de las bases de la ley orgánica de tribunales de 1856, pág. 63 y sigs.

9) Copia de Voto Particular de Huet al dictamen sobre reforma de la casación civil de 1864, pág. 65 y sigs.

delo anglosajón y excluir la desconexión entre los jueces y el resto de las profesiones jurídicas, recurriendo incluso a un criterio puramente censitario para determinar el universo de extracción.

La tercera modificación aportada consiste en la incorporación del principio de publicidad en el acceso y ascenso en la carrera, a fin de procurar el freno consiguiente de la opinión pública:

La segunda adición a esta base tiene por objeto conseguir que por medio de la publicidad de los nombramientos y de los títulos y merecimientos de los agraciados se eviten hasta donde sea posible los abusos que sin esta garantía pudieran cometerse.

Finalmente la Comisión opta por una rigidificación del sistema de ascensos, a fin de evitar las manipulaciones frecuentes en la judicatura isabelina:

La tercera adición se dirige a hacer cesar la perturbación que ha ocasionado en la carrera judicial la irregular aplicación del sistema de categorías de los cargos, que establecido por un Real Decreto, con fin muy diverso del que después se ha dado, es ya hoy imposible de sostener. Por eso la Comisión propone que ningún destino del orden judicial y fiscal pueda tener diferente categoría que la suya propia, ni los que sirvan obtener otra superior que la de los cargos que desempeñen.

A tal efecto la Comisión modificaba el texto proponiendo las nuevas Bases 19 y 20. En la redacción propuesta por la Comisión la primera de ellas, que hubiera supuesto en caso de ser aprobada una verdadera revolución en la organización del «orden judicial», ya que en el caso de su entrada en vigor la judicatura se hubiera visto dotada de un régimen legal que le hubiera permitido emanciparse del Gobierno desde su mismo origen:

Base 19

Se creará un cuerpo de aspirantes a la judicatura: su número será limitado; se entrará en él por oposición.

Los aspirantes a la judicatura estarán a las órdenes de los presidentes de las Audiencias para auxiliar la Administración de Justicia.

De entre sus individuos, y en la forma que establezcan las leyes, deberán ser nombrados todos los jueces de entrada, sin perjuicio de reservar determinado número de plazas a los fiscales de partido y jueces de paz

la aceptación del principio de la oposición en la fórmula Gómez de la Serna es rotunda, con la única matización de que la oposición si bien se configura como el camino principal, ya no es rigurosamente el único. De otro lado la nueva configuración de la Base 20 desarrolla con mayor detalle la idea de reservar a «juristas de reconocida competencia» una parte de los puestos de los órganos colegiados (56).

Base 20

Los jueces y magistrados no podrán ser ascendidos sino a la clase inmediatamente superior a la en que sirvan, atendiéndose para la elección dentro de cada una a la antigüedad y al mérito.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrán ser nombrados magistrados de las audiencias y del Tribunal Supremo, en la proporción que la ley determine, letrados de especial mérito y suficiencia, y que reúnan las demás circunstancias prevenidas en la misma, aunque no hayan sido jueces y magistrados.

Los que en las provincias ultramarinas hayan desempeñado en propiedad cargos judiciales, y reúnan las circunstancias que la ley orgánica establezca, podrán ser nombrados y ascendidos del mismo modo que quienes hayan servido en la Península y en las islas adyacentes.

El escenario para el debate estaba listo. La mayoría del Senado, dominada ampliamente por los moderados, y en la que no era escasa la presencia de «neocatólicos», difícilmente podía acoger con entusiasmo un proyecto de ley como el presente, que suponía por sí solo nada menos que la autonomización de la judicatura en un momento en el que eran patentes los síntomas de agotamiento del régimen, un proyecto cuya inspiración liberal era diáfana, y cuya aprobación sería contemplada como un éxito de unionistas y progresistas, un texto, en fin, que venía a inutilizar una parte significativa de los recursos políticos de que disponía un gobierno cuasi-autoritario (57) y a herir una

(56) En coherencia el párrafo tercero de la base trigésimo tercera habría la posibilidad de que los fiscales accedieran a la judicatura, a propuesta del Fiscal del Tribunal Supremo.

(57) A título de ejemplo el sistema del proyecto venía a cortar de raíz uno de los instrumentos más eficaces de generación de cacicazgos, que en no escasas ocasiones fue obra precisamente de jueces, véase:

amplia gama de intereses profesionales, un texto al que sus progenitores no dudaron en adornar con el epíteto de radical (58).

Nada de extraño tiene que el intento de hacer la revolución judicial en la Cámara aristocrática fuera una idea digna de más detenida meditación: la oposición fue radical, absoluta e inmediata, dieciocho días nada menos requirió el debate de totalidad, y dos más la incompleta discusión de la base primera, antes de que, so capa de la enfermedad del Ministro la discusión fuere suspendida y el proyecto expirase silenciosamente (59). Por lo demás la argumentación de los defensores no ofrece, en la cuestión que nos afecta, novedades relevantes respecto de lo que ya sabemos, para todos estaba muy claro que el texto de referencia era el artículo de Gómez de la Serna de 1861, y, en efecto, los defensores apenas si innovan la argumentación allí desarrollada, orientada a que «la inamovilidad sea una verdad» (60).

Ahora bien, aun en desarrollo el proceso de involución autoritaria que condujo a la Gloriosa, y aun habiendo fracasado el proyecto Arrazola la presión en favor de una reforma judicial era tan fuerte que el

¡Que no es urgente, que no es urgente que la magistratura y la judicatura salgan de la abyección en que caen a merced de los ministros (...), a merced de los candidatos políticos, de ésos que dicen: ya he arreglado mi distrito y el tal arreglo se reduce a poner al juez de primera instancia, al promotor y al estanquero. ¿No es tiempo, señores, de que al cabo de todos años que la Constitución ha consagrado el principio de la inamovilidad, se realice? GARCÍA GALLARDO, *DSS*, 21/3/65, pág. 375.

(58) Carácter radical del proyecto RENTERO y VILLA, *DSS*, 20/3/65 pág. 368 y sigs., que acepta por la Comisión, CARRAMOLINO, *idem*, pág. 370

(59) El debate comenzó el 20 de marzo y se prolongó hasta el 10 de abril, día en el que se suspendió, un resumen bastante ajustado del debate puede verse en la *RGLI*, t. XXVI, Madrid, 1865, pág. 388 y sigs., y pág. 476 y sigs. Significativamente, pese a que el proyecto había sido consultado a los magistrados senadores el grueso de jueces con escaño en la Cámara se alineó en contra de la reforma.

(60) «Explicación del proceso de redacción y de la intervención de la Comisión de Códigos», en GÓMEZ DE LA SERNA, *DSS*, 22/3/65, pág. 394 y sigs. Defensa del acceso meritocrático con los ejemplos del profesorado, el Consejo de Estado y la DGRN, en GÓMEZ DE LA SERNA, *DSS*, 23/3/65, pág. 447. «Defensa de la oposición», en GÓMEZ DE LA SERNA, *DSS*, 24/3/65, pág. 425. «El ataque a la oposición por ser inadecuada y no proporcionar más que conocimiento teórico», en CALDERÓN COLLANTES, *DSS*, 23/3/65, pág. 449. Como sucederá más adelante es CALDERÓN COLLANTES quien lleva el peso de la defensa del sistema tradicional y el eje en torno al cual gira la ofensiva de los moderados. Debe hacerse observar, no obstante, que el punto que tratamos era cuestión secundaria en el debate, centrado en la introducción de la oralidad en el procedimiento criminal y en la reordenación de los fueros y del sistema procesal.

último gobierno Narváez se vio forzado a tomar cartas en el asunto y al menos a dar la imagen de que algo se pensaba hacer, de tal modo que en enero de 1868 el Gobierno presentó, nuevamente en el Senado, un proyecto de bases de la ley orgánica de Tribunales, justificando su iniciativa con una motivación nada oscura:

Suspendidas las discusiones comenzadas, y retirados los proyectos por distintos motivos, la pública opinión persiste en la demanda de que se formen y den a la luz las importantísimas leyes anunciadas (61).

El texto, de un redactado tan genérico y breve que en rigor venía a constituir poco menos que una habilitación en blanco en beneficio del Gobierno, no decía una sola palabra referente a la cuestión que nos ocupa. No obstante la presión era tan fuerte que la Comisión vino a enmendarle la plana al Gobierno, la razón de la introducción en las bases de la cuestión se justifica con palabras que eximen de ulterior comentario:

La inamovilidad judicial está declarada en el artículo 69 de la Constitución, según el cual ningún magistrado o juez podrá ser depuesto de su destino temporal o perpetuo sino por sentencia ejecutoriada, ni suspendidos sino por auto judicial, o en virtud de orden del Rey, cuando éste, con motivos fundados, le mande juzgar por el tribunal competente. Una triste experiencia ha venido a demostrar que mientras esa inamovilidad no sea efectiva no podrán sustraerse los jueces al maléfico influjo de la política ni creerse seguros los españoles en el goce de su libertad individual, ni en la posesión pacífica de sus bienes (62).

Difícilmente puede darse una descalificación de la política judicial durante el período isabelino en pluma más conservadora y al borde mismo de la muerte del régimen. Sin embargo, la Comisión no fue más allá de introducir una previsión que obligaba al Gobierno a regular el acceso a la judicatura y precisar la diferencia de trato entre los

(61) «Exp. proyecto de ley para formar la ley orgánica de tribunales», *DSS*, 17/1/88, ap. al núm. 7. El proyecto de 1868 puede verse en *RGLJ*, t. XXVIII, Madrid, 1868, pág. 184 y sigs.

(62) «Dictamen de la Comisión», *DSS*, ap. 2.º al núm. 13, 3/2/68.

jueces, inamovibles, y los fiscales, amovibles (63). Si el debate en el Senado careció de interés (64), en marcado contraste con lo sucedido en la misma Cámara tres años antes, no sucedió lo mismo en el Congreso.

El proyecto remitido por el Senado (65) recogía en la base primera un enunciado abierto que apenas si limitaba la capacidad de acción del Gobierno, salvo por la sujeción a la finalidad deseada de alcanzar la inamovilidad, finalidad que la base segunda introducía al diferenciar entre jueces y fiscales:

Art. 1. Base Primera.

Señalamiento de los requisitos y condiciones para el ingreso y ascenso en las carreras judicial y fiscal.

Base Segunda.

Inamovilidad de los jueces y limitaciones necesarias de esta cualidad.

Amovilidad de los funcionarios del ministerio fiscal, previo expediente gubernativo

realmente no parece que la ley de delegación fuere particularmente rigurosa, no obstante lo cual el debate no tuvo el discurso plácido del Senado, y se asemejó más al de 1865, con la particularidad de que, a diferencia de lo sucedido en el caso del proyecto apadrinado por Arrazola la cuestión que nos ocupa pasó de un lugar secundario al centro del escenario. Al efecto, Danvila cargó contra el proyecto precisamente porque a diferencia del texto de la Comisión de Códigos y el proyecto de 1865 no introducía la oposición, las palabras son inequívocas:

La libre facultad en el Gobierno de nombrar al individuo de la carrera judicial o fiscal sólo por determinadas condiciones de haber ejercido un par de años la abogacía. Por consiguiente, yo opongo a es-

(63) El texto rezaba:

Base Primera. Señalamiento de los requisitos y condiciones para el ingreso y ascenso en las carreras judicial y fiscal.

Base Segunda. Inamovilidad de los jueces y limitaciones necesarias de esta cualidad.

Amovilidad de los funcionarios del ministerio fiscal, previo expediente gubernativo.

(64) Texto definitivo en *DSS*, ap. 2.º al núm. 27, 29/2/68.

(65) Proyecto remitido por el Senado, *DSCD*, 14/3/68, ap. al núm. 38.

te pensamiento, al pensamiento de este proyecto, el pensamiento de la Comisión de Códigos; yo quiero que se entre en las carreras judicial y fiscal por medio de la oposición (66)

aunque el diputado cuidaba bien en afirmar su lealtad narvaísta. La intervención del diputado produjo una cascada de intervenciones en favor del procedimiento tradicional, que obviamente ni el Gobierno ni la mayoría querían alterar. El punto de partida fue el de siempre: el Gobierno debe contar con la facultad de nombrar discrecionalmente a los empleos públicos, hasta el punto de que el propio Roncali no tuvo reparo en afirmar que la reforma del procedimiento de designación gubernativa de los jueces se produce a consecuencia de un proyecto de ley de empleados públicos (67). Por su parte, Paz apoyó la misma posición sobre la base del ya conocido argumento de la comparación con otros empleados públicos (68). Los defensores del proyecto vinieron por su parte a sistematizar los argumentos contrarios: en primer lugar, la tradición nacional en la materia (69); en segundo lugar, el argumento de la falta de experiencia, imposible de acreditar con la oposición (70); en tercer lugar, el de la esencial inidoneidad de la oposición que esgrimió el propio portavoz de la Comisión:

Oposición decís; y en la oposición, ¿quién se lucirá? Se lucirá, como sucede generalmente, el joven que tiene más memoria, el que tiene tal vez más talento, aunque no siempre el talento esté hermanado con la memoria; el que tiene más audacia, ése es el que triunfará en un certamen público. Pues bien: os sucedería muchas veces que el jo-

(66) DANVILA, *DSCD*, 18/3/68, pág. 486, *idem*, 19/3/68, pág. 496, contraste con las bases de la Comisión y el proyecto de 1865, pág. 485-6-7. Crítica de la actualización del procedimiento tradicional efectuada por el ministro (Roncali) por RD 13/12/1867, pág. 486.

(67) No es oscuro el ministro:

Pues yo he procedido de esa manera: he tenido que dictar el decreto de 13 de diciembre, decreto que anticipé al ver que el dignísimo presidente del Consejo de ministros había tomado la iniciativa de hacer una ley de empleados. M. de Roncali (M. de Justicia), *DSCD*, 19/3/68, pág. 506.

(68) Defensa de la oposición por: 1.º combatir la empleomanía; 2.º ejemplo de los letrados de la Dirección General de Registros, y 3.º ejemplo del profesorado. PAZ, *DSCD*, 20/3/68, pág. 570.

(69) «Defensa del nombramiento gubernativo entre letrados por la tradición», RONCALI, *DSCD*, 19/3/68, pág. 506.

(70) «Así la aducción del ejemplo de la Cámara de Castilla y ataque a la oposición por no acreditar las condiciones y conocimientos necesarios para ser juez en Selva», *DSCD*, 19/3/68, pág. 511.

ven que aparece inferior lugar en ese certamen haría un excelente juez (71).

La posición de la mayoría parecía clara. Tal vez por ello Ortiz de Zárate trató de salvar lo salvable retornando a una idea ya propuesta como vimos a fines de los cincuenta: la de la junta calificadora (72), esgrimiendo en contra de la oposición el *argumentum magnum* de los conservadores como Calderón en las Constituyentes de 1868/69:

¿Qué se conoce en una oposición? El joven que sale de la Universidad, ¿no nos ganaría a todos en una oposición? En la parte técnica, que es lo único que se trata y puede tratarse en una oposición, el joven a que acaba de salir de la Universidad y que no ha dejado todavía los libros de la mesa, está perfectamente enterado. Pero la teoría aislada y sin práctica no constituye un buen juez ni un buen magistrado. Al contrario, señores, yo creo que es indispensable buscar condiciones específicas y prácticas, y para estas condiciones hay una prueba. El abogado se prueba en el ejercicio de la abogacía como el militar en la campaña (73).

No obstante lo poco propicio del ambiente los defensores de la oposición hicieron un último intento: la enmienda Blas planteaba abiertamente la fijación de la oposición en las bases, lo que probaba que hasta en el seno del más irreductible moderantismo el proyecto liberal progresista de judicatura ganaba terreno (74), al efecto el argumento fundamental esgrimido era el ya sabido del mérito:

¿Y cuál es la forma que nosotros debemos aceptar para conferir un cargo judicial o fiscal?, esta forma es la oposición, puesto que la oposición es un certamen público al cual concurren jóvenes estudiosos que demuestren la extensión de sus conocimientos, y en mi concepto es el único criterio por el cual se puede conocer quien es entre

(71) POLO y CANCELA (Comisión), *DSCD*, 21/3/68, pág. 528.

(72) Enmienda ORTIZ DE ZÁRATE, *DSCD*, 21/3/68, págs. 532-3.

Tercera: Habrá una junta calificadora, a la que será forzoso oír en todo momento. Los ascensos serán por sola antigüedad, sin tacha, hasta llegar a ser magistrado o fiscal de Audiencia Provincial.

(73) ORTIZ DE ZÁRATE, *DSCD*, 21/3/68, pág. 527.

(74) Enmienda BLAS, *DSCD*, 21/3/68, págs. 542-43.

Primera. El ingreso en las carreras judicial y fiscal se verificará por oposición; el ascenso tres plazas vacantes a la antigüedad y una cuarta al concurso.

todos los que concurren a ella el que posee en grado más elevado el conocimiento (75)

aunque no dejase de invocarse el ya manido del reclutamiento de otros cuerpos de funcionarios (76), la fruta estaba ya tan madura que incluso alguno de los muy conservadores miembros de la Comisión no dejó de apuntar una posible alternativa a la oposición que, por supuesto, también se configuraba como un método meritocrático de provisión de funcionarios (77). No obstante el conservadurismo triunfó por última vez: la enmienda fue retirada y el Congreso aceptó el texto de la base en la forma propuesta por la Comisión. Las circunstancias políticas, empero, hicieron que la ley de bases —en rigor de autorización— naciera muerta. Y es que una revolución judicial sólo podía hacerse a partir de los supuestos preestablecidos por una revolución política: la Gloriosa.

4. EL DEBATE CONSTITUCIONAL DE 1869

En rigor el origen del modelo de juez actualmente existente proviene de la Constitución de 1869, que vino a hacer suyos los planteamientos de reforma de la década que le precedió, no obstante hay que advertir de salida que, pese a la resurrección del encabezamiento «Del Poder Judicial» y pese a la consagración constitucional de principios capitales, como el de control judicial de la legalidad de los reglamentos, en cuanto a la cuestión de fondo, esto es, en cuanto a la concepción misma del Poder Judicial como tal, ni el debate, ni los textos objeto del mismo durante los trabajos de las Constituyentes, se separan de la concepción dominante preexistente. Tanto los textos discutidos como las posiciones de los grupos políticos asumen *nemine discre-*

(75) BLAS, *DSCD*, 23/3/68, pág. 548.

(76) Así:

«Hay también ciertas carreras en el Estado que están organizadas, y en las cuales únicamente se puede ingresar por medio de la oposición, y los resultados que está dando en esas carreras ese sistema os convencerá que siguiéndole en las carreras judicial y fiscal, no podrían menos que dar iguales resultados». BLAS, *DSCD*, 23/3/68, pág. 549.

(77) El texto principal reza:

«Más lógico encontraría yo, si es que se busca la ciencia en el que haya de ser funcionario del orden judicial o fiscal, que se exijan conocimientos o estudios especiales y un título de habilitación. Mejor me parecería esto que la oposición». CORONADO, *DSCD*, 23/3/68, pág. 553.

pante el supuesto fijado en Cádiz, a saber, el Poder Judicial reside en los órganos jurisdiccionales, consiguientemente, al ser el titular de dicho poder los juzgados y tribunales, y no los jueces y magistrados, la provisión de estos últimos, y con ella el acceso a la carrera judicial y el procedimiento o procedimientos para hacerlo permanecen en el *locus* en el que los había situado la práctica isabelina. De lo que se trata no es de determinar cómo se provee un Poder del Estado, de lo que se trata es de determinar el método o métodos de provisión de las plazas de determinada clase de funcionarios, de empleados públicos.

Ahora bien, aunque el debate se centra en el problema tradicional de la inamovilidad y de los medios a usar para traducirla en hechos, en el seno del mismo aparecen algunos problemas y algunas posiciones en torno a estas cuestiones que suponen un cierto —a veces un notable— grado de innovación en el planteamiento y términos del debate, y que apuntan otras concepciones del Poder Judicial.

En principio el texto propuesto por la Comisión combinaba elementos tradicionales y una innovación radical: la proclamación constitucional del principio de la oposición como el propio de acceso a la carrera:

Art. 36.

Los tribunales ejercen el Poder Judicial.

Art. 94.

Una ley especial regulará el ingreso, ascenso y término en la carrera judicial.

El ingreso en la carrera judicial se obtendrá siempre por oposición (78).

Por de pronto hay que advertir que el debate del artículo 36 (79) fue virtualmente inexistente, puesto que su enunciado venía a continuar la tradición iniciada en 1812. El único problema suscitado, el del Jurado, suscitado por vía de enmienda fue rápidamente cerrado con la intervención de Olózaga por la Comisión, limitada a señalar que el Jurado era uno de los tribunales de referencia, y que, por ende, era Poder Judicial.

Si la cuestión de la titularidad del Poder Judicial fue pacífica bien distinto fue el destino del artículo 94 del proyecto. La redacción ori-

(78) Dictamen de la Comisión en DSCC, 30/3/69, ap. al núm. 37.

(79) «El debate», DSCC, 21/5/69, pág. 2216.

ginal fue objeto de diversas enmiendas agrupables en tres categorías: la primera formada por aquellas que deseaban evitar un pronunciamiento constitucional mediante la técnica de la remisión legislativa; la segunda integrada por aquellas que defendían el mantenimiento del sistema en vigor de jueces nombrados por la Corona; la tercera las que aceptaban el principio, pero proponían matizaciones diversas, en sustancia buscando abrir la puerta a la designación entre abogados. Ante tal panorama la Comisión optó por redactar un nuevo texto del artículo 94 que buscaba conseguir el mayor grado de acuerdo, con el resultado de obtener la retirada de todas las enmiendas menos una. La nueva redacción propuesta era la siguiente:

El Rey nombrará a los magistrados y jueces a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la ley orgánica de tribunales.

El ingreso en la carrera judicial será por oposición (80).

Obviamente la enmienda supérstite, firmada por Chacón, perseguía el mantenimiento del sistema en vigor (81). El enfoque con el que se trataba la cuestión del acceso a la judicatura quedó evidenciado en el debate. Ciertamente el ataque del diputado enmendante al texto de la Comisión fue abierto y en toda la línea. De entrada, el diputado criticaba la propuesta del Consejo de Estado (ente de creación isabelina, conviene no olvidarlo, y por ello dotado de un cierto perfume de *Ancien Régime*), a su juicio dicha intervención era desaconsejable porque limitaba la discrecionalidad del Gobierno, incongruente, pues, el Consejo era un cuerpo consultivo del Gobierno y no del Ministro de Gracia y Justicia, era nefasta porque conducía directamente a privar al Ministro responsable de lo que el enmendante consideraba una «facultad natural» de aquél, la de nombrar a sus empleados; y finalmente venía a introducir una disfuncionalidad en la administración, ya que la fórmula

envuelve una confusión entre ramos distintos de la administración, que conviene evitar, y puede dar lugar a graves dificultades (82)

(80) DSCC, 22/6/69, pág. 2249.

(81) La enmienda decía:

«El Rey nombra Magistrados y Jueces con arreglo a la ley orgánica de Tribunales», *loc. cit.*, pág. 2255.

(82) CHACÓN, DSCC, 24/5/69, pág. 2256.

lo que viene a acreditar, por si hiciera falta, que el problema se enfocaba como una cuestión de reclutamiento de empleados públicos.

No obstante la crítica anterior no pasaba de ser introductoria porque a continuación el diputado hizo desfilar los inconvenientes de la fórmula propuesta: personal desconectado de la práctica, judicatura desconocedora de los negocios, método sólo apto para acreditar conocimientos librescos, argumentos todos ellos de amplia aceptación tanto en el foro como en la Cámara:

En cuanto a la segunda, pudiera tal como se halla redactada ocasionar inconvenientes y producir resultados dañosos para los intereses de la Administración de Justicia. Previene que el ingreso en la carrera judicial se ha de verificar por oposición, y lo previene en absoluto, sin hacer excepción de ningún género.

En la actualidad se halla establecido que los abogados que llevan determinado número de años en el ejercicio de su profesión; que los que paguen las mayores cuotas de la contribución de la clase, lo que indica que son los que trabajan más y tienen mejor nota; que los que han alcanzado una posición eminente en el foro, puedan ingresar en la carrera judicial en puestos adecuados a sus condiciones y sus méritos.

De ello resulta una gran ventaja para la Administración de Justicia, porque van a formar parte de los tribunales personas que poseen conocimientos prácticos que, como se sabe, son más necesarios aun en esos mismos tribunales que los teóricos (83).

En consecuencia la defensa venía a concluir en la descalificación de la oposición como falta de idoneidad. No obstante el propósito de la enmienda era puramente táctico, de lo que se trataba no era tanto de criticar la oposición cuanto su monopolio, es este último fundamentalmente el que produce aquélla, ya que por sí sola la oposición no es idónea:

La oposición, por otra parte, no es en absoluto garante de idoneidad para la carrera judicial. Da a medida de los conocimientos teóricos; pero no es regla segura para juzgar de los conocimientos prácticos, que, como ya he dicho, son más necesarios, si cabe, para la Administración de Justicia que los conocimientos teóricos (84).

(83) *Loc. cit.*, nota anterior.

(84) *Loc. cit.*, p. 2257.

La respuesta de la Comisión fue sorprendentemente suave, no se entra a debatir sobre el fondo, que se comparte, se limita a una defensa somera de las razones que abonan la oposición y, sobre todo, a explicar que el pensamiento de la Comisión consistía precisamente en establecer alguna clase de sistema mixto de provisión de plazas en el que el papel del Consejo de Estado radicaba precisamente en moderar la influencia gubernativa en los jueces de nombramiento real y en el régimen de ascensos (85), con todo el argumento esencial de Olózaga para defender la oposición no tiene desperdicio: habida cuenta que nos hallamos ante un sistema administrativo en el que los funcionarios son nombrados de acuerdo con mecanismos clientelares, si se mantiene el régimen tradicional los jueces seguirán apresados por el sistema clientelar, la oposición se dirige a evitar ese riesgo:

La Comisión ha creído que debía rodearse de ciertas formalidades, exigirse ciertas garantías, evitarse el error y la parcialidad a que están expuestos por necesidad los Ministros en un gobierno representativo, cuando se trata de jueces y magistrados. La Comisión propone que se entre primero en la carrera judicial por oposición.

Arrancado el compromiso en favor de un sistema mixto (compromiso tal vez previamente pactado) la enmienda se retira y se abre paso el debate del texto propuesto por la Comisión.

En contra de los precedentes la discusión del artículo 94 no fue tranquila, y el peso del debate cayó sobre las espaldas de Olózaga, pues el responsable de asuntos judiciales en la Comisión (Moret, inminente Ministro del ramo) se hallaba significativamente ausente. El fuego lo abrió Figueras con una muy interesante intervención que planteó una posible solución alternativa de enorme trascendencia. El diputado republicano venía a incidir en el punto débil de la propuesta de la Comisión (la intervención del Consejo de Estado) ya que a su juicio colocaba a un cuerpo administrativo por encima del Tribunal Supremo y venía a proponer como alternativa algo que, de haberse aprobado, hubiera producido al tiempo el autorreclutamiento y la autonomía de la magistratura:

(85) La intervención de OLÓZAGA, en *DSCC*, 24/4/69, pág. 2257.

Yo estoy conforme con el artículo; todo me parece bien menos lo que se refiere al Consejo de Estado, y quisiera que se redactara de la forma siguiente: «El Rey nombra los jueces y magistrados a propuesta del Tribunal Supremo de Justicia» en vez de decir a propuesta del Consejo de Estado (86).

La intervención republicana planteaba no sólo una solución original, sino un tema capital completamente nuevo: si el Poder Judicial es un Poder del Estado, ¿cómo se relaciona con los otros dos? La respuesta de Olózaga fue doble: de un lado hacer hincapié en el triunfo del movimiento de reforma de la década previa que suponía la fórmula propuesta por la Comisión, que venía a convertir en ley fundamental la propuesta hecha por Gómez de la Serna en 1861; del otro señalar los difíciles problemas político-constitucionales que la aplicación de la solución propuesta por Figueras arrastraría, y que le llevó a invocar el cuerpo astral del Consejo de Castilla, tachando implícitamente de «neo», es decir, de contrarrevolucionaria, a la misma:

Pues bien, señores: aun cuando los tiempos hayan cambiado, como acabo de manifestar, es lo cierto que si a los magistrados del Tribunal Supremo, inamovibles, les añadimos la facultad de proponer para todos los juzgados de primera instancia, para todas las audiencias y para el mismo Tribunal Supremo, como tendría que ser, ¿dónde habría poder igual al de esos señores? (87).

Sin perjuicio, por lo demás, de invocar el precedente de las ternas a propuesta del Consejo de Estado de 1812, eso sí, omitiendo señalar la diferencia de naturaleza que ocultaba la sinonimia.

Por su parte, Sorní insistió en el ataque sobre el flanco que Figueras había puesto al descubierto apuntando que difícilmente se podía pensar en mejor alternativa para asegurar la inamovilidad que la planteada por su correligionario, en consecuencia venía a derivar en la conveniencia de configurar un sistema mixto en el que la provisión de prácticos corriera a cargo del Supremo:

(86) FIGUERAS, *DSCC*, 24/5/69, pág. 2258. Con todo lo nuevo de la propuesta es su radicalidad, la reserva de todo nombramiento al Supremo, porque, como hemos visto, la intervención de éste en la selección aparecía ya en el proyecto de 1842.

(87) OLÓZAGA, *loc. cit.*, 2259.

Pero hay otro segundo párrafo en el artículo que parece susceptible también de alguna enmienda. Dice que el ingreso en la carrera judicial será por oposición, y yo creo que podrán presentarse algunos casos en que será conveniente que el ingreso no se verifique de esa manera, como el recientemente ocurrido en el Tribunal Supremo de Justicia. Por estas razones ruego a la comisión se sirva sustituir la frase del Consejo de Estado por la del Tribunal Supremo de Justicia, y hacer en el séptimo párrafo la conveniente indicación, por la cual se entienda que alguna vez podrá quebrantarse el principio bien establecido de que el ingreso en la carrera judicial se obtendrá siempre por oposición (88).

La respuesta vino de la boca de Ríos Rosas, y la dureza de su intervención indica claramente hasta qué punto la oposición republicana había tocado un punto sensible, así, tras concordar con Sorní en que de lo que se trataba era de evitar la influencia gubernativa en el nombramiento de determinados empleados públicos, el diputado venía a cargar contra la idea de apoderar al Supremo para proveer la judicatura en base a dos argumentos: que la propuesta se traduciría en la falta de coordinación entre el Judicial y los otros Poderes y que convertiría al Supremo en un Estado dentro del Estado:

... repare el señor Sorní que siendo el Tribunal Supremo de Justicia árbitro de juzgar la responsabilidad de sus inferiores, árbitro de ascenderlos, árbitro de recomendar que fuesen removidos o trasladados gubernativamente, el Tribunal Supremo de Justicia tendría una autoridad monstruosa ajena a la naturaleza de sus funciones, y carecería necesariamente de la imparcialidad de un cuerpo exterior a ese mismo Tribunal, de un cuerpo que no tuviese ni las pasiones, que no tuviese ni las preocupaciones que ese otro cuerpo que ese otro cuerpo había de tener. Y esto sin ninguna intervención de las Cortes, y esto sin ninguna intervención del orden judicial, y esto con poca o ninguna intervención de la opinión pública; porque los negocios interiores del orden judicial, poco se consideran y poco se discuten y poco se examinan en la opinión pública (89).

Con todo las críticas habían hecho mella y la Comisión se vio forzada sobre la marcha a presentar una nueva redacción, que establecía

(88) SORNÍ, *loc. cit.*, pág. 2261. La alusión el Supremo era envenenada, el Gobierno acababa de nombrar presidente del Tribunal nada menos que a GÓMEZ DE LA SERNA.

(89) RÍOS ROSAS, *loc. cit.*, pág. 2263.

en la Constitución misma un sistema mixto a través de la previsión de la cual trae causa el «tercer turno», y que procede directamente de las bases de la Comisión de Codificación y de los trabajos de Gómez de la Serna que examinamos en el apartado anterior:

Art. 94

El rey nombra a los magistrados y jueces a propuesta del Consejo de Estado y con arreglo a la ley orgánica de tribunales.

El ingreso en la carrera judicial será por oposición.

En la ley orgánica de tribunales se fijarán las circunstancias que deben reunir los hayan de ser nombrados, sin las condiciones establecidas para el ingreso y asiento en el Tribunal Supremo de Justicia y para las audiencias.

El número de los nombrados de esta manera no podrá exceder de la cuarta parte de los magistrados del tribunal a que han de pertenecer (90).

La nueva redacción alteró drásticamente los términos del debate: agotado el uso puramente táctico de la designación por el Supremo el eje del debate se desplaza en favor del procedimiento de designación de notables que debe completar el ingreso en la carrera mediante oposición. Al efecto la nueva redacción propuesta por la Comisión fue atacada en doble intervención por Figueras sobre la base de un argumento ciertamente circunstancial: lo que se critica no es la posibilidad de designación como magistrados de juristas de reconocido prestigio, sino más bien el riesgo que la fórmula ofrecía de continuidad de las prácticas de clientela (91), en tanto que sus contradictores, bien desde la misma comisión como Silvela, bien desde fuera de ella como Calderón Collantes, caracterizado adversario de la oposición como ya sabemos, argumentaba la necesidad y conveniencia de su presencia. La votación final revela que, pese a los esfuerzos de una década, la oposición tenía muchos menos partidarios que el método tradicional de designación: la propuesta de la Comisión se votó en dos partes, la

(90) *DSCC, loc. cit.*, pág. 2265.

(91) *Vide FIGUERAS, loc. cit.*, págs. 2268 y 2270.

primera que comprendía la regla del acceso por vía de oposición se aprobó por una mayoría ciertamente no muy grande (111/105), mientras que la segunda, que incluía la designación entre notables previo dictamen del Consejo obtenía un *score* claramente más favorable (118/84).

a) *Poder Judicial y jueces*

Como ya se ha señalado, el debate del artículo 94 de la Constitución democrática de 1869 estuvo dominado por una concepción del Poder Judicial que no procede de la combinación entre tribunales populares temporales y jurados que conforman el mismo en la obra de Montesquieu, antes bien, procede de la tradición de juez-funcionario de la Corona que viene directamente del Antiguo Régimen, en la reelaboración de la judicatura antigua efectuada por los doceañistas al insertar a los jueces reales en un sistema constitucional regido por el principio de división de poderes. Desde 1812 la potestad jurisdiccional viene definida como un mero poder de ejecución y su ejercicio viene entendido, en consecuencia, como una variante cualificada de la aplicación de la norma general (la ley) al caso concreto al efecto de resolver un litigio. De lo que se trata es de una pura

potestad de aplicar las leyes

en coherencia con la concepción propia del «Espíritu de las Leyes» de la justicia como «poder ejecutivo de derecho civil», poder que se aplica a los litigios entre particulares, sin que exista jurisdicción contenciosa, ya que la legislación moderada atribuirá tal función a órganos administrativos, de lo que se trata, pues, es primaria y principalmente de aplicar la ley

en las causas civiles y criminales

en consecuencia, como de lo que se trata es de la aplicación de la ley y ésta es operación que realizan los órganos jurisdiccionales; son necesariamente éstos y no los jueces y magistrados, quienes devienen titulares de tal potestad, el inciso final del artículo 17 de la Constitución de Cádiz, tan abundantemente citado y reproducido no deja duda alguna: aquella potestad

reside en los tribunales establecidos por la ley.

La Constitución democrática de 1869 sigue fielmente ese modelo, ya que, como hemos visto en su lugar, el artículo 34 de la misma viene a zanjar en este sentido la cuestión de la titularidad del Poder Judicial mediante un enunciado aún más breve que el doceañista:

Los tribunales ejercen el poder judicial.

Claro está que esta concepción, bien distinta a la que ha venido a establecer el vigente artículo 117 de la Constitución de 1978, adolece de un punto débil de enorme importancia, aquel por el que penetró la concepción napoleónica en la reforma de 1845: si el Poder Judicial es el encargado de aplicar las leyes, ¿qué le diferencia esencialmente del Poder Ejecutivo? La cuestión es eludida en el debate de 1869, en el que no asoma, en buena medida porque para la casi totalidad de los diputados el análisis de Oliván les resultaba profundamente exacto. Es de señalar que nuestro viejo conocido Gómez de la Serna intenta una respuesta que dé razón de la especificidad del Poder Judicial y que justifique con ello los enunciados de la Constitución naciente. Así nuestro autor señala que la Constitución no sigue la pauta napoleónico-moderada en la materia, que el texto votado por las Constituyentes abandona la concepción moderada

y que constituimos un verdadero poder y no meramente un orden de funcionarios públicos para aplicar leyes determinadas, ésta una y otra vez consignado en nuestra ley fundamental (92),

y si por un momento parece buscar la diferencia específica del Poder Judicial en las funciones que la potestad jurisdiccional cumple en el Estado Constitucional, camino que le hubiera llevado a las proximidades del artículo 117 CE:

En la distribución de las facultades que a los poderes públicos asigna la Constitución, toca al judicial el cumplimiento de la primera y más sagrada misión del Estado, la de satisfacer el fin social, protegiendo la seguridad y libertad de las personas y garantizando la propiedad, derechos individuales por excelencia.

(92) GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Del Poder Judicial, de sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones y deberes de los que lo ejercen», *RGLJ*, t. XXXV, Madrid, 1869, pág. 145 y sigs. (discurso de apertura de Tribunales de 1869), pág. 150.

A la postre acaba por agarrarse como a un elemento salvador a una de las innovaciones más importantes y menos llamativas de la Constitución de 1869: aquella que liga la expresa subordinación del reglamento a una ley necesariamente previa, con el apoderamiento a los tribunales para controlar la legalidad de la actuación del Ejecutivo (93). Desgraciadamente esa era una opinión extremadamente mayoritaria en la España de su tiempo, y en todo caso apuntaba a un problema que no es ciertamente exclusivo de aquel ordenamiento democrático: el de la compatibilidad entre la concepción doceañista de la jurisdicción y la función de control del gobierno que a la jurisdicción contenciosa resulta inherente. En todo caso nuestro autor, como sus contemporáneos, sigue siendo un prisionero de la concepción revolucionaria de la primacía de la ley:

... puede decirse que no es él quien juzga, sino la ley, de que es órgano; ante ella dobla su cabeza; nunca puede alterarla ni modificarla, viene a ser solamente un intermediario entre la ley y los que comparecen para ser juzgados (94),

con la consiguiente cuasi imposibilidad de construir una concepción coherente de la jurisdicción como núcleo de un diferenciado Poder del Estado. A la postre la concepción subyacente no es otra que la del juez como mero aplicador (que no interprete) de la ley (que no del Derecho), que ejerce tal poder en tanto en cuanto se integra en un órgano jurisdiccional. Naturalmente, ese contexto viene a predeterminedar la posición que va a ocupar el sistema de acceso a la carrera, del enfoque que se va a dar al problema del reclutamiento. De lo que se va a tratar es de proveer los órganos encargados de la aplicación de la ley, primariamente entre particulares, de tal manera que aquellos cuenten con el personal cualificado correspondiente. De lo que se trata es, pues, de reclutar funcionarios. La especificidad de estos empleados públicos radica en que los mismos son llamados por la Constitución para ser inamovibles, en consecuencia es la búsqueda de esa inamovilidad, negada en el sistema tradicional, lo que explica la opción por la oposición. Ese y no otro es el enfoque a que responde el artículo 94 de la Constitución de 1869 (95).

(93) GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Del Poder...», *op. cit.*, págs. 151-2.

(94) GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Del Poder...», *op. cit.*, pág. 153.

(95) Nuestro autor así lo señala

«Mas la inamovilidad se convertiría en un privilegio odioso a cuya sombra medrarían la importunidad y el nepotismo, y alejaría de las funciones judiciales a los más capaces y

b) *El juez como funcionario*

De lo que se trata, en consecuencia, es de reclutar empleados públicos. No hay, ni debe haber, en principio diferencia esencial entre el juez y los funcionarios, o, por mejor decir, entre el juez y los demás funcionarios. En ambos casos se trata de profesionales dedicados al servicio público, reclutados para ejecutar la ley. De hecho uno de los argumentos utilizados por la Comisión para defender su propuesta radica precisamente en lo que podemos llamar el «argumento del juez pionero»: una de las funciones de la constitucionalización de la oposición como medio de acceder a la carrera judicial es abrir el camino a su extensión al resto de los funcionarios públicos:

Por primera vez en España se va a establecer la oposición para entrar en la carrera judicial, y al consignar este principio en la Constitución no se puede hacer más para extenderlo a las carreras civiles y aun a las militares (96).

Vistas así las cosas, nada de sorprendente tiene la resistencia feroz con que tropezó la sugerencia de Figueras de apoderar al Supremo para proponer nombramientos (¿qué hace un tribunal nombrando funcionarios?) y el empeño por sostener a la Corona como fuente de los nombramientos, por ello nada de particular que los argumentos ya esgrimidos en 1837 en favor de los funcionarios de nombramiento gubernativo reaparezcan en el discurso de Ríos Rosas:

¿El rey, el Poder ejecutivo o el presidente de una república tienen o no tienen el derecho de nombrar los empleados? No hay más que dos maneras de hacer empleados en un país: o por elección popular, o por el nombramiento del poder supremo: aquellos que no se hacen por elección popular, han de hacerse por el nombramiento del poder supremo. Esto es elemental: en esto estamos conformes los monárquicos y los republicanos. Ahora bien: al rey que ha de hacer los nombramientos se le pueden poner cortapisas formales para impedir el favoritismo y la libertad absoluta de los Ministros que conduce al favoritismo. Pero no se le puede poner impedimentos sustanciales que desvirtúen su prerrogativa o le quiten la facultad de nombrar (97).

dignos de desempeñarlas, si la elección no estuviera rodeada de garantías que contribuyan al acierto. Por esto la Constitución, cortando abusos envejecidos, señala una puerta única para entrar en los juzgados: la oposición», GÓMEZ DE LA SERNA, P., «Del Poder...», *op. cit.*, pág. 158.

(96) OLÓZAGA, *loc. cit.*, pág. 2258.

(97) RÍOS ROSAS, *loc. cit.*, pág. 2262.

Obviamente el sistema en el que pensaba la Comisión no era otro que el ya visto de los proyectos de 1863 y 1865, al que se agregaba la calificación que defendiera Ortiz de Zárate, aquel que alcanzará por fin las páginas de la Gaceta con la Ley Orgánica de 1870, y que la Comisión venía a resumir en los siguientes términos:

La comisión ha estudiado detenidamente este punto, que ha venido a quedar de la manera siguiente. Regla general: el ingreso en la carrera judicial por oposición, es decir, pruebas de aptitud ante un tribunal. Ascensos en esta carrera, colocación en sus altos puestos, proposición por parte del Consejo de Estado, organizado de la manera que tenga que organizarse el primer cuerpo de la Nación. Nombramiento del monarca, y después examen de calidades por el Tribunal Supremo de Justicia (98).

Hay que observar que si algo no le falta al edificio es consistencia interna: al tratarse de un problema de provisión de funcionarios a los tribunales no sólo debe venir de la Corona el nombramiento —no hay que olvidar que la justicia se administra en nombre de aquélla—, sino que el Gobierno de Su Majestad debe ser titular de las «facultades naturales» que en un régimen parlamentario se siguen del principio de responsabilidad, entre ellas la del nombramiento. Es legítimo que la ley introduzca restricciones o condiciones al ejercicio por la Corona de sus facultades, pero es aquella imputación la que viene a exigir que puesto que el Gobierno es responsable de la Administración de Justicia, lo sea también de los nombramientos de la misma. En consecuencia, el gobierno responsable debe retener un poder de decisión sustancial, debe poseer no sólo la facultad de nombrar, sino también debe poseer influencia en los ascensos, traslados, etc., de aquellos funcionarios que sirven los órganos jurisdiccionales, titulares propios del Poder Judicial.

b) *Juez perito, ¿pero qué pericia?*

Si la condición funcional del juez no es siquiera debatida, a tal punto se constituye en un valor entendido, no sucede lo mismo con el problema de la pericia, uno de los elementos centrales del debate al

(98) SILVELA, *loc. cit.*, pág. 2272.

menos desde 1855. Desde esta perspectiva el sistema de 1835 seguido durante todo el período isabelino se caracterizaba por exigir que la prerrogativa regia se ejerciera escogiendo discrecionalmente entre peritos en Derecho, específicamente entre abogados y, con menor frecuencia, profesores de disciplinas jurídicas, incluyendo ocasionalmente experiencia funcional, legislativa o política previa (99). El sistema estaba diseñado para reclutar jueces y magistrados que, a más de conocer el Derecho escrito de poseer el dominio teórico indispensable, tuvieran conocimiento de los negocios y su práctica, uniendo así la experiencia a los requisitos necesarios para alcanzar el empleo. En estas condiciones el sistema mantenía una sólida vinculación entre la judicatura y el resto de las profesiones jurídicas (100) y permitía situar a los niveles elevados de la magistratura como destino final y culminación de carrera profesional de abogados y políticos con formación jurídica (101). La introducción del reclutamiento por oposición venía a destruir en su raíz ese sistema, sienda ésta una de las razones, y ciertamente no la menor, de la encarnizada resistencia con la que tropezó. De hecho el rasgo más llamativo del sistema de oposición, a los ojos de los contemporáneos, radicaba precisamente en que implicaba reservar el acceso a la carrera a un personal sin experiencia práctica previa, dotado de una pericia exclusivamente intelectual [reputada de libresca según hemos visto (102)]. Como ya hemos visto ésa fue la línea de ataque escogida por Chacón, y la que obligó a la Comisión a recuperar la idea del acceso de notables por vía de designación.

La cuestión no radicaba en si era necesaria la condición de perito en Derecho para acceder a la judicatura. Como corresponde a un sistema legal basado en el principio de la primacía del Derecho Escrito, la necesidad de aquella pericia aparece como estrictamente indispen-

(99) *Ad exem*, el RD de 6/10/1835 exige abogados de tres a ocho años de ejercicio con bufete abierto, determinados funcionarios y catedráticos de Universidad. *Vide* PAREDES, J., *La organización...*, *op. cit.*, 230-31; reglas similares en el RD de 29/ 12/39 *ídem*, pág. 276 y sigs. Por su parte éste era el sistema del proyecto progresista de 1842 o del moderado de 1851, como vimos en su lugar.

(100) Como sucede en el modelo anglosajón, que no dista tanto del comentado.

(101) De hecho la práctica usual en los nombramientos al Supremo a lo largo del siglo XIX es en cierta medida la apuntada. El nombramiento señalado de GÓMEZ DE LA SERNA es cualquier cosa menos excepcional.

(102) Dejo a la imaginación del lector lo que hubiesen dicho los críticos decimonónicos del sistema si hubieren sido testigos de un sistema de oposiciones que gira en torno al «cante» de un temario.

sable. La cuestión era más bien si la pericia adquirida a lo largo de los estudios y mediante éstos, que era lo que podía acreditar la oposición (103), era por sí sola condición suficiente. Y el juicio general, que a fuerza de serlo lindaba en la unanimidad, era negativo. Es más, el uso del argumento de la superioridad de conocimientos que da la oposición está significativamente ausente del debate. Con razón o sin ella los contemporáneos no niegan la capacidad del sistema de designación entre abogados para proporcionar jueces capacitados, lo que niegan es su capacidad para servir de base a la inamovilidad judicial y su extrema vulnerabilidad al clientelismo. De facto el argumento *adversus patronos* es el fundamental en la defensa de la oposición, como ya hemos acreditado y muestra paladinamente desde la izquierda Figueras:

No; generalmente, y tengo el gran gusto de confesarlo, la magistratura española ha sido y es ilustrada; pero, sin embargo, de esto, ¡cuantas nulidades ha habido en la magistratura! Para evitar, pues, estos males, que si el Gobierno hubiera sido en todos momentos imparcial y no se hubiera dejado cegar por el favoritismo, por el nepotismo y por otros vicios que en esa época no se habían experimentado, es hoy de necesidad, y de necesidad absoluta, y creo que continuará siéndolo por mucho tiempo, la oposición (104)

y desde la derecha moderada, que tan escaso honor hacía a su nombre, Calderón Collantes:

Si se cometen errores, lo mismo sucederá con la oposición, porque si bien la oposición es una garantía, que lo es hasta cierto punto, no es una garantía absoluta, no es una garantía que excluya el error; porque hay diferencia de contestar doctrinalmente, y aunque sea en el terreno de la práctica, a cuatro o seis preguntas que se hagan comparativamente entre los candidatos, a descender luego prácticamente al estudio de las leyes en cada caso. Eso exige mucha capacidad, mucha inteligencia, que no es posible acreditar en un acto de oposición.

Yo la admito como una garantía, pero que no excluye todos los errores; yo la admito como una garantía para el acceso a la carrera

(103) Podía en 1869 y puede en 1996. Las oposiciones a judicatura tienen muchos defectos y carecen de algunas de las virtudes que se les suele atribuir, pero resulta indudable su capacidad para acreditar el conocimiento que los candidatos tienen del Derecho en vigor.

(104) FIGUERAS, *loc. cit.*, pág. 2270.

judicial: como regla absoluta, como regla invariable no la puedo admitir (105).

Precisamente porque en la cuestión existía un consenso básico, y porque en este sentido operaban los antecedentes en la materia, que asociaban desde su origen a la oposición con un mecanismo de provisión adicional que permitiera el acceso de notables, la Comisión no tuvo ningún problema en consagrar un sistema mixto, si bien marcado por la preeminencia de la oposición, como se venía sosteniendo desde la época de la Unión Liberal. La postura de la Comisión fue enunciada por Ríos Rosas en los siguientes términos:

Está en su lugar la observación del señor Sorní. Cree la comisión que el sistema que establece no debe ser tan riguroso que excluya en todo caso que el Gobierno tenga libertad de hacer algunos nombramientos en personas que no tengan las cualidades exteriores que se requieren. Esto podrá obtenerse y se obtendrá modificando el artículo en el sentido indicado por el señor Sorní y que antes había indicado algún tanto el señor Figueras (106).

La razón esencial de la oferta de modificación, que viene a aproximar el texto de la Comisión a la redacción de la base correspondiente en los proyectos de 1863 y 1865, no era otra que permitir el acceso a la judicatura, preferiblemente en los órganos superiores de la misma, de jueces con experiencia previa en los negocios. En las palabras de Olózaga:

Da también garantía a los que han deseado que no se cierre la puerta a las eminencias del foro, a los que en él se han distinguido y a los que han hecho en el foro señalados servicios, y ha modificado el artículo de manera que hasta la cuarta parte del número de magistrados de las audiencias y del Tribunal Supremo libre de las condiciones de ingreso y de ascenso en la carrera.

Así cumple la comisión el ofrecimiento que en su nombre hice yo de aceptar todas las modificaciones que crea convenientes (107).

(105) CALDERÓN COLLANTES, *loc. cit.*, pág. 2271.

(106) RÍOS ROSAS, *loc. cit.*, pág. 2263.

(107) OLÓZAGA, *loc. cit.*, pág. 2265.

Naturalmente tras la larga discusión de la década precedente a ninguno de los constituyentes se le ocurrió el aplicar la designación a los puestos de jueces de entrada, disparate reservado a los autores de la LOPJ de 1985, pues eran agudamente conscientes que el reclutamiento de jueces-patricios sólo tenía sentido en el caso de los puestos superiores de la magistratura:

Lo menos que se puede dar a un gran abogado de reputación, que es menester que sea muy grande y merecida, es una plaza en una audiencia. ¿Qué abogado de gran reputación, qué celebridad sería esa que se contentase con un juzgado de primera instancia (108).

Los ataques al «tercer turno» fueron marginales en general, con la parcial excepción de Figueras, dirigida más que al sistema a su posible uso, y del lúcido argumento de Rojo Arias, que venía a alertar sobre la difícil convivencia en un mismo sistema de dos vías de acceso a la judicatura que obedecían a criterios divergentes dotados de vocación de totalidad, y a sostener en consecuencia un rígido sistema de vía única, que a la postre será el que se impondrá:

yo que considero que no es posible, que no es conveniente, que es matar por completo el espíritu que preside el artículo que se discute el hacer esas reservas de número determinado de plazas en cada tribunal para su libre provisión, y mucho más inconveniente cuando la iniciativa, la propuesta para el ingreso en esas plazas y en todas las demás de la carrera judicial se otorga a un cuerpo esencialmente político... (109).

De hecho aquí aflora una cuestión radical de la que probablemente no eran del todo conscientes los hombres del 68 y que aqueja al artículo 94 de la Constitución de 1869 y a su descendencia: el

(108) OLÓZAGA, *loc. cit.*, pág. 2266. Por su parte remachaba Silvela algo que debiera haber sido una obviedad para el legislador orgánico de 1985, y que acredita cuán cierta es la opinión según la cual quienes no conocen la Historia están obligados a repetirla:

«Pues bien, si se quiere que esos letrados vengan a la magistratura, es necesario dar a esta institución seguridad, posición, consideración. Ni en España ni en ningún país del mundo puede el Estado recompensar a un magistrado dignísimo con lo que puede ganar un abogado defendiendo a sus clientes: no pueden darse a un magistrados 10, 15 o 20.000 duros, que puede ganar un abogado; pero puede y debe darle el Estado dignidad, seguridad, posición social, de tal manera, que haya algunos que prefieran formar parte de los tribunales a defender a los litigantes en el foro». SILVELA, *loc. cit.*, pág. 2272.

(109) ROJO ARIAS, *loc. cit.*, pág. 2266.

sistema mixto del citado precepto lo es en el fondo porque da acogida no tanto a dos procedimientos de acceso a la judicatura, cuanto a dos modelos de juez diferentes: el juez-funcionario y el juez-notable o patricio, cuya convivencia armónica es difícil *per se* y aún lo es más en un contexto en el que la pieza complementaria, el segundo, opera como un importante competidor/limitador de las posibilidades de carrera profesional del elemento fundamental, el primero. Nada de extraño tiene el que el primero batallara por expulsar al segundo (110).

d) *La cuestión de los nombramientos, el autorreclutamiento y sus problemas*

La presente, y no la oposición, fue el gran protagonista del debate constitucional ya que la cuestión del acceso se percibía como un problema menor, dado que la materia a la que afecta, la provisión, no incide de modo inmediato y directo sobre el gran problema que domina el debate: hacer verdad el principio de la inamovilidad (111). El eje del debate lo proporcionó paradójicamente la oposición republicana, ya

(110) Para la evolución posterior, *vide* MONTERO AROCA, J., *Independencia...*, *op. cit.*, págs. 32-4.

(111) Debo observar que tal percepción me parece sustancialmente correcta. Como lúcidamente vieron los promotores del acceso por oposición la relación que existe entre el procedimiento de acceso y la inamovilidad radica en que el primero debe configurarse de tal forma que ni en la letra de la ley, ni en las costumbres y usos, dicho procedimiento legitime la amovilidad de los jueces. Nadie discute la inamovilidad e independencia que al juez inglés dio el Acta de Establecimiento, pese a que en el Reino Unido los jueces eran y son nombrados por un procedimiento sustancialmente idéntico al existente durante el período isabelino: el poder de nombrar reside en la Corona. La vinculación inmediata y directa se establece entre oposición e independencia en el que hoy es discurso de sentido común, y, como suele suceder con frecuencia, el sentido común yerra. El problema de la independencia sólo puede plantearse sobre la base de un supuesto previo: que la misma tiene sujeto, es decir, que ya tenemos juez, para lo cual el método de acceso debe haber funcionado previamente. La única nota que de algún modo conecta sistema de provisión e independencia radica en que el primero debe estar diseñado para dotar a los candidatos del equipamiento intelectual y moral indispensable para que, una vez jueces, no obedezcan otras instrucciones que las de la ley y el Derecho —que es en lo que consiste la independencia—. La oposición (el acceso) y la independencia son problemas distintos y generalmente distantes, solamente relacionados entre sí por un vínculo tan tenue como razonable: el que proporciona la prevención ante los partidos, a lo que hoy habría que agregar: y las asociaciones judiciales.

que todo él vino a girar en torno a la propuesta de Figueras, que la oposición republicana respaldó sin mucho entusiasmo y con matices: en lugar de encomendar el poder de nombrar al Rey —esto es al Gobierno de S.M., que viene a ejercer la prerrogativa regia— previo dictamen del Consejo de Estado, esto es de un «cuerpo gubernativo», se propone que dicho poder de nombrar radique en el órgano supremo de la magistratura, que en el sistema de la Constitución es, simultáneamente, y en condición de tal, el órgano supremo del Poder Judicial: el Tribunal Supremo. Ciertamente la justificación de tan radical propuesta no venía formulada en términos positivos, defendiendo de algún modo la idea del autogobierno de los tribunales, *id est* del Poder Judicial, sino más bien en términos de alternativa posible al control gubernamental de los nombramientos:

... y no es posible que se deje a un cuerpo que hasta hoy ha sido movable, a un cuerpo puramente administrativo, que siempre está al lado del Gobierno, el decidir de las condiciones para el ingreso en la carrera judicial. ¿Se quiere o no se quiere el respeto y consideración de la magistratura? Pues si esto es lo que se quiere, ¿por qué no se busca la garantía en aquellos hombres que han encanecido en la carrera judicial y a los cuales se supone, como no puede menos, grandes conocimientos, grande experiencia, grande patriotismo? Pues, ¿cómo podremos exigirles que tenga suficiente independencia para el ejercicio de su cargo si no se les tiene la consideración debida? (112).

La propuesta, por demás sugestiva, tenía un calado muy superior al aparente, y ello al menos por dos razones: de un lado, su adopción convertiría a la magistratura en un Poder del Estado rigurosamente autónomo, dotado de un poder propio y de un personal privativo para ejercerlo; en este sentido Figueras se halla en las antípodas de Oliván: del otro, porque convertido el Poder Judicial en un verdadero Poder del Estado se plantea inmediatamente el problema conexo de su coordinación y sistema de relaciones con los otros dos, problema especialmente agudo en el caso de una judicatura autorreclutada como la que surge de la propuesta Figueras. En el fondo se apunta un tercer problema: el de la incompatibilidad entre el modelo de juez que todo el mundo acepta y nadie discute; esto es, el modelo de juez-funcionario, y la existencia de una auténtico Poder Judicial. Nada de sorprendente

(112) FIGUERAS, *loc. cit.*, pág. 2258.

tiene el hecho de que la sugerencia del diputado republicano no prosperara (113).

En el debate parlamentario la oposición al autorreclutamiento giró en torno a cuatro argumentos fundamentales, de ellos tres explícitos y uno latente. El primero de ellos radica en que la propuesta Figueras comportaba la aparición de un Poder Judicial respecto del cual no existía controles interorgánicos, por emplear la terminología de Loewenstein, de aceptarse la propuesta el Poder Judicial se reclutaría y sostendría por sí mismo, ahora bien ello comportaba la entrega de los derechos individuales a un Poder carente de control y al que no sería posible exigirle clase alguna de responsabilidad:

Es imposible la existencia de un cuerpo inamovible, dueño de sí mismo, que se reproduce a sí mismo, que es eterno en medio del movimiento continuo de todos los demás cuerpos del estado, y del cual depende lo que tanto nos importa a todos: la conservación de los derechos individuales, la libertad, la honra, la propiedad y la vida de los españoles, que la comisión no puede dejar entregados a merced de quien no tiene ni podría tener freno ninguno (114).

El segundo argumento, estrechamente ligado al anterior, se traduce en una afirmación tan simple como contundente: un Poder Judicial como el diseñado sería nada menos que un Estado dentro del Estado:

Pero si el Tribunal Supremo hubiera de elegir los cargos de la magistratura, entonces sería un cuerpo separado completamente del Estado, de toda acción de Gobierno y de todo lo que con el Estado pudiera ligarle; se formaría a sí mismo de una manera que sería un monstruo: la comisión concede, pues, al Consejo de Estado esas atribuciones principalmente por su carácter de imparcialidad,

(113) Por lo demás se trata de una propuesta claramente táctica, como prueba el hecho de que la misma ni siquiera llegara a producir una enmienda, *conditio sine qua non* para tener alguna posibilidad de éxito. Por lo demás careció de futuro. Resulta instructivo constatar que el proyecto de constitución federal de 1873 no recogiera ni sombra de la misma; es más, da una idea de lo próximos que estaban moderados y republicanos en la cuestión el que dicho proyecto contemplase nada menos que la posibilidad de remoción de los miembros del Supremo, *vide* SEVILLA ANDRÉS, D., *Constituciones...*, *op. cit.*, v. I., págs. 567-8.

(114) OLÓZAGA, *loc. cit.*, pág. 2260.

lo que hace inteligible el uso del Consejo de Castilla como recurso polémico, según se señaló. Aunque con un lenguaje más suave en la forma no es distinta la opinión de Ríos Rosas:

Razones que damos nosotros en contra de esas restricciones estén dentro del orden judicial: que siendo el orden judicial un cuerpo inamovible, y no pudiendo influir en el Gobierno, resultaría, si las restricciones se colocaban allí, que el orden judicial sería árbitro de las últimas recompensas de todos sus miembros; es decir, que el orden judicial no tendría ninguna influencia exterior a ese mismo orden judicial. Este sería el primer resultado (115).

El tercer argumento se sigue de los anteriores: si el Poder Judicial es una mónada no susceptible de control, ¿cómo evitar que abuse del poder que se le encomienda? Si no hay un Poder que controle o limite al Judicial, ¿cómo se va a evitar el riesgo de abuso por parte de éste?:

y si a Tribunal Supremo, además de la inamovilidad, se le dan las facultades del Poder ejecutivo para todo lo relativo a la justicia y magistratura, el Tribunal Supremo, por lo mismo que tiene un poder excesivo, abusará indefectiblemente (116).

El argumento latente empero es de mayor bordo, porque viene a señalar que la ordenación propuesta hace imposible la independencia de los jueces. En efecto, la propuesta Figueras convertiría, caso de ser aceptada, a los miembros del Poder Judicial en subordinados del Supremo y, en tales condiciones, si tanto el ingreso como el progreso en la carrera dependen del órgano jurisdiccional revisor es claro que la vinculación sólo por la ley y con ella la independencia se hallarían ante un grave riesgo estructural (117). En el fondo de tales objeciones late el argumento fundamental para defender que los órganos de gobierno de la magistratura no deben ser, en ningún caso, órganos jurisdiccionales.

e) *La solución transitoria*

Adoptado por las Cortes el artículo 94 de la Constitución, e introducido el principio del acceso a la carrera por oposición por el mis-

(115) RÍOS ROSAS, *loc. cit.*, pág. 2263.

(116) RÍOS ROSAS, *loc. cit.*, pág. 2264.

(117) Para una crítica del control por la cúpula de la carrera judicial, con especial referencia al Consejo Judicial *vide* MONTERO AROCA, J., *Independencia...*, *op. cit.*, pág. 79 y sigs.

mo, resultaba imprescindible afrontar la cuestión del régimen transitorio. La cuestión era políticamente crucial, pues al concebir sus autores a la Constitución como una norma cuyo único destinatario son los poderes públicos, y desconocer en consecuencia el concepto de la Constitución como norma de aplicación directa, si no se establecían previsiones especiales, el sistema del artículo 94 permanecería en el lugar donde estaba la inamovilidad desde la década de 1830: el abstracto cielo de la teoría pura. Es decir, de no mediar previsión especial se reproduciría la situación existente en el período isabelino, en el que la pasividad del legislador había sido la condición de posibilidad de una situación rechazable. Y es en este punto donde tiene su origen la LOPJ «provisional» de 1870.

En la sesión del 26 de mayo de 1869, finalizado ya el debate del texto constitucional, se sometió a la deliberación parlamentaria una enmienda, firmada por Morales Díaz (118), que proponía la adopción de una disposición transitoria que venía a aplazar la aplicación de lo dispuesto en los artículos 94 a 97 de la Constitución hasta que entrara en vigor la «ley orgánica de tribunales». La propuesta fue recibida con hostilidad por la Comisión, de un lado porque venía a menoscabar el texto recién aprobado, del otro porque comportaba que el Gobierno no podría regular la cuestión por vía de reglamento, como venía haciendo desde 1835. Pese a la oposición de la Comisión las Cortes votaron favorablemente la toma en consideración de la enmienda, lo que, por sí solo, venía a acreditar la voluntad de la mayoría de los diputados de apartarse de los precedentes (119).

El remedio a la derrota gubernamental se buscó por la vía de enmendar el texto aceptado por la Cámara. En esta ocasión la enmienda mantenía cerrada la puerta de la solución tradicional de la regulación reglamentaria en ausencia de ley, y venía a proponer como alternativa el otorgamiento al Gobierno de la habilitación necesaria para dictar normas provisionales previa la correspondiente delegación le-

(118) DSCC, 26/5/1869, pág. 2371.

(119) La intervención de SILVELA como portavoz de la Comisión en *loc. cit.*, págs. 2372-3, la votación de la toma en consideración (145/78) en págs. 2374-77. Como la votación fue nominal es posible determinar que la mayoría se dividió y las oposiciones moderada y republicana votaron juntas, la pinza parlamentaria tiene una venerable antigüedad.

gislativa. La nueva propuesta fue tomada en consideración, aprobada por la Cámara e integrada como transitoria en el texto definitivo de la Constitución (120).

5. LA LEY ORGÁNICA DE 1870.

La ley orgánica (provisional) del Poder Judicial de 1870 nació como consecuencia de la transitoria así gestada, y nació de una delegación legislativa algo peculiar; de un lado lo era porque la ley de autorización venía impuesta a las Cortes por la Constitución misma, y porque las Cortes autorizantes eran las mismas Constituyentes; del otro porque los diputados conocían el texto articulado que se iba a producir en uso de la delegación legislativa que aún no se había conferido. A mayor abundamiento el debate de la ley de autorización fue sumario por tres razones: en primer lugar, porque los diputados pensaban que la provisionalidad iba a ser reducida, a lo que coadyuvó el Gobierno dejando caer que la redacción del texto definitivo ya había comenzado, de tal modo que el texto producto de la autorización iba ser una regulación provisoria destinada a cubrir un breve período de interinidad; en segundo lugar, porque al haberse comprometido a remitir el texto definitivo el siguiente período de sesiones no parecía tener mucho sentido discutir detenidamente en junio lo que había que debatir como ley definitiva en septiembre; en tercer lugar, porque el problema no era apremiante y bien se podía esperar el breve lapso de un estío. La Historia lo iba a disponer de otro modo, pero eso los diputados no lo podían saber.

La tramitación parlamentaria fue breve. El proyecto de ley de autorización se publicó en el Diario de Sesiones el 6 de junio, nueve días después emitía dictamen la Comisión, al que se unía el texto articulado del decreto legislativo que se iba a producir; el debate y la votación se celebraron en una sola sesión, la del 22 de junio (121). Curiosamente el *Diario de Sesiones* no guarda constancia de la exposición de motivos, ciertamente poco ilustrativa en el punto que aquí

(120) Presentación de la nueva enmienda, *loc. cit.*, pág. 2377; toma en consideración (133-69), pág. 2377; aprobación, pág. 2383.

(121) «Proyecto de ley», *DSCC*, 8/6/1870, pág. 8710. «Dictamen de la Comisión», *ídem*, 15/6/1870, ap. 5.º al núm. 307 incluye el texto articulado.

interesa, aunque notable en lo que afecta a otros asuntos (122). En punto a lo que aquí interesa, la introducción de la oposición como sistema de reclutamiento de jueces y como medio de acceso a la carrera, dicha exposición se limitaba a reproducir los dos argumentos claves de la defensa de su introducción desde 1861: de un lado, la eliminación del favor, y por ende de los mecanismo clientelares, en el acceso a la judicatura; del otro, el procurar a los candidatos admitidos al ingreso la «*capacidad necesaria*».

Por lo que a nuestro problema afecta la verdad es que el breve debate parlamentario dio bien poco de sí (123), ya que la discusión, centrada en la remisión al debate «serio» sobre el proyecto de ley «definitivo» que debería tener lugar en otoño, apenas daba lugar para un debate en profundidad. En sustancia los diputados apenas señalaron otra cosa que la ya ritual crítica a los vicios del sistema existente desde 1835, nucleada en torno al *topos* de la inexistencia material de la inamovilidad (124), asociada al tópico correlativo en virtud del cual la contrapartida de la inamovilidad no es otra que la responsabilidad de juez (125).

La regulación finalmente establecida por el texto original de la LOPJ de 1870 (T.II arts. 80 y ss) trata de compaginar el triunfo del principio meritocrático encarnado en la oposición, método de reclutamiento que pasa a ser el eje del sistema, con la procura de candidatos dotados de alguna clase de experiencia práctica, de conocimiento de los negocios, velando de paso por el mantenimiento de algún vínculo de conexión entre la judicatura y el resto de las profesiones jurídicas. El sistema adoptado viene a responder con notable fidelidad a la propuesta de 1861 y a la fórmula contenida en los proyectos de ley de delegación de 1863 y 1865, y puede resumirse del siguiente modo:

Primero. El acceso a la carrera judicial queda reservado a los titulados en Derecho, con la particularidad, muy criticada en el debate

(122) «La exposición en *Crónica...*», *op. cit.*, págs. 105-116, lo que afecta a la oposición en pág. 112.

(123) *Vide*, DSCC, 22/6/1870, pág. 9043 y sigs.

(124) *Ad exem. vide* HERRERA, *loc. cit.*, págs. 9053-54.

(125) *Ad exem.* CALDERÓN COLLANTES, *loc. cit.*, págs. 9072-73.

parlamentario, de que la titulación debía ser obtenido en Universidad «*costeada por el Estado*».

Segundo. Para acceder a la oposición resultaba indispensable obtener certificación de aptitud expedida por el Presidente de la Audiencia, a la misma se acompañaba información reservada sobre el candidato, que se integraba en el expediente de éste, así como la valoración de la idoneidad efectuada por la autoridad judicial señalada. Disposiciones cuyo origen militar es por demás evidente (cf. art. 84 LOPJ). Este trámite y el anterior constituían la fase de preselección.

Tercero. Los candidatos que hubieren superado la fase anterior pasaban a realizar la oposición propiamente dicha, cuyos exámenes debían ser teóricos y prácticos. La LOPJ no define la estructura y contenido de los ejercicios, cuestión que se entrega a la regulación reglamentaria, con una única y vital salvedad: la práctica de los ejercicios debe ser pública (cf. art. 89 LOPJ).

Cuarto. La ley modula las posibilidades de autorreclutamiento y con ellas las de endogamia (126), al efecto establece que las pruebas serían enjuiciadas por una Junta Calificadora integrada por once miembros, y diseñada no tanto para evitar el citado peligro endogámico (127), cuanto para dar voz en la selección a las más destacadas profesiones jurídicas. Al efecto el artículo 85 establecía que aquella estaría integrada por tres magistrados (procedentes del Supremo o la Audiencia de Madrid), cuatro abogados (128), dos catedráticos de la Universidad Central, el fiscal del Supremo y un Secretario propuesto por los demás miembros. No obstante, como salvo en dos casos (el decano del Colegios de Abogados de Madrid y el Presidente del Supremo) la decisión de nombrar recaía en el Gobierno éste seguía manteniendo una potencial fuente de influencia en la selección.

(126) Mucho mayores en la reducida judicatura de 1870 que en la actual.

(127) Que es inevitable cuando los miembros del órgano enjuiciador son todos del mismo cuerpo, ya que en tal caso las pruebas vienen a encubrir un sistema de cooptación puro y simple, en el que resulta fácil reintroducir los mecanismos de clientela, especialmente si los candidatos son pocos y los juzgadores los conocen previamente, como sucede hoy, por ejemplo, en el caso del profesorado universitario.

(128) Escogidos según un criterio censitario «entre los que paguen en el concepto de abogados una de las tres primeras cuotas del subsidio industrial».

Quinto. Superada la oposición el candidato no ingresaba directamente en la carrera judicial, antes bien accedía a un «*cuero de aspirantes a la judicatura*» en el cual había de figurar durante un período no inferior a un año. Durante su permanencia en el mismo, y de acuerdo con una idea que hemos visto con anterioridad, los aspirantes debían adquirir conocimiento de los asuntos y con ello la «capacidad necesaria» a que se refiere la Exposición de Motivos. Al efecto durante dicho período el aspirante podía ejercer la abogacía (cf. art. 107 LOPJ) y contraía la obligación de concurrir «*a las sesiones públicas del tribunal del lugar de su residencia*». Además, los miembros del cuerpo de aspirantes contarían el deber de aceptar nombramientos de jueces municipales, jueces sustitutos o suplentes y sustitutos de abogados fiscales, siendo evaluados anualmente por el Presidente de la Audiencia correspondiente y puntuados en consecuencia.

Sexto. El acceso a la judicatura se produce mediante un procedimiento de selección que tiene en cuenta la puntuación a que se ha hecho referencia (cf. art. 123 LOPJ). Al efecto la ley establecía un sistema de cuotas de tal modo que de cada cinco vacantes dos eran cubiertas automáticamente por los dos candidatos de mayor puntuación, otros dos eran designados por el Gobierno, pero necesariamente entre los miembros del cuerpo de aspirantes que se hallaban en el tercio superior de la escala del mismo, finalmente el quinto era designado por el Gobierno libremente de entre los aspirantes que llevaran al menos un año en el cuerpo.

Séptimo. Por lo que toca a los magistrados (cuya provisión regulan los arts. 133 y sigs. LOPJ) las vacantes se proveían mediante un sistema de turnos según el cual de cada cuatro plazas dos se proveían por antigüedad, en tanto que los dos restantes se designaban entre fiscales uno y entre secretarios, abogados y catedráticos de Derecho el otro. Finalmente se mantenía la posibilidad de introducir políticos en el Supremo, habilitándose al Gobierno para designar como magistrados del más alto Tribunal a ex Ministros de la Corona.

La lógica subyacente al sistema nos resulta bien conocida a estas alturas; el legislador buscaba asegurarse frente al clientelismo mediante el acceso meritocrático, y escoge para ello la oposición ya que en la función pública de la época el concurso equivalía a reproducir el *statu quo ante*. No obstante, el legislador no quiere ni cortar a la judicatura de las demás profesiones jurídicas, ni dar acceso a la carrera a

quienes no tienen otros conocimientos que los teóricos, a cuyo efecto se recurre la idea del cuerpo de aspirantes, que no es otra cosa que un estadio intermedio diseñado para que los candidatos que hubieren demostrado su conocimiento del Derecho escrito mediante la oposición adquirieran experiencia práctica antes de acceder a la función judicial, bajo la supervisión correspondiente. En resumen, la LOPJ de 1870, en este punto, no es otra cosa que la plasmación legal del proyecto reformador que, nacido en los años posteriores al bienio, fracasó en la década de 1860 por causa de un contexto político hostil, y que necesitó el ímpetu de la Gloriosa para conseguir imponerse a la pervisión del sistema existente bajo el Antiguo Régimen vigente durante el período isabelino. Así vino a nacer entre nosotros la figura del juez-funcionario reclutado por oposición. No obstante, en parte por razones políticas, en parte por motivos financieros la aplicación de la LOPJ de 1870 en esta parte tendrá que esperar hasta bien entrada la Restauración, bajo la cual el sistema originariamente mixto evolucionó en el sentido del monopolio de hecho del reclutamiento por la sola oposición, de tal modo que, a la postre, la inamovilidad llegó a los jueces mucho antes de que llegara al grueso de los funcionarios civiles, que tendrán que esperar a las reformas introducidas por el «Gobierno Nacional» en 1918.

Náquera, verano de 1996.