

La legitimidad democrática del juez

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional

SUMARIO: 1. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL.—2. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS PODERES DEL ESTADO COMO PUNTO DE PARTIDA.—3. LA EXPLICACIÓN CLÁSICA: EL JUEZ «BOCA DE LA LEY».—4. LOS PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL.—5. LAS DIFICULTADES DE LEGITIMACIÓN DERIVADAS DE LA «CREACIÓN JUDICIAL» DEL DERECHO.—6. EL PODER JUDICIAL Y LOS «FRENOS Y CONTRAPESOS» DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.—7. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ.—8. VÍAS DE LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DIRECTA.—9. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL JUEZ.—10. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ EN LOS PAÍSES DEL CONTINENTE EUROPEO.—11. EL PAPEL LEGITIMADOR DE LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA.—12. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

A la vista, tanto de la literatura jurídica, como de la popular y periódica, no es difícil concluir que la visibilidad y el papel de los jueces en el sistema político ha cobrado, en los últimos diez o quince años, una considerable importancia; y ello no sólo en nuestro país, sino también en los del entorno europeo. Es posible que ello se haya debido sobre todo a circunstancias coyunturales, como el descubrimiento de casos llamativos de —denunciada o comprobada— corrupción política en los más altos niveles, casos que han dado lugar a resonantes procesos judiciales¹. Pero también cabe suponer que esta (en Europa) nueva visibilidad del papel del juez puede deberse a causas más profundas. Una de las que puede aventu-

¹ Para una serie de estudios que relacionan ambas cuestiones —papel del juez, y casos de corrupción política— ver P. ANDRÉS IBÁÑEZ (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996.

rarse es la progresiva consolidación de los regímenes democráticos europeos que ha conducido al perfeccionamiento de los mecanismos de defensa de derechos individuales (mecanismos esencialmente judiciales) constitucionalmente reconocidos, así como de las técnicas de control de actuación de los poderes públicos y sus titulares, técnicas de control en gran parte atribuidas a los tribunales. La innegable convergencia —con todos los límites que son del caso— producida en las últimas décadas en las sociedades europeas en cuanto a los objetivos a perseguir por el Estado, y los medios a emplear para ello ha supuesto en parte que el foco de atención en la vida pública se haya trasladado de las grandes cuestiones «políticas» (como el modelo de sociedad, o de sistema económico) a cuestiones más relacionadas con la garantía, día a día, de las posiciones individuales de libertad y bienestar ya reconocidas: garantía que, eminentemente, corresponde a los órganos judiciales.

Podría así, afirmarse que, mientras el siglo XIX fue el siglo del legislativo (que elaboró, en los países europeos, las grandes leyes del sistema: Códigos civiles, comerciales, de procedimiento) y la primera parte del siglo XX el del ejecutivo (encargado de poner en práctica el sistema de prestaciones del Estado de bienestar), parece haberse avanzado hacia una fase en que le corresponde un esencial protagonismo al poder judicial, encargado de garantizar y proteger las situaciones creadas por la continua evolución de los regímenes constitucionales.

Sea por razones meramente estructurales, o por causas más profundas, la nueva relevancia que cobra la figura del juez responde, en último término, a un reconocimiento del significado (a veces olvidado o relegado desde la perspectiva política) del poder de juzgar, de «ese poder tan terrible para los hombres» en expresiva frase del libro IX del *Espíritu de las Leyes*. Pues las características que definen y singularizan la actividad jurisdiccional la convierten, probablemente, en la expresión del poder público que en forma más directa y decisiva afecta a la esfera individual. En comparación, la actividad del legislativo aparece lejana y sin repercusión o consecuencias inmediatas sobre el ciudadano, al estar esa actividad necesitada de posterior aplicación o instrumentación; en cuanto a la acción de la Administración, si bien recae directa e individualmente sobre el administrado, presenta la nota —esencial en el Estado constitucional— de su revisibilidad por el poder judicial, siendo por ello, en cierto modo, una actividad claudicante o, al menos, remediable. Pero la decisión del juez es, por un lado, y frente a la actividad parlamentaria, una aplicación inmediata del Derecho que recae sin intermediarios sobre el ciudadano, afectando a sus bienes, su libertad y su honor (y, en algunos países, su propia vida); y, por otro, y en contraposición con la actividad administrativa, se trata de una decisión final que, una vez agotada la cadena de recursos, no es revisable por otro poder del Estado, y está dotada de la «santidad de la cosa juzgada». La justificación del origen y legitimidad de ese poder de juzgar ha sido un problema fundamental desde los mismos orígenes del pensamien-

to constitucionalista; la reciente atención que recibe el poder judicial, cuando sus decisiones comienzan a afectar no ya a los ciudadanos como tales, sino, en forma destacada a los poderes públicos y a quienes ostentan posiciones de autoridad, ha venido a subrayar la trascendencia de esa cuestión. Desde luego al hablar de «reciente atención», debemos precisar que nos referimos a los países europeos: en Norteamérica, el análisis del papel de los jueces en el sistema político, y de cómo se justifica ese papel es un tema ya tradicional en el campo del Derecho y de la ciencia política.

La reflexión sobre la justificación o legitimación del poder del juez —del porqué determinados titulares de órganos jurisdiccionales ostentan esas decisivas y definitivas facultades sobre sus conciudadanos, y sobre el resto de los poderes del Estado— se hace necesaria, más allá de consideraciones meramente intelectuales, o de dogmática del Derecho. En el moderno Estado constitucional la definición del ámbito respectivo de acción legítima de los diversos poderes del Estado representa una tarea crucial, si quiere mantenerse el imprescindible equilibrio entre ellos, en unas sociedades en que la capacidad de acción de esos poderes —y su capacidad de influir hasta en los menores aspectos de la vida de los ciudadanos— han aumentado en forma que hubiera parecido inimaginable a los revolucionarios franceses o a los constituyentes de 1812. Y esa tarea es también crucial, posiblemente cada vez con mayor intensidad, respecto del «terrible poder», del poder judicial. Ciertamente, sería de desear que esa definición del ámbito de cada poder quedara claramente establecida por las normas reguladoras de la distribución de poderes, esencialmente —por el momento— las normas constitucionales del Estado². Pero esas normas requieren, en muchos casos, para su interpretación e integración, para resolver los casos límites que representan los verdaderos hitos del desarrollo constitucional, ser comprendidas desde los principios inspiradores del sistema, estén explícitos o implícitos en el ordenamiento. Ante eventuales (e inevitables) carencias o imprecisiones normativas, sobre todo en el campo del Derecho Constitucional, la determinación de cuál sea la legitimación última de los diversos poderes del Estado es así un instrumento necesario tanto para precisar o delinear, en esos casos límites, sus respectivas competencias como para evaluar, desde una perspectiva constitucional, las normas que los regulan, y su propia actuación dentro de esas normas.

No es difícil, en efecto, y desde luego en lo que se refiere al poder judicial, encontrar ejemplos de controversias relativas a la configuración, actuación y relación de los diversos poderes, cuya resolución sólo es posible, más allá de una regulación forzosamente esquemática, a partir de consideraciones sobre su legitimación, como guía interpretativa de las disposiciones constitucionales y legales. Baste recordar, como ejemplo, las discusiones

² El matiz se debe a la innegable relevancia que van cobrando otras normas supranacionales; no cabe descartar que éstas acaben incidiendo decisivamente, *también* en la estructura orgánica estatal. De hecho, ya es éste el caso en lo que se refiere a las autoridades monetarias, al menos según lo previsto en el Tratado de Maastricht.

nes sobre el alcance de la potestad judicial (de la jurisdicción contencioso-administrativa) para revisar los actos administrativos «discrecionales»; o, en forma aún más destacada, las cuestiones que plantea la doctrina del «acto político», o la afirmación —o negación— de la existencia de secretos de Estado³. Estas cuestiones versan sobre las relaciones entre los poderes judicial y ejecutivo; en cuanto a las relaciones entre el judicial y el legislativo, la polémica sobre la designación parlamentaria del órgano de gobierno de los jueces puede representar un ejemplo de la necesidad de recurrir, en último término, a argumentos basados en la legitimación de cada poder, y en cómo esa legitimación se manifiesta.

2. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS PODERES DEL ESTADO COMO PUNTO DE PARTIDA

Ciertamente (y desde luego en el caso español), la legitimación democrática aparece hoy como la legitimación fundamental de los poderes del Estado, incluyendo al poder judicial⁴. En España (con las matizaciones que se verán) esa legitimación resulta de la afirmación constitucional expresa en el mismo artículo primero de la Constitución, que proclama que la soberanía nacional reside en el pueblo español «del que emanan los poderes del Estado», afirmación por otra parte necesariamente derivada tanto de la proclamación del Estado social y *democrático* de Derecho efectuada en el primer apartado del mismo artículo, como de la voluntad de la Nación española, manifestada en el *Preamble* constitucional, de «garantizar la convivencia democrática» y «establecer una sociedad democrática avanzada». Estas afirmaciones constitucionales, que establecen el principio legitimador de los poderes del Estado, se ven reflejadas más precisamente en cuanto al judicial, en el enunciado del artículo 117, al disponer que «la justicia emana del pueblo». Valga adelantar, ahora, que esta emanación se predica de la justicia, pero no de los que la administran: esto es, la justificación democrática se refiere a la acción de la justicia, no necesariamente al origen de los que la imparten.

Postular como principio general la legitimación o justificación democrática —esto es, y como definición inicial, la expresión de la voluntad popular⁵— como fundamento de la acción de los poderes del Estado, exige, en todo caso, algunas matizaciones, según se anunció. La primera —que podría denominarse la *matización constitucional*— referente a las

³ Baste referirse, como exposición del estado de la cuestión sobre estos temas, al trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997, 3 ed.

⁴ En relación con este tema, ver Luciano VARELA CASTRO, «Sobre la legitimidad del Poder Judicial», en *Poder Judicial*, núm. especial XI (1989), págs. 87-97.

⁵ Para un análisis del significado de la legitimidad democrática, ver Elías DÍAZ, «Legitimidad democrática *versus* legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista», *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, págs. 51-72.

garantías en la formulación de esa voluntad; la segunda —que podría denominarse la *matización excepcional*— referente a las excepciones al principio democrático. Ambas matizaciones son relevantes en lo que atañe al poder judicial, más la primera que la segunda.

a) *La matización constitucional.* No es infrecuente que se contrapongan en ocasiones las expresiones «Estado democrático» y «Estado constitucional», o, yendo más allá, las expresiones «principio democrático» y «derechos fundamentales». La Constitución escrita, y, en ella, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales serían pues «límites» o excepciones al principio democrático de predominio de la voluntad popular. Ésta no podrá traspasar los límites constitucionales, y particularmente los referentes a los derechos fundamentales. Principio democrático y principio constitucional aparecerían como polos separados y en ocasiones opuestos.

Esta contraposición presenta un grave peligro: el de reducir a un segundo lugar el principio de legitimación democrática, que debería ceder frente a la preeminencia de otros principios y valores (esencialmente encarnados en los derechos fundamentales) radicalmente ya desvinculados de la legitimidad democrática. Se volvería así a una legitimación iusnaturalista del poder, basada en unos valores permanentes e independientes de la voluntad —pasajera o arbitraria— de la comunidad, valores inafectables por el capricho de la mayoría. Ahora bien, ello sólo es posible si se reduce la legitimación democrática a la aplicación mecánica e inmediata de la voluntad mayoritaria (expresada por el pueblo o sus representantes) en cualquier momento, y sobre cualquier asunto, pertenezca a la esfera legislativa, ejecutiva o judicial. Pero una concepción de este tipo supondría un reduccionismo inaceptable o, aún más, una falsificación del principio democrático. Éste no puede identificarse con la mecánica asamblearia como forma de gobierno omnicompreensiva; la fórmula democrática lleva ínsita, como elemento inseparable de su esencia —y no como límite ajeno— la vigencia de un marco de garantías y controles, que no necesitan de ninguna justificación extrademocrática⁶.

La garantía de la autenticidad de la voluntad popular, origen único de la legitimidad democrática, exige (máxime en las sociedades modernas, que añaden al número de sus integrantes la complejidad de su composición y estructura) que la expresión de esa voluntad se lleve a cabo en condiciones de libertad e igualdad que sólo pueden conseguirse mediante la vigencia de unos derechos fundamentales —y su forzoso correlato, la división del poder— y que tal expresión se realice mediante procedimientos

⁶ Valga remitirse sobre este tema al iluminador trabajo de Neil McCORMICK, «Law, Rule of law and Democracy», en el volumen publicado por el CGPJ *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Madrid 1995, págs. 378-429. Un interesante resumen de las teorías «sustancialistas» y «procedimentalistas» de la Constitución puede hallarse en M. ARAGÓN, «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *REDC*, 19 (1987), 15-51, esp. págs. 37 y ss.

que excluyan su falseamiento o supresión. «Para que la democracia o el poder del pueblo sea una característica duradera del poder político en vez de una convulsión momentánea y quizá revolucionaria, debe requerir la observancia del orden constitucional y la consolidación de un Estado de Derecho»⁷. La vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella reconocidos se justifica así, no *frente* a la voluntad popular, sino por el contrario, como parte integrante y necesaria del proceso de formación de ésta.

Como consecuencia, no cabe oponer la «defensa de la Constitución» a la defensa del principio democrático; o, en otras palabras, si la Constitución se justifica en definitiva en cuanto garante del orden democrático, cuando resulte atacada o vulnerada será el mismo orden democrático el que será puesto en peligro. Y esto permite llegar a dos tipos de conclusiones. Por un lado, que los mandatos constitucionales deben ser interpretados, no como reglas abstractas, sino como garantías en concreto de la democracia, válidas, por lo tanto, en función de ésta; y por otro, que la expresión de la voluntad popular (usualmente en forma de ley parlamentaria) cuando se ha llevado a cabo fruto de un proceso de participación de los ciudadanos, con todas las garantías, en la formación de la Asamblea, y mediante el procedimiento formal que asegura la autenticidad de las resoluciones adoptadas, ostenta una presunción inicial muy intensa de acomodación al principio democrático. La ley, en efecto, es resultado directo de la voluntad de la Asamblea, e indirecto, del sistema de previsiones constitucionales y derechos fundamentales en que esa voluntad se manifiesta y debe manifestarse.

La *matización constitucional* supone que el principio democrático debe traducirse en el predominio de la voluntad popular expresada mediante los procedimientos y con las garantías previstas en la Constitución y que persiguen asegurar su autenticidad. La actuación de los poderes del Estado debe pues (mediante tales procedimientos y garantías) reconducirse a la voluntad popular; y, consecuentemente (si se han observado los procedimientos constitucionales), esa actuación tendrá, *prima facie*, la legitimidad que le da la primacía de aquella voluntad.

Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que la noción empleada de «legitimidad democrática» es forzosamente inicial y genérica. No hay, evidentemente, una fórmula única para llevar a cabo, en forma común a todos los poderes del Estado, la traslación de esa legitimación; ello dependerá de su peculiar naturaleza y funciones. En otras palabras, el principio democrático, justificador en última instancia de todos los poderes, se proyectará en formas distintas en cada uno de ellos, de manera compatible con las tareas que tengan encomendadas. La relación entre la voluntad popular y la forma de integración y actuación de los poderes públicos puede ser muy diversa. En lo que se refiere al poder legislativo (Cortes) la vía de

⁷ McCORMICK, *op. cit.*, pág. 414.

manifestación de la legitimidad democrática de las Cámaras es la elección de sus miembros, bien mediante «sufragio universal, libre, igual, directo y secreto» (arts. 68.1 y 69.1) en lo que se refiere a Diputados y Senadores elegidos por circunscripciones provinciales o insulares (más los supuestos de Ceuta y Melilla), bien a través de las Asambleas de las Comunidades Autónomas (art. 69.5), en cuyo caso la legitimación democrática se consigue en forma indirecta. En lo que atañe al poder ejecutivo, y más concretamente al Gobierno, su legitimidad democrática aparece consagrada por la vía de la investidura parlamentaria (aunque en la práctica, y en virtud del sistema electoral, y la presencia de partidos mayoritarios, pueda quizás también estimarse una legitimación democrática directa por parte del electorado). En estos casos, la conexión entre voluntad popular y poder del Estado se lleva a cabo mediante sistemas de integración (selección de miembros) del órgano basados en la elección popular periódica. Es también claro que en estos casos, «legitimidad democrática» se hace coincidir con «principio mayoritario», con la matización de que ese principio se hace valer de acuerdo con reglas preestablecidas, tanto para su expresión original (elecciones, según el procedimiento previsto en la regulación de las Cámaras) como en su manifestación día a día (actuación parlamentaria de acuerdo con el procedimiento previsto en la regulación de las Cámaras), tanto en lo que se refiere a la forma en que debe llevarse a cabo la elección de las Cámaras, como en cuanto al procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno. La legitimación democrática del legislativo y el ejecutivo deriva pues del origen de sus miembros. Otra cosa, desde luego, ocurre respecto de otros poderes del Estado, en los que no se produce una conexión entre voluntad popular y actuación del órgano de que se trate basada en la elección, directa o indirecta, de su titular: tal sería el caso de los órganos de la Administración (aparte del Gobierno) y, evidentemente, de los órganos del poder judicial: *en nuestro país* el «juez democrático» no es equivalente al «juez elegido». La legitimación democrática podrá producirse por vías distintas de la elección, y esa será una de las cuestiones a considerar en las líneas que seguirán.

b) *La matización excepcional.* Todo lo dicho no excluye que determinados poderes públicos no queden, excepcionalmente, excluidos de la legitimación democrática, por prescripción explícita de la Constitución, o, implícitamente, por su propia naturaleza, «por la fuerza de las cosas». La Corona es el ejemplo que se ofrece en forma más inmediata, en cuanto su titular queda justificado constitucionalmente como «legítimo heredero de la dinastía histórica», y sus sucesores en cuanto herederos del mismo, pues la Corona de España «es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón» (57.1 CE). Pero no es difícil encontrar otros ejemplos. Uno podría ser las autoridades de la Unión Europea, la constatación de cuyo «déficit democrático» se ha convertido en un lugar común; y, sin embargo, esas autoridades ejercen competencias cada vez más destacadas,

imponiéndose su actuación, incluso, frente a la de los poderes estatales con más directa legitimación democrática. Por cierto que esa falta de legitimación democrática de los órganos de la Unión Europea se encuentra como base (teórica) de la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993 que, con lógica aparente, deja pendiente un *caveat* similar a las conocidas Sentencias *Solange* I y II; esto es, admitiendo la validez de las normas comunitarias *en tanto* no choquen con el principio de Estado democrático de la Ley Fundamental⁸.

Conviene hacer referencia a estas legitimaciones no democráticas, independientes de la voluntad popular, en cuanto que no han dejado de invocarse, en forma explícita o implícita, en relación con el poder judicial. No son frecuentes las invocaciones expresas de la justificación no democrática del juez, pero sí las construcciones intelectuales que, al desvincular radicalmente la legitimación del juez del principio de predominio de la voluntad (mayoritaria) popular, de hecho vienen a negar su legitimación democrática. Esta legitimación, entonces, se hace radicar en afirmaciones un tanto nebulosas: en la «defensa de los principios constitucionales», como si estos principios no fueran consustanciales con el principio democrático, e inseparables de él, o, más audazmente, en la defensa de la «democracia sustancial», que se viene a diferenciar de la «democracia mayoritaria».

3. LA EXPLICACIÓN CLÁSICA: EL JUEZ «BOCA DE LA LEY»

La justificación clásica del poder del juez, justificación que aún sigue representando el núcleo central de la legitimación del juez en el Estado democrático, es la que deriva de la exposición realizada por Montesquieu en 1745: «los Jueces de la Nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes». Esta fórmula supone identificar la legitimidad del juez con la legitimidad de la misma ley, y es aplicable, por tanto, a la justificación del juez en cualquier régimen. En el régimen democrático, la legitimación del juez residirá, simplemente, en que aplica la ley democrática. Se trata pues (frente a la legitimación democrática «de origen» de legislativo y ejecutivo) de una legitimación democrática «de ejercicio»⁹.

Esta construcción (a veces designada como «paleodemocrática» o «paleopositivista») suprime de raíz el problema de la legitimación del juez, al eliminar cualquier función innovadora o creadora del mismo en relación con la ley. De hecho, fue adoptada entusiásticamente por el constitucio-

⁸ Ver A. LÓPEZ CASTILLO, «De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental alemana (LF). Comentario de la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de octubre de 1993. (*Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Staatlichesverfassten Volkes*)», *REDC*, 90 (1994), págs. 207-240.

⁹ Para un análisis sistemático de la justificación «clásica» del juez, Ignacio DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989. Sobre todo los tres primeros capítulos: «La función jurisdiccional», «El concepto constitucional del Juez» y «La sujeción del Juez al ordenamiento jurídico».

nalismo europeo continental desde sus inicios; tanto en Francia, como en Alemania o España. Las conocidas historias del desarrollo del famoso *référé législatif*¹⁰, y, posteriormente, de los Tribunales de Casación reflejan la preocupación porque los jueces no moderaran «ni la fuerza ni el rigor de las leyes». Esta posición —que, insistimos, sigue siendo, consciente o inconscientemente, el núcleo de la justificación del juez— encuentra perfecto acomodo en la actual Constitución española. La expresión del artículo 117.1 de que «la justicia emana del pueblo» se corresponde con su consecuencia de que es administrada por jueces y magistrados «sometidos *exclusivamente* al imperio de la ley», por cuanto que la ley es definida por la misma Constitución, en su Preámbulo, como la «expresión de la voluntad popular». En forma forzosamente simplista, el juez democrático será el juez que aplica la ley democrática. Y desde este punto de partida se desprenden una serie de corolarios, que son también un valor entendido en los modernos sistemas constitucionales europeos:

a) *La independencia del juez*. El sometimiento del juez en exclusiva a la ley supone su *no sometimiento* a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse imparcialidad). En realidad, la justificación del juez como *tercero imparcial* se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley¹¹. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en que la aplicación de la ley deba basarse.

b) *La necesidad de motivación de las Sentencias*. Siendo la legitimidad del juez una legitimidad de ejercicio, manifestada en la aplicación de la ley, su actividad debe en todo caso mostrarse como fundada en ésta, y no en la simple voluntad del juez. La motivación representa el nexo lógico entre voluntad popular (*ley*) y decisión del juez (Sentencia), nexo que hace patente el ejercicio democrático (es decir, *legal*) del poder judicial¹². El

¹⁰ Ver el análisis de R. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994, págs. 229 y ss. Para la evolución del Poder Judicial en la historia del constitucionalismo español, en esta y otras cuestiones, Miguel APARICIO, *El status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995.

¹¹ La «justificación del juez por el procedimiento» parece ser la mantenida por P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA, cuando afirman que «será a través de la rigurosa observancia del régimen de garantías constitucionalmente previsto y del fiel cumplimiento de las exigencias procedimentales, es decir, de la observancia de la inmediación, de la efectividad del contradictorio, del respeto al principio de la presunción de inocencia en sus múltiples proyecciones, de la autenticidad en la motivación de las resoluciones... como puede y debe legitimarse el juez» (*El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pág. 28). Pero esta justificación se reconduce en definitiva a la contenida en la sujeción en exclusiva a la ley. La regularidad del proceso, por sí misma, no legitima la acción del juez: esa legitimidad derivaría de que la ley es aplicada correctamente, gracias a las garantías procesales.

¹² Ver, para estrecha relación entre la motivación de las decisiones judiciales y la legitimación democrática del juez, Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, «La motivación de las decisiones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, número especial VI (1989) *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, págs. 57-87.

mandato del artículo 120.3 CE, repetidamente reiterado en la jurisprudencia constitucional como integrado en la tutela judicial del artículo 24 CE, en el sentido de que el juez debe expresar el *iter* mental que le ha llevado a la declaración del Derecho, se dirige, pues, no sólo a la ilustración de las partes, o de los Tribunales que hayan de conocer de eventuales recursos, sino a ofrecer una justificación o rendición pública de cuentas del juez, explicativa del vínculo entre la norma y la decisión del caso.

c) *Irresponsabilidad política del juez.* En un sistema democrático, el criterio último de evaluación de la actuación de los poderes públicos es su adecuación a la voluntad popular (con todas las garantías a las que se hizo mención más arriba). Esto supone que esos poderes están sometidos, no sólo a juicios de legalidad, sino a juicios de oportunidad, que pueden desembocar en la exigencia de responsabilidad política, esto es, en la remoción del cargo de los titulares de esos poderes. Tal responsabilidad política es desde luego exigible del legislativo (mediante elecciones *periódicas*) y del ejecutivo (mediante mecanismos como la moción de censura y la investidura tras las elecciones generales). Ello resulta de que esos poderes adoptan decisiones propias, a ellos imputables, y por tanto originadoras eventualmente de responsabilidad, si la voluntad popular las evalúa negativamente. Ahora bien, esto no es predicable de la acción de los jueces (según el modelo de Montesquieu que ahora se comenta) puesto que su acción no es libre, sino estrictamente vinculada; en tanto el juez aplique la ley, la responsabilidad política por los efectos de ésta deben imputarse a su creador, esto es, al Parlamento (o, en su caso, al Gobierno)¹³. La actividad del juez no puede someterse a un juicio político o de oportunidad, que conduzca a la exigencia de responsabilidad política y a una posible remoción. Otros tipos de responsabilidad (penal, civil y disciplinaria) sí serán exigibles, tomando la ley como punto de referencia; pero no cabrá una evaluación *política* de la conducta del juez en su función jurisdiccional, por ser aplicación de los mandatos de la ley.

d) *Ausencia de control difuso de constitucionalidad de las leyes.* La sujeción a la ley como expresión de la legitimación democrática del juez implica que éste no puede inaplicar una norma legal aun si la estima contraria a la Constitución; ello supondría apartarse de la voluntad popular creadora de la ley, sustituyéndola por su particular percepción —distinta de la del legislador— sobre su adecuación a los mandatos constitucionales. Con una notable diferencia: mientras que el legislador sí es políticamente responsable, mediante su sometimiento a elecciones periódicas, frente al juicio del electorado, el juez, como se vio, no está sometido a esa responsabilidad. Ello explica —en los sistemas europeo-continentales— el apartamiento del juez de la tarea del control de constitucionalidad, que se deja en manos de un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional.

¹³ Me remito a las consideraciones efectuadas en mi trabajo «Democracia y división del poder», en J. Félix TEZANOS (comp.), *La Democracia post-liberal*, Madrid, 1996, págs. 238-255.

4. LOS PROBLEMAS DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Aun cuando la legitimación del poder del juez en cuanto aplicador de la ley sigue siendo (y sería difícil que fuera de otro modo) el eje de su justificación democrática, es ya un tópico en la literatura sobre el tema que si alguna lección se desprende de la práctica judicial es que ésta no puede reducirse a una aplicación mecánica de normas. Y de ahí se derivan algunas de las objeciones que normalmente se plantean a la legitimación del juez a través de la ley¹⁴.

La más importante es posiblemente la que consiste en estimar que forzosamente debe existir una dimensión «creadora» en la acción del juez, o, en otras palabras, que esa acción va más allá de la mera subsunción de los hechos en el tipo normativo. La realidad siempre será más rica que la previsión normativa; y sin embargo, y en todo caso, el juez debe fallar. El juez, se dice, no sólo «aplica» el Derecho, sino que crea Derecho.

Desde luego, no cabe dudar de que el juez en todo caso crea Derecho, al resolver un caso concreto, en cuanto lleva a cabo una declaración del Derecho en un pleito entre partes, dando lugar a una nueva situación jurídica singular¹⁵. Ello implica, bien una interpretación del Derecho (como es bien sabido, eligiendo uno de los posibles sentidos de la norma o conjunto de normas) bien incluso una creación de normas para el caso, a falta de previsión legal; lo que resulta obligado por el mandato del artículo 1.7 del Código Civil, que establece que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan». Ahora bien, esta creatividad *inter partes* puede considerarse como un elemento no contradictorio con la tesis de la justificación del juez por la aplicación de la ley. En primer lugar, porque la capacidad innovativa del juez se ve notablemente reducida, al menos según la letra del mismo artículo 1.7 citado del Código Civil, que especifica que el juez habrá de resolver en todo caso «ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Responde así a una perspectiva amplia y realista del papel del juez, que no es meramente aplicador de una norma específica, sino aplicador del ordenamiento en su conjunto. La existencia de aparentes lagunas en la ley resulta, como es bien sabido, remediable, si se integran las diversas normas del ordenamiento, buscando

¹⁴ La literatura sobre la crítica a la justificación positivista de la actividad del juez es muy numerosa. Cabe destacar en nuestro país, V. GIMENO SENDRA, «Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial», *Revista de Derecho Procesal iberoamericano y filipino*, 1978, págs. 311 y ss.; Modesto SAAVEDRA, «Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, 1 (1988), *Monográfico: el Poder Judicial*, págs. 39-61; P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA, *El Poder Judicial*, cit., esp. págs. 21-28; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos continentales», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, cit., págs. 25 y ss.

¹⁵ Carlos DE LA VEGA BENAYAS, en su trabajo *Derecho judicial español*, Madrid, 1997, lleva a cabo, en sus págs. 65 y ss. un excelente análisis de la diferenciación entre creación material (*inter partes*) y la creación formal (jurisprudencia) de normas jurídicas por el juez, así como una amplia exposición de las posiciones doctrinales sobre el tema.

la solución del problema planteado en la combinación y complementación de mandatos procedentes de normas distintas, empleando técnicas como la analogía, y, en último término (aunque sobre esta técnica se hablara más abajo) recurriendo a los principios generales del ordenamiento.

Pero además, y en cuanto nos movemos en el ámbito de la creación material del Derecho para resolver un caso concreto, en pleitos *inter partes*, y con efecto entre ellas, difícilmente podrá considerarse que el juez crea Derecho objetivo, que pretenda sustituir en forma general a la ley parlamentaria, o bien situarse a su lado, con la misma fuerza vinculante general. La función del juez es resolver «en todo caso» los asuntos que se le plantean, aplicando el Derecho; tal es la tarea que el juez debe llevar a cabo, y está sobreentendido, en la misma existencia de la norma, que el juez está habilitado para adaptarla al caso concreto, y complementarla en su caso. La creación material, «individual» de Derecho en la resolución de supuestos concretos es sólo un episodio en la aplicación del Derecho.

La cuestión es muy distinta cuando se trata de la creación de Derecho por los órganos judiciales con la pretensión formal de que ese Derecho tenga valor vinculante general, bien imponiendo una determinada interpretación de la norma válida para *todos* los casos en que haya de aplicarse, bien supliendo reales o hipotéticas lagunas del ordenamiento mediante normas de creación judicial, que se quiere también tengan valor vinculante general. Nos encontramos pues ante el espinoso tema de la *jurisprudencia* como eventual fuente del Derecho; esto es, no la creación judicial del Derecho en el caso concreto (creando lo que Kelsen llamaría normas jurídicas individuales) sino la *creación formal* de directrices vinculantes (normas), o, si se quiere, pautas normativas de conducta de los Tribunales. Aún más precisamente, la jurisprudencia aparece como tarea encomendada a específicos órganos jurisdiccionales.

La discusión sobre si la jurisprudencia (i. e. *la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en fórmula redundante) es o no fuente del Derecho es un lugar clásico en la literatura jurídica¹⁶. Pero puede que sea una discusión inútil si se ciñe al *deber ser*, puesto que lo relevante, a los efectos de la justificación del poder judicial, es si *de hecho* los Tribunales crean Derecho objetivo (normas generales) o no, y hasta qué punto ello es (o puede hacerse) compatible con el principio democrático. Desde una perspectiva fáctica, parece difícil negar que la jurisprudencia establece pautas de comportamiento generales, que vinculan a los jueces y tribunales. Las distintas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil han ido, en forma paulatina pero continua, en una dirección fortalecedora del valor de la jurisprudencia, incluso convirtiéndolo en criterio para la inadmisión de la demanda de casación (art. 1710.1.3 LEC)¹⁷. No sería correcto, de todas formas,

¹⁶ Baste referirse al libro citado de DE LA VEGA BENAYAS, para una abundante cita de bibliografía, págs. 111 y ss.

¹⁷ Para un análisis de la adecuación de la doctrina legal como *ultima ratio* para la inadmisión de la casación, ver A. GIL-ROBLES, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, 1996.

estimar que la creación de jurisprudencia es tarea exclusiva del Tribunal Supremo; más bien debería hablarse de una tarea colectiva de todos los tribunales, en que al Supremo le correspondería la última palabra, al pronunciarse sobre interpretaciones del ordenamiento propuestas por tribunales inferiores, confirmándolas o denegándolas. El origen de la jurisprudencia vendría, por así decirlo, *desde abajo*: su fuerza vinculante (en virtud, por ejemplo, del artículo 1692.4 LEC) vendría *desde arriba*, en cuanto doctrina legal contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Habría así una creación judicial del Derecho, (al menos por vía interpretativa en la teoría «clásica»), en cuanto pauta general de conducta. El Derecho a aplicar ya no sería (o, más concretamente, ya no sería *sólo*) el Derecho elaborado por los órganos de representación popular, directa o indirecta, sino que tendría también un componente judicial.

Esta situación se ve reforzada por la tendencia al empleo de los «principios generales del Derecho» o de los mandatos y principios constitucionales como fuentes o guías en la interpretación o complementación de las normas positivas emitidas por el legislador. Quizás un ejemplo de este fenómeno pudiera ser el representado por la interpretación jurisprudencial de los derechos del artículo 20 de la Constitución, relativos a la libertad de expresión; la construcción jurisprudencial (de la mano, o no, del Tribunal Constitucional) resulta sin duda de mayor relevancia que la regulación legal, al menos respecto a conceptos como «información veraz» o «derecho al honor».

El problema es que estos principios «generales» y mandatos constitucionales aparecen, en efecto, con un nivel de generalidad que deja usualmente espacio para varias interpretaciones, de manera que principios y valores pueden concretarse en vías muy diferentes. Con respecto al legislador, ello supone una libertad de configuración, dentro de los marcos constitucionales, que se corresponde, como se dijo, con una responsabilidad política por su actuación. Si esa libertad de configuración la asume el juez (o el poder judicial en su conjunto, con el Tribunal Supremo como cúspide) es difícil eludir el concepto de «creación» del Derecho. Puede aducirse que el juez, en el caso de que hablamos (interpretación de preceptos constitucionales) no hace más que aplicar la Constitución —una variedad de la aplicación de la ley—. Pero obviamente se trata de cosas distintas, por cuanto que la Constitución, si bien contiene normas de contenido tan preciso que pueden aplicarse sin necesidad de intermediación legislativa (p. ej., art. 15 o art. 16.2) en la mayoría de los casos, y sobre todo cuando enuncia principios y valores, lo hace con un nivel de abstracción que hace necesaria, para su concreción, una tarea de creación de normas que elijan entre las varias posibilidades o vías que la Constitución deja abiertas.

No es fácil hoy, a la vista de la realidad, negar que, por la vía de la interpretación o complementación de la ley, o por la vía de la interpretación o aplicación directa de la Constitución, se está creando un auténtico «De-

recho Judicial» en los países europeo-occidentales, y ciertamente en España. Con ello se está produciendo un cierto acercamiento a los llamados sistemas del *common law*, donde la creación judicial del Derecho se admite abiertamente: acercamiento que, no obstante, no salva las diferencias entre sistemas. Sobre todo en lo que se refiere a los mecanismos de uniformización u homologación de la actuación judicial en una situación de *judge made law*, en aras del principio de seguridad jurídica. Como es sabido, el mecanismo que hace posible la compatibilidad, en los sistemas de *common law*, entre la admisión de la creación judicial del Derecho (al menos en áreas como *torts* y *contracts*, frente a aquellas áreas en que prevalece el Derecho de creación legislativa) y la necesaria seguridad jurídica es la adhesión al principio de *stare decisis*, esto es, en términos universalmente aceptados por los autores anglosajones, la sujeción a los precedentes establecidos por los tribunales superiores¹⁸. Lo que ocurre —y sobre ello se volverá a hablar— es que el acercamiento a los sistemas de *common law* se produce sólo en algún aspecto (la creación judicial del Derecho) y no en otros íntimamente vinculados (estricta adhesión al *stare decisis*, *peculiar status*, selección y responsabilidad de los jueces).

5. LAS DIFICULTADES DE LEGITIMACIÓN DERIVADAS DE LA «CREACIÓN JUDICIAL» DEL DERECHO

La admisión de la existencia de una creación judicial del Derecho (aun cuando se restrinja el concepto a la creación «formal», y aun cuando se estime que ésta afecta a una parte menor, o reducida, de la total actividad jurisdiccional) plantea serios problemas de legitimación del poder judicial, al no ser ya aplicable la noción de legitimidad «de ejercicio». Si el juez ya no se limita a aplicar la ley, sino que añade algo más (esto es, unas pautas normativas de origen propio) ¿qué justificación tiene para elaborar esas

¹⁸ Esta definición del *stare decisis* es la que se encuentra en la literatura anglosajona. Se admite que *los Tribunales inferiores deben seguir los precedentes sentados por los superiores, y que éstos deben seguir los suyos propios como regla, salvo que encuentren razones para variarlos (overruling)*. Así, D. E. BRODY, *American Legal System*, 1978, pág. 8: «...the doctrine of *stare decisis*, which declares that once a decision is reached by the superior court in a particular case it becomes a precedent, and all other cases of similar kind are to be decided according to the same rules». También G. PITT, «Law application in the Common Law tradition», en *La crisis...*, op. cit., pág. 40: «The doctrine of *stare decisis* means that where the legal justification (*ratio decidendi*) of a previous case covers the case in hand, and emanates from a court whose decisions are binding on the court seized of the case, then the previous decision must be followed». En la misma línea, H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, New York, 1993, 6.ª ed., págs. 324-327. Desde una perspectiva comparativa, Konrad ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992, pág. 267: «The doctrine lays down that every English court is bound by all decisions handed down by courts superior to it in the hierarchy, and, until quite recently, the doctrine laid down that the superior courts, namely the Court of Appeal and the House of Lords, were bound to treat their own previous decisions as absolutely binding». Me remito sobre esta cuestión a mi trabajo «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II, págs. 1435-1456. Para una opinión distinta, ver E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, págs. 165-166.

pautas? Desde la perspectiva del predominio del principio democrático, la pregunta podría reformularse sobre cómo se asegura que las normas elaboradas por los jueces reflejarán efectivamente la voluntad popular, y no las meras preferencias del poder judicial como conjunto, o de sus superiores órganos jurisdiccionales.

El sistema constitucional democrático establece diversos procedimientos para asegurar la correspondencia entre voluntad popular y la actuación de los diversos poderes públicos. Como se vio respecto del legislativo y el ejecutivo, esos procedimientos se centran en mecanismos de selección (elección de representantes, directos o indirectos, de la voluntad popular) y de responsabilidad (privación del cargo, mediante elecciones periódicas, o sistemas de censura, a quienes se estime no han cumplido o no van a cumplir esa voluntad, expresada mediante fórmulas mayoritarias). Con respecto al poder judicial, el procedimiento «usual» es el de sujeción del juez a la ley democrática. Pero ¿qué ocurre si este procedimiento se revela insuficiente?; ¿cómo se legitima entonces la acción «creadora» del juez, desde la perspectiva democrática?¹⁹.

A estos efectos es indiferente que la actividad creativa *formal* del poder judicial se produzca mediante la supuesta interpretación del ordenamiento, o mediante la simple formulación de nuevas reglas (al estilo del *common law* anglosajón). En ambos casos cabe preguntarse con qué fundamento puede el juez introducir esa nueva normativa, que supone una fuente de obligaciones para el ciudadano. Sentado que el juez crea Derecho, la pregunta es cómo se legitima democráticamente esa creación; es decir, cómo se asegura que el Derecho judicial refleje la voluntad popular, y, más urgentemente, que *no pueda oponerse* a esa voluntad.

La gravedad de la cuestión resulta de que no cabe en absoluto descartar la posibilidad en la práctica de una creación del Derecho *contraria* a la voluntad popular. Para colocarnos en la posición más simple (pero más ilustrativa del argumento que quiere expresarse) imaginemos que, por vía interpretativa o innovadora, un número considerable de jueces procede a aplicar el Derecho en forma claramente contraria a la voluntad popular, al menos según se expresa por la representación, parlamentaria o gubernamental, de la mayoría. Ciertamente ésta puede tratar, dentro de los cauces constitucionales, de alterar la situación, cambiando el Derecho aplicable, o creando normas hasta el momento inexistentes. Pero, como es bien sabido, frente a una judicatura «activista» el papel de las normas legales es forzosamente limitado, ante la capacidad (en términos del Derecho anglosajón) de «construcción» o «interpretación constructiva» de que disponen

¹⁹ Desde una perspectiva algo distinta, una búsqueda de fuentes alternativas de legitimación del Juez puede encontrarse en Modesto SAAVEDRA LÓPEZ, «La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», *Jueces para la Democracia*, 18 (1995) págs. 3-9: «[la] crisis de la ley, y, junto con ella, la igualmente bien documentada crisis de la ciencia y del método jurídico han hecho parecer insuficiente el modelo de legitimidad instrumental de la jurisdicción, que se ve actualmente conmovido por la pujanza de los principios de legitimidad opuestos: no el del imperio del monarca, evidentemente, pero sí el del imperio de la justicia y el del imperio de la sociedad» (pág. 4).

los jueces. El legislador nunca podrá elaborar normas que conviertan al juez en mero instrumento mecánico, sobre todo si el juez no está dispuesto a ello.

Desde luego, y frente a los tribunales inferiores, caso de interpretaciones marcadamente erróneas, o alejadas de la voluntad del legislador, existe un mecanismo de control interno, esto es, el sistema de recursos ante los tribunales superiores. Pero esto no resuelve definitivamente el problema cuando son los mismos tribunales superiores los que crean el «Derecho judicial» reacio a acatar la voluntad del legislador. La contraposición entre «voluntad popular» y «voluntad judicial» se hace sobremanera evidente cuando (en los casos de control difuso de constitucionalidad) es el Tribunal Supremo quien decide también sobre la inconstitucionalidad de las leyes parlamentarias.

Cuando se habla, como problema, del enfrentamiento entre la actuación de los tribunales y la voluntad popular, expresada mediante sus representantes, no se trata, obviamente, de referirse a enfrentamientos producidos, en algún caso singular, entre decisiones jurisdiccionales y la opinión expresada por la mayoría parlamentaria. Desde luego, ha de insistirse, la legitimidad democrática no supone el sometimiento mecánico del juez al mandato o deseo de mayorías coyunturales. Así, no cabe poner en duda que los actos del poder ejecutivo, aun cuando en un sistema democrático tengan el apoyo de la mayoría parlamentaria o popular del momento, estén sujetos a revisión por los jueces en cuanto a su ajuste a la ley. Por su naturaleza, los actos del ejecutivo (también los del ejecutivo democrático) sólo son válidos en el marco de la ley, aun cuando no sean sólo aplicación o ejecución de la ley; en ese marco, el juez está perfectamente habilitado para enjuiciarlos, sea cual sea su respaldo mayoritario. Respecto del Parlamento, las opiniones que exprese no vinculan al juez en la resolución de los casos ante él planteados, aun cuando se trate de opiniones o expresiones claramente mayoritarias, si esas opiniones no se traducen en normas legales que puedan aplicarse al caso en cuestión. No se trata, pues, de postular que los jueces deban convertirse, en virtud del principio democrático, en transmisores de la opinión de la mayoría del momento. La cuestión es otra: se trata de inquirir —partiendo de que el juez dispone de un poder político en cuanto creador de normas— qué medios o instrumentos pueden ajustar el ejercicio de ese poder a la voluntad popular, evitando que el papel creador del juez le sitúe en un curso de colisión permanente con esa voluntad, incluso —bajo una veste de regularidad formal— desvirtuando o inaplicando en la práctica los contenidos de la voluntad popular expresados mediante leyes parlamentarias.

No se trata de una hipótesis de laboratorio: es posible citar ejemplos históricos en los que el poder judicial asumió una posición de enfrentamiento *político* con la representación, parlamentaria y gubernamental, de la mayoría, y no en forma de una contraposición coyuntural entre sus decisiones y la opinión popular, sino en forma de una oposición continua y a lo largo de muchos años. Y ello sin que se produjera una actuación for-

malmente ilegal o inconstitucional de la judicatura, traducida en un rechazo frontal y explícito del juez a aplicar el Derecho, sino, bajo una cobertura de legalidad formal, mediante una actitud de enfrentamiento con la voluntad popular expresada en las urnas. Se trata de los dos famosos casos de la República de Weimar (1919-1933) y de la crisis entre Presidente y Tribunal Supremo con ocasión del *New Deal* (1933-1937).

En el caso de la República de Weimar, el poder judicial, como colectivo, asumió una actitud de oposición a la República, y de apoyo activo a las tendencias ultraderechistas que desde un principio la amenazaron. En palabras de Franz NEUMANN «es imposible eludir la conclusión de que la justicia política es la página más negra en la vida de la República de Weimar»²⁰. Los jueces alemanes, heredados directamente de la judicatura del Imperio, constituían el ejemplo más claro de la «contrarrevolución conservadora». El análisis de autores como Dieter SIMON es concluyente: los datos muestran, según SIMON, «una imagen estremecedora y repugnante del partidismo de una Justicia apolítica-reaccionaria» cuyos componentes desarrollaron pronto «una actividad que incluso críticos prudentes y moderados califican como boicót a la primera democracia alemana»²¹. Desde luego, los datos que ofrece NEUMANN son llamativos²²: tras el *putsch* ultraderechista de Kapp en 1920, 705 personas fueron acusadas de traición: sólo una recibió una sentencia condenatoria, el jefe de policía de Berlín, condenado a confinamiento. El *Land* de Prusia le retiró su pensión, el Tribunal Supremo ordenó que se le devolviera. En los primeros años de la República, se llevaron ante los tribunales 314 casos de asesinatos por ultraderechistas, y 13 asesinatos por extremistas de izquierda. Sobre los últimos recayeron ocho penas de muerte y cientos de años de cárcel; sobre los primeros, ninguna pena de muerte y 31 años de cárcel. A lo largo de toda la República, frente a la impunidad de que disfrutaban los movimientos fascistas y ultraconservadores, cientos de críticos liberales o socialistas fueron condenados por denunciar las transgresiones militares del Tratado de Versalles. No es extraña pues la formulación de RADBRUCH, citada por SIMON respecto del «estado de guerra entre el pueblo y la Justicia».

Igualmente conocida es la posición, durante la primera mitad de siglo, de oposición política de la justicia federal norteamericana frente a los intentos de la representación popular por mitigar el predominio social y económico de las grandes empresas, oposición que culminó en el enfrentamiento entre el Tribunal Supremo y el Presidente demócrata Roosevelt a lo largo del *New Deal*. Desde principio de siglo, el Tribunal Supremo lideró lo que el famoso libro de LAMBERT denominó «la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos»²³. Para ello contaba, además, con la

²⁰ Franz NEUMANN, *Behemoth*, Nueva York, 1942, pág. 23.

²¹ Dieter SIMON, *La independencia del Juez*, Barcelona, 1989, pág. 52.

²² NEUMANN, *op.cit.*, pág. 454.

²³ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, 1921.

inestimable ayuda del *judicial review*, que le permitía declarar inaplicables las leyes de las Asambleas de los Estados y del Congreso Federal. Así, en 1905, en *Lochner vs. State of New York*, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley estatal que prohibía jornadas de trabajo (para obreros de panificadoras) superiores a diez horas diarias, o que superasen las sesenta horas semanales; en 1918, en *Hammer v. Dagenhart* estimó inconstitucional una ley federal que prohibía el transporte de mercancías elaboradas por niños de menos de catorce años. Las reformas propuestas en su *New Deal* por el Presidente Roosevelt, apoyadas por el Congreso y la opinión pública, y que buscaban solucionar la severa crisis económica por la que pasaba la nación fueron desde el principio frustradas por el Tribunal Supremo que se enfrentó decididamente con la política reformadora de Roosevelt. En palabras del Presidente, «como Nación hemos llegado a un punto en que debemos actuar para salvar a la Constitución del Tribunal, y al Tribunal de sí mismo»²⁴. Como es sabido, finalmente, y gracias a oportunos cambios de postura y renovaciones de jueces, el Tribunal cambió su posición frente al *New Deal*; incluso, a partir de los años cincuenta, y bajo la presidencia del *Chief Justice* Warren, adoptó una línea política progresista, al menos en el campo de los derechos civiles²⁵.

6. EL PODER JUDICIAL Y LOS «FRENOS Y CONTRAPESOS» DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Muy posiblemente, los casos reseñados puedan considerarse patológicos, como ejemplos de relaciones anormales entre el poder judicial y otros poderes. Pero sirven de ejemplo de la posibilidad, latente o actual, de que el conjunto de los tribunales actúe manifestando directrices u opiniones *políticas* propias; políticas en cuanto que formulan fines y objetivos globales a toda la sociedad, yendo más allá de la mera aplicación del Derecho vigente. Y aún más, suponen ejemplos extremos de los peligros —para el principio democrático— que pueden derivarse de la posición del Poder Judicial como auténtico poder del Estado, que participa en su *dirección política*. En los casos de la República de Weimar y del Tribunal Supremo norteamericano esos peligros se revelaron patentemente en cuanto se produjo una confrontación clara del poder judicial con otros poderes del Estado; en la gran mayoría de las ocasiones, no obstante, la ausencia de ese enfrentamiento no debe hacer olvidar que la posición de los tribunales, como se vio, es algo más que la de unos simples aplicadores del Derecho.

²⁴ *New York Times*, 10 de marzo de 1937, pág. 1; cf. ZWEIGERT, *op.cit.*, pág. 254. Para un análisis de la posición del Tribunal Supremo frente al *New Deal*, Robert A. BURT, *The Constitution in conflict*, Cambridge, 1992, págs. 253-267, «The Struggle Against Judicial Supremacy».

²⁵ Un análisis del papel «político» del Tribunal Supremo puede hallarse en D. COX, *The role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, 1979, especialmente págs. 99 y ss., «Constitutionalism and Politization».

En cuanto poder *creador* (en la medida que corresponde a cada sistema; mayor en los países del *common law*, y de jurisdicción constitucional difusa, menor en los países de *civil law* y de jurisdicción constitucional concentrada) el poder judicial es un poder político, y no un mero instrumento o boca de la ley.

Esto plantea la cuestión de cómo se trasladan al poder judicial los mecanismos típicos de la división de poderes que caracteriza al régimen constitucional; cuestión ésta estrechamente vinculada a la relativa a la vinculación democrática del juez. Como es bien sabido, el sistema o principio de la división de poderes supone no sólo que las diversas funciones del Estado se repartan (como garantía de la libertad, en forma razonable, esto es, eficiente) entre diversos titulares (poderes del Estado), de modo que no haya una instancia que ostente el poder absoluto del Estado, sino, además, que cada uno de estos poderes no sea, *tampoco*, absoluto en su propio ámbito (en cuyo caso poco se habría ganado). La presencia de frenos y contrapesos entre los diversos poderes, de manera que se interfieran y limiten mutuamente es tan consustancial al principio de separación de poderes como la misma distribución del poder. En general, se admite que esta separación de poderes sirve como garantía de los derechos de los ciudadanos frente a un eventual poder absoluto; pero también sirve para que, en última instancia, ningún poder pueda separarse o independizarse de la voluntad popular, en cuanto que ésta —a través de los mecanismos democráticos usuales, esto es, a través de las elecciones— se convierte en el árbitro final de las diferencias entre los diversos poderes, y en el juez de su actuación.

Ahora bien, si la aplicación de un sistema de *checks and balances* entre los diversos poderes del Estado (entre los que cabe incluir, como se ha apuntado, el *poder electoral*) es comúnmente aceptada en relación con los poderes legislativo y ejecutivo, mediante técnicas como las elecciones periódicas, la disolución de las Cámaras, la investidura del Gobierno o la responsabilidad política de éste, esa aplicación se hace más polémica en cuanto a su aplicación al poder judicial; de hecho, posiblemente sea éste uno de los aspectos en que existen más dudas y vacilaciones en la teoría y la práctica constitucional. La famosa expresión *Quis custodiat ipsos custodes?* se encuentra fácilmente en cualquier análisis del papel del poder judicial. La razón parece evidente: aun cuando el poder judicial sea un poder político, en cuanto creador del Derecho, y por tanto un poder que debe estar sometido al control de los demás poderes del Estado (entre ellos, de nuevo, el poder electoral, en un sistema democrático) es, al mismo tiempo un poder que *aplica* el Derecho preexistente, y que está sometido únicamente al imperio de la ley, lo que exige, inexcusablemente, su independencia respecto de cualquier otra instancia. Esto plantea el problema de cómo conjuntar el control de los jueces por otros poderes, con la independencia del juez al aplicar el Derecho.

El problema ni siquiera se plantea si se acepta la posición «clásica» consistente en considerar al juez un mero aplicador de la voluntad de la

ley, i. e. de la voluntad popular expresada mediante la ley: el sistema de recursos sería razonablemente suficiente para que los tribunales superiores corrigiesen errores o desviaciones. Pero si, como parece inevitable, se admite que los jueces hacen algo más que aplicar el Derecho preexistente, al añadir *algo* al mismo, es necesario determinar como evitar que ese poder se convierta en inestricto, y separado del mecanismo general de *checks and balances*.

Desde la perspectiva de las presentes líneas —la legitimación democrática del juez—, las preguntas que se plantean son las referentes a los mecanismos de frenos y contrapesos, referidos al poder judicial, que puedan garantizar, primeramente, que la creación judicial del Derecho responda —con mayor o menor fidelidad— a la voluntad popular; y, coherentemente, qué mecanismos pueden servir de frenos y contrapesos al poder judicial en el supuesto de que así no sea, esto es, cuando la labor *creativa* del juez se aleje de lo que la voluntad popular democráticamente expresada considere conveniente.

7. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ

Lo dicho supone admitir un punto de partida: que el juez, como el resto de los poderes públicos (con las excepciones que se señalan) recibe su legitimación, directa o indirecta, de origen o de ejercicio, de la voluntad popular; y que esa voluntad encuentra su expresión natural en los mecanismos electorales y parlamentarios, regidos en lo sustancial por el principio mayoritario. «Voluntad popular» es pues equivalente, y no hay sustituto aceptable, a «voluntad manifestada en las elecciones» y por ello, expresada por la representación parlamentaria. No cabe, por tanto, encontrar atajos para conectar con esa voluntad, fuera de esos mecanismos, a los que de una forma u otra, y en último término, debe reconducirse la justificación de la actividad de todos los poderes del Estado.

No es común que se niegue esa legitimación última respecto del poder judicial, esto es, que se niegue que su justificación derive (por las vías que sean, directas o indirectas) de la voluntad popular. Pero no faltan ejemplos que en la práctica podrían equivaler a una «autolegitimación» del juez, es decir, a afirmar que existe un valor propio y autojustificativo en las decisiones de los jueces, que no necesitaría respaldo de esa voluntad. A este tipo de conclusiones se llega, curiosamente, por una vía que no parece la más apropiada: la invocación a la Constitución frente a la voluntad popular. En principio, se atribuiría al juez una legitimación constitucional, basada en el valor más alto de la Constitución como norma. Frente a la democracia «mayoritaria» expresada por los mecanismos electorales, habría una «democracia sustancial» que se expresaría en los mandatos constitucionales. Y la misión del juez sería conectar con esa «democracia sustancial» o con los «grandes principios» constitucionales, al margen de

—o quizás incluso, frente a— la voluntad del legislador del momento, mera expresión de la «democracia mayoritaria»²⁶. Esta perspectiva, por otra parte, suele acompañarse de una percepción negativa de la acción parlamentaria, cuya legitimación popular viene a negarse invocando la mediación de los partidos políticos, que vendrían a desvirtuar o a falsear la voluntad del pueblo. Frente a un Parlamento y un Gobierno «partidista», el juez (y alguna que otra instancia, quizás) se convertirá en el último y seguro reducto de la democracia sustancial.

Los peligros de esta posición son evidentes. Ciertamente la Constitución contiene mandatos susceptibles de comprensión unívoca y aplicación inmediata; y también, sin duda, las disposiciones ya emanadas del legislador exigen su interpretación concorde con los mandatos constitucionales, lo que por otra parte, se recoge en los artículos 5 (apartados 1 y 3) y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero, como ya se dijo más arriba, la Constitución es un marco en que caben líneas políticas de acción muy diferentes, y la selección de esas líneas corresponde a la voluntad popular que se expresa mediante el legislador. La conexión directa de la actividad del juez con los mandatos constitucionales ha de verse pues con toda la necesaria precaución: ¿completa o complementa la acción del legislador democrático, o bien la sustituye, o incluso la contradice? La mera invocación de la Constitución, en los dos últimos supuestos, no basta para la legitimación «alegal» de la actuación del juez. En realidad, la pretensión de aplicar una «democracia sustancial» se convierte en la sustitución del principio democrático por el del predominio de la voluntad judicial en nombre de unos principios lo suficientemente amplios como para cubrir decisiones claramente discrecionales, o de naturaleza evidentemente política (i. e. basadas estrictamente en las concepciones del juez como individuo o grupo, sobre lo bueno y lo conveniente para la comunidad).

La invocación de la Constitución, por sí sola, no es suficiente para otorgar una justificación genérica de la actividad «creativa» del juez, desde una perspectiva democrática. Pero cabe preguntarse si esa legitimación puede (y debe) venir por otros cauces, dada la innegable existencia de esa actividad creativa. Y la constatación es que efectivamente esos cauces existen y están presentes en muchos ordenamientos. Ahora bien, en este aspecto, por una parte, la diversidad de fórmulas existentes para conseguir una legitimación democrática del juez que se sume a su legitimidad de *ejercicio* hace imprescindible recurrir al arriesgado uso del Derecho comparado, siquiera sea en forma general; por otra, ya se señaló que quizás sea éste uno de los puntos más vidriosos y sujetos a controversia en el moderno Derecho constitucional. Pero cabe al menos aventurar una proposición

²⁶ Como ejemplo, Luigi FERRAJOLI, «Jurisdicción y democracia», *Jueces para la Democracia*, 29 (1997), págs. 3-9, defiende el papel de la jurisdicción, en defensa de la «democracia sustancial» como límite a la «democracia política». Pero separar ambos aspectos puede considerarse artificial: no puede haber democracia mayoritaria (política) sin las garantías precisas (democracia sustancial) pues éstas se justifican no por sí mismas sino como requisitos para la expresión de la voluntad popular.

inicial: la legitimación del juez para crear Derecho (incluso frente al legislador) se refuerza en la medida en que se refuerza su legitimidad democrática *de origen*, y su responsabilidad ante las fuentes (electorales y parlamentarias) de la voluntad popular. En este aspecto es donde pueden encontrarse considerables diferencias entre los sistemas de *common law* y de «Derecho continental».

8. VÍAS DE LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DIRECTA

La fórmula más directa para vincular al juez a la legitimidad popular es evidentemente la elección de los jueces por sufragio universal. De esta forma el juez se convierte, en cuanto creador del Derecho, en expresión de la voluntad del pueblo, con una justificación similar a la de la Asamblea o del Ejecutivo electos. Obviamente, esta vía es la que sitúa al juez en la posición más fuerte para justificar un papel «político». El juez, en cuanto poder del Estado, se sitúa, también en cuanto a su legitimidad, en paridad de condiciones con los demás poderes.

El sistema, como es sabido, es el seguido en gran parte de los Estados federados norteamericanos, que elevan así a su máxima consecuencia el principio democrático y de separación de poderes (los tres poderes del Estado son elegidos directa y separadamente por el pueblo). La elección popular implica, como es lógico, la limitación del mandato y, por ello, la necesidad por parte del juez de someterse periódicamente al juicio popular que suponen nuevas elecciones, con o sin oponentes.

La posición del juez elegido muestra claramente su dimensión política. Tanto en su labor estrictamente creadora del Derecho, en los términos ya mencionados del *common law* (sujeción al principio de *stare decisis*, y papel directivo de los tribunales superiores) como en su labor interpretativa y complementadora (*statute construction*) de la ley parlamentaria, como, finalmente, en su tarea de protección de la Constitución (*judicial review*) el juez se ve abocado a tener muy en cuenta un papel de instrumento de expresión de la «voluntad del Derecho» de la comunidad. La situación de «guerra entre el pueblo y la justicia» a que se refería RADBRUCH es así impensable en este sistema. La posible oposición entre las líneas políticas de la judicatura y los demás poderes del Estado tiene una solución simple, esto es, el veredicto de las urnas.

Ahora bien, y como es evidente, esta fórmula presenta graves inconvenientes: la potenciación de la legitimidad de origen puede suponer la reducción de la legitimidad de ejercicio. La aplicación de la voluntad del pueblo formalmente expresada (la ley) puede verse relegada, en favor de las preferencias que el juez crea percibir en cada momento, en el electorado, o en aquellos a quienes debe su elección o puede deber su reelección; lo que puede sufrir aquí es la independencia y la imparcialidad. La elección no garantiza en modo alguno la calidad técnica y el conocimiento del

Derecho; la dependencia del beneplácito popular y partidista (sobre todo cuando los candidatos a jueces se presentan expresamente como candidatos de un partido) puede conducir a una aplicación del Derecho excesivamente dependiente de las preferencias del momento de grupos o entidades sociales que el juez estime poderosas o influyentes en la opinión pública, en detrimento de la justicia o de la seguridad jurídica.

Quizás sean estas dificultades las que han limitado la extensión del modelo de elección popular de los jueces, que hoy se reduce (prácticamente) al ejemplo de los Estados de la Federación norteamericana. Incluso en estos supuestos se han introducido procedimientos que tratan de garantizar unos niveles suficientes de capacidad técnica y de apartidismo, manteniendo el principio de elección popular. El más común consiste en la pre-selección de candidatos por un comité de expertos (con participación de la Bar Association del Estado), y la designación por el ejecutivo del titular del cargo judicial, quien deberá someterse a una elección «confirmatoria» popular, y a reválidas electorales periódicas²⁷.

Una variedad del sistema de elección de jueces es el generalizado en los países de América Latina, esto es, la *elección por la Asamblea*, para mandatos limitados²⁸. La selección por parte de los legisladores, usualmente mediante mayorías cualificadas, y restringida a los tribunales superiores, pretende evitar los peligros derivados de la elección directa, así como conseguir un perfil suprapartidista de los jueces: es discutible que ello se logre en todos los casos, a la vista de la experiencia²⁹. Por otra parte, la posibilidad de que, en plazos predeterminados, el juez sea confirmado, o removido, por la Asamblea garantiza una vía de comunicación continua (en teoría) entre el juez y la «conciencia social» del Derecho, así como una cierta responsabilidad política derivada de su labor creadora. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que ya no nos hallamos en el marco del *common law*,

²⁷ Una exposición de las formas de selección de los jueces de los Estados de la Federación norteamericana puede encontrarse en Gregorio RUIZ, *Federalismo judicial (el modelo americano)*, Barcelona, 1994, págs. 45 y ss. Particularmente interesante es la descripción del sistema llamado *Plan Missouri* adoptado en muchos Estados, y diseñado en 1940, que implica la intervención de una comisión de juristas que propone una terna de candidatos, de los que el Gobernador del Estado elige uno, que debe someterse posteriormente a una «elección de retención» (*retention election*) por el cuerpo electoral. También ZWEIGERT, *Introduction...*, op. cit., pág. 249, señala que, hasta mediados de este siglo, «parecía antidemocrático que los jueces fueran designados por el ejecutivo, y que permanecieran en su cargo durante largos mandatos o incluso de forma vitalicia».

²⁸ Para una visión introductoria de la posición de los Tribunales en los países latinoamericanos puede consultarse Héctor FIX-ZAMUDIO, «Órganos de dirección y administración del poder judicial», *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington D. C., 1993, págs. 41-63; del mismo, *Los problemas contemporáneos del Poder judicial*, México DF, 1986, así como «Ponencia general: función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos», en VV. AA., *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México DF, 1977, págs. 9-62.

²⁹ Los miembros del Tribunal Supremo son elegidos por la Asamblea (con diversas modalidades) en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana (por el Senado), Uruguay y Venezuela. La duración del mandato varía considerablemente (de 4 años en Honduras a 10 años en Venezuela), así como la posibilidad y condiciones para la reelección. La fórmula también se ha aplicado en algunas Constituciones de Europa oriental: Bulgaria (la mitad de los miembros del Tribunal Supremo), Eslovenia, Eslovaquia y Macedonia.

sino en países de tradición de «Derecho continental» o «Derecho civil», en que es la ley parlamentaria la fuente usual del Derecho. Este tipo de elección, centrado sobre todo en los componentes de los Tribunales Supremos, en las circunstancias históricas de Iberoamérica, no parece merecer un juicio especialmente favorable, al menos desde la perspectiva complementaria a la de la legitimidad democrática de origen, esto es, la legitimidad de ejercicio, y la independencia e imparcialidad en la aplicación de la ley.

Originado de nuevo dentro del sistema del *common law* (aunque adaptado en otros muchos supuestos) el mecanismo de selección de los jueces federales norteamericanos, trata de combinar las garantías de capacidad técnica e independencia del juez con una legitimación democrática de origen: la fórmula, como es sabido, consiste en el nombramiento por el poder ejecutivo (Presidente Federal, él mismo procedente de la decisión popular) con el consentimiento del legislativo (Senado), siendo el nombramiento vitalicio³⁰. Posiblemente sea éste el sistema que se ha revelado más operativo en el sentido de aunar una alta legitimación ante la opinión pública (al intervenir instancias con una legitimación democrática directa) con una innegable independencia en la aplicación y creación del Derecho. El origen de los miembros del poder judicial (y muy señaladamente, del Tribunal Supremo en cuanto instancia superior) y el procedimiento de designación, con intervención del legislativo y el ejecutivo, y una elevada transparencia ante la opinión pública, unido a la renovación continua (aunque lenta o irregular) del cuerpo judicial adaptándose a la evolución de las fuerzas políticas y su correlación, ha colocado a la jurisdicción federal, y sobre todo al Tribunal Supremo, en la posición de portavoces, altamente legitimados, de la «conciencia jurídica» del país, probablemente sin parangón en otros contextos. La idea de que el Derecho se manifiesta a través de los tribunales, en forma paralela y complementaria a las vías en que se manifiesta a través del legislativo encuentra su base en que, mediante los procedimientos señalados, el origen de los tribunales es también manifestación de la voluntad popular.

9. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL JUEZ

La conexión de la legitimación de los jueces con la voluntad popular (esto es, la imagen del juez como expresión de la «conciencia del Derecho» de la comunidad) puede también lograrse por vías negativas: es decir, no ya mediante la elección de los jueces, sino mediante la existencia de mecanismos de responsabilidad política de éstos ante instancias dotadas de le-

³⁰ El modelo norteamericano de colaboración de Ejecutivo y Legislativo en la designación de jueces se sigue, con algunas variantes, en Argentina, Brasil, México, Panamá, Paraguay y Puerto Rico. También se ha adoptado en algunas de las nuevas Constituciones de Europa Central y Oriental: Estonia, Letonia, Lituania, Rusia y Ucrania.

gitimidad democrática directa (el electorado o sus representantes). Estas vías se encuentran también desarrolladas en los países del *common law*. En efecto, en éstos no es una característica común la elección de los jueces por sufragio universal, pero sí la presencia de mecanismos de exigencia de responsabilidad *política* (distinta de la civil, penal, o disciplinaria) del juez³¹.

En el caso británico (que establece el modelo generalmente seguido, con notables matizaciones, por los países de la *Commonwealth*) los jueces son designados por el ejecutivo con carácter vitalicio o (desde recientemente) hasta su jubilación. Pero en el Reino Unido sí se sigue manteniendo una vinculación de los jueces a la voluntad parlamentaria, en forma de lo que puede considerarse una *responsabilidad política* de los jueces ante el Parlamento. El *Act of Settlement* de 1701, en efecto, estableció una figura, la *Address* (petición) parlamentaria, por la que los jueces podrían ser removidos³². La ley de 1701 establecía que los jueces conservarán su nombramiento *quamdiun se bene gesserint*, «pero se les podrá destituir a solicitud de ambas Cámaras del Parlamento» (*but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them*). Esta posibilidad es distinta de las posibles acciones basadas en transgresiones legales (mediante las vías del *scire facius* o del *impeachment*) y se refiere a los jueces de los altos tribunales. No se configura así como una vía de exigencia de responsabilidad jurídica, sino estrictamente de *responsabilidad política*, si bien su puesta en práctica ha sido limitada a pocas ocasiones.

Más debatible es si la otra vía para exigir, por órganos parlamentarios, la responsabilidad de los jueces, dando lugar a su destitución, es de carácter jurídico o político: me refiero al *impeachment* o «juicio político», presente tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos, y que puede dirigirse frente a cualquier empleado del Gobierno (en el sentido del *government* anglosajón, comprendiendo todos los poderes del Estado). La característica del juicio político es que se inicia por la Cámara Baja y se juzga por la Cámara Alta (Cámara de los Lores, Senado). En el caso norteamericano no existe una posición unánime en las opiniones doctrinales sobre los supuestos en que el *impeachment* procede. El artículo II, sección 4 de la Constitución se refiere a «traición, soborno, u otros delitos o faltas graves». El sentido del término *misdeemeanor* (falta grave) es debatido: en palabras del representante (y más tarde Presidente) Gerald Ford «una infracción sometida al juicio político es aquella que, en un momento dado, una mayoría de la Cámara de representantes define así»³³. De hecho, el *impeachment* se configura como un *juicio político* y así se traduce el térmi-

³¹ En relación con esta cuestión, contiene abundante información el trabajo de Mauro CAPPELLETTI, *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, 1988; especialmente, con referencia a la responsabilidad política, págs. 92 y ss.

³² Sobre este tema, ver C. H. McLWAIN, «The tenure of English Judges», en su colección de ensayos *Constitutionalism and the Changing World. Collected Papers by C.H. McLwain*, Cambridge, 1939 (reimp. 1969), págs. 297-307.

³³ ABRAHAM, *op. cit.*, págs. 42 a 48.

no en el caso, por ejemplo, de la práctica en la República Argentina, donde la institución —como otras muchas de la Constitución norteamericana— se ha trasplantado. Como señala CAPPELLETTI, en el *juicio político* los órganos que actúan son órganos no jurisdiccionales; lo que se juzga es una conducta definida en términos vagos; finalmente, la sanción es la típica sanción política, esto es, el apartamiento del cargo. De acuerdo con el artículo I, sección 3, apartado 7 de la Constitución de Estados Unidos «la sentencia en caso de *impeachment* no podrá suponer más que la pérdida del cargo, y la prohibición de desempeñar cualquier puesto honorífico, de confianza, o remunerado bajo el gobierno de los Estados Unidos, pero la persona declarada culpable podrá ser acusada, juzgada y condenada de acuerdo con la ley».

La amplia construcción legal y teórica de la responsabilidad política de los jueces (*Adress, impeachment* a lo que podría añadirse el *recall* de jueces en los Estados de la Unión norteamericana) no se corresponde con una igualmente amplia aplicación en la práctica. Y, sin embargo, no se trata de instituciones inútiles o meramente simbólicas, en cuanto a su objetivo de mantener un alto nivel de «adecuación» de la conducta de los jueces, en el ejercicio de sus funciones, a los criterios que la representación popular estime convenientes. En Estados Unidos, desde 1789, sólo ocho jueces han sido sometidos a procedimientos de *impeachment* (uno de ellos Samuel Chase, del Tribunal Supremo) y sólo cuatro fueron considerados culpables; pero un número más amplio procedió a dimitir, bajo la amenaza del *impeachment*. También han sido escasos los miembros de altos tribunales británicos sometidos a una *Adress* del Parlamento. No obstante, la mera posibilidad de la exigencia de responsabilidad parece tener consecuencias: en palabras de CAPPELLETTI, «la responsabilidad política en las naciones del *Common law* —aunque se trate de una teorización más que de una realidad— conserva un significado que no debe desestimarse. Esa idea intimidante bien puede influir en la diaria actuación de los jueces»³⁴.

10. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ EN LOS PAÍSES DEL CONTINENTE EUROPEO

Frente a los ejemplos señalados en el epígrafe anterior, en los países de Europa Occidental integrados en el sistema de *civil law* (predominio del principio de legalidad) es radicalmente inexistente cualquier atisbo no ya de elección popular, sino de responsabilidad política del juez; aún más, es prácticamente inexistente cualquier vínculo entre el poder judicial y la expresión parlamentaria de la voluntad popular, de manera que ésta pueda influir sobre aquellos aspectos «creativos» de la acción judicial que vayan más allá de la mera aplicación de la ley aprobada por el Parlamento.

³⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pág. 44.

Por lo que se refiere a la ausencia de responsabilidad política³⁵ (que en otros países se traduce en el sometimiento de los jueces a elecciones periódicas, el procedimiento del *recall*, en la eventual *Adress*, en el caso británico, o en el juicio político), se manifiesta, en la tradición europeo-continental, en la adscripción *permanente* (hasta la jubilación) a un cuerpo de funcionarios del Estado. Si se estudia desde la perspectiva comparada, la situación del juez europeo-occidental (sobre todo si se consideran los más altos tribunales) lejos de ser la regla, constituye un caso anómalo, distinto de las pautas vigentes en América del Norte y el Sur, en los países de la *Commonwealth*, y en las nuevas democracias de Europa Central y Oriental; sobre todo en lo que se refiere a la impermeabilidad absoluta de la judicatura en relación con otras instancias o poderes del Estado, y, especialmente, el poder legislativo. Este, ciertamente, dispone del poder de emitir normas vinculantes para el poder judicial; pero ahí acaba su posibilidad de influencia. Con respecto a las tareas «creativas» del juez —interpretación, creación judicial del Derecho, aplicación de la Constitución— el Parlamento, y, por extensión, el electorado, carecen de intervención alguna, ni por la vía del nombramiento de los jueces, ni por la vía de una eventual exigencia de responsabilidad política.

Esto no quiere decir que los jueces sean irresponsables: no lo son desde luego en España, en que la Constitución establece expresamente que los jueces son «independientes, inamovibles, *responsables* y sometidos únicamente al imperio de la ley». Lo que ocurre es que esa responsabilidad, en sus aspectos civil, penal y disciplinario, se refiere al cumplimiento de la legalidad: es una responsabilidad jurídica, que se remite a unos criterios o cánones objetivos, verificables y establecidos en la ley³⁶. Pero esa responsabilidad (a diferencia de los ejemplos puestos de manifiesto más arriba) no se extiende al aspecto político de la función judicial, esto es, a la creación del Derecho, y a la conformidad de esa creación, en cuanto establecimiento de reglas generales, con la voluntad popular. Responsabilidad que, como es evidente, nada tiene que ver con el control interno que supone el sistema de recursos, ni cuya eventual exigencia afecta al principio de *res iudicata*, esencial para la seguridad jurídica.

Tampoco, en la tradición judicial europea, se ha establecido un vínculo con la voluntad popular por la vía de la legitimación democrática de origen de los jueces, esto es, por la elección popular o parlamentaria: la tradición europea del juez-funcionario asimilaba su *status* y designación (hasta muy recientemente) a la de los funcionarios dependientes del poder

³⁵ Una excepción, señalada por CAPPELLETTI, *op. cit.*, pág. 47, pudiera ser la *Richteranklage* prevista en la Ley Fundamental de Bonn, art. 98.

³⁶ Sobre estos temas, Luis María Díez-PICAZO, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, págs. 106-110, apartado «La responsabilidad de los jueces». También J. GABALDÓN LÓPEZ, «Control democrático del poder judicial», y F. MARÍN CASTÁN, «Control democrático y legitimación del Poder Judicial», ambas en *Poder Judicial*, número especial XI (1989), págs. 77-85 y 99-111, respectivamente.

ejecutivo, y, como consecuencia, el papel fundamental en su designación correspondía (y aún corresponde en varios casos) al Ministerio de Justicia. Han estado ausentes de los modelos europeos de configuración del poder judicial no sólo la elección de jueces (o al menos la participación en la designación, según el modelo norteamericano referido a los jueces federales) por instancias populares o parlamentarias, sino su usual correlato, la *limitación del mandato*, y la necesidad de someterse a una eventual reelección.

No deja de llamar la atención el hecho de que estas notas (intervención parlamentaria en la designación de jueces y limitación de su mandato, a veces sin posibilidad de reelección) sí se tuvieron en cuenta, apartándose radicalmente del modelo judicial tradicional, en la regulación de un nuevo tipo de tribunales, cuya relevancia política era evidente, como son los tribunales constitucionales implantados en la primera, y, sobre todo, la segunda posguerra. La configuración de estos tribunales vino a seguir unas pautas mucho más parecidas a las propias de los tribunales de origen político (como los tribunales de los Estados federados norteamericanos, o las cortes supremas de Latinoamérica) que a las correspondientes a los tribunales supremos europeos. La elección total o predominantemente parlamentaria es actualmente la tónica general, así como la limitación del mandato de los miembros de esos Tribunales, también, como regla general, ineludibles. Así y todo, los tribunales «ordinarios» han permanecido dentro de la tradición europea que exige la ausencia de contacto directo de los jueces (tanto por vía de designación como de exigencia de responsabilidad) con las fuentes de la voluntad popular, esto es, el electorado y el Parlamento.

Hemos utilizado el término «contacto directo». Pues, en efecto, a partir de los años cuarenta, y más acusadamente en las últimas décadas del siglo, se han ido instrumentando vías que permiten una relación de tipo indirecto de los jueces con la representación de la voluntad popular, haciendo disponible una cierta legitimación democrática *de origen* del poder judicial. Estos instrumentos son los Consejos de la Magistratura, al menos en alguna de sus versiones.

11. EL PAPEL LEGITIMADOR DE LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA

Es evidente que los Consejos de la Magistratura, como órganos de gobierno del poder judicial no nacieron precisamente para asegurar la vinculación de los jueces a la legitimación democrática por vía de una conexión con las instancias parlamentarias o electorales. La tradición de la judicatura continental europea excluía cualquier legitimación del poder judicial que no derivara de la justificación *de ejercicio*, de la aplicación de la ley parlamentaria. El juez elegido había sido prácticamente inexistente en la historia del constitucionalismo europeo, y la selección del cuerpo de jueces aparecía como «naturalmente» vinculado al Ministerio de Justicia, a

quien correspondía también el gobierno de los jueces, en sus aspectos presupuestario y disciplinario. Los Consejos de la Magistratura (en las Constituciones francesa de 1946, italiana de 1948, y posteriormente en las Constituciones portuguesa y española) aparecen como una fórmula para evitar lo que se consideraba indebida influencia del poder ejecutivo en el judicial: el objetivo que perseguía su creación era salvaguardar la *independencia* de los Tribunales, resguardando al poder judicial del influjo de otros poderes del Estado.

El acento en el valor de la independencia ha conducido en ocasiones a propugnar que los Consejos de la Magistratura se configuren como órganos de *autogobierno* del poder judicial, a semejanza de aquellos sistemas en que la dirección organizativa de ese poder corresponde a los más altos órganos jurisdiccionales (Tribunales Supremos) como suele ocurrir aún en los países iberoamericanos³⁷. El concepto de autogobierno supone dos corolarios: que los miembros del Consejo, en su totalidad o en su mayoría, sean jueces, y que esos miembros (o su mayoría) sean elegidos por los mismos jueces.

Pero si este tipo de propuestas puede quedar justificado desde el punto de vista que pone el acento en la defensa de la independencia, esa justificación resulta mucho más dudosa dada la perspectiva del principio democrático. Por una parte, porque el gobierno de los jueces (que no implica, ni puede implicar, la sustitución del papel del juez individual en la adopción de decisiones jurisdiccionales) supone la adopción de decisiones que pueden y deben evaluarse políticamente, en cuanto que son decisiones basadas en criterios de oportunidad, relativas a gestión de recursos, política de selección y formación, política de ascensos y promociones, y política disciplinaria. Como tales decisiones políticas no pueden quedar desligadas de alguna intervención (con todos los matices que sean del caso) del sujeto de la soberanía, y su representación parlamentaria, al afectar, más allá del ámbito judicial, a toda la comunidad, en cuanto usuaria del «servicio público» de la justicia. Por ello, y aun manteniendo como objetivo de los Consejos de la Magistratura la preservación de la independencia del poder judicial, la intervención parlamentaria en la formación de esos Consejos resulta obligada, si no quiere crearse un órgano de decisión, de innegable relevancia en el funcionamiento del Estado, separado del principio general de legitimación democrática de los poderes del Estado³⁸.

³⁷ Una interesante exposición de las formas de autogobierno en el «modelo americano» del poder judicial, y sus diferencias con los modelos europeos de gobierno de ese poder puede encontrarse en Ricardo HARO, «El poder judicial en la reforma constitucional argentina: el Consejo de la Magistratura», en VV. AA., *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1996, págs. 187-196. En muchos países de Iberoamérica se han creado Consejos de la Magistratura, pero su posición y funciones difieren considerablemente de las europeas, como explica HARO. Sobre esta cuestión versa, también en el mismo volumen, mi trabajo «Algunas consideraciones sobre los Consejos de la Magistratura», págs. 169-185.

³⁸ Me remito en esto a las consideraciones efectuadas en mi trabajo *Democracia y división de poderes*.

Pero, además, la conveniencia del origen parlamentario de los Consejos de la Magistratura se hace particularmente visible si se tiene en cuenta la necesidad de legitimación democrática del juez en cuanto órgano creador del Derecho; necesidad que va más allá de la legitimación *por el ejercicio* (es decir, por la sujeción a la ley). La creación judicial del Derecho de acuerdo, en último término, con los criterios y la voluntad de la comunidad, sólo quedará garantizada si existe algún lazo entre esa voluntad y la formación de los órganos judiciales, de manera que en éstos, en su tarea de interpretación y creación del Derecho, se manifieste el «espíritu jurídico» presente en la comunidad; no, desde luego, como una imposición de la mayoría del momento en la resolución de casos concretos, sino como traslación de los criterios generales presentes en la sociedad sobre qué debe ser y cómo debe aplicarse el Derecho.

No puede negarse que la misma renovación generacional de los integrantes del Poder Judicial asegura una adaptación de éstos a las nuevas tendencias en la conciencia jurídica de un país. Pero la cuestión estriba sobre todo, según se indicó, en el ajuste a esa conciencia de los órganos creadores de la jurisprudencia, esto es, los Tribunales Supremos. El ajuste permanente de éstos a la evolución de la cultura jurídica, y de las opiniones sobre el Derecho es la mejor garantía de que la creación judicial del Derecho no supondrá enfrentamientos con la voluntad popular manifestada a través de los cauces democráticos usuales. La designación de los miembros de los Tribunales Supremos reviste pues una notable importancia para la legitimación democrática del poder judicial, contemplada, como se ha dicho, desde una perspectiva amplia, es decir, como una coincidencia entre «conciencia colectiva» y «conciencia judicial» del Derecho.

Pues, en efecto, a los Tribunales Supremos les corresponde —mediante su jurisprudencia— orientar la dirección del Derecho judicial en su labor creadora, bien a través de la interpretación de las leyes, bien mediante su suplencia en caso de inexistencia de Derecho escrito. La función del Tribunal Supremo (como, en otro ámbito, la del Tribunal Constitucional) es en este sentido una función política, que va más allá de la mera aplicación de las leyes³⁹. Y, descontada, en virtud de la tradición europeo-occidental, la conexión entre Tribunal Supremo y Asamblea por la vía de la elección (o participación en la designación, como en el caso norteamericano), la fórmula de los Consejos de la Magistratura aparece como singularmente adecuada para establecer esa conexión legitimadora, en cuanto esos Consejos tengan, ellos mismos, un origen parlamentario, derivado así, si quiera sea indirectamente, de la voluntad popular⁴⁰.

³⁹ Sin llegar a esta expresa conclusión, tal parece ser el resultado a que llegarían las tesis expuestas por Pascual SALA SÁNCHEZ, en *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, Madrid, 1995.

⁴⁰ Una exposición completa y sistemática de la composición y funciones de los Consejos de la Magistratura en España puede hallarse en el volumen publicado por el Consejo de Europa *The role of the Judicial Service Commission*, Strasbourg, 1995.

La introducción de los Consejos de la Magistratura, en cuanto dispongan de una (total o mayoritaria) legitimación parlamentaria y ostenten la competencia para la designación de los componentes del Tribunal Supremo puede suponer una adaptación al entorno europeo de los métodos de legitimación democrática, electoral o parlamentaria, de la judicatura típicos de los países de Norte y Suramérica y más recientemente de Europa Central y Oriental. Se trata, sin duda, de una alternativa «débil», frente a la elección por sufragio popular, o el nombramiento por el Parlamento, o, conjuntamente por el Parlamento y el Ejecutivo. Pero supone sin duda un avance, en cuanto a la legitimación del Poder Judicial, al convertir a sus componentes en expresión —si se quiere indirecta, pero expresión al fin, a través de varios filtros y controles— de la opinión popular en cuanto a las líneas, forzosamente en forma general, que debe seguir la creación del Derecho. Mediante la intervención de los Consejos de la Magistratura la integración de los tribunales superiores no es ya el resultado ni de un proceso interno, por cooptación o por antigüedad dentro de la carrera judicial, ni de la acción combinada de la antigüedad y la elección por el ejecutivo. La selección de los jueces (sobre todo en los niveles superiores) por un órgano dotado de legitimación parlamentaria, y representativo de las corrientes o tendencias ideológicas y políticas presentes en la sociedad implica —con todas las precauciones necesarias— una vía de comunicación continua entre sociedad y judicatura, más ágil que la mera renovación generacional del personal judicial.

Esta concepción de la función legitimadora del Consejo de la Magistratura, así y todo, no deja de plantear considerables cuestiones. Desde luego, la primera de ellas consiste en cómo conjugar dos tareas de los Consejos tan aparentemente contrapuestas como, por una parte, garantizar la independencia de los jueces frente a todo influjo de otros poderes del Estado, y, al mismo tiempo, y por otra parte, garantizar que la creación judicial del Derecho va a reflejar las tendencias presentes en la conciencia social sobre el Derecho y su papel. La acomodación de ambas exigencias —ser garantía de independencia y a la vez fuente de orientación de la judicatura— sólo será posible mediante procedimientos de selección de los integrantes de los Consejos que eviten el influjo partidista, y aseguren su representatividad de las corrientes de opinión jurídicas del momento.

Un segundo problema aparece estrechamente conectado al ahora expuesto. Si la creación del Derecho se configura, como se ha dicho, como una tarea política, este carácter lo revestirá aún en mayor medida la función de seleccionar a los jueces que van a llevar a cabo esa tarea creadora. La función selectiva (como las demás encomendadas usualmente a los Consejos, tales como la inspectora, o la disciplinaria) puede llevarse a cabo —como la misma creación e interpretación del Derecho— en forma que pueda resultar más o menos acertada, esto es, más o menos conforme con la «voluntad del Derecho» de la comunidad; un Consejo puede refle-

jar, en sus opciones, los sentimientos y opiniones jurídicas socialmente dominantes en su momento, o puede errar en el cumplimiento de esa función. Y, como toda actividad política libre, ello convierte a su autor, al Consejo, en sujeto de una evaluación por parte de los representantes de la voluntad popular. Llevando el argumento al extremo, los miembros de los Consejos de la Magistratura, a quienes la voluntad popular encomienda un conjunto de tareas deberían ser responsables ante esa voluntad (o sus representantes) por la adecuación de su comportamiento a las tareas que se les ha encomendado. Ciertamente, las características del órgano, y las funciones que se le encomiendan, relativas a la salvaguardia de la independencia judicial, impiden que esa responsabilidad se plasme en fórmulas como las aplicables a otras instituciones —como puede ser la moción de censura parlamentaria y la remoción del cargo—. Pero sí cabe al menos postular, como reflejo de la responsabilidad de los Consejos, que se produzca una transparencia continua de su actuación, en forma de un permanente «dar cuenta» de su actividad a los ciudadanos y sus representantes. En último término, serán estos representantes quienes deberán responder, ante el electorado, de la adecuación de su elección de los miembros del Consejo⁴¹.

12. ALGUNAS CONCLUSIONES

El papel de los Consejos de la Magistratura puede resultar (aun habida cuenta de todos los problemas que se han examinado) de notoria importancia, no sólo como garante de la independencia del poder judicial (como órgano de gobierno) sino como vía para la traducción de la voluntad del Derecho de la comunidad a la voluntad de Derecho de los jueces, aun sin recurrir a fórmulas como la elección popular de éstos. Para ello, parece que deberían darse algunas condiciones:

a) Primeramente, que los mismos Consejos de la Magistratura ostenten una legitimación democrática, de manera que efectivamente representen una expresión de la «voluntad jurídica» de la comunidad. El Consejo de la Magistratura, como se vio, es un órgano político, en cuanto no es mero ejecutor de la ley, sino un órgano que adopta decisiones con criterios de oportunidad. Esto, por un lado, prima el origen parlamentario de sus miembros, como forma de lograr que éstos representen la voluntad popular expresada por los cauces típicos del régimen democrático, lo que no es óbice a la exigencia de determinadas cualidades técnicas y profesionales de sus miembros: así, la exigencia del art. 122.3 CE de que doce de

⁴¹ Me remito de nuevo a mi trabajo *Democracia y división de poderes*, cit. También, ver Miguel CARMONA RUANO, «La legitimidad democrática de la justicia», en VV. AA., *El sistema judicial en España*, Madrid, 1986, págs. 65-69.

los componentes del CGPJ sean jueces o magistrados, que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como encaminado a «asegurar que la composición del Consejo *refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad* y muy en especial en el seno del poder judicial» (STC 108/1986). Y al tiempo la legitimación democrática exige, no sólo un contacto permanente de este tipo de Consejos con las corrientes del pensamiento y crítica del Derecho en cada momento, sino también una rendición continua de cuentas a las instancias parlamentarias y de la opinión pública.

b) La designación de los integrantes de los Tribunales Supremos por el Consejo de la Magistratura, si éste tiene una legitimación parlamentaria, supone la vía de conexión de esos tribunales con la «conciencia jurídica» de cada momento. Ello implica la necesidad de un cierto margen de libertad en la selección de este tipo de jueces por el Consejo de la Magistratura. Pero no basta sólo, para que cumplan su función, con que los magistrados integrantes de los Tribunales Supremos reúnan los requisitos de capacidad técnica exigibles de los jueces en general, sino que, dada la misión de *creadores* del Derecho, deben además tener una calificación que debe claramente definirse como *política*: esto es, la de reflejar adecuadamente la cultura y la opinión jurídica de la sociedad, las posiciones prevalentes en ésta sobre los «grandes temas» del Derecho. Un juez del Tribunal Supremo tiene una función cualitativamente distinta de la del resto de los jueces, al potenciarse su dimensión creadora del Derecho, y por ello, forzosamente vinculado a la sensibilidad social de momento.

c) Todo ello conduce a concluir que para que los altos órganos judiciales, integrados en forma que reflejen el sentimiento jurídico de la colectividad, puedan en la práctica orientar la acción de los tribunales, y legitimar así *democráticamente* la labor creadora de éstos, deben disponer de una amplia capacidad revisora, de manera que puedan pronunciarse sobre todo tipo de casos, sin que existan áreas del Derecho que queden exentas del examen del Tribunal Supremo. La restricción del acceso a vías como la casación (por la cuantía, o por el tipo de procedimiento) trae como consecuencia la imposibilidad real de que los Tribunales Supremos puedan establecer pautas jurisprudenciales en materias que, en muchos casos, son las que más directamente afectan a grandes sectores de la población; frente a ello, la consolidación del Tribunal Supremo como *tercera instancia*, (en cuanto jurisdicción de apelación frente a la Sentencia de apelación) le obliga a centrar sus actuaciones muchas veces en materias en que su función de creación del Derecho es inexistente, en perjuicio de aquellos casos en que esa función resulta necesaria. La potenciación de la legitimación democrática del juez pasa pues no sólo por la potenciación del papel de los Consejos de la Magistratura, sino también por una reformulación del papel del Tribunal Supremo, de manera que en la actuación de éste se una la capacidad de incidir en todas las áreas del Derecho a la posibilidad de

seleccionar los supuestos en que su labor de creación del Derecho sea más conveniente. De esta manera, el Tribunal Supremo podrá llevar a cabo su labor de traducir a pautas normativas una voluntad popular que, si no está expresada en las leyes, sí se ve reflejada, en forma indirecta, en la composición de esos tribunales.