

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS: *Jueces, Derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, 332 págs.

Las apacibles y convencionales teorías que han configurado al juez como un poder neutro, mero instrumento para la consecución de los designios dimanantes de la voluntad de la ley y alejado *ex radice* de cualquier posibilidad de coadyuvar a la conformación del orden político y social, y por lo tanto desprovisto de cualquier significación política, que han sustentado tanto el orden de valores en los que han sido socializados la mayoría de nuestros jueces como la percepción de éstos por parte de la ciudadanía, se han visto intensamente cuestionadas en los últimos años.

Particular incidencia ha tenido este cuestionamiento en nuestro país, donde dos procesos diferentes han sobrevenido y confluído: De un lado, la aprobación de la Constitución de 1978, inserta en el nuevo paradigma del estado constitucional de derecho que supone la asunción de la plena normatividad del texto fundamental y su supremacía sobre las leyes, que ya había sido asumido en los países de nuestro entorno político y geográfico que disfrutaban de regímenes democráticos arraigados y, de otro, la mayor visibilidad de la actuación judicial en las sociedades democráticas, que ha llevado a gran parte de la doctrina y de la opinión pública a hablar tanto de la politización de la justicia como de la judicialización de la política.

Analizar esta nueva situación creada, desde la serena reflexión de un jurista que aúna la condición de integrante del poder judicial con la de estudioso del Derecho, es lo que pretende el autor en este trabajo que ahora glosamos. La cuestión de fondo a la que pretende dar respuesta no es otra que redefinir el papel del Juez en el seno de una sociedad democrática y de los efectos de ésta en la configuración jurídica de sus poderes, y para ello parte decididamente de la premisa por la que en los actuales estados constitucionales de derecho, con independencia de la tradición jurídica continental o anglosajona en la que se inserten, cada vez es más evidente la dimensión política de la actuación de los jueces sin que disminuya por ello su función esencialmente jurídica. Un juez, pieza y actor del sistema político, que articula su actuación a través del Derecho.

El libro consta de tres partes. En las dos primeras, «el poder del juez en una sociedad democrática» y «el juez español en una sociedad democrática», analiza la posición del juez a lo largo de los dos siglos de constitucionalismo tanto en los países de tradición continental como anglosajona con expresa atención a la evolución de las funciones de los jueces en la peculiar historia española. En la tercera «el juez en la Europa del siglo XXI: derechos fundamentales e integración económica» resalta la especial trascendencia

que para la redefinición del poder judicial europeo tiene el proceso de integración europea que conlleva el reforzamiento de la posición central de los jueces en los sistemas jurídicos europeos.

La relación entre el juez y la política es abordada en el Capítulo I del libro integrado en su Parte Primera, analizando las distintas teorías sustentadoras de la legitimidad judicial en el seno de las democracias representativas que, si bien inicialmente responden a modelos teóricos y situaciones de poder diferenciados, convergen gradualmente, a pesar del mantenimiento de sus propias especificidades, en la explicitación de la dimensión política de la actuación judicial. Para ello contrapone inicialmente la evolución histórica del poder de los jueces en el modelo norteamericano y en el modelo continental, pivotando el primero sobre la concepción lockiana del pacto constitucional por encima de todos los poderes estatales, incluido del Congreso, que supone una cada vez mayor intervención del poder judicial, legitimado en su función de equilibrio de poderes y de control y garantía de los derechos fundamentales, hasta su conversión por mor de la intervención del juez Marshall en controlador difuso de la constitucionalidad de las leyes.

El modelo continental, por su parte, evoluciona desde la desconfianza hacia los jueces y la consiguiente supremacía política del Parlamento y jurídica de la Ley, donde el juez es sólo la boca que pronuncia las palabras de ésta, hasta la supremacía de la Constitución sobre las leyes, la especial dimensión constitucional de la protección de los derechos fundamentales, el descrédito de la ley por su utilización desmedida y la integración supranacional que, junto con la pérdida de la centralidad parlamentaria a favor del ejecutivo, conlleva la atribución de nuevos poderes a favor del Juez dotando a su actuación de una particular significación política a través del control de constitucionalidad y de la protección de los derechos fundamentales.

Esta inicialmente dicotómica consideración de los poderes de los jueces en función del sistema jurídico en el que nos encontramos, ha tenido su incidencia en la organización del poder judicial y en el sistema de reclutamiento y formación de sus integrantes. Un poder judicial, como el continental, de concepción estrictamente técnica y políticamente neutro ha conllevado un modelo de carrera burocratizado, con un sistema de selección y formación similar al funcional, susceptible de producir una tipología de juez de perfil bajo y cierta tendencia a la docilidad, que podría ser inadecuada para el nuevo papel que desempeña en el conjunto de los poderes del Estado.

La mutación de los poderes del juez descrita llevan al autor a la necesidad de reformular las cuestiones relativas a la legitimidad y a sus funciones. Así primero se interroga sobre el origen del poder del Juez que, al configurarse en la actualidad como un poder público, exige una mayor legitimidad.

La respuesta que propone desecha tanto la legitimación democrática directa, por la que todos los jueces deben ser elegidos por los ciudadanos, como la legitimación democrática indirecta o de ejercicio, por la que el juez ejerce un mandato indirecto del pueblo al administrar la justicia en su nombre. La complejidad técnica de nuestras sociedades y la transformación del juez, de mero aplicador en creador del Derecho, aconsejan una fundamentación constitucional de dicha legitimación, sometiendo a 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, a la actuación judicial.

Esta nueva legitimación conlleva la redefinición de sus funciones que, superando el positivismo jurídico propio del supuesto juez silogista anterior, consisten en la garantía de la racionalidad, y no de la mera seguridad jurídica, y en la defensa de las minorías, en un contexto en el que la legitimación democrática del poder se aborda desde la perspectiva de su control. El colorario lógico no es otro que la judicialización de la vida pública, con todas sus posibilidades y sus evidentes riesgos. Todo ello exige correlativamente la afirmación de dos principios básicos del estatuto judicial, la independencia y la responsabilidad.

La afirmación de la trascendencia política de la autoridad 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 propuesta por el autor 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 sólo 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:

El proceso, como instrumento vehicular del diálogo entre las partes y el Juez, deja de concebirse como un mero obstáculo a superar y se percibe 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 en el autor 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.

La segunda parte de la obra aborda la posición del juez español en una sociedad democrática, refiriendo las reflexiones relativas a las relaciones del juez con la política y el Derecho a la situación española. Para ello, realiza un pequeño recorrido histórico sobre el poder judicial tanto en el constitucionalismo español como en la dictadura franquista, en el que, salvo breves excepciones, ha primado lo que el autor da en denominar «el positivismo legalista y el papel subordinado del juez», que en el caso del período franquista fue utilizado como especial coartada para lograr una judicatura dócil con la naturaleza autocrática del régimen. Frente a ello, la Constitución de 1978 supone la incorporación de nuestro ordenamiento al fructífero movimiento de mutaciones institucionales habido en los países democráticos de nuestro entorno y con ello la configuración del Poder Judicial como un auténtico poder del Estado, con un expreso reconocimiento de su legitimación democrática, que conlleva una transformación de la posición política de los jueces españoles. La intervención del poder judicial en el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, al deber interpretarlo siempre *secundum constitutionem*, y la especial vinculación de aquél con los derechos fundamentales, de quienes es especial garantía, supone el paso del juez legal al juez constitucional, es decir, del juez funcionario al juez político.

La conversión en un auténtico poder del Estado operada por la Constitución de 1978 lleva aparejada la previsión y la creación del Consejo General del Poder Judicial, como órgano de protección externa de la independencia judicial. No obstante, el autor valora negativamente los diferentes sistemas de elección de los vocales desarrollados por las diferentes reformas legislativas, incluida la efectuada en el año 2001, calificando como política su composición y, tras analizar sus funciones, considera que el ejecutivo a través de la aprobación de los Presupuestos mantiene una cierta potestad de dirección, llegando a hablar de independencia judicial vigilada. Personalmente, no coincido íntegramente con las observaciones realizadas, pero sí creo evidente que el actual modelo de Consejo no cumple con las expectativas despertadas siendo, sí, un actor político de primera magnitud, pero alejado del nivel institucional que se le presupone. Bien es cierto que, paradójicamente, esta polémica dimensión parece potenciada por aquellos de sus miembros supuestamente más defensores del «profesionalismo» judicial.

Particular referencia realiza al papel del Consejo en relación con la selección y formación de los jueces españoles, que considera elementos sustanciales de la independencia judicial. Propugna el establecimiento de nuevos sistemas de acceso y formación, propios de un juez vinculado al ordenamiento constitucional, alejados de los sistemas tradicionales aún vigentes que considera, con acierto, excesivamente vinculados a conocimientos memorísticos más acordes con un modelo de juez meramente aplicador de la Ley ya superado.

Pero la independencia judicial no sólo se predica respecto de los restantes poderes del Estado, sino que también se reclama respecto del resto de los integrantes del Poder Judicial, por lo que el autor aborda el análisis de las relaciones entre los jueces españoles entre sí.

La primera cuestión que aborda es la relación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. Para ello describe, conforme con la mejor doctrina constitucional, sin desdoro de su vertiente política el carácter eminentemente jurisdiccional del Tribunal Constitucional, a pesar de su no integración en el complejo orgánico del Poder Judicial, que tiene como consecuencia la vinculación de los jueces ordinarios a la interpretación de la Constitución que realiza aquél. Pero como por todos es sabido, esta preeminencia del Tribunal Constitucional en la tarea de interpretación constitucional no ha estado exenta de tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, principalmente en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, siempre como consecuencia de objeciones formuladas por el Tribunal Supremo.

El autor pasa una útil revista a la fricciones más emblemáticas, todas ellas de naturaleza aparentemente procesal pero que vienen a cuestionar el

ámbito de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, en una espiral de desencuentros que a día de hoy, si bien no lo hace Ordóñez Solís, bien podría calificarse como preocupante. De este modo se analizan desde la primera tensión significativa con motivo de la STC 81/1986, tras la inadmisión de un recurso de casación por el Tribunal Supremo concediendo el amparo por considerar preferente el derecho reconocido por el artículo 24 CE a una interpretación formalista del artículo 1.729.4 de la entonces vigente LEC, hasta la más reciente y también más crispada producida en el denominado «caso Preysler». El hecho de encontrarnos ante una fricción inconclusa y la especial virulencia de la misma aconsejan un especial detalle en la descripción de este desencuentro provocado con motivo de las STC 115/2000 y 186/2001. Ambas otorgan el amparo a la recurrente y fija la segunda de ellas la cuantía de la indemnización por remisión a una Sentencia de Apelación de una Audiencia Provincial previamente casada por el Tribunal Supremo, tras advertir falta de motivación suficiente en su actuación. La respuesta dada a las mismas por el TS consistió en dictar unas polémicas resoluciones, STS de 20 de julio de 2000, estableciendo una indemnización mínima en aplicación del primer pronunciamiento del TC, y de 5 de noviembre de 2001 y 23 de enero de 2004, dictadas en asuntos no directamente relacionados con el origen de la controversia, tras advertir en la primera conducta negligente del TC en la que, de reiterarse, podría concurrir «culpa con representación o dolo eventual» y declarando en la segunda la responsabilidad civil de los Magistrados del TC por inadmisión inmotivada de un recurso de amparo formulado contra una Sentencia de la Sala 3.^a del TS, sobre designación de letrados del TC. No vamos a ahondar en estas líneas en el contenido sustantivo del conflicto, la posición ordinamental de las resoluciones del TC en relación con las del TS con motivo de la protección de los derechos fundamentales, sólo resaltar los términos en que se plantea y el nivel de confrontación subyacente, alejado de cualquier solución razonable.

Una vez descritas las posibles soluciones propuestas tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia a la cuestión planteada, en la que destaca el intento de delimitar el enjuiciamiento de constitucionalidad del de la mera legalidad, y coincidir con la mejor doctrina en la dificultad de la empresa y en sus escuálidos resultados, Ordóñez Solís propone soluciones alejadas de la dogmática, pero acordes con el normal funcionamiento de las instituciones en un Estado de derecho, como la prudencia, el diálogo y la autocontención, previo reconocimiento de la supremacía que en la interpretación de la Constitución ostenta el TC.

Tras las fricciones, la cooperación, que entre el TC y los tribunales ordinarios se articula a través de la cuestión de inconstitucionalidad, mediante la

que éstos concilian su doble obligación de sometimiento a la ley y a la Constitución, que evidencia la enorme mutación producida y el papel activo del juez respecto del ordenamiento jurídico que deja de ser un mero conjunto de normas a aplicar para ser un instrumental necesitado de la interpretación, acorde con la Constitución, por distintos Jueces y Tribunales.

En segundo lugar se analizan las relaciones entre los jueces ordinarios españoles, abordando principalmente la incidencia que el proceso de descentralización política ha tenido en la Justicia y, posteriormente, el valor de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento, propugnando un replanteamiento de su tradicional carácter complementario. En relación con la primera cuestión, resalta la instauración de los Tribunales Superiores de Justicia en cada Comunidad Autónoma, y su especial papel en relación con las peculiaridades autonómicas en materia civil y contencioso-administrativa, obviando quizás en exceso el debate que sobre el alcance de disposiciones estatutarias y constitucionales como «culminación de la organización judicial en su ámbito territorial» o «agotamiento de instancias procesales» ha resurgido recientemente. Respecto de la segunda cuestión, tal y como ya avanza en la primera parte de la obra, aboga porque el difícil equilibrio entre la igualdad en la aplicación de la ley y el principio de libre interpretación se articule a través del reconocimiento de la trascendencia normativa de la Jurisprudencia, consecuencia inmediata del sometimiento del juez a todo el ordenamiento jurídico, incluida la Constitución y los ordenamientos supranacionales como el comunitario. De esta forma, claramente opuesta a la defendida por quienes consideran que con ello se produce una transformación inaceptable del sistema jurídico-continental, mediante la introducción modulada del precedente, se establece una nueva garantía de seguridad frente a la expansiva capacidad de creación jurídica del juez democrático.

Por último, en la Tercera Parte de la obra trata de deducir el papel del Juez en la Europa del siglo XXI, tanto de la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De la primera deduce el modelo de Juez propio de la sociedad democrática europea, de forma que de los derechos civiles y políticos protegidos por el Convenio Europeo, como el derecho a un recurso efectivo y a un proceso equitativo y justo entre otros, se desprenden la imparcialidad y la objetividad como elementos básicos de las funciones del juez democrático, a la vez que destaca el límite que para su actuación suponen en todo caso los derechos fundamentales sustantivos. De la segunda resalta el especial papel activista y dinamizador asumido por el TJCE en el proceso de integración política y económica comunitaria. Tarea que ha realizado, mediante el establecimiento de principios tales como el de efecto di-

recto, de primacía del derecho comunitario y de responsabilidad estatal por vulneración de aquél y la utilización de técnicas como el reenvío prejudicial, que han provocado la constitucionalización de los Tratados constitutivos y la conversión del TJCE en un Tribunal Constitucional, mediante la interpretación del Derecho comunitario en colaboración con los jueces nacionales, configurando con ello un paradigma de juez abiertamente alejado del juez positivista y pasivo del que nuestra tradición es deudora.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo de estas líneas, Ordóñez Solís destaca la profunda transformación que del papel del juez se ha producido en nuestro país, y en la misma quiere destacar el autor, ha desempeñado un papel de enorme importancia tanto la jurisprudencia del TEDH como del TJCE, a través del intenso diálogo establecido entre los jueces europeos y los jueces nacionales. La primera, circunscrita al marco del Convenio Europeo, ha tenido una especial recepción en la jurisprudencia del TC recaída sobre el artículo 24 CE y otros derechos fundamentales, en la que los contornos de derechos a un juicio justo y en un plazo razonable, a un juez imparcial, a la libertad de expresión y a la vida privada y familiar, entre otros, son de clara matriz europea. La segunda, de amplia incidencia en los sectores económicos y en los derechos políticos, de escaso eco en la jurisprudencia constitucional y de gran relevancia en la actuación de nuestros jueces ordinarios, que convertidos en jueces comunitarios, han afrontado el desarrollo de la constitución económica, la asunción de nuevos principios generales, como la confianza legítima y la proporcionalidad de la actuación pública, y la mutua influencia de ordenamientos en materias como consumidores, medio ambiente, política social, contratación pública, libre competencia...

Un trabajo, en suma, sugestivo, ambicioso, fuertemente apegado en su relato a la jurisprudencia de los Tribunales que, enmarcado en el fenómeno global de mutación institucional producido por el Estado constitucional de derecho y la consolidación de un marco jurídico-institucional supranacional como el comunitario, pretende dotar de una nueva legitimación al poder judicial en el seno de las sociedades democrático-representativas. Para ello, con un enfoque interdisciplinar a caballo entre la Teoría del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Jurisdiccional, indaga tal y como expresamente afirma en el prólogo del libro, en la posición del juez que «bien delimitada por el ordenamiento jurídico no puede ser analizada seriamente si se prescinde de su dimensión política y de los efectos que esta última produce también en el ámbito jurídico».

Pedro Luis Martínez Pallarés