

“DEMOCRACIA Y PODER JUDICIAL”

*Por Pedro Luis Martínez Pallarés,
Profesor Asoc. Constitucional
Universidad de Zaragoza
y Letrado Diputación Provincial Zaragoza*

I.- INTRODUCCIÓN .- EL PORQUE DE LA CUESTION.

Hasta hace unos pocos años, la conciencia general tanto de los justiciables, como de los jueces y de los ciudadanos en general, asumía convencionalmente la existencia de un poder judicial dotado de un perfil político bajo, de un contenido eminentemente técnico y de una visibilidad social escasa. Los últimos veinte años han supuesto un cambio cualitativo en dicha percepción y la presencia en la escena político-social de insignes integrantes del poder judicial ha tenido y tiene una gran incidencia en el debate y resolución de cuestiones de amplia repercusión social. La aparición de la figura de los denominados “jueces estrella”, la preeminente actividad de la judicatura francesa en relación con la financiación de los partidos políticos, el indiscutible protagonismo de un importante sector judicial italiano en el declive y desaparición de un importante bloque de la clase política italiana, las decisiones adoptadas por los jueces ingleses respecto de los denominados “papeles de Irak” o la extradición del exgeneral chileno Augusto Pinochet, junto con decisiones de integrantes del poder judicial español de hondo calado como la investigación sobre la presunta financiación irregular del PSOE, en su anterior etapa de responsabilidades de gobierno, o el procesamiento de militares implicados en los regímenes dictatoriales sudamericanos y sus

siniestras implicaciones en la vulneración sistemática de derechos humanos son síntomas evidentes de que la discreta presencia de la judicatura en el seno del debate político-social ha devenido una cuestión del pasado. De ahí la importancia de volver nuestros ojos y nuestra atención a este fenómeno, y analizar sobre los motivos de esta nueva situación y sobre el carácter coyuntural o estructural de la misma.

El modelo de acercamiento a ello que se propone es multidisciplinar, fuertemente arraigado en el derecho constitucional y en la teoría del Derecho pero con inequívocas implicaciones en la ciencia política.

En España el fenómeno posee un mayor calado puesto que ha confluído un doble proceso:

a.- La aprobación de la CE de 1978 inserta en el paradigma de Estado constitucional de derecho, que supone la plena normatividad de la CE y su supremacía sobre todas las leyes, ha conllevado la incorporación de nuestro país y de su ordenamiento jurídico a unos paradigmas político-normativos, vigentes hace ya varias décadas en los países europeos occidentales, que han producido una ruptura efectiva y de hondo calado con los postulados políticos y jurídicos que habían fundamentado el régimen del General Franco.

b.- La mayor visibilidad de la justicia en las sociedades democráticas, tanto en situaciones ordinarias como extraordinarias “jueces estrella”, que lleva a hablar tanto de la judicialización de la política como de la politización de la justicia.

En este contexto es en el que debemos realizar el planteamiento de la cuestión que queremos analizar, el papel del juez en el seno de una sociedad democrática y de los efectos de ésta en sus poderes.

En primer lugar debemos centrar el objeto de nuestro análisis y para ello, el debate debe ubicarse no en cualquier “democracia”, como un mero arquetipo ideal de forma de gobierno, sino en la democracia constitucional, caracterizada por un lado por la garantía de los derechos de los ciudadanos, y por lo tanto limitación de cada uno de los poderes, y por otro el aseguramiento de la soberanía popular. (BOBBIO).

II.- TRADICIONES JURÍDICO POLÍTICAS DIFERENTES. DIFERENTES ARTICULACIONES DEL PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES, EN ESPECIAL EL PODER JUDICIAL

A.- Modelo anglosajón o del cammon law

Es un lugar común describir el denominado modelo del “cammon law” como aquel en el que la actividad legiferante está subordinada y debe respetar el bien publico de la sociedad, en línea con las afirmaciones realizadas en su momento por John LOCKE, supraordenando los derechos a las leyes y configurando con ello un ordenamiento jurídico de naturaleza no monista, con muy diversos centros de producción normativa. Dentro de este modelo centramos nuestra atención en su articulación y plasmación en EEUU e Inglaterra, destacando las vicisitudes históricas, ideológicas y sociales que incidieron en la gestación y formación de sus actuales sistemas políticos y jurídicos, con especial atención en la posición institucional que los jueces van a desempeñar en los mismos.

a.- Estados Unidos de América:

La separación de poderes no ha sido entendida desde un principio como atribución en monopolio de una función a un poder sino que, realizando una

recepción más fidedigna de las tesis de MONTESQUIEU, poco proclive al monopolio de funciones, la constitución federal norteamericana ha articulado un sistema de pesos y contrapesos, que garantizan la participación de unos poderes en las decisiones de los otros. En este sentido destaca la opinión de MADISON en *El federalista*, “ Lo que Montesquieu quiso decir no era otra cosa que cuando todos los poderes de un órgano son ejercidos por las mismas manos que poseen todos los poderes de otro órgano, quedan subvertidos los principios de una Constitución libre”.

Una de las especificidades de la separación de poderes norteamericana radica en su preferencia por el poder ejecutivo, ayunos de experiencias de opresión por las monarquías, de donde deriva la existencia de un sistema presidencialista de neta legitimación democrática, y en la desconfianza ante la tiranía de la asamblea, ya sea la de la metrópolis que imponía sus leyes a las colonias como la de los territorios independientes en sus primeros años, que conlleva una clara prevención contra el legislativo y la imposición de límites a éste al objeto de evitar su absolutismo mediante dos métodos: el federalismo y la supremacía de la Constitución. En relación con este último método MUÑOZ MACHADO ha resaltado que “acumula dos inventos radicalmente originales, evitar que el legislador pueda modificar la Constitución mediante leyes ordinarias posteriores y atribuir a los jueces la función de examinar y resolver sobre la adecuación de las leyes a la Constitución”, técnica ésta proclamada por el Juez MARSHALL, en la paradigmática Sentencia MARBURY v. MADISON, dictada en 1803.

Nos encontramos ante la plasmación práctica de la concepción lockiana del pacto constitucional, supraordenado a todos los poderes del Estado, incluido el Congreso, lo que supone una mayor intervención del poder judicial que legitimado en su función de equilibrio de poderes y de control y garantía de los

derechos fundamentales, llega a convertirse en controlador difuso de la constitucionalidad de las leyes.

b.- Inglaterra.

A diferencia de lo acontecido en EEUU, la economía del sistema de división de poderes en Inglaterra va a sustentarse en la supremacía del Parlamento, respecto del resto de los poderes, consecuencia de la Glorious Revolution que no se olvide, se produjo ante la creencia de los revolucionarios de 1688 de que el monarca, Jacobo II, había violado la soberanía del Parlamento. Si bien desde el año 1701 se reconoce y ampara la independencia de los jueces frente al rey y el ejecutivo, la actuación de aquellos se va a efectuar mediante una estrecha vinculación a la ley, en aplicación del aforismo por el que no existen actos superiores a los del Parlamento, declarándose incluso la imposibilidad de revisar judicialmente los actos del poder legislativo “judicial review”. En este sentido MICHELLE TARUFO ha resaltado la estrecha interconexión entre el Rule of law, caracterizado por las notas de previsibilidad, generalidad, estabilidad, igualdad en la aplicación e interpretación e imparcialidad, y la supremacía del Parlamento.

B.- Modelo continental, civil law

Si bien los avatares y vicisitudes acaecidos en los procesos de formación del Estado contemporáneo y de organización de sus poderes, en los países del denominado modelo continental o de la ley civil, han sido diversos y variados, vamos a tomar en consideración la experiencia francesa como paradigmática de la organización de los poderes del Estado en este tipo de modelo.

Haciéndonos eco de las tesis del profesor PIZZORUSO podemos decir que en una primera etapa, previa a la revolución liberal, en el estado absolutista el

poder de hacer justicia correspondía al monarca. Justicia que administraba bien él mismo, la denominada justicia retenida, o a través de autoridades sometidas a él, la denominada justicia delegada, y que suponía por un lado que la justicia ya no tenía origen divino y por otro que los órganos delegados estaban cada vez menos vinculados al Monarca. Como consecuencia de ello los Parlamentos, órganos judiciales dependientes del Monarca, fueron asumiendo funciones normativas, diferenciadas de las del soberano, mediante la publicación de “arrêt de reglement”, y la institución del “registro” de los actos normativos del soberano por la que velaban por su adecuación a las leyes fundamentales de la monarquía, pudiendo incluso denegar el registro. Esta progresiva preeminencia de los órganos judiciales provocó tensiones con el monarca, pero también, dada su composición nobiliaria y su actitud de defensa de sus privilegios, tales como el comercio de los despachos, la retribución pagada por las partes, etc. provocó animadversión en los liberales, lo que supuso la abolición de los Parlamentos tras la Revolución y una gran desconfianza en las nuevas autoridades ante el poder de los jueces.

La gran aspiración de los revolucionarios es la conversión del Juez en un poder neutro, “mera boca que pronuncia las palabras de la ley”, desechando desde todo punto de vista la posibilidad de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Destaca en este sentido las palabras de ROBESPIERRE en noviembre de 1790 que afirma “esta palabra jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía bajo el Antiguo Régimen, no significa nada en el nuevo: debe ser borrada de nuestra lengua” porque tal y como había argumentado en mayo del mismo año “si una autoridad distinta de la del legislador pudiera interpretar las leyes, elevaría su voluntad por encima de la del legislador”.

La arquitectura del andamiaje político-institucional tras la Revolución francesa radica en la supremacía de la ley que todo lo prevé y regula, expresión de la voluntad general, y del Parlamento como poder político y de la soberanía

nacional que representaba. Como pieza de cierre de dicho sistema figuraba el Tribunal de Casación que se configuraba como un órgano del poder legislativo para impedir la rebelión judicial contra la voluntad del legislador, a través del denominado referé legislatif, que suponía la obligación de los jueces de recurrir al legislador para obtener la interpretación verdadera de la ley en caso de duda . (PIZZORUSO).

Dos serían los caracteres básicos del denominado estado legal de derecho, propio del modelo continental, configurado por los revolucionarios, el legiscentrismo, con el que la ley se convierte en el centro del sistema constitucional estableciéndose el reino de la ley que ordena la actuación de los demás poderes y también los derechos de los ciudadanos, Artículos 4, 5 6, 7 y 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (MUÑOZ MACHADO), y esterilización política del juez al que se subordina estrictamente a la ley y se le prohíbe su interpretación.

No obstante, prácticamente desde los inicios de su implantación se produjeron modulaciones sobre el esquema teórico inicial. Así destaca la quiebra en el monopolio de la ley como única fuente de producción normativa con motivo de la emergencia del poder reglamentario del ejecutivo, y la conversión del Tribunal de Casación en órgano jurisdiccional que amplía su conocimiento no solo a las contravenciones expresas de la ley sino también a sus interpretaciones. Pero en todo caso, a pesar de estas quiebras de evidentes consecuencias con el paso del tiempo, el legiscentrismo sigue desplegando sus enormes virtualidades ya que es la ley quien predetermina los derechos de los ciudadanos, sin que en su regulación la Constitución posea eficacia vinculante.

III. DISTINTOS MODELOS DE PODER JUDICIAL. DISTINTOS PAPELES DEL JUEZ

A.- STATUS DEL JUEZ Y CARRERA PROFESIONAL

a.- modelo profesional.

Es el modelo propio de los países del common law, basado esencialmente en un sistema de reclutamiento profesional, es decir entre profesionales del Derecho con cierta experiencia en su ejercicio, en detrimento del reclutamiento entre jóvenes licenciados.

En Inglaterra los integrantes de la judicatura son reclutados sólo entre abogados de experiencia y prestigio debidamente constatados durante largos años de ejercicio profesional, favoreciendo que dichos requisitos no se vean devaluados, la circunstancia de que el número de jueces es realmente reducido, alrededor de novecientos. La interpenetración en el ejercicio de las funciones de los diferentes poderes se manifiesta con nitidez en el procedimiento de nombramiento, puesto que lo son por la Corona, a través del Lord Canciller que reúne en su persona diversas condiciones, tales como abogado, juez de la Corte Suprema, speaker de la Cámara de los Lores, miembro Gabinete y responsable de la Administración de Justicia. El proceso de selección de facto se haya enormemente influido por la magistratura y la abogacía, ostentando ambas instancias un papel determinante en el mismo por lo que en la actualidad se ha producido un declinar de los criterios políticos como elementos esenciales en el proceso de selección. Algún sector de la ciencia política que se ha ocupado del análisis de esta cuestión ha destacado que la consecuencia de esta concertación entre la élite de la abogacía y la magistratura es una composición fuertemente elitista de la judicatura inglesa (C. GUARNIERI).

El caso de los EEUU de América refleja igualmente una gran movilidad entre la abogacía y la magistratura, de manera que el grueso de los componentes del poder judicial norteamericano son abogados profesionales, gran parte de ellos, con dilatada experiencia política, si bien el grado de influencia de los representantes institucionales de la abogacía en el proceso de selección aún siendo esencial es menor que en el supuesto inglés ya analizado, al verse complementado con otros criterios de carácter más eminentemente político-social. En todo caso destaca en todos los ámbitos territoriales la necesaria confluencia de los otros dos poderes, legislativo y ejecutivo, en el sistema de selección y nombramiento, como una muestra más del sistema de pesos y contrapesos del modelo constitucional norteamericano.

En este sentido el nombramiento de los jueces federales está confiado a instituciones políticamente representativas. La designación de los jueces federales corresponde al Presidente de los EEUU, previo examen de una Comisión del Senado y votación favorable de éste por mayoría simple de sus miembros. Tradicionalmente la intervención del Senado ha supuesto la obtención de la confianza de una Cámara controlada por una mayoría política de distinto color al del Presidente de los EEUU, si bien en la actual legislatura esta función de contrapeso entre ambas instancias se ha visto claramente matizada por la identidad política de las mismas. La garantía de la independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales radica en el carácter vitalicio del nombramiento y la consiguiente inamovilidad. La influencia del sistema político es manifiesta pero tiende a extinguirse con el acto del nombramiento (C. GUARNIERI).

Los Jueces estatales lo son como consecuencia de una elección directa de los ciudadanos sometida a plazo dilatado en tiempo, o son seleccionados mediante el denominado merit plan, sistema que busca reforzar la selección basada en el

mérito sin cortar toda relación entre el poder judicial y los poderes representativos, mediante la propuesta efectuada por una comisión integrada por jueces, abogados y representantes de sectores ciudadanos que incluye varios nombres y, de entre ellos, el Gobernador procede a la elección de uno para que ejercite sus funciones en calidad de juez estatal durante un año, transcurrido dicho plazo se somete su continuidad en el cargo a referéndum popular con una duración dilatada en el tiempo.

b.- Modelo burocrático.

Con carácter general es el sistema propio de los países del civil law, o modelo continental que hemos analizado.

En este caso el juez es un técnico, que se limita a aplicar la ley. La competencia técnica es la única legitimación que posee, el derecho es una técnica y su adecuado conocimiento es el requisito fundamental para el ejercicio de la jurisdicción. Se produce una clara asimilación de fondo con el resto de funcionarios públicos, tanto en los criterios como en el sistema de selección, así como en la organización de su carrera profesional fuertemente jerarquizada y dependiente de los jueces de mayor rango y del Ejecutivo, y el propio perfil técnico y políticamente bajo de sus integrantes. El Concurso/oposición público es la única o prioritaria forma de reclutamiento, que se realiza entre jóvenes candidatos sin experiencia profesional alguna. Las pruebas selectivas tienen un contenido eminentemente memorístico, y se caracterizan por la carencia de especialización en las distintas ramas del derecho transmitiendo con ello una formación generalista, anclada en el positivismo dogmático. La temprana de edad de los seleccionados, así como la formación recibida desde su preparación de ingreso, por jueces y entre jueces, y la inexistencia de una experiencia profesional ajena a la judicatura conlleva la

existencia de un fuerte corporativismo, vinculado al ejercicio de una función indiscutida y cuasi-sacral.

La ordenación jerárquica de los miembros del cuerpo en una carrera “cursus honorum” dirigida por los superiores jerárquicos conlleva que la independencia externa conseguida mediante el sistema de selección se vea reducida en el ámbito interno de la carrera. “La articulación jerárquica se superpone rigurosamente al sistema procesal, de manera que a mayor grado en el orden jurisdiccional corresponde también un mayor grado en la jerarquía. El superior lo es así en ambos planos, lo que permite asegurar el ejercicio de un doble control, que se proyecta tanto en actuaciones profesionales como sobre las ajenas a la profesión, incluidos los aspectos atinentes a su vida privada” (PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ).

B.- EL PAPEL DEL JUEZ

Siguiendo a C. GUARNIERI y a P. PEDERZOLI en función del grado de autonomía que tenga el juez respecto del sistema normativo y del resto de instituciones políticas puede establecerse una clasificación del distinto papel que puede desempeñar en el conjunto del sistema institucional. Así podemos hablar de los siguientes tipos de jueces:

a.- Juez ejecutor: Caracterizado por su no oposición a las instituciones político-representativas. Es un mero ejecutor de la voluntad de la ley. Esta tipología de juez sería propia de los sistemas juridico-políticos del denominado civil law o modelo continental en sus inicios. Se dio en el siglo XIX en sociedades estables con sistemas jurídicos codificados y una magistratura burocratizada en los términos expuestos en el apartado anterior. En los países anglosajones estaría vinculado a la teoría declarativa del derecho, y sobre todo en la actualidad a la denominada teoría del new textualismo, representada por el

más que probable futuro presidente del TS norteamericano el magistrado SCALIA, que pretende limitar el poder de los jueces en la interpretación de las leyes oponiéndose al mito americano de la judicial supremacy (M. TARUFFO). Concilia el principio democrático y el respeto a la voluntad popular, a través de la estrecha vinculación de la actividad judicial a la ley. En la aplicación de la ley encuentra no solo la garantía de su independencia sino su propia legitimación democrática.

b.- Juez delegado. El juez rellena los espacios libres dejados por el legislador, o desempeña un especial protagonismo en aquellos campos nuevos no regulados por la ley, pero solo hasta que lo hagan las instituciones democrático-representativas. Es la concepción sobre el papel del juez y su relación con la ley, y por lo tanto con el producto normativo de la soberanía popular, predominante en Inglaterra. El juez se limita a actuar por delegación del legislador, y en el conjunto del ordenamiento encuentra los valores, los principios y las normas para resolver los supuestos planteados.

c.- Juez guardián: Su papel esencialmente consiste en garantizar los derechos de los ciudadanos, de las minorías incluso frente a las orientaciones de las instituciones democrático-representativas. En el ejercicio de la función jurisdiccional proceden a la aplicación de las normas de la Constitución, que expresamente juridifican los derechos fundamentales. Modelo del juez propio de aquellos sistemas que como el norteamericano a partir de 1803, o el continental tras la común aceptación del carácter normativo de la Constitución, y en particular de los derechos fundamentales recogidos en ella.

d.- Juez político: Relativamente autónomo de sistema político y del propio sistema normativo. Más propio del sistema del common law norteamericano, en el que el juez realiza un cierto activismo judicial, y legitima su actuación a través de la teoría creativa del derecho por la que la función de creación del

derecho corresponde al poder legislativo pero no tiene el monopolio exclusivo ya que, aunque sea en las formas particulares del proceso y de la interpretación/aplicación judicial dicha actividad creadora es también ejercitada por el juez .(M. TARUFFO). La denominada teoría del “dynamic statutory interpretation”, en contraposición al “new textualism”, sería uno de los paradigmas teóricos que en la actualidad darían sustento a esta posición judicial. El supuesto más extremo de esta tipología de juez se encontraría en el propugnado por la “Critical legal studies” que sostiene que el juez no debe decidir conforme a reglas generales y abstractas sino juzgar en busca de la “equity” en función de sus propias opciones ideológicas.

IV.- UN PUNTO DE INFLEXIÓN: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL WELFARE STATE. EL INICIO DE UNA CIERTA CONVERGENCIA.

A.- Welfare state

La transformación del inicial estado liberal de derecho en un estado social de derecho, en el que el Estado asume responsabilidades en la conformación del orden social, removiendo los obstáculos que impidan la realización efectiva de la igualdad de los ciudadanos, tiene como una de sus consecuencias estelares la expansión sin precedentes del sistema normativo, lo que conlleva la no existencia de sectores inmunes a la acción pública y a las decisiones judiciales.

Paralelamente concurre la producción de textos legales de escasa densidad normativa, consecuencia de la propia inflación legislativa y reglamentaria, y de la variedad y complejidad técnica de los asuntos a regular, que supone la llamada a la potestad reglamentaria y a la función jurisdiccional al objeto de concretar el alcance y determinación de las prescripciones legales.

El welfare state supone la transformación de la función del derecho que deja de fundamentarse en una concepción instrumental y limitadora y pasa a basarse en una concepción promocional del mismo.(BOBBIO). El derecho no solo disciplina comportamientos sino que también pasa a ser un medio de cambio social. Las normas jurídicas, tanto las leyes como los reglamentos de desarrollo, contienen un gran número de cláusulas generales, de carácter principal y orientador de la actuación de los poderes públicos, que atribuyen gran poder de decisión a los jueces. Con motivo de ello el juez adopta un papel prospectivo idéntico al resto de los actores políticos, que le lleva a participar en la formulación del alcance de las políticas públicas. El propio proceso, inicialmente circunscrito a dos partes en litigio, pasa a generalizar su ámbito mediante la incidencia de la resolución judicial más allá de las partes en litigio, a través de figuras de nueva creación como el interesado difuso, incorporado con carácter general al concepto de interesado de nuestras legislaciones procesales, con particular incidencia en los ámbitos de protección del medio ambiente y de los consumidores. (Artículo 19.1,b) LJCA).

B.- El estado constitucional de derecho.

1.- Consideraciones generales.

La generalización de la consideración de la Constitución como norma jurídica, supraordenada al resto del ordenamiento jurídico supone, en primer lugar, la superación del legicentrismo propio de los sistemas continental o de civil law. Los jueces deben superponer los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos a las determinaciones de las leyes, y deben utilizarlos como parámetros para su interpretación. El derecho ya no resulta evidente, con independencia de que se descubra o se cree, y su aplicación

exige una compleja labor intelectual previa a la determinación de la norma aplicable.

La juridificación del texto constitucional lleva implícita la limitación constitucional de la densidad normativa de los textos legales y reglamentarios. Los principios constitucionales de proporcionalidad y de igualdad no solo deben inspirar la acción del legislativo y del ejecutivo sino también la de los jueces, que deben entrar a ponderarlos en cada caso(MUÑOZ MACHADO).

2.- España tras la aprobación de la C.E. de 1.978.

En España, la redacción del artículo 117.CE hace referencia a un poder judicial, es la primera referencia a un poder de tal naturaleza en nuestra historia constitucional, que obra con exclusivo sometimiento a la ley. Dicha referencia a la ley, en el estado constitucional de derecho configurado por la C.E. de 1978 debe entenderse al conjunto del ordenamiento jurídico en cuyo vértice normativo se ubica el texto constitucional. En concordancia con ello el art. 5.1 LOPJ establece la expresa vinculación de jueces y tribunales al texto constitucional que “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”, el artículo 5.2 LOPJ atribuye a los Jueces la legitimación para plantear una cuestión de inconstitucionalidad en aquellos procesos en que la norma decidendi pueda resultar contraria a la C.E y el art. 6 LOPJ, impele a los Jueces a la inaplicación de los reglamentos y cuantas disposiciones resulten contrarios a la ley y a la CE. Resulta de todo ello una evidente expansividad de los principios constitucionales: el juez tiene como parámetro fundamental y constante de juicio y de interpretación de la ley a la Constitución.

Junto a ello se ha producido la conversión del ordenamiento jurídico español, en un ordenamiento en red (MUÑOZ MACHADO). Esta nueva circunstancia se ha consolidado como consecuencia de la pluralidad de centros de producción normativa (constitucionalización de un estado políticamente descentralizado), de la instauración de un legislador negativo, el Tribunal Constitucional, y la incidencia de la integración de España en el ámbito subjetivo de aplicación del derecho europeo. La enorme diversificación de los centros de creación normativa, tanto en positivo como en negativo, obliga al operador jurídico, en especial al juez, a realizar una prolija tarea de determinación del derecho aplicable a cada caso concreto, ostentando un papel protagonista en dicha tarea, que no es baladí ni meramente circunstancial.

Especial referencia debe hacerse al derecho comunitario, que en estos momentos forma parte del ordenamiento jurídico español. Sistema normativo inspirado en concepciones jurídicas no subsumibles en las propias del Estado legal de derecho. Así nos encontramos que nuestro ordenamiento jurídico está integrado, por esta vía, por un Derecho de configuración jurisprudencial, fuertemente inspirado en el paradigma anglosajón (determinación caso a caso), que es de directa aplicación por nuestros operadores jurídicos en virtud de dos principios fundamentales, de creación jurisprudencial del TJCE, “principio de efecto directo” y de “primacía del derecho comunitario”. En este sentido y como muestra del especial protagonismo jurisprudencial en la configuración de institutos esenciales del derecho público, a título de ejemplo, podemos recordar la tarea delimitadora, desempeñada por el TJCE, del alcance y contenido de un concepto fundamental en el derecho público continental, de raigambre francesa, como es el de servicio público, actualmente denominado en la nomenclatura comunitaria servicio de interés general o servicio de interés económico general, mediante la interpretación del alcance y contenido del artículo 86.2 TCE. (STJCE, Holfner y Elser de 23.04.91; Corbeau de 19.05.93; Almelo de 27.04.94, entre otras).

Podemos concluir que en el estado constitucional de derecho, y el español lo es, los jueces no aplican la ley sino que contribuyen a definirla.

C.- Otros factores que inciden.

Con carácter complementario, pero no por ello de menor importancia, en cada uno de los distintos países concurren una serie de circunstancias directamente vinculadas con la naturaleza de su sistema institucional que tienen una evidente incidencia en el mayor o menor fortalecimiento del poder judicial en la economía de su sistema.

En este sentido podemos afirmar que existe una mayor posibilidad de reforzamiento judicial en las denominadas democracias proporcionales que en las mayoritarias, dada la existencia de un ejecutivo más debilitado.

El mayor o menor protagonismo judicial dependerá asimismo de la capacidad de la magistratura para responder de las demandas políticas, que se le planteen, aumentando su presencia y visibilidad cuanto mayor grado de respuestas otorgue a las mismas.

La pérdida de confianza en los partidos políticos, que conlleva la debilidad de las instituciones político representativas acrecenta el grado de protagonismo en la vida político social de los integrantes del poder judicial, tal y como sucedió en su momento en la República de Weimar, y más recientemente en el caso italiano.

V.- LOS LIMITES JURIDICOS DE LA ACTUACION DEL JUEZ.

A.- Actividad declarativa versus actividad creativa del Derecho.

Con carácter general la actuación de los jueces tendrá un mayor o menor campo de configuración, y por lo tanto una mayor o menor limitación, en función de su vinculación al texto de las leyes:

a.- Teorías declarativas. El juez declara el derecho que está impreso en el ordenamiento jurídico, ya sea éste entendido en el sentido estricto de la ley o del ordenamiento en su globalidad. En los países del Common law esta posición ha sido defendida con carácter paradigmático por BLACKSTONE, destacando en España la posición de DIEZ PICAZO para quien el juez indaga y encuentra reglas preexistentes (juez ejecutor, juez delegado).

b.- Teorías creativas: No puede sostenerse que el derecho exista con anterioridad e independencia de las decisiones judiciales. GRAY, HOLMES, CARDOZO (juez guardián y juez político). En todo caso, crean o descubren reglas que no están escritas en las Leyes.

B.- Límites concretos

En todo caso, la actuación judicial se articula a través del proceso que debe respetar una serie de principios: Principio de pasividad, su intervención ha de ser solicitada por un tercero; principio de legalidad, debe aplicar normas preexistentes ya sean leyes o precedentes jurisprudenciales; principio de contradicción, debe atender las pretensiones de las partes; principio de motivación, debe motivar los elementos de hecho y los fundamentos de derecho en los que fundamenta su decisión.

La afirmación de la trascendencia política de la actividad judicial no supone en modo alguno desconocer la especial vinculación del juez con el Derecho. Al contrario, todo el andamiaje teórico de la nueva posición del poder judicial radica en el expreso reconocimiento de que la limitación jurídica de la actuación judicial es premisa fundamental de todo sistema democrático. El problema radica en que la aludida mutación del juez, de aplicador del Derecho en creador de éste, que viene a quebrantar la tradicional división de poderes por la que quien creaba Derecho era el legislador y el juez se limitaba a su aplicación, puede dar cobertura a un activismo judicial invasor de funciones legislativas, de difícil solución que solo mediante la autocontención judicial podría soslayarse. De ahí la importancia de identificar los límites jurídicos de la creación judicial, que actúan como legitimadores de dicha actuación (ORDOÑEZ SOLIS):

El proceso, como instrumento vehicular del diálogo entre las partes y el Juez, ha de dejar de concebirse como un mero obstáculo a superar y pasar a percibirse como cauce imprescindible para la materialización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El lenguaje, que debe ser claro, debe renovarse como consecuencia de la especial vinculación del Juez a la Constitución que le obliga a interpretar el ordenamiento jurídico conforme con aquella y que, junto con los métodos de interpretación del Derecho y la aplicación de los principios generales, ponen de manifiesto la dimensión intrínsecamente política de la tarea del Juez, en el marco de la juridicidad.

La motivación de las decisiones, que debe realizarse invocando argumentos y razones jurídicas, y que entronca con la función política de la racionalidad, debe responder a una lógica jurídica y se encuentra directamente vinculada al derecho a la obtención a la tutela judicial efectiva. La especial importancia de la motivación exige un nuevo tipo de juez argumentativo, dotado

de una nueva formación, de forma que cada estilo de argumentación indica una diferente cultura jurídica.

En el ámbito de los límites jurídicos del poder del juez, particular interés despierta la relación de la independencia judicial, predicada tanto respecto de los otros poderes del Estado como entendida en su vertiente de ausencia de subordinación jurídica, con la fuerza vinculante de la jurisprudencia. El tradicional carácter complementario de ésta, deudor de la concepción legicentrista propia del Derecho continental, se ve modulado como consecuencia del carácter normativo de la Constitución y la influencia de los tribunales europeos, produciéndose una cierta convergencia entre los sistemas jurídicos continental y anglosajón, llegando a considerar la jurisprudencia como una nueva fuente del derecho, lo que supone una especial vinculación de los tribunales inferiores a las decisiones de los superiores.

VI.- LEGITIMACION Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

De lo expuesto podemos deducir la dimensión política de la actuación de los jueces sin que disminuya por ello su función jurídica. Nos encontramos ante el juez como pieza y como actor del sistema político que articula su actuación a través del Derecho (ORDOÑEZ SOLIS). La incidencia confluyente del estado social y del estado constitucional de derecho a la que ya hemos hecho referencia, con las implicaciones expuestas, produce lo que FERRAJOLI da en denominar “Poder de disposición” o poder de decidir en un marco flexible que implica la atribución de un poder político o de poder extrajudicial (ANDRES IBAÑEZ).

Este poder de disposición será de mayor o menor alcance si el resto de los poderes del Estado cumplen con el rol que constitucionalmente tienen atribuido. (J. M. MARAVALL).

A.- Legitimación.

Diversas han sido y son las teorías que buscan una legitimación a la actuación de los jueces en el contexto de una sociedad democrática.

Vinculación a la ley: No solo como garantía de su independencia, sino como legitimación política. Es la teoría clásica del estado legal del Derecho. Nos encontramos ante una legitimación democrática de ejercicio.

Vinculación a la voluntad popular: El proceso de selección de los integrantes de lo que MONTESQUIEU denominó “poder terrible” se vincula de forma directa o indirecta a la voluntad de los ciudadanos mediante procedimientos de elección directa (jueces estatales americanos), o mediante la designación por el complejo ejecutivo-legislativo: jueces ingleses, jueces federales americanos y repúblicas sudamericanas.

Vinculación a la Constitución: Sometimiento de los jueces directamente a la Constitución, estableciendo ésta tanto los límites político-materiales, a través de los valores y principios constitucionales, como los jurídico-formales, mediante el establecimiento de procedimientos y garantías (ORDOÑEZ SOLIS).

B.- Responsabilidad

El pluralismo de valores que subyace en el estado constitucional de derecho, estado de derecho/soberanía popular, convierte en más adecuada la

fundamentación constitucional de la legitimación del poder judicial en una sociedad democrática, pero no puede servir para soslayar el problema de la responsabilidad del poder judicial. La sociedad democrática es la antítesis de la existencia de poderes irresponsables (C. GUARNIERI).

La teoría de la vinculación a la Constitución puede ser vista por algunos como una vinculación meramente declarativa al derecho contenido en aquella. Podría ser un juez meramente ejecutor de aquella, o en el mejor de los casos delegado por ella para declarar el derecho en el caso concreto. Pero dado el carácter constitutivo, primario y principal de las normas constitucionales, la dificultad de interpretación unívoca de las mismas, vuelve a realzar el poder de decisión que corresponde a los jueces.

El estado constitucional de Derecho, resultado de la experiencia dramática de los fascismos europeos, supone la necesidad de establecer límites de derecho a la actividad de la política, los derechos fundamentales reciben la consideración de superley positiva, de obligatoria observancia para todos los poderes incluido el legislativo. Ello conlleva una autoridad independiente, capaz de garantizar la imparcialidad, difícilmente compatible con el mero enunciado del predominio de la voluntad de la mayoría (pluralidad de valores: voluntad popular, gobierno de las leyes, respeto a las minorías, protección de derechos fundamentales). Los derechos individuales solo son derechos si triunfan frente al gobierno o la mayoría (DWORKIN).

Pero no debe olvidarse que la judicialización, a mi entender inevitable y por ello necesariamente regulable, tiende a suprimir la decisión política, erosionando el principio de que en democracia siempre hay un responsable de las principales decisiones que afectan a la comunidad (P. PEDERZOLI). Además no debe ocultarse que la judicialización de la resolución de los conflictos otorga un mayor espacio a los grupos que disponen de recursos para emplearlos

eficazmente en el circuito judicial, en detrimento del conjunto de la ciudadanía. Como ha resaltado MUÑOZ MACHADO “el predominio del uso judicial de los principios y valores constitucionales reduce la significación de las opciones que, en virtud del principio democrático, se concretan en las leyes”.

En una democracia constitucional, no puede existir ningún poder ilimitado, es necesario separar poderes y contrapesarlos, limitarlos.

Medios de limitación:

Selección. Superación de la simple memorización y de la mera acreditación de conocimientos técnicos desde una perspectiva positivista. Para ello es conveniente proceder a la diversificación de las vías de acceso, complementando el reclutamiento de jóvenes licenciados con técnicas propias de los sistemas profesionales de selección ya mencionados. El Pacto para la Justicia de 2001, a mi entender desacertadamente, restringe la utilización de estos métodos haciendo desaparecer el denominado “tercer turno”. Considero que resultaría más adecuado plantear un análisis de la experiencia habida hasta el momento, intentando corregir los errores y las perversiones que hubieren podido producirse, modificando los criterios de selección que sean necesarios, pero la implantación de un juez argumentativo, protagonista en la definición del derecho, no se consigue mediante el mantenimiento acrítico y a ultranza de pruebas selectivas memorísticas entre jóvenes sin experiencia jurídica-profesional. Sin desdoro de la selección mediante concurso/oposición, debidamente reformulada y adaptada en sus temarios y pruebas, creo que la incorporación de profesionales del Derecho, principalmente profesores universitarios de disciplinas jurídicas y abogados en ejercicio, ya sean públicos o privados, de experiencia constatada con vocación de complementar sus perspectivas jurídicas facilitarían la tarea de la selección adecuada de unos jueces que desempeñan un nuevo y decisivo papel.

Formación: Es necesario formar a jueces técnicamente competentes y conscientes de su nueva función, circunstancias éstas que son presupuesto necesario para el imprescindible autocontrol de los jueces. Coincido con las apreciaciones de PERFECTO ANDRES IBAÑEZ quien afirma “hay que denunciar la miopía de ciertas posiciones teóricas que, con el fin de evitar el llamado activismo judicial, defienden la conveniencia de seguir difundiendo entre los operadores judiciales el imperativo de la fidelidad al imposible paradigma del juez bouche de la loi. Creo que no hay nada más peligroso. El juez que opere convencido de hacerlo conforme a ese modelo será un juez realmente inconsciente del alcance real de su poder. Por eso, se impone formar a los jueces en una comprensión realista de la naturaleza del ordenamiento jurídico que aplican y de los márgenes de discrecionalidad con que cuentan para que puedan operar con la máxima lucidez de conciencia, presupuesto básico del necesario autocontrol”.

Para ello sería conveniente la puesta en marcha de una formación común con el resto de los juristas, tomando como referencia para ello el modelo formativo de la República Federal de Alemania, y planteando la posibilidad de que el Centro de Estudios Judiciales, actualmente dependiente del Consejo General del Poder Judicial, se articule como una administración independiente y cogestionada junto con otras profesiones jurídicas. Sería conveniente la superación de una formación de jueces impartida y controlada esencialmente por jueces.

Organos de gobierno de la judicatura, tales como el Consejo General del Poder Judicial o el Consejo Superior de la Magistratura, en los países en que se ha optado por su creación, puesto que tal y como nos recuerda PEREZ ROYO su existencia no está generalizada y no es más que una de las posibles opciones a adoptar por el constituyente para la dirección no jurisdiccional del poder judicial, son configurados como órganos de garantía externa de la

independencia judicial, sus tareas son de “ejecución de las actividades administrativas que resultan instrumentales al ejercicio de las funciones jurisdiccionales”(PIZZORUSSO).

Paradójicamente es en el modelo continental, mediante la combinación de una magistratura de extracción burocrática y la constitucionalización de un Poder Judicial con órgano de protección externa de su independencia, donde mayor grado de independencia, convertida en un fin en si mismo, se produce, se ha dado en denominar “tercera vía”, pudiendo olvidarse en ocasiones que la independencia judicial ni es un fin en si mismo ni un privilegio de casta de los jueces, sino que es un valor instrumental, predispuesto para hacer posible la acción imparcial del juez en el proceso (PERFECTO ANDRES IBAÑEZ).

Esta tipología de órganos de transcendencia constitucional no se configuran como un órgano de autogobierno, sino que tal y como dispone el artículo 123 CE tiene una composición no estrictamente judicial. A mi entender, sin cuestionar la existencia de este tipo de órganos de garantía, resultaría conveniente la búsqueda de formulas de reforma tanto legal como constitucional que ampliaran la pluralidad en su composición, tanto entre las sensibilidades de los jueces como de sectores representativos de profesiones jurídicas, en la idea de que ninguno de sus componentes debieran ser mayoritarios, dada las características de las funciones que esencialmente le son atribuidas: nombramiento de principales órganos jurisdiccionales y administración del estatuto personal del juez, con especial relevancia en el ejercicio de la responsabilidad disciplinaria.

Responsabilidad: Esencialmente jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico regulada en el Título III de la LOPJ, responsabilidad penal (artículos 405 a 409), responsabilidad civil (artículos 411-413) y responsabilidad disciplinaria (artículos 414 a 427). En relación con esta última, una adecuada,

representativa y no corporativa integración del CGPJ facilitaría su reforzamiento dado que, de acuerdo con CLEMENTE AUGER, con las adecuadas garantías es precisamente la que representa la forma más apropiada de responsabilidad de los jueces.

Junto a ella la responsabilidad social, que supone la exposición de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública, que exige la obligación de la motivación de toda actuación judicial, la libertad de crítica respecto de los magistrados, y la generalización de la publicidad a todas las fases del proceso. (FERRAJOLI).

Jaca, 5 de julio de 2005.

BIBLIOGRAFIA BASICA:

AUGER, CLEMENTE: “La responsabilidad de los jueces”. Claves de la Razón práctica, número 149.

ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO. “La ética positiva del juez”. Claves de la Razón Práctica, número 152.

ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO; “Poder judicial y juez en el estado constitucional de derecho”. Cuadernos de Derecho Judicial.

DWORKIN, RONALD: Los derechos en serio, Ariel. Barcelona, 1989.

FERRAJOLI, LUIGI: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta.

C. GUARNIERI, PATRIZIA PEDERZOLI: Los jueces y la política, Taurus 1999.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Thomson-Civitas.

ORDOÑEZ SOLIS, DAVID: Jueces, derecho y política, Aranzadi.

J. PEREZ ROYO: Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons.

A. PIZZORUSSO: “Medio siglo de poder judicial en Italia”, Cuadernos de Derecho judicial.

M. TARUFFO: “Ley y juez en el Rule of Law ingles y en el constitucionalismo americano”, Cuadernos de Derecho Judicial.