

9

¿PUEDE EL JUEZ SER PARTÍCIPE DE LOS PROCESOS DE CAMBIO SOCIAL? DEL JUEZ MONJE AL JUEZ CONSTITUCIONALMENTE COMPROMETIDO

Luis Aguiar

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El capítulo aborda la superación del modelo del Poder Judicial característico del constitucionalismo liberal clásico frente a las exigencias de la sociedad contemporánea en el Estado Constitucional de Derecho. Tras analizar los nuevos roles asumidos por el Poder Judicial como garante de los derechos constitucionales y del correcto funcionamiento del sistema político, así como los límites a la justiciabilidad de los derechos sociales de prestación que derivan de otros bienes, valores y derechos del Estado de Derecho, el texto reflexiona acerca de que rasgos debería reunir un nuevo modelo de juez más acorde con los nuevos roles asignados al Poder Judicial.

1. EL JUEZ MONJE

El Poder Judicial, en la clásica división de funciones y poderes acuñada en su día por **MONTESQUIEU** (Espíritu de las leyes. Capt. VI. Libro XI¹) que tanta influencia tuviera en la configuración del

¹ Como es sobradamente conocido, la habitualmente denominada división de poderes de MONTESQUIEU tiene como punto de partida el análisis de cuáles son las funciones básicas, esenciales que deben satisfacerse por toda organización política a las que denomina "*puissances*". Son éstas "*la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil*".

Y constatado que el poder tiene una tendencia natural a ejercerse de un modo y con unos contenidos abusivos ("*Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*"), en un

constitucionalismo continental europeo, era el tercero de los poderes del Estado, poder al que dicho autor encomendaba "*juzgar las diferencias entre particulares*", lo que se correspondería con lo que hoy se conoce como jurisdicción civil, y "*castigar los delitos*", esto es, encarnar la potestad punitiva del Estado y a la que hoy denominaríamos jurisdicción penal, labores que los jueces desempeñarían cotidianamente mediante la aplicación de la ley a los casos controvertidos que los ciudadanos les sometieran a su consideración.

Sin embargo, esa aplicación de la ley como cauce a través del cual Jueces y Magistrados resolvían los conflictos que se les plateaban, que es lo que ha venido constituyendo el núcleo esencial de la función jurisdiccional, descansaba en la práctica en un entendimiento un tanto mecánico y simplista de lo que sea la interpretación y aplicación de las leyes. En efecto, en última instancia la impartición de justicia desde un punto de vista lógico consistía en desarrollar un mero silogismo en el que la premisa mayor era el enunciado de carácter general contenido en la norma jurídica aplicable al caso, la premisa menor descansaba en un análisis de los hechos que habían generado el conflicto y la conclusión, que materializaba el fallo del proceso, era el resultado de aplicar a los hechos acaecidos el supuesto general contemplado en la norma.

Lo cual a su vez -dicho a modo de complemento- solo era posible gracias al paralelo simplismo que caracterizaba a los ordenamientos de dicha época en el incipiente derecho escrito que comenzaba a ocupar el segmento central de aquél.

Proyectado tal orden de ideas sobre el incipiente constitucionalismo que se produce en el mundo occidental a finales del siglo XVIII y principios del XIX a resultas de la culminación de las grandes revoluciones liberales, el modelo de separación de poderes que allí se refleja contempla un Poder Judicial carente de relevancia tanto para la configuración del orden político como para contribuir a la conformación del orden social. Por lo demás, nada ajeno a las previsiones apuntadas por el ilustre Señor de la Brède y

segundo momento lógico el ilustre bórdeles propone que tales funciones/potestades ("puissance") se ejerzan por poderes ("pouvoirs") diferenciados.

Barón de Montesquieu en su reconocido *Espíritu de las leyes*. Baste a estos efectos recordar las afirmaciones literales vertidas por tan insigne autor en el Capt. VI del Libro XI de la citada obra describiendo el papel encomendado al Poder Judicial en contraste con el que se otorga a los restantes poderes del Estado.

Así, mientras que al Poder Legislativo se le atribuye *“promulgar las leyes para cierto tiempo o para siempre y enmendar o derogar las ya existentes”* (lo que evidentemente tiene un componente creativo, innovador y configurador del ordenamiento con proyección inmediata en la vida social) y al Poder Ejecutivo se le encomiendan cuestiones tan relevantes para la estructuración de la realidad social como *“disponer de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones”*, a los jueces se les define como *“seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”*, lo que llevará a Montesquieu a proclamar un par de páginas más tarde su conocida frase de que *“les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi”*.

A tenor de ello, retomo de nuevo la plasmación de tales ideas en el régimen constitucional, el modelo de Poder Judicial que se impone en el constitucionalismo liberal clásico (que se prolonga hasta la I guerra mundial) es un Poder Judicial meramente pasivo, reflejo, carente de todo protagonismo en la dirección política del Estado e irrelevante en la configuración del orden social concreto lo que plásticamente se traducirá en el derecho positivo en una parca regulación constitucional (por ej., en Francia) y en un escaso tratamiento por la doctrina constitucional².

² En Francia (como país más paradigmático y que más influencia ha tenido en el constitucionalismo de Europa continental), el desinterés de los textos constitucionales por el Poder Judicial se explica por el recelo que tradicionalmente ha venido existiendo en ese país hacia el Poder Judicial. Recelo primero frente a los Parlamentos judiciales y a la noblesse de robe en la etapa final del Antiguo Régimen como consecuencia de la prolongada e intensa connivencia de éstos con la Corte, recelo que estalla de forma virulenta y explícita en el periodo revolucionario de finales del siglo XVIII, pero que proyecta incluso su influencia en los textos constitucionales posteriores prácticamente hasta hoy.

La consecuencia o manifestación más inmediata de este recelo/desinterés y rechazo en el constitucionalismo francés a la configuración del Poder Judicial como una estructura constitucional específica es la sistemática ausencia hasta hoy de la expresión “Poder Judicial” en las sucesivas constituciones que han regido en Francia en los últimos 200 años, ausencia que tiene su vez su correlato en la doctrina constitucional de dicho país. Es anecdótico pero

Un Poder Judicial, por lo demás que, en los sistemas jurídicos de Europa continental, adscritos a lo que habitualmente se conoce como ordenamientos de *civil law*, es detentado por un estamento judicial profesionalizado y burocratizado (en cuanto que la organización judicial se estructura a modo de pirámide en la que se ingresa por los niveles inferiores y se progresa profesionalmente mediante mecanismos de promoción interna) donde el valor estructural, y modelo en el que el valor más apreciado es la independencia (y complementariamente la imparcialidad) del Poder judicial -lo que no es poco- a fin de que sus labores de ^{a)} resolución de los conflictos privados surgidos entre los ciudadanos en el ejercicio de sus respectivos derechos y ^{b)} materialización del poder punitivo del Estado castigando los delitos e imponiendo las penas previstas para éstos, se lleva a cabo con exclusividad y estricta sumisión a la ley. Porque esa es la razón de ser de la independencia judicial, garantizar que en el proceso de mediación entre la norma jurídica (por su propia naturaleza "general") y la aplicación de ésta a unos hechos, no se interfiere ningún elemento extraño.

El hecho de que la mayor novedad que el derecho constitucional positivo del siglo XIX incorpora al estatuto jurídico constitucional del Poder Judicial es la noción de inamovilidad del juez como garantía por excelencia para asegurar la independencia judicial es una buena prueba de lo que se acaba de exponer.

Puestos a buscar un exponente de esta realidad que se acaba de describir creo que el Juez Surra, protagonista de una novela corta de tal título escrita por Andrea Camilleri hace un par de años puede muy bien servirnos.

El autor sitúa su historia en la Sicilia del último tercio del siglo XIX recién estrenada la unidad italiana. Su protagonista, el Juez Surra (obviamente personaje de ficción), es un juez venido del

significativo al respecto, que en la vigente Constitución francesa de 1958 (revisada en 2008) no hay una sola mención al Poder Judicial en cuanto tal o a los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia; tan solo el Título VIII se dedica a la "Autoridad judicial", pero entendiendo por tal el Consejo Superior de la Magistratura. Y en consonancia con ello, en Francia en la casi totalidad de los actuales manuales universitarios al uso en la disciplina de derecho constitucional (así, entre otros, B. Chantebout, J. Gicquel, P. Pactet, D. Turpin o M. Verpeaux), prácticamente ninguno dedica más allá de 4/5 páginas a la explicación del Poder Judicial.

norte, de la Italia rica, para presidir el órgano judicial más relevante de la isla pero absoluto desconocedor de la singular realidad social de Sicilia, una sociedad predominantemente rural, regida por valores tradicionales y caracterizada sobre todo por la existencia de una tupida trama de favores y lealtades, dirigida en la sombra por los miembros de la Cosa Nostra, cuyas conductas no siempre se caracterizan por moverse dentro de los márgenes que la ley permite, por decirlo suavemente.

El Juez Surra vive solo (su familia ha quedado en el norte), apenas conoce el dialecto que se habla en la región con la consecuencia de que no se entera de lo que le dicen ni de lo que de él se dice en su entorno, es ingenuo e ignora por completo los peligros que cotidianamente le acechan. Pero es precisamente este aislamiento del entorno social en el que vive lo que convierte al Juez Surra en el mejor aplicador de la ley, el juez más justo que Sicilia había conocido, lo que le permitirá salir triunfante de su combate contra las extorsiones que hasta entonces habían sido pacíficamente admitidas, logrando la que en la vida de la ciudad (se supone que Palermo) impere la primacía de la ley como regla por excelencia de convivencia.

En todo caso, más allá de la ficción y sus héroes, por lo que se refiere a la imagen del estamento judicial, no es ésta muy distinta de la que ofrecen los grabados y primeras fotografías de la España rural decimonónica en la que el Juez del lugar aparece habitualmente formando parte de escenas en el casino de la localidad disfrutando de una partida de cartas junto al párroco, el médico y el sargento de la Guardia Civil como expresión de las fuerzas vivas de la localidad, sin ningún representante de la realidad social que pudiera perturbar la independencia del Juez.

Algo muy diferente sucederá en el mundo anglosajón.

En Gran Bretaña como máximo exponente de los países de *common law*, tradicionalmente se ha encomendado al estamento judicial un mayor protagonismo en la configuración del ordenamiento mediante la creación judicial del Derecho dada la fuerza jurídica del precedente. Y probablemente por ello, un mayor enraizamiento de sus miembros con la realidad social del lugar donde ejercen la función jurisdiccional, dando lugar a lo que C.

Guarneri -atendiendo a los criterios de selección del estamento judicial en Gran Bretaña- ha denominado “modelo profesional de Magistratura” en contraposición al modelo de “Juez de carrera” propio de los sistemas de *civil law* y más atrás descrito³.

Y todavía más aun en EEUU donde, además de existir -como es sabido- una fuerte tradición de nombramiento de amplios sectores del estamento judicial por vía de sufragio popular que todavía pervive en algunos sectores⁴, la importancia del Tribunal Supremo desde los primeros momentos de vigencia del texto constitucional, al asumir éste el control de constitucionalidad de las leyes, provocará desde antiguo un mayor interés del constitucionalismo por el Poder Judicial tanto en el terreno social y político, como en el terreno doctrinal.

Estos son los dos paradigmas de juez que ofrece el primer constitucionalismo liberal, el modelo de Juez de carrera, funcionarizado, burocratizado y aislado de su entorno social.

En todo caso, volviendo al modelo de juez decimonónico que pervivirá hasta principios del siglo XX en los sistemas de “*civil law*”, permítanme que les confiese que no seré yo quien a título de principio y a falta de datos fehacientes lo critique. Modelo, que en alguna ocasión me he permitido calificar como el modelo del “Juez monje”, expresión con la que no pretendo ni mucho menos denostar a dicho modelo de Juez, sino poner de manifiesto sus valores positivos: vocación y entrega a la Justicia, independencia y moderada imparcialidad en la impartición de ésta, sumisión exclusiva a la ley tanto en su actividad profesional como en su vida personal, etc. Y modelo que, en la medida en que sitúa como principio estructural vertebrador de todo Poder Judicial y de toda actividad jurisdiccional la idea de “independencia” del Juez para que su labor de mediación entre norma aplicación solo impere su exclusiva vinculación a la ley, es irreprochable.

Pero también parece conveniente advertir acerca de las disfunciones que puede provocar este modelo que termina por transformar la independencia judicial en aislamiento casi físico del

³ C. GUARNERI Y P. PEDERZOLI. *Los jueces y la política*. Taurus. Madrid. 1999

⁴ Sobre el acceso a la carrera judicial en EEUU véase R. SERRA SANCRISTOBAL. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Thomson Reuters-Civitas, Madrid. 2011

Juez tanto en lo que se refiere a la realidad social en la que vive, como respecto a los problemas que acosan a los ciudadanos que juzga y al marco social y político en que éstos desenvuelven su vida cotidiana. Entre otras razones porque la propia textura y características de los ordenamientos jurídicos contemporáneos no encajan bien con ese modelo de “Juez monje”. Pero de esos temas me ocuparé más adelante.

Permítanme pues ahora que acuda de nuevo a la literatura para mostrar plásticamente los absurdos dislates a los que puede conducir una exacerbada concepción de “la independencia judicial” entendida como un total aislamiento (casi físico) del Juez respecto a su entorno social en que desempeña su labor sin ningún otro tipo de matices a partir de un entendimiento en exceso simplista de lo que sea la interpretación y aplicación de las leyes.

En esta ocasión recurriré a un breve ensayo de Giovanni Papini, ensayista italiano de culto en los años 50 del pasado siglo XX y que en su deliciosa obra El libro negro muestra las ventajas de un imaginario ingenio cibernético que se encarga de la impartición de Justicia en un informatizado Estado de Derecho, máquina u ordenador al que denomina “Tribunal electrónico” que no precisa para nada de la intervención humana para desarrollar su labor, corriendo ésta a cargo de un artilugio “*de siete metros [de ancho], que [a modo de altar] se alza en la pared de fondo del aula mayor del tribunal*”.

El autor, tras describir con detenimiento el funcionamiento de la máquina, explica como culmina ésta su labor: “*tras haberle facilitado los elementos fácticos del caso, un distribuidor automático vomitó un cartoncito en el que estaba recogida la sentencia: veintitrés años de trabajos forzados para el joven asesino. El inspector de policía recogió este cartoncito y condujo fuera al condenado*”), para concluir ofreciendo la sensación que le produce: “*He sido siempre favorecedor de los prodigiosos inventos humanos debidos a la ciencia moderna, pero aquella horrible aplicación de la cibernética me confundió y perturbó profundamente. Ver a aquellas criaturas humanas, quizá más infelices que culpables, juzgadas y condenadas por una lúcida y gélida máquina, era cosa que suscitaba en mí una protesta sorda,*

tal vez primitiva e instintiva, pero a la que no lograba acallar... Aunque he de reconocer que el tribunal electrónico tiene, sin duda, un mérito: el de ser más rápido que cualquier tribunal constituido por jueces de carne humana".

¿Es esa la Justicia ideal que queremos para nuestros días?

Valga pues esta breve hipérbole para mostrar que este modelo de Juez que acabo de describir -para bien y para mal, con sus aspectos positivos (muchos), pero también con sus notables debilidades- está superado por la realidad de los acontecimientos, las exigencias de los complejos conflictos que los jueces son llamados a resolver en la segunda mitad del siglo XX y las transformaciones que se han producido en los actuales ordenamientos diversificados y plurales por el muy diverso origen de sus normas y que a mayor abundamiento cuentan en su cúspide con unos textos constitucionales dotados de plena significación jurídica.

2. EL JUEZ CONSTITUCIONALMENTE COMPROMETIDO

Comenzaré este nuevo apartado de mi reflexión destinado a glosar los aspectos más significativos de lo que en el encabezamiento de este trabajo he denominado el modelo de "Juez constitucionalmente comprometido", presentando algunas notas y episodios en los que se percibe cómo *de facto* tanto los Jueces individualmente considerados, como el Poder Judicial como estructura que encarna el tercer poder del Estado, se han visto abocados a asumir nuevos roles que impiden de todo punto calificar a éstos como "*seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*", que no intervienen en la configuración de la realidad social y que toman decisiones que no interfieren en el desarrollo de la actividad política.

Los primeros rastros que acreditan la superación de este entendimiento tradicional del Poder Judicial se manifiestan ya a finales del siglo XIX y principios de XX con la aparición de los primeros mecanismos de lo que más adelante se denominará el Estado de Derecho. Modelo éste de Estado de Derecho que muy simplemente explicado exige la subordinación más o menos intensa de todos los poderes públicos al Derecho lo que con toda evidencia va a realzar el papel de aquel sector del poder público

llamado a dotar de plena operatividad jurídica a las reglas jurídicas, esto es, el Poder Judicial. Es en ese periodo y contexto donde en el terreno doctrinal se producen en el derecho público bismarkiano las primeras construcciones destinadas a dotar de personalidad jurídica a la organización estatal como estructura sometida al Derecho y como correlato de ello, la aparición de la noción de derechos públicos subjetivos (así en Gerber o Jellinek). Y en el derecho positivo se reformulan determinadas instituciones para que puedan ser más eficaces en la labor de garantizar el control jurídico de la Administración Pública. Así, la instauración en Francia del *Conseil d'Etat* como institución pseudojurisdiccional o parajudicial destinada a garantizar la subordinación de la Administración a la ley (aunque formalmente el Consejo de Estado francés es instituido por la Constitución de 13 de diciembre de 1799, es a principios de la III República cuando por ley de 1872 se atribuye al Consejo la justicia delegada). O en España con vaivenes diversos, se produce la aparición de la jurisdicción contencioso-administrativa (cuyas primeras manifestaciones -según Marta Lorente⁵- deben remontarse a 1845, pero cuyo auténtico origen hay que situarlo en la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 que crea los Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo y el Tribunal Contencioso-administrativo del Consejo de Estado, Tribunal este último que en 1904 se convertirá en una Sala del Tribunal Supremo (Ley Maura-Silvela).

Parece innecesario advertir en qué medida la sumisión de la Administración Pública incluso en sus niveles superiores al Derecho y subsiguiente control de legalidad a cargo de jueces y tribunales va a comportar un cambio sustancial en la posición del Poder Judicial en el marco de la división de poderes. No obstante, en aras de la brevedad, saltaré al periodo inmediatamente subsiguiente a la II guerra mundial que es cuando, con la consolidación del régimen demo-liberal y la transformación del Estado liberal de Derecho (Estado legislativo de Derecho, según los términos empleados por otros autores) en Estado constitucional y

⁵ M. LORENTE. Justicia desconstitucionalizada. España 1834/1869 en M. LORENTE (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. CGPJ. Madrid. 2007.

democrático de Derecho, se va a producir una silente pero patente reformulación del principio de separación de poderes y de las estructuras jurídicas que la encarnan en particular en lo que atañe al papel del Poder Judicial en los regímenes constitucionales de nuestros días.

Como es sobradamente conocido, la noción de Estado constitucional de Derecho alude a esa generación de textos constitucionales que se inicia en los años 46 y 47 del pasado siglo XX con la Constitución italiana y la Ley Fundamental de Bonn. Pero creo que bien se puede afirmar que dicha generación se prolonga hasta el último cuarto de siglo XX con textos tan emblemáticos como la Constitución portuguesa de 1977, la española de 1978, la saga de constituciones latinoamericanas de los años 80 y el conjunto de textos que materializan la recuperación del constitucionalismo democrático-pluralista en Europa central y del Este.

Pues bien ese conjunto de textos constitucionales cuentan entre otras muchas cosas con una serie de notas formales de importante significación jurídica, que merecen ahora ser recordadas: ¹⁾ tales textos reclaman con frecuencia para sí - explícita o implícitamente- la condición de auténticas normas jurídicas, con el correlato de operar como fundamento del orden jurídico a cuya cabeza el propio texto se sitúa, ²⁾ tales textos son igualmente generadores de auténticos derechos subjetivos inmediatamente operativos (desde la Ley Fundamental denominados "derechos fundamentales") que son aplicables incluso en sede judicial y, finalmente, ³⁾ tales textos (y los derechos allí proclamados) están dotados de una fuerza vinculante particularmente intensa, todo lo cual convierte a tales textos constitucionales en el núcleo central de sus respectivos ordenamientos sobre los que proyectan una muy importante eficacia interpretativa.

Nociones tales como Justicia constitucional, Inconstitucionalidad, Derechos Fundamentales, Interpretación conforme, Eficacia horizontal de los derechos constitucionales en las relaciones entre privados, Límites de los derechos fundamentales, etc., son así expresiones que aluden a categorías

que hoy forman parte habitual del lenguaje jurídico cotidiano y que eran prácticamente inexistentes hace 70 años.

Por mor de este nuevo constitucionalismo de la segunda mitad de siglo XX el hasta entonces considerado como Estado legal de Derecho, se ha convertido en Estado constitucional de Derecho, modelo de organización estatal en la que el papel del Juez como actor de la vida jurídica se ha visto sensiblemente transformado e incrementado en el marco del principio de separación de poderes hasta límites inimaginables para el modelo de “Juez monje”.

Transformación que a mayor abundamiento se ha visto redimensionada en combinación con los cambios acaecidos en el sistema de fuentes del Derecho como consecuencia de procesos de integración regional, que con frecuencia han engendrando un subtipo de organización política dotada de capacidad para crear auténticos ordenamientos jurídicos paralelos. Pienso principalmente para el caso español en la Unión Europea y en el derecho de la allí creado, pero tampoco es menor la importancia que a estos efectos deriva de los procesos de integración regional en materia de derechos humanos que también ha generado su vocabulario propio. Piénsese en expresiones tales como “Protección multinivel” o “Dialogo entre Tribunales”, “Control de convencionalidad”. etc.

Pues bien, como no podía ser de otro modo, este doble proceso de reconfiguración de los ordenamientos contemporáneos no solo ha impactado de modo significativo en el modo de entender lo que sea la interpretación y aplicación de las normas a los casos y conflictos que se residencien ante el Poder Judicial, sino que además tales cambios han abierto a Jueces y Magistrados un amplísimo margen de disponibilidad y, por extensión, una paralela ampliación la creatividad de su labor en el panorama de la división de poderes.

Con objeto de reseñar -aunque sea telegráficamente- los aspectos más significativos de este doble proceso que ha abocado a que la labor del Juez se haya visto notablemente redimensionada, me parece necesario apuntar al menos dos líneas:

- De un lado la significativa ampliación del margen de disponibilidad del Juez con ocasión del proceso de

selección de la norma a aplicar en los conflictos y litigios que se someten a su consideración, como consecuencia de la naturaleza extraordinariamente compleja de los ordenamientos contemporáneos dada la pluralidad, heterogeneidad y diversidad de planos de las fuentes del Derecho aplicables en cada conflicto.

- Y de otro la ampliación igualmente relevante de los métodos de interpretación jurídica en el marco de unos ordenamientos en los que, amén de que el valor de la ley como norma de carácter general por excelencia se ha visto sensiblemente devaluado y fraccionado, la interpretación en sentido estricto de ésta ha necesariamente de ponderar como criterio preferente el contenido de los enunciados constitucionales con frecuencia breves, crípticos y siempre generales y densos en valores.

Y ello por no aludir aquí, en detalle, dado que más adelante será objeto de un específico comentario, el fuerte incremento de contenidos de carácter prestacional que registran los actuales textos constitucionales, contenidos que en la práctica se extienden a la totalidad de los derechos constitucionales (desde los más tradicionales derechos de libertad como la libertad de expresión o el *due process law* hasta los derechos de nuevo cuño conocidos como DESC) y en los que la garantía de los mismos y la determinación de la prestación que corresponde en casos de controversia judicial se atribuye al Juez dotando a tal labor de éste de un fuerte carácter creativo.

Pero al cambio de papel del Juez en los sistemas jurídicos contemporáneos y por extensión en la posición de éste en el sistema de división de poderes, no se agota en el entorno de la noción y evolución del Estado de Derecho. También desde dimensiones más inmediatamente políticas se pueden constatar aspectos en los que el papel del Juez, como elemento del sistema de gobierno, ha cobrado un protagonismo impensable en anteriores etapas del régimen constitucional.

En este sentido, categorías que tradicionalmente parecían ajenas y en cierta medida contrapuestas en cuanto regidas por una lógica muy diferente como “sistema de gobierno” y “Poder Judicial”, en el curso de la segunda mitad del siglo XX se han visto con frecuencia solapadas, operando el segundo (esto es, el Poder Judicial) como un importante complemento del primero (el sistema democrático de gobierno) e incluso apareciendo en ocasiones el Poder Judicial a modo de salvaguarda última del sistema democrático-representativo, como consecuencia de fenómenos de excesivo encapsulamiento de la legitimidad de la democracia constitucional y pluralista en una representación política secuestrada por los partidos políticos y por una clase política excesivamente profesionalizada, que debilita los controles en el interior del sistema político y provoca lamentables episodios de corrupción poco respetuosos con la legalidad, cuando no pura y simplemente delictivos.

En tales ocasiones, amén del desgaste que con carácter general provocan estas situaciones, deteriorando la legitimidad del sistema democrático, la clase política es percibida por la ciudadanía como excesivamente preocupada por sus intereses particulares (aunque éstos a veces sean incluso plenamente legítimos, pero excesivamente apegados a los intereses del partido) y en sentido contrario es vista como demasiado alejada de los intereses públicos y generales. Y frente a ella, los Jueces y Magistrados, el Poder Judicial como tercer poder del Estado, se perciben con todos los riesgos que ello pueda acarrear a largo plazo para la legitimidad misma del sistema democrático, como un sector del poder público alternativo a los niveles estrictamente políticos (el Parlamento, el Gobierno, los partidos políticos) que de un lado encarna mejor el interés público y de otro se ocupa más de los problemas que más inmediatamente preocupan a los ciudadanos.

Los Jueces se tornan así, como en recientes ocasiones se ha demostrado, en los garantes del correcto funcionamiento del sistema político y las disfunciones que ocasiona el régimen democrático o, como ha escrito Antoine Garapon, los jueces son los auténticos “*guardianes de las promesas*”⁶

⁶ A. GARAPON. *Jueces y democracia*. Flor del Viento. Madrid. 1997.

Recuérdese a tal efecto y por todos -pero no solo- el papel desarrollado por la justicia italiana en la primera mitad de los años 90 en el proceso conocido como *mani pulite*⁷, en Francia en ese mismo periodo el proceso judicial seguido por el “affaire” de la sangre contaminada en el que estuvo implicado Laurent Fabius en ese momento Primer Ministro y hoy Ministro de Asuntos Exteriores⁸, o en la España más reciente como instrumento para combatir la lacra de la corrupción y la obtención de dinero fácil en el entorno del poder en periodos de fuerte crecimiento económico (Filesa, Gurtel, Bárcenas entre otros) y que en tan alta medida ha provocado, o está provocando en estos momentos, una importante pérdida de legitimidad de las instituciones democrático-representativas.

Pero con todo, desde una perspectiva exclusivamente jurídica y centrada la reflexión teórica acerca del Poder Judicial y el rol de los Jueces en los regímenes constitucionales actuales, quizás donde mayores retos y más interrogantes plantea el paradigma del Juez monje es en el contexto del Estado social de Derecho.

En efecto, el Estado social como modelo de Estado en el que los poderes públicos se comprometen con el bienestar de los ciudadanos y con la remoción de los obstáculos que impiden la efectividad de los principios de libertad e igualdad, lo que se traduce de un lado en un mayor protagonismo e intervención de los poderes públicos en la remodelación de la realidad social asumiendo éstos importantes tareas en dicho terreno y de otro, como complemento y materialización de ello, el reconocimiento de una serie de derechos encuadrados en lo que habitualmente se denominan “Derechos sociales o de prestación”, lo que va irremediamente a propiciar también un incremento del papel y del protagonismo del Poder Judicial en la efectividad de buena

⁷ “L'espressione **Mani pulite** designa una stagione degli anni novanta caratterizzata da una serie di indagini giudiziarie condotte a livello nazionale nei confronti di esponenti della politica, dell'economia e delle istituzioni italiane. Le indagini portarono alla luce un sistema di corruzione, concussione e finanziamento illecito ai partiti ai livelli più alti del mondo politico e finanziario italiano detto Tangentopoli. Furono coinvolti ministri, deputati, senatori, imprenditori, perfino ex presidenti del Consiglio”. Wikipedia. http://it.wikipedia.org/wiki/Mani_pulite.

⁸ A.M. CASTERET. *L'affaire du sang*. La Découverte. Paris. 1992.

parte de tales medidas de acción social, en especial en la garantía de los denominados derechos sociales de prestación.

Por lo que se refiere al plano general de las implicaciones que entraña el Estado social en lo que tiene de atribuir un mayor protagonismo de los poderes públicos (entre los que se encuentra el Poder Judicial) en los procesos de orden social, ha supuesto ciertamente una ampliación del ámbito en las que se desenvuelven las potestades del Juez como bien han detectado Guarnieri y Pederzoli (*“la intervención cada vez más penetrante del Estado providencia en sectores que el Estado liberal dejaba al control privado, se ha resuelto en una expansión sin precedentes del sistema jurídico y, por lo tanto, también en paralela medida en la extensión de la esfera de decisiones del juez”*⁹) ampliación que en todo caso no parece todavía suscitar mayores reparos de fondo. Y así en buena medida lo están acreditando en la actualidad algunos de los pronunciamientos recientes de la justicia española con motivo de la crisis en materia de embargos, restricción de derechos laborales, etc. Así lo ha constatado, por ejemplo, en España el diario El País con una reciente información subtitulada “Los jueces exprimen la ley para mitigar los daños de la crisis. Los tribunales se adelantan a la acción política” (“El último recurso”. Diario *El País*. 2 de febrero de 2014. Pág. 26)

Mayores obstáculos parece sin embargo plantear la eventual ampliación a los derechos sociales del ámbito de protección en el que intervienen los Jueces, tema que desde la famosa monografía de Abramovich y Courtis de 2002¹⁰, es un problema todavía por resolver con criterios universales. Cada ordenamiento tiene sus reglas y sus respuestas al respecto y a ellas habrá que atenerse en cada caso concreto. Y para un enfoque de carácter general, la monografía antes citada ofrece interesantes líneas de reflexión. Pero a los efectos que aquí interesan me parece inexcusable dejar constatación de algunas tesis difícilmente cuestionables:

- 1) Los derechos sociales no serán auténticos derechos en tanto no se hallen protegidos por la actividad

⁹ C. GUARNIERI Y P. PEDERZOLI. *Ob. Cit.* pág. 18.

¹⁰ V. ABRAMOVICH Y CH. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid. 2002.

jurisdiccional, esto es, por los Jueces. Serán otra cosa (el profesor J. L. Cascajo, por ejemplo, los ha denominado “derechos in fieri”¹¹), estarán protegidos por el Juez por vías indirectas, la protección operará solo sectorialmente (por ejemplo a través de la cláusula de no regresividad o por cualquier otra vía), pero desde la perspectiva del rol del estamento judicial en los Estados sociales de Derecho de nuestros días la reflexión entiendo que debe orientarse con carácter general a intentar dotar de la mayor viabilidad posible a la protección de los derechos sociales y de prestación por Jueces y Magistrados.

- 2) Pero sería ingenuo ignorar las serias dificultades que ofrece desde la perspectiva del papel del Juez en los sistemas jurídicos de nuestros días una justiciabilidad generalizada y sin matices de los derechos sociales de prestación. Basta reseñar una: la objeción democrática que advierte que ^{a)} por la naturaleza del contenido protegido por los derechos sociales, ^{b)} la extensión de sus eventuales destinatarios y ^{c)} las implicaciones de todo orden que con frecuencia pueden acarrear los pronunciamientos en sede judicial favorables a reconocer la plena efectividad a determinados derechos sociales, esta protección judicial indiscriminada y sin matices de los derechos sociales trasciende del ámbito de decisiones que un Juez puede ordinariamente adoptar, pues no se puede olvidar que los Jueces a título de principio son en el conjunto de los poderes públicos los máximos exponentes de lo que se ha denominado la lógica contramayoritaria¹².

¹¹ J. L. CASCAJO CASTRO. “Derechos Sociales”. *Cuadernos de Derecho Público*. nº. 37, 2009. pág. 27.

¹² La literatura sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial es abundantísima desde A. BICKEL. *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill. Indianapolis, 1962. En castellano un buen acercamiento al tema puede verse en R. GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel. Barcelona, 1996

En todo caso, a los efectos que aquí interesan terminaré este punto con una probablemente precipitada conclusión: la reflexión sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, aunque a partir de una actitud general de principio favorable a ella, debe ponderarse en cada caso concreto con otros bienes, valores y derechos que igualmente derivan de las constituciones de los modernos Estados de Derecho.

No obstante, sea cual sea la singularidad de cada ordenamiento en cuanto a las funciones encomendadas al Poder Judicial, parece de todo punto evidente que ese Juez que ha visto por mor de las transformaciones del Estado constitucional, social y democrático de Derecho notablemente redimensionado su papel en el sistema de división de poderes, tiene que ser un Juez conocedor tanto de la realidad social de su tiempo como de las orientaciones políticas dominantes en la sociedad en la que imparte Justicia. Y sobre todo, comprometido con los valores superiores de libertad y justicia que el constitucionalismo encarna. Es a ese Juez al que quiero aludir con el calificativo de “juez constitucionalmente comprometido”, esto es, un Juez que sin estar ideológicamente condicionado y sin perder de vista el interés público general, sepa en todo momento actuar en consonancia con el sistema de valores que puedan derivarse de la respectiva constitución nacional interpretada a la luz y en consonancia con los valores hoy consagrados por el derecho de origen convencional. Un Juez que no puede ni debe sustituir a los poderes genuinamente políticos en aquellas decisiones que en exclusiva les corresponden, pero que tampoco se debe dejar arrastrar por líneas de acción política que ignoran o desdeñan los valores constitucionales que un día fueron proclamados por los constituyentes como expresión de la voluntad de autogobierno de la ciudadanía.

En suma, encarar lo que probablemente sea uno de los mayores retos a que se enfrentan en la actualidad los sistemas judiciales de los Estados de Derecho de nuestros días: Perfilar ese modelo de Juez constitucionalmente comprometido que cuente con la formación técnico-jurídica apropiada, el estatuto jurídico idóneo para garantizarle la independencia e imparcialidad en su labor y las atribuciones procesales necesarias para dotar de contenido

concreto a los valores que consagra la Constitución, pero que tenga también la cultura democrática adecuada para acotar su función a lo estrictamente necesario para administrar Justicia y garantizar y salvaguardar los bienes y derechos de los ciudadanos.

3. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.
- CASCAJO CASTRO, J. L., "Derechos Sociales", *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 37, 2009.
- CASTERET, A. M., *L'affaire du sang*, La Découverte, Paris, 1992.
- GARAPON, A., *Jueces y democracia*, Flor del Viento, Madrid, 1997.
- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GUARNERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999.
- LORENTE, M., "Justicia desconstitucionalizada. España 1834/1869" en LORENTE, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, 2007.
- SERRA SANCRISTOBAL, R., *La selección de jueces en Estados Unidos*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011.