

Astrolabio. Revista internacional de filosofía
Año 2017 Núm. 20. ISSN 1699-7549. pp. 123-135

Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo

M^a Luisa Marín Castán¹

Resumen: El protagonismo adquirido por el poder judicial los sistemas jurídicos constitucionalizados plantea una serie de desplazamientos y desequilibrios en la arquitectura constitucional del Estado democrático contemporáneo. El nuevo paradigma neoconstitucional, como cultura jurídica imperante, es el escenario propicio para que el activismo judicial pueda generarse y desarrollarse. La expansión del poder judicial se produce no solo de manera muy significativa en la jurisdicción constitucional, sino también en la jurisdicción ordinaria con las consecuencias que ello implica.

Palabras clave: Judicialización de la política, desplazamiento de poder, neoconstitucionalismo, activismo judicial, justicia constitucional, justicia ordinaria.

Abstract: The prominence acquired by the judicial power in the constitutionalized legal systems raises a number of shifts and imbalances in the constitutional architecture of contemporary democratic state. The new neoconstitutional paradigm, as prevailing legal culture, leads to judicial activism can be generated and developed. The expansion of judicial power occurs not only very significantly in the constitutional jurisdiction, but also in ordinary jurisdiction with attendant consequences.

Key Words: Judicialization of Politics, Shifts of Power, Neoconstitucionalism, Judicial activism, Constitutional judges, ordinary Courts.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Como es sabido, la administración de justicia ha adquirido un papel predominante y un protagonismo indiscutible en el estado constitucional actual, dando lugar a la manifestación de un fenómeno que recientemente se ha caracterizado como “judicialización de la política”. En este orden de cosas, se viene afirmando desde hace algunos años que así como el siglo XIX fue considerado el siglo de los parlamentos y el siglo XX representaba la preponderancia del poder ejecutivo, el siglo XXI –parafraseando a Bobbio– es “el tiempo de los jueces”. El dato más relevante a tener en cuenta en la presente aportación es la acentuación del desplazamiento de protagonismo desde el poder legislativo al judicial, generando una serie de desequilibrios en la arquitectura constitucional del Estado democrático contemporáneo. Se ha llegado a hablar, sobre todo con relación a la justicia constitucional, de «omnipotencia de los Tribunales»². Como ya afirmaría Zagrebelsky en su emblemático libro *El derecho dúctil*: «La unidad del derecho según las exigencias del Estado constitu-

¹ Universidad Complutense de Madrid.

² Alexy, Robert: “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtsbeorie*, 18/4 1987, p. 406.

cional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales “señores del derecho”, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia»³. Se puede comprobar que en tal contexto el derecho ya no va a coincidir con la voluntad estatal expresada en la ley.

Se impone, pues, un replanteamiento que conduzca a la redefinición de la función del juez en el nuevo escenario que se asocia al paradigma teórico-conceptual denominado “neoconstitucionalismo” o, también, constitucionalismo contemporáneo, constitucionalismo de derechos o constitucionalismo a secas. Este nuevo paradigma, emergente en la última década del pasado siglo en nuestra cultura jurídica de tradición romano-germánica y derecho codificado, ha gozado –y todavía continúa haciéndolo– de gran aceptación y expansión en el ámbito del pensamiento jurídico contemporáneo.

El neoconstitucionalismo, como cultura jurídica imperante, es el contexto propicio, para que el activismo judicial pueda generarse y desarrollarse, para que se produzca una evidente expansión de la acción jurisdiccional. El incremento de la importancia política de la administración de justicia en las democracias contemporáneas está ampliamente documentado por una literatura cuyas dimensiones constituyen prueba fehaciente de la importancia del fenómeno⁴.

Por ello, en la citada propuesta los jueces cobran una gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe garantizarse en su totalidad por medio de mecanismos jurisdiccionales⁵. En consecuencia, se afirma y se constata por los analistas y cultivadores de esta corriente, que el neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial, puesto que comporta o requiere de cierto grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente⁶. Se pone así de relieve lo que el neoconstitucionalismo implica con relación al papel del juez, en el sentido de que este tiene la última palabra a propósito de lo que el Derecho exige. Asimismo, se señala que «la Constitución es una norma que está presente en todo tipo de conflictos, y no solo en los de naturaleza política que se entablan entre los órganos supremos del Estado, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial⁷». Constitucionalización y judicialización de los ordenes jurídicos son, pues, rasgos característicos o señas de identidad del nuevo paradigma neoconstitucional.

Como consecuencia lógica del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno político-cultural no solo se han producido transformaciones en sus postulados fundadores,⁸ en sus sistemas de fuen-

³ Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, trad. Marina Gascón, Madrid 1992, Trotta, p. 150.

⁴ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia: *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 1999, pp. 25- 27.

⁵ Ferrajoli, Luigi: *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, p. 60

⁶ Carbonell, Miguel: “El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis”, en CARBONELL, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 155.

⁷ Prieto Sanchís, Luis: “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 120.

⁸ Me vengo ocupando de este tema en varios trabajos: Vid, por ejemplo, “Constitucionalismo, Justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico”, en Ramos Pascua, Juan Antonio y Rodilla, Miguel Ángel (eds.): *El*

tes y en sus métodos de aplicación e interpretación del Derecho, sino que se ha modificado también el estilo de pensamiento de los juristas teóricos. La constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al neoconstitucionalismo, entendiéndose por tal «la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del derecho en términos normalmente no positivistas».⁹

2. LAS CONSTITUCIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO CONTEXTO

El nuevo paradigma neoconstitucional –aún no consolidado– implica un determinado modelo de sistema jurídico. Siguiendo a Comanducci, el «modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución “invasora”, por la positivación de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y aplicación de las normas constitucionales respecto a la aplicación e interpretación de la ley»¹⁰. Por consiguiente, el nuevo paradigma se construye sobre un tipo de sistema jurídico dotado de características específicas, al que se denomina “Estado constitucional de Derecho”. Dicha fórmula jurídico-política asume como rasgos propios y específicos: la transformación operada en el concepto de Constitución (la llamada Constitución normativa), la evolución (o modificación) de la noción de Estado de Derecho (del Estado legal de Derecho al Estado constitucional), el protagonismo de los valores y principios en la teoría de las fuentes jurídicas, y la generalización y desarrollo de la justicia constitucional en la protección de los derechos fundamentales.

Las constituciones del denominado “Estado constitucional” se abren en sus enunciados a una amplia gama de valores y principios morales, a discursos metajurídicos, que se concitan en la idea de “constitución material” e imprimen un nuevo significado a los textos constitucionales y a su interpretación por el juez, introduciendo un verdadero reto en la hermenéutica constitucional. En esta fórmula jurídico-política, la Constitución, concebida como un “todo”, se sitúa por encima de la ley como fuente del Derecho. Los contenidos materiales de las Constituciones aparecen dotados de eficacia jurídica, garantizada por órganos de control de constitucionalidad y tales órganos suelen adoptar un carácter jurisdiccional, sean o no integrantes del poder judicial.

La concepción de la Constitución en los sistemas actuales responde, pues, al principio de supremacía de la misma. Los ordenamientos jurídicos resultan totalmente “impregnados” por las normas constitucionales. En su condición de

positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, pp.379-408.; “Protección de los derechos fundamentales, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico”, en Montoya, Alfredo(coord.): *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, 2010, Vol I, pp.182 -204.

⁹ García Figueroa, Alfonso.: “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed), Madrid, *Neoconstitucionalismo(s)* Trotta, 2003. pp 164 -165.

¹⁰ Comanducci, Paolo.: “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83.

norma suprema, la norma constitucional se proyecta sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto también el orden social. Las constituciones de nuestros días asumen la función de modelar el conjunto de la vida social y por eso las relaciones entre legislación y jurisdicción ya no pueden presentarse de manera estrictamente jerárquica, sino de un modo considerablemente más complejo.¹¹

Para llevar a cabo este proceso de afirmación del principio de supremacía constitucional y la consiguiente “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, ha sido preciso que se haya operado una transformación profunda en el propio concepto de Constitución, que afecta necesariamente al concepto del derecho y a su tratamiento epistemológico. La Constitución del Estado constitucional es verdadera norma jurídica y no mero documento político o programático. Es, además, la más importante de todas las normas del ordenamiento¹². La supremacía de la Constitución, como rasgo característico del constitucionalismo contemporáneo se encuentra avalada, a su vez, por el propio desarrollo de los sistemas constitucionales. Así pues, la “supremacía de la Constitución” opera plenamente respecto a la ley y a la propia actividad del legislador, determinando asimismo la excepcional importancia de la función jurisdiccional.

No le falta razón a Guastini cuando califica muy gráficamente de “extremadamente invasora” la Constitución de los sistemas jurídicos constitucionalizados, puesto que dicha norma fundamental «es capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales». Dicho autor destaca, entre las notas caracterizadoras relevantes del modelo en cuestión, la aplicación directa de las normas constitucionales y el dato de que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio. Asimismo, se alude a la “interpretación conforme” a la Constitución de las leyes, refiriendo esta característica al hecho de que cuando el juez tiene la posibilidad de interpretar la ley de dos maneras diferentes, optará por la que sea más favorable para el mejor cumplimiento de un mandato constitucional.¹³

3. JUDICIALIZACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONSTITUCIONALIZADOS.

ACTIVISMO JUDICIAL

3.1 La jurisdicción constitucional: ¿Estado de jueces?

Sería una simplificación inadmisiblemente plantear la constitucionalización de los órdenes jurídicos como una sustitución de la ley por la Constitución, habida cuenta de que se trata de una transformación mucho más profunda que afecta, entre otras cuestiones, al papel que han de desempeñar los distintos órganos de producción nor-

¹¹ Prieto Sanchís, Luis. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, nº 23 (2000). pp. 174 - 175.

¹² García de Enterría, Eduardo: “El valor normativo de la Constitución de 1978”, en *La Constitución Española de 1978, 20 años de democracia*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 283 -303.

¹³ Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico” en *Neoconstitucionalismo(s) op cit.* p. 87.

mativa. En este sentido, debe señalarse, que en los aspectos estructurales y funcionales de los sistemas jurídicos constitucionalizados se producen importantes modificaciones en cuanto a los poderes de Estado y al equilibrio o relación de fuerzas entre los mismos. El dato más relevante es la acentuación del desplazamiento de protagonismo desde el poder legislativo al judicial.

Esta transferencia de poder con la consiguiente pérdida de centralidad de los Parlamentos ha sido, no obstante, muy cuestionada por algún sector doctrinal, por considerarla como una grave lesión al principio democrático¹⁴. Se sostiene, como opinión bastante generalizada, que los males o deficiencias que aquejan a la legislación en estos momentos no constituyen razón suficiente para considerar que su solución definitiva resida en la vía de la justicia constitucional. El excesivo poder de los jueces –particularmente de los jueces constitucionales– supone una amenaza para la democracia, puesto que compromete los principios democráticos de los considerados pilares del Estado de Derecho. Si en la antigua concepción del Estado legal de Derecho se consideraba que no era preciso vigilar el sometimiento a la ley del poder judicial por tratarse de un poder nulo –en el sentido de cuestionarse si era un verdadero poder– ahora con el constitucionalismo se pone de manifiesto la amplitud de poder con que cuentan los jueces, pero ya no se trata solo de evidenciar que el “vigilante” tiene un auténtico poder, sino que se debate quien debe ser el “vigilante no vigilado” que ponga punto final al edificio jurídico del Estado constitucional de Derecho.¹⁵

Apreciaciones de parecida naturaleza vienen poniéndose reiteradamente de relieve, ya desde hace varios años, por la teoría jurídica angloamericana con relación al proverbial “Gobierno de los jueces” ejercido por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos a través de la institución de la *Judicial Review*¹⁶. Es de todos sabido que dicho Tribunal tiene un papel sumamente activo en la orientación de la sociedad norteamericana. Pero, hay que advertir sobre este punto que las referidas objeciones y críticas se producen en el contexto del sistema difuso de justicia constitucional, donde el constitucionalismo resulta consustancial a esa respectiva tradición jurídica y no representa por el contrario, como ocurre con nuestros sistemas jurídicos, ninguna novedad destacable.

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, sobre el tema Bayón, Juan Carlos: “Derechos, Democracia y Constitución”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. *op. cit.*, pp. 211-237; También el debate protagonizado por. Moreso, José Juan, Bayón, Juan Carlos y Gargarella, Roberto en *Ragion Pratica*, nº10 (1998); Ferreres Comella, Victor: “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en *El canon...* *op. cit.*, pp. 356-380.

¹⁵ Sastre Ariza, Santiago: “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)* *op. cit.* p. 243. *Vid.* sobre el tema Guastini, Ricardo: *Dalli fonte alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 187-190; también Bayón, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, nº 27 (1996), pp. 41-49.

¹⁶ *Vid.* el planteamiento que de tales posiciones efectúa Ronald Dworkin en “Equality, Democracy, and Constitution”, en *Alberta Law Review* nº XXVIII, (1990) pp. 324-346; también publicado en R. Bellany, (ed) *Constitutionalism and Democracy*, London, Ashgate-Dartmouth, 2006. Según este autor, «no es extraño que muchos consideren no democrática esta forma de revisión judicial. Democracia significa Gobierno del pueblo, pero esto parece ser mas bien Gobierno de los jueces...» *Vid.* también sobre este tema y en defensa de la mejor predisposición institucional de los jueces para tomarse en serio los valores constitucionales, SAGER, Lawrence: *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004, pp. 54-70.

En cambio, la relevante posición institucional adquirida por la jurisdicción constitucional con relación al legislativo y a los otros poderes del Estado supone abiertamente una radical innovación en el tipo de sistema jurídico continental, que responde al modelo de jurisdicción constitucional concentrada. De tal modo, que la justicia constitucional, que es un fenómeno relativamente nuevo en nuestra cultura jurídica, adquiere en los sistemas “constitucionalizados” un protagonismo indiscutible, puesto que corresponde a esta garantizar la plena normatividad de la Constitución y su carácter justiciable, así como la sumisión a la misma de los actos de los poderes públicos y la resolución de los conflictos entre los órganos estatales.

Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. En él entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación de los mismos, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro persona*, etc.¹⁷. El juez constitucional –escribe Pozzolo– «pasa de tener una tarea idealmente pasiva y de mero control, a una tarea activa y más política, tiende a presentarse como el agente consciente del cambio constitucional (de la evolución interpretativa)»¹⁸.

El protagonismo de los órganos jurisdiccionales en el modelo neoconstitucional, tras su implementación en los sistemas jurídicos de tradición legalista (sistemas nomocéntricos) –especialmente el de los Tribunales constitucionales– ha permitido hablar también en este contexto de “Estado de jueces”. Tal expresión viene a poner de manifiesto el poder de control de tales Tribunales, como instrumentos últimos y efectivos, sobre los otros poderes del Estado. Así, el artículo 5.1 de nuestra LOPJ prescribe que: «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal constitucional en todo tipo de procesos». Es decir, tan relevante resulta la función de la jurisdicción constitucional que, según este precepto, se viene a equipar la doctrina del Tribunal Constitucional a la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo que vincula a jueces y tribunales. Ello implica también que la jurisprudencia deja de ser monopolio de los tribunales ordinarios. Junto a la jurisprudencia ordinaria (emanada del poder judicial), existe una jurisprudencia constitucional que ostenta el mayor rango normativo.

El examen de la jurisprudencia constitucional se convierte en el modelo neoconstitucionalista en un elemento imprescindible para la consideración del Derecho. Los Tribunales Constitucionales, a través de su jurisprudencia van introduciendo indicadores en la senda constitucional, en los que se da cuenta de cuales de las diferentes lecturas de la Constitución son acordes con su espíritu, con sus principios y valores y, por tanto, pueden formar parte del sistema jurídico. Se ha pro-

¹⁷ Carbonell, Miguel: “El neoconstitucionalismo...” *op cit.* pp.154-155.

¹⁸ Pozzolo, Susanna: “La concepción neoconstitucionalista de la Constitución” en *El canon, op cit.* p. 177

ducido así una clara “judicialización” del ordenamiento, lo que conlleva, a su vez, a una revalorización de la función jurisdiccional y de su labor interpretativa.

Es cierto que la tarea interpretativa llevada a cabo por los Tribunales constitucionales ha sido de suma transcendencia para la consolidación del valor normativo de las constituciones y, especialmente, para la protección de los derechos fundamentales, que han quedado así a salvaguarda no solo de la acción de los gobiernos, sino también de la acción de los legisladores. Sin embargo, no resulta menos cierto que se deben guardar ciertas cautelas respecto al excesivo activismo judicial que parece proliferar en las jurisdicciones constitucionales, si se quieren mantener los elementos que componen la estructura básica del Estado de Derecho. El hecho de que muchos de los conflictos entre principios constitucionales no puedan ser resueltos de manera definitiva por medio de la legislación y que sea necesario, a tenor de los casos concretos, ir construyendo una jurisprudencia orientadora por parte de los Tribunales constitucionales, no debe interpretarse, en modo alguno, como una vía de hecho para erigirse en el órgano rector de la legislación

En este contexto resulta inevitable que se produzca un cierto nivel de tensión entre la justicia constitucional y la democracia, entre justicia y política. La expansión del poder judicial reduce los espacios de decisión de las instituciones político-representativas. Se ha escrito al respecto que el «control de constitucionalidad arroja un coste democrático que nunca desaparecerá del todo. Este coste es aceptable, sin embargo, si los jueces constitucionales aportan finalmente al sistema político los beneficios que cabe esperar de ellos, según la teoría instrumental»¹⁹. Es decir, si poniendo a salvo su independencia frente a las eventuales presiones de la mayoría parlamentaria, actúan con responsabilidad democrática en su función de “máximos intérpretes de la Constitución” y, por consiguiente, son capaces de aportar ideas e interpretar los consensos éticos políticos y sociales en torno a los principios, valores y derechos fundamentales, salvaguardando así las razones fundamentales y de su legitimidad.

De ahí que se articulen propuestas para controlar las consecuencias negativas de los mayores riesgos del proceso de judicialización²⁰ y se defienda como solución más idónea el sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes que permite una mayor proximidad del Tribunal Constitucional a las orientaciones políticas emanadas de las urnas mediante el establecimiento de un determinado plazo de mandato de sus miembros, su elección directamente por los parlamentos y otros órganos constitucionales y una especial legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad preferentemente por órganos de representación política. Ahora bien, no existen soluciones perfectas. Se ha dicho que al igual que hay una “circulación mundial” de problemas constitucionales hay una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso se habla de una «propensión ultranacional, si no universal, de las funciones nacionales

¹⁹ Ferreres Comella, Víctor: “El control judicial de la constitucionalidad de la ley”, en *El canon...*, *op. cit.*, p. 380.

²⁰ *Ibidem*, pp. 376-379. *Vid* también las propuestas que hacen al respecto Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia: *Los jueces y la política* (*op. cit.* pp. 163 - 169), al objeto de asegurar la compatibilidad democrática del poder judicial

de la justicia constitucional». ²¹ La judicialización es, pues, inevitable, pero hay que regularla y, por tanto, limitar el poder judicial, como se limita cada poder de Estado. ²²

Así las cosas y con relación a nuestro Tribunal Constitucional, se ha escrito, que «lo que comenzó siendo un control jurisdiccional de los excesos de poder, en especial del legislativo (legislador negativo), por diversas razones, que desde luego muchas de ellas no se pueden imputar al propio Tribunal, se fue transformando en instancia judicial última (juez ordinario), y, en nuestros días, en más de las veces que sería aconsejable, se ha convertido en un auténtico legislador, y no solo por las denominadas sentencias aditivas, sino por la trascendencia que desde la doctrina jurídica se le atribuye a la *ratio decidendi* de sus decisiones. Sin negar el indispensable papel que juega el Tribunal Constitucional como instrumento de garantía de los derechos y control de las decisiones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y como elemento que propicia una elevación del nivel de racionalidad tanto de la legislación como de la jurisdicción, debemos extremar el cuidado para que su papel no sea el de suplantar las competencias del Tribunal Supremo, ni tampoco el de constituirse en sustituto del legislador». ²³

3.2. Redefinición de la función del juez ordinario. Problemas y consecuencias

El neoconstitucionalismo implica, desde la perspectiva de los sistemas jurídicos de cultura remano germánica o *civil law*, una clara apertura al judicialismo. El discurso neoconstitucional aparece fuertemente impregnado del elemento judicialista. En virtud de la implementación de este paradigma en nuestros sistemas jurídicos “constitucionalizados” “se han operado profundos cambios en la función judicial y los propios miembros del poder judicial han percibido la necesidad de una transformación de su papel y tareas en tal contexto” ²⁴.

En efecto, al igual que a la ley, el juez está sometido a la Constitución (art. 9.1) y, por tanto, dado su rango relevante dentro de ella, a ese mismo sistema de valores materiales. El protagonismo de los jueces cobra especial significado en la propuesta que analizamos. No solo el juez constitucional tiene conciencia del cambio operado en cuanto a su función, que se ha vuelto más activa y política, sino que también el juez ordinario aparece involucrado en el mismo proceso. En la medida en que el texto constitucional está sujeto a una interpretación dirigida a obtener

²¹ Zagrebelsky, Gustav: “Jueces constitucionales”, en Carbonell, Miguel: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 93

²² Como es sabido, el Tribunal Constitucional, aún teniendo naturaleza judicial, tiene, así, un valor periférico respecto del orden judicial. En España no forma parte del poder judicial como organización, aunque debe considerarse integrado en el poder judicial en sentido amplio

²³ Fernández Suárez, Jesús Aquilino: “La crisis de la ley: control judicial de la legalidad”, en *El positivismo jurídico a examen...*, *op cit*, p. 578.

²⁴ *Vid e* sobre el tema y con referencia al modelo de juez español dentro de la “alternativa neoconstitucional” Andrés Ibáñez, Perfecto: “El juez”, en L. Díez Picazo, Luis (ed.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169; también, desde otra perspectiva, Martín Pallín, José Antonio: *¿Para qué servimos los jueces?*, Madrid, Catarata, 2010.

normas directamente aplicables a las controversias, también él tendrá una tarea más activa y con mayor proyección política, dado su compromiso con el texto constitucional. Ello implica la asunción de nuevos retos, trasciende a la opinión pública y modifica su reflejo en el imaginario social. La expansión del poder judicial es un proceso innato en las democracias contemporáneas.

Como consecuencia de ello, la labor judicial adquiere en el Estado constitucional una mayor complejidad y dificultad. El reconocimiento de una tutela judicial efectiva de los ciudadanos frente a las inmunidades del poder y la necesidad de que los órganos judiciales tengan como referencia y guía última de su actuación los derechos fundamentales y principios constitucionales, son el paso definitivo hacia una nueva manera de entender el papel de los jueces²⁵. El activismo se entiende como herramienta de protección constitucional. Muchos jueces se autoperciben como garantistas, tanto en los medios de comunicación como a través de algunas de sus sentencias y ello ha sido ampliamente reconocido en el debate público.

En el planteamiento neoconstitucionalista —señala Pozzolo²⁶— «la función judicial ya no se configura y no se autorrepresenta como un mero garante, sino como un instrumento de balance del (contra él) poder legislativo. La perspectiva neoconstitucional, gracias a la concepción de la “completitud” de la Constitución, incentiva la judicialización de las políticas elegidas, favorece el pasaje del poder elegir (decidir) de las manos del legislador a las manos de la jurisdicción. Y todo esto sin que se presente una modificación del cuadro institucional para reequilibrar el desplazamiento de poder: la operación doctrinal, al parecer, presupone una jurisdicción como poder neutro».

La tarea jurisdiccional ya no puede, por tanto, responder a un modelo mecanicista y deductivista de aplicación de la ley, puesto que los preceptos constitucionales dejan un amplio margen de actuación. Ahora hay que funcionar con cláusulas de contenido abierto, normas de principio y conceptos indeterminados, que implican el ejercicio de discrecionalidad por parte del intérprete. En tales hipótesis, el fundamento de legitimidad de la actuación judicial se transfiere al proceso argumentativo: la demostración racional de que la solución propuesta es la que más adecuadamente realiza la voluntad constitucional.

Ello implica, como es lógico, otorgar un amplio margen de maniobra al poder judicial, cuyos titulares deben especificar el contenido de los preceptos constitucionales. Lo que parece caracterizar de modo peculiar al Estado constitucionalizado, respecto de lo que habitualmente se llama “Estado de Derecho” (Estado legal de Derecho) es precisamente el papel del juez. Se impone la superación de la figura del juez napoleónico, como boca que pronuncia las palabras de la ley y su sustitución por la figura del juez dotado de poder e investido de la potestad de disposición que le reconocen los espacios de discrecionalidad que resultan de la nueva realidad jurídica.

En tal orden de reflexiones, afirma Pozzolo —mostrando abiertamente su preocupación al respecto— que «el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que

²⁵ Fernández Suárez, J.A. “La crisis de la ley...”, *op. cit.* p. 576

²⁶ Pozzolo, Susanna: “La concepción neoconstitucionalista”, *op. cit.*,... pp. 177 y 178.

disolver definitivamente. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción que se ha desarrollado con el paso del tiempo y, en cierto modo, de forma espontánea, una especie de adecuación a los cambios de la política y de la sociedad contemporánea. Esto refleja una ruptura entre la realidad sociopolítica y el modelo jurídico que, sin duda alguna, debería suscitar en el constitucionalismo garantista una profunda reflexión»²⁷. En parecido sentido se pronuncia Igartua, cuando emite el siguiente diagnóstico, con ocasión de propugnar la urgencia de un replanteamiento y revisión a fondo de la tesis de la sujeción del juez a la ley en el nuevo marco teórico, político e institucional que implica el neoconstitucionalismo: «en el interior de un sistema, la alteración de uno de sus elementos suele entrañar la necesidad de modificar algunos (o todos) de los restantes; de lo contrario, el sistema o bien se desestructura o bien se convierte en otro distinto».²⁸

Así pues, lo mismo que se ha apuntado con relación a los jueces constitucionales, el excesivo poder de los jueces ordinarios es objeto de recelo, porque altera la relación de fuerzas entre los poderes del Estado y puede significar una seria amenaza para las bases del sistema democrático. El Parlamento se encuentra limitado por el contenido de la Constitución, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que «la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma, sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución».²⁹ Como recalca agudamente Ferrajoli, se trata ahora de «aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional».³⁰

Ahora bien, el excesivo activismo e intervencionismo judicial no es algo que siempre genere reacciones favorables; de manera que se ha opinado en tal sentido, que, los “señores del Derecho” ya no son los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de legitimidad democrática, puesto que los jueces suelen ser nombrados mediante procedimientos de cooptación. Así, concretamente en nuestro país las actuaciones del juez Garzón a propósito de las víctimas del franquismo constituyeron en su día uno de tantos ejemplos del extraordinario poder que los jueces han asumido en nuestros sistemas jurídicos y también de la complejidad que ha adquirido la relación entre legisladores y jueces³¹.

²⁷ Pozzolo, Susanna: “La concepción neoconstitucionalista” . *op. cit.* p.182.

²⁸ Igartua Salaverría, Juan: “El sometimiento del juez solo a la ley. (Por un enfoque post-positivista) en *El positivismo...*” *op. cit.* pp. 581 y 582.

²⁹ LaPorta, Francisco: “Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa* ,nº 22 (1999), p.322.

³⁰ Ferrajoli, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.* pp. 18-19.

³¹ Aienza, Manuel: “Constitucionalismo, globalización y Derecho, en *El canon...*” *op. cit.* pp. 266-267. Para este autor, “por un lado, es comprensible que se vea con simpatía que un juez se atreva a ir mas allá de donde los legisladores (y la Administración) parecían dispuestos a ir, al solicitar que se confeccionen las listas de los represaliados durante y después de la guerra civil; eso es posible-podríamos decir- porque su toma de decisión es mas simple(que la de los legisladores): un juez no está vinculado por la necesidad de pactar o negociar sus decisiones, no tiene que presentarse a unas elecciones, etc. Pero, por otro lado, no resulta fácil aceptar que quien decide qué es lo justo(y no en el caso concreto, sino con carácter general) no sea la asamblea que repre-

Uno de los ámbitos especialmente propicio para el desarrollo del activismo judicial ha sido el de la aplicación que del principio de jurisdicción universal, contemplado en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha venido efectuando desde hace ya algunos años la judicatura española, en concreto los jueces de la Audiencia Nacional. Es evidente que el ejercicio de la justicia universal tiene una importancia primordial en el marco de la globalización, como fenómeno que ha contribuido considerablemente a cambiar la faz de nuestros sistemas jurídicos- el derecho no puede considerarse como un fenómeno esencialmente estatal- y en el proceso de universalización de los derechos humanos. La interpretación y extensión del referido principio ha sido profundamente cuestionada desde diversos sectores, incluso desde la propia judicatura³², puesto que si bien es cierto que tal interpretación la han llevado a perseguir –para evitar su impunidad– delitos gravísimos, que afectan a bienes esenciales de la comunidad internacional, no es menos cierto que esta nueva situación plantea serios problemas tanto para el funcionamiento de los sistemas políticos como para la legitimación del papel del juez en los regímenes democráticos, en el sentido de poner en tela de juicio el tradicional sometimiento del juez a la ley y desvirtuar la función jurisdiccional.

Como escriben Guarnieri y Pederzoli: «la independencia de los jueces debe ser siempre compatible con los principios fundamentales de estos regímenes y entre ellos, precisamente el de que todo poder tiene que estar limitado: sin formas de control la independencia de los jueces significaría la tiranía de los jueces».³³ Precisamente, con motivo de la aplicación tan extensiva que efectuara en su día la Audiencia Nacional del principio de jurisdicción universal se llegó a afirmar en prestigiosos medios de comunicación internacionales que: «no hay activismo judicial tan potente como el español»³⁴; ya que, en virtud de ello, los jueces de la Audiencia Nacional, se han venido convirtiendo, por así decirlo, en los «señores del derecho universal».

Como es sabido, esta configuración de la jurisdicción universal, que se ha calificado de pura o de “amplio espectro”, fue objeto de limitación por vía parlamentaria en virtud de una reforma llevada a cabo en octubre de 2009. Más recientemente, el 15 de marzo de 2014, se producía la entrada en vigor de una nueva y más profunda reforma del art. 23.4 de la LOPJ, llevada a cabo por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo. En virtud de dicha modificación se delimitaba aún más el alcance del principio de justicia universal introduciendo nuevos límites para los

senta la voluntad popular, sino un individuo, que muy bien podría dejarse llevar en sus actuaciones por motivaciones ...subjetivas, con el riesgo de arbitrariedad que ello supone. En término clásicos: ¿no se estará sustituyendo el gobierno de las leyes por el gobierno de los hombres?

³² Vid los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo 327/2003, de 5 de febrero y los comentarios a la misma en Prada García, Aurelio y Marín Castán, M^aLuisa: “Globalización y principio de jurisdicción universal. Algunas consideraciones desde la Filosofía del derecho”, en Lima, Jesús, Olivas, Enrique y Ortiz-Arce, Antonio (coords.), *Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, Madrid, Dilex, 2007, pp. 361 -382.

³³ *Los jueces y la política*, op. cit., p. 170.

³⁴ Así lo aseveraba, por ejemplo, el *Washington Post*, de 24 de mayo de 2009, refiriéndose expresamente a los casos de Guantánamo, Tíbet y Gaza, señalando las razones por las que España era la meca de la reparación de las injusticias mundiales: el sistema de Justicia Universal, la existencia de la Audiencia Nacional y la posibilidad de que ejerciera la acción pública cualquier ciudadano.

jueces españoles en el enjuiciamiento de crímenes de especial gravedad cometidos fuera de nuestras fronteras. Tal reforma se criticaría duramente desde ámbitos próximos a la administración de justicia, donde se señalaría, por ejemplo, que «ni la justicia universal es tan quijotesca ni los poderes del legislador español son tan soberanos como se piensan».³⁵

Sin lugar a dudas y en relación con el cometido de los jueces por cuanto a la “interpretación tradicional” se refiere, es de todo punto lógico que a los excesos en una dirección le sigan los movimientos pendulares en sentido inverso. Así se ha opinado frente al activismo judicial de los últimos tiempos, que «durante años se han intentado disimular sus auténticos poderes y en la actualidad ya se ha hecho imposible tal disimulo, hasta el punto de exagerarlos y llevarlos a extremos que no parecen nada convenientes. El que hoy se reconozca su auténtica función como colabores necesarios en la creación del derecho, no es algo que se pueda explicar apelando a motivos personales (gustos y apetencias de poder del gremio judicial) o a usos del momento, como un fenómeno actual y pasajero; las razones son más profundas y responden a un proceso que se ha venido decantando desde hace años y que afecta a la evolución de las propias categorías jurídico políticas. El protagonismo de los jueces es algo que viene gestándose desde el momento en que se concibió la labor legislativa como producto exclusivo de la voluntad política y se proyectó la razón jurídica exclusivamente en el plano de la aplicación e interpretación normativa».³⁶

Es evidente que el interés mediático suscitado por ciertos casos judiciales hace inevitable, en la sociedad de la información en la que vivimos, que se tienda a producir un notable protagonismo de los órganos jurisdiccionales. Y no es menos cierto que también resulta necesario y positivo para la ciudadanía y la opinión pública una cierta visualización de la impartición de la justicia que contribuya a una puesta en valor de dicha función. Ahora bien, esto no significa que el excesivo afán de protagonismo de algunos jueces lleve en ocasiones a buscar soluciones parciales, poco objetivas, oportunistas desde el punto de vista político y, por tanto, rayanas, paradójicamente, en la injusticia. De ahí también la pertinencia de las razones para

³⁵ Moya Martínez, María Jesús: “La L. O. 1/2014, de 13 de marzo contra la impunidad de los crímenes internacionales contra la humanidad”, *El Notario del siglo XXI*, nº55 (mayo-junio 2014), pp.16-18. Un posicionamiento abiertamente crítico frente a la misma—que reviste gran interés para el tema que abordamos—lo sostenía el Juez de la Audiencia Nacional, Eloy Velasco—. Dicho magistrado señalaba, entre otras cosas que: «En las últimas reformas concurre una cierta mal entendida “españolización del conflicto universal”, de modo que solo sea entendible el esfuerzo por perseguir el delito contra la comunidad universal si hay algún punto de conexión que egoístamente vincule los hechos concretos denunciados —por graves, generales e inhumanos que sean— con intereses exclusivamente españoles... El miedo al falso conflicto diplomático con algunos Estados fuertes, que no siempre son los mas observantes de las obligaciones internacionales, explica la razón política que ha subyacido a la reforma que aquí se analiza que, optando por ampliar el catálogo de delitos de persecución universal, les impone tantas trabas, que prácticamente los hace imperseguidos». Velasco Nuñez, Eloy: “La reforma sobre la jurisdicción universal”, *ibidem*, pp. 8-14.

³⁶ Fernández Suárez, Jesús Aquilino: “La crisis...” *op. cit.*, p. 576. Este autor escribe, no si cierta inquietud, en otro pasaje, que: «es preciso no caer en lo que hoy día empieza a ser ya un tópico: dado que la ley está en crisis es el juez quien nos salvará del caos al saber interpretar el sentido de lo justo aquí y ahora buscando tales contenidos en los valores y los principios constitucionales. Parece como si de repente pasásemos de la seguridad de la ley a una nueva forma jurídica: “el derecho dúctil”» (p. 575).

las objeciones y críticas vertidas ante lo que se considera excesivo intervencionismo y activismo judicial.

4. Una reflexión final

Lo que hemos de destacar, para finalizar y al margen de las controversias implicadas en el tema, son las profundas transformaciones llevadas a cabo en los sistemas jurídicos de cultura jurídica desarrollada con el avance del modelo neoconstitucionalista en lo referente al protagonismo de la judicatura y a los desequilibrios producidos en la arquitectura constitucional del Estado democrático contemporáneo. Así, en la medida en que el proceso de constitucionalización desarrolla y amplifica la aplicación directa de los valores y principios constitucionales, se produce también una aplicación elástica del Derecho infraconstitucional, que se transforma en un derecho fluido y opaco, y al tiempo aumentan las tareas de la jurisprudencia, por cierto, ya connaturales (al menos en parte) al discurso jurídico, normal y no completamente determinado (*undetermined*)³⁷.

El nuevo tipo de derecho que se presenta en la propuesta neoconstitucionalista tiene, indudablemente, ventajas e inconvenientes. Simplificando mucho las cosas—como escribe Atienza—por un lado—, «se trata de un sistema jurídico que se toma en serio los derechos fundamentales y los valores de la democracia. Pero por otro, los cambios introducidos para ello supone también un derecho más indeterminado e incierto»³⁸. Ello atenta, como es lógico, contra la seguridad jurídica y contra el equilibrio de poderes del estado. El papel del juez es controlar la legalidad, no diseñarla o evaluar sus méritos; además, se puede poner también en riesgo—como señala Laporta—un valor moral tan fundamental como el de la autonomía personal: si uno no sabe con cierta precisión a qué atenerse, cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas de su conducta, no puede tampoco trazarse planes, organizar racionalmente su vida³⁹.

Así las cosas, resulta difícil imaginar que esta tendencia de incremento de auge e importancia social y política de la justicia - y de “expansión global” del poder de la magistratura- que se manifiesta actualmente en casi todos los países de cultura jurídica desarrollada, se vaya a invertir. La judicialización resulta inevitable y por ello hay que controlarla. Corremos el riesgo de que el neoconstitucionalismo del siglo XXI se convierta en la llave maestra de la discrecionalidad judicial, al igual que en su época, esto es, en los siglos XVI y XVII, lo fue el iusnaturalismo.

³⁷ Pozzolo, Susanna: *op. cit.* p. 183.

³⁸ Atienza, Manuel: *op. cit.*, p. 266.

³⁹ Laporta, Francisco. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 36-37. Dicho autor propone como solución más plausible la reinención de la ley y la reivindicación de su protagonismo en los sistemas jurídicos actuales, escribiendo al respecto que «es preciso hoy volver a reafirmar la confianza en el legislador y a plantearse con seriedad los términos de su reconstrucción y presencia. El mensaje para la reflexión sería, pues, este: menos neoconstitucionalismo y más neocodificación».