

**PRESENTACIÓN:
JUECES EN EL ESPACIO DE LA POLÍTICA**
Judges in the space of politics

MARIAN AHUMADA
Universidad Autónoma de Madrid
marian.ahumada@uam.es

Cómo citar/Citation

Ahumada, M. (2022).

Jueces en el espacio de la política (presentación).

Revista de Estudios Políticos, 198, 13-21.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.01>

SUMARIO

I. JUECES Y POLÍTICA. II. POLÍTICA, DERECHO Y FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. III. FOCOS Y PERSPECTIVAS PARA REEVALUAR LA RELACIÓN JUECES Y POLÍTICA. BIBLIOGRAFÍA.

No puede negarse que la pregunta planteada por Carl Schmitt acerca de los «límites» de la justicia, en general, y de la justicia constitucional, en especial, es absolutamente legítima... Si se quiere restringir el poder de los tribunales y con ello el carácter político de su función [...] entonces debe restringirse al máximo el margen de la libre discrecionalidad que las leyes conceden a su aplicación [...] pues en otro caso existe el peligro de un desplazamiento de poder, que la Constitución no persigue y que políticamente es extremadamente inoportuno, del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede convertirse en exponente de fuerzas políticas distintas de las que se expresan en el Parlamento.

KELSEN. *Escritos sobre justicia constitucional* (1931)

I. JUECES Y POLÍTICA

No es sencillo ordenar la variedad de cuestiones y controversias que se entremezclan bajo el tópico de discusión «jueces y política». Las críticas y advertencias sobre la politización de la justicia, la judicialización de la política, el activismo judicial o los riesgos del gobierno de los jueces conectan inmediatamente con otras discusiones, no menos persistentes, sobre cuestiones más básicas, como las referidas a la dinámica de la relación entre poderes y, en ese marco, los alcances de la función judicial, el significado de la independencia judicial y la garantía de inamovilidad, los presupuestos de la imparcialidad y la neutralidad de los jueces, las fórmulas de exigencia de responsabilidad y de *control de los controladores*, los sesgos en los diseños de la Administración de Justicia y en los modelos de selección de jueces o el control de la jurisprudencia, por mencionar solo algunas de las más recurrentes. A menudo es el

contraste entre concepciones de la función del juez en una democracia constitucional lo que alienta el debate y lo hace virtualmente inacabable.

El creciente protagonismo de los jueces en las democracias contemporáneas es un fenómeno que no ha pasado desapercibido (Tate y Vallinder, 1995). Las causas del aumento de la importancia e influencia del poder judicial son múltiples, aunque hay acuerdo en identificar como factor desencadenante al constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, que sujeta a reglas la acción de todos los poderes en todos los ámbitos y de este modo expande el territorio del derecho. En este nuevo marco normativo la centralidad de los derechos y garantías constitucionales va a situar a los jueces encargados de su aplicación no solo en la posición crucial de garantes de su eficacia, sino también de vigilantes de la actuación del poder público. Este constitucionalismo de posguerra, difundido con las sucesivas olas de democratización, alcanza una proyección mundial que potencia la pretensión de universalidad de los valores y los derechos que reivindica. Acompañando a la creación de organismos internacionales, asistimos entonces a un proceso de internacionalización del derecho constitucional que será particularmente marcado en el área de los derechos. Serán precisamente los jueces, nacionales e internacionales, los agentes encargados de manejar el complejo y fluido conjunto de normas que conforman en la actualidad el *derecho de los derechos*, un código en permanente construcción en el que se integran, además de las normas nacionales de rango constitucional o legal, otras de carácter convencional, de origen internacional, o jurisprudencial. En el espacio europeo, además, los jueces ordinarios nacionales serán piezas esenciales en la construcción de la comunidad de derecho que es la Unión Europea. Sin la afirmación de la primacía y el efecto directo del derecho europeo tal construcción hubiera sido imposible, pero es inevitable reparar en la revolución que esto supuso. La instrucción dirigida a los jueces nacionales para que aplicaran el derecho europeo y, además, de modo preferente en caso de conflicto con *cualquier* norma de derecho interno, ha tenido la consecuencia de introducir un sistema de *judicial review* puro, que habilita a los jueces a inaplicar leyes en contradicción con el derecho europeo, incluso en países que, como Francia, Reino Unido o Países Bajos, habían rechazado deliberadamente el control judicial de constitucionalidad justamente para salvaguardar la soberanía de la ley.

Es poco probable que la entronización del poder judicial haya sido un resultado buscado por el constitucionalismo democrático. Incluso cuando se acepta que se trata de un desarrollo que viene adosado al reconocimiento del valor normativo de las constituciones y, sobre todo, a la exigencia de garantía judicial de los derechos fundamentales, su justificación en términos de teoría constitucional sigue siendo discutida. Ciertamente, para un sector doctrinal, la omnipresencia judicial es sencillamente el rasgo caracterizador

del nuevo constitucionalismo —*neoconstitucionalismo*—, en el que se ha operado un cambio de paradigma en cuanto al *locus* de la legitimación del poder (Ferrajoli, 1999; Carbonell, 2003; Comanducci, 2009). Por el contrario, otra corriente doctrinal considera la preeminencia judicial como una indeseada patología del sistema —la *judiciocracia* (*juristocracy*)—, que puede y debe enfrentarse, siquiera para reducir sus efectos potencialmente deslegitimadores de la democracia (Hirschl, 2004; Tushnet, 1999; Kramer, 2004). Entre ambos extremos, está la posición que sostiene que lo característico de la democracia constitucional —que nunca fue pensada como gobierno de los jueces— es que obliga a «gobernar con jueces» (Stone Sweet, 2000); esto es, fuerza a las ramas políticas del Gobierno a tomar en cuenta la opinión judicial en cuestiones fundamentales y a aceptar que es la propia constitución la que abre a los jueces la entrada en el espacio que antes estaba reservado a la política.

En todas las versiones, se da por descontado que la judicialización de la política se ha producido en mayor o menor grado y no va a desaparecer. En el sentido *blando*, la judicialización de la política hace referencia a la entrada en el cálculo político y en el debate parlamentario de la posibilidad de que la cuestión discutida termine en algún momento ante un juez. A partir de ahí, no es solo que las opiniones judiciales puedan esgrimirse, y de hecho se empleen, para respaldar o combatir una propuesta legislativa o una medida del Gobierno o que el grupo en minoría que pierde la votación en la cámara legislativa pueda amenazar con trasladar el debate al foro del control de constitucionalidad. Se trata de algo quizá menos perceptible, pero que da idea de la profundidad del cambio operado: para sortear hipotéticas objeciones judiciales, legisladores y Gobierno atienden al criterio judicial, es decir, le reconocen autoridad. De este modo, la famosa apreciación de Tocqueville en cuanto a que en la democracia «en América» no hay cuestión política que no acabe transformándose en cuestión judicial, pasa a ser una nota común de cualquier democracia constitucional en la actualidad¹.

No obstante, aunque la perspectiva y la opinión judicial en materia jurídico-constitucional disfruten de esa especial consideración, la asunción por los jueces del control de la legitimidad de la actuación de los poderes públicos y, en particular, del legislador, sigue siendo una competencia polémica. En

¹ «Vemos una aplicación global de un aspecto del fenómeno que Tocqueville destacó de la política en América, tiempo atrás: la transformación de las cuestiones políticas en cuestiones jurídicas. Dicho de otro modo, que la retórica y las consideraciones jurídico-constitucionales adquieren nueva y a veces decisiva importancia en el procedimiento legislativo» (Ferejohn, 2002: 42).

Estados Unidos queda establecido desde *Marbury* que los jueces solo pueden proceder al control de constitucionalidad en el marco de la decisión de pleitos, y solo en la medida en que la aplicación en el caso concreto de la norma cuestionada provoque un perjuicio real a una parte en el litigio. No hay propiamente un control de la legitimidad de la actuación del poder público, solo un control sobre el derecho aplicable para la decisión del litigio². En el contemporáneo Estado constitucional de derecho, en cambio, el juez juzga al poder público y no se limita a pleitos civiles y penales. Juzga a la Administración y juzga a la ley como acto del legislador, y como advierte Ignacio de Otto, «juzgar a la Administración es en cierto modo administrar y juzgar al legislador es en cierto modo legislar» (De Otto Pardo, 2010: 1184).

II. POLÍTICA, DERECHO Y FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

En la famosa polémica con Schmitt, en la que se inscribe la cita transcrita al inicio, Kelsen caricaturiza una visión de la función del juez que su oponente parece invocar y que considera sencillamente irreal. Conforme a esa visión, para resolver casos el juez no tiene más que limitarse a encajar los hechos en el supuesto de hecho correspondiente y aplicar mecánicamente la norma que le viene dada para obtener la solución: es el «autómata de la subsunción». Kelsen desecha esta imagen. Sostiene, por el contrario, que en el proceso de interpretación y de aplicación de la norma al caso, hay un momento de creación (limitada) de derecho. En qué medida la ideología o la política puedan influir en este proceso y en la decisión final del juez depende, según advierte, del margen que la norma deje a su intérprete. A menor densidad normativa o mayor vaguedad de los términos de la norma aplicable, aumentan el número y la variedad de opciones a disposición del juez.

La tradición del juez del silogismo ha llegado hasta nuestros días, aunque nadie sostenga ya la visión simplificada y pasiva de la función judicial. El juez declara el derecho, pero no se limita a ser *la boca que pronuncia las palabras de la ley*; el poder judicial no compite con los poderes políticos en el mismo plano de actividad, pero tampoco es un poder *por así decir* nulo.

² «The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court». *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1803), pp. 169-170.

El problema, como tempranamente señalaron algunos autores a propósito de la caracterización del juez en nuestra Constitución (independiente, inamovible, responsable, *sometido únicamente al imperio de la ley*) es que esa descripción no integra la completa dimensión de la función del juez en la democracia constitucional. En 1990 Rubio Llorente advertía que la participación del juez en el control de constitucionalidad «ha alterado radicalmente la relación entre juez y ley, y a mi juicio no disponemos todavía de instrumentos conceptuales suficientes para establecer de una manera clara los términos de esta relación ni para definir con precisión cuál es hoy la función del juez». Antes, en 1984, Ignacio de Otto se había referido a la incongruencia de seguir entendiendo la «sumisión del juez a la ley» al modo clásico, sin tomar en cuenta los espacios de discrecionalidad que se dejan al intérprete de la ley conforme a la constitución (De Otto, 2010: 1302).

III. FOCOS Y PERSPECTIVAS PARA REEVALUAR LA RELACIÓN JUECES Y POLÍTICA

Los artículos que componen este número monográfico ponen el foco en distintos aspectos o facetas de la relación *jueces y política* atendiendo a distintas perspectivas. Desde la historia constitucional, el derecho constitucional, el derecho europeo, el derecho comparado, la ciencia política o la filosofía política, cada una de estas contribuciones reflexiona sobre esta relación y apunta a aspectos que, como se verá, siguen necesitados de exploración y de clarificación conceptual. Varias de estas aportaciones tienen un marcado acento crítico y se orientan menos a elaborar conclusiones que a cuestionar convenciones más o menos aceptadas. Han quedado fuera del ámbito de observación, deliberadamente, los jueces integrantes de los tribunales constitucionales, respecto de los cuales la discusión necesariamente se ha de plantear en otros términos.

Del conjunto de ensayos resulta una panorámica inevitablemente fragmentaria, pero que a mi modo de ver, y como los lectores tendrán ocasión de comprobar, sugiere la visión del cuadro más amplio, precisamente gracias a la variedad de los aspectos abordados. No es difícil, por otra parte, encontrar un hilo conductor en la secuencia de estas contribuciones.

El recorrido histórico que nos propone Julia Solla y que nos muestra en perspectiva la evolución de la relación entre justicia y política en el constitucionalismo histórico español, nos sitúa en un punto de ventaja para comprender algunas de las inercias y contradicciones que se arrastran hasta hoy en el diseño de la Administración de Justicia, en la caracterización del estatuto de los jueces y magistrados, en la definición de la función judicial. En el punto de partida lo que encontramos es la inserción natural del poder judicial en el dominio del

poder ejecutivo, de modo que la historia de la relación entre jueces y política es, antes que nada, la historia de la creación de las condiciones, los estímulos adecuados y la justificación de las ventajas que derivan para los ciudadanos, de la fundación del poder judicial como poder. En este largo proceso, la magistratura ha de ser despolitizada y profesionalizada y ganará paulatinamente independencia a través dos caminos inicialmente desconectados entre sí: por un lado, la funcionarización que dota de estabilidad a los miembros del cuerpo y es el germen de la garantía de inamovilidad; por otro, la vinculación del juez a la legalidad, a los códigos, para sustraerse de la contaminación política de su función por la vía de la identificación de esta con la estricta aplicación de la ley, por fin una función materialmente diferenciada. El dato de la vigencia de la ley orgánica del poder judicial de 1870 hasta 1985, tras atravesar todo tipo de vicisitudes pero sin modificaciones en lo esencial, suscita también una variedad de preguntas a propósito de la idea de juez y de la función judicial que acoge la Constitución de 1978.

La revisión que Francisco Caamaño propone de las nociones heredadas y asumidas sobre la presunción de neutralidad, apoliticidad, desinterés e independencia de los jueces en sus actuaciones es deliberadamente polémica y se orienta a ofrecer una propuesta para el debate. En el núcleo está la discusión sobre cuál sea la función esencial que corresponde de manera distintiva a los jueces y magistrados y que estos realizan en exclusiva en una democracia constitucional. El modo y manera en que los consejos judiciales, auténticos gobiernos de los jueces, ocupan el espacio de discusión pública, es un fenómeno reciente pero que se intensifica, disimulado como ejercicio de independencia judicial. Es una práctica que, según este autor, estimula el enfrentamiento entre políticos y jueces de un modo que no parece que mejore la democracia y que, sin embargo, parece beneficiarse de la actual lectura que el Tribunal de Luxemburgo está haciendo de la garantía de la independencia judicial.

Precisamente, la presente situación de la discusión europea sobre los consejos judiciales y la independencia judicial es el objeto de la reflexión de Rafael Bustos, en tanto que Daniel Sarmiento y Enrique Arnaldos ponen el foco en los componentes clave de la naciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE a propósito de la definición de la independencia judicial como exigencia del Estado de derecho en el marco de la Unión. Ambos trabajos introducen un análisis de sumo interés para comprender las variaciones en el significado atribuido a la noción de independencia judicial y la lectura sospechosamente instrumental y marcada por el contexto de regresión democrática en Polonia y Hungría.

Si la independencia frente a influencias externas es indispensable para asegurar la confianza en la integridad del juez que tiene la obligación de decidir casos de acuerdo con el derecho preexistente, quizá la independencia deba

enfocarse de otra manera cuando el juez elabora reglas para la decisión de casos futuros. El ensayo de Roberto Romboli introduce la cuestión crucial de la responsabilidad del juez.

Los dos últimos textos de este número abordan cuestiones de la relación entre jueces y política desde un enfoque de ciencia política y de filosofía y sociología política y con la vista puesta en el contexto latinoamericano. Julio Ríos Figueroa nos introduce en la estrategia de asedio al poder judicial en una situación en la que se combinan erosión democrática y populismo en México y otros países de la región y los factores que inciden en la resistencia o debilidad del poder judicial. Por su parte, Roberto Gargarella nos propone una revisión de la característica (o el problema) de la no representatividad del poder judicial en una democracia. A partir de una relectura de los textos clásicos sobre los que se ha fundado a su modo de ver una visión elitista de la clase judicial y cierto modo de entender la justificación en ese marco de la independencia judicial, Gargarella se pregunta sobre los incentivos para vincular a los jueces con la causa de las minorías en el Estado social y democrático de derecho. Recupera para este fin las teorías de autores como Fiss o Ely antes de avanzar una propuesta para un poder judicial más inclusivo y receptivo a las necesidades de las minorías.

Como antes se indicó, este conjunto de reflexiones reunido en este número no se orienta a dar soluciones, sino a comprender mejor los problemas y cuestiones no resueltas y, en el fondo, recalibrar la relación jueces y política y seguir pensando sobre la forma y la función apropiada del juez en una democracia, en un Estado social, en un espacio más amplio que trasciende el del Estado.

Bibliografía

- Carbonell, M. (ed.) (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Comanducci, P. (2009). Constitucionalización y Neoconstitucionalismo. En P. Comanducci, M. Ahumada y D. González Lagier. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 85-122). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- De Otto, I. (2010) [1984]. *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferejohn, J. (2002). Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, 65 (3), 41-68. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1192402>.
- Ferrajoli, L. (1999). Jueces y política. *Derechos y Libertades*, 4 (7), 63-80.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Kelsen, H. (2021) [1931]. *Escritos sobre Justicia constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Kramer, L. (2004). *The People Themselves*. Oxford: Oxford University Press.

- Rubio Llorente, F. (1990). Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad. En VV. AA. *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa* (pp. 91-114). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford : Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/0198297718.001.0001>.
- Tate, C. N. y Vallinder, T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. En C. N. Tate y T. Vallinder (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power* (pp. 1-10). New York: New York University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.18574/nyu/9780814770078.003.0004>.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/9781400822973>.