



REVISTA DE

Estudios Políticos

MARIÁN AHUMADA

Presentación: Jueces en el espacio
de la política

MARÍA JULIA SOLLÁ SASTRE

Servidores del partido mismo. Sintonías
y desencuentros entre lo político y lo judicial
en el constitucionalismo español

FRANCISCO CAAMAÑO

El casco de Hades y la independencia judicial

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Política, independencia y autogobierno
judicial: cuatro miradas

**DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO
Y ENRIQUE ARNALDOS ORTS**

La independencia judicial en la jurisprudencia
del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ROBERTO ROMBOLI

Responsabilidad de los jueces, derecho
jurisprudencial y legitimación del Poder
Judicial en el Estado democrático

JULIO RÍOS FIGUEROA

El poder judicial ante el populismo
y la erosión democrática. El caso de México,
2018-2021

ROBERTO GARGARELLA

Independencia judicial, *medios
constitucionales y motivaciones personales.*
Una nota

JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA

Alguna literatura reciente sobre los tribunales
constitucionales

198
NUEVA ÉPOCA

octubre/diciembre

2022

ARTÍCULOS



RECENSIONES

Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)
ISSN-L 0048-7694
Número 198, octubre/diciembre 2022

La *REP* cumple con los criterios de calidad LATINDEX y está indizada en SCOPUS y Web of Science: *Social Sciences Citation Index (SSCI)* y *Journal Citation Reports (JCR)*. También está incluida en las principales bases de datos especializadas en Ciencia Política: *International Political Science Abstracts*, *Political Science Complete*, *Worldwide Political Science Abstracts* y *Sociological Abstracts*.

La Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) ha renovado a la *REP* el certificado de «Revista Excelente» hasta el 22 de julio de 2023.

The *REP* meets the LATINDEX criteria for scientific journals and is indexed in SCOPUS and the Web of Science (WOS): *Social Science Citation Index (SSCI)*, and the *Journal Citation Reports (JCR)*. It is also included in the main Political Science specialized databases: *International Political Science Abstracts*, *Political Science Complete*, *Worldwide Political Science Abstracts* and *Sociological Abstracts*.

The Spanish Foundation for Science and Technology (FECYT) has renewed the journal *REP* its certificate of “Excellence” until the 22th of July, 2023.

REVISTA DE

Estudios Políticos

198

NUEVA ÉPOCA

octubre/diciembre

2022

ISSN-L 0048-7694

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos de la REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS
están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3>

Repositorio Español de Ciencia y Tecnología
<http://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/index>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Dialnet
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1166>

SUSCRIPCIONES

Para suscribirse y adquirir números sueltos debe dirigirse a:

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid (España)

Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973

email: suscripciones@cepc.es

<http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista>

PRECIOS AÑO 2022 (SIN IVA)

- Suscripciones en papel: 53 €
- Número suelto en papel: 15 €
- Acceso electrónico gratuito

ISSN-L: 0048-7694

DOI: 10.18042/cepc/rep

Depósito legal: M. 2426-1958

NIPO: 091-20-026-9 (PAPEL)

NIPO: 091-20-028-X (HTML)

NIPO: 091-20-027-4 (PDF)

Composiciones RALI, S.A. – Costa, 12-14 - 7.ª planta – 48010 BILBAO



PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

SUMARIO

Núm. 198, octubre/diciembre 2022

ARTÍCULOS

MARIAN AHUMADA

Presentación: Jueces en el espacio de la política 13-21

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE

Servidores del partido mismo. Sintonías y desencuentros entre lo político y lo judicial en el constitucionalismo español 23-67

FRANCISCO CAAMAÑO

El casco de Hades y la independencia judicial 69-91

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Política, independencia y autogobierno judicial: cuatro miradas 93-120

DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO Y ENRIQUE ARNALDOS ORTS

La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 121-151

ROBERTO ROMBOLI

Responsabilidad de los jueces, derecho jurisprudencial y legitimación del Poder Judicial en el Estado democrático 153-185

JULIO RÍOS FIGUEROA

El poder judicial ante el populismo y la erosión democrática. El caso de México, 2018-2021. 187-217

ROBERTO GARGARELLA

Independencia judicial, *medios constitucionales y motivaciones personales.* Una nota. 219-238

JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA

Alguna literatura reciente sobre los tribunales constitucionales. . . 239-260

RECENSIONES

GONZALO CAPELLÁN (ed.): <i>Dibujar discursos, construir imaginarios. Prensa y caricatura política en España (1836-1874)</i> , por Luis Fernández Torres	263-269
JOSÉ FÉLIX TEZANOS: <i>Pedro Sánchez. Había partido: de las primaras a la Moncloa</i> , por Javier García Fernández	269-278
MANUEL ZAFRA VÍCTOR: <i>Manuel Azaña. República antes que democracia. Más razones que votos</i> , por Javier Tajadura	278-284
COLABORAN	285-289

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

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

Cómo citar/Citation

Ahumada, M. (2022).

Jueces en el espacio de la política (presentación).

Revista de Estudios Políticos, 198, 13-21.

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

SUMARIO

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

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

KELSEN. *Escritos sobre justicia constitucional* (1931)

I. JUECES Y POLÍTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bibliografía

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

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

SERVIDORES DEL PARTIDO MISMO. SINTONÍAS Y DESENCUENTROS ENTRE LO POLÍTICO Y LO JUDICIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Servants of the party itself. Attunements and mismatches between the political and the judicial in Spanish constitutionalism

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE

Universidad Autónoma de Madrid

mjulia.solla@uam.es

Cómo citar/Citation

Solla Sastre, M. J. (2022).

Servidores del partido mismo. Sintonías y desencuentros entre lo político y lo judicial en el constitucionalismo español.

Revista de Estudios Políticos, 198, 23-67.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.02>

Resumen

El artículo aborda desde una perspectiva histórica la relación que se ha mantenido entre la política y la justicia en España en el marco de la separación de poderes implantado por los constitucionalismos decimonónicos. Para poder afrontar esa vinculación política-justicia se ha optado por materializar *lo político* y *lo judicial* en dos de sus expresiones institucionales, entendiéndose por lo primero el Gobierno y por lo segundo la Administración de Justicia como aparato. De este breve recorrido, que abarca desde el primer constitucionalismo doceañista hasta la vigente norma constitucional, se deduce que la politicidad de la magistratura se incorporó en los albores constitucionales como un elemento básico para asentar el nuevo orden; se consagró como un aspecto sustancial de los jueces que sirvió para articular el aparato judicial, y solo en décadas muy recientes, con una verdadera democratización del constitucionalismo, se crearon instrumentos para considerarla una anomalía del sistema incompatible en esencia con una separación de poderes estructurante del orden constitucional.

Palabras clave

Historia constitucional; separación de poderes; poder ejecutivo; Administración de Justicia; politización de la justicia; selección del juez; inamovilidad judicial; independencia judicial; depuración judicial.

Abstract

This article addresses, from a historical perspective, the relationship that has been maintained between politics and justice in Spain within the framework of the separation of powers established by the nineteenth-century constitutionalisms. In order to tackle this political-justice link, we have chosen to materialise *the political* and *the judicial* in two of their institutional expressions, the former being understood as the Government and the latter as the Administration of Justice as an apparatus. From this brief overview, which spans from the first constitutionalism of 1812 to the current Constitution, it can be deduced that the political nature of the judiciary was incorporated at the dawn of the Constitution as a basic element to establish the new order; it was enshrined as a substantial aspect of the judges that served to articulate the judicial apparatus, and only in very recent decades, with a true democratisation of constitutionalism, were instruments created to consider it a systemic anomaly, incompatible in essence with a separation of powers that structured the constitutional order.

Keywords

Constitutional history; separation of powers; executive power; administration of justice; politicisation of justice; judge selection; judicial immovability; judicial independence; judicial vetting.

SUMARIO

I. UN PREFACIO DESDE EL PRESENTE HACIA EL PASADO. II. JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO HISPÁNICO: UNA RELACIÓN CORDIAL. III. JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL MODERANTISMO CONSTITUCIONAL: UNA RELACIÓN BIDIMENSIONAL. IV. JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL SEXENIO DEMOCRÁTICO: UNA RELACIÓN FUNDACIONAL. V. JUSTICIA Y POLÍTICA DESPUÉS DE 1870: UNA RELACIÓN CONTEXTUAL. VI. UN POSFACIO DESDE EL PASADO HACIA EL PRESENTE. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. UN PREFACIO DESDE EL PRESENTE HACIA EL PASADO

Cuando se habla de justicia y política, lo primero que se nos viene a la cabeza en un contexto democrático con una lógica incorporada de división de poderes es que aquellas constituyen dos esferas de naturaleza distinta, que están teórica y deseablemente separadas, y que se conciben, además, como incompatibles. Intuitivamente podría pensarse que el hecho de que se entremezclen la una con la otra nada tiene de nuevo; al contrario, que desde que existen quienes juzgan y quienes gobiernan, con independencia de la forma que adoptaran a lo largo de la historia, los fines políticos se han superpuesto indefectiblemente y sin trabas a una magistratura tributaria de unas altas autoridades con intereses propios. En ese sentido, el moderno constitucionalismo español decimonónico, que adscribiría distintas funciones a distintos órganos, sería el momento de su desvinculación definitiva, entorpecida, sin embargo, por vaivenes políticos y corruptelas de partido que habrían obstaculizado la implantación de aquella separación de poderes.

De este modo, en nuestro imaginario la relación política-derecho apela a dos cosas de naturaleza separada y distinta cuya vinculación, que viene de antiguo, consideramos reprobable. Esta clave de lectura de los poderes, sin embargo, es propia de nuestro presente, y responde a una comprensión que funciona en un esquema conceptual que también es, en términos históricos, de muy reciente elaboración (Clavero, 2007; Olarieta, 2011). Unos brevísimos apuntes bastarán para levantar nuestras sospechas y poner en cuestión la utilidad intemporal de nuestro esquema actual. De entrada, la política como tal ciencia, es de cuño moderno, difícil de trasladar a un momento anterior a los albores del siglo XIX, cuando empieza a emanciparse de la economía política y a difundirse entre la sociedad civil como arte de gobernar las naciones (Fernández Sebastián,

2002; La Parra *et al.*, 2012). Los avatares decimonónicos la fueron perfilando, pero no fueron realmente un momento de transformación, sino de fundación. En el antiguo régimen, las que ahora identificaríamos como actuaciones y decisiones políticas estaban revestidas de jurisdiccionalidad; no como estrategia discursiva ni metafórica, sino desde la profunda convicción de que toda decisión del poder que ahora llamaríamos político, para que fuera legítima, tenía que ser el resultado de un acto de jurisdicción y, por tanto, concebirse, regularse y expresarse como tal (Costa, 2002; Mannori, 1990). La política, pues, tuvo que imponer su reciente identidad y su autonomía como expresión para gobernar en un escenario que, hasta el XVIII al menos, había estado protagonizado por la *iurisdiction* como lógica de gobierno (Garriga, 2007a). Y si ponemos el foco en el juez, por ejemplo el corrupto no lo era en esencia por dejar que se entrometieran en sus decisiones otros aparentes poderes, sino porque algún elemento alteraba su persona privada, que en realidad carecía de toda relevancia política, y eso contaminaba su persona pública, la dotada de jurisdicción, haciéndole juzgar con acepción de personas, es decir, de un modo parcial y en beneficio propio (Garriga, 2017). Lo que ahora entendemos por *político* y *judicial* no encaja, pues, demasiado bien cuando lo trasladamos a una época preconstitucional. En última instancia, que se pueda plantear una historia *política* o una *jurídica* de ideas, principios o instituciones depende de la visión historiográfica que se proyecta sobre los propios objetos de estudio, que los construye en el mismo proceso de aproximación (Lorente, 2012)¹, no de una supuesta naturaleza intrínseca de esos objetos como tales.

Un caso claro de ello es el de un binomio como *contencioso/gubernativo*, que tan bien caracteriza las tensiones entre potestades decimonónicas: sus términos adquieren una naturaleza abiertamente contrapuesta cuando se instaura un discurso de constitucionalismo liberal que sostiene la separación de poderes. Desde esa lógica, la novedosa contraposición contencioso-gubernativo solo podía leerse en clave de intromisión: de la justicia en funciones y asuntos que habrían de ser exclusivamente de gobierno, y del Ejecutivo en las competencias, el ámbito, las autoridades y el funcionamiento mismo de la justicia. Así, naturalizado en un siglo XIX constitucional lo judicial y lo gubernativo según el esquema teórico de lo que correspondía a cada órgano de poder, cuando se echaba la vista atrás al antiguo régimen preconstitucional solo podían detectarse una terrible *confusión* entre lo contencioso y lo gubernativo. El Tribunal Supremo lo expresaría en estos términos:

¹ A los efectos de reflexionar sobre las construcciones, las conexiones y los itinerarios de la historia política y la del derecho, es excelente el dossier coordinado por Tío Vallejo *et al.* (2012).

En nuestra antigua organización política estaban confundidos o, por mejor decir, eran unos mismos los agentes de la Administración y los órganos de la justicia. Desde los Consejos Supremos hasta los Alcaldes ordinarios, todos ejercían funciones judiciales y funciones administrativas. Las reformas políticas introducidas en nuestros días han consagrado la división de los poderes públicos y han confiado a distintas manos la administración de justicia, y el gobierno de los pueblos, que no podrían conservarse en las mismas desde el momento en que se consagraron como principios la independencia del poder judicial y la inamovilidad de los magistrados y jueces por una parte, y por otra la dependencia y amovilidad de los agentes de la Administración².

En efecto, ese binomio contencioso/gubernativo ya era de difícil encaje en términos procesales, en la medida en que, hasta bien entrado el siglo XIX, cualquier asunto gubernativo podía devenir contencioso en cuanto surgieran intereses contrapuestos de las partes afectadas. Pero en especial se materializaba en el plano de las autoridades, en muchas de las cuales convivían confundidas, a los ojos de los liberales, competencias de naturaleza intrínsecamente diversa.

Lejos de constituir, sin embargo, una tenaz corrupción del sistema, una obstinada oposición entre teoría y práctica o una persistente inercia de la monarquía absoluta, la dificultad de establecer una división nítida en términos procesales y competenciales de lo contencioso y de lo gubernativo respondía no a que se presentaran entremezcladas a pesar de ser esencialmente distintas, sino a que eran distinguibles pero esencialmente interdependientes en tanto en cuanto formaban parte de la misma lógica de *gobierno judicial* (Garriga, 2021). Así pues, esa *larga confusión* durante el XIX estaba dando cuenta del profundo arraigo de una comprensión jurisdiccional de la gestión del poder, que llenaba de ese contenido los nuevos dogmas constitucionales, y del difícil y complejo devenir de esos principios constitucionales hasta dotarse de una dimensión propia desligada y alejada de una gestión no contenciosa de lo gubernativo. El XIX estaba presenciando, en definitiva, una fundación de categorías, y no su desagregación³.

Del mismo modo, si tenemos alguna curiosidad por delimitar y relativizar el entorno de ese actual binomio *lo político-lo judicial*, necesitamos aproximarnos a sus momentos originarios y, para ello, es imprescindible contextualizar, es decir, *historificar* los dos términos y la relación que mantienen

² Sala de Indias del Tribunal Supremo, 1856 (AHN, Ultramar, 4715, 22).

³ A todos estos efectos resultan imprescindibles, por iluminadores, las contribuciones de Mannori, Hespanha, Garriga, Clavero, Vallejo y Lorente en el dossier sobre justicia y Administración coordinado por Agüero (2021).

(Hespanha, 1994-1995), descartando, así, el modo que tenemos recientemente de entenderlo (que a su vez es fruto de nuestras circunstancias políticas, jurídicas, culturales, constitucionales) como única vara de medir el pasado que le precede. Desde esta perspectiva, todos los elementos de nuestra comprensión estarían bajo sospecha: ¿son dos extremos distintos, independientes e incompatibles?, ¿qué clase de relación mantienen?, ¿es siempre indeseable su vinculación? Ya sabemos que para encontrar alguna respuesta no nos sirve extrapolar a otros momentos y realidades nuestra concepción actual, que sería objeto en sí de análisis en la medida en que ella misma es fruto de su propio contexto. Pero para esbozar de dónde deriva o a qué se opone, sí podemos asirnos al menos a dos parámetros con los que manejanos como punto de partida.

En primer lugar, el cronológico: sabemos que es solo a propósito del constitucionalismo decimonónico y de sus principios formales de separación de poderes cuando tiene sentido plantearse la relación justicia-política y los términos en los que esta se desarrolla. En segundo lugar, el material: no resulta útil a nuestros efectos ni factible en esta sede, incluso si nos constriéramos al constitucionalismo español decimonónico, exponer cómo se va diseñando la política como ciencia de gobierno y cómo se va redefiniendo la justicia como potestad en cada momento. Para reconstruir tales itinerarios habría que desentrañar las vicisitudes tanto de una ciencia, la política, desde su moderno nacimiento, que va paulatinamente articulándose en una estructura institucional y una estrategia de gobierno, cuanto de una función, la justicia, comprendida en aquella antigua cultura jurisdiccional como género del ejercicio de autoridad y encauzada luego, como especie, al reducto limitado y estructurado correspondiente a tan solo una de las manifestaciones del poder.

Es, además, imposible encontrar una respuesta siquiera aproximativa sin acotar el contexto en el que vamos a abordar ese binomio de lo político-lo judicial y sin delimitar a su vez el contenido del binomio mismo que vamos a contextualizar. Pero una contextualización radical y desvinculada de cualquier interés presente nos llevaría a reconstruir cierta historia de los dos términos y a poder hablar solo de la relación de lo que se considerase en cada preciso momento histórico justicia y política, con las dificultades de ser aquellos ámbitos de imprecisa materialización y delimitación, y con la complicación añadida de que los dos lo eran en formación, sin que necesariamente en ese proceso constructivo hubieran de relacionarse ni de una manera dicotómica ni estrechamente vinculada. De conducirnos por esos derroteros, todo sería tan relativo y el hilo conductor quedaría tan entrecortado que no lograríamos decirle nada a quien nos leyera en la actualidad y se topara con una reconstrucción tal que no albergara ningún punto de conexión con sus inquietudes y su comprensión. De hecho, que se encuentre en este volumen un trabajo en

perspectiva histórica no responde a un interés abstracto y extravagante por avatares del pasado, sino al entendimiento de que una dimensión histórica puede arrojar luz o, por lo menos, perfilar o incluso disipar alguna sombra acerca del linaje de lo que hoy entendemos por problemas actuales que nos acechan⁴.

Abordemos, pues, la cuestión desde nuestra óptica de hoy. Si lo que nos interesa es conocer si había vinculación entre justicia y política, en qué términos se producía y a qué respondía, acudamos a un constitucionalismo español en clave histórica y limitémonos a historificar en concreto esa relación, pero materialicémosla de un modo que nos resulte reconocible y, por ende, agible. Para ello, propongo que nos centremos en los elementos de ese potencial vínculo que nos parecen más identificables para nosotros, centrándonos en la versión institucionalizada de la política y la justicia. Es decir, entendamos «justicia» como «aparato de justicia», con su organización y su personal (Martínez, 2002), y localicemos la institucionalización de la política en el «ejecutivo» (Garriga, 2002; Álvarez, 2018), para tratar de entender las relaciones entre una y otra estructuras institucionales. En definitiva, aproximémonos a la historia del vínculo entre política y justicia desde la óptica de la relación entre ejecutivo y aparato judicial, y hagámoslo en el contexto, el del constitucionalismo decimonónico, en el que ambas esferas, política y judicial, adquirieron su singularidad, aquella porque emergió con su individualidad, y esta porque se refundió como Administración en un nuevo esquema de separación de poderes instaurado por las constituciones de un conmocionado XIX español (Vile, 1967; Clavero, 2007). A ello vamos.

II. JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO HISPÁNICO: UNA RELACIÓN CORDIAL

Que nuestro recorrido esté ligado al de las constituciones *españolas* implica que lo está a distintos constitucionalismos, que tienen en común que son tales pero que divergen en el modo de constituirse y reconstituir, a su vez, el orden del que derivan y que de ellos deriva. El constitucionalismo doceañista, en ese sentido, con ser el primero genuino, es tan relevante como particular. Merece un tratamiento diferenciado no solo por el impacto constituyente

⁴ Que el sentido de acudir al pasado tenía que estar guiado por inquietudes presentes era una idea recurrente de Tomás y Valiente. Baste esta cita: «Cuanto más acerquemos el límite cronológico de nuestros estudios hacia el presente, mejor enlazaremos con el jurista empeñado en comprender el Derecho actual» (Tomás y Valiente, 1974: 821).

que tuvo en relación con nuestro objeto de estudio en las décadas posteriores, sino por su significado respecto al pasado más inminente que le precedía.

El constitucionalismo gaditano se concibió como *bihemisférico*, porque tenía un gran cuerpo político en mente que no correspondía a los límites de un Estado español europeo, sino a los confines de toda una Monarquía hispánica tricontinental; y era más dieciochesco que *ottocentesc*, es decir, se entendería con más densidad y plenitud en función de los principios ilustrados que quería implantar y a las carencias de finales de siglo a las que quería responder que como preludio de los constitucionalismos liberales venideros (Portillo, 2000, 2007). La modernidad del texto gaditano fue mucha, sin duda: emanar de un poder constituyente, generar un texto constitucional escrito, constituir una nación en la que residía la soberanía, establecer la Constitución como fuente de legitimidad de unos poderes que, si bien preexistían, ahora se entendían por ella constituidos⁵. Es decir, toda una serie de elementos característicos de un constitucionalismo moderno.

Pero frente a las abrumadoras novedades, la carta magna partía de unas asunciones que no ponía en entredicho, como el catolicismo estructurante del cuerpo político y social. Lo católico no solo adjetivaba, sino que explicaba la comprensión más profunda de cómo se veía a sí misma la propia Constitución. El poder constituyente del que traía causa podía constituir la nación, la monarquía y la representación política, pero no podía disponer de elementos preconstituidos por un poder divino que precedía al constituyente, con lo que la nación era católica; la monarquía, instituida por la gracia; la base del electorado, parroquial. Había, pues, una serie de ámbitos preexistentes y preconstituidos que quedaban fuera del influjo constituyente gaditano, por incuestionables. No en vano la de Cádiz era una Constitución *política* de la monarquía, apelativo no retórico ni baladí, sino que declaraba con toda honestidad la consciencia de que hay otros muchos espacios, los no políticos de aquella monarquía que, como el del clero o el militar, ya gozaban de su propio orden constitucional (Clavero, 2000: 200 y ss.).

Igual de indisponible para el poder constituyente era el orden de la sociedad. Así, la carta magna no constituía, sino que solo daba cuerpo constitucional a otro cuerpo, el social, cuya existencia no cuestionaba porque lo consideraba la textura social de ese orden trascendente. La norma suprema, fisiológicamente católica, venía a dotar en términos constitucionales de una

⁵ Para la caracterización de todo el modelo doceañista, se acude a Lorente y Portillo (2011), obra que culmina décadas de singulares estudios sobre el primer constitucionalismo hispánico por parte del equipo de investigación del que estos autores forman parte.

armonía a un todo que, sin ella como unidad, estaría disperso y sería discordante: la Monarquía aquende y allende los mares seguía siendo un conglomerado de cuerpos que operaban como lo venían haciendo: con un estatus determinado de sus miembros, autonomía financiera, autodefensa, jurisdicción y capacidad de dictar normas que les autorregularan y de restablecer el equilibrio en el caso de que se infringieran (Clavero, 2013). Mantener como estructura de base material estos cuerpos sociales implicaba, pues, mantener a su vez el derecho que los explicaba en sí mismos. Al igual que esta realidad eximía a la Constitución de declarar unos derechos individuales proclamados de unos individuos que estaban adscritos a aquellas corporaciones, sí le obligaba a considerar en vigor todo un bagaje normativo que sostenía ese entramado corporativo.

Sostener que este constitucionalismo se apoyaba en la existencia material de los cuerpos sociales implica afirmar que también la comprensión del poder tenía una textura corporativa. Esas corporaciones, en efecto, no solo eran agrupaciones de individuos con un estatus social compartido, sino una pequeña comunidad política cuya cabeza tenía capacidad de decisión sobre el cuerpo, vocación de representación de ese cuerpo, facultades jurisdiccionales sobre ese cuerpo, capacidad normativa del cuerpo. Le unía a los demás formar parte del todo común de aquella nación católica bihemisférica que trataba de reconstruir la Monarquía hispánica a través de una constitución formal, pero cada uno era distinto en sí mismo, con su propia identidad e individualidad. Conservar esa matriz, a su vez, obligaba a conservar una lógica jurisdiccional armonizadora de unos equilibrios sociales conflictivos por definición.

La Constitución superponía, pues, cuerpos y restauraba los heridos de muerte, como le pasó a una monarquía que se trató de curar revestida de nación, pero no despojó de su poder político originario a las corporaciones, sino que potenció y multiplicó la estructura corporativa recorporizando pueblos en sus ayuntamientos y provincias en sus diputaciones (Lorente y Portillo, 2011: 191-234), y encauzándolo todo dentro de un nuevo universo representado por la Constitución. De hecho, cualquiera nueva potestad que emergiera en un espacio que ya estaba corporativamente poblado tenía que consolidar su ámbito de poder absorbiendo el ya existente en las corporaciones. Hasta ese punto llegó la conciencia de que el andamiaje constitucional era una superposición a una realidad material en la que se sustentaban. Cádiz, pues, asumió, alimentó y constitucionalizó una pluralidad de entes preexistentes que constituían, en realidad, la base material de la nueva monarquía constitucional hispana, todo el espacio de gobierno. Y esto es lo mismo que decir que Cádiz, en consecuencia, ni pudo ni aspiró a monopolizar y a concentrar en unas solas manos la capacidad de legislar, de gobernar y de juzgar como expresiones del poder público. En un esquema como este es, pues, muy difícil

de encajar una separación de poderes. Hay, en efecto, un orden de potestades, las que permitieron dar cuerpo institucional a una nación soberana; pero no había un orden ajeno a esa realidad material sobre la que se sustentaba: no cabía una separación de poderes de la teoría liberal (Lorente y Portillo, 2011: 237 y ss.).

Aquella separación estaba articulada en un plano teórico en torno al concepto de «ley»: una ley que elaboraba un pueblo representado, una ley que se ejecutaba para gobernar a ese pueblo, una ley que se aplicaba para garantizar su observancia. Pero si ardua era la labor de esquematizar una separación de poderes, más lo era localizar la raíz de la que teóricamente emanaba: un concepto formal de ley general e igual para todos los destinatarios concebidos en condiciones de sujetos de derecho formalmente iguales entre sí en tanto que desprovistos de poder político. Tenemos en mente la definición revolucionaria de ley en Francia, pero costaba articular una limpia individualización de los poderes emanando de una comprensión de las leyes hispanas cuya definición está ausente pero de las que se ensalza la necesidad de su «sabiduría» y su «justicia»⁶.

No es que fuera, ni mucho menos, un mundo sin ley, sino con una sobreabundancia de leyes, de aquellas heredadas que daban estructura normativa a la pluralidad de cuerpos existentes. Lo que no había era un nuevo orden jerárquico de legalidad, sino que persistía un magma de normatividad que había traspasado, de la mano de la Constitución doceañista, los umbrales del siglo XIX (Garriga, 2011). Si la Constitución no había derogado, porque no podía hacerlo, el bagaje normativo antiguo, tampoco podía renovar a una magistratura, también antigua, que era la única capacitada para bregar con esa legislación. De poco hubieran valido nuevos estudios de derecho, nuevos sistemas de fuentes, nuevos criterios jurídicos, sin desprenderse de una legislación tradicional que solo podía funcionar con los suyos propios.

No obstante, si bien este era el punto de partida, el escenario normativo sí se estaba transformando y daba cuenta de la voluntad de establecer un nuevo orden (Clavero, 1984: 35 y ss.). Lo hacía con lógicas también tradicionales, en la medida de las posibilidades, pero la modernización empezaba a ser notable. La Constitución desarrolló instrumentos para imponer su contenido material y su superioridad formal jerárquica, por medio, por ejemplo, del mecanismo de las infracciones (Lorente, 1988), así como a través de un impacto derogatorio de las normas que entraban directamente en conflicto con ella (Garriga, 2007b). Esta superioridad sustitutiva no respondía a un esquema piramidal en el que la norma suprema, en una teórica cúspide, se

⁶ Art. 4 de la Constitución de 1812. Todos los preceptos constitucionales los extraigo de Rico (1989).

imponía sobre las normas jerárquicamente inferiores que se opusieran a ella; antes bien, en este panorama, la Constitución se había lanzado a un lago ya colmado de normas y las ondas concéntricas que iba generando depuraban las normas que fuera alcanzando a su paso. Había, pues, una indudable primacía de la Constitución, que se iba encarando, a través de un sistema de confrontación casuística, con las disposiciones preexistentes. No había, sin embargo, instituciones específicas de control de la Constitución, sino procedimientos específicos, como el de las infracciones. Pero este «control de constitucionalidad» lo realizaban las personas, los afectados o por una infracción o por una norma que consideraran inconstitucional.

La Constitución era norma, pero era, fundamentalmente, un proyecto político que trataba de salvaguardarse y asentarse imponiendo su superioridad normativa frente a las potenciales infracciones o incompatibilidades con su contenido (Clavero, 2000: 200 y ss.). Esa Constitución política de la Monarquía albergaba unos principios políticos que a su vez se encarnaban en las nuevas instituciones y el nuevo Gobierno que de ella emanaban. Así que a una magistratura tradicional que no podía ser sustituida por otra de nuevo corte incapaz de manejarse con un legado normativo siempre vigente hasta que la Constitución no lo expulsara de ese océano de vigencia, sí se le pidió que se actualizara en la medida en que podía hacerse, esto es, añadiendo a las ya tradicionales cualidades del buen juez una nueva: la adhesión política (Martínez, 1999)⁷: «Que todos los que en lo sucesivo hayan de ser empleados en la judicatura [...] deberán gozar de buen concepto con el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía, y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y libertad política de la Nación»⁸.

En efecto, a un buen juez que tradicionalmente tenía que poseer un dechado de virtudes (Vallejo, 1998), se le exigía ahora además ser adepto al sistema constitucional. Al igual que se depuraban normas casuísticamente, pues, de un maremágnum heredado, este nuevo elemento introducía la depuración de hombres, caso por caso, de una magistratura también heredada. Porque en efecto, con el constitucionalismo y los cambios de regímenes políticos, hacían su aparición las depuraciones del personal; pero no fueron estas prácticas que traicionaran los principios constitucionales de independencia e inamovilidad, sino que se incorporarían como plenamente constituyentes (Martínez, 2007: 177).

⁷ La tesis y su demostración son de Martínez (1999).

⁸ Decreto CLXVIII, de 3 de junio de 1812, sobre las calidades que deben tener los empleados en la judicatura (Lorente *et al.*, 2011: 48).

Una cualidad como esa, la política, en pleno corazón de la magistratura, abría la puerta a un continuo —y pretendido— control de las actuaciones y de las personas mismas de los jueces. En aras de la idoneidad del juez constitucional, la adhesión política instauraba una lógica de depuraciones políticas del personal judicial, dirigida a apartar de la carrera a los jueces no idóneos, en tanto que no adeptos. No solo desencadenaba las depuraciones que, en función de cada oscilante cambio de tendencia de Gobierno, iba a caracterizar los siglos XIX y XX, sino que también instituiría la figura del interino y del cesante, del apartado de su destino, pero no de la carrera, que arrastraría y condicionaría toda la política de arreglo del personal judicial durante más de un siglo. Depuraciones, juntas de calificación para revisar expedientes judiciales, cesantías... fueron instrumentos que tuvieron un uso que ahora calificaríamos de político, y que se utilizaron a lo largo de unas décadas y Gobiernos venideros que los aprovecharon en función de sus intereses.

Pero atendamos a las dimensiones de esta nueva calidad del juez: en este orden constitucional, no es que fuera indeseable la expresión política del juez; no se trataba, siquiera, de que fuera incluso deseable; es que era intrínseca a él. Desde el constitucionalismo doceañista, el buen juez era un juez que abrazaba el proyecto político de la Constitución, y que daba muestras inequívocas de ello. Las reformas emprendidas necesitaban jueces y magistrados en los que se pudiera confiar (Martínez, 1999). Leído a contrario, eso quiere decir que nada había de anómalo y mucho menos de dicotómico en la combinación de ambos elementos, la justicia y la política, en ser un juez justo y ser a la vez un juez partidista. Antes bien, lo uno, sencillamente, no se concebía sin lo otro.

Cerremos el círculo. La incorporación de un requisito en el orden judicial como el de la adhesión política abría la puerta a un control del personal, de hombres, de jueces, en definitiva —aunque no solo— en la medida en que no podía haber un control de leyes. La renovación constitucional del orden tradicional no se dio a través del instrumento *ley*, con lo que tampoco se invirtió en articular herramientas que pusieran en el centro la ley formal y general y su salvaguarda. Si el orden normativo heredado no pasaba a serlo de legalidad y el derecho no quedaba reducido a la ley, los jueces que lo manejaran tampoco podían ser estrictamente *la boca que pronunciara las palabras de la ley*, sino quienes conocieran la entera gramática que articulara toda la sintaxis de las leyes. En ausencia del papel central de la *ley*, las decisiones judiciales no gozaban de una autonomía que permitiera enjuiciar su acierto en función de si observaban o no la ley formal y general, sino que su justicia derivaba de la reunión de justas cualidades de quien la dictara. Las potenciales bondades de las sentencias no eran sino un reflejo de la bondad intrínseca de aquel de quien emanaban.

No todo era igual, por supuesto, que antes de 1812: los jueces ahora lo eran en tanto que insertos en un nuevo marco constitucional, pero para implantar ese nuevo régimen constitucional no tenían que *aplicar* un nuevo derecho, sino *crear* en un orden constitucional, con lo que más importante que las muestras de conocimiento legal eran las de fidelidad institucional a un nuevo Gobierno y un nuevo régimen monárquico, nuevos en tanto que legitimados por la Constitución. Si los propios instrumentos de implantación del nuevo orden eran los jueces, no se trataba de salvaguardar un nuevo orden legal controlando sus decisiones, sino de implantar un novedoso orden constitucional controlando a sus artífices. A la luz de todo ello podemos afirmar que en este contexto la adhesión política no era una perversión del sistema, sino un elemento intrínseco, estructural del orden, como podía serlo la religión. La etapa gaditana culminaba, así, incorporando a las calidades del buen juez la de ser adepto al Gobierno constitucional; en definitiva, la de estar activamente politizado.

III. JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL MODERANTISMO CONSTITUCIONAL: UNA RELACIÓN BIDIMENSIONAL

El XIX constitucional comenzó, pues, con una unión indisoluble entre política y magistratura. El constitucionalismo gaditano habría operado como una suerte de bisagra que habría conectado la hipóstasis constitucional de un pensamiento ilustrado y aún imperial y el constitucionalismo propiamente decimonónico y de reconstitución estatal de una España ya sin imperio y en el difícil trance de aprender a ser colonial (Fradera, 2005). En la Década Ominosa se hizo uso sin pudor alguno de los instrumentos de depuración haciendo uso de la adhesión constitucional precisamente como elemento de discriminación de los empleados públicos (Luis, 2002; Fontana, 2013).

El siglo del constitucionalismo español, que no dejó de estar ligado a una guerra civil crónica (Ballbé, 1992), no se encontró, por tanto, con una justicia y una política *entremezcladas y confundidas* que provinieran de los oscuros vericuetos de un antiguo régimen que lo precedía, sino que era heredero de la experiencia inicial de haber unido ambos extremos y consagrar esa unión constitucionalmente. Desde esa perspectiva, si bien también aquí estamos haciendo uso de ese término, no podríamos hablar propiamente de una *politización* de la justicia, como si la política lo viniera siendo ya de un modo autónomo, externo y nocivo y contaminara, en tiempos constitucionales, la impecable pureza teórica de la independencia del poder judicial, ya que poco tenía de ajeno ese elemento político: no es que la justicia estuviera *politizada*

por sufrir una agresión desde fuera, es que era desde dentro desde donde no se podía concebir una magistratura apolítica⁹.

Las constituciones sucesivas a la de Cádiz no solo incorporarían esa simbiosis sin concebirla como anomalía, sino que también la plasmarían en los propios textos constitucionales, muy en especial los que podríamos considerar *moderantistas* y que imperaron durante las décadas isabelinas. En efecto, habría una comprensión armónica y sistémica de la relación judicatura-política en el constitucionalismo isabelino, que dotaría de entidad a todo el periodo hasta su derrumbe en el Sexenio Democrático (Lorente, 2007b). Varios elementos, ensamblados entre sí, estarían en la base de esta comprensión homogénea de lo jurídico y lo político a lo largo del periodo. El elemento principal era su tendencia tradicional y conservadora en el más estricto sentido del término: las Constituciones de 1837, con su aire aún renovador, y de 1845, con su larguísima y azarosa vigencia, y ni que decir tiene la Carta otorgada de 1834, pretendían conservar instituciones supuestamente fundantes y basilares de una unidad política e irrenunciables para dotar de entidad a dicha unidad (Clavero, 1989). Entre ellas estaba la Corona como fuente de emanación de poderes, así como la religión y la nación, con sus manifestaciones institucionales.

Con este *historicismo* no quiero decir que fuera irrelevante el hecho de que existiera un texto constitucional que legitimara los poderes, por mucho que se entendiera que aquellos precedieran al texto y que la intensidad constitucional de estas cartas quedara diluida en el constitucionalismo débil en el que se inscribían (Tomás y Valiente, 1980). La presencia de una constitución formal no era en absoluto baladí, como lo probaba el hecho de que desde las colonias anhelaran aquellos textos constitucionales y la ansiada separación de poderes sobre cuyo andamiaje se entendían construidas (Solla, 2013). Pero sí pretendo señalar que, en un marco de comprensión como este, la política se asumía como un haz de lógicas y medidas que servía para asentar y acomodar las decisiones del Gobierno al mantenimiento de las claves estructurales de un orden entendido como conveniente e incuestionado. En ese sentido, tampoco la legislación que emanaba de los poderes públicos era concebida como un instrumento de cambio, sino de consolidación y reajuste de las políticas que podríamos considerar públicas a los elementos estructurales reflejados en los textos constitucionales.

Uno de esos aspectos basilares era, como anunciaba, la comprensión monárquica de la configuración del poder, de la que emanaban sus expresiones.

⁹ Con independencia de la comprensión historiográfica que encierra el término, trabajos como el de Díaz Sampedro (2005) ilustran muy gráficamente esa imbricación entre ambas esferas.

En este marco teórico moderantista, el ejercicio del poder estaba separado en dos grandes ámbitos. El primero de ellos era el de hacer leyes, a través de un poder legislativo en el que cohabitaban Corona y Parlamento. El segundo era el de ejecutar las leyes, que albergaba a su vez dos manifestaciones: la actuación gubernamental, que ejecutaba los designios contenidos en ellas a través de sus decisiones políticas y su traducción normativa, y la de los tribunales, que en teoría no tenían otra misión que la de ejecutar, en su comprensión más estricta, las leyes. En definitiva, el poder se dividía en función de las dos grandes vertientes de su ejercicio: o se materializaba a través de las leyes, o lo hacía en ejecución de ellas y de sus mandatos y designios. Leído en otros términos, no se podría hablar en puridad de un *poder judicial* independiente que no estuviera inscrito en el marco ejecutivo del derecho. Así lo sentenciaba Oliván en el Congreso en 1844, precisamente a propósito de su título correspondiente en el texto constitucional: «El orden judicial ejerce la potestad que le confiere la ley, la ley formada por el Poder. No la ejerce más que aplicando ciertas leyes; no es más que una ramificación de lo que se llama Poder ejecutivo, que es menos que el Poder Real»¹⁰.

En este diseño se daba un elemento añadido más, esencial para la simbiosis que nos ocupa, que es el de la responsabilidad ministerial (Fernández Sarasola, 2001). A partir de los años treinta, vinculado a la disolución de los consejos y a la consiguiente revalorización de los secretarios del despacho, se revitalizó en las constituciones el concepto gaditano de la responsabilidad ministerial como contrapartida de la inviolabilidad del monarca. La fuerte convicción que se desarrolló en torno a esa idea de responsabilidad fue que los ministros debían responder por sus actuaciones dentro de los departamentos que encabezaban. Puesto que en ellos acababa la instancia última de la cadena de responsabilidades exigibles, tenían que poder actuar en consecuencia con total libertad en los niveles inferiores de sus respectivos aparatos. Traslademos esto al judicial: «Es conveniente, es hasta necesario que el Gobierno influya directamente en el nombramiento de los jueces, y lo es tanto más cuanto que son inamovibles y no está en su arbitrio separarlos. Si el Monarca no ha de poder separar a los jueces ni tampoco nombrarlos, ¿cómo se concibe que ese mismo Monarca, depositario del Poder Ejecutivo, sea el encargado de promover la administración de justicia?»¹¹.

¹⁰ *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, n.º 46, sesión de 3 de diciembre de 1844, p. 793. El planteamiento sobre los poderes de la doctrina liberal clásica puede consultarse en Donoso Cortés (1984); Alcalá Galiano (1984), y Pacheco (1984).

¹¹ Archivo de la Comisión General de Codificación (ACGC), organización de tribunales, legajo 6, carpeta 2, documento 1.

La justicia ordinaria, es decir, la que conocía asuntos que correspondían a destinatarios sometidos al fuero ordinario (y, en consecuencia, a ninguno especial), dependía del Ministerio de Gracia y Justicia. Se entendía que la responsabilidad última de aquel ministro amparaba las decisiones administrativas de gestión de su ramo y sus dependientes como institución; eso incluía la selección, la promoción, el traslado, la separación del cargo, la exigencia de responsabilidad de jueces y magistrados, etcétera; es decir, las decisiones que atañían al orden judicial como aparato. El problema, como se puede imaginar, es que las decisiones que se adoptaban sobre esos extremos no estaban desligadas de la propia función judicial en sí misma. Mucho más aún si se tiene en cuenta que tampoco fueron las décadas centrales del XIX español un periodo caracterizado por un orden de legalidad donde primara la centralidad de una ley formal y general en función de la cual se articulara todo el orden jurídico y el correspondiente de los poderes (Lorente, 2001), lo que podría haber dotado de autonomía funcional a la magistratura e independizar finalmente las calidades de su función de sus propias calidades personales.

Así las cosas, si la adecuación o no a un orden no se podía controlar a través de instrumentos de supervisión de la pura legalidad de las decisiones de poder, el control sobre la idoneidad de los actos judiciales seguiría dependiendo de la persona de la que emanaran (Lorente, 2007a). En ese sentido, las facultades para determinar el personal judicial y decidir sobre las condiciones del ejercicio de la magistratura constituían, en última instancia, facultades para diseñar y definir la función misma de administrar justicia. Una significativa, por representativa del planteamiento imperante y recurrente de la época, circular de 1841 del Ministerio de Gracia y Justicia para la recta administración de justicia bastaría para confirmarlo: «Este Gobierno exige que la moralidad, la rectitud y la imparcialidad, que siempre han formado la esencia de la buena administración de justicia, sean más austeras y más escrupulosamente observadas. Con estas calidades, que suponen y envuelven la conducta más esmerada y decorosa, la vida más pura y arreglada de los magistrados y jueces, sus decisiones serán indudablemente justas»¹².

Y estas facultades de control sobre los empleados para garantizar la rectitud de sus decisiones a su vez se reproducían en cada uno de los aparatos administrativos que albergaran personal judicial. La función judicial, pues, no quedaba en manos de una única organización, sino que se desenvolvía en distintas administraciones que funcionaban de un modo agregativo (Martínez, 2009). Los ministerios tenían sus fueros y su personal judicial respectivo;

¹² Circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 27 de mayo de 1841, «recomendando la conducta que deben seguir las autoridades que de él dependen», en *Colección Legislativa de España*, t. 27, p. 346.

muchos podían representar a una jurisdicción privilegiada, como podía ser la militar, pero otros sí se ocupaban de jurisdicción ordinaria, como los jueces para las colonias, que dependían a todos los efectos desde mediados de siglo del Ministerio de Ultramar. Entendiendo, pues, que lo judicial era más un atributo de los aparatos administrativos, que estos eran articulaciones autónomas de la comprensión ejecutiva del poder, y que las magistraturas y los gobiernos ministeriales, por lo tanto, eran plurales, estaban diseminados por los espacios que deberían ser uno unitario del Gobierno y la Administración y otro, igualmente unitario, de la Justicia, la imbricación institucional era tal que resultaba complejo hablar de dos esferas, la del gobierno y la de la justicia, bien delimitadas y contrapuestas, porque ambas compartían el mismo escenario, el de la dimensión ejecutiva del poder.

Nada de esto obsta para que simultáneamente hubiera, por supuesto, a lo largo de estas décadas un discurso político y doctrinal de separación de poderes, que además se reflejaría en los textos constitucionales. «A los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado», rezaban las Constituciones de 1837 y 1845¹³. Pero este discurso se superponía a los anteriores presupuestos incuestionados; o dicho de otro modo, no podía leerse como un elemento alternativo y opuesto al anterior, sino como la vestimenta que recubría un cuerpo cuya naturaleza y características estaban fuera de todo cuestionamiento. Como resultado, no parece que la intención fuera frenar la intromisión de otros órganos en la esfera judicial, sino antes bien que se intentaran limitar los confines del judicial y delimitar bien las fronteras que no debía traspasar. Y si encajamos estas piezas sobre la *separación* en el marco moderantista de la comprensión ineludible de los poderes, era del ejecutivo del que se estaba hablando: si en el rey residía la potestad de hacer las leyes, también lo hacía la de hacerlas ejecutar. Esa expresión del poder anclada en el monarca, la de ejecutar las leyes, era la que debía ser bien delimitada: jueces y tribunales debían constreñir su actividad a los juicios civiles y criminales, frente a unas facultades de gobierno, por cauces no jurisdiccionales, exponencialmente crecientes.

Sobre este mismo tablero y con esas mismas claves habría que realizar el encaje, dentro del propio orden judicial, de los principios liberales de justicia que las constituciones proclamaban. Una magistratura inamovible, independiente y responsable por infringir la ley, sin desdeñar la importancia de que fuera así proclamada por los textos constitucionales, solo podía ser comprendida

¹³ Arts. 63 y 66 de las Constituciones de 1837 y 1845, respectivamente. La literalidad de ambos preceptos coincide.

desde las categorías hasta aquí asentadas. En efecto, situándose en el centro del discurso liberal la ley y su observancia, todas las piezas encajaban: el juez debía ser independiente en el desempeño de sus funciones, es decir, desarrollar su papel de estricta aplicación de la ley sin intromisiones del poder político y sin atender a otros criterios que no estuvieran contenidos en la ley misma; como presupuesto de esa independencia, necesitaba ser inamovible, esto es, que su cargo no fuera dependiente de decisiones políticas y que cualquier regulación de su cargo estuviese regulada por ley y no fuera gubernamentalmente disponible sin garantías; finalmente, la responsabilidad que pudiera exigírseles debía de constreñirse a su infracción o inobservancia de la ley a la hora de juzgar, y no a otros aspectos extravagantes y, en definitiva, políticos, respecto a su función. «La administración de justicia —sostendría con solemnidad el Tribunal Supremo en 1837— no puede verificarse imparcial, recta y cumplidamente si los jueces no son libres, independientes, sujetos y responsables únicamente a la ley, que debe ser la sola pauta y regla de sus operaciones»¹⁴.

La ausencia de un concepto de ley formal y general desbarataba, sin embargo, que en torno a él se estructuraran con meridiana claridad los principios liberales del orden judicial. Si el derecho del XIX español no se caracterizaba por estar articulado en torno a la centralidad de la ley y por erigirse como un orden de legalidad, porque entre otras cosas la nueva normativa, que no se formulaba prioritariamente con formato de ley, se añadía a un bagaje normativo no derogado, la «aplicación» del derecho no requería un juez con exclusivos conocimientos técnicos, sino un juez que reuniera cualidades personales idóneas para manejarse en ese *maremágnum*; cualidades que excedían con creces el mero conocimiento de la existencia de una ley y de su contenido. Así se había comenzado la construcción estatal española en un escenario peninsular y así permanecería durante la mayor parte del siglo:

La falta de Códigos —reconocía el Ministerio de Gracia y Justicia— nos tiene reducidos a una legislación dispersa, antigua, y la razón recta y la probidad constante apenas son suficientes para acomodarla a las costumbres, a las circunstancias, y a lo que exigen los adelantamientos y las luces del siglo. Sin embargo, el Gobierno desea acercarse todo lo posible a la perfección a que se podrá aspirar más adelante; y con este objeto S. M. se ha servido resolver que se provean en propiedad las judicaturas de primera instancia, recayendo estas provisiones en personas que reúnan los requisitos necesarios¹⁵.

¹⁴ ACGC, organización de tribunales, legajo 1, carpeta 8, documento único.

¹⁵ Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 24 de marzo de 1836, «sobre el modo de dirigir sus instancias los jueces interinos de primera instancia para obtener la propiedad», en *Colección Legislativa de España*, t. 21, pp. 156-157.

En consecuencia, ante la mera imposibilidad, los principios de independencia, inamovilidad y responsabilidad, de proclamarse, difícilmente podían explicarse solo y exclusivamente en función de la garantía y la observancia de la ley. Empecemos por la responsabilidad. La responsabilidad suponía la otra cara del oficio del juez: en función del perfil de juez que se pretendiera, se le haría responder por la infracción del papel que se le pidiera que desempeñara. Si la función del juez no podía estar constreñida a una aplicación estricta de la ley, y por lo tanto su sentencia no era un acto lógico que dejara constancia de la conclusión de un silogismo, sino una decisión sin motivar expresamente y después deficientemente motivada, resultado de su valoración interna como buen juez, la sentencia no podía concebirse como un acto en sí mismo independiente de la persona del juez que la emitía, y por tanto no era un instrumento idóneo para valorar en sí si se había infringido en ella una ley material (Garriga y Lorente, 2007a: 261-312). Dichas infracciones de ley de las que hablaban las constituciones tenían, pues, que concebirse de un modo más amplio, abarcando la actuación del juez en su conjunto y en todas sus dimensiones y las cualidades del juez como tal, que eran las que se contagiaban a la decisión que de él emanaba; en definitiva, la responsabilidad del juez y sus vías para exigirla excedían, necesariamente, las meras infracciones de ley. Solo mencionaré una de ellas: la responsabilidad disciplinaria como instrumento privilegiado para moldear un aparato judicial y un personal a la medida de las necesidades del ministerio en el poder (Solla, 2011).

Por su parte, la inamovilidad era una manifiesta garantía de la independencia del juez, cuya separación del cargo en cualquiera de sus modalidades no podía estar a expensas de las veleidades gubernamentales en función de sus voluntades políticas, condicionando así la actuación del juez no en función del derecho sino de su satisfacción a otro orden de intereses. La garantía, pues, que se fijaba en los textos constitucionales era la de no poder los jueces y magistrados ser separados de su cargo sino por una sentencia judicial firme. Esa previsión suponía, sin duda, una garantía para el oficio del juez, pero de nuevo habría que tener en cuenta algunos factores ya señalados para redimensionar esa medida. En primer lugar, la dependencia administrativa del personal judicial con respecto a su ministerio correspondiente, cuya cabeza era la única y última responsable de su actuación. Esa responsabilidad constitucionalmente prevista amparaba los traslados y las separaciones de los jueces de sus cargos respectivos, con lo que la política de movilidad judicial se entendía como un instrumento necesario para la gestión del personal. Si la separación de la carrera solo podía decretarse a través de sentencia firme, todo abocaba a que, en aras de esa gestión ministerial, se acudiera a otras medidas menos gravosas, en particular la traslación, pero también, en momentos muy determinados políticamente, las jubilaciones estratégicas, que permitieran reorganizar al personal sin tener

que acudir a una vía judicial para separar a los empleados (Martínez, López, 1992; Díaz Sampedro, 2005). A ello habría que sumarle el hecho de que los cargos de justicia todavía se entendían en propiedad, con lo que la sentencia judicial constituiría una medida lógica de desposesión de aquel bien; así pues, cabría la lectura de que no se tratara en realidad de una garantía constitucional de la independencia en términos de separación de poderes, sino de la propiedad en términos de derechos adquiridos.

En este contexto se seguían dando, además, las depuraciones del personal en términos políticos, pero con traducción administrativa. La sentencia separatoria garantizaba los empleos judiciales de los propietarios de su plaza, pero aquella propiedad se obtenía siempre tras una declaración general de interinidad seguida por una revisión del perfil de los jueces, siempre vinculada a los vaivenes políticos, de la cualificación —también en términos de adhesión política— para permanecer en el cargo. Esas depuraciones, normalmente realizadas por juntas llamadas de calificación, de clasificación, de revisión..., cuya esencia era la misma por más que fuera variando su nombre a lo largo de los años centrales del siglo, estudiaban expedientes judiciales y reajustaban a los nuevos parámetros las trayectorias de los jueces que calificaban. Sobre quienes no eran confirmados en sus cargos podían adoptarse distintas medidas, como su suspensión o su cesantía y, en definitiva, su interinidad. Nada en la carrera judicial permanecía ajeno a una adicción a regímenes políticos cambiantes, lo que se traducía en una natural y permanente amovilidad del juez como empleado. Una sátira de mediados de siglo definiría así el término *adicto*:

Palabra de necesario uso en todas las exposiciones dirigidas a Fernando VII desde el año veinticuatro hasta el treinta, y a Isabel II durante los siete de la guerra civil; el político que no usaba era desatendido en sus solicitudes. [...] Como los adictos en su mayor parte lo han sido de *oficio*, no ha extrañado a nadie el que muchas personas lo hayan ejercido de la misma manera el año veinticuatro y el treinta y seis; durante la regencia de *Espartero* y la dominación de *Narvaez*. El oficio de adicto es *muy socorrido* para el que lo sabe explotar con talento, y en todas épocas se dedican a él muchos políticos de distintas clases y condiciones. Aunque es oficio *bajo*, da, sin embargo, de comer, y el caso es pasar esta miserable vida lo mejor que se pueda¹⁶.

Finalmente, la independencia de la magistratura, como objetivo último de estas medidas en las que confluían las previsiones de la inamovilidad y de la

¹⁶ Rico y Amat (1855: 28-29).

responsabilidad, también necesita ser reconsiderada en su contexto. Queremos entender desde nuestra óptica que dicha independencia lo era respecto al resto de poderes, pero ya sabemos que en estos momentos los poderes existentes eran las dimensiones en las que se manifestaba el regío, esto es, el legislativo y el ejecutivo. El judicial sería la otra expresión del ejecutivo, junto a la actuación del Gobierno puramente dicho, y es en ese marco en el que habría que encuadrar la afirmación sobre la independencia de los jueces. Este cuadro general era mucho más denso en realidad. El ámbito de lo ejecutivo abarcaba dos procedimientos distintos de ejecutar las leyes o, por mejor decir, las reglas jurídicas materializadas en aquel entramado normativo que regulaba el orden dado. Así, justicia y Gobierno ejecutaban, aquella a través de un acto jurisdiccional del poder y este por cauces gubernativos.

La diferencia de procedimientos era esencial, porque entrañaban lógicas distintas (Lorente, 2009). Lo gubernativo implicaba una acción política de gobierno desembarazada de las gravosas trabas procesales de una jurisdicción que atendía a intereses contrapuestos y que se desarrollaba a través de un largo y proceloso procedimiento contradictorio. Ello había ido abocando desde la segunda mitad del XVIII a un éxito creciente y anunciado de aquel modo gubernativo de adoptar decisiones, relegando una comprensión jurisdiccional del ejercicio del poder (Luque, 2021). Este triunfo a partir de los años treinta del XIX era mayor aún si consideramos que no solo se trataba de dos procedimientos paralelos sino de, fundamentalmente, dos comprensiones opuestas de la adopción legítima de decisiones del poder. Si lo jurisdiccional era la lógica preeminente para ejercer legítimamente el poder, lo gubernativo era lo que tenía que justificarse como mecanismo de adopción legítima de decisiones de gobierno y abrirse un espacio teórico que pudiera consolidar posteriormente de un modo funcional (Mannori, 2007). El aparato institucional llamado a poner en práctica los fines del Gobierno era la Administración, si bien en un primer momento se trató de acotar ese nuevo campo, que se fue poblando no de una única Administración, sino de multitud de aparatos administrativos que, si se fueron unificando, fue por un proceso de agregación y absorción de unos por otros. Tan acuciante e imperativa fue esta dinámica de administrativización que si algo caracterizó a las transformaciones a que fue sometida la Administración de Justicia decimonónica fue su conversión, en todos los niveles, en un aparato administrativo *más* de todos los que fueron emergiendo en este periodo (Solla Sastre, 2007a).

En este proceso, lo que había de asentarse y consolidarse era el gobierno administrativo; y el espacio que estaba en liza para ello se lo estaba disputando a la propia jurisdicción, que necesariamente tenía que ver reducidos cada vez más sus confines en aras del poder creciente de esa política gubernamental y su ejecución a manos de la Administración. La gubernamentalización del

ejercicio del poder era tan triunfante que todas las estrategias para poder asentarse y absorber un espacio cada vez más amplio provenían del propio Gobierno; piénsese, tan solo como ejemplo, que en ese contexto de orden normativo no articulado en torno a un orden de legalidad y por tanto tampoco a la ley como instrumento que emanara de un parlamento que era mucho antes cámara de discusión política que de legislación, el grueso de la normativa, entre otra la que afectaba directamente a la regulación del aparato judicial y del estatus de sus miembros, emanaba siempre del Gobierno o, para ser más precisos, del Ministerio de Gracia y Justicia, del que dependían en términos administrativos todos los jueces del fuero común (Ortego, 2018), y que en calidad de aparato administrativo autónomo podía dotarse de su propia regulación. Así, desde 1835 el orden judicial estuvo regulado por un Real decreto, el famoso Reglamento provisional para la Administración de Justicia, que era eso, un reglamento al amparo del cual se dictaron decenas de reales decretos y órdenes que regulaban aspectos absolutamente esenciales, en tanto que constitucionales, del orden judicial (Paredes, 1991; Lorente *et al.*, 2011). Pues bien, si tenemos en mente ese proceso en curso, circunscribir la función judicial a ejecutar las leyes en los juicios civiles y criminales no era una garantía de intangibilidad tuitiva de lo judicial, sino una cautela para que precisamente la justicia no se inmiscuyera en el nuevo espacio político del Gobierno y su Administración que ahora había logrado no solo abrirse paso y asentarse, sino constitucionalizarse. Se trataba, en definitiva, de que la acción administrativa se fuera desembarazando de la judicial y, en especial, de sus artífices, y consolidando su autonomía constitucional como aparato ejecutor que materializara las decisiones políticas del Gobierno.

No quiero decir con esto que «en el fondo nada cambiara», puesto que sería falso: no era en absoluto insignificante que todas estas prescripciones quedaran registradas en las constituciones. En efecto, la existencia de una constitución escrita, formal, por más moderantista y tradicional que pudiera ser, hacía que todos los poderes que ella consagrara, aun considerando que se tratara de realidades que la precedían, hicieran derivar ahora su legitimidad de la norma que los recogía, los amparaba y los definía. Tampoco era irrelevante que las constituciones ofrecieran la posibilidad de pensar en términos de *separación de poderes*, por mucho que lo que se hiciera fuera consagrar una comprensión extensa del poder monárquico y aislar perimetralmente la justicia del resto de potestades. Lo que sí sostengo es que, lejos de presumir, con base en nuestra actual perspectiva teórica, labrada en un contexto democrático y constitucional de presente, qué es lo que estaba queriendo significar esa separación, deberíamos tratar de entenderla en su contexto. En ese sentido, a mi juicio, no es que hubiera una disociación entre teoría y práctica, o entre idealidad de los principios constitucionales y la realidad del orden judicial, sino que se trataba de una declaración

de principios cuyos perfiles y densidad se veían delimitados por una comprensión previa del poder y una posterior práctica administrativa. No habría, pues, tanto contradicción entre teoría y práctica cuanto sustanciación, desde la realidad institucional, del verdadero contenido de esos enunciados teóricos.

En definitiva, si entendiéramos las dimensiones de esta separación en estos términos, en efecto el constitucionalismo decimonónico supondría un punto de partida, pero no como un momento en el que se desagregaran justicia y política desde un punto de vista constitucional, solo que traicionados por la práctica y las imposibilidades políticas del sistema, sino porque su propio arranque fue el de una simbiosis y una correspondencia casi imposible de desasir, lo que nos llevaría a posponer el momento del intento constitucional de deslinde a otro contexto político en el que habría cambiado el tablero del juego: el Sexenio Democrático.

IV. JUSTICIA Y POLÍTICA EN EL SEXENIO DEMOCRÁTICO: UNA RELACIÓN FUNDACIONAL

El Sexenio abrió un periodo novedoso que creó las condiciones de posibilidad de una nueva relación entre política y justicia; o, por mejor decir, de considerarlas como dos esferas separadas y regular en términos constitucionales sus interferencias e interconexiones. Un elemento distintivo esencial, en contraposición con la época precedente, fue la ausencia de la monarca desde 1868, lo que entre otras cosas permitió, como había permitido también a partir de 1810 con la ausencia de Fernando VII, pensar un nuevo orden constitucional en términos constituyentes. Otro aspecto no desdeñable era el catolicismo intrínseco de la nación española, del que ya habíamos apuntado que, cuanta mayor fuera su presencia, menor era la de la capacidad legislativa del Estado. En este sentido, el paso de declaraciones sin fisuras tales como «La religión de la Nación española es la católica, apostólica y romana»¹⁷ a «La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica», con sus sucesivos subapartados sobre la «posibilidad de profesar otra religión que la católica»¹⁸, ya revelaban un distanciamiento con la concepción precedente a la hora de legislar sobre determinados elementos indisponibles en tanto que imbricados en una infraestructura religiosa de la nación que había que salvaguardar.

¹⁷ Art. 11 Constitución de 1845, en el título I «De los españoles».

¹⁸ Art. 21 de la Constitución de 1869, en el título Primero dedicado a «Los españoles y sus derechos».

Como resultado de todo ello, la concepción del constituyente se alejaba de una comprensión tradicional del poder como asunción de un orden dado cuyos elementos estructurales no se podían cuestionar, sino afianzar, y la acercaba en cambio a una idea de que el orden era disponible por parte de la voluntad política, en función de la cual se podía diseñar un nuevo panorama institucional e incluso se podían generar nuevos actores políticos. En efecto, amparadas por la Constitución de 1869 como asociaciones, aparecieron verdaderas organizaciones políticas, los partidos, con funciones políticas y capacidad de actuar en el sistema político. En este sentido calificaba Clavero este constitucionalismo que se iniciaba en el 68 como liberal político, en tanto que «el liberalismo político habría introducido una dinámica de verdadera transformación del propio constitucionalismo» (Clavero, 1984).

La política, pues, hecha norma, era un instrumento que albergaba el potencial de entrañar transformaciones, y también la Constitución, siendo una norma hecha por la política, podía cambiar el presente e instaurar bases futuras a partir de ella, y redefinir el cuerpo político que constituía, sin necesidad de ser un reflejo constitucionalizado de una unión entre poderes fundamentales sin los cuales aquel cuerpo político para el que se daba se desmoronaría (Pérez Ledesma, 2010). Si el elemento monárquico, concebido como preexistente, había estado en la base de la concepción de los poderes y de su estructura y manifestación durante el moderantismo, ahora ni monarquía ni una supuesta nación histórica eran ya sujetos previamente constituidos, con lo que existía la posibilidad de legitimar esa comprensión del poder público, así como de repensar sus manifestaciones no desde el soberano que representaba y aunaba a la nación sino desde la soberanía nacional misma.

De hecho, la norma suprema dedicaba un título especial a los poderes públicos, que «emanan de la soberanía, que reside esencialmente en la Nación»¹⁹, en un esfuerzo de enunciar e individualizar las respectivas funciones que, en aras de la garantía del elenco de derechos que inauguraba (Serván, 2005), se fortalecían en esta cultura constitucional. Así, a las Cortes —y solo a las Cortes— les correspondía «hacer las leyes»; al poder ejecutivo, ejercido por el rey a través de sus ministros, les correspondía «hacer ejecutar las leyes»; y a los tribunales les correspondía «aplicar las leyes». En este sentido, la institucionalización de la política a través del poder ejecutivo parecía estar claramente delimitada. Por lo que tocaba a la justicia, la Constitución en su título VII, «Del Poder Judicial», contenía previsiones para tratar de diseñar una magistratura independiente, en principio, del poder político: preveía, de entrada, una oposición como vía de ingreso que manifestamente pretendía

¹⁹ Art. 32 de la Constitución de 1869, que abre el título II, «De los poderes públicos».

instaurar un sistema transparente y lo más indisponible posible para el Ejecutivo; el juez era, asimismo, inamovible, y para todos los avatares de su carrera se exigía constitucionalmente un dictamen del Consejo de Estado, que añadía seguridad a las decisiones y cierta distancia de las meramente ministeriales. Era, a su vez, responsable personalmente de las infracciones de ley que cometiera (Serván, 2007).

En este terreno de la responsabilidad, además, la Constitución revolucionaria anulaba una clara facultad de incursión gubernamental en el ámbito de los derechos que consistía en la autorización para procesar instaurada a mediados de siglo para construir aparatos administrativos con esferas jurisdiccionales de acción independientes frente al resto de aparatos, y que suponía bloquear la exigencia de responsabilidad a un empleado exigida por un particular si no mediaba autorización del superior jerárquico (Garriga, Lorente, 2007b: 313-369). Este instrumento de control de responsabilidad y de construcción de jerarquías interiores y de administraciones de cara al exterior impedía la exigencia de responsabilidad de los empleados administrativos subordinados de cada aparato en aras del control disciplinario interno por parte de los superiores. El personal judicial era, a esos efectos, un aparato administrativo más, dependiente de un ministro que formaba parte de la institución del Gobierno. El artículo 30 de la Constitución del 69, ubicado en el título de los derechos de los españoles, abolía sin contemplaciones ese mecanismo, y su artículo 98, en relación con la magistratura, y a propósito de la responsabilidad del juez, preveía que cualquier español pudiera entablar acción pública contra los jueces por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo, dando así a entender que su responsabilidad no podía estar blindada por la intervención de autoridades administrativas superiores. Finalmente se establecían numerosas cautelas y garantías ya en sede constitucional en el caso de que se pretendiera separarlo de su cargo²⁰.

La Constitución diseñaba al propio juez como garante del amplio catálogo de derechos que de manera innovadora en la trayectoria constitucional ella misma contenía, y entendía, a su vez, y también de manera novedosa, que las leyes no eran relecturas normativamente articuladas de la estructura esencial del orden, sino que contenían esos derechos y los articulaban, para posibilitarlos. Para ello era necesaria una judicatura concedora del derecho y lo más independiente posible del Ejecutivo, con la garantía de un estatuto jurídico encuadrado en la Constitución y las leyes. Era ese el marco en el que se inscribía la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), la verdadera gran novedad que marcaba los confines normativos del ejecutivo

²⁰ Arts. 94-96 de la Constitución de 1869.

y el judicial (Lorente *et al.*, 2011: 273-281). Por primera vez en toda la trayectoria constitucional del XIX español, el orden de la justicia estaba regulado por una ley, y orgánica. Con todas las limitaciones que caracterizaban a estos procesos legislativos decimonónicos, y las particulares además del procedimiento de elaboración de la propia LOPJ, el hecho es que nunca antes en el siglo la justicia había sido regulada por una norma con rango de ley; por el contrario, o bien ella en su conjunto o bien distintos aspectos decisivos de su estructura y de su funcionamiento se habían regulado por normas de rango inferior, siempre gubernamentales. Habían sido numerosísimos los proyectos de reforma del judicial especialmente desde mediados de siglo, pero solo el Sexenio logró darle el impulso legislativo necesario para que dichos proyectos cuajaran en una ley. Desde esta perspectiva, la LOPJ dotó de *dignidad normativa* a un orden judicial considerado, en este periodo democrático, como *poder*.

Dicho todo esto, estas mismas primicias, extraordinariamente significativas, encerraban en sí al mismo tiempo sus limitaciones para el tema que nos ocupa (Solla Sastre, 2007b). Esa justicia era la del fuero común, es decir, aquella a la que estaban sometidos quienes no gozaban de un fuero privilegiado y, en consecuencia, no estaban sujetos a la jurisdicción de su propia corporación. Es muy cierto que 1868 comenzó con una tan decisiva como significativa *unificación de fueros*, que si no abolió todas las jurisdicciones especiales, sí recondujo a buena parte de las más relevantes a la justicia ordinaria, con lo que podría considerarse que esa justicia ordinaria, lejos de haber sido vampirizada o jibarizada, había salido fortalecida. Sin embargo, a eso había quedado reducida: este *poder judicial*, pues, se consagraba intencionalmente como un aparato que simplemente ejecutaba leyes, en comparación con lo que había sido la justicia en un mundo jurisdiccional: una lógica del ejercicio legítimo del poder y de adopción de decisiones legítimas por parte del poder público. A las alturas de 1870, ya se había consolidado de un modo irremisible el poder ejecutivo institucionalizado en manos de un Gobierno con unos ministros cuyo régimen de responsabilidad se había perfilado constitucionalmente. Retomando esta misma regulación legal de la LOPJ, por ejemplo, es cierto que los confines del poder judicial se regulaban a través de una norma con rango legal, pero también lo era que, dentro de esos límites, la justicia quedaba reducida a mera aplicadora de leyes.

Cuanto más definidos estuvieran el orden de legalidad y la jerarquía normativa, más estrecha era teóricamente la función del juez, porque menos necesario era un juez que ya no había de ser diestro y hábil para manejar un insondable entramado jurídico. El orden, no obstante, solo con dificultad lo era de legalidad, es decir, estructurado en torno a la centralidad de una ley general en función de unos destinatarios considerados formalmente iguales

ante ella, esto es, sin fueros diferenciadores de su estatus, y por tanto definida únicamente en términos formales. Piénsese únicamente en que hasta 1889 no habría un Código Civil que estableciera un sistema de fuentes del derecho. Desde 1855 existía la obligación de motivar las sentencias en todas las instancias del orden civil, requisito clave para dotar de autonomía jurídica a las decisiones del juez y separarlas de sus condiciones personales para dictarlas, pero para motivarlas en términos de silogismo normativo no había un código sistematizado al que acudir, lo que disuadía de fundamentar los fallos a unos jueces «responsables por infracción de ley» que no podían conocer con claridad la ley por la que se les haría responsables: a la responsabilidad legal del juez solo le acompañaban «peligros, siendo nuestra legislación civil tan varia, extensa y contradictoria. Ningún juez ni magistrado podría librarse de incurrir en ella si este desorden legislativo fuere permanente»²¹. Este procedimiento de control de legalidad culminaba en una casación civil, que debería concebirse teóricamente como un mecanismo nomofiláctico de garantía de la ley. La importancia que se le diera en cada momento a la ley podría medirse, pues, a través del grado de protección jurídica que la casación le brindara. Una casación civil sin código, por tanto, poco podía controlar la aplicación estricta de unas leyes ni todavía estructurantes del sistema ni estructuradas en torno a él.

Así las cosas, todo ese vacío legal lo seguía colmando inevitablemente una activa reglamentación gubernamental. En materia de justicia del fuero común, por ejemplo, era tendencialmente el Ministerio de Gracia y Justicia el que legislaba, con lo que las normas de desarrollo que entraban a precisar los aspectos prácticos, pero en ocasiones también estructurales, del aparato judicial seguían siendo decretos y órdenes ministeriales. Con la LOPJ no solo se había dado cobertura legal a un espacio ya muy delimitado y empequeñecido del orden judicial, sino que la comprensión de la justicia que la Ley había consumado era la de una justicia administrativizada, articulada de un modo jerárquico como aparato administrativo, concebida en términos de verdadera *Administración* de Justicia (Lorente, 1992). En torno a esa estructura se reordenaba en la Ley Orgánica a la magistratura. Y este fue el otro factor absolutamente determinante: el gran lastre del personal judicial. Interinos, cesantes, multiplicidad de clasificaciones, infinidad de categorías, sueldos y antigüedades, jubilaciones reversibles, estatus concurrentes pero incompatibles...; una inestabilidad reinante en inmensa medida como resultado de la combinación heredada entre una comprensión patrimonial del oficio y una provisionalidad del cargo en virtud de las cambiantes adhesiones políticas que avocaban a una continua declaración general de interinidad (Ortego, 2018). La LOPJ pretendía, a través

²¹ ACGC, organización de tribunales, legajo 6, carpeta 5, documento 15.

de una extensísima regulación, ordenar esta maraña, pero la complejidad de esta excedía con creces los instrumentos que aquella implantaba.

Si sumáramos ambos factores —la administrativización irreversible del aparato judicial y la consideración de los jueces fundamentalmente como dependientes ministeriales—, junto con los problemas ya estructurales del personal judicial, se entenderían mejor algunas previsiones de la LOPJ que tenían en común habilitar un acceso inevitable del Gobierno en la organización judicial, dando pie, así, a muchas de las quiebras de una supuesta separación entre política y justicia. Comencemos por uno de los grandes cambios que instauraba la norma por mandato constitucional, como era el ingreso en la carrera judicial por oposición. El examen de ingreso estaba ligado a la inamovilidad judicial, como presupuesto de la independencia de la magistratura: quienes eran elegidos conforme al nuevo sistema implantado, elevado a un procedimiento legal en una norma prevista por la Constitución y que desarrollaba uno de los poderes públicos que en ella se contenía, podían ser declarados inamovibles conforme a las previsiones de la LOPJ. Esto era novedoso, al prescindir de procedimientos reglamentarios y oscilantes y fijar en preceptos legales y estables el procedimiento de selección. Ahora bien, antes de examinar los conocimientos jurídicos de los aspirantes a la judicatura, el Gobierno sometía sus expedientes a un proceso de selección en el que se consideraban su «conducta moral, circunstancias y cualidades»²². Esto es solo un pequeño ejemplo.

Otro más significativo aún es el de las disposiciones transitorias de la Ley. Establecido el nuevo sistema de ingreso en la carrera para quienes quisieran acceder de nuevas, la Ley debía ocuparse de cómo reconducir a un nuevo sistema y redefinición del estatuto del juez a los que ya poblaban la carrera judicial. A ese efecto se preveía que los expedientes de los jueces que en ese momento estuvieran en activo fueran sometidos a un procedimiento de revisión a través de una Junta de clasificación compuesta por jueces y juristas, pero también de cargos políticos, que habría de examinar su conducta moral y su concepto público para determinar «si concurrían en ellos las circunstancias necesarias para gozar desde luego de las garantías que esta ley establece»²³. Con posterioridad el Gobierno, a la vista del dictamen de la Junta, resolvería lo que estimara oportuno²⁴.

A la declaración de inamovilidad para quienes accedieran por oposición, le seguía una declaración de amovilidad para quienes ya estuvieran ocupando

²² Art. 84 de la LOPJ.

²³ Disposición transitoria VI de la LOPJ.

²⁴ Disposición transitoria VII de la LOPJ.

sus cargos. Se trataba esta vez, sin duda, de valorar si se adecuaban o no a un nuevo orden de valores que estaba plasmado en una Constitución revolucionaria, en tanto que articulada en torno a la idea de derechos, para gozar o no como jueces de un estatus que estaba garantizado por una ley de desarrollo dictada al amparo constitucional. Pero podríamos considerar que, ante problemas heredados, se acudía, de nuevo, a dinámicas conocidas, como la de la depuración a través de la cual se controlara la adhesión a una nueva etapa política que requería nuevos jueces aptos, en tanto que afines. En realidad, se mantenía el peso de determinadas inercias, que se afrontaban con los instrumentos disponibles. Ahora bien, el contexto constitucional había hecho que todo cambiara, relegando por ley todo este régimen heredado de calificaciones, revisiones de expedientes y depuraciones a una situación transitoria y marginal en la propia ley. La regla general pretendía ser una inamovilidad que alejara a la magistratura de los embates de las conveniencias políticas. El resultado fue que, aun con fisuras, la dicotomía entre los principios de la LOPJ para la justicia elevados a rango de ley orgánica y las medidas tradicionales de gestión del personal, como consecuencia de la permanente centralidad de la persona del juez en la organización de la justicia, se hizo cada vez más evidente.

El larguísimo periodo que inauguró la LOPJ manifestó una persistente tensión entre un pretendido modelo de justicia independiente de la influencia política y unas medidas estructurales casi imposibles de adoptar si no pasaban por la intervención sobre el personal judicial. Reorganizar el personal se prestaba a dar entrada a criterios cambiantes que en cada contexto pudieran determinar las cualidades requeridas de la magistratura. Esa flexibilidad podría haber contribuido a explicar la fortuna política de la LOPJ, que desde su nacimiento en 1870 solo fue derogada en 1985 por una nueva Ley orgánica del Poder Judicial que tenía que acomodarse a una Constitución que ya llevaba, además, siete años en vigor. En su recorrido, pues, aquella ley del poder judicial atravesó, con modificaciones, pero con ninguna alteración sustantiva que hiciera irreconocible el andamiaje institucional que implantaba en el ámbito judicial, revoluciones, federalismos, restauraciones, repúblicas, guerras, dictaduras..., hasta desembocar sin especiales rasguños en el presente contexto democrático, que en esencia asumió, incorporó y constitucionalizó la estructura judicial que ella había implantado más de un siglo atrás (Lorente, 2007).

A partir de 1870, pues, es muy difícil ya desligar la idea de justicia y aparato judicial de la que aquella ley implantó, así que el orden político, que ya había moldeado desde dentro la propia definición del juez constitucional en el doceañismo, ahora permeaba el orden judicial dejando su impronta en el contexto cambiante en el que se encuadraría la LOPJ, introduciéndose a través de los no pequeños resquicios que la ley dejaba abiertos. Con todo, el soporte constitucional, el vigor normativo y la integridad jurídica con las que

se presentó y consolidó la Administración de Justicia en este momento del siglo permitirían plantear que se habían dado los presupuestos para que política y justicia habitaran ámbitos separados, y que la justicia se había blindado con instrumentos legales frente a incursiones no autorizadas del poder político. A partir de aquí podría decirse que se habían instaurado las bases precisas para que desde entonces lo anómalo (es decir, la intromisión de la política en la justicia) fuera achacable a los marcos políticos que el aparato judicial atravesaría, a la elevada, en ocasiones extrema, politicidad de todos los contextos que estaban por venir.

V. JUSTICIA Y POLÍTICA DESPUÉS DE 1870: UNA RELACIÓN CONTEXTUAL

A partir de 1870 y del hito representado por la LOPJ, las épocas posteriores asumieron la Ley Orgánica, continuando o, al menos, haciendo el esfuerzo de darle apariencia de continuidad al modelo de justicia que la ley implantaba, alimentando así precisamente la idea de la Ley Orgánica como fundante de la justicia liberal moderna. Asentadas las bases para una judicatura inamovible, presupuesto de su independencia, el valor de aquella justicia que salió reforzada del Sexenio como poder del Estado estaría a expensas, en las épocas sucesivas y hasta la nuestra, de la mayor o menor capacidad del contexto para politizarla y convertirla en instrumento político. Algo tenían ya de distinto estas etapas que sucedían a la LOPJ: experimentada la posibilidad institucional de asentar las bases de una justicia independiente, la intensidad de su politización ya no venía tanto de su definición intrínseca cuanto del empuje y lo envolvente que fuera la nueva etapa política en la que la Ley se insertara. Es decir, en cierto sentido ya habría propiamente un deslinde institucional y un blindaje constitucional, en la medida de lo posible, entre justicia y política. Las etapas posteriores, pues, no derogaban la LOPJ ni la sustituían, pero sí adoptaban medidas tratando de neutralizar su declaración clave, la de la inamovilidad de la magistratura como presupuesto de una independencia judicial de difícil asunción, en función de argumentos siempre políticos y de distinto signo, en atención al contexto. No se renunciaba, por supuesto, a proclamar la inamovilidad y el valor de estabilidad que conllevaba, pero en favor de los intereses políticos de los distintos Gobiernos se ampliaban y modificaban los criterios para acceder a la magistratura y para declarar, en consecuencia, la inamovilidad.

A través del hilo conductor de la inviable inamovilidad práctica se podría seguir articulando, como hace Ortego (2018), la historia del orden judicial en España, con todo lo que aquello significaba: la centralidad del elemento personal

para la infraestructura de la justicia y la necesidad, en consecuencia, de la introducción y el asentamiento de jueces afines en términos políticos a un Ejecutivo del que técnicamente dependían. Del protagonismo, de nuevo, de esa politicidad intrínseca de la magistratura daba cuenta el arranque del periodo del reinado de Alfonso XII. La crítica central a la LOPJ era la de una inamovilidad basada en criterios cuestionables y «fundada sobre bases de interés puramente político de un partido» (Ortego, 2018: 347). Como defensa de esa actitud restauradora, acusada de atacar la línea de flotación de la LOPJ, se alegó no que hubiera que poner los medios para alejar al juez de la política, sino precisamente que la adhesión política del juez debía hacerse más plural. Así, a principios de 1876, el ministro de Justicia, Martín de Herrera, en relación a los jueces sostenía:

No podemos buscar para establecer la inamovilidad y su independencia, no podemos buscar hombres completamente desligados, completamente separados de las luchas políticas; hemos de buscar la inamovilidad, si somos hombres de gobierno, con la realidad de las cosas, que se componga de hombres que pertenezcan a todas las opiniones, porque es imposible hallarla mientras todas, absolutamente todas, no tengan cabida, para que ningún partido pueda creerse excluido en la organización judicial²⁵.

La Restauración, pues, no renunciaría formalmente a la LOPJ, pero se esforzaría por desarticular los logros en materia de independencia judicial a los que aquella podría conducir. De hecho, comenzaría su constitucionalismo, que en última instancia sería el que asentara definitivamente el modelo de justicia liberal instaurado en el periodo precedente, desapoderando al orden judicial de su densidad constitucional (Aparicio, 1995: 135-161). Si, como hemos estado haciendo, localizamos la versión institucional de la intervención de la política en la justicia materializándola en la intervención del Ejecutivo, este periodo fue su hipóstasis. Esta dinámica estuvo alentada por dos procesos concurrentes de esta etapa, que Fernando Martínez individualiza: uno de degradación de la justicia como poder del Estado y el otro precisamente de estatalización como cuerpo de esa justicia constitucionalmente degradada (Lorente *et al.*, 2011: 455-460).

En efecto, la Restauración recuperaba una idea «historicista», tradicional, de un poder concebido como unitario y preexistente a la Constitución formal. La versión escrita de la norma suprema reflejaba una serie de «principios», «fundamentos», «gérmenes» que subyacían a la nación española y que revelaban de

²⁵ *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, n.º 20, sesión de 11 de marzo de 1876, p. 372, apud. Ortego (2018: 346).

ella un espíritu permanente que siempre y en todo caso, con independencia de toda circunstancia política, subsistía. Desde esa perspectiva, la división de poderes era una mera «abstracción constitucional»²⁶ en la que el poder judicial no era más que una articulación institucional de una de las expresiones de aquel poder monárquico unitario y preexistente cuya legitimidad no derivaba de la Constitución, sino de la historia. No era disonante, por tanto, que la justicia pasara en el pensamiento de la Restauración de poder del Estado a ramo administrativo sobre el que se acrecentara exponencialmente la intervención del Ejecutivo. No se la expulsaba obviamente de la Constitución, pero en su título IX se la convertía de nuevo en «Administración de Justicia» y además se derivaban todos los pilares básicos del orden judicial a un futuro desarrollo normativo (Clavero, 1989; Varela, 2009).

La suma de ambos elementos (la dimensión eminentemente administrativa de la justicia y la redirección a unas leyes futuras de aspectos clave de la judicatura) creaba un espacio idóneo que el Ejecutivo colonizó a través de un arsenal de instrumentos ya conocidos: exploró los cauces de actuación que la ley orgánica le permitía. Un dato muy significativo fue la abundancia casi exclusiva de normativa reglamentaria del Gobierno para regular todos los aspectos de la justicia (Ortego, 2018). Una excepción sería la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, una de cuyas principales reformas adulteraba el sistema de ingreso por oposición, y favorecía para cubrir vacantes el sistema de turnos que, ajeno al mérito y a la capacidad, encumbraba a los cesantes, daba relevancia al criterio de la antigüedad y representaba un cauce de abierto manejo por parte del Ejecutivo, que podía adjudicar plazas libremente (Aparicio, 1995: 142-143). Los resultados fueron interesantes, porque la estrategia redujo sustancialmente el número de cesantes, pero también fue introduciendo intereses corporativos, por ejemplo de abogados o de académicos, en la alta magistratura. Asimismo, la dinámica propia de esos años de las *asimilaciones* a jueces y magistrados entre funcionarios que no tenían por qué ser de justicia generaba una flexibilidad del acceso a la magistratura que favorecía la incursión de los afines al Gobierno de turno.

Sobre el andamiaje de la estructura judicial jerarquizada que la LOPJ había sabido consolidar a través de su cobertura legal, los Gobiernos de la Restauración constituyeron un cuerpo de funcionarios especializado, articulado en escalas y organizado como carrera, que estratificó al personal y cuya cúspide dio lugar a una élite administrativa (Martínez, 2008-2009). El diseño no podía ser más propicio —y más necesario— para unos Gobiernos que

²⁶ Intervención de Álvarez Bugallal, DD.SS. Cortes Constituyentes, n. 66, sesión de 22 de mayo de 1876, p. 1636.

tenían a la Justicia como aliada: a la cima privilegiada de la escala se llegaba con indiscutibles muestras de adhesión partidista, y a su vez los niveles de base, entre los que se encontraban los jueces municipales que tanto interesaron al Ejecutivo, estaban intervenidos con su complacencia por un caciquismo que les utilizaba en su favor en todos los procesos electorales, para lo que había resultado esencial la rehabilitación por parte de la Constitución de 1876 de la ya mencionada autorización por parte de las autoridades políticas superiores para procesar a quienes actuaran como agentes gubernativos²⁷. «Los jueces municipales, debiendo su nombramiento a la política, a la política sirven», rezaba la *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo* en 1896 (Aparicio, 1995: 147). Un sentir general crítico del periodo podría resumirse en estas palabras:

Nuestros partidos conservadores [...] toman la administración de justicia como instrumento de gobierno; a los jueces y magistrados como a funcionarios político—administrativos, sin cuyo obsequioso concurso se hace imposible la tarea de gobernar. La magistratura no siempre ha de atender a la aplicación austera del Derecho; antes cuidará de no poner en olvido los intereses políticos del partido que la nombra, asciende y separa. El juez y el magistrado han de ser no solo íntegros, conocedores del Derecho, obedientes, como súbditos fieles, a las instituciones imperantes: han de ser, ante todo y sobre todo, hombres de partido, servidores del partido mismo²⁸.

Críticas cada vez más frecuentes como esta de 1884, al alejarse de una politicidad de la magistratura entendida como necesaria e insistir en lo pernicioso del ensamblaje entre lo judicial y lo político, nos resultan más afines a nuestra comprensión presente. Como respuesta a la avalancha de críticas en este sentido en las cámaras de representación y en la prensa dictaría Canalejas un decreto en 1889 en el que se apelaba a la inamovilidad no solo de los jueces que hubieran accedido por oposición a la carrera sino de quienes ya estuvieran en su cargo, que únicamente podrían ser separados por las causas comprendidas en la LOPJ²⁹. El Decreto tuvo un gran impacto en su época al recuperar formalmente las previsiones de la Ley Orgánica para la separación (Ortego, 2018: 563-568), pero no se apartaba tanto como pudiera parecer de las lógicas imperantes. La proclamación de la inamovilidad se generalizaba, como solía

²⁷ Art. 77 de la Constitución de 1876.

²⁸ Moreno (1884: 511).

²⁹ Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 24 de septiembre de 1889, en *Gaceta de Madrid*, n.º 273, de 30 de septiembre de 1889, pp. 1018-1019.

sucedier, cuando convenía hacerse, en este caso cuando ya se había difuminado a través de los turnos la oposición como única vía de ingreso, de tal manera que se podía estabilizar a los incorporados sin que supusieran amenaza alguna. La contrapartida de la inamovilidad judicial para que no se convirtiera en tiránica era, a su vez, el control interno por parte de una alta magistratura que ya se había encargado el Gobierno de perfilar a su favor. Y la inamovilidad generalizada convivía con los trabajos en curso de una Junta Calificadora, cuyo efecto real era el de una declaración velada de interinidad. Del mismo modo, las traslaciones, de libre disposición ministerial, fueron habituales en todo el periodo (Ortego, 2018: 334 y ss.). Un balance de estas medidas sobre una magistratura que parecía estar secuestrada por el Ejecutivo lo haría el republicano Moreno Rodríguez en el Congreso, precisamente a propósito de la Ley Adicional de 1882:

La manera discrecional y arbitraria como [...] los partidos [...] la han nombrado, trasladado, ascendido y depuesto; el principio, audazmente sentado por la Restauración, de que la magistratura es función reservada a los afiliados del partido dominante; la exigüidad angustiosa de los sueldos, que la coloca entre la miseria y el cohecho; el triste ejemplo de los ascensos inmerecidos e instantáneos, contrastando con estancamientos eternos; el tristísimo espectáculo del continuo mudar de jueces y magistrados, al compás de las pasiones y de los intereses contrapuestos de los caciques en auge; la participación que a la judicatura se ha impuesto en todo el linaje de arterias electorales; la caída desde las altas funciones de Poder del Estado a las funciones subordinadas de una rama flexible del poder ministerial.

Pero había transformaciones notables que acentuaban la disonancia entre la pretendida independencia judicial y la politización irrefrenable, como pertenecientes ambas a dos esferas que debían permanecer desligadas. Un elemento esencial de cambio lo había supuesto, precisamente también en 1889, el Código Civil. Aquella norma, la primera en la historia de España que finalmente regulaba por ley una jerarquía de fuentes del derecho, compendia el derecho civil aplicable y derogaba el derecho civil común precedente. Además, la codificación del derecho civil posibilitaba que se motivasen las sentencias en ese ámbito, motivación que dotaba a su vez al mecanismo de la casación de un genuino sentido de garantía de las leyes que permitía que también en lo civil los jueces pudiesen desarrollar una función verdaderamente autónoma que consistía en la estricta aplicación de la ley. El Código, con ser la primordial, fue la última pieza en aparecer de todo el engranaje de procedimiento civil, jurisprudencia de los tribunales y casación en el Supremo. Mientras que sin disposiciones claras que aplicar la persona del juez y su criterio de manejo del

bagaje normativo dado suplía el vacío de un derecho codificado nada más y nada menos que en el ámbito civil, ahora, presente el código, el protagonismo de la figura del juez tenía formalmente que buscarse en espacios no relacionados con su exclusiva función de juzgar.

Así las cosas, cuando a finales de siglo se hablaba de independencia judicial el panorama potencial era ya muy distinto. La presencia del código había hecho posible que la judicial fuera una función materialmente diferenciada y, en términos de poderes, independiente. La dependencia de la magistratura y las estrategias de control se tenían que trasladar forzosa y oficialmente a un plano orgánico, el de la justicia como aparato, retomando la teoría y práctica seguida durante la etapa isabelina. Intervenir políticamente en el acto mismo de administrar justicia era demasiado llamativo para cualquier régimen constitucional, del signo que fuera. En ese contexto, la independencia se podía predicar de la función, mientras que la inamovilidad se iría labrando en las primeras décadas del xx como resultado de la funcionarización de la corporación, es decir, como señala Miguel A. Aparicio, de un modo desligado del principio de independencia judicial y no como presupuesto constitucional de esta (Aparicio, 1995: 153). Al menos formalmente la inamovilidad se implantaba, así, no para blindar la independencia de la función constitucional de los jueces, sino para estabilizarlos en tanto que funcionarios, en condiciones de igualdad con el resto de cuerpos funcionariales incorporados a la Administración del Estado (*ibid.*: 156-157; Villacorta, 1989). La Dictadura de Primo de Rivera irrumpiría de nuevo en la búsqueda de cierta estabilidad al comenzar con una depuración del personal judicial a cargo de una Junta Inspectora³⁰ (De Benito, 2015a). Al término del periodo, la LOPJ se mantenía en términos formales, pero no sus bastiones principales, puesto que en 1928 quedaban «en suspenso cuantos preceptos legales vigentes se refieren a limitaciones para la separación, destitución, suspensión, traslado y destinos de los magistrados, jueces y funcionarios del Ministerio fiscal»³¹ (De Benito, 2015b).

³⁰ «Real decreto de 2 de octubre de 1923, de la Presidencia del Directorio Militar, creando con carácter transitorio una Junta inspectora del personal judicial, compuesta de tres magistrados del Tribunal Supremo y un secretario de categoría de magistrado, sin voto, y confiriéndola la misión de examinar, revisar y fallar cuantos expedientes y procedimientos de todas clases se hayan incoado durante los cinco últimos años, para exigir responsabilidad civil o criminal a Jueces o Magistrados de todas las categorías», *Gaceta de Madrid*, de 3 de octubre de 1923, n.º 276, pp. 26-27.

³¹ «Art. 9 del Real Decreto-Ley de 22 de diciembre de 1928 del Ministerio de Justicia y Culto disponiendo se constituya una Comisión, que se denominará “Comisión Reorganizadora de la Administración de Justicia”, para los fines que se mencionan», *Gaceta de Madrid* de 25 de diciembre de 1928, n.º 360, pp. 1938-1941.

Fue precisamente sobre esa dimensión orgánica del orden judicial en estado provisional sobre la que operó la República de 1931. La necesidad de garantizar la independencia funcional de la justicia, consagrada por la Constitución republicana y encomendada a una Administración judicial elevada de nuevo al rango de poder del Estado, entraba en conflicto con la permanencia de unos jueces procedentes de la Restauración y de una inmediata Dictadura que estaban, y al parecer muy fundadamente (Pérez Trujillano, 2019), bajo sospecha. «Los jueces son independientes en su función. Solo están sometidos a la ley», rezaba el artículo 94 del título VII de la Constitución de 1931, titulado «Justicia». El problema, pues, era que la defensa a ultranza de la independencia judicial inmunizara a unos jueces, inamovibles según el artículo 41 de la Constitución, de dudoso compromiso con los principios e instituciones republicanas y los convirtiera en un poder corporativo antidemocrático pero intangible³². En esta ocasión, junto con otras medidas estructurales como la instauración de un modelo de justicia alternativo a la profesional o la reestructuración del Supremo (Marzal, 2005; Díaz Sampedro, 2012), parece que se optó no por una batería de medidas que desplegaran la discrecionalidad ministerial, sino por neutralizar el corporativismo judicial a base de reforzar a otros cuerpos jurídicos. Sin embargo, a pesar de la fuerte constitucionalización de la justicia republicana y de la manifiesta elevación de las funciones judiciales con la garantía de derechos constitucionales (Lorente y Vallejo, 2012), las medidas prácticas frente a la judicatura sospechosa se acabaron conduciendo por las depuraciones del personal y, en numerosas ocasiones, por vía de las jubilaciones forzosas (Pérez Trujillano, 2019: 50-65).

La República se había encontrado con un orden judicial diseñado en 1870 y sólidamente consolidado en la Restauración que se compadecía mal con los nuevos principios republicanos, y la tensión marcó toda la época. Pero una vez más, si bien con otro signo, la politicidad del contexto, esta vez de constitucionalismo republicano, interfería en una magistratura a su vez politizada, estabilizada y estructurada para depurarla de elementos adversos al sistema, todo ello sin poner en cuestión la LOPJ, sino utilizándola con la flexibilidad que ya había demostrado para adaptarse sin dificultad a distintos contextos.

Tampoco la LOPJ se extinguió con el régimen franquista. Su régimen se mantuvo; eso sí, se eliminaron todas las consideradas novedades republicanas,

³² El artículo 41 comenzaba como sigue: «Los nombramientos, excedencias y jubilaciones de los funcionarios públicos se harán conforme a las leyes. Su inamovilidad se garantiza por la Constitución. La separación del servicio, las suspensiones y los traslados solo tendrán lugar por causas justificadas previstas en la ley. No se podrá molestar ni perseguir a ningún funcionario público por sus opiniones políticas, sociales o religiosas».

pero no aquellos rasgos ya consolidados como la condición corporativa de la magistratura y su burocratización (Lorente *et al.*, 2011: 581-587; Cano Bueso, 1985). La politicidad intrínseca y la penetración política absoluta de todas las esferas de la dictadura condujeron a que la adhesión política constituyera el andamiaje de toda la estructura institucional (Lanero, 1996; Fernández-Crehuet, 2011). La función de administrar justicia, pues, en una jurisdicción ordinaria que había adelgazado hasta quedarse hética en favor de una dilatada panoplia de jurisdicciones especiales, era absolutamente dependiente del Gobierno; pero a su vez también aquella Administración entendida como aparato estaba completamente controlada por las autoridades en el poder. Así pues, si en la etapa precedente se había sospechado de una magistratura heredada basada en fundamentos dudosamente democráticos, el totalitarismo había suprimido, sin más, todo fundamento potencialmente democrático de la justicia para convertirla en un instrumento más de comunicación y adopción de decisiones del Movimiento. Funcionalmente se redujo el espacio de la jurisdicción ordinaria multiplicando las especiales y trasladando los asuntos más políticamente comprometidos a tribunales políticos. Y orgánicamente, ninguna decisión sobre el aparato judicial y su personal se había emancipado del Ministerio de Justicia. En sus manos quedaba el nombramiento de jueces y magistrados, la inspección de los tribunales, la estrategia de ocupación del mundo rural a través de los jueces municipales, el gobierno judicial a través de un consejo de designación ministerial, la depuración, continua, de los desafectos con el régimen o un elemento tan significativo como la Escuela Judicial. Pero dada la trayectoria precedente, poco aportó el franquismo, salvo su tesón por optimizar recursos de politicidad por parte del Ejecutivo que ya estaban activados por la Ley de tribunales de 1870 sobre una magistratura a su vez politizada, así como perfeccionar algunas técnicas de intervención y de control en un ambiente permisivo en el que no había ninguna cortapisa institucional y mucho menos constitucional.

La Transición significó recuperar el tracto constitucional perdido, pero en esa recuperación se incorporó el orden judicial tal y como estaba constituido a las alturas de 1978, declarándose inamovibles a quienes habían llegado a las puertas constitucionales sin someterlos a depuración alguna y sin incurrir, por ende, en una nueva declaración general de interinidad (Lorente *et al.*, 2011: 586-587). Se rechazaron, así, las intervenciones políticas más virulentas sobre la magistratura, pero también se hurtó el debate sobre cuál habría debido ser el modelo de juez en un nuevo orden constitucional; es más, incluso sobre cuál habría de ser el modelo del nuevo juez constitucional que habría de implantarse en un futuro ya entonces inminente y que no había que reformular partiendo del pasado.

Si la reconsideración de la justicia ordinaria no se producía dentro del aparato, había de realizarse desde fuera, a través de las prácticas de nuevas

instituciones superpuestas, como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial; asimismo, se revisó el molde normativo en el que había de verse esa justicia a través de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que sin embargo consintió, a su vez, que durante siete años ya de Constitución democrática siguiera vigente su predecesora decimonónica. En definitiva, en este nuevo contexto constitucional, democrático, de independencia de poderes, la justicia quedaba blindada para la política, y si existían nexos de conexión en el marco de la Constitución, estos se trasladaban a aquellas instituciones añadidas que eran, en teoría, jurisdicción constitucional sin ser jurisdicción ordinaria, y gobierno de la justicia, sin ser gobierno en la justicia.

VI. UN POSFACIO DESDE EL PASADO HACIA EL PRESENTE

Fíjense en qué reciente acabaría siendo, pues, esa despolitización teórica de la justicia y esa separación de ámbitos político y judicial, entrelazados desde los albores mismos del constitucionalismo, en una simbiosis que no se comenzó concibiendo como anomalía, sino como consustancialidad. Hasta tal punto estuvieron imbricados que con dificultad cabría escribir una historia de la justicia independiente que no fuera otra cosa que la de la necesidad de su independencia. Es factible hacer una historia de esos discursos, por supuesto, pero no podría —o no debería— abstraerse de aquella otra de la que traería causa, con la que chocaría incesantemente, que sería la de sus vulneraciones. Así, el resultado sería el de dos líneas conductoras paralelas: la de la teoría abstracta reivindicando una independencia de la justicia que protegiera al poder judicial del ejecutivo, y la de la empecinada realidad que una y otra vez se obstinaba en manejar a la judicatura a su antojo. Una historia así no podría ser sino casuística. En efecto, si entendemos la intromisión del ejecutivo como anomalía, no solo no bastaría un libro, por voluminoso que fuera, plagado de ejemplos, sino que necesitaríamos una enciclopedia entera, y puede que ni así fuera exhaustiva la narración. En todo caso, carecería a mi juicio de sentido, porque por muy extenso y detallado que fuera el relato no haría más que avalar nuestra precomprensión desde el presente de que lo político representa para lo judicial una contaminación desdeñable, lo que nos impediría aproximarnos al porqué de esa relación y al modo en que fue amoldándose a los distintos contextos en una España ya indiscutiblemente constitucional, al menos hasta su negación durante la Dictadura.

La politicidad fisiológica de los jueces y magistrados a lo largo de todo este recorrido arroja, a mi modo de ver, un resultado diverso al de una historia de dos planos, el teórico como principio y el práctico como conjunto de

vulneraciones, porque ya hemos visto que los discursos sobre los principios judiciales no siempre están reivindicando exactamente lo mismo que desde nuestro presente queremos entender por *independencia*, *inamovilidad* y *responsabilidad*, y porque las actuaciones gubernamentales no en todo momento eran ilegítimas o desprovistas de fines constitucionales en algunos de los periodos en los que se daban. Muy poco nos aportaría, pues, esa historia en dos niveles contruidos desde nuestra pura contemporaneidad, salvo reforzar nuestras creencias respondiendo a nuestras expectativas y alejarnos así de la comprensión del pasado.

Otro es el resultado si atendemos, como hemos hecho en estas páginas, a lo que sí es una constante desde el XIX constitucional, que es la politicidad de la magistratura. Esta manifestación deriva de otra constante, cuyo hilo hay que ir siguiendo: la centralidad más absoluta de la persona del juez, frente a la organización estructural de la justicia y desde luego frente a las leyes que habrían de justificar su función. El papel nuclear de la judicatura invita a analizar la intensidad de lo político desde la perspectiva del propio estatuto del juez. Sería muy poco relevante, por ejemplo, para valorar la actitud de una constitución respecto a la independencia judicial apelar a si ha declarado que la justicia se administra en nombre del rey, sin atender a las verdaderas inclinaciones que nos revela el estatuto de la magistratura. Piénsese que con la misma soltura hicieron esa declaración los redactores de la Constitución de 1845 que los constituyentes de 1978. Y esto nos lleva a una consideración decisiva a nuestros efectos, históricos y coetáneos: la cronología de la *politización* de la justicia no está marcada por etapas partidistas más o menos señaladas; no es, en ese sentido, una periodificación política, por más que cada época replique fórmulas heredadas o deje sentir con más o menos virulencia sus propios designios identitarios, sino que la cronología es propia, vinculada al papel del juez, al régimen y estatuto de su cargo y a las facultades reales de construcción de un Estado y de sus poderes, desde los orígenes del constitucionalismo decimonónico hasta la democratización del siglo XX.

En esa larga cronología hay más líneas conductoras que se repiten: una tendencia a concebir que el orden judicial depende orgánicamente del Ejecutivo; un orden judicial regulado prioritariamente por normativa gubernamental; unos ministerios de justicia que prácticamente monopolizan toda la política de personal judicial. Pero también es cierto que, a medida que se fue construyendo la función del juez como autónoma, con sus propios instrumentos de funcionamiento y autocontrol, como la motivación de sentencias, las estructuras jerárquicas judiciales, la sujeción responsable única a la ley, un sistema de fuentes autorreferencial y un orden de legalidad codificado, y dejando de ser, por consiguiente, la bondad de la Administración de Justicia tan sumamente dependiente de las supuestas cualidades del juez que la impartía, el control por parte del

Ejecutivo fue adoptando un cariz, un significado y un instrumental un tanto diversos. Habría que inclinarse, por ejemplo, por agudizar la politización de las propias normas que tenían que ser aplicadas e interpretadas, o fragmentar y desvirtuar cada vez más el ámbito material de la jurisdicción ordinaria en beneficio de unas especiales más controlables y controladas.

Porque, en efecto, en paralelo a las mencionadas constantes, también se fueron construyendo muchas diferencias que marcarían, justamente, la diferencia. La principal de ellas podría ser que la adhesión política, si bien respondiera o se aprovechara al menos de los mismos males estructurales, no siempre cumplió los mismos fines. Se incorporaría como elemento basilar de la magistratura gaditana, como una nueva *calidad* de los jueces, para funcionar cual elemento de defensa y edificación de un nuevo orden constitucional; pero una vez quedó alojada en la esencia misma de la magistratura, la adhesión pasó a ser un instrumento de mantenimiento de estructuras de poder gubernamental en tiempos bélicos, después una garantía revolucionaria, posteriormente de consolidación de políticas de partidos y más tarde una herramienta dictatorial. Pero efectivamente, la legitimidad constitucional del control político sobre el personal era en cierto sentido paralela a la debilidad del orden de legalidad, lo que implicaba que cuantos más mecanismos de fortalecimiento de la ley se fueran dando en la construcción del Estado decimonónico, y por tanto más identidad fuera adquiriendo la función judicial como instrumento de implantación de ese orden sustantivo y formal de legalidad, más contingente se iba haciendo la intervención directa del Ejecutivo en el aparato judicial y, por ende, en más disonantes y anómalos en términos de división de poderes se iban convirtiendo sus intervenciones y manejos sobre la magistratura.

En ese sentido, una perspectiva histórica nos permite ver en líneas generales a qué ha respondido esa politicidad del juez, qué se trataba de instaurar, de articular o de mantener a través de ella, y en qué medida las políticas gubernamentales dependían de la politización judicial. Desmantelar ese elemento político intrínseco llegados a un contexto de verdadera y plena separación constitucional de poderes implicaba invertir en potenciar los elementos que habrían hecho que la función judicial fuera independiente y que habrían garantizado que el orden en el que se insertaba esa judicatura fuera democrático y de derechos; algo, como hemos visto, que se alcanzó en una construcción paulatina. No es nada esquivia la historia cuando se le pregunta a tiempo.

Bibliografía

Agüero, A. (coord.) (2021). *Justicia y Administración entre el antiguo régimen y el orden liberal: lecturas ius-históricas*. Dossier n.º 125 del Programa Interuniversitario de Historia Política. Disponible en: <https://bit.ly/3zx2z4d>.

- Alcalá Galiano, A. (1984) [1838]. *Lecciones de Derecho Político*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez Alonso, C. (2018). *El Gobierno en el constitucionalismo español (1808-1978)*. Oviedo: In Itinere.
- Aparicio, M. A. (1995). *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Ballbé, M. (1992). La justicia española en la historia constitucional, desde 1812 a 1978: una justicia civil teórica versus una justicia militar dominante. En J. M. Scholz (coord.). *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España* (pp. 381-394). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Cano Bueso, J. (1985). *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Clavero Salvador, B. (1984). *Evolución histórica del constitucionalismo español*. Madrid: Tecnos.
- (1989). *Manual de historia constitucional de España*. Madrid: Alianza Editorial.
- (2000). *Constitución política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812: Estudios* (vol. 2). Cádiz: Fundación El Monte; Ayuntamiento de Cádiz; Universidad de Cádiz; Casino Gaditano.
- (2007). *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Trotta.
- (2013). Antropología del sujeto de derechos en Cádiz. *Revista Española de la Función Consultiva*, 19, 99-128.
- Costa, P. I. (2002) [1969]. *Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milano: Giuffrè Editori.
- De Benito Fraile, E. J. (2015a). La independencia del Poder Judicial durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1926). Realidad o ficción. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 85, 344-375.
- (2015b). La independencia del Poder Judicial durante la Dictadura de Primo de Rivera (1926-1930) y el epílogo de los gobiernos Berenguer y Aznar-Cabañas (1930-1931): deterioro evidente. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 22, 73-100. Disponible en: http://doi.org/10.5209/rev_CUHD.2015.v22.50531.
- Díaz Sampedro, B. (2005). *La politización de la justicia. La designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*. Madrid: Dykinson.
- (2012). *El Tribunal Supremo en la Segunda República Española (1931-1936). Leyes y jueces*. Madrid: Dykinson.
- Donoso Cortés, J. (1984) [1836-1837]. *Lecciones de Derecho Político (1836-1837)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Fernández Sarasola, I. (2001). *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández Sebastián, J. (2002). Voz «política». En J. Fernández Sebastián y J. F. Fuentes (dirs.). *Diccionario político y social del siglo XIX español* (pp. 535-552). Madrid: Alianza Editorial.
- Fernández-Crehuet López, F. (2011). *Jueces bajo el franquismo. Once historias (y una nota sobre la depuración de los funcionarios judiciales)*. Granada: Comares.

- Fontana Lázaro, J. (2013). *De en medio del tiempo. La Segunda Restauración Española, 1823-1834*. Barcelona: Crítica.
- Fradera Barcelò, J. M. (2005). *Colonias para después de un Imperio*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- Garriga Acosta, C. (2002). Voz «Gobierno». En J. Fernández Sebastián y J. F. Fuentes (dirs.). *Diccionario político y social del siglo XIX español* (pp. 319-335). Madrid: Alianza Editorial.
- (2007a) [2004]. Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen: la tradición jurisdiccional. En C. Garriga y M. Lorente. *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional* (pp. 43-72). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2007b) [2006]. Constitución política y orden jurídico: el efecto derogatorio de la Constitución de 1812. En C. Garriga, M. Lorente. *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional* (pp. 119-168). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2011). Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81, 99-162.
- (2017). *Crimen corruptionis*. Justicia y corrupción en la cultura del *ius commune* (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII). *Revista Complutense de Historia de América*, 43, 21-48. Disponible en: <http://doi.org/10.5209/RCHA.56725>.
- (2021) [2007]. Justicia y gobierno. El gobierno de la justicia. En A. Agüero (coord.). *Justicia y Administración entre el antiguo régimen y el orden liberal: lecturas ius-históricas*. Dossier n.º 125 del Programa Interuniversitario de Historia Política. Disponible en: <https://bit.ly/3zx2z4d>.
- Garriga, C. y Lorente, M. (2007a) [1997]. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855). En C. Garriga y M. Lorente. *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional* (pp. 261-312). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2007b) [1998]. Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión. En C. Garriga y M. Lorente. *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional* (pp. 313-369). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hespanha, A. M. (1994-1995). Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna. *Ius Fugit: Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, 3-4, 63-100.
- La Parra López, E., Pérez Ledesma, M., Luis, J. P., Portillo Valdés, J. M., Fuentes, J. F., Romeo Mateo, M. C., Ramos Santana, A. y Romero Ferrer, A. (2012). *El nacimiento de la política en España (1808-1869)*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- Lanero Taboas, M. (1996). *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Lorente Sariñena, M. (1988). *Las infracciones a la Constitución de 1812*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1992). Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica. En J. M. Scholz (coord.). *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España* (pp. 215-296). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- (2001). *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*. Madrid: Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- (2007a) [2003]. Del control de los hombres al control de las leyes: Parlamento y Constitución en España (1810-1931). En C. Garriga y M. Lorente. *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional* (pp. 421-444). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2007b). Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868. En M. Lorente (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870* (pp. 245-287). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- (2012). Límites, logros e intersecciones entre historia política e historia jurídica. *PolHis. Revista del Programa Interuniversitario de Historia Política, Mar del Plata*, 10, 25-29.
- (coord.) (2007). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- (dir.) (2009). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Lorente Sariñena, M., Martínez, F. y Solla, M. J. (2011). *Historia legal de la justicia en España (1810-1978)*. Madrid: Iustel.
- Lorente Sariñena, M. y Portillo, J. M. (dirs.) (2011). *El Momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*. Madrid: Cortes Generales.
- Lorente Sariñena, M. y Vallejo, J. (coords.) (2012). *Manual de Historia del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Luis, J. P. (2002). *L'utopie réactionnaire: épuration et modernisation de l'État dans l'Espagne de la fin de l'ancien régime (1823-1834)*. Madrid: Casa de Velázquez.
- Luque Reina, A. (2022). *El Consejo Real de España e Indias en la construcción del Estado administrativo (1834-1836). Una historia de la disolución de los consejos de la Monarquía española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mannori, L. (1990). Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune. *Quaderni Fiorentini per il Pensiero Giuridico Moderno*, 19, 323-504.
- (2007). Justicia y administración entre Antiguo y nuevo régimen. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 126-146.
- Martínez Pérez, F. (1999). *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martínez Pérez, F. (2002). Voz «Administración de justicia». En J. Fernández Sebastián y J. F. Fuentes (dirs.). *Diccionario político y social del siglo XIX español* (pp. 67-74). Madrid: Alianza Editorial.
- (2007). La constitucionalización de la justicia (1810-1823). En M. Lorente (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870* (pp. 169-207). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- (2009). De la pluralidad de fueros al fuero de la administración, 1834-1845. En M. Lorente (dir.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes* (pp. 223-266). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- (2008-2009). Categorías y cuerpos. Altos funcionarios en España (1852-1918). *Anuario de Historia del Derecho Español*, 78-79, 461-480.

- Martínez Pérez, F. y López López, R. (1992). Los magistrados del Tribunal Supremo (1838-1848): una aproximación prosopográfica a la «Justicia moderada». *Jueces para la Democracia*, 15, 32-46.
- Marzal Rodríguez, P. (2005). *Magistratura y República. El Tribunal Supremo (1931-1939)*. Sedaví, Valencia: Práctica del Derecho.
- Moreno Rodríguez, P. J. (1884). El jurado en España. *Revista de España*, 97, 508-538.
- Olarieta Alberdi, J. M. (2011). La separación de poderes en el constitucionalismo burgués. Nómadas. *Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 32 (4), 331-469. Disponible en: https://doi.org/10.5209/rev_NOMA.2011.v32.n4.38083.
- Ortego Gil, P. (2018). *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad. El control ministerial sobre los jueces en el siglo XIX*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Pacheco, J. F. (1984) [1844-1845]. *Lecciones de Derecho Político (1844-1845)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Paredes, J. (1991). *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial: 1834-1870*. Madrid: Civitas; Asociación Profesional de la Magistratura.
- Pérez Ledesma, M. (2010). *La Constitución de 1869*. Madrid: Iustel.
- Pérez Trujillano, R. (2019). *Dimensión político-social de la justicia penal en la Segunda República española (1931-1936)* [tesis doctoral]. Universidad de Sevilla.
- Portillo Valdés, J. M. (2000). *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*. Madrid: Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2007b). Constitucionalismo antes de la Constitución. La Economía Política y los orígenes del constitucionalismo en España. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. 28-01-2007. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.4160>.
- Rico Linage, R. (1989). *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Rico y Amat, J. (1855). *Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo*. Madrid: Imprenta de F. Andrés y Compañía.
- Serván Reyes, C. (2005). *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento (1868-1873)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2007). Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869. En M. Lorente (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870* (pp. 365-395). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Solla Sastre, M. J. (2007a). Finales como principios. Desmitificando la Ley orgánica de tribunales de 1870. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 77, 427-466.
- (2007b). Justicia bajo Administración. En Lorente (coord.). *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870* (pp. 289-324). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- (2011). *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España (1834-1870)*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- (2013). Cuando las provincias de allende los mares sean llamadas por la Constitución (acerca del estatus constitucional de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, 1837-1898). *Giornale di Storia Costituzionale*, 25, 61-78.

- Tío Vallejo, G., Barrera, D. G. *et al.* (2012). Dossier Historia Política e Historia del Derecho. *PolHis. Revista del Programa Interuniversitario de Historia Política, Mar del Plata*, 10, 23-105.
- Tomás y Valiente, F. (1974). Recensión a S. Martín-Retortillo y E. Argullo: Descentralización administrativa y organización política. Tomo I. Aproximación histórica (1812-1931). Ediciones Alfaguara, Madrid, 1973. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 84, 821-822.
- (1980). La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 721-751.
- Vallejo, J. (1998). Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 19-46.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2009). *La Constitución de 1876*. Madrid: Iustel.
- Vile, M. J. C. (1967). *Constitutionalism and Separation of Powers*. Oxford: Clarendon Press.
- Villacorta Baños, F. (1989). *Profesionales y burócratas: Estado y poder corporativo en la España del siglo XX, 1890-1923*. Madrid: Siglo XXI de España.

EL CASCO DE HADES Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Hades' helmet and judicial independence

FRANCISCO CAAMAÑO

Universidad de A Coruña

f.caamano@udc.com

Cómo citar/Citation

Caamaño, F. (2022).

El casco de Hades y la independencia judicial.

Revista de Estudios Políticos, 198, 69-91.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.03>

Resumen

En las actuales democracias se aprecia un deterioro de la política y un progresivo empoderamiento de los jueces. Los jueces no solo controlan al Gobierno, sino también a la legislatura. El modelo europeo de justicia ha convertido el concepto de independencia del juez en un instrumento para reforzar su posición frente a los otros poderes del Estado, como lo prueba la creación de los consejos de la judicatura, que sin pertenecer al poder judicial del Estado, han nacido para defenderlo políticamente. En este trabajo se analiza la evolución del modelo de juez-funcionario y sus diferencias con el modelo de juez anglosajón.

Palabras clave

Independencia judicial; imparcialidad; consejos judiciales; gobierno de los jueces; democracia.

Abstract

In today's democracies, there is a deterioration of politics and a progressive empowerment of judges. Judges not only control the government but also the legislature. The European model of justice has turned the concept of independence of the judge into a weapon to strengthen its position respect to the other branches of the state, as evidenced by the creation of the judiciary councils which, without belonging to the judicial branch, were born to defend it politically. This paper analyzes the

evolution of the functionary-judge model and its differences with the Anglo-Saxon judiciary model.

Keywords

Judicial independence; impartiality; judicial councils; government of judges; democracy.

SUMARIO

I. REVISITANDO LOS ORÍGENES. II. DOS TRADICIONES PARA UN MISMO Y DESIGUAL DESTINO: 1. La independencia ¿una guerra? 2. «Like the ump?». III. EL REPUBLICANISMO BAJO LA TOGA. IV. NEUTRO, PERO EN CINEMASCOPE. V. UNA PROPUESTA PARA EL DEBATE. *BIBLIOGRAFÍA.*

A José de Francisco, *in memoriam*.

Lo que yo digo es que ni el poder judicial ni el poder legislativo, ni el poder ejecutivo pueden ser independientes del espíritu público nacional [...] hostiles al espíritu público dominante en el país.

MANUEL AZAÑA, *Pleno del Congreso de los Diputados (23-11-1932)*

I. REVISITANDO LOS ORÍGENES

Resolver controversias con exclusividad y de forma irrevocable¹ es un poder tan relevante para una comunidad que solo se admite si lo legitima el soberano y se ejerce en su nombre. El poder de juzgar siempre fue la expresión de un poder político que, con la llegada del constitucionalismo, se convirtió en un poder del Estado.

John Locke consideraba que era una forma de ejecutar la ley; por eso, en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil* (1690) no lo abordó de modo diferenciado. Montesquieu también entendió que el juez era un ejecutor de la ley. Sin embargo, para evitar que el Parlamento o el Gobierno pudiesen ser juez y parte, defendió que esa particular forma de ejecutar la ley se configurase como un poder independiente, cuya primera característica fuese la «neutralidad».

Esto no significa que el juez carezca de ideología o que esté libre de toda sujeción. Su reconocimiento como poder diferenciado encuentra su razón de ser

¹ Coincido con J. L. Requejo Pagés, cuando señala que lo que caracteriza al poder judicial es «la forma de aplicación del derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento» (Requejo, 1989: 90).

en la necesidad de «neutralizar» a los otros dos poderes del Estado. La generalidad de las normas jurídicas solo se asegura si los que juzgan no son sus creadores. El poder judicial, como poder del Estado, nace para poner fin a las leyes y disposiciones de caso único (sean de origen monárquico o parlamentario, como los *bill of attainder*²), en las que se crea la norma y al mismo tiempo se juzga a las personas, privándolas del debido proceso. Para Montesquieu, el juez no es independiente de la ley decidida en el Parlamento ni tampoco lo es enteramente del monarca (hoy leeríamos Gobierno, a quien corresponde proveer los recursos necesarios para el desempeño de la actividad jurisdiccional. La independencia judicial es un elemento estructural, vinculado a la articulación jurídica del Estado, a cuyo través se garantiza la generalidad de las normas y, con ella, la libertad de las personas³. Cumplida esa función, lo que se espera del juez es que sea imparcial⁴.

Neutralizar a los demás poderes es la razón de ser del poder judicial. Pero, lo que lo hace independiente, es su segundo atributo (en puridad, el primero, si nos atenemos al orden en que fue escrito): la invisibilidad (*invisible et nulle*). Así lo creía Montesquieu (1987: 108):

El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados.

² La expresa inclusión de su prohibición en la Constitución de los Estados Unidos de América (art. I, sección 9, cláusula 3) es muestra de cómo el pensamiento ilustrado deseaba poner fin a una práctica normativa que consideraba contraria a la más elemental idea de justicia.

³ Un efecto perfectamente apreciado por Publius (Hamilton) en *El Federalista*, vol. II, 28 de mayo de 1788, núm. 78, cuando, con referencia expresa a la obra de Montesquieu, sostiene que «la libertad no tiene nada que temer de la judicatura en solitario, pero tendría mucho que temer de su unión con otra rama» (Máiz, 2015: 549).

⁴ En cierto modo, la independencia apunta hacia la realización de un presupuesto imprescindible para la organización de la democracia constitucional. La imparcialidad, en cambio, se proyecta sobre el proceso y afecta a la *justicia* de la resolución. Esa funcionalidad del poder judicial, como *pouvoir arrête pouvoir*, lo legitima democráticamente (y no solo constitucionalmente), «aunque solo sea «por la indudable eficacia *deslegitimadora* que la censura judicial implica» (Ibáñez, 1992: 76). La independencia «es una prerrogativa eminentemente funcional. Recubre —insisto de nuevo— no tanto a la persona cuanto a la función» (López Aguilar, 1996: 114).

La invisibilidad del poder judicial es la pieza sobre la que gravita su legitimación democrática. El poder judicial no debe contar con una organización permanente ni estar en manos de una clase. La ley debe regular la función de juzgar, pero no a los jueces. Si los ciudadanos han de ser juzgados por sus iguales⁵, solo el pueblo puede juzgar. Cuando los jueces se visualicen como un artificio distinto del pueblo, el judicial habrá dejado de ser independiente.

Siempre me han sorprendido estas afirmaciones de Montesquieu porque resultan difíciles de compaginar con su reiterada defensa de los llamados cuerpos intermedios. O la influencia de la «constitución inglesa» desequilibraba, en este punto, su calculado moderantismo, o intuía que el pensamiento ilustrado terminaría por entregar la función de juzgar a los comisarios políticos del rey y que esa era la única forma de impedirlo. Me inclino a pensar en una mezcla de ambas cosas. En todo caso, la historia más inmediata confirmará sus temores.

II. DOS TRADICIONES PARA UN MISMO Y DESIGUAL DESTINO

Mientras los ingleses se mantenían fieles a su idea de invisibilidad, preocupándose más por la imparcialidad del juez que por su independencia de los demás poderes (de hecho, nadie cuestionaba que la Cámara de los Lores fuese el más alto tribunal del país), la propuesta de Montesquieu, inspirada en la fórmula de jurados populares y jueces temporales de los británicos, cayó en saco roto.

1. LA INDEPENDENCIA ¿UNA GUERRA?

En su lucha contra el Ancien Régime, la Revolución francesa hizo bandera de la separación de poderes, pero también apostó decididamente por un poder judicial lo suficientemente visible como para poner fin a la maraña de Parlamentos, tribunales, jueces y otras instituciones históricas con funciones materialmente asimilables. Para ello reconvirtió la vieja figura del intendente regio, que representaba la *plenitudo potestas* del soberano, frente a las jurisdicciones locales y, en su lugar, reclutaron a un conjunto de servidores públicos encargados de aplicar la ley en nombre de la Revolución. Los jueces naturales

⁵ «Es necesario además que los jueces sean de la misma condición que el acusado, para que este no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño» (Montesquieu, 1987:109).

eran barridos para ser sustituidos por los muy visibles jueces de la constitución y el Estado. Los nuevos comisarios políticos del soberano⁶.

Los poderes intermedios eran una pieza clave en el modelo de monarquía moderada y respetuosa con la ley que defendía Montesquieu. Paradójicamente, en Francia, y por su influencia, en la Europa continental, la consolidación del Estado constitucional y la realización del principio de la separación de poderes se alcanzó mediante su erradicación. La teoría del Estado de Montesquieu no coincidía con la defendida por la razón ilustrada. Ni los Parlamentos ni la jurisdicción *seigneuriale et patrimoniale* ni los demás tribunales independientes podían considerarse, como antaño, *dépôt des lois*, encargados de filtrar el abuso y la arbitrariedad del monarca⁷. Ese atributo recaerá en la todopoderosa Asamblea Nacional. La expresión «los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley» adquiere ahora una nueva dimensión. Napoleón le dio forma.

Aunque la ley sobre la organización judicial de 1790⁸ ya había establecido distintos órdenes jurisdiccionales (tribunales de familia, de comercio, penales, administrativos) y un sistema vertical de órganos judiciales, todavía mantenía la idea de la libre elección de los jueces por los justiciables, aunque sobre los primeros pesaba la espada de Damocles de la prevaricación por aplicación indebida de la ley, a criterio del ministro de Justicia. El principio de legitimación democrática se plasmará en la Constitución de 1791, pero la invisibilidad del juez desaparecerá por completo con la llegada de Napoleón y la definitiva creación de la figura juez-funcionario.

⁶ Una transformación estudiada con detalle por Carl Schmitt (2013): «Los comisarios regios, de comisarios de negocios se habían convertido en comisarios de servicios. El comisario se convierte en un funcionario dependiente que tiene una competencia regulada, pero ya no es como en la Edad Media, representante personal inmediato, sino servidor del Estado» (*ibid.*: 147). «Así como la teoría conciliar se había hecho valer contra la *plenitudo potestatis* del papa, alegando que la plenitud del poder no debería ser ejercida por el papa, sino por la Iglesia, y que el papa tenía que abstenerse de intervenir de una manera inmediata en las escalas de la jerarquía y en las competencias ordinarias de los funcionarios, [...] los estamentos imperiales alemanes eran de la opinión de que la *majestas* no la tenía el emperador, sino el imperio (*imperium*), del que el emperador era tan solo una parte, así también, decían los Parlamentos franceses, el rey no está fuera del Estado, sino que es él mismo una parte del reino. La *gradation des pouvoirs intermédiaires* la consideraban como *dépôt sacré*, que vinculaba la autoridad del rey a la confianza del pueblo» (*ibid.*: 175-176).

⁷ En el caso español, ese proceso de cambio puede verse en Tomás y Valiente (1990: 11-32).

⁸ *Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire*. Su texto puede consultarse en este enlace: <https://bit.ly/3srHN23> (última consulta: 7-12-2021).

La Constitución del año X (Senadoconsulto de 4 de agosto de 1802) otorgaba la dirección del poder judicial al ministro de Justicia, que ocupaba un lugar destacado en el Senado y el Consejo de Estado; presidía el Tribunal de Casación y los tribunales de Apelación, siempre que el Gobierno lo estimase conveniente y ejercía la potestad disciplinaria sobre los jueces. La ley sobre organización judicial, de 20 de abril de 1810, dispuso que correspondía al Ejecutivo reclutar a los jueces y magistrados, que se convirtieron en administradores de justicia al servicio del emperador. El juez burócrata, desligado del pueblo, fue instrumentalmente absorbido por el poder ejecutivo, como si se tratase de una división especializada de la Administración. La opción revolucionaria por el juez visible y organizado como poder permanente del Estado, culminó en una organización profesionalizada y dependiente del poder ejecutivo.

La concepción del juez-funcionario se unió desde entonces a la idea de modernización y transformación de la justicia como servicio permanente del Estado. A medida que el Estado constitucional se democratizaba, la contradicción entre la figura del juez-funcionario y la independencia del poder judicial se acentuaba. En el centro de todas las preocupaciones se situaba la necesidad de buscar garantías jurídicas que asegurasen la independencia interna y externa de los jueces frente al poder ejecutivo y en recuperar la legitimidad democrática perdida, manteniendo, al tiempo, su visibilidad como poder permanente y profesionalizado del Estado. Se trataba, en definitiva, de demostrar que a través del derecho era posible articular un poder judicial independiente, sin necesidad de contar con el pueblo.

La imparcialidad del juez se convirtió en una cuestión meramente legal y secundaria. En términos constitucionales solo importaba cómo abordar su independencia. Progresivamente, aparecieron formas de selección de jueces un poco más objetivas y garantías como las de la inamovilidad, la no sujeción a mandatos procedentes de los otros poderes o de la propia jerarquía judicial y, sobre todo, la de la irresponsabilidad en los casos en que un tribunal superior revocase la decisión inicialmente acordada. El juez que resuelve técnicamente un conflicto, aunque su parcialidad sea manifiesta, es esclavo de su error y de su conciencia, pero, por regla general, nunca prevarica.

Todo el debate jurídico-constitucional pivotaba sobre la necesidad e intensidad de esa coraza protectora de la posición del juez, como si su sola existencia avalase, por sí misma, no solo la independencia del judicial frente a los demás poderes, sino también que sus resoluciones, digan lo que digan y traten de lo que traten, nunca podrán ser calificadas como políticas. Serán técnicamente criticables, pero el juez-funcionario público con una independencia jurídica garantizada, por ese solo hecho, siempre resolverá con fundamento en razones ajenas a las que mueven las decisiones políticas.

Confieso que nunca he entendido muy bien ese razonamiento. Una cosa es que se pueda ser independiente y otra que se sea. Además, en ningún sitio está escrito que la independencia sea el antídoto de la política. Lo cierto es que sobre esa premisa nació la conveniente e interesada simplificación consistente en diferenciar entre criterios de oportunidad, que serían los propios de la política, y los de razonabilidad, que serían los que sustentan las decisiones judiciales. Todos los informes y todas las razones legales que figuran en un expediente administrativo para justificar una determinada actuación pública se reducen y subsumen en una decisión que es considerada de mera oportunidad, mientras que una sentencia mínimamente motivada pasa por ser la expresión de la razón objetiva. Exagero intencionalmente los extremos del argumento con el solo fin de subrayar que la independencia solo es un presupuesto contextual, pues un juez jurídicamente independiente puede ser parcial y, al revés, un juez designado por el poder ejecutivo o por el legislativo puede ser completamente imparcial⁹. No existe una relación de causa-efecto entre una y otra garantía, aunque se complementen y, lo que es más grave, a menudo se confundan.

Quedaba una segunda cuestión por resolver: cómo justificar que el poder de juzgar se ejerciese en nombre del pueblo, pero sin el pueblo. El artificio de persuasión jurídica ideado para la ocasión es sobradamente conocido: el juez está legitimado democráticamente porque aplica la ley, que es la expresión de la voluntad general manifestada por los representantes del pueblo. Como justificación de la legitimación democrática del juez-funcionario, el argumento resulta bastante pobre y poco convincente, aunque solo sea por el hecho de que también otros muchos funcionarios públicos aplican a diario la ley y, no por ello, se dice que participen de aquella legitimación.

La legitimación del juez profesional y no elegido por el pueblo es estrictamente funcional: sin él, no sería posible instaurar una democracia constitucional. El juez-funcionario está legitimado democráticamente, no porque aplique la ley, sino porque su función es *conditio sine qua non* del sistema democrático¹⁰.

⁹ Por eso, «no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del juez ya que este puede ser independiente y, sin embargo, no ser imparcial y viceversa» (Picó i Junoy, 1998: 32).

¹⁰ Desde esta óptica, cobran pleno sentido las palabras de Requejo Pagés (1989: 185) cuando señala que «para un juez la independencia es la nota más sobresaliente, para el ciudadano concreto que se sitúa ante un juez o tribunal es mucho más relevante la imagen de imparcialidad que en última instancia será la que imbuya a ese ciudadano confianza en los tribunales y, en suma, actuará como factor de legitimidad del Estado constitucional».

Ello no impide que se visualice como un poder público permanente, dotado de su propia organización y distinto del pueblo. Acaso por ello, en los sistemas de justicia continental ese modelo dominante del juez-funcionario se suaviza y complementa con algunas formas de justicia en las que existe una participación ciudadana mucho más directa, como los tribunales del jurado.

Hasta la llegada del constitucionalismo de entreguerras y el debate acerca del control de la ley —y por ende, del posible carácter contra-mayoritario de la jurisdicción— esa fue, en términos muy esquemáticos, la situación del poder judicial en el continente europeo. Un período que Giannini (1986: 49) denominó, con acierto, el del «Estado de clase única».

Los jueces no son *societad civil*. Son autoridades del Estado que hacen visible el poder de juzgar como distinto del de gobernar o legislar. Para corregir los efectos no deseados de esa visualización y asegurar su independencia, se les ha dotado de unas determinadas condiciones de ejercicio y de una protección jurídica reforzada que, al parecer, los convierte en distintos. Todos hacemos política, menos los miembros del poder judicial. Solo ellos, por el estatus legal que les rodea y la función que desempeñan, obedecen a los designios de la razón. El resto de los mortales, o bien nos movemos por intereses no racionales o tenemos la razón contaminada de pasiones.

En este modelo, el poder judicial es un «peso sin contrapeso» (Guarnier, 1993), una autorización en blanco carente de toda *accountability* ciudadana. Antes bien, cualquier intento de modificación de su estatuto (reforma del sistema de acceso, de la carrera profesional, de las condiciones de trabajo, de sus órganos de gobierno...) será presentada ante la opinión pública como una injerencia política dirigida a menoscabar su independencia.

En el sistema de juez-funcionario, la independencia judicial se ha convertido en una poderosa arma política que, a su manera, todos invocan en defensa de la democracia. El poder judicial nació para neutralizar a los demás poderes. La línea de separación entre neutralizar y sustituir siempre será demasiado fina y quebradiza. En ese espacio de inevitable fricción todos hacen política, también los jueces. Pero estos últimos cuentan, como después veremos, con el casco de Hades de la independencia que les permite, a su antojo, hacerse invisibles. Los jueces no están en la escaramuza política, pero son parte de ella.

2. «LIKE THE UMP?»

En los países del *common law*, el poder judicial también se ha ido profesionalizando y haciéndose progresivamente más visible, pero manteniendo siempre

un firme anclaje con el pueblo como factor de legitimación democrática y de control externo de la responsabilidad del juez y del sistema de justicia¹¹.

No parece necesario retroceder a la época en la que el juez Coke defendía la preferencia del *common law* frente a su arbitrario desconocimiento por parte de las normas aprobadas en nombre del rey. En el derecho anglosajón siempre se ha reconocido sin complejos la capacidad creadora de derecho del juez y, por tanto, la significativa dimensión política de la labor consistente en hacer justicia.

Esta herencia fue reacondicionada, especialmente en su tratamiento constitucional, por las colonias norteamericanas desde sus inicios, pero, sobre todo, tras la guerra de independencia y los debates surgidos como consecuencia de la redacción y aprobación de la Constitución federal. Sin entrar ahora en detalle, mientras en la práctica jurídica los esfuerzos se concentraban en garantizar el principio de imparcialidad del juez como una vertiente del derecho al *due process of law*, en el debate político constitucional, aun existiendo claras referencias a esa imparcialidad, la cuestión principal se proyectaba sobre el delicado y complejo asunto relativo a la determinación de las relaciones entre los diversos sistemas de justicia de los estados y el destinado a aplicar y controlar el derecho federal.

En el primer ámbito se presentaba un debate sobre el juez y el alcance de los *civil rights* a través de su defensa en juicio. En el segundo, la cuestión se planteaba en términos de separación y reparto del poder político. Aunque ya me he ocupado de este asunto en otro lugar (Caamaño, 2020: 237-260), resulta obligado remarcar que el federalismo es una reafirmación de los valores democráticos y republicanos y que, en su ideario, todos los poderes del Estado están conectados con el pueblo y responden ante él. Los jueces y tribunales no eran ajenos a ese circuito democrático al que se unía una marcada tradición de tribunales populares tanto en asuntos civiles como penales. No es de extrañar, en consecuencia, que a pesar de la visión elitista de alguno de los padres fundadores, la elección popular de los jueces o su designación directa y temporal por órganos políticos (el gobernador o la asamblea legislativa del Estado) constituyese, con algunas matizaciones y variaciones locales, la base sobre la que se conformaron los distintos sistemas de justicia que integran el poder judicial de aquel país. En los *Papeles del Federalista* se aprecia de modo meridiano que la discusión acerca de la independencia del juez se circunscribía a su delimitación como poder neutralizador en relación con los otros poderes del Estado, de modo que, salvo alguna puntual referencia a la necesidad de establecer

¹¹ De hecho, «los jueces ingleses nunca han sido verdaderamente incorporados a la administración» Guarnieri (2002).

alguna garantía jurídica protectora¹², la discusión se movía en torno a la responsabilidad del juez y, sobre todo, a su elección y designación.

Si el poder de realizar los nombramientos se dejara a la rama ejecutiva o legislativa, existirá el peligro de una sumisión inapropiada a la rama que ostente ese poder. Si lo ostentan ambas ramas, la judicatura intentará evitar desagradar a cualquiera de ellas. Si es responsable de ello el pueblo o personas elegidas por el pueblo para este fin, habría una excesiva inclinación hacia el populismo, que haría ilusoria la creencia de que se ceñirían a la Constitución y a las leyes (Plubius, Hamilton)¹³.

Esta sucesión encadenada de imposibles sirvió para justificar que los nuevos miembros de la mayor autoridad judicial del país, el Tribunal Supremo, fuesen nombrados directamente y de modo vitalicio por el presidente de los Estados Unidos con el *advice and consent* del Senado. Una solución que hoy, desde la mentalidad europea, muchos considerarían manifiestamente contraria al principio de independencia judicial.

Desde fechas muy tempranas los sistemas de designación y elección de los jueces convivieron bajo muy diversas tradiciones locales, experimentando significativas variaciones según las tendencias políticas y sociales dominantes en la vida de cada uno de los estados. En el año 1832 el estado de Misisipi decidió que todos los miembros de la judicatura estatal fuesen elegidos mediante elecciones partidistas, lo que tuvo una importante repercusión sobre otros estados. Por contraposición, en 1934, como reacción a los populismos y con el fin de articular un sistema de justicia más eficaz frente al crimen organizado, California fue el primer estado de la Unión en sustituir las elecciones judiciales vinculadas a los partidos políticos (*partisan elections*), por un sistema de nombramientos de jueces (*apointtive system*) designados directamente por el gobernador (*Nonpartisan Court Plan*) a partir de un grupo de candidatos previamente seleccionados por una comisión participada por distintos sectores profesionales de la justicia. En el año 1940, el estado de Missouri aprobó un plan para articular un sistema de méritos en el acceso a la judicatura con el fin de favorecer la especialización, mejorar la calidad del servicio y reducir la dependencia partidaria que podía derivarse del sistema de elección ciudadana. El Merit-Plan o Plan Missouri tuvo un notorio éxito (se entremezclaba un

¹² A diferencia de Montesquieu, Hamilton defiende la permanencia de los jueces federales «mientras demuestren buena conducta». Y añade: «Nada puede contribuir más a la independencia de los jueces que unos ingresos fijos para su mantenimiento» (Máiz, 2015: 556).

¹³ *Ibid.*: 554-555.

proceso de selección técnica y de formación). Los jueces eran elegidos por el gobernador a partir de un conjunto de candidatos seleccionados por una comisión en la que participaban juristas y representantes de la ciudadanía. Los jueces designados tenían un tiempo inicial de ejercicio del cargo y, para su permanencia en el mismo, se dispuso la necesidad de que fuesen confirmados mediante el voto popular (*retention election*).

En la actualidad existen cinco sistemas fundamentales de selección de jueces: designación por quien encabeza el poder ejecutivo (presidente/gobernadores); designación por el legislativo (como en Virginia o Carolina del Sur); elecciones con candidatura de partido (*partisan contested election*); sin presencia de partidos (*nonpartisan contested election*), y de méritos (*commission-assisted gubernatorial appointment*), con y sin *retention election*.

Salvo puntuales excepciones, los jueces norteamericanos son mayoritariamente elegidos mediante procesos políticos participados directamente por la ciudadanía o liderados por órganos de naturaleza eminentemente política. Con desigual intensidad se mantiene un modelo de selección y responsabilidad del juez estrechamente unido a la política y a la participación ciudadana. En el derecho anglosajón el poder judicial es un poder fuerte, pero que todavía conserva ciertos rasgos de invisibilidad. Montesquieu diría «más independiente». No es la ley, sino la ciudadanía la que sujeta y legitima directamente al juez, entre otras razones porque en los sistemas de *common law* la ley parlamentaria comparte espacio con la jurisprudencia. Todo ello ha dado lugar a una convivencia más normalizada entre jurisdicción y política (*political clause, self-restraint...*), en la que a la independencia se llega desde la imparcialidad, y no a la inversa.

Con todo, en los Estados Unidos se ha planteado y sigue vivo un interesante debate político y jurídico acerca de hacia dónde debe encauzarse el proceso de selección de jueces. Los defensores del sistema de selección por méritos recurren a un argumentario que, como señala Gardner Geyh (2019: 79), se ilustra muy bien en la explicación que ofrece a los escolares la División de Educación Pública de la American Bar Association: los jueces son como los árbitros de béisbol, fútbol o baloncesto. Lo relevante no es cómo y quién los haya designado. Lo que importa es cómo han dirigido el encuentro y si los espectadores consideran que, aún teniendo errores, han sabido interpretar el juego y resolver las situaciones comprometidas sin incurrir en favoritismos.

Ahora bien, el juez entendido como un árbitro (*like the ump*), debe limitarse a aplicar las reglas a los hechos. Si esta es la función del juez, entonces no es conveniente que sea elegido por el pueblo. El árbitro no debe ser nombrado por las hinchadas de los equipos ni estas deben decidir su continuidad porque, entonces, intentará contentar a quien le apoye. Las elecciones no favorecen que los jueces piten aquello que ven, sino aquello que quieren ver los que los votan.

Frente a esta postura, los defensores de la elección popular de los jueces alegan que los jueces, además de árbitros, también son creadores de las reglas y las interpretan con arreglo a sus convicciones personales e ideología. Su visión del juego no es neutral y, a través de la suma de partidos, cada uno de ellos intenta rehacer las normas acomodándolas a sus preferencias. Solo el reproche de los espectadores permite corregir esas desviaciones. Además, cuando los *fans* de uno y otro equipo acuerdan participar en el proceso de selección del árbitro, existe una mayor atención ciudadana, más transparencia y sus decisiones son mejor aceptadas.

Detrás de este debate subyacen algunas cuestiones fundamentales en las que claramente se entrelazan política y jurisdicción. La principal tiene que ver con el significado político de juzgar en un Estado democrático.

III. EL REPUBLICANISMO BAJO LA TOGA

La expresión «neoconstitucionalismo» no acaba de convencerme¹⁴. A mi juicio, otorga un halo de modernidad a la vieja idea del gobierno de los jueces y sobredimensiona la parte dogmática de la Constitución, olvidando que los derechos y libertades fundamentales nada serían sin la parte orgánica. No me imagino una constitución sin el hemiciclo de un Parlamento o sin la sala de vistas de un tribunal. En el primero se ordena el futuro. En la segunda se resuelven conflictos que vienen del pasado. La voz del juez, aunque se proyecte hacia el futuro, siempre lo hará sobre la reverberación de lo ya ocurrido.

Tampoco es de mi agrado otra expresión, intelectualmente menos precisa, pero mucho más icónica, que ha causado fortuna desde que Tate y Vallinder (1995) la utilizaran por primera vez y Ran Hirschl (2004) la popularizase: «La juristocracia». No niego, sin embargo, que más allá de la semántica hay hechos que destellan en rojo. El día 24 de septiembre de 2019, el Tribunal Supremo del Reino Unido hizo pública la Sentencia mediante la que resolvía los asuntos *Miller v. The Prime minister* y *The Advocate General of Scotland v. Joanna Cherry MP and other*. Más allá del caso, el Tribunal acababa de declarar que ni las decisiones puramente institucionales ni la tradicional soberanía de Westminster iban a ser obstáculo a su función de control. El último bastión acababa de caer. ¿Estábamos ante el fin de la democracia representativa y el comienzo de una nueva forma de gobernanza pública en la que, a través de su función de control, los jueces asumen, en última instancia, un papel protagonista en la dirección de la vida pública?

¹⁴ Cfr., Carbonell y García Jaramillo (2010) y Marín Castán (2017: 123 y 125).

No lo creo. Su protagonismo y visibilidad es incuestionable. Las decisiones de los jueces condicionan las agendas políticas de las democracias. La justicia constitucional no solo ha promovido el control de la ley y de los compromisos internacionales entre Estados. Además, ha impulsado el derecho de acceso al juez hasta alcanzar los últimos rincones: el del control íntegro del Gobierno, el de los *interna corporis acta* de las cámaras parlamentarias, las decisiones de las autoridades administrativas independientes, los acuerdos internos de los partidos políticos y otras organizaciones de relevancia constitucional... Si algo no está sujeto a control judicial es porque no existe.

Mientras esto ocurre, la vieja teoría de los actos políticos, el *selft-restraint* o las diferencias entre actos reglados y discrecionales se han ido reubicando en el rincón del olvido. Todo se ha judicializado y la política no iba ser una excepción. Los principios de motivación, racionalidad y proporcionalidad se han convertido en leyes naturales mediante las que los jueces gestionan el derecho positivo. La cultura de la jurisdicción ha ido adueñándose del derecho hasta el punto de exigirse que se motive el resultado de una votación secreta¹⁵.

Este empoderamiento del juez no es el principio del fin de la democracia, pero es evidente que ha debilitado su alma republicana. En los procesos de deliberación pública ha aparecido un nuevo circuito en el que la responsabilidad política es examinada como si se tratase siempre de una responsabilidad jurídica. Obviamente, no hablo de un retorno a los principios organizativos de las sociedades preestatales en las que ambas responsabilidades se confundían. Antes bien, lo que quiero decir es que los poderes públicos no solo deciden pensando en los intereses de la ciudadanía, sino que también evalúan lo que posteriormente dirá un juez. Los procesos de decisión política, aunque se ajusten a la legalidad, anticipan hoy un *riesgo justicia*, como factor políticamente relevante e imponderable y, por ese motivo, prefieren saber lo que el juez pueda decir antes de actuar¹⁶, incluso, en situaciones de emergencia¹⁷. Tal

¹⁵ Vid. la STC 206/1992, en la que se otorga el amparo solicitado porque el Senado no ha motivado suficientemente el acuerdo del Pleno por el que se denegó la autorización para decretar el procesamiento de un miembro de la Cámara. Un acuerdo que según el Reglamento del Senado es secreto.

¹⁶ El retorno del control previo de constitucionalidad, como consecuencia del conflicto existente entre la voluntad popular, manifestada en el referéndum de aprobación del Estatuto de Autonomía para Cataluña y la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, es muestra de esa inquietud de la política por conocer el criterio del juez antes de decidir, aunque ello suponga sacrificar el principio de presunción de constitucionalidad de la ley.

¹⁷ Me refiero a la ampliación de competencias de las salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, operada por la

es el dominio del juez y tales son las consecuencias políticas de sus decisiones, que los otros poderes han habilitado cauces para convertirlo en consultor y anticipar su opinión.

Los jueces no solo son creadores de derecho. También participan en los procesos de decisión política manteniendo un diálogo y, a veces hasta un pulso, con los demás poderes del Estado¹⁸. La ley ya no es garantía de seguridad jurídica. Lo único seguro es aquello que se *acuerda* por o con el juez. Las virtudes cívicas y el buen hacer institucional son insuficientes. Ha de añadirse el aval del juez para serenar al pueblo.

La democracia de fondo republicano, basada en el diálogo competitivo entre mayorías y minorías, la confianza política y la decisión mediante el voto,

disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, facultando a dicho tribunales para la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. En este caso, se habilita el control judicial de las medidas sanitarias que piensa adoptar el Poder Ejecutivo antes de que entren efectivamente en vigor.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) sobre el *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) aprobado por la Unión Europea, ilustra perfectamente lo que se quiere indicar en el texto. Como se sabe, en esta sentencia el BVerfG declaró, por primera vez, *ultra vires* una Sentencia del TJUE (*Weiss*, asunto C-493/17, de 11 de diciembre de 2017). En su criterio, el Gobierno y el Parlamento federales vulneraron el derecho fundamental de los demandantes de amparo a la «autodeterminación democrática» por no haber adoptado las medidas imprescindibles para reaccionar contra las decisiones del Banco Central Europeo (BCE) derivadas del PSPP que, en su criterio, no han sido suficientemente motivadas ni se ajustan al principio de proporcionalidad. El BVerfG para defender el derecho a la democracia de los ciudadanos recurrentes cuestiona la actuación y la voluntad expresada por los órganos constitucionales encargados de la dirección política del país. La crisis que provocó ese fallo no solo a nivel interno sino en la gobernanza del la UE es bien conocida. Pero, acaso, lo que más llama la atención desde la óptica de nuestro análisis, es que, al conocerse la sentencia y como reacción a la misma, el pleno del Bundestag aprobó una moción de apoyo al emisor europeo y a sus políticas de compra de bonos, respaldada por los votos de los grupos parlamentarios CDU/CSU, socialdemócratas del SPD, liberales del FDP, Los Verdes, registrándose solamente la oposición de los partidos de extrema derecha Alternativa para Alemania (AfD) y extrema izquierda Die Linke. ¿Cómo solventar este conflicto entre razones democráticas? Con la motivación o la proporcionalidad o, por el contrario, atendiendo a las necesidades y a la urgencia de reactivar la economía para favorecer el bienestar de la ciudadanía. Para un detallado examen de esta Sentencia vid. Rodríguez de Santiago (2021: 295-331).

se ha encontrado con un nuevo interlocutor que opera con una lógica y una metodología forjada para resolver, desde la neutralidad, casos y conflictos concretos, y no para responder a los retos que conforman la dirección de la vida pública. Si, a pesar de ello, el republicanismo pierde peso y el judicialismo gana posiciones, no solo se debe a la pérdida de valor de los procedimientos habituales de participación democrática, sino también al casco de Hades de la independencia, que invisibiliza políticamente al poder judicial ante los ojos del pueblo. Un arma de dioses que, en este nuevo contexto, nada tiene que ver con la garantía jurídico-procesal de la imparcialidad.

El cálculo del impacto derivado de la conjunción de ese doble circuito deliberativo —el de la democracia representativa y el judicial— ha de pasarse por múltiples filtros en función de la realidad y la cultura de cada país. Quienes, en palabras del juez Holmes (1959: 21), siempre han pensado que el derecho es «las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más, ni nada menos», tendrán más facilidad asimilar el impacto. Y allí donde se han implementado fórmulas efectivas de control popular del poder judicial o, cuando menos, ha prendido un sentimiento cívico de *accountability* judicial, estarán mejor preparados para reparar los desequilibrios graves que se puedan producir, pues cuentan con un sistema de alerta temprana que históricamente les ha advertido de los riesgos de una excesiva judicialización de la vida pública¹⁹.

En el modelo de juez-funcionario, característico del derecho continental europeo, el proceso de adaptación y cambio se adivina bastante más complicado porque ni existe la tradición del juez creador de derecho (lo complementa, sigue diciendo el art. 1.6 del Código Civil) ni tampoco un control democrático de su actuación.

Ahora bien, durante tiempo ese impacto se ha visto contenido como consecuencia del establecimiento de un sistema de jurisdicción constitucional concentrado inspirado en el modelo kelseniano. Solo tres países (Alemania, Austria y España) cuentan con un procedimiento de control de constitucionalidad abstracto o sin caso que, por su naturaleza y el perfil de los sujetos legitimados, es el de mayor connotación política. Además, en aquellos países políticamente descentralizados, antes de la jurisdicción de la ley, el poder judicial, a través de la

¹⁹ Mientras en el derecho anglosajón la *judicial review* es aceptada con prevención por los riesgos que puede comportar para la democracia, en el sistema europeo la jurisdicción constitucional es abrazada como un impulsor del cambio democrático, admitiéndose un constitucionalismo judicialmente dirigido. Sobre esta cuestión, en términos de evolución comparada, vid. Ahumada Ruíz (2005). Esta desconfianza en la revisión judicial de la ley es el fundamento de conocidas corrientes de pensamiento y de relevantes obras jurídicas. Así, Ely (1980); Bickel (1986); Waldron (2018), y Kramer (2008), entre otros.

denominada jurisdicción de Estado, ya resolvía conflictos entre leyes procedentes de distintos entes territoriales, por lo que existía cierta cultura de control judicial del poder político.

Con todo, el factor de contención más relevante nace de la diferenciación estructural entre poder judicial y jurisdicción constitucional, no solo desde una perspectiva jurídico-constitucional, sino también política y social. Los tribunales constitucionales no forman parte del poder judicial y, por tanto, su relación con los otros poderes del Estado se ha configurado y comprendido de forma distinta. La judicialización de la gobernanza del Estado aparecía como algo puntual y circunscrito a la jurisdicción constitucional, en tanto que garante y cierre del sistema democrático. Visto así, era un mal menor, absolutamente necesario y, en todo caso, contenido. Un solo órgano, con funciones y características específicas —un *legislador negativo*- formado por un reducido número de personas, elegidas por otros órganos de relevancia constitucional y con un mandato temporalmente limitado.

Ocurre, sin embargo, que ese deslinde se ha ido progresiva y aceleradamente desdibujando. El «juez ordinario» -en la terminología acuñada por nuestro Tribunal Constitucional- es hoy un juez del derecho (incluida la ley) más que un juez de casos. Sería del todo inadecuado generalizar esta afirmación, pero creo que no es exagerada cuando pensamos en los altos tribunales y, especialmente, en aquellos que culminan la organización judicial. A poco que se examine la evolución de los procedimientos de casación (no solo en España) se comprueba que operan más al servicio de tribunales concebidos como órganos de depuración del ordenamiento jurídico, anulando, creando y modificando reglas jurídicas para su aplicación general, que pensando en la resolución de casos concretos. A ello debemos sumar el planteamiento por los jueces de la cuestión de inconstitucionalidad, de la cuestión prejudicial, la aplicación directa del principio de primacía del derecho de la UE o el sorprendente resurgir del principio de prevalencia²⁰ y la traslación, a veces irreflexiva y descontextualizada, de la jurisprudencia constitucional, de la del TJUE o la del TEDH a la resolución de los conflictos judiciales. El resultado de este apretado resumen es la aparición de un poder judicial en cuya cúpula existe una equivocada preocupación por asegurar la igualdad en la aplicación judicial del derecho, que lo transmuta en un legislador informal de segunda vuelta, olvidando que la razón de ser del derecho fundamental de acceso al juez consiste, precisamente, en poder demostrar que mi caso no es exactamente igual al previsto en la ley.

²⁰ Vid. las SSTC 102 y 204 de 2016. Un comentario en De la Quadra-Salcedo Janini (2017).

La suma de todos estos factores conduce a una situación inquietante que afecta a la gobernanza democrática, pero también a la comprensión de los derechos y libertades fundamentales. Las sentencias de los altos tribunales ponen más énfasis en establecer una doctrina de carácter general que en ofrecer una respuesta individualizada a la persona y su particular caso, lo que los lleva a objetivar los criterios de admisión y a reproducirlos de manera sistemática. Interesa más intervenir en la dirección de la comunidad que la justicia del caso. Se olvida que el poder judicial no nació para definir la igualdad (tarea que incumbe al legislador), sino para hacer justicia a lo diferente.

Este incremento de las tensiones entre política y jurisdicción forma parte de la dificultad inherente al concepto de *juzgar* en una sociedad plural y democrática. Desde que se estableció la *judicial review* en los Estados Unidos de América, la literatura sobre este asunto, sus inflexiones históricas y sus repercusiones políticas y sociológicas, es inabarcable. Lo que resulta verdaderamente novedoso es la tendencia hacia el desequilibrio causado por la mayor influencia política del poder judicial, singularmente en los países en los que existía una tradición jurídica distinta. Con ello quiero significar que cierta penetración de la justicia en la política, y a la inversa, está en la naturaleza de las cosas y dentro de lo esperable. Si bien esta distinta dimensión de la independencia judicial opera autónomamente y al margen del objetivo de favorecer su imparcialidad, sirve de contrapeso razonable, sin perjuicio de que puedan darse, si se me permite la expresión, situaciones de *abuso de independencia*.

Por contraste con lo anterior, lo que en mi criterio resulta carente de fundamento constitucional profundo —es decir, más allá de la literalidad de cada constitución— es la invocación de la garantía de la independencia en todos aquellos otros ámbitos de comunicación bidireccional entre justicia y política que, razonablemente, no pueden incluirse en el concepto de *juzgar*. En esa esfera externa al poder de juzgar es donde la interferencia de la justicia sobre la política es más intensa, más preocupante, más desconcertante y más innecesaria.

IV. NEUTRO, PERO EN CINEMASCOPE

En el modelo de juez-funcionario la sospecha de presiones gubernamentales sobre los jueces prende con facilidad. El esfuerzo realizado estableciendo garantías legales que impidiesen la indebida remoción de los jueces, una interesada política de promoción y ascensos o un uso selectivo de la potestad disciplinaria, no parecía suficiente. Para terminar con esa destructiva desconfianza en la neutralidad de la justicia se pensó que sería una buena idea visualizar políticamente a los jueces como poder, confiriéndoles una voz colectiva propia y capacidad suficiente para autogobernarse.

Puesto que el poder judicial reside en cada juez o jueza individualmente considerada cuando ejerce su exclusiva potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, para alcanzar ese objetivo algunos países sintieron la necesidad de incorporar, como en el mito de la caverna de Platón, una institución-sombra. Un órgano que, sin ser uno de los poderes del Estado, apareciese regulado junto a ellos en la constitución y que hablase como si fuese el poder judicial, porque aparenta representarlo colectivamente y autogestionar los intereses que conciernen a los miembros de la carrera judicial. Subrayo lo de carrera, pues los jurados imparten justicia, son poder judicial, pero, a estos efectos, no serían jueces.

Surgió así una figura constitucional en tierra de nadie, cuya teórica razón de ser es amplificar políticamente la voz del poder judicial para dotar de mayor eficacia persuasiva a las garantías legales de su independencia. Si, como hemos visto, la independencia es una garantía ambiental del principio de imparcialidad, su representación en pantalla gigante comporta la llegada de un nuevo actor principal al escenario de la política.

Italia inició este camino con la regulación por la Constitución de 1948 del Consiglio Superiore della Magistratura, cuyo modelo sirvió de inspiración a otros países, entre ellos el nuestro. Allí donde existe ese modelo de consejo del poder judicial, gran parte de la ciudadanía confunde la sombra con la realidad y hasta sienten como normal que el poder judicial tenga dos bocas: la que dice la ley, a la que apenas prestan atención, pues, salvo casos de especial relevancia pública, las resoluciones judiciales solo incumben a las partes en conflicto; y la que llena los informativos, reivindica mejoras para los jueces, denuncia injerencias de los otros poderes del Estado o les afea políticamente su conducta²¹.

Los consejos del poder judicial opacan al poder que dicen proteger, porque el relato que amplifican no es el de los jueces, sino el posicionamiento político-corporativo de la institución, construido mediante un circuito interno de poder, dominado por las asociaciones judiciales²².

La principal consecuencia de este modelo de consejos del poder judicial es que, de tanto abanderarla, se han adueñado de la independencia de los jueces. Han creado un nuevo concepto de independencia que califican de judicial,

²¹ Un episodio de intervención puramente política del CGPJ español fue el suscitado como consecuencia del Acuerdo del Pleno de dicho órgano (de 17-12-2020), instando al Congreso de los Diputados a que le pidiese un informe previo a la tramitación de una proposición de ley de reforma de la LOPJ, cuando, como es sobradamente conocido, ese requisito solo se exige en relación con los proyectos de ley. Ninguna razón, salvo la política, justifica un requerimiento de esa naturaleza.

²² Sobre las asociaciones judiciales vid. Serra Cristóbal (2008).

pero que poco o nada tiene que ver con ella. Las posiciones construidas en los órganos de decisión de estos consejos de la judicatura son la expresión política del órgano y la reducción de las concepciones acerca de la justicia y del modo en que debe ordenarse su administración que existen en su interior. Por esta razón, sus decisiones están sujetas a control judicial. La garantía de la independencia judicial no reside en los consejos de la judicatura, sino en la ley y en el juez. El análisis de aquellas sentencias en las que los órganos judiciales de los países democráticos con consejo de la judicatura declaran la vulneración del principio de independencia, nos pone ante la enorme paradoja de su creación: los consejos de la judicatura (que controlan los actos que afectan a la carrera de los jueces) son los que más veces infringen la garantía de la independencia judicial. Si la independencia de los jueces se dejase en mano de los consejos, acabarían siendo mucho menos independientes.

Se comprende así por qué en otros muchos países democráticos no existe esta figura y por qué sus jueces no son menos independientes. Los consejos de la judicatura solo han servido para crear una falsa y equívoca imagen de independencia al servicio de la contienda política y por completo ajena el principio de independencia que protege a las personas titulares del poder judicial del Estado. Con ello, no solo no se ha aminorado la natural desconfianza ciudadana en el juez-funcionario, sino que se ha incrementado la percepción de una justicia politizada e, incluso, próxima a los partidos políticos.

Pero si esto ya es de por sí preocupante, más me parece que este concepto de independencia, si se me permite el juego de palabras, independiente de la independencia judicial esté contaminando progresivamente a este último.

En efecto, la concepción de la independencia judicial dominante en Europa, singularmente a la vista de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, tiende a considerar que la existencia de un consejo de la judicatura es un presupuesto básico para la eficacia de la independencia judicial (Bustos Gisbert, 2020). Los jueces están imponiendo a los demás poderes del Estado, especialmente al legislador, un concepto de independencia judicial expansivo y que se proyecta sobre ámbitos muy distantes de la función de juzgar. Dicho con otras palabras: con el pretexto de la independencia están blindando una zona de no interferencia política, pero desde la que hacer una política que incide directamente en la gobernanza de la vida pública y muy distante de la que puede estimarse imprescindible para ejercer el poder de juzgar. Ya no son, si es que alguna vez lo fueron, los depositarios de la ley que deben aplicar con independencia. Se han hecho dueños de la ley que determina cómo debe ejercerse el poder de juzgar y cuál ha de ser el alcance de sus garantías.

La visualización de los jueces funcionarios en cinemascopo no ha servido para reforzar la independencia del juez en su función de juzgar. Solo ha venido a incrementar las tensiones entre jurisdicción y política, y a redimensionar la

función política del juez como amo y señor del derecho al que siempre asiste la razón, aunque esta no se acomode a la orientación democrática de la comunidad.

V. UNA PROPUESTA PARA EL DEBATE

Partimos, en este apretado viaje, de una idea que está enraizada en el primer constitucionalismo y su marcado espíritu liberal: la invisibilidad del poder judicial como presupuesto de su legitimación democrática y único medio de asegurar su capacidad para neutralizar eficazmente a los otros poderes del Estado. Hemos visto la distinta evolución de este concepto en los países de derecho anglosajón y en los de derecho continental, y cómo el principio de independencia del juez nació para favorecer su imparcialidad. El ciudadano espera que el juez que haya de resolver su caso sea imparcial y una forma de perder esa condición es que se demuestre que ha recibido instrucciones de otras autoridades o personas. El juez dependiente puede ser parcial, pero el juez independiente también puede llegar a serlo. Este concepto de independencia está directamente vinculado al proceso y a la función constitucional de juzgar.

Concorre, además, una segunda dimensión externa de la independencia, constituida por un conjunto de garantías legales cuya finalidad es evitar perturbaciones indirectas sobre el juez procedentes de los otros poderes del Estado, singularmente del ejecutivo (inamovilidad, régimen retributivo carrera profesional, imposibilidad de cese salvo comisión de actos ilícitos, control del régimen disciplinario...).

Ambas dimensiones de la independencia judicial están presentes, con distinta intensidad, en los sistemas de *common law* y de derecho continental, si bien en el primer caso existe menos riesgo de que la independencia del juez se pueda convertir en tiranía porque su mayor profesionalización como autoridad pública se ha compatibilizado con procesos que permiten la participación ciudadana en su elección o permanencia, o bien a través de fórmulas de exigencia de responsabilidad basadas en una cultura de la *accountability* que obliga a los jueces a tener muy presentes las consecuencias de sus decisiones sobre los equilibrios democráticos constitucionalmente establecidos.

Sin embargo, en algunos países en los que rige la figura del juez-funcionario, se ha intentado sustituir esa *accountability* democrática mediante la creación de un órgano de relevancia constitucional que opere como portavoz y garante político de la independencia de los jueces.

Esta sobrevisualización del poder judicial no ha aportado mayor independencia a los jueces, ha incrementado innecesariamente las áreas de fricción entre política y justicia y, sobre todo, ha servido para gestar una suerte de

concepto autónomo de independencia judicial que opera como arma de posicionamiento en el debate político, otorgando un pretendido plus de razonabilidad de la posición de los jueces frente a la razonabilidad *partidista* (no independiente) del Parlamento y el Gobierno.

Esta faceta claramente política de la independencia judicial ha establecido un preocupante *bypass* con su concepto propiamente jurídico, hasta el punto de que se está imponiendo en los altos tribunales europeos una línea jurisprudencial que tiende a sostener que allí donde hay un consejo de la judicatura hay más probabilidades de que los jueces sean independientes, sin motivar cuál es la relación de causa efecto en la que sostienen esa afirmación. Los consejos pueden ser un refuerzo adicional, pero no son una garantía de la función de juzgar y, menos, la única.

La institucionalización reforzada del poder judicial produce un innecesario acrecentamiento del espacio público ocupado por lo judicial que distorsiona la idea originaria de independencia y abre un frente amplio e intenso de confrontación entre la política y los representantes políticos de la judicatura, lo que alimenta las denuncias de juristocracia. Por eso, en lugar de promover los consejos de la judicatura²³ puede ser más prudente y conveniente recuperar una poca de la invisibilidad perdida. Montesquieu se alegraría, pero, sobre todo, lo agradecerá la democracia.

Bibliografía

- Ahumada Ruiz, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Andrés Ibáñez, P. (1992). Jueces, Constitución y Estado de Derecho hoy. *Nuevo Foro Penal*, 55.
- (2021). El Consejo: la institución devastada. *Jueces para la Democracia*, 100, 75-88.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.
- Bustos Gisbert, R. (2020). Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33, 148-163.
- Caamaño, F. (2020). El poder judicial en la federación y el gobierno de la judicatura. En R. Punset Blanco y L. Tolivar Alas (coords.). *España: el federalismo necesario* (pp. 237-260). Madrid: Editorial Reus.
- Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2017). La reanimación de la prevalencia ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 307-340. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.10>.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

²³ En el caso del Consejo General del Poder Judicial español, tanto la valoración pública como la doctrinal es señaladamente crítica. Por todos, vid. Nieto (2004); Íñigo Hernández (2008); Lucas Murillo (2018), y Andrés Ibáñez (2021).

- Gardner Geyh, C. (2019). *Who is to judge? The Perennial Debate Over Whether to Elect or Appoint America's Judges*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190887148.001.0001>.
- Giannini, M. S. (1986). *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas.
- Guarnieri, C. (1993). *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*. Bolonia: Il Mulino.
- (2002). El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado. En R. Jiménez Asensio (coord.), *El acceso a la función judicial. Estudio comparado* (pp. 19-40). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Hirchsl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Holmes, O. (1959). *La senda del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot Editorial.
- Íñigo Hernández, D. (2008). *El fracaso del autogobierno judicial*. Madrid: Civitas.
- Kramer, L. D. (2008). *The People Themselves: Popular constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press.
- López Aguilar, J. (1996). *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Lucas Murillo, P. (2018). *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. Madrid: Editorial Reus.
- Máiz, R. (2015). *El Federalista*. Madrid: Akal.
- Marín Castán, M. L. (2017). Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, 20, 123-135.
- Montesquieu (1987). *Del espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos.
- Nieto, A. (2004). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.
- Picó i Junoy, J. (1998). *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Requejo Pagés, J. L. (1989). *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2021). Sobre democracia, metodología y dinero. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, sobre el PSPP. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122, 295-331. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.09>.
- Schmitt, C. (2013). *Ensayos sobre la dictadura*. Madrid: Tecnos.
- Serra Cristóbal, R. (2008). El derecho de asociación de los jueces: asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 115-145.
- Tate, C. N. y Vallinder, T. (eds.) (1995). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press.
- Tomás y Valiente, F. (1990). De la Administración de justicia al poder judicial. En *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa* (pp. 11-32). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo XXI.

POLÍTICA, INDEPENDENCIA Y AUTOGOBIERNO JUDICIAL: CUATRO MIRADAS

Politics, independence and judicial self-government: Four perspectives

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Universidad Complutense de Madrid

rafabust@ucm.es

Cómo citar/Citation

Bustos Gisbert, R. (2022).

Política, independencia y autogobierno judicial: cuatro miradas.

Revista de Estudios Políticos, 198, 93-120.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.04>

Resumen

En este ensayo se examina la cuestión del autogobierno del poder judicial desde la óptica de la independencia judicial entendida esta como un principio con tres vertientes: subjetiva (como derecho), objetiva (como principio de organización del Estado) y estatutaria (como principio inspirador del estatuto jurídico de los jueces). El autogobierno sería el elemento básico de la dimensión objetiva de la independencia judicial. El estudio se articula desde cuatro puntos de vista. Primero el de la Constitución de 1931, en cuyos debates se discutió en profundidad el concepto de autonomía judicial. En segundo lugar, el de la evolución de la definición del concepto en Europa con la clara preferencia en favor de un modelo de consejo judicial de tipo italiano para la articulación de la independencia. En tercer lugar, se estudia la crítica a ese modelo tanto teórica como práctica. En cuarto lugar, y de manera conclusiva, se propone un punto de vista que identifique los elementos mínimos del autogobierno judicial para garantizar la independencia del poder judicial sin eliminar la legitimación democrática que éste ha de mantener.

Palabras clave

Independencia judicial; autogobierno; Constitución de 1931; consejo judicial; parámetros europeos; desconcentración de funciones.

Abstract

This paper addresses judicial self-government from the standpoint of judicial independence. Here judicial independence is understood as a three-pronged principle: subjective (as a right), objective (as a principle of state organisation) and statutory (as a principle inspiring the legal status of judges). Judicial self-government should be understood as the core element of the objective dimension of judicial independence. The study is articulated from four perspectives. First, the 1931 Constitution, in whose debates the concept of judicial autonomy was discussed in depth. Secondly, the evolving definition of the concept in Europe, with a clear preference for an Italian-style judicial council model for the establishment of independence. Thirdly, the critique of this model, both theoretical and practical, is discussed. Fourthly and finally, a concluding proposal is put forward to identify the minimum elements of judicial self-government needed to guarantee the independence of the judiciary without erasing the democratic legitimacy that the judiciary must ultimately retain.

Keywords

Judicial independence; self-government; 1931 Constitution; judicial council; european standars; functional decentralisation.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO: EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL. II. UNA MIRADA AL PASADO: LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN 1931. III. UNA MIRADA A EUROPA: UN MODELO DUAL CONSTRUIDO EN VARIAS FASES: 1. Fases en la construcción de los estándares europeos. 2. Un modelo *tolerado* frente a un modelo *preferido* de autogobierno judicial en Europa. IV. UNA MIRADA CRÍTICA AL MODELO *PREFERIDO* EN EUROPA (ESPECIALMENTE EL MARCO DE LOS MOVIMIENTOS ILIBERALES): 1. Las críticas al modelo *consejo*. 2. La ineficacia de los consejos ante las regresiones del Estado de derecho. V. UNA MIRADA PROPOSITIVA: POLÍTICA, INDEPENDENCIA Y AUTOGOBIERNO. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. PLANTEAMIENTO: EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

En este trabajo no se pretende hacer una exposición crítica del sistema de autogobierno judicial español. Hay trabajos de gran calidad en la literatura académica española que se han ocupado de este tema y han diagnosticado con detalle los problemas principales que la aquejan. Entre ellos debemos destacar sin duda los de Pablo Lucas Murillo de la Cueva (2018) y Diego Iñiguez Hernández (2008) o los numerosos trabajos de Perfecto Andrés Ibañez (desde el publicado junto a Movilla Alvarez, en 1986 hasta el muy reciente de abril de 2021 en el que declara al Consejo General del Poder Judicial como un órgano devastado). A estas monografías me remito para alcanzar una cabal comprensión de dicho diseño constitucional, de su evolución y de su valoración, a los que se puede unir las reflexiones recogidas en la encuesta que sobre la independencia judicial propuso la revista *Teoría y Realidad Constitucional* en 2016.

El objetivo de este trabajo es mucho más modesto. Pretendemos aproximarnos al problema de la articulación del autogobierno judicial desde cuatro prismas diferentes para intentar ofrecer una visión de conjunto de la cuestión. Intentaremos, pues cuatro miradas: la del antecedente inmediato (la Constitución de 1931), la de las exigencias europeas respecto a la garantía de la independencia judicial, la de las críticas realizadas al modelo *consejo judicial* impulsado desde Europa y, por último, la de una propuesta de aproximación al problema que no venga condicionada por el modelo institucionalmente elegido.

Pero para poder llevar a cabo estas cuatro miradas hacia el autogobierno es necesario, primero, delimitar mínimamente el concepto que da justificación y sustento a dicho autogobierno: la independencia judicial. Efectivamente, si

existe el autogobierno judicial es porque se busca garantizar la independencia de los jueces.

En otro lugar (Bustos, 2022) hemos desarrollado *in extenso* la cuestión recordando (Laporta, 2019) que es un concepto multifacético. Por ello hemos procurado definirlo como un principio jurídico (en el sentido de Alexy) que presenta tres manifestaciones: subjetiva, objetiva y estatutaria. Desde el primer punto de vista la independencia judicial es un principio de derecho fundamental que pretende asegurar la ausencia de presiones sobre el juez cuando ejerce la función jurisdiccional en aras de la salvaguarda del derecho a un juicio justo de los ciudadanos (la salvaguarda del derecho a un juez independiente). Desde el segundo punto de vista, es un principio de organización del Estado en virtud del cual ha de garantizarse la ausencia de injerencias del resto de poderes en el funcionamiento del poder judicial (la garantía de un poder judicial independiente). Desde un tercer punto de vista, la independencia judicial es el principio en virtud del cual ha de blindarse la posición jurídica del juez para hacerle inmune frente a cualquier tipo de presiones (aseguramiento de la independencia del juez). En este último caso ha de subrayarse, por un lado, que las presiones frente a las que se blinda al juez pueden proceder tanto de otros poderes (independencia externa), como del propio poder judicial (independencia interna) y, por el otro, que en Europa no se ha llegado a reconocer (como sí ocurre en el sistema Interamericano) la existencia de un verdadero derecho del juez a su independencia más que, si acaso, en un estado muy embrionario.

Cuando hablamos de autogobierno judicial nos estamos refiriendo, obviamente, a la fórmula constitucional elegida para garantizar el desarrollo de la dimensión objetiva del principio. Sin duda el derecho al juez independiente, la garantía de un poder judicial independiente y el derecho del juez a un estatuto jurídico garante de su independencia no son conceptos intercambiables, pero sí se condicionan mutuamente. La falta absoluta de identificación de los tres conceptos hace posible encontrar sistemas en los que las dimensiones subjetiva y estatutaria están plenamente garantizadas sin que la dimensión objetiva lo esté (por ejemplo, en sistemas en los que la organización y administración del poder judicial depende del poder ejecutivo). O casos en los que se diseña un poder judicial con todas las garantías de independencia objetiva y, sin embargo, el derecho al juez independiente de los ciudadanos no está garantizado (porque, por ejemplo, las decisiones judiciales no se pueden ejecutar sin la anuencia de otros poderes) o la independencia estatutaria está seriamente amenazada (por una situación de dependencia respecto a los órganos del propio poder judicial).

En este punto es importante resaltar que a menudo la independencia (en sus tres vertientes) de los jueces depende no tanto de normas jurídicas expresas,

como de convenciones y prácticas constitucionales de modo que las mismas normas y diseños institucionales pueden funcionar de manera radicalmente diferente según los contextos jurídicos e históricos en los que se apliquen.

Un último apunte es importante destacar al principio de estas líneas. La caracterización de la independencia judicial como un principio nos permite entenderlo como un mandato de optimización susceptible de cumplimiento gradual. Esto es, la independencia judicial no es una regla binaria entre dependencia/independencia, sino entre más/menos independencia y con ello la clave estará en el establecimiento del umbral mínimo tolerable de dependencia. De esta forma el punto de vista del análisis no es el de determinar si un determinado diseño constitucional del autogobierno es o no respetuoso de la independencia judicial, sino de en qué medida garantiza esa independencia (la objetiva) y en qué medida ello es compatible con la garantía de las otras manifestaciones del principio (subjettiva y estatutaria).

De este modo la perspectiva del presente ensayo es, esperamos, ya suficientemente clara: examinar el autogobierno judicial como forma de garantizar la independencia del poder judicial frente a la influencia de la política.

II. UNA MIRADA AL PASADO: LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN 1931

Observar cómo en 1931 se afrontó la cuestión que nos ocupa no es interesante solo como una forma útil de determinar los perfiles de una institución, sino sobre todo porque, aún posiblemente sin ser conscientes de ello, los brillantes constituyentes de la II República identificaron algunos de los problemas del autogobierno judicial como elemento básico de la garantía del principio de la independencia judicial¹. Tras las brillantes alocuciones de Luis Jiménez de Asúa, Fernando de los Ríos, Andrés Ossorio y Gallardo o Javier Elola² se ponían de relieve los problemas derivados de intentar sustituir un

¹ Los debates se recogen en los *Diarios de Sesiones* de 11 de noviembre (n.º 71), 12 de noviembre (n.º 72), 13 de noviembre (n.º 74), 17 de noviembre (num. 75), 18 de noviembre (n.º 76), 19 de noviembre (n.º 77).

² Los nombres de Luis Jiménez de Asúa o de Fernando de los Ríos, presidente de la Comisión Constitucional y ministro de Justicia respectivamente, no necesitan mayor cita. Probablemente tampoco Andrés Ossorio y Gallardo, presidente de la Comisión Jurídica Asesora redactora del Anteproyecto de Constitución y, entonces, presidente del Colegio de Abogados de Madrid. Más desconocido es Javier Elola, entonces magistrado del Tribunal Supremo (cuya Sala III llegaría a presidir), quien añadió al debate constituyente apuntes de gran modernidad para la época y reflexiones realmente interesantes. Su propia (y dramática) trayectoria es digna de ser recordada como hace

sistema de dependencia organizativa y gubernativa del poder judicial respecto del Ministerio de Justicia (característico del constitucionalismo histórico anterior) por un sistema que, en palabras del presidente de la Comisión Constitucional, diera origen a un «poder fortísimo» al que se le da «una prestancia que antes no tuvo»³. Se trataba (Aparicio Pérez, 1995: 165) de crear un «contramodelo» frente a los anteriores diseños del poder judicial. Pese a que las continuas remisiones a la ley dejaran a la Constitución en este punto en un mero esqueleto de una promesa no cumplida (Alcalá-Zamora, 1937: 548) lo cierto es que el debate constituyente arroja un interesante prisma para el análisis del autogobierno judicial.

El debate constituyente abordó desde un principio el problema al plantearse el modo de encabezar el título de la regulación que en el constitucionalismo anterior había oscilado entre «poder judicial» en las constituciones progresistas y «administración de justicia» en las conservadoras. Tras esta discusión aparentemente nominal se debatía sobre la propia naturaleza del judicial y su consideración o no como un verdadero poder. La solución de compromiso (encabezar el título como «Justicia») no evitó que una doble concepción se enfrentara a lo largo del debate. Por una parte, la de aquellos que consideraban que al tratarse de un verdadero poder debía gozar de autogobierno y la de quienes, por el contrario, consideraban que el gobierno de los jueces debía recoger las mayorías políticas del momento bien a través del Parlamento, bien a través del ejecutivo. Los primeros, en gran medida encabezados por Ossorio y Gallardo defenderán por ello, desde el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, el reconocimiento de la «autonomía judicial» entendida como la capacidad de autogobierno del poder judicial⁴. Los segundos promoverán otras soluciones que alejaran el, para ellos, peligro del corporativismo judicial entre cuyas voces más autorizadas, la de Elola que, siendo él mismo magistrado, alertará frente al riesgo de una *oligarquía judicial* que pueda imponerse a la democracia y acabará

Vázquez Osuna (2003) en cuanto juez que trató de defender las garantías mínimas de los procesados en los momentos más difíciles tanto en Madrid como en Barcelona (siendo destituido en varias ocasiones de su puesto por ese motivo) y pese a ello (o quizás por ello) fusilado en Montjuic. al finalizar la guerra.

³ Luis Jiménez de Asúa en la presentación del proyecto de Constitución aprobado en la Comisión. *Diario de Sesiones*, de 27 de septiembre de 1931, n.º 28, pag. 647.

⁴ Para una descripción de la autonomía judicial puede consultarse la alocución de Ossorio y Gallardo el 12 de noviembre de 1931 (*Diario de Sesiones* n.º 72, pags. 2304-5) realizado en constante diálogo con Elola y en la posición del presidente de la Comisión Asesora se define la autonomía judicial a partir de manera prácticamente idéntica a cómo hoy entenderíamos como autogobierno judicial.

afirmado que sus contrincantes persiguen la sustitución de un ministerio de justicia políticamente responsable por otro elegido por los jueces.

Las ponderadas posiciones de Jiménez de Asúa y, sobre todo, las aportaciones al debate de los Ríos darán origen a una regulación híbrida en la que se partía de la consideración del judicial como poder solo cuando se está en ejercicio de la función jurisdiccional, pero que recogiera la necesidad de alejar la presión de los otros poderes en su organización y funcionamiento. Para ello se fortaleció la posición del presidente del Tribunal Supremo a quién se confiaron importantes competencias y, sobre todo, se atribuyó una posición institucional muy singular.

El fortalecimiento de la posición institucional del presidente del Tribunal Supremo va a quedar claro tanto en la duración de su mandato (diez años) como en el original⁵ sistema de nombramiento por el presidente de la república de entre una terna elegida por una asamblea de cincuenta miembros cuya composición se remitía a la ley (rechazándose enmiendas que proponían su elección popular directa o su elección exclusivamente corporativa). Este sistema de elección será criticado por Elola, quien con un fino sentido jurídico sostendrá que si el cargo es técnico debería ser elegido por cooptación y si el cargo es político debería ser elegido por el Parlamento.

El primer desarrollo será la Ley de 8 de octubre de 1932 evaluada positivamente por todos los autores en cuanto permitía una importante representación (aunque inferior a un tercio) del Parlamento, pero con una composición en lo restante muy plural de los sectores más interesados en el buen funcionamiento del poder judicial⁶. Sin embargo, la segunda ley, de 13 de junio de 1936 ya en la cercanía del inicio de la Guerra Civil, mostrará el peligro de la remisión de la cuestión a la ley al cambiarse la composición de dicha Asamblea para que el partido en el gobierno pudiera controlar sin problemas el nombramiento⁷.

⁵ En su crítica Javier Elola sostendrá que se «pretendía dar una lección de originalidad al mundo» (*Diario de Sesiones*, de 17 de noviembre de 1931, n.º 75, pag. 2382).

⁶ Según la ley, componían la asamblea: los presidentes de sala del Tribunal Supremo, los miembros del Consejo Fiscal, los presidentes de las audiencias territoriales, los jueces de primera instancia que ocuparan los diez primeros puestos de su escalafón en el momento de convocarse la asamblea, quince diputados designados por el Parlamento, los decanos de los colegios de abogados de capitales de provincia con más de cincuenta mil habitantes, los decanos de las facultades de Derecho y los presidentes de las reales academias nacionales de Ciencias Morales y Políticas, por un lado, y de Jurisprudencia y Legislación, por el otro

⁷ La ley redujo de tres a dos los nombres que podía proponer la asamblea y aseguró la clara mayoría del Gobierno en dos de las tres ramas en las que dividió la asamblea. La rama parlamentaria compuesta por veinticinco diputados elegidos por el Parlamento.

Respecto a sus competencias según el art. 97 de la Constitución, el presidente del Tribunal Supremo no solo gozaría de competencias importantes en el ámbito gubernativo, sino que además sería miembro nato de la Comisión de Justicia de las Cortes en la que podría realizar propuestas y emitir su opinión y votar en las materias allí objeto de discusión. Se reconocía además su competencia (apartado a) de iniciativa para «preparar y proponer» leyes de reforma tanto del poder judicial como de las leyes de procedimiento al ministro de Justicia y a la Comisión de Justicia. Con ello se creaba una facultad a medio camino entre la iniciativa legislativa propiamente dicha y el derecho de petición cuya eficacia, sin embargo, parecía muy improbable⁸.

Mayor interés despierta el apartado b) del precepto en cuanto establece la facultad del presidente de proponer al ministro de Justicia «los ascensos y traslados» de jueces y magistrados de acuerdo con la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y «los asesores jurídicos» que la ley designe entre profesionales que no ejerzan la abogacía. El interesante texto nunca fue desarrollado legislativamente, pero a tenor de los debates parlamentarios que se sitúan en su origen claramente pretende ser el reflejo de la autonomía judicial solicitada desde distintos sectores para garantizar su separación del ejecutivo⁹. Con este texto, aceptado por Ossorio y Gallardo, se pretendía dar al presidente (con el apoyo de órganos colegiados intra y extrajudiciales) la posibilidad de influir de manera determinante en el gobierno interno de la justicia. La norma sin embargo nunca fue objeto de desarrollo por lo que quedó por saber cómo y

La rama judicial compuesta por los presidentes de sala del Tribunal Supremo, el fiscal general de la república, el presidente del Tribunal de Casación de Cataluña, el teniente fiscal del Tribunal Supremo, los presidentes de las quince audiencias territoriales y el juez que ocupe el número 1 del escalafón. La rama de funcionarios administrativos y decanos de colegios estaría compuesta por los decanos de los colegios de abogados de Madrid, Barcelona y Valencia y otros siete elegidos por sorteo entre los correspondientes a las doce audiencias territoriales restantes, ocho representantes de la Administración general del Estado y siete catedráticos de Derecho (los quince últimos miembros designados directamente por el Consejo de Ministros)

⁸ Nicolás Pérez Serrano (1932: 293) habla de un «semiderecho de iniciativa», dudando claramente de su eficacia.

⁹ El precepto fue el resultado del debate antecitado entre defensores de la constitucionalización de la autonomía judicial y sus detractores y que se reproduciría en el de este concreto precepto (*Diario de Sesiones*, de 17 de noviembre de 1931, n.º 75). En concreto es el ministro de Justicia (De los Ríos) el que lo propone con la idea anunciada con anterioridad de crear un órgano colegiado responsable de la garantía de la posición de los jueces (*Diario de Sesiones*, de 13 de noviembre de 1931, n.º 74, pag. 2341).

quién elegiría a esos «asesores» y, sobre todo, si la facultad de propuesta vincularía en alguna medida al ministro de Justicia¹⁰.

El fracaso de la regulación constitucional del poder judicial en la República se mostrará con muda elocuencia en las leyes de 8 de septiembre de 1932 y de 9 de julio de 1936, ambas aparentemente sobre jubilaciones, pero que hicieron posible, sobre todo la primera pues la segunda no tuvo vigencia real, un eficaz control político sobre los jueces.

En lo que aquí interesa, y pese al evidente fracaso de la experiencia republicana, debe destacarse cómo el constituyente de 1931 apuntaba hacia los problemas del autogobierno judicial de una forma que aún nos puede ser muy útil. En concreto destacaríamos: (i) el judicial solo es poder en cuanto juez en ejercicio de la función jurisdicción y es ahí donde ha de ser plenamente independiente; (ii) en cuanto institución la justicia ha de gozar de la suficiente autonomía para hacer posible la independencia del único poder judicial real (el juez en ejercicio de la jurisdicción); (iii) la articulación concreta del autogobierno se mueve entre el polo técnico (que conduce a la cooptación entre miembros del propio poder judicial) y el polo político (que conduce a la elección parlamentaria y gubernamental de los miembros de los órganos de autogobierno); (iv) en la Constitución se apuntaba un modelo de autogobierno judicial (quizás podríamos ver en él un «embrión» de los actuales consejos judiciales) con un presidente fuerte acompañado de dos órganos de asesoramiento, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y un grupo de asesores no compuesto por juristas; (v) la eficacia de las reglas constitucionales en garantía del autogobierno fue nula dado el contexto político en el que entraron en vigor.

III. UNA MIRADA A EUROPA: UN MODELO DUAL CONSTRUIDO EN VARIAS FASES

Al volver la vista a Europa para la definición de los estándares en materia de autogobierno judicial (o lo que es lo mismo de regulación de la independencia judicial objetiva) resulta imprescindible adoptar una perspectiva diacrónica y comprensiva de las dos formas de integración vinculadas al Consejo de Europa (CdE, en adelante) y a la Unión Europea (UE,

¹⁰ El apartado b es a juicio de Niceto Alcalá-Zamora (1937: 567), el único salvable de un precepto que no fue suficientemente debatido, mientras que Pérez Serrano (1932: 295) expresa su interés, aunque considere «perniciosa» e incomprensible la intervención de los «asesores».

en adelante) pues solo de esta forma puede entenderse el sentido y alcance de dichos estándares.

1. FASES EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS

Tanto en el CdE como en la UE pueden distinguirse claramente tres fases¹¹ que discurren en paralelo en la construcción de estándares relacionados con el autogobierno judicial en los Estados miembros.

En una primera fase, que podríamos llamar de *indiferencia*, ambas organizaciones se limitan a hacer un somero control de respeto a los estándares de respeto al Estado de derecho en el momento de decidir la adhesión de los Estados a la organización internacional. Este requisito es explícito en el caso del CdE desde su origen y consuetudinario en el caso de la UE¹². En ese análisis, superficial, de respeto al Estado de derecho se incluía, como no podía ser de otra forma, el de la garantía de la independencia judicial, pero no era objeto de una supervisión estricta, ni se examinaba en concreto el problema del autogobierno judicial, sino solo la suficiente garantía del derecho a un juez independiente. Por ello, no es de extrañar que durante este periodo ambas organizaciones consideraran la regulación del autogobierno judicial un asunto que debía quedar en el margen de apreciación nacional (en el caso del CdE) o en el ámbito de aplicación del principio de autonomía institucional (en el caso de las entonces Comunidades Europeas). Igualmente, lógico será que el análisis de la cuestión de la independencia judicial se realizara en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE) desde ópticas extremadamente deferentes con los Estados y centradas en los aspectos que más interesaban a ambas organizaciones. Por eso no es de extrañar que el TEDH aceptara como tribunal independiente, desde la óptica del derecho a un juicio justo del art. 6 del Convenio, a las comisiones administrativas de supervisión penitenciaria en el Reino Unido¹³ o que

¹¹ Bobeck y Kosař (2013: 5 y ss.) apuntaban las dos primeras fases y vinculaban los contenidos también a la actividad de Naciones Unidas. Coincidimos y desarrollamos en las páginas siguientes parte de los análisis de los autores checos.

¹² Así el artículo 4 del Estatuto de Londres establecía que solo los Estados que estuvieran en condiciones y dispuestos a cumplir las condiciones del art. 3 podrían ser invitados a ser parte del CdE lo que suponía reconocer «el imperio del Derecho» además del respeto a los derechos y en el caso de la UE se imponía en las negociaciones de adhesión como bien pudo comprobar el régimen franquista durante los años sesenta del pasado siglo. Sería una obligación finalmente constitucionalizada en el art. 49 TUE en el Tratado de Lisboa pero ya en 2007.

¹³ STEDH *Campbell y Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984.

el TJUE estuviera dispuesto a reconocer como órgano jurisdiccional, por tanto suficientemente independiente, a los efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial a Sancho Panza como gobernador de la ínsula Barataria en la conocida crítica del abogado general Ruiz Jarabo¹⁴.

La caída del muro de Berlín y la transición a la democracia de los países del este de Europa supuso el inicio de una segunda fase, a la que podríamos denominar como de *impulso*, en el tratamiento de la cuestión. Desde la perspectiva del CdE se entendió necesario ayudar a dichas transiciones para lo que se aprobaron textos no vinculantes y se crearon órganos de apoyo a las mismas tanto de carácter general (muy singularmente la conocida Comisión de Venecia), como sectorial (en el caso de la independencia judicial tendrá sin duda particular relevancia la creación del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos, en adelante CCJE). Ello dio origen en los años noventa y primera década del siglo XXI a una profusión de textos incluidos en la líquida categoría de *soft law*¹⁵ que inspirarán de forma clara la evolución en la materia (Bustos, 2020b). La confluencia entre la UE y el CdE respecto a la regulación del poder judicial se producirá precisamente en el marco del mismo proceso histórico de transición pues la decisión de comenzar la negociación de la adhesión de los países del Este a la UE en 1993 vino acompañada por la acuñación de los llamados criterios de Copenhague (hoy constitucionalizados por el Tratado de Lisboa en el art. 49 TUE), que en materia de Estado de derecho, democracia y derechos debían cumplir los Estados candidatos. Como ha demostrado Siebert-Fohr (2009), en ausencia de parámetros propios acuñados en la UE para aplicar tales filtros en la adhesión, la Comisión Europea (por expresa indicación del Consejo) procedió a utilizar los estándares que se estaban acuñando en el CdE en el proceso de negociación de la adhesión. Con ello, aquellos estándares se fueron imponiendo de manera generalizada en los Estados del este de Europa que finalmente accedieron a la UE.

Una tercer y última fase comenzará en 2010, a la que podríamos llamar de *reacción*, en la que las regresiones en el Estado de derecho en Europa (fruto de los llamados movimientos iliberales) comienzan a manifestarse primero en el CdE y, posteriormente, en la UE. En ella el *soft law* se renueva de manera

¹⁴ Conclusiones del abogado general, Ruiz-Jarabo de 28 de junio de 2001, en el asunto C-17/00, *De Coster*.

¹⁵ En particular, la Recomendación (1994) 12 sobre independencia, eficiencia y papel de los jueces, adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994; la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces adoptada en una conferencia multilateral de junio de 1998, a los que se sumarán las opiniones e informes elaborados por la Comisión de Venecia y, a partir de 2001, por el CCJE. Sobre el contenido de estos textos Bustos (2020b: 163 -170).

generalizada a todos los niveles¹⁶ y comienzan a adoptarse medidas concretas en materia de garantía de la independencia judicial objetiva por los órganos políticos y jurisdiccionales europeos¹⁷. Así, primero en el CdE, el TEDH dictará una serie de sentencias seminales en los asuntos *Volkov c. Ucrania* (2013); *Baka c. Hungría* (2014 Sala y 2016 Gran Sala), *Nunes de Carvalho e Sa c. Portugal* (2016 Sala y 2018 Gran Sala) y ya más recientemente *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia* (Gran Sala, 2020)¹⁸. Por su parte, el TJUE en una desaforada¹⁹ actividad jurisprudencial desde 2018 pasará de una aproximación puramente funcional o utilitarista a una percepción verdaderamente constitucional (Andrés de Santamaría, 2021: 168-170) a partir de la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, asegurando la garantía de un poder judicial independiente reconociendo el efecto general (y directo más adelante) del art. 19.1 TUE leído de acuerdo con el art. 47 CDFUE²⁰. Desde

¹⁶ En concreto se deroga la Recomendación de 1994 por la Recomendación (2010)12, sobre jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades, adoptada por el Comité de Ministros el 10 de noviembre de 2010 a la que habrá que sumar la aprobación en el mismo día por parte del CCJE de la Magna Carta de los Jueces, el informe sobre independencia judicial (parte 1) de la Comisión de Venecia aprobado en marzo del mismo año 2010. Desde entonces en sus sucesivos informes y opiniones tanto la Comisión de Venecia como el CCJE han desarrollado las cuestiones relevantes en materia de independencia judicial. Sobre estos textos Bustos (2020b: 170-181).

¹⁷ Sobre la influencia de los estándares de la Comisión de Venecia en general, véase Hoffman-Reim (2014); el tema lo hemos desarrollado en profundidad respecto a la independencia judicial y en los distintos órganos consultivos en Bustos (2020b).

¹⁸ Sobre esta jurisprudencia nos hemos ocupado con detalle en Bustos (2022, en prensa).

¹⁹ Dada la frecuencia de las resoluciones dictadas por el TJUE (que debido a los casos pendientes continuará en los próximos años) es imposible recoger en su totalidad esta jurisprudencia. Véase Bustos (2022). Sobre la jurisprudencia, en castellano, hasta 2020 véanse Ugartemendía (2020) y Campos Sánchez-Bordona (2020), y en este mismo volumen la contribución de Sarmiento y Arnaldos. Como punto de partida son sin duda muy relevantes las visiones desde dentro del TJUE en los albores del proceso de Adam (2019) y Lenaerts (2019).

²⁰ La jurisprudencia en el tema ha sido muy numerosa (y no solo ha afectado a la organización judicial sino que se ha expandido a otros ámbitos de garantía de la independencia judicial en la UE y en los Estados miembros. Entre las sentencias dictadas destacaremos solo las más importantes: STJUE, Gran Sala, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, de 27 de febrero de 2018.; STJUE, Gran Sala, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, de 25 de julio de 2018; STJUE, Gran Sala, C-619/18, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, de 24 de junio de 2019; STJUE, Gran Sala, C-192/18, *Comisión c. Polonia (Independencia de las jurisdicciones de derecho común)*, de 5 de Noviembre de 2019; STJUE, Gran Sala,

un punto de vista no jurisdiccional, en la UE se pondrán en marcha con diverso grado de éxito mecanismos de defensa de la independencia judicial objetiva (y de otros aspectos del Estado de derecho) como el previsto en el art. 7 TUE, los dos marcos de reforzamiento del Estado de derecho y, finalmente, la condicionalidad en la recepción de fondos europeos²¹.

Tras esta reacción subyace la ruptura del sobreentendido según el cuál era «incontestable e incontestado» (Lenaerts; 2020: 30) que los Estados miembros de la UE y del CdE respetaban la independencia judicial. El principio de independencia judicial es un requisito existencial de la UE o si se quiere un «paradigma de la Unión Europea como unión de Derecho» (Adam y van Elsuwege, 2018). Sin duda algo parecido podemos decir del CdE (Nußberger, 2019). Sin tribunales independientes que apliquen sin presión de otros poderes del Estado el Derecho de la UE (y los estándares en materia de derechos del TEDH) la integración simplemente no es posible.

2. UN MODELO TOLERADO FRENTE A MODELO PREFERIDO DE AUTOGOBIERNO JUDICIAL EN EUROPA

Como puede imaginarse, no es sencillo resumir en unas pocas páginas los estándares en materia de autogobierno judicial resultantes de esta compleja evolución que además se aplica a un muy heterogéneo grupo de países con tradiciones constitucionales diversas y con culturas judiciales muy alejadas entre sí.

Debemos comenzar afirmando que ni el CdE ni la UE imponen un determinado modelo de autogobierno judicial pero sí expresan claramente su preferencia por uno concreto: el del Consejo Judicial inspirado en el diseño

C-585/18 (624/18 y 625/18), *A.K. (Independencia de la Cámara disciplinaria de la Corte Suprema)*, de 19 de noviembre de 2019; STJUE, Gran Sala, C-558/18 Y 563/18, *Miasto Lowicz*, de 26 de marzo de 2020; STJUE, C-272/19 *VQ/Land of Hessen*, de 9 de julio de 2020; STJUE (Gran Sala), C-510/19, de 24 de noviembre de 2020, *Openbaar Ministerie (Falsedad documental)*, C-510/19; STJUE, Gran Sala, C-824/18, *A.B. y otros (Nombramiento de jueces del TS Polonia)*, de 2 de marzo de 2021; STJUE, Gran Sala, C-896/19, *Repubblika*, 20 de abril de 2021; STJUE, Gran Sala, C-83/19 (y otros seis casos); *Asociación Judicial Foro de Rumanía (AJFR)*, de 18 de mayo de 2021; STJUE, Gran Sala, C-791/19 *Comisión c. Polonia. (Régimen disciplinario de los jueces)*, 15 de julio de 2021; STJUE, Gran Sala, C-487/19, *W.Z (Sala de control extraordinario y asuntos públicos del Tribunal Supremo y nombramiento juez de sala de TS)*, de 6 de octubre de 2021; STJUE, Gran Sala, C-748/19 a C-754/19. *Prokuratura Rejonowa e Minsku Mazowieckim c. WB y otros*, de 16 de noviembre de 2021.

²¹ Sobre la crisis del Estado de derecho y el funcionamiento de estos mecanismos véase últimamente Martin y Pérez de Nanclares (2019) y Martín Rodríguez (2021: 85 y ss.).

constitucional italiano del Consiglio Nazionale della Magistratura. Eso ha dado origen a un modelo *dual* de autogobierno judicial. El *preferido* (el de la creación de consejos judiciales) que se ha extendido por Europa especialmente a partir de la ampliación al Este de ambas organizaciones y otros modelos que podríamos considerar *tolerados* que engloban las más variadas fórmulas de organización judicial. Respecto al primero los órganos europeos han elaborado estándares bastante concretos e incluso, los han aplicado con claridad por sus órganos jurisdiccionales. Respecto a los segundos, los estándares son de mínimos y se articulan a partir del respeto a determinados criterios de control externo. Veámoslos por separado

Los que hemos denominado modelos *tolerados* proceden casi todos de Estados de derecho anteriores a 1989 (con algunas notables excepciones como la de la República Checa) que fueron avalados en el proceso de adhesión al CdE y a la UE. Se trata de fórmulas de gobierno judicial construidas en el marco de sistemas constitucionales muy consolidados. Buena parte de su funcionamiento no se asienta tanto en normas explícitas como en prácticas y convenciones capaces de evitar las interferencias *políticas* de otros poderes pese al poco desarrollo de mecanismos de autogobierno. De este modo reglas de gobierno que en otros Estados serían consideradas intolerables (como la dependencia en nombramientos, promoción o pura gestión de la carrera judicial de decisiones de los ministerios de Justicia) funcionan en la práctica con un exquisito respeto a la independencia judicial²². En estos casos los estándares europeos establecen solo algunas reglas de mínimos. Entre ellas podríamos destacar: (i) el respeto al principio de alteridad entendido como la inexistencia de vínculo funcional y orgánico entre los tribunales y el resto de poderes; (ii) el principio de legalidad entendido como respeto estricto a la ley en la aplicación de decisiones de gobierno del poder judicial; (iii) la inclusión de órganos independientes en los procedimientos (especialmente los relativos a nombramiento y promoción de jueces) que son asignados a instancias políticas, (iv) la supervisión judicial con plena capacidad de revisión de los actos de gobierno judicial realizados por otros poderes, y (v) el recientemente formulado principio de no regresión²³, en virtud

²² Posición aceptada por las instancias jurisdiccionales europeas como se muestra en la renuncia clara y radical del TJUE a examinar con un mínimo de profundidad la dependencia de los tribunales alemanes de los ministerios de Justicia de los Länder en *VQ/Land of Hessen* (citada). Precisamente uno de los argumentos del Gobierno polaco en la defensa de su captura del Consejo Judicial será que se le están intentando imponer límites a la libertad de configuración nacional de los consejos judiciales a la vez que se aceptan sistemas, como el alemán, que carecen de órganos de autogobierno judicial propios.

²³ Formulado por primera vez por el TJUE en abril de 2021 en el asunto *Republika* y ya ha sido aplicado en C-83/19 *AJFR*, par 162 y especialmente en C-791/19, *Comisión*

del cual toda modificación del gobierno judicial no puede implicar un retroceso en la garantía de la independencia.

El modelo *preferido* por las instancias europeas y claramente incentivado en su *soft law* y en la jurisprudencia²⁴ es, como decíamos, el modelo *consejo judicial* que sigue la estela del consejo italiano. Este modelo está mucho más elaborado en cuanto a sus estándares y ha de considerarse mayoritario en Europa. Sus elementos básicos, a nuestro juicio, serían: (i) los consejos judiciales han de estar reconocidos a nivel constitucional y desarrollados legalmente; (ii) la mayoría de sus miembros han de ser jueces elegidos por sus pares; (iii) han de evitarse todo tipo de posibles condicionamientos políticos en el nombramiento, funcionamiento o cese de los consejos; (iv) sus funciones han de orientarse a asegurar la posición del juez frente a cualquier presión externa tanto desde la defensa de su independencia individual como desde la del poder judicial en su conjunto, por lo que, desempeñará competencias esenciales en todas las cuestiones relativas al estatuto de los jueces y magistrados, y muy en particular respecto a la carrera judicial: selección, promoción, cese y régimen disciplinario; (v) las decisiones han de fundarse en criterios objetivos, preestablecidos y transparentes susceptibles de revisión judicial, y (vi) han de garantizar la defensa de la independencia de los jueces individuales y canalizar la rendición de cuentas de los jueces ante la sociedad.

Ha de notarse que la valoración de estos estándares ha de ser conjunta. Esto es, no se trata de que con el puro incumplimiento de uno de los criterios enunciados se deduzca la lesión al autogobierno independiente del poder judicial. Se trata más bien de apreciar si dadas las circunstancias concretas de cada caso puede concluirse que la independencia del poder judicial no está suficientemente asegurada. En esta valoración las apariencias serán relevantes en la medida en que dicha independencia no ha de ser considerada un privilegio de los jueces, sino una exigencia del Estado de derecho en virtud de la cual los ciudadanos han de confiar en que todo juez es impermeable frente a cualquier forma de presión externa y, por ello, actúa solo movido por el interés de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico. Pero, también ha de subrayarse

c. Polonia (*Régimen disciplinario de los jueces polacos*) paras. 50 and 51, en mayo y julio respectivamente del mismo 2021.

²⁴ Sobre todo en la del TEDH, pero también en los últimos años podría afirmarse del TJUE. Particularmente crítico con esta suerte de «agenda» en materia de autogobierno judicial propiciada por el TEDH se muestra KOSARŃ (2017: 112 y ss.) en cuanto impositiva de opciones constitucionales en materia de tribunales militares en el Reino Unido y Turquía o de la posición de los abogados generales en países francófonos. Previamente, junto a Lixinski (2015) había extendido esta crítica a la Corte Interamericana.

que de esta valoración conjunta puede deducirse judicialmente que un consejo judicial no cumple los estándares mínimos de independencia para desempeñar su función como han mostrado con toda claridad la STJUE *A. K. (Independencia de la Cámara disciplinaria de la Corte Suprema)* y STEDH *Reczkowicz c. Polonia*, de 22 de julio de 2021 respecto al régimen disciplinario de los jueces polacos²⁵, pero ya se había afirmado con rotundidad en la STEDH *Volkov c. Ucrania* y en la sentencia de sala en *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* (si bien la Gran Sala no confirmó esta aproximación). Dando un paso más, el TEDH en *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, de 8 de noviembre de 2021 ha urgido a Polonia para que tome las medidas necesarias para resolver el problema de falta de independencia del consejo judicial

La mirada a Europa nos ofrece por tanto varias claves que pueden ayudarnos en la difícil relación entre política y autogobierno. Entre ellas destacaríamos algunas: (i) la supervisión internacional de la independencia del poder judicial se ha intensificado a lo largo del tiempo en particular ante la caída del muro de Berlín, primero, y ante el auge de movimientos iliberales que cuestionan las bases mismas del Estado de derecho, después; (ii) los estándares básicos en materia de autogobierno judicial proceden en su mayoría de *soft law* elaborado en el seno del CdE y de la jurisprudencia del TEDH y, en los últimos tres años, del TJUE; (iii) no existe un modelo único de autogobierno en Europa, pero sí un modelo *preferido* (que sigue en sus líneas básicas el del Consejo Nacional de la Magistratura italiano); (iv) modelo que convive con otras muchas fórmulas, *toleradas*, de autogobierno judicial que normalmente se enraízan en largas tradiciones constitucionales, específicas de cada Estado y que, sin embargo, encuentran límites relevantes también en el espacio constitucional europeo.

Quizás una mirada crítica a este modelo *dual* pueda esclarecer un poco más la materia objeto del presente ensayo.

IV. UNA MIRADA CRÍTICA AL MODELO PREFERIDO EN EUROPA (ESPECIALMENTE EL MARCO DE LOS MOVIMIENTOS ILIBERALES)

La unanimidad europea en favor del modelo *consejo judicial* de tipo italiano se vio favorecida por el contexto en el cual se forja. En los años noventa del pasado siglo, el consejo judicial se entiende como una forma sencilla y

²⁵ Reiteradas respecto a la sala extraordinaria de revisión y asuntos públicos del Tribunal Supremo polaco en la STJUE *W. Z. (Sala de control extraordinario y asuntos públicos del Tribunal Supremo y Nombramiento juez de sala de TS)*, de 6 de octubre de 2021 y en la STEDH *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, de 8 de noviembre de 2021.

eficaz de *liberar* al poder judicial de los Estados sometidos durante decenios al sistema soviético. La ausencia de una cultura judicial de la independencia (existente y consolidada en las *viejas* democracias europeas) hacía imposible la aplicación de otros modelos en los que existiera una fuerte presencia del Parlamento o del Ejecutivo. El legítimo temor a que no pudieran erradicarse las prácticas de control gubernamental del poder judicial procedentes de los estados de la órbita soviética, se veía contrarrestado confiriendo las competencias de autogobierno judicial a un solo órgano elegido mayoritariamente por jueces de manera tal que no fuera posible el control político de las fundamentales competencias de acceso, nombramiento, promoción, inspección y régimen disciplinario de los jueces. Sin embargo, esta confianza se ha visto resquebrajada en los últimos 10 años. Posiblemente los motivos respondan, por una parte, a las críticas que el propio modelo suscita en sí mismo y a su ineficacia, por la otra, para dar respuesta a las regresiones en el Estado de derecho experimentadas en Europa en ese mismo periodo.

1. LAS CRÍTICAS AL MODELO CONSEJO

En lo referente a las objeciones a los consejos judiciales el Abogado General Michal Bobeck junto a David Kosař (2013: 13-16), enumeran cinco grandes críticas que merece la pena recoger con atención

En primer lugar, subrayan la falta de legitimidad democrática del consejo judicial porque se desapodera a los poderes electivos transfiriendo todos las competencias sobre la carrera judicial al consejo. En particular critican que los estándares creados por el *soft law* y por las decisiones jurisprudenciales europeas han sido generados de manera opaca, al margen de proceso democrático alguno y apoyado en pequeños grupos de jueces y altos funcionarios en el ámbito internacional que se reúnen en órganos desconocidos para la mayoría de los ciudadanos (sin duda el CCJE sería uno de los mismos, pero también los informes de la Comisión de Venecia son resultado, en lo que a independencia judicial se refiere, de la entrevista con los jueces nacionales). Incluso aun aceptando la creación de los estándares por los jueces hay un problema de representación tanto interna como transeuropea²⁶. La influencia inusitada de los jueces en la construcción de estos estándares les habría dado un excesivo

²⁶ La crítica de ambos autores es particularmente cruda en este punto al considerar que en los órganos consultivos europeos no había una verdadera representación de los jueces nacionales y además no estarían presentes jueces de todos los Estados. En concreto apuntan a la existencia de un fuerte activismo en este punto por parte de alguno de los primeros consejos judiciales creados en Europa. Bobeck y Kosař (2013:

sesgo corporativo del que los modelos resultantes no se han liberado. Al final, como hemos tratado de describir en otro lugar (Bustos 2020a) los estándares europeos en materia de independencia judicial (incluido el autogobierno) han sido creado por jueces dialogando con otros jueces y apelando a la decisión última de magistrados de los dos altos tribunales europeos.

En segundo lugar, consideran que el modelo *consejo judicial* no satisface las altas demandas de *accountability* propias de democracias avanzadas como las europeas. Efectivamente, las sociedades actuales exigen fuertes procesos de rendición de cuentas allí donde se ejerce alguna forma de poder. El judicial es un poder y por ello ha de rendir cuentas de sus actos ante los ciudadanos. El modelo *consejo* es ciertamente corporativo pues se rinde cuentas ante un órgano elegido mayoritaria por y entre jueces. Se consolida así el aislamiento y la protección de los jueces bajo el manto del consejo judicial. Ciertamente es posible que exista un fuerte corporativismo y ello no afecte a la formulación de altos estándares de independencia de los jueces, pero ello, posible en democracias consolidadas, puede ser un peligro en democracias nuevas. La crítica, ya presente en el debate constituyente de 1931, se reproduce: se ha sustituido un ministerio de justicia elegido y responsable ante los ciudadanos por otro ministerio de justicia (ahora llamado consejo judicial) elegido por los jueces y no responsable ni ante el Parlamento, ni ante los ciudadanos.

En tercer lugar, la creación de un consejo judicial lejos de garantizar puede amenazar la independencia judicial *interna*. Concentrar en un órgano corporativo las decisiones de nombramiento, promoción, inspección y disciplinarias puede originar redes clientelares extremadamente eficaces en círculos tan cerrados como los propios de la carrera judicial. Crea la posibilidad de ejercicio de un fuerte control por parte de jueces senior y, en especial, por presidentes de tribunales y miembros de los consejos. Incluida la posibilidad de que las propias asociaciones de jueces acaben convirtiéndose en mecanismos de promoción de las carreras de sus miembros. Además, recuerdan los dos autores citados, estos mismos jueces seniors, presidentes de altos tribunales (y cargos relevantes de asociaciones judiciales, podríamos añadir) son los que participan en esos foros internacionales que acuñan y matizan los estándares²⁷. Jueces de alto nivel que, en el peor de los casos, pueden pretender asumir un poder que antes estaba en manos de los ministros de justicia.

13-14). Menos críticas con el funcionamiento de las redes judiciales transnacionales se muestran Claes y de Visser (2010).

²⁷ Bobeck y Kosař refieren algunos ejemplos verdaderamente alarmantes de esta situación en algunos de los países del Este (2013: 21-27).

En cuarto lugar, no deja de ser significativo que buena parte de las democracias europeas más consolidadas hayan incentivado la creación de esos consejos, pero ellas mismas no los hayan creado. Entre las democracias europeas más consolidadas solo Italia, Francia y Bélgica optan por este modelo. Sin embargo, ni Alemania ni Holanda, ni Reino Unido ni Irlanda ni ninguna de las democracias escandinavas han asumido un modelo equiparable al italiano. Ciertamente en estas democracias se han creado diferentes y muy heterogéneas formas de autogobierno (alguna incluso con el nombre de Consejo), pero no se trata de órganos que sean equiparables al modelo expuesto más arriba ni en cuanto a su organización ni, sobre todo, en cuanto a sus competencias.

En quinto y último lugar, los autores citados apuntan que el modelo *consejo* no tiene en cuenta las peculiaridades del sistema judicial de cada Estado. No solo no se tiene en cuenta la cultura política y el legado histórico, sino tampoco la propia cultura judicial y los elementos básicos de ese mismo poder judicial: número de jueces, planta judicial, modelo de control judicial de los actos de la administración, estructura territorial del Estado, forma de acceso a la carrera, perfil de los jueces y un largo etcétera que pueden condicionar de manera determinante las opciones constitucionales que mejor garanticen la independencia del poder judicial.

2. LA INEFICACIA DE LOS CONSEJOS EN EL MARCO DE LAS REGRESIONES DEL ESTADO DE DERECHO

Por otra parte, tampoco la práctica europea desde principios de siglo ofrece un panorama optimista respecto al funcionamiento de los consejos judiciales. Desde un punto de vista práctico, el modelo ha funcionado de una manera desigual²⁸ y ha recibido importantes críticas. En el primer sentido se observa que cuanto más poder se ha concentrado en un consejo judicial más tentador ha sido controlarlo para el resto de poderes del Estado. Por ello se han producido auténticos fenómenos de *captura* de los consejos judiciales por parte de otros poderes del Estado o incluso directamente de los partidos políticos. En otras ocasiones la captura ha procedido del propio poder judicial en forma de un control por parte de jueces senior, de asociaciones judiciales o de grupos de jueces. Finalmente, la captura también ha procedido de redes opacas de influencia, de grandes grupos económicos o incluso de la gran delincuencia.

²⁸ Véase el número monográfico de la *German Law Journal*, vol 19, num. 7, 2019. Sobre el que volveremos en el último apartado de este ensayo, con un examen comparado muy pormenorizado de los doce sistemas de autogobierno judicial implantados en los Estados y los previstos para el TEDH y el TJUE.

Los riesgos del modelo se han puesto especialmente de manifiesto en el marco del ataque de los movimientos iliberales al Estado de derecho. Como es conocido, estos movimientos dicen asumir un mandato pretendidamente democrático (de hecho, acceden al poder a través de elecciones libres) en virtud del cual han de reformar las estructuras constitucionales para evitar que las élites dirigentes anteriores puedan contrarrestar en alguna medida la voluntad popular. De este modo respetando formalmente los procedimientos de reforma constitucional o de aprobación de las leyes, proceden a destruir las distintas formas de supervisión (política y jurídica) del poder diseñadas en el Estado de derecho moderno que consideran controladas por dichas élites: prensa, universidades, movimientos sociales y, sobre todo, el control judicial tanto de las leyes como de los actos de la Administración²⁹. Esa labor de destrucción en el caso de los controles jurídicos se articula mediante la *captura* de los propios órganos constitucionales encargados del mismo mediante el sencillo sistema de nombrar a personas totalmente afines al movimiento liberal bien cambiando las reglas reguladoras de los nombramientos, bien violando o manipulando las preexistentes en ocasiones aplicando reglas toleradas en los propios estándares europeos sobre la materia³⁰. Esta operación es extraordinariamente sencilla en el caso de los órganos concentrados de control de constitucionalidad (en cuanto los magistrados son nombrados por periodos limitados por órganos sometidos a las mayorías parlamentarias), pero más complicada en el caso de un poder tan descentralizado como el poder judicial. En este contexto, la adopción de un modelo *consejo judicial* facilita la operación de abordaje al poder judicial. No es posible un control de cada juez en una Estado de derecho europeo, pero sí es sencillo controlar al órgano de autogobierno judicial del cual dependen todos los jueces del país. El control del consejo judicial por la mayoría liberal concentra en sus manos los poderes de nombramiento, promoción, sanción, traslado, jubilación y cese. De este modo, al introducir las reformas legales o constitucionales necesarias (por ejemplo respecto al nombramiento de los miembros del consejo o al cambiar las reglas de acceso al poder judicial designar masivamente jueces afectos al movimiento a la vez que se adelantan las edades de jubilación, se trasladan a los jueces incómodos a puestos irrelevantes o se

²⁹ Sobre la estructura básica y la forma de actuar de los movimientos iliberales véanse con carácter general la muy conocida descripción de Sadurski (2018) o, entre otros, los trabajos de Landau (2013, 2018) y Schepelle (2016, 2018).

³⁰ De este modo Schepelle (2016) puede hablar de la auténtica construcción de un manual de «peores prácticas» que, sin embargo, han sido en alguna ocasión toleradas en la práctica de los Estados europeos por los órganos de supervisión, sobre todo del CdE, y que al ser trasladadas a un contexto de regresión en el Estado de derecho tienen efectos devastadores.

cambian las presidencias de los tribunales colegiados) se procede a anular o reducir significativamente la capacidad de control de los jueces tanto sobre el Parlamento como sobre el Ejecutivo.

Como puede observarse, el modelo *consejo judicial* lejos de constituir un freno a los movimientos iliberales, facilita enormemente el control del poder judicial. Así, un diseño institucional aparentemente perfecto de separación radical del autogobierno judicial puede acabar con la independencia estatutaria del juez y con ello afectar gravemente el derecho de los ciudadanos a un juez independiente.

Aceptemos o no estas críticas lo cierto es que en los últimos años se ha replanteado el entusiasmo por los consejos judiciales a medida en que las instancias jurisdiccionales europeas han tenido que afrontar casos cada vez más frecuentes en los que los consejos judiciales no han servido como mecanismo de defensa de la independencia judicial e, incluso, se han convertido en verdaderas amenazas para la independencia individual de los jueces y magistrados europeos tal y como hemos podido comprobar en el apartado anterior.

Quizás por ello sea necesario afrontar la cuestión del autogobierno judicial y de su relación con la política desde otros puntos de vista de modo que pueda no solo explicarse la situación existente, sino también proponer aproximaciones alternativas.

IV. UNA MIRADA PROPOSITIVA: POLÍTICA, INDEPENDENCIA Y AUTOGOBIERNO

En cierto modo, tras la generalización de los consejos judiciales existía una visión ingenua (muy extendida entre los jueces según los textos del *soft law* europeo y también en algunos constituyentes de 1931) en virtud de la cual el gobierno del poder judicial es puramente técnico y apolítico. Como ha insistido entre nosotros Lucas Murillo de la Cueva (2018), no puede olvidarse que el gobierno del poder judicial es de naturaleza política. De hecho, todo gobierno es de naturaleza política. Y no deja de serlo porque se encomiende a órganos elegidos mayoritariamente por y entre los jueces. Estas corrientes críticas han comenzado a ser tenidas en cuenta incluso en algunas de las conclusiones de los abogados generales ante el TJUE³¹.

³¹ Véanse las conclusiones de Hogan en C 896/19, *Repubblika*, par 57, y la misma idea puede deducirse de las de Bobeck (aunque en este caso no es en absoluto sorprendente dada la visión crítica de los consejos que ha mantenido en sus escritos académicos) en C-357/19 *Euro Box Promotion y otros* y C. 547/19 *AFJR (2)* par 127.

Gobernar y administrar el funcionamiento de los órganos en el marco de los cuales los jueces individuales ejercen uno de los poderes esenciales del Estado no puede considerarse apolítico. Se trata de adoptar decisiones políticas. Y el hecho de que sean jueces (u órganos mayoritariamente compuestos y elegidos por y entre jueces) los que las adopten no altera su naturaleza política. No son decisiones jurisdiccionales caracterizadas exclusivamente por el sometimiento al ordenamiento jurídico. Son decisiones de oportunidad política que están limitadas, eso sí, por el derecho.

Además, debemos aceptar que el autogobierno judicial es un fenómeno mucho más amplio que los consejos judiciales y adopta distintas formas. De este modo los distintos modelos *tolerados* en Europa ponen sobre la mesa, por una parte, consejos que no siguen el modelo italiano y, por la otra, fórmulas totalmente alejadas de dicho modelo como la creación las comisiones judiciales de nombramiento (generales o *ad hoc*), de promoción, la concesión de fuertes competencias de gobierno a los presidentes de tribunales en los diferentes niveles de gobierno o, incluso, la constitución de paneles disciplinarios. Las formas, racionalidad y efectos del autogobierno judicial varían en Europa y evolucionan a lo largo de la historia.

Por ello quizás sería interesante cambiar el foco desde el modelo concreto adoptado para garantizar la independencia judicial objetiva al propio concepto de autogobierno judicial (o si se quiere de «autonomía» judicial de nuestros constituyentes republicanos) tanto desde un punto de vista organizativo como desde un punto de vista funcional

En tal sentido parece muy conveniente remitirnos a los trabajos de Kosař y en particular a la valoración global que del funcionamiento de los consejos judiciales realiza en el número monográfico dedicado a la cuestión en el volumen 19 del *German Law Journal*³². En su ensayo propone tratar la cuestión del autogobierno judicial más allá de la configuración de los consejos judiciales. Para ello, propone una definición amplia de autogobierno judicial en virtud de la cual entiende como tal toda institución (en la que intervienen un juez) que tiene poderes relativos a la administración de tribunales y/o la carrera judicial. Más precisamente: un órgano con al menos un juez cuya principal función es decidir sobre la administración de tribunales o la carrera de jueces o asesorar a otros órganos que van a adoptar tales decisiones.

³² Kosař (2018: 1571-1572). Los planteamientos del autor checo aparecen en otros trabajos a lo largo de la última década bien en solitario bien conjuntos con otros autores. En el texto se recogen sus principales conclusiones y algunas de sus aportaciones más interesantes no solo en el último de los trabajos

Esta definición vendría avalada por la última jurisprudencia tanto del TJUE en *Repubblika*, como el TEDH en *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia*. En ambos casos, los tribunales europeos no cuestionan el nombramiento de los jueces por un órgano gubernamental incluso aunque dicho órgano no esté jurídicamente vinculado por la propuesta previamente realizada por un comité independiente de nombramiento. Pero las dos cortes subrayan la relevancia del cumplimiento de los requisitos procedimentales y la obligación de motivar las razones por las que el órgano gubernamental de nombramiento se aparta de las propuestas de la propuesta de la comisión. Claramente para el TEDH, y no tanto para el TJUE, la plena posibilidad de revisión y, en su caso, anulación judicial del acto de nombramiento también ha de estar prevista. Lo que en ambas sentencias se muestra claramente es que uno de los contenidos mínimos del autogobierno judicial incluye, al menos, la incorporación en el procedimiento de decisión de algún tipo de órgano independiente para asesorar de manera determinante a los órganos políticos decisores en las funciones más delicadas vinculadas al nombramiento, promoción e inspección de tribunales³³.

Respecto al contenido del autogobierno judicial Kosař (2018: 1594 y ss.) ofrece un *mapa* del autogobierno judicial para mostrar que éste se desarrolla en ocho dimensiones:

- *Recursos humanos*: selección, promoción, sanciones, traslados, sueldos de jueces y magistrados.
- *Administrativa*: planificación del trabajo, composición de secciones, asignación y reasignación de casos, cuotas de carga de trabajo, evaluación de eficacia y eficiencia, establecimiento del número de jueces por tribunal, reclutamiento y asignación de letrados por tribunal, reclutamiento y asignación de personal judicial, cambio de jurisdicción y tramitación de quejas.
- *Financiera*: elaboración del presupuesto judicial, asignación presupuestaria de tribunales individualizados, asignación de recursos dentro de cada tribunal, apoyo no monetario a los tribunales (letrados).

³³ Un ejemplo paradigmático de evolución y de paso a sistemas de órganos independientes sin llegar a constituir *modelos de consejo* lo constituye el británico. En castellano sobre dicho modelo véase Fernández Riveira (2019). Igualmente interesante es el checo articulado sobre la base de las potestades de administración y dirección de los presidentes de los tribunales (Kosař, y Blisa, 2018: 2031 y ss.) o los expuestos en el número monográfico de la *German Law Journal* ya citado.

- *Educativa*: formación inicial y continua, organización de conferencias y encuentros, financiación de formación complementaria, formación obligatoria.
- *Comunicativa*: mecanismos de transparencia, grabación de juicios, publicación de decisiones judiciales, información presupuestara, protección de datos personales.
- *Ética*: códigos y mecanismos de garantía de ética judicial.
- *Digital*: administración de archivos y decisiones (almacenamiento de datos, nubes y servidores judiciales), acceso a internet, motores de búsqueda en internet y e-justice.
- *Reguladora*: reglas de procedimiento interno de tribunales y reglamentos de tribunales.

A partir de la aproximación realizada por el autor checo podríamos, quizás, avanzar en la actualización de la máxima que Javier Elola (paradigma de juez independiente en el peor de los contextos institucionales y estatutarios) intuiera hace noventa años y reconocer que, más allá de la concreta articulación institucional del autogobierno judicial, se ha de establecer un adecuado equilibrio entre el polo político y el técnico en el diseño de la independencia del poder judicial. Esto es, no se trata de adoptar o proponer un concreto modelo universalmente válido, sino, por el contrario, de identificar las competencias básicas que componen el gobierno y administración judicial y construir instituciones adaptadas a las tradiciones y necesidades de cada país y capaces de ejercerlas de manera que los poderes políticos no puedan ni condicionar la independencia del juez individual (dimensión estatutaria de la independencia judicial), ni socavar la confianza de los ciudadanos en la independencia de la Administración de Justicia (elemento básico del derecho de los justiciables a un juez independiente).

Para ello convendría hacer tres propuestas relativamente claras. En primer lugar, diferenciar las funciones que tienen mayor naturaleza política y, por tanto, requieren la participación más activa de órganos legitimados democráticamente. Estas decisiones que serían posiblemente algunas de las relativas a personal (muy singularmente los nombramientos para las más altas instancias jurisdiccionales o para las presidencias de órganos colegiados), a materias presupuestarias generales (la fijación de los presupuestos en materia de justicia) y a las bases de las competencias reguladoras. Estas competencias han de ser ejercidas con una indudable presencia de la *política*, entendida como la intervención determinante en el proceso decisorio de personas u órganos con legitimidad democrática que habrán de operar junto a órganos de naturaleza técnica (no solo, aunque también corporativa) que eviten la arbitrariedad en la toma de decisiones. Por el contrario, la inmensa mayoría del autogobierno

judicial que tiene una naturaleza estrictamente técnica puede ser asignado tanto a órganos puramente corporativos como a entidades exclusivamente administrativas siempre que se asegure un estricto sometimiento a la ley que les aleja de cualquier posibilidad de uso políticamente interesado.

En segundo lugar, no parece haber sido una buena idea concentrar en un solo órgano todas las competencias de gobierno y administración judicial. La facilidad con la que dichos órganos pueden ser capturados tanto por la política democrática (especialmente los partidos), como por la política corporativa o incluso por grupos de interés ajenos aconseja desconcentrar las competencias de autogobierno. El carácter necesariamente descentralizado del poder judicial facilita enormemente esa tarea fortaleciendo los aparatos administrativos de los tribunales de las diferentes instancias para la gestión del funcionamiento diario de los tribunales. Incluso la adopción de modelos de agencia para el ejercicio de determinadas competencias (formación, digital o comunicación) podría ser una estrategia razonable de distribución del gobierno judicial para evitar su control por instancias ajenas.

En tercer y último lugar (aunque no en importancia), el autogobierno judicial requiere que todas las decisiones adoptadas en su ejercicio se ajusten estrictamente a las leyes que en este punto habrían de ser particularmente claras y previsibles. Ello no implica cercenar la capacidad autónoma de decisión, sino garantizar la eliminación de la arbitrariedad. Este control jurisdiccional habrá de ser especialmente estricto en aquellos aspectos más sensibles para el resto de vertientes de la independencia judicial (subjética y estatutaria) lo que garantizaría la suficiente motivación de las decisiones de gobierno judicial sea quien sea quien ejerza las competencias sobre todo en materia de promoción, disciplinaria, las relativas a la inamovilidad y a la responsabilidad de jueces y magistrados en el ejercicio de su función.

Estas tres propuestas no presuponen un modelo concreto. Puede ser la creación de un consejo que siga la estela del italiano o puede ser casi cualquier otro de los que los Estados europeos han venido desarrollando en los últimos años. Un modelo que variará según las tradiciones constitucionales de cada Estado y de las características singulares de sus propios poderes judiciales. Pero, sea cual sea el modelo, en todos ellos no habrá de prescindirse totalmente de la política democrática ni tampoco de la representación corporativa; habrán de establecerse cautelas para evitar que la justicia, como poder, sea capturada por intereses ajenos a la garantía de su función y, en fin, se deberá asegurar plenamente la supervisión jurisdiccional por tribunales independientes de la toma de decisiones más influyentes en el aseguramiento de la independencia de cada juez.

Al apuntar estas propuestas, en el fondo no hacemos sino volver la vista atrás al concepto de autonomía judicial defendido en la constituyente de 1931. Autonomía no significa capacidad plena de decisión, sino autogobierno

limitado. Autonomía es política. Pero política limitada a la gestión de los intereses que son propios. La autonomía judicial ha de vincularse a la defensa de un concreto fin: la garantía de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. No es un fin en sí mismo ni una fórmula de representación corporativa al margen de los cauces democráticos. Solo es un medio.

Bibliografía

- Adam, S. (2019). Judicial Independence as a Functional and Constitutional Instrument for Upholding the Rule of Law in the European Union. *Rule of Law in Europe. Perspectives from Practitioners and Academics*, 15-42.
- Adam, S. y Van Elsuwege, P. (2018). L'Exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'union Européenne comme union de droit. *Journal de Droit Européen*, 334-343.
- Alcalá Zamora, N. (1937). La Justicia según la Constitución Española de 1931 y sus leyes complementarias (conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París el 1 de junio de 1937). En *Ensayos de Derecho Procesal, Civil, Penal y Constitucional* (pp. 547-584). Buenos Aires: Revista de la Jurisprudencia Argentina.
- Andrés de Santamaría, P. (2021). Rule of law and judicial independence in the light of the CJEU and ECtHR case law. En C. Izquierdo-Sanz, C. Martínez-Capdevila, M. Nogueira-Guastavino (eds). *Fundamental Rights Challenges, Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation* (pp. 167-187). Cham: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-72798-7_9.
- Andrés Ibáñez, P. (2021). El Consejo: la institución devastada. *Jueces para la Democracia*, 100, 75-88.
- Andrés Ibáñez, P. y Movilla Álvarez, C. (1986). *El poder judicial*. Madrid: Tecnos.
- Aparicio Pérez, M. Á. (1995). *El status del poder judicial en el constitucionalismo español, (1808-1936)*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Bobeck, M. y Kosař, D. (2013). *Global Solution, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*. Department of European Legal Studies. Research Paper in Law, 07. Department of European Legal Studies. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2351299>.
- Bustos Gisbert, R. (2020a). Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33, 148-163.
- (2020b). ¿Un *soft law* con dientes?: la influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 161-198. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30711>.
- (2022). *Independencia judicial e integración europea*. Valencia: Tirant.
- Campos Sánchez-Bordona, M. (2020). La protección de la independencia judicial en el Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 11-31. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.01>.
- Claes, M. y De Visser, M. (2010). Are you Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks. *Utrecht Law Review*, 8 (2), 100-114. Disponible en: <https://doi.org/10.18352/ulr.197>.

- Fernández Riveira, R. M. (2019). El modelo británico de nombramientos judiciales: «judicial independence in Law». *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 453-482. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.44.2019.26014>.
- Iñiguez Hernández, D. (2008). *El fracaso del autogobierno judicial*. Madrid: Civitas.
- Kosař, D. (2017). Nudging Domestic. Judicial Reforms from Strasbourg: How the European Court of Human Rights shapes domestic. judicial design. *Utrecht Law Review*, 13 (1), 112-123. Disponible en: <https://doi.org/10.18352/ulr.368>.
- (2018). Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe. *German Law Journal*, 19 (7), 1567-1612. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200023178>.
- Kosař, D. y Blisa, A. (2018). Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance. *German Law Journal*, 19 (7), 2031-2076. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200023324>.
- Kosař, D. y Bobeck, M. (2013). Global Solution, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe. *Department of European Legal Studies, Research Paper in Law*, 15 (7), 1257-1292. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200019362>.
- Kosař, D. y Lixinski, L. (2015). Domestic. Judicial Design by International Human Rights Courts. *The American Journal of International Law*, 109 (4), 713-760. Disponible en: <https://doi.org/10.5305/amerjintlaw.109.4.0713>.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *UC Davies Law Review*, 47, 189.
- (2018). Populist Constitutionalism. *University of Chicago Law Review*, 85, 521.
- Laporta San Miguel, F. J. (2019). Sobre la independencia del juez. *Claves de Razón Práctica*, 265, 102-115.
- Lenaerts, K. (2019). Overview of the Case Law of the Court of Justice of the European Union with respect to the Rule of Law. En P. Craig, S. Adam, N. Díaz Abad, L. Salazar. *Rule of Law in Europe: Perspective from practitioners and academics* (pp. 70-79). Brussels: European Judicial Training Network.
- (2020). New horizons for the Rule of Law Within the EU. *German Law Journal*, 21 (1), 29-34. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.91>.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (2018). *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. Madrid: Reus. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.40.2017.20911>.
- Martín Rodríguez, Pablo J. (2021). *El Estado de derecho en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons; AEDEUR. Disponible en: <https://doi.org/10.23071/j.ctv2zp5086>.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2019). La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con crisis de la democracia y del Estado de derecho. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 121-159. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24401>.
- Nußberger, A. (2019). Rule of Law in Europe. Demands and Challenges for the European Judiciary. En P. Craig, S. Adam, N. Díaz Abad, L. Salazar. *Rule of Law in Europe: Perspective from practitioners and academics* (pp. 80-85). Brussels: European Judicial Training Network.
- Pérez Serrano, N. (1932). *La Constitución española*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Sadurski, W. (2018). *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*. Sidney Law School Research Paper, 18/01. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3103491>.
- Scheppele, K. L. (2016). *Worst practices and the Transnational Legal Order (or How to build a Constitutional «Democratism» in Plain Sight*. Background Paper: Wright Lecture, University of Toronto. Disponible en: <https://bit.ly/3DcVfwR>.
- Scheppele, K. L. (2018). Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, 85 (2), 545-584.
- Siebert-Fohr, A. (2009). Judicial Independence in European Union Accessions: The Emergence of a European Basic Principle. *German Yearbook of International Law*, 52, 405-418.
- Teoría y Realidad Constitucional. (2016). Encuesta sobre la independencia del poder judicial (autores encuestados: R. Bustos Gisbert, J. Fernando López Aguilar, P. Lucas Murillo de la Cueva y Á. Rodríguez Vergara). *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 15-58. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.38.2016.18621>.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (2020). Tutela judicial efectiva y el Estado de derecho en la UE y su incidencia en la Administración de Justicia de los Estados miembros. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 309-341. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.46.2020.29114>.
- Vázquez Osuna, F. (2003). Francisco Javier Elola Díaz-Varela, la lealtad de un magistrado al Estado de derecho hasta las últimas consecuencias. *Jueces para la Democracia*, 43, 41-49.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Judicial independence in the case-law of the Court
of Justice of the European Union

DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO

Universidad Complutense de Madrid
daniel.sarmiento@der.ucm.es

ENRIQUE ARNALDOS ORTS

Universidad Carlos III de Madrid
earnaldo@pa.uc3m.es

Cómo citar/Citation

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. y Arnaldos Orts, E. (2022).
La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
Revista de Estudios Políticos, 198, 121-151.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.05>

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el concepto de independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acudiendo, en primer lugar, a una definición general y considerando su anatomía a partir de sus dos manifestaciones principales: su condición de cualidad necesaria los órganos jurisdiccionales para ser considerados como tales en el contexto de la remisión prejudicial y su carácter de condición *sine qua non* del Estado de derecho. Igualmente, se hacen unas consideraciones sobre las consecuencias de su configuración para el propio ordenamiento jurídico de la Unión así como respecto de su interacción con otros estándares de independencia judicial que dialogan con el comunitario.

Palabras clave

Independencia judicial; Unión Europea; Estado de derecho; órgano jurisdiccional; cuestión prejudicial; recurso por incumplimiento; no-regresión.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the concept of judicial independence in the case-law of the Court of Justice of the European Union, by examining firstly its general definition and considering its anatomy on the basis of its two main manifestations: its status as a necessary quality for a court or tribunal of a Member state to be considered as such with regard to preliminary rulings and its nature as a *sine qua non* requisite of the Rule of Law. Likewise, some considerations are made on the consequences of such configuration within the Union's own legal system, as well as its interaction with other standards of judicial independence that dialogue with the Community standard.

Keywords

Judicial independence; European Union; Rule of Law; court or tribunal of a Member state; preliminary ruling; infringement proceedings; non-regression.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. III. LA INDEPENDENCIA COMO EXIGENCIA PARA EL DIÁLOGO JUDICIAL. IV. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO EXIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO. V. LOS VASOS COMUNICANTES: CONSECUENCIAS DE UN ÚNICO CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y SU INTERACCIÓN CON OTROS ESTÁNDARES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la independencia judicial ocupa a los europeos desde hace siglos. En su *Retórica*, Aristóteles ya alude a «la predisposición contra alguien, la compasión y la ira y otras afecciones del alma» que pueden influir las decisiones de los jueces y que, por lo tanto, deben parametrizarse para estudiar la persuasión¹. Aunque Aristóteles aludía entonces a nociones que hoy, en rigor, asociaríamos a la imparcialidad, lo cierto es que venimos discutiendo sobre la independencia del juzgador, entendida al menos de un modo lato, desde hace más de veintitrés siglos². Como es notorio, la independencia judicial constituye asimismo una pieza fundamental en la configuración moderna de nuestro Estado de derecho, cuya relevancia fue puesta de manifiesto tan pronto como se concibió la separación de poderes. En *L'esprit des lois*, Montesquieu (1748) proclama la necesidad de la separación —la independencia— entre el poder judicial y los poderes legislativo y ejecutivo como requisito esencial de la justicia misma³.

Tras más de doscientos años de experiencia de constitucionalismo liberal, y por sorprendente que resulte, sigue siendo un tema de la mayor actualidad.

¹ Resulta llamativo que las soluciones que propone el estagirita a estas afecciones es que las leyes dejen en manos de los jueces —en Atenas, ciudadanos de a pie en su mayoría, salvo los integrantes del Areópago— «lo menos posible».

² No contamos con una fecha precisa de la publicación de la *Retórica*, pero sí sabemos que se escribió entre 367 a. C. y el 322 a. C.

³ «Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor».

Es verdaderamente difícil esquivar la independencia judicial en las páginas de los periódicos, en los debates parlamentarios y en las discusiones sobre el futuro de nuestro continente.

La cuestión presenta, en efecto, un marcado carácter europeo. De dos maneras distintas. En primer lugar, porque la Unión Europea afronta en nuestros días uno de sus mayores desafíos institucionales al luchar contra la deriva autoritaria de los Gobiernos de algunos de sus Estados miembros, que ponen en jaque la supervivencia del propio bloque. Somos testigos del éxito de las iniciativas llamadas «iliberales», cuyo *modus operandi* pasa por dirigir graves ataques a la Judicatura, degradada a la categoría de obstáculo e instrumentalizada para la grosera consecución de objetivos políticos. Este desafío ha provocado la correspondiente respuesta institucional por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha acudido a resolver las acciones judiciales por incumplimiento de los Tratados ejercitadas por la Comisión, así como a responder a las llamadas de auxilio de los jueces amenazados por el virus iliberal mediante la formulación de cuestiones prejudiciales.

En segundo lugar, porque los estándares desarrollados por el Tribunal de Justicia a la hora de formular su respuesta institucional a ciertas dinámicas políticas han servido para pavimentar, castellanizando la expresión inglesa, una calle de doble sentido. La arena parlamentaria española sirve muy bien como muestra. El debate político incorpora con frecuencia la ya manida amenaza de someter esta o aquella cuestión a *Europa*. También, se justifica el posicionamiento sobre cuestiones clave para la independencia del poder judicial en que *Europa lo pide*.

En muchas ocasiones, no se tienen elementos de juicio para discernir sobre la seriedad de ciertos postulados y para responder a algunas preguntas que afectan a cuestiones cruciales para el funcionamiento de nuestras instituciones⁴. El presente trabajo tiene por objeto proporcionar tales elementos sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A tal fin, se propone detallar cuál es la anatomía de la independencia judicial en su configuración jurisprudencial, cómo ha evolucionado hasta alcanzarla en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como ofrecer algunas notas en relación con las consecuencias de su particular configuración como concepto autónomo dentro del ordenamiento jurídico de la Unión así como su relación con otros estándares.

El análisis propuesto se divide en cuatro partes. En primer lugar, se alude a la definición general de independencia judicial en el derecho de la Unión Europea (apdo. II), para seguidamente considerar su configuración sobre la base de las dos

⁴ Como, por ejemplo, ¿exige el derecho de la Unión Europea que los miembros del órgano de gobierno de los jueces sean designados exclusivamente por los propios jueces?

manifestaciones principales de la independencia judicial: su condición de cualidad necesaria de cualquier órgano jurisdiccional capacitado para formular cuestiones prejudiciales (apdo. III) y su carácter de requisito para el respeto al valor de Estado de derecho (apdo. IV). Finalmente, se incluyen algunas notas finales relativas a las consecuencias de su definición dentro el propio ordenamiento jurídico de la Unión así como respecto de su interacción con otros estándares de independencia judicial que dialogan con el comunitario (apdo. V).

II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Para comprender la autonomía de la independencia judicial desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea, en primer lugar, hemos de aludir a los preceptos normativos en los que puede entenderse regulada o, de manera más o menos implícita, contenida. Al hacerlo, advertimos que la independencia judicial no está definida en ningún sitio.

El art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que la Unión se fundamenta, entre otros, en el valor de Estado de derecho. Por otro lado, el apdo. primero del art. 19 TUE, en su párrafo segundo, manifiesta en su segundo párrafo que «los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión».

El derecho a la tutela judicial efectiva, a la que hace referencia el art. 19 TUE, se encuentra consagrado asimismo en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE o la Carta). Allí se dice, entre otras cosas, que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley».

Aunque solo con estas reglas no conseguiríamos obtener una definición de la independencia judicial, encontramos una primera pista: la independencia judicial es un requisito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que, en sí mismo ofrece información adicional. Y ello porque antes de consagrarse en la Carta como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva existía como derecho de carácter «básico» en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y era, por ello y simultáneamente, un principio general del derecho de la Unión⁵.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (C-222/84, EU:C:1986:206), apdo. 18 y ss. En el mismo

Aunque se harán algunas anotaciones adicionales sobre las consecuencias de la existencia de distintos estándares regionales de protección del derecho a la tutela judicial efectiva —y, por lo tanto, de independencia judicial— debe apuntarse que aquí que el contenido del art. 47 de la Carta se encuentra reflejado igualmente en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Como veremos, este precepto y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), son continuamente referidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La razón es sencilla y la ilustra el apdo. 3 del art. 6 TUE: los derechos fundamentales garantizados en el CEDH y los que «son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» se proclaman como integrantes del derecho de la Unión como principios generales.

Es necesario destacar que la labor en este contexto de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (la Comisión de Venencia) —órgano consultivo establecido en el seno del Consejo de Europa— resulta relevante, ya que sus dictámenes respecto del respeto del Estado de derecho por los miembros del Consejo de Europa son considerados tanto en la jurisprudencia del TEDH como en la del Tribunal de Justicia.

Dicho lo anterior, para encontrar una definición de independencia judicial a nuestros efectos hemos de recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, donde se establece que la independencia judicial «inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la cualidad de tercero en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida»⁶. El concepto, a su vez, viene dividido en dos aspectos: uno externo y otros interno.

El externo supone que el órgano «ha de estar protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios que se les sometan»⁷ y exige ciertas

sentido, las de 15 de octubre de 1987, *Heylens y otros* (222/86, EU:C:1987:442), apdo. 14; de 27 de noviembre de 2001, *Comisión c. Austria* (C - 424/99, EU:C:2001:642), apdo. 45; de 25 de julio de 2002; *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo* (C -50/00 P, EU:C:2002:462), apdo. 39, y de 19 de junio de 2003, *Eribrand* (C467/01, EU:C:2003:364), apdo. 61.

⁶ Sentencias de 19 de septiembre de 2006, *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587), apdo. 49; de 30 de marzo de 1993, *Corbiau* (C-24/92, Rec. p. I-1277) apdo. 15, y de 30 de mayo de 2002, *Schmid* (C-516/99, Rec. p. I-4573), apdo. 36.

⁷ Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587), apdo. 51. También las sentencias de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger y Atzwanger* (C-103/97, Rec. p. I-551), apdo. 21, y de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson y Anderson* (C-407/98, Rec. p. I-5539), apdo. 36. En este punto, el Tribunal de Justicia se apoya

garantías para la persona encargada de juzgar, como la inamovilidad⁸. El interno viene asociado al concepto de imparcialidad —comprendida por tanto dentro del concepto de independencia—, y se refiere a «la igualdad de distancias que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél». Este requisito exige a su vez «el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica»⁹.

Apunta el Tribunal que las referidas garantías de independencia e imparcialidad (los elementos interno y externo) necesitan de reglas «que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio»¹⁰, relativas a la composición del órgano, al nombramiento, a la duración del mandato, así como a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros¹¹.

Esta radiografía de la independencia judicial permite conocer los elementos principales de su estructura, que son dos, concretados en la protección frente a injerencias externas e internas en la labor de juzgar, entendida como un ejercicio de objetividad. Estos elementos, la independencia en sentido estricto y la imparcialidad, están «estrechamente relacionados» lo que lleva generalmente a «examinarlos de manera conjunta»¹². Ambos elementos, a su vez, requieren de salvaguardas referidas a una serie

también en la Sentencia del TEDH *Campbell y Fell c. Reino Unido* de 28 de junio de 1984, serie A n.º 80, § 78.

⁸ Sentencias de 19 de septiembre de 2006, *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587) y de 22 de octubre de 1998, *Jokela y Pitkäranta* (C-9/97 y C-118/97, Rec. p. I-6267), apdo. 20.

⁹ Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587), apdo. 52. También la sentencia 6 de julio de 2000, *Abrahamsson y Anderson* (C-407/98, Rec. p. I-5539), apdo. 36.

¹⁰ Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587), apdo. 53, de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, Rec. p. I-4961, apdo. 23); de 29 de noviembre de 2001, de 4 de febrero de 1999, *Köllensperger y Atzwanger* (C-103/97, Rec. p. I-551), apdo. 21, y *De Coster* (C-17/00, Rec. p. I-9445), apdo. 17.

¹¹ Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson* (C-506/04, EU:C:2006:587), apdo. 53.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, en el asunto *A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)* (C-585/18, EU:C:2019:982), apdo. 129, con mención a las sentencias del TEDH de 6 de mayo de 2003, *Kleyn y otros c. Países Bajos*, CE:ECHR:2003:0506JUD003934398, § 192 y jurisprudencia citada, y de 6 de noviembre de 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 150.

de aspectos que, sintéticamente, pueden entenderse referidos a composición, nombramiento y remoción¹³.

Asimismo, resulta destacable que el parámetro para medir la eficacia de las garantías se sitúa en existencia de «duda[s] legítima[s] en el ánimo de los justiciables» respecto de la independencia. De este modo, incluso los elementos internos de la independencia deben enjuiciarse desde la perspectiva de la estética. Así, resulta irrelevante que un juez no se vea afectado internamente por un concreto conflicto de interés en relación con un asunto si existen elementos objetivos que den lugar a la existencia de dudas legítimas de independencia por parte de los ciudadanos.

En este sentido, viene manifestando el Tribunal de Justicia, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH que «las apariencias pueden tener importancia» dado que está en juego «la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar en los justiciables, comenzando por las partes en el procedimiento»¹⁴. Es importante, en definitiva, tanto la independencia como la «apariencia de independencia»¹⁵.

Esta es una definición de independencia judicial que podríamos tildar de atemporal en la jurisprudencia del Tribunal, y que sigue viniendo reflejada en resoluciones más recientes que resultan clave para el desarrollo del concepto¹⁶. Para poder aprehender la relevancia de las modulaciones en los diferentes elementos que componen la independencia judicial, se propone atender a las dos manifestaciones más relevantes de la independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La primera, que se tratará en el epígrafe III siguiente, se refiere a la independencia judicial como cualidad del órgano jurisdiccional que desee plantear

¹³ La remoción aquí entendida de modo amplio, que puede ser temporal si referida a un asunto concreto a consecuencia de la inhibición o la recusación o permanente si es consecuencia el fin del mandato o el cese.

¹⁴ Véase la sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)* (C-619/18, EU:C:2019:531), apdo. 128, y las del TEDH de 6 de mayo de 2003, *Kleyn y otros c. Países Bajos*, CE:ECHR:2003:0506JUD003934398, § 191 y jurisprudencia citada, y de 6 de noviembre de 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, §§ 145, 147 y 149.

¹⁵ Sentencia de 6 de noviembre de 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 144.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)* (C-619/18, EU:C:2019:531), de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)* (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586), apdo. 66, o de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117), apdo. 44.

una cuestión prejudicial en el sentido del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La segunda, que se tratará en el epígrafe IV, se refiere a la independencia judicial como elemento indispensable para la defensa del valor del Estado de derecho consagrado en el art. 2 TUE y, como veremos, configurada pretorianamente como remedio sobre la base de lo dispuesto en el art. 19 TUE.

III. LA INDEPENDENCIA COMO EXIGENCIA PARA EL DIÁLOGO JUDICIAL

El art. 267 TFUE permite a los «órganos jurisdiccionales» de los Estados miembros formular cuestiones prejudiciales en relación con la interpretación y la validez del derecho de la Unión. El concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del art. 267 TFUE es, sin embargo, un concepto autónomo del derecho de la Unión. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia viene estableciendo, desde el asunto *Vaassen Goebbels*¹⁷, los requisitos para la consideración de «órgano jurisdiccional» en este contexto, entre los que se encuentra la independencia¹⁸.

Lo anterior tiene dos consecuencias relevantes. La primera es que los órganos jurisdiccionales *ex* 267 TFUE no coinciden necesariamente con los tribunales ordinarios de los Estados miembros. Es decir, existen órganos que no integran la jurisdicción ordinaria de los Estados miembros que, sin embargo, son considerados órganos jurisdiccionales a los efectos del art. 267 TFUE por el Tribunal de Justicia (Lenaerts *et al.*, 2015: 55).

La segunda es que los tribunales ordinarios de los Estados miembros gozan *únicamente* de una presunción de cumplimiento de los requisitos ínsitos en el art. 267 TFUE. No obstante, en caso de que cualquier tribunal de un Estado miembro, por relevante que sea, deje de cumplir con los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia para su consideración como órgano jurisdiccional, no podría activar el mecanismo previsto en el art. 267 TFUE¹⁹.

Lo relevante es que, sobre la base del concepto de independencia conforme se ha descrito en el epígrafe II anterior, el Tribunal de Justicia viene

¹⁷ Sentencia de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Goebbels v. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf* (61/65, EU:C:1966:39).

¹⁸ Véase, en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 1997 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft v. Bundesbaugesellschaft Berlin* (C-54/96, EU:C:1997:413).

¹⁹ En este sentido, la de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117), apdo. 43.

analizando su competencia para contestar a las cuestiones prejudiciales formuladas por distintos órganos. Este es el caso que da lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *TDC*²⁰ relativo a la entidad encargada de operar el sector de los servicios de comunicaciones electrónicas en Dinamarca (el *Teleklagenævnet*), a la que se niega el carácter de órgano judicial por considerar que el cese de sus miembros no está sujeto a garantías de inamovilidad suficientes que disipen las dudas sobre la independencia del organismo en cuestión.

Es el ejemplo también del asunto *Margarit Panicello*²¹, concerniente a los letrados de la Administración de Justicia españoles, a los que no considera órganos jurisdiccionales a los efectos del 267 TFUE dado que, entre otras cuestiones²², no cumplen con el requisito de independencia dado que deben atenerse las instrucciones que les imparta su superior jerárquico salvo cuando ejercen competencias relativas a la fe pública judicial

También, del caso *Banco Santander*²³, referido al Tribunal Económico-Administrativo Central español (el TEAC), al que igualmente niega el carácter de órgano jurisdiccional en el sentido antes referido, sobre la base de un razonamiento similar al del caso *TDC*. Así, declara inadmisibles la cuestión prejudicial formulada en atención a que la legislación nacional no garantiza que los miembros del TEAC sean separados únicamente en «ciertos supuestos excepcionales que reflejen motivos legítimos e imperiosos que justifiquen la adopción de tal medida y en los que se respete el principio de proporcionalidad y se observen los procedimientos establecidos al efecto», sino que pueden ser cesados mediante Real Decreto. El Tribunal considera que ello les distingue a los efectos de su independencia de otros órganos como los referidos en los asuntos *Consorti Sanitari del Maresme*²⁴ y *MT Højgaard y Züblin*²⁵.

²⁰ Sentencia de 9 de octubre de 2014, *TDC* (C-222/13, EU:C:2014:2265).

²¹ Sentencia de 16 de febrero de 2017 *Margarit Panicello* (C-503/15, EU:C:2017:126).

²² Además de la independencia, se refiere el Tribunal a que los letrados no ejercen una función jurisdiccional propiamente dicha.

²³ Sentencia de 21 de enero de 2020, *Banco Santander* (C-247/14, EU:C:2020:17).

²⁴ Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664). La distinción se concreta aquí en que los miembros de dicho organismo «disfrutan, a diferencia de los miembros de los TEA, de una garantía de inamovilidad, mientras dure su mandato, que solo admite excepciones por causas expresamente enumeradas por ley».

²⁵ Sentencia de 24 de mayo de 2016, *MT Højgaard y Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347). La distinción aquí se refiere a que, aunque «dicho organismo incluye a expertos que no disfrutan de la protección particular que una disposición constitucional otorga a los magistrados, en su composición se integran asimismo magistrados que sí disfrutan

Igualmente, el Tribunal de Justicia desdénia la independencia del TEAC por dudar que ostente la condición de «tercero» en relación con el objeto del procedimiento, dado que el director general de Tributos puede interponer un recurso extraordinario contra las resoluciones del TEAC ante una sala especial del propio TEAC, de la que forman parte tanto el propio director general de Tributos como el director del departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, del que depende funcionalmente el órgano emisor del acto a que se refiere la resolución objeto del recurso extraordinario. Así, existe una estructura orgánica que hace dudar de la independencia de los miembros del TEAC a la hora de dictar sus resoluciones, considerando la amenaza latente de un recurso extraordinario por parte del director general de Tributos.

Este caso ilustra sobre una variación relevante en el enjuiciamiento de la independencia, y sirve para derogar el criterio del Tribunal de Justicia en relación con la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales de los tribunales Económico-Administrativos españoles, que venía aceptando desde el asunto *Gabalfrisa*²⁶. Hasta entonces, los consideraba independientes a la vista de que la normativa tributaria nacional garantiza la separación funcional entre los servicios de la administración tributaria. Como explicaremos en el apdo. V posterior, esta derogación de la doctrina anterior del Tribunal encuentra sus razones, en parte, en el fenómeno de la independencia judicial en su condición de exigencia del Estado de derecho.

Aunque existen casos-límite —como parece quedan evidenciado por las propias matizaciones del Tribunal de Justicia en *Banco Santander*²⁷ respecto de *Consorti Sanitari del Maresme*²⁸ y *MT Højgaard y Züblin*²⁹— y excepciones señaladas más por extraordinarias por incoherentes, como también enseña el caso *Banco Santander*³⁰, puede destacarse que el cuerpo jurisprudencial del Tribunal de Justicia en este ámbito presenta un rasgo marcado y es que el análisis de la independencia alude fundamentalmente a los elementos relativos al ejercicio de la función atribuida al órgano en cuestión, en mayor medida que a las condiciones de su nombramiento.

de dicha protección y disponen en cualquier circunstancia de la mayoría de votos y, por tanto, de un peso preponderante en la toma de decisiones de dicho organismo, lo cual es idóneo para garantizar su independencia».

²⁶ Sentencia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa, S. L. y otros* (C-110/98 a C-147/98, EU:C:2000:145).

²⁷ Sentencia de 21 de enero de 2020, *Banco Santander* (C-247/14, EU:C:2020:17).

²⁸ Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664).

²⁹ Sentencia de 24 de mayo de 2016, *MT Højgaard y Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347).

³⁰ Sentencia de 21 de enero de 2020, *Banco Santander* (C-247/14, EU:C:2020:17).

En este sentido, puede afirmarse que el Tribunal de Justicia no otorga excesiva importancia al hecho de que los miembros de un determinado cuerpo sean designados por el Ejecutivo, sino que centra su escrutinio en la manera en la que los miembros del órgano en cuestión ejercen sus funciones y, por lo tanto, en si reciben instrucciones al tomar sus decisiones, si pueden ser fácilmente cesados o si existen causas tasadas a tal efecto, así como la duración de su mandato. Esta postura, que resultará relevante en la jurisprudencia a desarrollar en el contexto de la crisis del Estado de derecho a la que nos referimos a continuación, resulta coincidente, en esencia, con la jurisprudencia constante del TEDH, que viene estableciendo que el corolario de la independencia de los jueces es su inamovilidad³¹ y que ni el CEDH ni su art. 6 imponen a los Estados cumplir con un determinado modelo constitucional en relación con los límites de la interacción entre poderes públicos³².

IV. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO EXIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

Como se adelantaba en la introducción, la Unión Europea viene enfrentándose a uno de sus mayores desafíos institucionales al luchar contra una deriva autoritaria que ha afectado de manera especialmente significativa a la independencia de los jueces en ciertos Estados miembros. Este fenómeno ha obligado a las instituciones de la Unión a reaccionar frente a las amenazas provenientes, fundamentalmente, de Polonia.

No obstante, la ya aceptada —por casi toda la Unión— auditoría de la independencia judicial en los Estados miembros por las instituciones de la Unión Europea, presentó en su momento algunos interrogantes razonables. ¿Por qué pueden la Comisión y el Tribunal de Justicia poner en tela de juicio la configuración constitucional del poder judicial de un Estado miembro? ¿Acaso no es esta una competencia exclusiva de los Estados miembros? ¿Cómo encaja el principio de atribución en este esquema?

La respuesta a estos interrogantes existe desde la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*³³, suscitado a

³¹ Sentencia de 30 de noviembre de 2010, *Henryk Urban y Ryszard Urban c. Polonia* (23614/08).

³² Sentencia de 6 de mayo de 2003, *Kleyn y otros c. Países Bajos* (39343/98).

³³ Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117).

causa de la reducción de la retribución de los miembros del Tribunal de Cuentas de Portugal como consecuencia de la crisis económica.

En este asunto, el Tribunal interpreta el art. 19.1, segundo párrafo, TUE, para establecer, en esencia, que dado que la existencia de mecanismos para la tutela judicial efectiva del derecho de la Unión resulta connatural al valor de Estado de derecho regulado en el art. 2 TUE, los Estados miembros, en aplicación del principio de cooperación leal previsto en el art. 4.3 TUE, deben asegurarse de que todos los órganos incluidos dentro del sistema de recursos dedicados a «garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión» son independientes. Ello en tanto que la independencia del juez nacional resulta primordial a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, de conformidad con lo previsto en el art. 47 de la Carta. Y dicho carácter primordial viene otorgado por el hecho de que la independencia de los órganos judiciales nacionales resulte esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial ínsito en el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE, que, en palabras del Tribunal de Justicia, «únicamente puede activarlo un órgano independiente».

Desde la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*³⁴, la Comisión Europea y a los jueces nacionales —mediante la activación del mecanismo prejudicial— cuentan con un remedio mediante el que someter al enjuiciamiento a la luz del art. 19.1 TUE de todas aquellas medidas nacionales susceptibles de afectar al Estado de derecho en la Unión y, entre ellas, las que puedan afectar a las garantías de independencia de cualquier órgano judicial susceptible de interpretar o aplicar el derecho de la Unión.

Construir un remedio procesal basado en la interpretación conjunta de los arts. 2, 4.3 y 19.1 TUE es el primer paso del Tribunal de Justicia para salir al rescate de los jueces nacionales que pudieran ver amenazada su independencia. Téngase en cuenta que, en el momento de dictarse la sentencia, ya se había publicado la propuesta motivada de la Comisión Europea emitida de conformidad con el art. 7.1 TUE en la que se hacía constar la existencia de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho en Polonia a causa, entre otras circunstancias, la amenaza contra la independencia judicial. A su vez, el 13 de enero de 2016, la Comisión había activado ya su Rule of Law Framework respecto de Polonia³⁵. El Tribunal reaccionaba también a una tensión ya latente desde que el Gobierno polaco se hubiera resistido a cumplir

³⁴ Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117).

³⁵ Disponible en: <https://bit.ly/3yZ1Yb7>.

con un auto de medidas provisionales en relación con la deforestación del bosque *Białowieża*³⁶.

En cuanto al fondo, el Tribunal contestó a la cuestión prejudicial manifestando que la medida legislativa en cuestión no afectaba a la independencia de los miembros del Tribunal de Cuentas puesto que las medidas habían sido adoptadas en función de exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario, preveían una reducción limitada de la retribución y se aplicaron de manera generalizada en el sector público, de modo que no tenían por «objetivo» a los jueces del Tribunal de Cuentas³⁷.

Aunque el Tribunal de Justicia no se había manifestado previamente en relación con la retribución en tanto que garantía de la inamovilidad de los jueces (y, por lo tanto, de su independencia), como ha destacado el abogado general Campos (Campos Sánchez-Bordona, 2020:12), no por ello el pronunciamiento en cuanto al fondo resultaba sorprendente, por encontrarse en sintonía con el criterio del Tribunal en sentencias anteriores relativas a organismos públicos dotados de un estatus de independencia sometidos a limitaciones presupuestarias similares³⁸. Lo verdaderamente relevante del asunto es, pues, que —pudiendo haberse limitado a resolver sobre la base de su jurisprudencia anterior— configuraba un mecanismo mediante el que hacer frente a la crisis política y constitucional que venía fraguándose.

El mayor exponente de esta crisis es Polonia, donde el poder ejecutivo viene implementando desde el año 2015 una serie de reformas relativas al poder judicial, dirigidas, sin grandes ambages, a purgar las instancias de jueces independientes. A tal efecto, se ha establecido una variedad de medidas que han afectado a todas las escalas del poder judicial. Desde la jubilación obligatoria selectiva, hasta el establecimiento de una sala disciplinaria controlada desde el Gobierno con poder para remover a aquellos jueces que resulten «conflictivos», pasando por traslados forzosos y la incoación de procedimientos disciplinarios a consecuencia del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Todo ello con contumaz resistencia del Ejecutivo polaco a acatar las resoluciones del Tribunal de Justicia que se vienen dictando al respecto y, como guinda, con un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional polaco —cuya composición hace dudar de si se trata realmente de un tribunal— en el caso K 3/21 de 7 de octubre donde, en esencia,

³⁶ Véase el auto del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2017, *Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża)* (C-441/17 R, EU:C:2017:877).

³⁷ Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117), apdos. 46 a 49.

³⁸ Sentencia de 28 de julio de 2016, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (C-240/15, EU:C:2016:608).

pone en jaque la primacía del derecho de la Unión al declarar *ultra vires* los Tratados, conforme interpretados por el Tribunal de Justicia.

En este contexto, se ha venido ido desarrollando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha dado lugar, por ahora, a multitud de autos de medidas cautelares así como sentencias declarando el incumplimiento del derecho de la Unión por la República de Polonia, y a la fecha de envío de la presente contribución hasta treinta y siete cuestiones prejudiciales formuladas por jueces polacos por cuestiones relacionadas con la independencia judicial. Esta crisis sistémica rebasa igualmente las fronteras de Polonia y ha tenido, desde sus inicios, un eco en la red de tribunales de la Unión de la que forman parte los tribunales polacos.

Prueba de ello es que la primera sentencia a destacar se dicta en el asunto *Minister for Justice and Equality*³⁹, tras una cuestión prejudicial de la High Court irlandesa en relación con la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega emitidas por autoridades polacas, habida cuenta de la violación sistémica de las garantías del Estado de derecho en Polonia, constatada tanto por la Comisión Europea como por la Comisión de Venecia.

A pesar de la existencia de las violaciones sistémicas descritas —que habían llevado a la High Court a preguntarse sobre el alcance del principio de confianza mutua en el contexto de la ejecución de euroórdenes— el Tribunal de Justicia se resiste a cerrar el acceso a los tribunales polacos al sistema de cooperación judicial en materia penal, manteniendo el criterio de su jurisprudencia anterior⁴⁰. En lo que a la independencia judicial se refiere estrictamente, el Tribunal ya adelanta algunas valoraciones en relación con las reformas implementadas en Polonia a la luz de la jurisprudencia del Tribunal en la materia y con apoyo en *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* y haciendo una mención a la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva sobre la base del art. 47 de la Carta⁴¹. Se destaca como necesario que «el régimen disciplinario que se aplique a quienes

³⁹ Sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C216/18, EU:C:2018:586.

⁴⁰ El Tribunal de Justicia entiende aquí que el análisis de la autoridad judicial de ejecución realice el mismo control que venía estableciéndose en la jurisprudencia anterior a estos efectos, como el contenido en la Sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru* (C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198). A tal efecto, se establece que la autoridad judicial de ejecución debe contar con datos que acrediten la existencia real de riesgos sistémicos de violación del art. 47 de la Carta. El Tribunal reiterará este criterio en ulteriores resoluciones. Esta decisión ha recibido ciertas críticas de la doctrina (v. Mancano, 2021; Pech y Kochenov, 2021:165).

⁴¹ Lo relevante de esta mención se justifica en la consideración del art. 51.1 de la Carta, que prevé que será de aplicación a los Estados miembros.

tienen la misión de juzgar presente las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales».

La segunda sentencia relevante se traduce en la estimación del primer recurso por incumplimiento del art. 19.1 TUE y se refiere a la independencia del Tribunal Supremo⁴². Concretamente, en *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, el Tribunal de Justicia declara la infracción resultante reducir la edad de jubilación de los jueces del *Sąd Najwyższy* y aplicar esta medida a los jueces de dicho Tribunal en ejercicio nombrados antes del 3 de abril de 2018 y, por otra parte, al atribuir al presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de ese Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

Despejada la cuestión de la competencia del Tribunal para escrutar estas medidas —en tanto que el *Sąd Najwyższy* es un potencial aplicador del derecho de la Unión en su calidad de «órgano jurisdiccional», en línea con lo establecido en *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁴³— el Tribunal considera que las medidas contravienen las garantías necesarias de inamovilidad, porque la jubilación anticipada genera «inquietudes legítimas» en cuanto a si está dirigida a apartar a un grupo predeterminado de jueces de su cargo (como era el caso)⁴⁴. En cuanto a la facultad del presidente, considera que es susceptible de afectar igualmente a la independencia dado que no está sometida a criterios objetivos, a requisitos de motivación ni es recurrible. Ello sin que el dictamen motivado del Consejo Nacional del Poder Judicial previo al ejercicio de esta facultad altere la respuesta.

En este punto, el Tribunal de Justicia hace una mención que resonará en su jurisprudencia posterior al aludir al Consejo Nacional del Poder judicial, puesto que, si bien considera que «la intervención de un organismo como este, en el contexto de un proceso de prórroga del ejercicio de la función jurisdiccional una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, puede contribuir, en principio, a objetivar ese proceso»⁴⁵, ello pasa porque dicho organismo sea

⁴² Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531.

⁴³ «Si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el derecho de la Unión», Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531, apdo. 52.

⁴⁴ Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531, apdos. 84 y 85.

⁴⁵ Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531, apdos. 115 y 116.

independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo. Esta mención servía para poner sobre aviso a algunos Estados miembros con órganos de gobierno en los que tales requisitos de independencia pudieran no verse cumplidos.

Merece la pena destacar que en *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, el Tribunal de Justicia alude al aspecto estético mencionado al ofrecer un concepto de independencia en relación con la percepción de los justiciables respecto del «verdadero carácter de la reforma» del Sąd Najwyższy⁴⁶. Sin embargo, no se sitúa aquí como parámetro fundamental del enjuiciamiento, sino que viene acompañado por una previa consideración de los elementos objetivos de la reforma y la combinación entre ellos, contrastados con los estándares de independencia previamente establecidos por el Tribunal y que ya conocemos. Esta sentencia vendría seguida de una similar, relativa a la aplicación a los jueces de la jurisdicción ordinaria de similares medidas, *Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*⁴⁷.

La siguiente sentencia, que sirve para ir cerrando el círculo de las más relevantes dictadas en relación con Polonia, es *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*⁴⁸ y se dicta a consecuencia de una cuestión prejudicial formulada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la que, teniendo como antecedente principal la jubilación anticipada involuntaria de tres magistrados, se pregunta, fundamentalmente, si la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo ha de ser considerada un órgano judicial independiente. Esta sala, creada *ex nihil* en el contexto de las reformas judiciales controvertidas, se encarga de resolver los expedientes de jubilación forzosa de los magistrados, y está compuesta por jueces nombrados por el presidente de la República mediante un procedimiento de escasa transparencia y sin constancia de respeto a requisito legal alguno⁴⁹.

Debe tenerse en cuenta que aquí la respuesta del Tribunal de Justicia viene limitada por el propio procedimiento en el que se enmarca. No se encontrará aquí la firmeza con la que el Tribunal se pronuncia en los recursos por incumplimiento anteriores (*Independencia del Tribunal Supremo* e *Independencia de los*

⁴⁶ Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531, apdo. 86.

⁴⁷ Sentencia de 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*, C-192/18, EU:C:2019:924.

⁴⁸ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

⁴⁹ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, apdos. 40 a 44.

tribunales ordinarios), sino un pronunciamiento limitado a ofrecer una interpretación de las disposiciones relevantes —el art. 47 de la Carta y varias disposiciones de la Directiva 2000/78⁵⁰—, señalando al órgano de remisión los elementos necesarios para que pueda enjuiciar la independencia de la Sala Disciplinaria.

Destaca, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia desarrolle la interpretación del art. 47 de la Carta (en un asunto en el que la aplicación del precepto no suscita dudas, por la presencia de la Directiva 2000/78, y en el que sin embargo el Tribunal hace un esfuerzo especial por subrayar la suficiencia del precepto por sí solo para conceder a los particulares un derecho subjetivo) y de la independencia judicial como requisito esencial de la tutela judicial efectiva apoyándose de forma especialmente intensa en la jurisprudencia del TEDH respecto de la necesidad de independencia del poder judicial respecto del ejecutivo y el legislativo⁵¹.

Seguidamente, reiterando la mención referida anteriormente en *Independencia del Tribunal Supremo*⁵² respecto de la relevancia de la independencia de este tipo de órganos, cuya intervención *puede* servir para objetivar el proceso de nombramiento de jueces, llama la atención sobre la necesidad de tomar en consideración los elementos ya suscitados por el propio tribunal remitente en relación con la composición, facultades, posibilidad de control judicial de los nombramientos del presidente e independencia de la Sala Disciplinaria en el ejercicio de sus funciones. Y subraya, a estos efectos, una cuestión latente en la jurisprudencia anterior pero que merece ahora un mayor desarrollo y es la necesaria toma en consideración los elementos del sistema que afectan al funcionamiento del órgano en su conjunto. Debe tenerse en cuenta «la combinación de esos aspectos, sumada a las circunstancias en las que se efectuaron tales elecciones, puede en cambio llevar a dudar de la independencia de un organismo que participa en el procedimiento de nombramiento de los jueces, aun cuando, si se consideraran esos aspectos por separado, no se impondría tal conclusión»⁵³.

⁵⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO, 2000, L 303, p. 16).

⁵¹ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, apdos. 126 y 127.

⁵² Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531, apdos. 115 y 116.

⁵³ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, apdo. 142.

El (obligado) ejercicio de contención del Tribunal respecto de las cuestiones suscitadas en el contexto de una cuestión prejudicial, en comparación con las sentencias dictadas en recursos por incumplimiento ex art. 258 TFUE, explican las referencias a la jurisprudencia anterior al respecto de la reforma judicial polaca, a la primacía del derecho de la Unión —en su vertiente aplicativa (Sarmiento, 2020: 343)—, y el desarrollo de las consecuencias de la falta de independencia de la Sala Disciplinaria desde la óptica del art. 47 de la Carta y la Directiva 2000/78⁵⁴.

Como se anticipaba, la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia en relación con Polonia ha generado un fuerte eco en varios rincones de la Unión. Las consideraciones que el Tribunal realiza respecto de los requisitos para la independencia de diferentes elementos del sistema judicial polaco ha abierto la puerta al escrutinio del ejercicio del poder judicial en otros Estados miembros.

Quizá el mejor ejemplo de ello sea el asunto *Repubblika*⁵⁵, en el que el Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial formulada por el Prim'Awla tal-Qorti Ċivili — Gurisdizzjoni Kostituzzjonali maltés (Sala Primera del Tribunal de lo Civil, actuando en funciones de Tribunal Constitucional). El procedimiento nacional en el que se suscita el reenvío prejudicial trae causa del ejercicio de la denominada *actio popularis* por una organización no gubernamental maltesa dedicada la defensa de la justicia y del Estado de derecho, *Repubblika*, mediante la que se impugnaban una serie de nombramientos judiciales por infracción del art. 19.1 TUE y 47 de la Carta.

Los nombramientos judiciales en Malta se realizan por el presidente de la República —cuya intervención es simbólica—, a propuesta del primer ministro, que elige de entre una lista de candidatos elaborada por un órgano independiente, el Judicial Appointments Committee (compuesto por la más alta instancia del poder judicial —el *chief justice*—, el fiscal General del Estado, el presidente del Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo y el presidente del Colegio de Abogados).

La cuestión controvertida en el desafío al régimen maltés es que el primer ministro tiene la facultad extraordinaria de elegir a un candidato que no se encuentre en la lista del Judicial Appointments Committee, siempre que cumpla con los requisitos de elegibilidad establecidos constitucionalmente relacionados,

⁵⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, apdos. 164 a 169.

⁵⁵ Sentencia de 20 de abril de 2021, asunto *Repubblika v. Il-Prim Ministru* (C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311).

fundamentalmente, con el tiempo de ejercicio previo como abogado o magistrado. En caso de hacer uso de esta facultad extraordinaria, debería de motivarse la decisión y comparecer ante el Parlamento.

La facultad del primer ministro de nombrar a los magistrados y jueces existe en Malta desde el otorgamiento de la Constitución de 1964 y, por lo tanto, también en 2003, cuando se acordó la adhesión de Malta a la Unión Europea. No obstante, el régimen maltés contaba con una opinión desfavorable de la Comisión de Venecia que, antes de tener lugar los nombramientos judiciales controvertidos, había recomendado la implementación de una serie de mejoras en el régimen maltés, como la minoración de la intervención del Ejecutivo en la composición de la Judicatura.

Como sucedía en *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁵⁶, el Tribunal de Justicia podría haber resuelto la remisión sobre la base de su jurisprudencia anterior. En este sentido, podría haber recordado al órgano remitente la ausencia de afectación de la independencia judicial por el mero hecho de que los jueces sean nombrados por el Ejecutivo, o a la existencia de garantías de inamovilidad de los jueces malteses, tanto en lo relativo a la duración de su mandato, a su régimen disciplinario como a las condiciones tasadas para su cese. También a la existencia de garantías en cuanto a su retribución. Este era el ejercicio propuesto, en esencia, por el abogado general Hogan⁵⁷.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia debía cerrar ahora la caja de Pandora, abierta desde el momento en el que la jurisprudencia del Tribunal comienza a poder extrapolarse a los sistemas judiciales de toda la Unión. Podría empezar a cuestionarse la adecuación de los mecanismos de garantía de la independencia judicial —o, más en general, la protección del Estado de derecho—, a la luz del estándar diseñado a la medida de Polonia.

El asunto maltés era la ocasión perfecta porque en Malta, al contrario de lo que sucede en Polonia, no se había adoptado ninguna reforma del poder judicial que resultase en un empeoramiento de las garantías relativas a la independencia judicial. Así, aunque el Tribunal alude a su jurisprudencia anterior en la materia, pone el peso de la argumentación en el hecho de que, cuando Malta se adhirió a la Unión Europea, con arreglo al art. 49 TUE, lo hizo sobre la base de una versión todavía menos garantista del régimen constitucional objeto de examen, que sirvió para tener por acreditado el cumplimiento de los llamados criterios de Copenhague.

⁵⁶ Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117).

⁵⁷ Conclusiones del abogado general Hogan de 17 de diciembre de 2020, asunto *Repubblika* (C-896/19, EU:C:2020:1055).

De este modo, el Tribunal introduce un nuevo estándar de enjuiciamiento de la independencia judicial, diciendo que un Estado miembro «no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de derecho», de modo que debe «evitar, en relación con este valor, cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial»⁵⁸.

La aportación crucial del asunto *Repubblika* al concepto de independencia judicial es el alumbramiento del principio de no regresión. Esta cláusula comporta que los Estados miembros, al acceder a la Unión Europea, han de mantener el compromiso de respetar los valores establecidos en los Tratados, de un modo tal que no pueden reducir las garantías existentes en el momento de la adhesión en relación con la protección de dichos valores. Si bien podría discutirse que la confección de esta regla resultara necesaria para resolver el asunto en cuestión el resultado visible es de la mayor relevancia. El estándar de independencia judicial que sirve referencia respecto de cada Estado miembro es, por lo tanto, aquel con que contase en el momento de adherirse a la Unión. Debe, en consecuencia, analizarse si las reformas que se han llevado a cabo desde la adhesión a la Unión Europea comportan una regresión en la protección del Estado de derecho y la independencia judicial. Así, el art. 2 TUE funcionaría como una cláusula *standstill* (Rossi, 2020), que sirve para imponer un control a los Estados miembros antes y después de su adhesión a la Unión Europea. Esta es la manera en que el Tribunal de Justicia resuelve lo que se ha llamado oportunamente el «dilema Copenhague» (Leloup *et al.*, 2021).

Constatada la ausencia de regresión en el sistema maltés, el Tribunal añade que la facultad del primer ministro en el contexto de los nombramientos judiciales se encuentra limitada por los requisitos constitucionalmente exigidos de experiencia profesional de los candidatos. Asimismo, alude a que la posibilidad del primer ministro de seleccionar a un candidato no propuesto por el Judicial Appointments Committee le impone la obligación de explicar sus motivos ante la Cámara de Representantes y publicar una declaración en el boletín oficial maltés. Manifiesta el Tribunal que, siempre que esta facultad se ejerza «solo con carácter absolutamente excepcional y respete estricta y efectivamente la mencionada obligación de motivación», no suscita dudas legítimas respecto de las garantías de independencia⁵⁹. Como

⁵⁸ Sentencia de 20 de abril de 2021, asunto *Repubblika* (C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311), apdo. 63.

⁵⁹ Sentencia de 20 de abril de 2021, asunto *Repubblika* (C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311), apdo. 71.

resulta lógico, el Tribunal no aparta la vista de Polonia ni un solo segundo al dictar esta sentencia.

La jurisprudencia anterior en materia de independencia judicial ha sido aplicada también en Rumanía, como resulta de la sentencia en el asunto *Asociația Forumul Judecătorilor din România*⁶⁰. Rumanía cuenta con un régimen especial de verificación del cumplimiento de una serie de condiciones en relación con el funcionamiento de la administración y el sistema judicial establecido en el momento de su adhesión a la Unión en el año 2007, el Mecanismo de Cooperación y Verificación para Bulgaria y Rumanía (el MCV). Desde 2017 se han adoptado en Rumanía una serie de reformas legislativas relativas al poder judicial que afectan tanto a jueces como a fiscales y a los procedimientos disciplinarios y criminales por corrupción así como de responsabilidad civil contra ellos. Entre otras modificaciones, se establece una sala disciplinaria en el seno de la Oficina del Fiscal General Adjunto al Tribunal Supremo, con poderes para iniciar procedimientos contra jueces o fiscales en activo que puede llevar aparejada la suspensión. También se formulan preguntas en relación con las reglas relativas al error judicial y a la responsabilidad patrimonial del Estado al efecto.

El Tribunal de Justicia, además de despejar las cuestiones jurídicas derivadas de la aplicación del MCV —cuya utilidad tras la sentencia *Repubblika*⁶¹ ha sido puesta en cuestión (Dimitrovs y Kochenov, 2021) por la aplicabilidad del principio de no regresión a la necesidad atendida por el MCV— responde a las cuestiones prejudiciales en un sentido que evoca a la sentencia *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*⁶². Haciendo el ejercicio de contención propio de la sentencia prejudicial, el Tribunal reitera la relevancia de analizar el conjunto de normas al respecto de las cuestiones suscitadas, que deben contar con una claridad tal que permita despejar toda duda en relación con la falta de independencia en el ejercicio de su función por jueces y fiscales⁶³, en línea con el cuerpo de jurisprudencia polaca antes descrito.

Aunque no presenta grandes particularidades en relación al desarrollo del concepto estudiado, sí cabe destacar que, como algunas voces reclaman, quizá

⁶⁰ Sentencia de 18 de mayo de 2021, asunto *Asociația Forumul Judecătorilor din România* (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, EU:C:2021:393).

⁶¹ Sentencia de 20 de abril de 2021, asunto *Repubblika* (C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311).

⁶² Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

⁶³ Sentencia de 18 de mayo de 2021, asunto *Asociația Forumul Judecătorilor din România* (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, EU:C:2021:393), apdos. 212, 225 y 228.

hubiera sido deseable que estas cuestiones se hubieran ventilado en el contexto de un recurso por incumplimiento iniciado por la Comisión (Dimitrovs y Kochenov, 2021:6), que no ha tenido lugar. Sea como fuere, resulta positivo que se generalice progresivamente la tendencia de dirigir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia entre los jueces de aquellas jurisdicciones afectadas por ataques a la independencia judicial.

Esta tendencia ha llevado a los perpetradores de los ataques a tratar de limitar el reenvío prejudicial con medidas como la llamada «ley bozal», a la que se refiere la sentencia *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny*⁶⁴, procedimiento prejudicial que tiene por objeto iniciar procedimientos disciplinarios contra aquellos jueces que formulen cuestiones prejudiciales. Sin embargo, por no haberse acreditado la existencia de un vínculo entre el litigio principal y una norma de derecho de la Unión susceptible de interpretación por el Tribunal de Justicia, las cuestiones prejudiciales se declaran inadmisibles. El Tribunal explica que esta respuesta se debe a la naturaleza procedimental específica de la cuestión prejudicial y, *en passant*, manifiesta lo obvio, y que ya había adelantado en sede cautelar⁶⁵: que una ley semejante resulta contraria al derecho de la Unión y al art. 267 TFUE.

El Tribunal ha salido al paso de esta cuestión, en su sentencia de *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*⁶⁶ donde, esta vez sí, en el contexto de un recurso por incumplimiento *ex art.* 258 TFUE, declara el incumplimiento del art. 267 TFUE por permitirse la incoación de un procedimiento disciplinario limite el derecho de los órganos jurisdiccionales nacionales a plantear cuestiones prejudiciales. Esta conclusión se reitera también en la reciente sentencia del asunto *IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)*⁶⁷ respecto de un procedimiento judicial tramitado en Hungría, en la que se declara que debe entenderse contrario al art. 267 TFUE que el tribunal supremo de un Estado miembro declare la ilegalidad de una petición de cuestión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional inferior, sobre la base de la falta de pertinencia y necesidad de la remisión para la resolución del litigio principal. En caso de que ello suceda, el Tribunal ha añadido una cuestión de grandísima

⁶⁴ Sentencia de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y Prokurator Generalny* (C-558/18 y C-563/18, EU:C:2020:234).

⁶⁵ Auto del presidente del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2018, *Miasto Łowicz y Prokuratura Okręgowa w Płocku* (C-558/18 y C-563/18, no publicado, EU:C:2018:923), apdo. 21.

⁶⁶ Sentencia de 15 de julio de 2021, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, EU:C:2021:596).

⁶⁷ Sentencia de 23 de noviembre de 2021, *IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)*, C-564/19, EU:C:2021:949.

importancia: que el órgano inferior debe dejar inaplicada la resolución tribunal supremo nacional. Asimismo, declara que el precepto se opone igualmente a la incoación de un expediente disciplinario contra un juez nacional por el hecho de haber acudido a la remisión prejudicial. Una vez más, el Tribunal acude al auxilio de la Judicatura independiente de la Unión.

Por su parte, el torrente de jurisprudencia en relación con la saga polaca no ha cesado. Por un lado, el Tribunal de Justicia sigue respondiendo a prejudiciales de los tribunales polacos que piden su auxilio. Así, el 2 de marzo de 2021 se dictó la sentencia *A. B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême)*⁶⁸, procedimiento prejudicial relativo a las irregularidades en el nombramiento de los jueces en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el que se ha denominado el caso de los «falsos jueces» y en el que el Tribunal de Justicia se posiciona respecto de la falta de recurso efectivo contra el nombramiento de ciertos jueces en detrimento de otros candidatos, mediante la intervención del Krajowa Rada Sądownictwa, el nuevo Consejo Nacional del Poder Judicial Polaco, controlado por el Ejecutivo y donde el Tribunal se pronuncia en línea con *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*⁶⁹.

El 15 de julio de 2021, se dictó la tercera sentencia contra Polonia por incumplimiento del art. 19.1 TUE, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*⁷⁰, dictada respecto de la modificación del régimen disciplinario de los jueces polacos, y en la que se declara que la República de Polonia no garantiza la independencia e imparcialidad de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo, igualmente en línea con la sentencia dictada en sede prejudicial en *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*⁷¹. Asimismo, el Tribunal declara el incumplimiento del art. 19.1 TUE en relación con la incoación de expedientes disciplinarios respecto del contenido de resoluciones judiciales, la atribución al presidente de la Sala Disciplinaria de la facultad de designar al tribunal disciplinario competente para incoar tales procedimientos disciplinarios, y la falta de garantía de su resolución en plazos

⁶⁸ Sentencia de 2 de marzo de 2021, asunto *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême)*, C-824/18, EU:C:2021:153.

⁶⁹ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

⁷⁰ Sentencia de 15 de julio de 2021, C-791/19 - *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, EU:C:2021:596.

⁷¹ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

razonables. Asimismo, como se adelantaba, se pronuncia en relación con los procedimientos judiciales que afectan a la facultad de planteamiento de cuestiones prejudiciales *ex art. 267 TFUE*. Como resulta lógico, un procedimiento disciplinario dirigido a presionar, intimidar o controlar políticamente a los jueces no cumple con las garantías de independencia judicial establecidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Igualmente, el 16 de noviembre de 2021 se ha dictado la sentencia en el asunto *Prokuratura Rejonowa*⁷², que resuelve un procedimiento prejudicial relacionado con el sistema de comisiones de servicio de los jueces en Polonia, bajo instrucción del ministro de Justicia —que actúa a su vez como Fiscal General—, que puede decidir sobre la adscripción a comisiones de servicio de un juez sin que existan criterios públicos al respecto tanto para la propia adscripción como para su finalización. La tensión entre el alcance de la cuestión prejudicial y el recurso por incumplimiento sigue aquí latente, si bien la respuesta del Tribunal de Justicia parece dejar un margen más estrecho al órgano de remisión, a cuya capacidad de apreciación de los hechos del caso no alude en el fallo.

En este último trecho, no puede decirse que el Tribunal de Justicia haya realizado grandes aportaciones al concepto de independencia judicial, sino que más bien viene resolviendo sobre cuestiones que se alinean con su jurisprudencia anterior, habida cuenta del carácter flagrante de los incumplimientos que se vienen cometiendo en Polonia. Como puede verse en el capítulo polaco del *Informe sobre el Estado de derecho de la Comisión Europea de 2021*⁷³, la problemática viene dibujándose progresivamente más como un desafío directo y sin ambages a la primacía del derecho de la Unión y a la obligación de cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia que a cuestiones de independencia judicial estrictamente consideradas, si bien estas se encuentran en el origen del problema. En este sentido, algunas de las sentencias dictadas en sede prejudicial no están siendo cumplidas, lo que sucede también respecto de varios autos de medidas provisionales⁷⁴, mientras que el Tribunal Constitucional ha proporcionado un espaldarazo a la deriva iliberal al declarar la primacía del derecho de la Unión conforme interpretada por el Tribunal de Justicia como

⁷² Sentencia de 16 de noviembre de 2021, *Prokuratura Rejonowa* (C-748/19 a C-754/19, EU:C:2021:931).

⁷³ Disponible en: <https://bit.ly/3StaAOs>, Bruselas, 20 de julio de 2021, SWD (2021) 722 final.

⁷⁴ Es el caso de sentencias tan relevantes como *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)* o *A.B. y otros (Nomination des juges à la Cour suprême)*, C-824/18, EU:C:2021:153.

ultra vires respecto del sistema constitucional polaco⁷⁵, lo que ha suscitado la iniciación de un procedimiento por incumplimiento por la Comisión Europea, como ha sido anunciado el 22 de diciembre de 2021⁷⁶, que se acompaña con otros procedimientos similares relativos al cumplimiento de las resoluciones del propio Tribunal de Justicia. Así seguramente sucederá con todos aquellos órganos nacionales que cuestionen la primacía del derecho de la Unión, como tristemente parece ser también el caso del Tribunal Constitucional rumano⁷⁷.

En definitiva, uno de los graves problemas de Polonia es la falta de independencia judicial, pero su solución pasa menos por un mayor desarrollo del propio concepto que, desde una perspectiva más general, por la eficacia de los mecanismos de lucha contra los ataques al valor del Estado de derecho, así como por las soluciones políticas y legislativas que puedan ofrecerse en el seno de la Unión y su respaldo por el Tribunal de Justicia⁷⁸.

V. LOS VASOS COMUNICANTES: CONSECUENCIAS DE UN ÚNICO CONCEPTO AUTÓNOMO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y SU INTERACCIÓN CON OTROS ESTÁNDARES

A la luz de lo anterior, se aprecia que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la independencia judicial parte de un estándar originario de la tradición constitucional europea, acogido por el Tribunal de Justicia en consideración del mecanismo de diálogo prejudicial y evolucionado como reacción frente al virus autoritario surgido dentro de la Unión. ¿Ofrece esta última una verdadera revolución conceptual? Desde luego que no el caso polaco ni el rumano. Tampoco el húngaro, cuyos ataques al Estado de derecho suelen relacionarse menos con la independencia judicial y más con los derechos fundamentales de ciertas minorías o colectivos.

El carácter ciertamente evidente de las violaciones de las garantías de independencia que vienen teniendo lugar en Polonia no ha requerido un

⁷⁵ Sobre las implicaciones de estas resoluciones, véase el simposio publicado en *EU Law Live*. Disponible en: [https://bit.ly/3Tn4k\]7](https://bit.ly/3Tn4k]7).

⁷⁶ Disponible en: <https://bit.ly/3eStdNV>.

⁷⁷ Véase, en este sentido, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion y otros* (C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19, EU:C:2021:1034).

⁷⁸ A estos efectos, destaca la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2022 en el asunto *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-156/21, EU:C:2021:974).

desarrollo conceptual, sino más bien de un primer espaldarazo de orden procesal, proporcionado por el Tribunal de Justicia en *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁷⁹ atribuyendo una nueva virtualidad al art. 19.1 TUE que permitiese el escrutinio de los sistemas judiciales nacionales. Seguidamente, algunas adiciones en relación con las garantías de independencia han venido siendo necesarias, como es el caso de la obligada consideración combinada de los diferentes elementos de un sistema de ordenación del poder judicial que puedan afectar a las garantías de independencia⁸⁰. Sin embargo, es dudoso que ello no pudiera deducirse de la jurisprudencia anterior en la materia.

No obstante, la consideración más estricta de los elementos integrantes de las garantías de independencia ha provocado un correlativo endurecimiento de los requisitos para la consideración de un ente como «órgano jurisdiccional» en el sentido del art. 267 TFEU. Las diferentes manifestaciones de la independencia judicial se comportan como vasos comunicantes, del modo que viene enunciado en la sentencia *Banco Santander*⁸¹, donde se manifiesta que los razonamientos respecto de la independencia de los TEAC «deben revisarse, habida cuenta, en particular, de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia relativa al criterio de independencia [la dictada en relación con el Estado de derecho] a que se atenderá cualquier organismo nacional para que pueda calificársele de “órgano jurisdiccional” a efectos del art. 267 TFUE».

Así, la —tan criticada⁸²— flexibilidad inicial del Tribunal de Justicia a la hora de interpretar el concepto de órgano jurisdiccional, que respondía a la voluntad del Tribunal de Justicia de otorgar máxima fluidez al diálogo prejudicial y de consolidar su posición institucional frente a las demás instancias judiciales de la Unión (Sarmiento 2004:193), actúa ahora como válvula de cierre a consecuencia de la jurisprudencia dictada para responder a la crisis del Estado de derecho. Ello sin perjuicio de que el funcionamiento engrasado del sistema de remisión prejudicial se encuentre en el corazón de la lucha por el Estado de derecho y la independencia judicial, como bien demuestran los asuntos *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*⁸³ e *IS (Illégalité de*

⁷⁹ Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117).

⁸⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A. K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, apdo. 142.

⁸¹ Sentencia de 21 de enero de 2020, *Banco Santander* (C-247/14, EU:C:2020:17).

⁸² Especialmente famosas son las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer de 28 de junio de 2001 de *Coster* (C-17/00, EU:2001:366), para. 26.

⁸³ Sentencia de 15 de julio de 2021, *Comisión/Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, EU:C:2021:596).

l'ordonnance de renvoi)⁸⁴. En este mismo sentido puede explicarse la estricta jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la declaración del incumplimiento del derecho de la Unión como consecuencia de la inobservancia de la obligación de formular cuestiones prejudiciales, que encuentra su máximo exponente en el asunto *Comisión c. Francia*⁸⁵.

La verdadera revolución conceptual respecto de la independencia judicial viene, sin embargo, suscitada por el alumbramiento del principio de no regresión en la sentencia *Repubblika*⁸⁶. Aquí sí nos encontramos ante un nuevo concepto de independencia, que adquiere un carácter ciertamente polifacético, al remitirse al estado de las garantías de independencia judicial en el momento de la adhesión a la Unión considerado respecto de todos y cada uno de los Estados miembros. Cabe apuntar que el análisis de los criterios Copenhague con ocasión de la adhesión a los efectos de la independencia judicial debería coincidir en esencia con la restante jurisprudencia del Tribunal de Justicia a estos efectos. Sin embargo, como hemos visto, pueden producirse ciertas distorsiones. El mensaje para los Estados miembros, es, en todo caso, verdaderamente claro: no retrocedan en su sistema de garantías de independencia. No empeoren la efectividad de sus contrapesos. Pero, también, estén tranquilos. En la medida en que los mantengan, sus sistemas ya han sido declarados válidos dentro del ordenamiento jurídico de la Unión. Si bien esta revolución conceptual convierte el concepto de independencia judicial en polifacético, también le otorga un cierto carácter estático. Las exigencias relativas a la independencia judicial dentro de la Unión no pueden evolucionar de un modo tal que invalide un mismo sistema judicial antes considerado conforme a los Tratados. Las garantías no pueden, si se nos permite, caducar. Al menos por el momento.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de independencia judicial deja a su paso algún interrogante en relación con el alcance de la aplicación del art. 47 de la Carta. Resulta claro que, en los casos en los que se valora la conformidad con el art. 19.1 TUE de la aplicación a nivel nacional de una norma —normalmente de rango constitucional— relativa a la independencia judicial, no se aplica ninguna disposición de derecho de la Unión y, por lo tanto, de conformidad con el art. 51.1 de la Carta, esta no

⁸⁴ Sentencia de 23 de noviembre de 2021, *IS (Illégalité de l'ordonnance de renvoi)*, C-564/19, EU:C:2021:949.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2018, *Comisión c. Francia* (C-416/17, EU:C:2018:811).

⁸⁶ Sentencia de 20 de abril de 2021, asunto *Repubblika v. Il-Prim Ministru* (C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311).

resulta directamente aplicable al litigio principal⁸⁷. No obstante, el Tribunal de Justicia aclara que la interpretación del art. 19.1 TUE, que alude a la necesidad de «garantizar la tutela judicial efectiva», debe realizarse tomando «debidamente en consideración»⁸⁸ el art. 47 de la Carta. No se aplica, pero se considera, de un modo tal que recuerda a la doctrina de la interpretación conforme, aunque con diferencias notables. En todo caso, a cualquier jurista (y lego) le suscitará algunas preguntas el alcance de esta «toma de consideración» que, sin embargo, se encontraría deslindada de la aplicación. Resulta curioso en este sentido que, aquellos casos en los que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el alcance del art. 47 de la Carta, lo hace apoyándose fuertemente en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 CEDH. Podría pensarse que se trata de un calculado ejercicio de configuración jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 47 de la Carta sobre la base de la jurisprudencia de Estrasburgo que permita sortear, vía art. 6.3 del Tratado, el obstáculo del art. 51.1 de la Carta cuando ello resulte necesario.

Asimismo, la jurisprudencia en materia de independencia judicial también resulta relevante en cuanto a la interacción del derecho de la Unión con otros instrumentos regionales y, más específicamente, el CEDH. Por un lado, debe llamarse la atención sobre el papel asignado por el Tribunal de Justicia a los informes de la Comisión de Venecia. A la luz de la reciente jurisprudencia sobre Estado de derecho, todo apunta a que continuarán siendo, en palabras del abogado general Bobek una «provechosa fuente de información»⁸⁹. Pero no condicionan de manera relevante el enjuiciamiento del Tribunal de Justicia respecto de las garantías de protección del Estado de derecho. Así, el Tribunal parece pensar que las recomendaciones de la Comisión de Venecia no resultan un estándar útil a los efectos de los art. 2 y 19.1 TUE, por más que el criterio del Tribunal de Justicia y de la Comisión de Venecia puedan llegar a coincidir respecto de un caso concreto.

Por último, las resoluciones del TEDH siguen jugando un papel relevante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en material de independencia judicial, como se observa con especial intensidad en aquellos casos en

⁸⁷ Sentencia de 20 de abril de 2021, asunto *Repubblica v. Il-Prim Ministru* (C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311), apdo. 44.

⁸⁸ Sentencia de 20 de abril de 2021, asunto *Repubblica v. Il-Prim Ministru* (C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311), apdo. 46.

⁸⁹ Conclusiones del abogado general Bobek de 23 de septiembre de 2020, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* (C-83/19, C-291/19 y C-355/19, EU:C:2020:746), punto 170.

los que juzga el alcance del art. 47 de la Carta⁹⁰, lo que resulta llamativo por las razones antes apuntadas. No obstante, los estándares de uno y otro instrumento no son perfectamente idénticos, y, si bien desde la doctrina se aboga por que debieran de serlo (Kowalik-Bańczyk, 2021), su interacción resulta tan real como incierta. Las exigencias de uno y otro órgano parecen convivir pacíficamente hasta el momento, pero surgen múltiples interrogantes sobre lo que podría suceder en caso de disenso⁹¹, en un escenario en el que la adhesión de la Unión Europea al CEDH parece acercarse cada vez más y siendo que la actuación de ambos órganos puede, en muchos casos, solaparse⁹².

Bibliografía

- Campos Sánchez-Bordona, M. (2020). La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 11-31. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.01>.
- Dimitrovs, A. y Kochenov, D. (2021). Of Jupiters and Bulls: the Cooperation and Verification Mechanism as a redundant special regime of the rule of law. *EU Law Live*, 61, 1-8.
- Kowalik-Bańczyk, K. (2021). Paralelism of Jurisprudence, Identity of Values. *EU Law Live — Diritti Comparati*. 58.
- Leloup, M., Kochenov, D. y Dimitrovs, A. (2021). *Non-Regression: Opening the Door to Solving the «Copenhagen Dilemma»? All the Eyes on Case C-896/19 Repubblica v Il-Prim Ministru (June 28, 2021)*. Working Paper, 15. Reconnect. Disponible en: <https://bit.ly/3eYG6WF>.
- Lenaerts, K., Maselis, I. y Gutman, K. (2015). *EU Procedural Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Mancano, L. (2021). You'll never work alone. A systematic assessment of the European Arrest Warrant and judicial independence. *Common Market Law Review*, 58, 683-718. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/COLA2021047>.
- Pech, L. y Kochenov, D. (2021). *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice*. Stockholm: Swedish Institute for European Policy Studies. Disponible en: <https://bit.ly/3TlJNV0>.

⁹⁰ Véase, por ejemplo, Sentencia de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982, apdos. 164 a 169.

⁹¹ Aunque no es este el objeto del presente trabajo, déjese apuntado que las soluciones intermedias como las ofrecidas por la línea jurisprudencial establecida por el TEDH en *Bosphorus* podrían no resultar del todo tranquilizadoras, dado que la relación de armonía entre ambos estándares se basa en una mera presunción.

⁹² Véase en este sentido la Sentencia de 22 de julio de 2021, *Reczkowicz c. Polonia*, CE:ECHR:2021:0722JUD004344719.

- Rossi, L. S. (2020). La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE : relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'Union européenne et remèdes juridictionnels. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 56 (3), 639-657.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2004). *Poder judicial e integración europea*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Civitas.
- (2020). *El derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES, DERECHO JURISPRUDENCIAL Y LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO¹

Responsibility of the judges, jurisprudential law and legitimation of the Judicial Power in the democratic State

ROBERTO ROMBOLI

Universidad de Pisa
roberto.romboli@unipi.it

Cómo citar/Citation

Romboli, R. (2022).
Responsabilidad de los jueces, derecho jurisprudencial y legitimación del Poder Judicial en el Estado democrático.
Revista de Estudios Políticos, 198, 153-185.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.06>

Resumen

El propósito de este trabajo es revisar el modo en que se ha venido planteando la cuestión de la responsabilidad del juez, en vista de la progresiva extensión e importancia de su papel en las democracias constitucionales contemporáneas y su indudable contribución a la creación de derecho a través de la jurisprudencia. La pregunta de partida es si esta notable extensión de la competencia del Poder Judicial debería implicar una correlativa ampliación de su responsabilidad o algún cambio en las fórmulas de exigencia de responsabilidad. Para responder a esta pregunta, la primera parte de este texto se ocupa del fenómeno de la progresiva ampliación del papel del juez; la segunda parte examina la variedad de fórmulas accionables para la exigencia de responsabilidad del juez (disciplinaria, civil, deontológica), para ofrecer, en la tercera parte, algunas reflexiones conclusivas.

¹ Traducción del italiano por Silvia Romboli (Universidad Ramon Llull-ESADE).

Palabras clave

Jueces; Poder Judicial en el Estado constitucional; responsabilidad judicial; responsabilidad del Estado-juez; responsabilidad disciplinaria del juez; código deontológico del Poder Judicial (Italia); creación judicial de derecho.

Abstract

The purpose of this article is to review issues concerning judicial responsibility and accountability taking account of the progressive extension and importance of the judicial role in contemporary constitutional democracies, including the judicial contribution to law-making through case law. The question at the outset is whether this remarkable extension of the jurisdictional powers should imply a corresponding expansion of its responsibility or some change in the formulae for demanding responsibility. To answer this question, the first part of this text deals with the phenomenon of the progressive expansion of the role of the judge, the second part examines the variety of agile formulae for the demand for responsibility of the judge (disciplinary, civil, deontological), to offer, in the third part, some concluding reflections.

Keywords

Judges; Judiciary and Constitutional State; judicial responsibility; State liability; judge liability; judicial accountability; deontological code of the Judiciary (Italy); judicial law-making.

SUMARIO

I. PREMISA. II. LA EVOLUCIÓN DEL ROL DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. III. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS JUECES. IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO Y DE LOS JUECES. V. EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DEL PODER JUDICIAL. VI. ¿DÓNDE HAY DISCRECIONALIDAD HAY RESPONSABILIDAD? LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO JURISPRUDENCIAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL. *BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.*

I. PREMISA

El tema de la responsabilidad del juez² no es solo, o no tanto, un problema que concierna al ordenamiento o sistema judicial, sino un problema de ordenamiento constitucional.

Esto porque regular la responsabilidad del juez trae consigo necesariamente problemáticas como las relativas a las garantías constitucionales del poder judicial, en particular la garantía de la independencia e imparcialidad y el papel que la Constitución asigna al juez.

Por ejemplo, cuando mediante la previsión de ilícitos disciplinarios se indica lo que no debe hacer el juez, so pena de abrir un procedimiento disciplinario, se expresa en sentido negativo lo que debe ser la conducta correcta del juez en positivo.

La identificación de los principios constitucionales relativos a la responsabilidad de los jueces también está estrechamente relacionada con la cuestión más general de la legitimidad en el sistema constitucional de la actividad jurisdiccional y, dentro de los límites indicados, de la creación de derecho por parte de los jueces (el denominado *derecho jurisprudencial*).

Hablar de los principios constitucionales en materia de responsabilidad de los jueces es un tema que no puede ser abordado en abstracto, únicamente sobre la base del principio clásico de la separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), sino que debe necesariamente conectarse con un concreto modelo de ordenamiento judicial. Esto es, la reflexión no puede fundarse solo

² Aclaración de la traductora: el título en el idioma original utiliza el término *magistrati*. En Italia el mismo incluye a los que en España se identifican como jueces, magistrados y fiscales. A lo largo del texto se entenderá que el término juez incluye esas tres figuras pertenecientes al poder judicial.

sobre el diseño constitucional, sino también y sobre todo respecto de cómo este mismo se realizó e implementó concretamente. En el caso de Italia, se hará referencia a lo que Alessandro Pizzorusso definió el modelo italiano de ordenamiento judicial, es decir, el modelo concretamente realizado en los años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución y que hoy posee características tales que lo distinguen de cualquier otro modelo y que también ha servido, si se me permite el juego de palabras, como modelo para otras experiencias constitucionales (como la española, entre otras)³.

Evidentemente el modelo elegido e implementado tiene una influencia significativa en los contenidos y en la forma de abordar un tema como el que nos ocupa, basta pensar en los modelos opuestos anglosajón y francés. Para el primero, en efecto, la responsabilidad del juez apenas se menciona, no existe como problema, mientras que para el segundo la responsabilidad disciplinaria asume un significado principalmente relacionado con el orden interno del Poder Judicial.

Por ello, normalmente se contraponen dos tipos de juez: el *juez-funcionario*, elegido por concurso, mayoritariamente irresponsable hacia el exterior y responsable en cambio desde el punto de vista disciplinario, al que se contrapone el *juez-profesional*, independiente de cualquier órgano político, ajeno a la organización del Estado-persona y que tiene una relación directa con las partes interesadas, ante las cuales es por lo tanto civilmente responsable⁴.

³ En particular, los elementos más característicos con respecto al pasado, y que califican el *modelo italiano de ordenamiento judicial*, pueden resumirse en cuatro puntos: a) la autonomía y la independencia *externa*, es decir frente a posibles influencias provenientes precisamente de fuera del Poder Judicial, esto es, del poder político y de la mayoría de gobierno en particular. Este aspecto encuentra su principal realización en el establecimiento de un órgano especial (el Consejo Superior de la Magistratura), integrado por dos tercios de jueces y magistrados, elegidos por jueces y magistrados, a quienes se les han asignado las funciones administrativas y disciplinarias hacia los magistrados, una vez ejercidas por el ministro de Justicia; b) la independencia *interna*, basada en el principio de que los jueces se distinguen entre sí únicamente por la diversidad de funciones y por tanto no por grados o jerarquía, en virtud del cual se anula la anterior concepción de un Poder Judicial organizado por grados, con facultades muy penetrantes de los *jefes* de las oficinas judiciales; c) la independencia respecto del poder político (y del gobierno) del Ministerio Público que, en materia penal, tiene la obligación de perseguir y por tanto no responde a la orientación política de la mayoría; d) el reconocimiento al juez de la posibilidad de activar ante la Corte constitucional una cuestión de constitucionalidad de la ley que tiene que aplicar en un caso concreto, relevándolo en estos casos de la sujeción a la ley ordinaria del Parlamento.

⁴ La experiencia italiana se sitúa en una posición intermedia entre estas dos hipótesis, ya que respecto del acceso y la relación de servicio se siguió la primera, pero al mismo

La naturaleza especial y particular de la actividad que desarrolla el Poder Judicial aconsejó a los constituyentes defenderlo con garantías peculiares para proteger su independencia e imparcialidad y, precisamente, estas garantías se encuentran de alguna manera en posible conflicto con la previsión de una responsabilidad de los jueces, por temor a que esta última se utilice en la práctica con el fin de influir en la independencia e imparcialidad del juez.

La Corte constitucional, en varias ocasiones, ha tenido oportunidad de afirmar que la independencia del juez no es óbice para la previsión de formas de responsabilidad, evidenciando que las garantías constitucionales (arts. 101, 102, 104, 108 de la Constitución italiana) no tienen el propósito de asegurar al juez un estatus de absoluta irresponsabilidad, tampoco en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, toda vez que existe plena compatibilidad entre la independencia de la función y la responsabilidad en su ejercicio, no solo en ámbito civil o penal, sino también administrativo (sentencia n.º 385 de 1996), y que todos los que ejercen actividades estatales (incluidos los jueces) deben ser responsables; todo ello sin olvidar que la peculiaridad de las funciones judiciales y la naturaleza de las medidas sugieren condiciones y límites a la responsabilidad de los jueces, especialmente en consideración a los principios constitucionales dictados para la protección de la independencia y autonomía de las funciones jurisdiccionales (sentencia n.º 26 de 1987).

Es natural, por tanto, que los jueces, como empleados del Estado, estén sujetos a formas de responsabilidad con respecto a los eventuales ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Esto concierne, de la misma manera, tanto a los jueces ordinarios como a los especiales, tanto a los jueces de instrucción como a los fiscales.

Las garantías que la Constitución pretendió reconocer al Poder Judicial hacen que la regulación de la responsabilidad del juez, en sus aspectos sustantivos y procesales, deba ser cuidadosamente estudiada y calibrada a fin de evitar que esta pueda entrar en conflicto con los principios de independencia e imparcialidad, pues es evidente el riesgo de un uso instrumental, hasta el límite del chantaje, de las sanciones previstas para influir y forzar las decisiones judiciales.

Para reflejar esta particularidad, Sartori habló de «responsabilidad independiente», en el sentido de que la misma no exige la receptividad de las necesidades de los demás, sino solo una conducta responsable, esto es, una conducta competente y eficiente.

tiempo la situación de autonomía e independencia respecto del poder político-administrativo acerca a los jueces italiano al segundo modelo. También en consideración de esto, en Italia se mantiene de hecho la responsabilidad del juez, tanto a nivel disciplinario como civil.

El propósito del presente trabajo es presentar una reflexión sobre los temas conexos con la responsabilidad del juez en relación con la evolución y la evidente ampliación del papel que hoy el juez está llamado a desempeñar y a la indudable existencia, junto a un *derecho político*, proporcionado con leyes, reglamentos, etc., de un *derecho jurisprudencial*, creado a través de las decisiones del Poder Judicial. Podríamos preguntarnos si la extensión de las facultades reconocidas al Poder Judicial debe conllevar también una ampliación de la responsabilidad del mismo en sus diversas formas.

Para responder a esta pregunta, el trabajo se articula en una primera parte dedicada a la progresiva ampliación del papel reconocido o, por lo menos, ejercido por el Poder Judicial; una segunda parte en la que se examinarán las formas de la responsabilidad más relevantes respecto de las finalidades de este trabajo: la disciplinaria, la civil y la deontológica⁵; y finalmente una tercera parte, que propone algunas reflexiones conclusivas.

II. LA EVOLUCIÓN DEL ROL DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Se ha señalado acertadamente desde diversos frentes que actualmente el papel del juez es muy diferente del que desempeñaba en el Estado liberal en el que la ley formal del Parlamento constituía la única verdadera y más importante fuente del derecho, y en lo que concierne a la jurisdicción valía la primacía absoluta de la ley, por lo que el juez era visto, en consecuencia, como un sujeto que, en consideración de sus capacidades técnico-jurídicas, estaba llamado a aplicarla, buscando la voluntad expresada en ella por el legislador. Un juez, según la definición de Montesquieu, «boca de la ley» y aplicador mecánico de un ordenamiento jurídico claro y completo.

Ese papel ha cambiado inevitable y profundamente con la realización del Estado constitucional, de la forma de Estado social y posteriormente del ordenamiento de la Unión Europea.

⁵ Las otras formas de responsabilidad de las que generalmente se habla son la responsabilidad difusa (o política) en el sentido de una forma de control popular en razón de la afirmación de que la justicia se administra en nombre del pueblo; la responsabilidad constitucional, que se lleva a cabo ante el juez constitucional mediante la impugnación directa de sentencias o en el marco de un conflicto de atribución entre poderes del Estado o entre Estado y regiones; la responsabilidad contable, derivada del perjuicio a las autoridades fiscales en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales; la responsabilidad penal por eventuales delitos cometidos.

La *revolución* que trajo consigo la Constitución no deriva tanto de que se inserte una nueva fuente del derecho en el sistema anterior, sino de las características de este nuevo tipo de *fuentes*: una fuente jerárquicamente superior a la ley (y de allí su rigidez) y organizada más por principios que por reglas.

La previsión de la superioridad jerárquica de la Constitución, y por tanto de límites infranqueables para el legislador ordinario, hace que, a diferencia del período preconstitucional orientado a la prevalencia absoluta del momento *político* de formación del derecho, se convierta ahora en decisiva, para el respeto de esos límites y por tanto para la aplicación de los principios constitucionales, la actividad interpretativa de los jueces ordinarios, en estrecha conexión con la del juez constitucional.

Dichos principios deben servir, por un lado, para cumplir una función unificadora para la interpretación de leyes que expresan muchas veces intereses individuales y, por otro, para guiar al juez en la identificación de la solución específica para cada caso concreto ante la dificultad del derecho para prever y regular casos concretos. De ello resulta una indudable ampliación de la función de interpretación de la Constitución por parte del juez que hace desvanecer definitivamente la visión de este como *boca de la ley* o como aplicador mecánico de una norma ya plenamente contenida y presente en el dictado normativo.

La realización de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes —que en Italia tuvo, por muchos años, como *única vía* de acceso a la Corte constitucional el juicio incidental (esto es, la cuestión de inconstitucionalidad), caracterizado por la necesaria colaboración del juez tanto en la *fase ascendente* como en la *fase descendente*— cambia radicalmente el papel del juez en relación con la ley y su interpretación.

Las decisiones interpretativas desestimatorias, utilizadas por la Corte constitucional italiana desde el inicio de su actividad, muestran claramente la posibilidad de ofrecer diferentes interpretaciones de un mismo acto legislativo y la necesidad de orientarse, entre las diferentes lecturas posibles, hacia la que mejor armoniza y realiza los principios constitucionales.

Este elemento resultó particularmente evidente cuando la Corte constitucional en la década de los noventa manifestó de manera decisiva la tendencia a dar mayor valor e importancia a la actividad interpretativa del juez ordinario en el juicio de constitucionalidad de las leyes, al afirmar que una ley no puede ser impugnada y declarada inconstitucional solo porque es posible dar interpretaciones inconstitucionales, sino, por lo contrario, solo cuando es imposible dar a la misma interpretaciones constitucionalmente compatibles. Con ello, empuja a los jueces ordinarios a resolver, cuando sea posible, sus dudas sobre la conformidad de la ley con la Constitución mediante el uso de sus propias facultades interpretativas y sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

También la utilización, por parte de la Corte constitucional, de determinadas técnicas decisorias tiende a mostrar los márgenes considerables que se abren al juez en su actividad interpretativa; puede pensarse en el juicio de razonabilidad y la consiguiente actividad de ponderación, o en las denominadas decisiones aditivas de principio, con las cuales la Corte, al declarar la inconstitucionalidad de una disposición, no *rellena* directamente el vacío así creado, sino que se limita a fijar los principios que el legislador deberá observar al dictar la nueva regulación, precisando que, en ausencia de esta, será el juez quien brindará protección respecto de los casos concretos y con eficacia limitada a los mismos.

En una situación de grave retardo o persistente inercia del legislador ante la regulación de los derechos sociales y las cuestiones que se plantean para la realización concreta de los mismos, los jueces ordinarios (así como, obviamente, la Corte constitucional) han recibido una serie de peticiones particulares y por ello han intentado, mediante la aplicación directa de los principios constitucionales, remediar a las omisiones legislativas dando protección a las nuevas demandas sociales que no estaban previstas en la legislación.

Todo ello ha llevado a una progresiva y mayor ampliación de la función de la autoridad judicial como *juez de los derechos* frente a la de *juez de la legalidad*, en particular en el contexto de los llamados *nuevos derechos*, a saber, aquellos derechos que, sin estar expresamente previstos por la Constitución, son, especialmente en consideración a la evolución de las costumbres y de la sociedad, conexos con los valores constitucionales a través de la labor interpretativa llevada a cabo por el legislador o el juez, ordinario y/o constitucional.

La expansión de los poderes interpretativos-creativos del juez ordinario se ha confirmado aún más en los últimos años y meses después de la adopción de una nueva técnica de juicio, con referencia a la protección de los derechos fundamentales por parte de la Corte constitucional italiana. Se trata de las denominadas decisiones en *dos fases*, articuladas en dos momentos bien diferenciados: en el primero de ellos, la Corte constata la existencia de un claro conflicto entre la legislación impugnada y los principios constitucionales, pero al mismo tiempo afirma que no puede remediarlo, pues la solución solo puede derivar de elecciones discrecionales del legislador. Por esta razón, suspende la decisión y da al Parlamento un plazo (normalmente, hasta ahora, de un año) para actuar. Hasta el momento, el legislador nunca ha actuado al recibir esas advertencias por parte del Constitucional, prefiriendo no tomar una posición precisa sobre cuestiones éticamente sensibles por temor a las repercusiones de su decisión sobre el consenso del cuerpo electoral.

La Corte, ante esas faltas de intervención, ha dictado ella misma los elementos esenciales de la regulación, evidentemente siendo fuertemente influenciada por cada caso objeto del juicio *a quo*, dejando al juez ordinario la

interpretación y aplicación de los principios por ella establecidos que, por razones obvias, no pueden ser precisos y específicos como los de una ley⁶.

El primero de estos casos fue emblemático, y concernió a la cuestión de inconstitucionalidad relativa a la previsión como delito del suicidio asistido para el caso de una persona dependiente de nutrición y ventilación artificial; este sujeto pedía, teniendo plena capacidad jurídica, de poner fin a su vida, pero se encontraba en una situación en la que no era físicamente capaz de hacerlo por sí solo. En el presente supuesto, la persona acusada del crimen había llevado al paciente en coche hasta una clínica suiza donde pudo practicar el suicidio asistido.

La Corte constitucional, después de haber concedido al Parlamento un año, ha establecido los elementos esenciales de la regulación (comprobación del consentimiento, ejecución del tratamiento en establecimientos públicos de salud, estado de dependencia de la maquinaria, procedimiento a seguir) que, sin embargo, basándose en el caso concreto, resultaron difíciles de aplicar a casos parcialmente diferentes, especialmente a sujetos no dependientes de medios artificiales, como en el caso de Elena que acaba de ocurrir justo mientras escribo este ensayo (3 de agosto de 2021). Es el juez en estos casos (situaciones muy conocidas gracias a los periodistas) quien debe decidir cómo y en qué medida considerar aplicables los principios afirmados con carácter general por la Corte constitucional.

La implementación del sistema de la Unión Europea también tiene un impacto decisivo en el papel actualmente asignado al Poder Judicial.

La importancia y el papel central asumido hoy en día por el juez nacional derivan del hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), para dar eficacia a las obligaciones derivadas para los Estados miembros del

⁶ La técnica de la decisión *en dos fases* ha sido utilizada hasta ahora por la Corte constitucional en tres ocasiones: la de la regulación de la ayuda al suicidio (Auto n.º 207 de 2018 y luego Sentencia n.º 242 de 2019), la de la responsabilidad penal de los periodistas por difamación en la prensa (Auto n.º 132 de 2020 y luego Sentencia n.º 150 de 2021) y la de la regulación de la cadena perpetua, que acabará siendo una decisión en tres fases, tras un aplazamiento inicial de doce meses, la Corte decidió fijar otro lazo de seis meses (Auto n.º 97 de 2021 y luego Auto n.º 122 de 2022). Incluso en el caso de la reciente decisión sobre la atribución del apellido materno (Sentencia n.º 131 de 2022) la Corte constitucional, aceptando una cuestión planteada por la misma Corte ante sí, se ha sustituido a un legislador poco sensible o demasiado lento en la protección de los derechos, si bien, en algunos aspectos, se ha limitado a dar algunas indicaciones al legislador. Si este decidiera no actuar, seguirán siendo los jueces quienes deberán integrar la sentencia de la Corte a través de sus propios poderes interpretativos.

derecho de la Unión Europea (UE), ha decidido confiar la tarea de control y, en parte, de sanción de los Estados a sus jueces nacionales, a través de los instrumentos de la cuestión prejudicial eurounitaria y de la potestad-deber de inaplicar la normativa nacional en conflicto con el derecho UE y la obligación de interpretar las fuentes nacionales de conformidad con los principios del derecho comunitario (o eurounitario). El recurso del juez ante el Tribunal de Justicia para la interpretación prejudicial del derecho de la UE ha terminado por adquirir una eficacia mucho mayor tras el reconocimiento, por parte de la Corte constitucional, de la eficacia de fuente del derecho también a las sentencias interpretativas del Tribunal de Luxemburgo.

Mediante la posibilidad de la inaplicación de la fuente nacional, si la misma se considera en conflicto con el derecho de la UE, el juez ordinario viene así a ejercer una suerte de control difuso de conformidad de la ley nacional con el derecho de la UE, que a menudo sigue al planteamiento de la cuestión prejudicial, que consigue así características, en cierto modo, similares a las de la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte constitucional.

La complejidad del rol del juez deriva, por tanto, del hecho de que este asume el papel de juez de la legalidad del ordenamiento jurídico, si bien, respecto de este mismo papel, cobra cada vez más importancia el rol de *juez de los derechos*; el juez, según la célebre definición de Piero Calamandrei, es el que abre las puertas del Tribunal Constitucional, pero debe evitar hacerlo cuando la duda de constitucionalidad puede ser superada recurriendo a sus propias facultades interpretativas (la denominada *interpretación conforme*) y puede, si están las condiciones, resolver el caso aplicando directamente la Constitución; el juez, asimismo, debe buscar y perseguir una interpretación de la legislación nacional de conformidad tanto con los principios contenidos en el CEDH, según la interpretación proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo, como con el derecho de la UE y, si fuera necesario, plantear la cuestión interpretativa al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, así como, también sobre la base de la respuesta de este último, proceder a la inaplicación directa de la ley nacional que se considere en conflicto con el derecho de la UE.

III. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS JUECES

Pasando ahora a examinar las tres diferentes formas de responsabilidad de las que nos ocuparemos, empezaré por la disciplinaria, la única expresamente prevista en el texto de la Constitución italiana.

A la sanción disciplinaria se le suele atribuir una doble función, tanto en un sentido represivo de una conducta ilícita, como didáctico-preventiva para el futuro. Por otra parte, la función sancionadora puede considerarse, como

hemos dicho, una forma de cumplimiento de la garantía de la independencia del Poder Judicial; sin embargo, una utilización *conformista* de la sanción disciplinaria parecería, sin duda, entrar en conflicto con esa misma garantía, esto es, cuando tiende a dirigir y forzar la decisión del juez.

La ley sobre el ordenamiento judicial, vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, definía de manera extremadamente genérica qué comportamientos de los jueces podían calificarse como falta disciplinaria. El art. 18 del Real Decreto Legislativo 511/1946, en efecto, preveía una responsabilidad disciplinaria para el juez que tuviera, en el cargo o fuera de él, una conducta que lo hiciera indigno de la confianza y consideración propia de su cargo y que comprometiera el prestigio del Poder Judicial. Una disposición, por tanto, absolutamente genérica bajo la que podían recaer las más diversas conductas y que se mantuvo vigente durante más de medio siglo, tras la entrada en vigor de la Constitución.

Con respecto a esta disposición, sobre la que se ha discutido mucho, me limitaré a evidenciar dos aspectos: uno de naturaleza sustancial, el otro de carácter funcional. Acerca del primero, la imprecisión de la disposición normativa y la referencia al prestigio del Poder Judicial hacia el exterior llevaban a juzgar la conducta no tanto en sí misma, sino por el clamor que la misma habían tenido en la opinión pública. En consecuencia, una misma conducta podía ser juzgada de manera diferente según fuera también conocida fuera del Poder Judicial o si permaneciera dentro de él.

En este sentido, el profesor Pizzorusso me mencionó el caso de un magistrado que iba a tocar el timbre de sus compañeros por la noche para despertarlos y para quien el respectivo procedimiento disciplinario se basó principalmente en la notoriedad del hecho y en el daño causado al prestigio de la orden y no en el hecho en sí.

En cuanto al aspecto funcional, el carácter genérico de la fórmula utilizada terminó, de hecho, por proporcionar un enorme poder interpretativo a la sección disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura (CSM). Cuáles eran los casos específicos de falta disciplinaria fueron de hecho identificados, caso por caso, por la jurisprudencia de la sección, que llegó así a crear una cierta forma de derecho viviente en materia disciplinaria. Esto evidentemente hizo incrementar la importancia de la actividad de la sección disciplinaria y, en consecuencia, la atención se dirigió a la ley electoral del CSM y a los criterios de composición de la sección disciplinaria.

Por estas y otras consideraciones, el art. 18 del Real Decreto Legislativo 511/46 fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por la Corte constitucional en 1981.

En doctrina, muchos sostuvieron la evidente inconstitucionalidad de la ley y Pizzorusso definió el hecho de que el legislador aún no hubiera intervenido

para identificar las hipótesis de ilícito disciplinario como «una circunstancia terrible, anormal».

La Corte constitucional desestimó la cuestión (por considerarla infundada) con una decisión muy discutible, especialmente por las razones expresadas en apoyo de la falta de fundamento. En síntesis, la Corte sostuvo que, dado que las hipótesis de ilícito disciplinario pueden ser las más diversas, no hubiera sido posible que el legislador las hubiera previsto todas. En consecuencia, se reputó preferible una disposición genérica, que luego podría ser especificada caso por caso por la sección disciplinaria del CSM.

El hecho de que, en la actualidad, como diré, se hayan tipificado las hipótesis de ilícito disciplinario constituye la prueba más evidente de que esto era posible también en el momento de la decisión de la Corte constitucional.

Al margen de esta obvia consideración, podríamos preguntarnos a quién corresponde, siguiendo los principios constitucionales e *in primis* el de la división de poderes, identificar las hipótesis de ilícito disciplinario.

Dada por pacífica, como ya se ha dicho, la existencia, junto a un *derecho político* de un *derecho jurisprudencial*, aunque basado en diferentes método, límites y legitimidad, podríamos preguntarnos también si puede parecer más acorde con los principios constitucionales, y también con criterios de conveniencia, que la identificación de los supuestos de ilícito disciplinario se deje en concreto a la actividad *creadora* de la sección disciplinaria —como sucedió en base al citado art. 18— o sea por lo contrario, establecida por el legislador, limitando, aunque ciertamente no excluyendo, la discrecionalidad del juez disciplinario.

Al tratarse de la determinación de las hipótesis de ilícito de los jueces y magistrados, creo preferible reconocer la competencia del legislador al respecto, quien debe hacerlo en cumplimiento de los principios constitucionales y asumiendo la responsabilidad política de su propia elección. Es, por tanto, el Parlamento el que debe determinar los casos de ilícito disciplinario, mientras que la iniciativa de poner en marcha el procedimiento disciplinario es reconocida (también) al poder ejecutivo y la decisión corresponde al CSM, como el sujeto que garantiza la independencia externa del juez.

Mediante una reforma de 2005-2006, se introdujo la tipificación de los ilícitos disciplinarios⁷, respondiendo así a una petición reiterada por mucho tiempo por los colegios de jueces.

⁷ La ley enumera de manera muy específica toda una serie de infracciones o ilícitos, distinguiéndolas entre: a) ilícitos en el ejercicio de funciones; b) ilícitos ajenos al ejercicio de funciones; c) ilícitos derivadas de determinados delitos.

Las hipótesis a) y b) no contienen las denominadas cláusulas de cierre, mediante las cuales se tipifican como faltas disciplinarias todas aquellas conductas no previstas

La indicación de las conductas constitutivas de ilícito disciplinario no contiene cláusula de cierre alguna, en el sentido de considerar entre aquello también «cualquier otra conducta que [...]».

Algunos han considerado esto como un elemento negativo de la reforma, estimando que así se determina el efecto por el cual la tipificación significa taxatividad, ya que, en ausencia de normas de cierre, los supuestos de falta disciplinaria serían solo aquellos expresamente previstos y ningún otro.

Si este es el significado que debe derivarse de la falta de previsión de una cláusula de cierre, no veo en ello nada negativo ni criticable, ya que podemos estar de acuerdo con quienes han señalado la naturaleza de la acción disciplinaria como una *extrema ratio*, que no debe representar una forma de sustitución de lo que debería haber sido una correcta valoración de la profesionalidad; en efecto, las conductas inapropiadas, pero no previstas en la ley, deberían estar previstas en el código ético y no ser objeto de un procedimiento disciplinario.

La obligatoriedad sin cláusula de cierre, de hecho, es un elemento que a mi juicio debería producir el efecto benéfico de distinguir claramente el ámbito de la ética (o deontológico), del de la evaluación de la profesionalidad y por tanto del de la responsabilidad disciplinaria.

La relación, y sobre todo la distinción, entre responsabilidad disciplinaria, deontología y control de la profesionalidad, sobre la que volveré más adelante, parece no estar clara en la jurisprudencia constitucional, dado que en tres casos diferentes, en los que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto, parece confundir el aspecto disciplinario con el ético/deontológico, refiriéndose precisamente a una norma ética para referirse a la responsabilidad disciplinaria (sentencias n.º 100 de 1981, n.º 224 de 2009 y n.º 170 de 2018).

Por el contrario, el aspecto de la responsabilidad disciplinaria debe absolutamente distinguirse del deontológico y no es casualidad que el código de

expresamente, pero que pueden ser consideradas lesivas de los deberes y funciones del juez. De hecho, dicha cláusula se mantiene solo para las conductas previstas en c), para las que constituye un ilícito «cualquier hecho constitutivo de delito capaz de dañar la imagen del juez, aunque el delito se extinga por cualquier causa o la acción penal no pueda iniciarse o continuarse».

Las sanciones aplicables son las siguientes: a) amonestación, que consiste en una advertencia al magistrado para que cumpla correctamente sus funciones; b) censura, es decir, una declaración formal de reproche; c) pérdida de antigüedad, que no puede ser mayor de dos años, ni menor de dos meses; d) incapacidad temporal para ejercer un cargo directivo o semi-directivo, que no puede ser superior a dos años, ni inferior a seis meses; e) suspensión del cargo y salario de tres meses a dos años; f) despido, es decir, terminación de la relación de servicio.

ética aprobado por la Asociación Nacional de Jueces y Magistrados tenga relevancia solo dentro de la asociación y pueda contener (y contiene), como sucede con ejemplo también para el código de ética aprobado por las universidades, la prohibición de comportamientos que, fuera de un ordenamiento específico, son perfectamente legítimos y que en cambio están señaladas como obligaciones solo dentro de un código deontológico.

Al mismo tiempo, el control de la profesionalidad, si de verdad funciona, no debe delegar al procedimiento disciplinario la comprobación de toda una serie de conductas que deberían, más bien, encontrar su sanción indirecta en la progresión profesional posterior a dicho control.

Unos cuantos casos que han sido examinados en ámbito disciplinario y que han sido resueltos declarando la falta de relevancia del hecho, podrían haber sido más apropiadamente examinados, y eventualmente sancionados, en el marco del control de la profesionalidad o como violaciones al código deontológico. De este modo, solo se dejarían al juicio disciplinario, como *extrema ratio*, aquellos casos más graves que no encuentren en ellos una solución adecuada, so pena de correr el riesgo de desvirtuar el sentido que debe reconocerse en el procedimiento disciplinario.

La tipificación de los ilícitos —junto con la necesidad de distinguir las conductas del juez apreciables desde el punto de vista de la profesionalidad y del control ético respecto de aquellas relevantes desde el punto de vista disciplinario— debe conducir, por tanto, a distinguir también las valoraciones sobre el *fondo* de las relativas a la mera *apariencia*. Todo ello en el sentido de que las figuras ilícitas deben ser exclusivamente las previstas como tales por el legislador, independientemente de que determinadas conductas afecten o no la apariencia de imparcialidad; esta misma, por tanto, solo puede ser considerada relevante en ámbito disciplinario en los casos y en las formas previstos en la ley. Si bien la noción de *apariencia* resulta en sí misma imprecisa e inapropiada para su utilización en ámbito disciplinario —así que parece poder compartirse la referencia al procedimiento disciplinario como herramienta para garantizar el denominado *mínimo ético*—, considero, por el contrario, que sea oportuno valorar negativamente lo que se ha definido *el derecho disciplinario de la apariencia*, fundado sobre un terreno simbólico como el de la apariencia más que en la realidad.

Moviendo de la necesidad, por las razones antes destacadas, de que los supuestos de ilícito disciplinario se regulen por ley, sin dudas las elecciones del legislador pueden ser revisadas por la Corte constitucional desde el punto de vista de su razonabilidad y más específicamente de su proporcionalidad. El control de las elecciones del legislador puede estar dirigido a evitar que en los casos concretos se pueda pasar de un control de la conducta del juez a un control de la medida jurisdiccional, como herramienta para conformar la

jurisprudencia y, también, a proteger los derechos fundamentales del ciudadano-juez.

En el primer caso, me refiero a la necesidad de evitar que la sanción disciplinaria pueda ser un instrumento que perjudique o influya la libertad de interpretación del juez y, por consiguiente, la existencia de un pluralismo jurisprudencial⁸.

El otro aspecto a partir del cual se pueden controlar las elecciones del legislador desde el punto de vista de la constitucionalidad es, como se ha dicho, el de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que ejercen la actividad jurisdiccional y que, por tanto, exige una adecuada actividad de ponderación entre los diversos valores constitucionales que entran en juego.

La Corte constitucional abordó el tema de la relación entre la responsabilidad disciplinaria y la libertad de expresión del pensamiento de los jueces, argumentando que estos últimos no pueden tener más limitaciones que las que se aplican a todos los demás individuos. En efecto, a juicio de la Corte, no puede haber dudas sobre el hecho de que los jueces y magistrados deben gozar de los mismos derechos de libertad garantizados a cualquier otro ciudadano, pese a que deba admitirse que desempeñan una función delicada, para lo cual es necesario ponderar correctamente en la búsqueda de un justo equilibrio, con el propósito de conciliar necesidades igualmente garantizadas por el orden constitucional (sentencia n.º 100 de 1981).

Con más frecuencia el problema se ha presentado respecto de los posibles límites a la libertad de asociación de los jueces y magistrados. Italia en 2001

⁸ Para mejor entendimiento, pueden mencionarse las hipótesis de sanciones disciplinarias previstas en el Decreto Legislativo 109/2006, luego eliminadas, donde estaba previsto como ilícito disciplinario la realización, por parte de un juez, de actos y medidas que constituyen el ejercicio de un poder que la ley reserva a los órganos legislativos o administrativos o a otros órganos constitucionales (art. 2, párrafo 1, letra ff), con clara referencia a lo que se ha denominado la interpretación *creativa* de los jueces. Aún más evidente fue el caso de la denominada cláusula de salvaguardia, según la cual la actividad interpretativa del juez no puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria, si se ejerce «de conformidad con el art. 12 de las disposiciones sobre la ley en general» (art. 2, 2º párrafo).

Esta disposición —en la que se lee que «en la aplicación de la ley no puede atribírsele otro sentido que el que derive del sentido propio de las palabras según la conexión de aquellas entre sí y por la intención del legislador»— expresa el criterio de interpretación literal u originalista, considerado hoy por la doctrina imperante como un *antigualla*, de poca utilidad o, como mucho, de carácter integrador y residual, por estar muy alejado de las necesidades reales del intérprete.

fue condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por la aplicación de una sanción disciplinaria a una magistrada por ser socio de una logia masónica no secreta. El Tribunal de Estrasburgo (sentencia de 2 de agosto de 2001, *N. F. c. Italia*) condenó al Estado italiano por la naturaleza genérica de las hipótesis que pueden derivar en responsabilidad disciplinaria, que no permitían que el magistrado pudiera saber de antemano que la pertenencia a una asociación masónica no secreta podía constituir un ilícito disciplinario.

Posteriormente, la Corte constitucional también se ocupó de la libertad de asociación de los jueces, por primera vez en 2009 (sentencia n.º 224/2009) sobre el caso *Bobbio* y una segunda vez en 2018 (sentencia n.º 170) en relación con el denominado caso *Emiliano*.

Ambos supuestos tenían que ver con unas sanciones disciplinarias relativa a la inscripción del juez a partidos políticos y a la participación sistemática y continuada en las actividades de los mismos. En el primer caso se trataba de un magistrado que no estaba desempeñando su cargo, ya que estaba destinado a actividades de consultoría parlamentaria. El Tribunal Constitucional, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada, tuvo que enfrentarse a tres problemáticas distintas.

La primera, de carácter más general, relativa a la legitimidad constitucional de la prohibición de que los jueces se inscriban a partidos políticos, dado que la Constitución solo prevé la posibilidad de una limitación del derecho de inscripción.

La Corte evidenció que la Constitución no impone, pero permite que el legislador establezca la prohibición de afiliación a partidos políticos, dentro del ámbito de discrecionalidad del que goza para ponderar entre el derecho a afiliarse a partidos y la protección de la independencia-imparcialidad del juez. Estableciendo la prohibición de la inscripción, el legislador, por tanto, a juicio de la Corte, eligió una opción que los principios constitucionales permiten.

En cambio, el segundo problema al que se enfrentó fue el relacionado con la aplicabilidad de la prohibición de inscripción también para los jueces que no ejercen temporalmente sus funciones. La Corte también en este caso ha descartado que la norma comportara una violación de la Constitución, ya que la persona en cuestión debe seguir considerándose un magistrado, aunque no desempeñe en aquel momento su cargo y, por lo tanto, el valor que la ley pretende proteger también es presente en esta situación.

El tercer problema concernía a la supuesta contradicción entre, de un lado, permitir la participación de los magistrados en las elecciones políticas o administrativas y, de otro, reconocer luego la participación sistemática y continua en las actividades de los partidos políticos (evidentemente necesaria la candidatura) susceptible de sanciones disciplinarias.

La Corte volvió a descartar la existencia de vicios constitucionales, ya que a su juicio estas situaciones son diferentes entre sí: una cosa son las condiciones exigidas al electorado pasivo, y otra la conducta que se expresa a través de la participación continuada en la actividad de los partidos políticos.

En el caso del *Dr. Emiliano* resuelto por la Corte, la situación de contradicción antes mencionada parecía aún más evidente, ya que el magistrado en concreto tampoco se encontraba desempeñando su cargo, pero por razones políticas, al haber sido elegido para un cargo público.

La Corte constitucional reafirmó los principios expresados en la referida sentencia n.º 224 de 2009 y, aun reconociendo que la campaña electoral conlleva momentos de inevitable contacto con los partidos políticos, argumentó que la participación (lícita) en la competencia electoral no puede acarrear la legalidad de la afiliación a partidos políticos o la participación sistemática y continua en las actividades de los mismos; esta última no determina ninguna sanción automática, pero permite al juez disciplinario identificar soluciones adecuadas a las peculiaridades de cada caso concreto.

La Corte, en cambio, no abordó una cuestión que luego ha asumido un rol central en el debate político y parlamentario reciente, a saber, la posibilidad de que el juez elegido para un cargo público (parlamentario, concejal regional, alcalde de una gran ciudad, presidente de la región), pueda volver, una vez terminado el mandato, a desempeñar su rol en el Poder Judicial.

Admitida esta posibilidad, según la legislación actual, es difícil negar la evidente hipocresía inherente a la aplicación de una sanción disciplinaria en razón de la existencia de una relación continuada del juez con los partidos políticos. ¿Cómo es posible pensar que un candidato pueda ser electo sin tener relaciones con fuerzas políticas y partidos políticos?

Basta pensar en la historia del *Dr. Emiliano*, quien incluso fue candidato a la Secretaría Nacional del Partido Demócrata, o al riesgo de una espiral de sanciones disciplinarias contra los jueces o magistrados que sigan en su cargo político y, por ende, inevitablemente, en sus relaciones con las actividades de los partidos políticos⁹.

⁹ La reciente Ley de Reforma del Poder Judicial (Ley 17 de junio de 2022, n.º 71) contiene fuertes limitaciones para los jueces que, habiéndose candidato sin luego haber sido elegidos, regresan a las funciones del Poder Judicial, tanto que su constitucionalidad puede ser cuestionada en razón de la limitación indirectas del derecho fundamental del magistrado-ciudadano a presentarse como candidato en elecciones políticas o administrativas. Se prevé una medida más radical para los jueces electos que hayan ocupado los cargos correspondientes durante más de un año, a saber, la imposibilidad de volver a las funciones del Poder Judicial activo para enmarcarse en un rol autónomo del ministerio de justicia u otro ministerio. De hecho,

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO Y DE LOS JUECES

Mientras que la responsabilidad disciplinaria encuentra su fundamentación en la violación de los deberes que el juez respecto del Estado en virtud de la relación laboral, la responsabilidad civil (o profesional) es la que el mismo asume respecto de las partes por los errores cometidos en el ejercicio de sus funciones y se basa en el art. 28 de la Constitución italiana, según el cual «los funcionarios y empleados del Estado y de los organismos públicos son directamente responsables, conforme a las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos cometidos en violación de los derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los organismos públicos».

La expresa disposición constitucional de la responsabilidad directa de los empleados del Estado por hechos que vulneren derechos ha permitido superar las que habían sido las objeciones y reservas al reconocimiento de la responsabilidad civil del Estado y/o del juez por la actividad judicial, representadas por el irresponsabilidad del Estado por el ejercicio de una función expresiva de la soberanía y por la presencia de un fallo definitivo que no permitía volver a tomar en consideración hechos y relaciones que ya habían sido juzgados con sentencia firme.

El principio de irresponsabilidad del Estado por los perjuicios de sus funcionarios entró en crisis a principios del siglo xx con la relación de identificación orgánica que permitió informar directamente al Estado de las actividades realizadas por sus empleados, extendiéndose a los primeros la responsabilidad por los daños producidos por los segundos, así como la diferenciación de los juicios ha permitido la superación del límite de lo juzgado.

En una sentencia, de fundamental trascendencia para la materia que se está tratando, la Corte constitucional afirmó que

está previsto que «los jueces y magistrados ordinarios, administrativos, contables y militares que hayan ocupado el cargo de parlamentario nacional o europeo, de consejero regional o provincial en las provincias autónomas de Trento y Bolzano, de presidente de los consejos de las regiones o provincias de Trento y Bolzano, alcalde o concejal, al finalizar su mandato, si aún no han alcanzado la edad de jubilación obligatoria, desempeñarán funciones ajenas a su cargo, en el Ministerio de pertenencia o, para los magistrados administrativos y contables, en la Presidencia del Consejo de Ministros, o serán reasignados y destinados por sus respectivos órganos de gobierno a realizar actividades que no sean directamente jurisdiccionales, [...], sin perjuicio del cumplimiento de las normas que regulen el acceso a estas funciones específicas, y sin perjuicio de la asunción de diversos cargos en la Abogacía del Estado o en otras administraciones sin que constituyan cargos supernumerarios».

el art. 28 de la Constitución se refiere a la actividad de las oficinas administrativas y de las judiciales», señalando además que «la singularidad de la función jurisdiccional, la naturaleza de las medidas judiciales, la misma posición super partes del juez puede sugerir, como se sugirió antes litteram, condiciones y límites a su responsabilidad, pero no tales que legitimen, por hipótesis, una negación total, que violaría abiertamente ese principio o sería irrazonable tanto por sí misma como en comparación con la imputabilidad de los empleados públicos (Sentencia n.º 2 de 1968).

Hasta 1988, la regulación de la responsabilidad civil del juez se regía por las disposiciones del código de enjuiciamiento civil, según las cuales el juez era responsable, en el ejercicio de sus funciones, solo en caso de dolo, fraude o soborno y la solicitud de la parte privada debía ser autorizada por el ministro de Justicia, mientras que el juez competente para resolver el caso era identificado discrecionalmente por el Tribunal de Casación (con clara violación del principio de predeterminación del juez por ley).

La regulación de aquel código fue derogada después de un referéndum que se celebró en 1987 y que en el fondo puede considerarse correctamente un *referéndum contra los jueces*.

En efecto, la necesidad de ampliar las formas de responsabilidad civil fue utilizada instrumentalmente por algunas fuerzas políticas (especialmente por el partido socialista) para reaccionar contra ciertas investigaciones llevadas a cabo por el Poder Judicial y que habían involucrado fuertemente a muchos políticos, en particular de ese partido. La Asociación Nacional de Magistrados sostuvo en esa ocasión que la verdadera intención del referéndum no fue «modificar la situación normativa, sino amedrentar a un Poder Judicial que comenzaba a incomodar a ciertos centros del poder público, económico y administrativo» y de igual manera Gaetano Silvestri afirmó que «algunas fuerzas políticas, irritadas por investigaciones y juicios contra administradores y dirigentes de partidos, decidieron una ofensiva masiva contra el Poder Judicial, haciendo un uso propagandista de la abolición del injusto privilegio de los jueces y magistrados».

Esta es quizás la primera ocasión en que se planteó claramente el choque entre el poder político y el Poder Judicial¹⁰. El resultado del referéndum fue

¹⁰ Un caso judicial específico que involucró a una figura muy conocida, esto es, un conocido presentador de televisión (Enzo Tortora) influenció notablemente la opinión de los votantes. Tortora fue detenido en 1983, acusado de haber participado en el tráfico de estupefacientes, y puesto bajo arresto domiciliario. Fue posteriormente elegido al Parlamento Europeo en 1984, pero acusado y convocado a juicio por «asociación

claramente a favor de la derogatoria de la ley¹¹ y representó la primera vez, en nuestra experiencia constitucional, en la que una ley ha sido derogada a través del referéndum, pues en experiencias anteriores siempre había prevalecido la posición contraria a la derogatoria.

El Parlamento aprobó posteriormente la Ley 117/88, aplicable a todos los miembros del Poder Judicial de las distintas ramas (ordinario, administrativo, contable, militar), que preveía la posibilidad de pedir una indemnización por cualquier «daño injusto» derivado de una medida judicial establecida «con dolo o culpa grave» o por «negación de justicia», e indicaba analíticamente qué conductas constituyen negligencia grave¹² o denegación de justicia¹³.

La acción de indemnización, en términos perentorios, tenía carácter subsidiario y solo podía interponerse después de haber agotado todos los medios ordinarios de apelación; tenía que dirigirse contra el Estado, en concreto al presidente del Consejo de Ministros. Oídas las partes, el tribunal competente para juzgar decidía en primer lugar sobre la admisibilidad de la demanda, que podía ser denegada en caso de incumplimiento de los términos o en caso de faltar manifiestamente de fundamento.

El Estado podía ejercitar, en términos perentorios, una acción de reclamación contra el juez que había emitido la decisión y la medida de resarcimiento

criminal del tipo mafioso y tráfico de cocaína». El Parlamento Europeo concedió la autorización para proceder con el juicio (el suplicatorio, en España), a petición del mismo parlamentario, que fue condenado en primera instancia a diez años de prisión. En apelación Tortora fue absuelto respecto de todos los cargos y la sentencia fue confirmada en casación.

¹¹ De hecho, el 80,2% de los electores votaron «sí», que en todo caso representaban el 61,5% del electorado. Para que el Parlamento pudiera aprobar la nueva ley que regulaba la responsabilidad civil del juez, el presidente de la República decidió postergar los efectos derogatorios del referéndum ciento veinte días.

¹² Determinan la culpa grave: a) la infracción grave de la ley causada por negligencia inexcusable; b) la afirmación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia está indiscutiblemente excluida por los documentos procesales; c) la negación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia se desprende indiscutiblemente del proceso; d) la aplicación de una medida relativa a la libertad de la persona fuera de los casos permitidos por la ley o sin motivación.

¹³ Constituían denegación de justicia la negativa, omisión o retardo del juez en la realización de los actos propios de su cargo cuando, vencido el término legal para la emisión del acto, la parte hubiese presentado una solicitud para obtener la medida y expiraron en vano, sin causa justificada, los treinta días de la fecha de presentación en el registro. Si no se prevé un plazo, en todo caso deberán transcurrir inútilmente treinta días desde la fecha de presentación en el registro de la solicitud dirigida a obtener la medida.

no podía exceder la tercera parte del salario anual neto, respecto del sueldo que el juez recibía en el momento en que se propusiera la acción de indemnización.

La ley establecía también la que se ha denominado la «cláusula de salvaguardia», estableciendo que la actividad de interpretación de las normas jurídicas y valoración del hecho y de la prueba no puede en ningún caso ser considerada fuente de responsabilidad¹⁴.

Muchos plantearon dudas sobre si esta ley fuese realmente respetuosa del resultado del referéndum abrogatorio y de la voluntad de sus promotores, que exigían la previsión de una responsabilidad directa de los magistrados. Así lo demuestra el hecho de que, posteriormente, se presentaron otras tres solicitudes de referéndum sobre la ley de 1988, las dos primeras (1996 y 1999) declaradas inadmisibles por la Corte constitucional, y la tercera (2013), que en cambio fue sometida al cuerpo electoral, pero que no logró el *quorum* mínimo de participación (la mitad más uno de los que tenían derecho al voto). La regulación contenida en la ley n.º 117 de 1988 fue impugnada ante la Corte constitucional bajo el supuesto de que la misma comprometería la imparcialidad del Poder Judicial al atribuir a las partes un instrumento de presión apto para influenciar sus decisiones. La Corte desestimó la cuestión por falta de fundamento, considerando que la referida ley «se caracteriza por el constante cuidado en proporcionar las medidas y cautelas adecuadas para salvaguardar la independencia de los jueces, así como la autonomía y plenitud del ejercicio de la función judicial» (sentencia n.º 18 de 1989).

La ley italiana de 1988 sobre la responsabilidad civil de los jueces, ahora resumida en sus elementos más relevantes, fue objeto en los años siguientes de algunas intervenciones decisivas por parte del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE).

La sentencia *Francovich* de 1991 reconoció, con carácter general, el derecho del ciudadano comunitario al derecho a la indemnización por parte del Estado por el incumplimiento de las obligaciones comunitarias, especificando

¹⁴ El carácter personal de la responsabilidad planteaba entonces el problema de las sentencias o medidas dictadas por un órgano colegiado y la hipótesis de que un magistrado se hubiera quedado en minoría (por lo tanto exento, en ese caso, de la responsabilidad por esa medida). Por ello, a solicitud del componente disidente, se daba la posibilidad de elaborar un acta de resumen que contenía «la indicación del disidente, la cuestión o cuestiones a que se refiere el disenso y las razones del mismo». El acta, firmada por todo el colegio, se conservaba por el presidente en sobre cerrado en la cancellería de la oficina judicial. Tras una intervención de la Corte constitucional (Sentencia n.º 18 de 1989), el acta, para evitar efectos negativos en el buen desempeño de la administración de justicia, se elabora solo en caso de que lo solicite uno de los miembros del colegio.

posteriormente las condiciones del reconocimiento y ejercicio del propio derecho y, en lo que a nosotros respecta, que este debe ser considerado válido cualquiera que sea el organismo estatal responsable de la violación (sentencia *Brasserie du Pecheur* de 1996), siempre que a) la norma jurídica violada atribuya derechos a los particulares, b) la violación esté suficientemente caracterizada y c) exista un nexo de causalidad directo entre esta violación y el daño sufrido por los particulares.

Unos años más tarde, el mismo Tribunal de Justicia (sentencia *Kobler* de 2003) señaló además que el derecho a la indemnización corresponde también al sujeto cuando la violación deriva de una decisión de un tribunal de última instancia; no obstante, el TJUE ha querido puntualizar que, dada la particularidad y especificidad de la actividad judicial, la responsabilidad por violación del derecho comunitario «solo puede darse en el caso excepcional en que el juez haya violado *manifiestamente* el derecho vigente» (cursivo añadido por el autor).

Para apreciar el carácter manifiesto de la infracción, el órgano jurisdiccional nacional debería haber tenido en cuenta los siguientes elementos: claridad y precisión de la norma infringida, intencionalidad de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error, la posición adoptada por una institución comunitaria, el incumplimiento de la obligación de plantear una cuestión prejudicial comunitaria o el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia.

Como consecuencia de esta jurisprudencia, surgió en el ordenamiento italiano el problema de la compatibilidad entre aquella y la legislación sobre la responsabilidad del juez contenida en la ley 117/88 y en particular en la referida cláusula de salvaguardia, que excluía la existencia de la responsabilidad del juez en el caso de las actividades de interpretación de la ley.

Los jueces italianos dieron respuestas diversificadas al respecto, para algunos la ley 117/1988, protegiendo un valor fundamental como es la independencia del juez, no era inaplicable por el juez común por actuar de «contra-límite», mientras que otros, por el contrario, consideraron la cláusula de salvaguardia contraria al derecho comunitario y, por tanto, inaplicable. Otros, en cambio, optaron por volver a plantear la cuestión ante el Tribunal de Justicia mediante una cuestión prejudicial relativa a la conformidad de la cláusula de salvaguardia con los principios del derecho comunitario según la interpretación en la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que por tanto tuvo que intervenir de nuevo en ese aspecto específico.

El Tribunal de Luxemburgo (sentencia *Traghetti del Mediterraneo* de 2006) en particular afirmó que no puede excluirse que se produzca una violación manifiesta del derecho comunitario precisamente en el ejercicio de la actividad interpretativa del juez y que está en conflicto con el derecho comunitario

una legislación nacional que en todo caso excluya la responsabilidad del Estado o la limite a los casos de dolo o culpa grave por la actividad interpretativa del juez, cuando tal limitación pudiera conducir, en concreto, a excluir la responsabilidad del Estado en caso de violación manifiesta del derecho vigente.

En consecuencia, en Italia se ha abierto un amplio debate sobre las repercusiones de esta jurisprudencia en la legislación nacional; algunos consideraron que la sentencia del TJUE comportaba una verdadera ruptura de todo el sistema, mientras que para otros nada habría cambiado, debiendo incluirse la «violación manifiesta» entre los supuestos de dolo o culpa grave.

Las valoraciones de la citada intervención del Tribunal de Justicia y las consecuencias que de ella se derivan no han supuesto, finalmente, ninguna innovación en la legislación vigente; por esta razón, transcurridos cinco años, el propio Tribunal de Justicia, en el marco de un juicio por infracción, ha condenado, como era de esperar, a Italia por no cumplir con sus obligaciones respecto del principio general de responsabilidad de los Estados miembros por violación del derecho de la Unión por uno de sus tribunales de última instancia, dado que, de conformidad con la ley 13 de abril de 1988 n.º 117, sobre compensación por daños causados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y sobre la responsabilidad civil de los magistrados: a) se excluyó cualquier responsabilidad del Estado italiano por daños causados a particulares tras una violación del derecho de la UE imputable a un órgano jurisdiccional nacional de última instancia, si esta infracción resultaba de la interpretación de normas jurídicas o de la valoración de los hechos y de las pruebas realizada por el propio tribunal, y b) se limitó esta responsabilidad únicamente a los supuestos de dolo o culpa grave (Sentencia de 24 de noviembre de 2011, n.º 379/10, *Comisión de la UE c. Italia*).

Los dos perfiles ahora indicados, por los que Italia fue condenada, tienen que ser considerados en atención a sus peculiaridades, en el sentido de que la cláusula de salvaguardia reguladas en la ley 117/88 —que excluye en absoluto, en lo que respecta a la actividad interpretativa del juez, una responsabilidad del Estado incluso en el caso de una violación manifiesta del derecho comunitario— entra irremediabilmente en conflicto con los principios de la UE; esto no pasa necesariamente con la previsión de la condición de la culpa grave. De hecho, el Tribunal de Justicia condenó a Italia porque no pudo demostrar, frente a las alegaciones de la Comisión, que la interpretación del Tribunal de Casación con respecto a esta condición fuera tal que incluyera la violación manifiesta.

Precisamente según «lo que Europa nos pedía», las referidas sentencias del Tribunal de Luxemburgo concernían, también por evidentes razones de competencia, a la violación manifiesta del «derecho de la Unión Europea», a la «responsabilidad del Estado» y solo a los jueces de última instancia. En

consecuencia, al menos en abstracto, la reforma habría podido sancionar: la violación del derecho comunitario y no, en las mismas condiciones, las del derecho nacional; la responsabilidad del Estado, con independencia de la de los jueces y magistrados que cometieron la violación; y solo las decisiones de los jueces de última instancia.

Si no hay dudas de que las citadas decisiones del Tribunal de Justicia exigían al Estado italiano únicamente regular de manera diferente el régimen de las violaciones del derecho comunitario, se hizo evidente que, más allá de los efectos vinculantes derivados de las sentencias del Tribunal de Justicia, hubiera sido paradójico argumentar que una actividad completamente idéntica, como la violación manifiesta del derecho comunitario o del derecho interno por una medida judicial, tuviera un régimen diferente: indemnizado por el Estado en el primer caso y desprovisto de sanción en el segundo.

Todo ello hubiera significado que el Estado italiano negaba el interés por la plena eficacia de las normas nacionales que confieren derechos, en clara contraposición al principio de razonabilidad, y al art. 54 de la Constitución (deber de observar las leyes), pues el legislador habría demostrado más preocupación por las posibles infracciones del derecho comunitario que por las análogas infracciones del derecho interno.

En cuanto a la relación que debe darse entre la responsabilidad del Estado por daños injustos causados por una actuación judicial y la responsabilidad del juez que dicte la resolución correspondiente, se expresaron dos posiciones diferentes: la primera a favor de confirmar la legislación vigente en el sentido de someter a las mismas condiciones el ejercicio de la acción contra el Estado y contra el juez; y una segunda que tendía a separar los dos ámbitos, diversificando las condiciones y ampliando los criterios para el recurso contra el Estado (en caso de violación manifiesta o culpa) y reduciendo aquellos relativos al juez (solo dolo o culpa grave).

Por segunda vez, por lo tanto, el Parlamento italiano *se vio obligado* a intervenir y lo hizo aprobando una nueva regulación de la responsabilidad civil en la ley n.º 18 de 2015.

Los aspectos más relevantes de la reforma que merecen ser evidenciados pueden resumirse en cuatro elementos: a) la supresión del filtro de admisibilidad; b) la limitación (*rectius* supresión) de la cláusula de salvaguardia; c) la regulación de los casos de culpa grave y de violación manifiesta, y d) la acción de reclamación del Estado frente a los jueces y magistrados.

El filtro de admisibilidad consistía esencialmente en un examen por parte del tribunal competente con el objetivo de declarar inadmisibles las demandas o solicitudes manifiestamente infundadas; la decisión, que tenía que estar motivada, del tribunal podía ser impugnada ante el Tribunal de Apelación, que procedía a un nuevo examen de la solicitud. Si se hubiera comprobado la falta

manifiesta de fundamento de la misma, el correspondiente auto de inadmisibilidad podía ser impugnado ante la Corte de Casación.

A pesar de su naturaleza como instrumento de garantía, la mayoría de los comentaristas reconocía en el filtro de admisibilidad el principal culpable del mal funcionamiento de la ley y en particular del hecho de que casi nunca se había llegado a la condena de un juez por responsabilidad civil.

En definitiva, se eliminó ese instrumento no tanto por ser inútil, nocivo o irracional en el procedimiento de determinación de la responsabilidad civil de los jueces, sino por su mal funcionamiento.

En efecto, la Corte constitucional había afirmado que la finalidad del filtro de admisibilidad fuera evitar acciones temerarias, manifiestamente infundadas, que habrían podido menoscabar la autonomía e independencia del Poder Judicial y, sobre todo, la confianza en este último.

Si una regulación seria y eficaz de la responsabilidad civil de los magistrados debe servir sobre todo para reforzar el grado de confianza en ellos por parte de los ciudadanos, esta regulación en concreto mostraba algunos elementos de contradicción. ¿Cómo y por qué tener confianza en los jueces que evaluarán la solicitud de responsabilidad en el fondo, cuando la premisa de la reforma es la de una evidente desconfianza en las decisiones de tres grados diferentes (primer grado, apelación y casación) que habrían terminado, por supuestos intereses corporativos, por negar la admisibilidad de la propia solicitud?

Respecto de la cláusula de salvaguardia, puede compartirse plenamente la lectura según la cual eliminar la responsabilidad en la actividad interpretativa del juez equivaldría a anular cualquier acción de responsabilidad, ya que es indiscutible que toda actividad y decisión judicial implica una actividad interpretativa previa.

En la ley se mantiene formalmente la cláusula de salvaguardia (para el único caso de la denegación de justicia), pese a que, habiendo excluido su aplicabilidad en caso de responsabilidad por dolo o culpa grave, hoy la misma no es nada más que una *caja vacía*, desprovista de contenido real.

La regulación de las hipótesis de culpa grave y violación manifiesta se realiza mediante una tipificación de cada conducta que puede ser así calificada.

En relación con la acción de reclamación por parte del Estado, la ley presenta una grave ambigüedad entre las hipótesis en las cuales el Estado tiene la obligación de ejercer dicha acción y otras en las que parecería que el Estado (es decir, el jefe de gobierno) tuviera la facultad para elegir si reclamar o no. Evidentemente, esta segunda posibilidad suscita fundadas dudas de constitucionalidad por entrar en conflicto con el principio de igualdad y el de protección de la independencia del juez.

La ley ha sido sometida al control de constitucionalidad de la Corte constitucional en todos sus elementos más significativos antes mencionados.

El juez constitucional, sin embargo, abordó solo un aspecto sobre el fondo, considerando la cuestión inadmisibile en todos los demás por falta de la condición de relevancia.

El aspecto examinado fue el de la supresión del filtro de admisibilidad que, como ya se mencionó, había sido considerado por la Corte constitucional absolutamente importante y útil. De hecho, la Corte había declarado que «la previsión del juicio de admisibilidad de la cuestión garantiza adecuadamente al juez frente a la proposición de acciones ‘manifiestamente infundadas’, que puedan perturbar su serenidad, e impide, al mismo tiempo, crear con malicia las condiciones para la abstención y recusación (Sentencia n.º 18 de 1989) y que fuera «indispensable un “filtro” para garantizar la independencia y autonomía de la función jurisdiccional» (Sentencia n.º 468 de 1990).

En esta última ocasión la Corte, en cambio, justifica su supresión, refiriéndose en este sentido a la actividad de ponderación entre los distintos principios constitucionales y en particular, en nuestro caso, entre los derechos del ciudadano perjudicado y la protección de la decisión frente a posibles influencias externas.

El resultado de la ponderación, a juicio de la Corte constitucional, depende del momento y del marco histórico en que la misma se lleva a cabo; la conclusión a la que, por consiguiente, llega es que en el marco legal vigente el valor de la independencia e imparcialidad del juicio pueden considerarse garantizadas incluso sin la previsión de un filtro de admisibilidad (Sentencia n.º 164 de 2017)¹⁵.

V. EL CÓDIGO DEONTOLÓGICO DEL PODER JUDICIAL

La tercera de las formas de responsabilidad señalada antes es la deontológica, de la que últimamente se ha hablado mucho sobre todo en el ámbito judicial, también en consideración a los escándalos que han tenido por objeto las relaciones entre los diversos grupos presentes en la Asociación Nacional de Magistrados (ANM) y la lógica de reparto de los cargos directivos de las oficinas judiciales.

La presencia de un código deontológico en el que formalizar determinadas conductas, derivadas de principios éticos, que se imponen a los jueces y

¹⁵ La ley de 2015 fue luego sometida al control de la Corte constitucional el año pasado (2021) en relación con un aspecto específico de la regulación. Esto es, la obligación de presentar la demanda de indemnización al fiscal general de la Corte de Casación, quien, en consecuencia, tendría la obligación de ejercer la acción disciplinaria contra el juez. La Corte sostuvo que existía la obligación de comunicación al Ministerio Público, negando sin embargo que el mismo tuviera la obligación de ejercer la acción disciplinaria, por falta de indicación de un hecho circunstancial y preciso (Sentencia n.º 169 de 2021).

magistrados más allá de sus obligaciones legalmente sancionadas, como hemos visto, a nivel disciplinario o civil, tiene como finalidad aumentar la confianza de los ciudadanos en la justicia y en la acción de la administración pública en general.

En 1993 (Decreto Legislativo n.º 29, art. 58 bis), después de la temporada de *Tangentopoli*, que había arrojado un gran descrédito sobre toda la clase política que resultó ser corrupta, se estableció que el Poder Judicial (así como la Administración pública) aprobara su propio código de ética. La aprobación para el Poder Judicial fue delegada a la ANM, por tanto a una asociación privada, estableciéndose que, en caso de falta de adopción del código, esta sería reemplazada en dicha tarea por el Consejo Superior del Poder Judicial (CSM).

La ANM aprobó el código en 1994, subestimando bastante sus finalidades y potencialidades y operando solo para no ser reemplazado por el CSM. En el preámbulo del código se dice claramente que en todo caso se trata de indicaciones de principio sin efectos jurídicos.

En los años de su aplicación concreta, por el contrario, madura la convicción de la importancia del código deontológico, especialmente para legitimar la labor del Poder Judicial frente a los ciudadanos y disipar las sospechas de parcialidad derivadas de los escándalos que habían afectado al Poder Judicial y aumentar la fiabilidad y confianza frente a las frecuentes acusaciones de protagonismo o excesos interpretativos, que implicaban en ciertos casos una verdadera actividad creativa de derecho.

Todo ello se hace especialmente evidente en la segunda redacción del código, que se llevó a cabo después de dieciséis años en 2010 y, en particular, esta voluntad se desprende claramente de su preámbulo, donde se enfatiza que el juez trabaja para lograr la plena efectividad de los derechos de las personas, y asume «la responsabilidad respecto del buen desempeño del servicio de justicia, pero al mismo tiempo protege su independencia, tanto en las relaciones externas como en el ámbito del CSM». El código «se ofrece a los ciudadanos y a las instituciones».

Un aspecto que conviene subrayar, dada la importancia que adquirió en relación con muchas cuestiones que han llegado ante los tribunales, es el relativo a las relaciones con la prensa y otros medios de comunicación de masas. La normativa establece que «el juez no solicita la publicidad de noticias relativas a su cargo», que si «cree que debe informar sobre la actividad judicial, a fin de garantizar la correcta información a los ciudadanos y el ejercicio del derecho de prensa o para proteger el honor y la reputación de los ciudadanos, evita la constitución o utilización de canales de información personal confidenciales o privilegiados» y que «se inspira en criterios de equilibrio, dignidad y mesura en la emisión de declaraciones y entrevistas a diarios y otros medios de comunicación masiva, así como en cualquier escrito y en cualquier declaración destinada

a la difusión. Evita participar en transmisiones en las que sepa que los hechos de procesos judiciales en curso serán objeto de representación en forma escénica».

El código deontológico, en términos estrictamente jurídicos, opera como una medida de *soft law*, cuya fortaleza radica en la capacidad de convencer y así crear una cultura ética del comportamiento del juez, sin imponer una regla.

En realidad existe una sanción, en caso de violación del código deontológico, contenida en el Estatuto de la ANM, que consiste en medidas de censura, interdicción temporal de los derechos sociales y expulsión de la asociación y que puede ser aplicada por la junta de árbitros quien formula la propuesta al comité directivo central de la ANM. Evidentemente, la sanción no supone un efecto disuasorio real, ya que solo puede aplicarse a los jueces y magistrados que formen parte de la Asociación y en todo caso puede evitarse saliendo de la misma.

Aparte de esto, el código deontológico puede tener una gran utilidad, por ejemplo para integrar los espacios que dejen vacíos las disposiciones normativas o para dar solución a problemas para los que una sanción disciplinaria o civil puede ser inadecuada o ineficaz.

Por solo proporcionar algunos ejemplos, la norma deontológica puede ser útil para conciliar la libertad de expresión del pensamiento del juez, como ciudadano, y el deber de confidencialidad o para regular aspectos de la participación del juez en la vida política. Piénsese al respecto en la posibilidad de que un juez participe en las denominadas «primarias» organizadas por los partidos políticos para permitir que se expresen los miembros o simpatizantes de determinadas fuerzas políticas.

Asimismo, ese código puede ser de utilidad para todos aquellos supuestos en los que recurra la figura de la *apariencia* de imparcialidad, que no debería, por las razones ya señaladas, entrar dentro de los ilícitos disciplinarios, y que podrían derivar del código ético. También puede ser útil para indicar la conducta a seguir en materia de ascensos, asignación de cargos o incluso para sancionar conductas de los jefes de oficinas judiciales en la distribución del trabajo dentro de la oficina judicial en violación del principio constitucional de la *preconstitución* del juez solo por ley.

VI. ¿DÓNDE HAY DISCRECIONALIDAD HAY RESPONSABILIDAD? LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO JURISPRUDENCIAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Como he indicado anteriormente, quisiera concluir este ensayo con algunas consideraciones generales sobre la relación entre el papel actualmente

reconocido a la actividad jurisdiccional, la regulación de la responsabilidad de los jueces y la legitimación del derecho jurisprudencial en el Estado democrático y constitucional.

En cuanto a la responsabilidad del juez y para justificar una regulación específica en este ámbito, en las discusiones de los últimos años es cada vez más frecuente la referencia a la cantidad de *poder* reconocido al Poder Judicial o en todo caso efectivamente ejercido por él, para deducir el principio según el cual, en un sistema jurídico democrático, *donde hay poder, debe haber responsabilidad*.

A la ampliación de la función del juez, que se ha mencionado en el segundo apartado de este trabajo, debería corresponder una ampliación de su responsabilidad, pues la decisión del juez derivaría no solo de la ley sino también, dentro de los límites reconocidos a la actividad hermenéutica, del órgano juzgador. Por tanto, la actividad «creadora» del derecho jurisprudencial sería la consecuencia de la ampliación de las posibles opciones discrecionales del Poder Judicial, con la consecuencia de que, en un estado democrático, *donde hay discrecionalidad, debe haber responsabilidad*.

Decidir qué postura asumir sobre este interesante problema nos obliga a empezar con algunas aclaraciones.

Partiendo de la última de las afirmaciones mencionadas anteriormente, parece oportuno precisar que las opciones discrecionales del juez se sitúan en un plano completamente distinto a las del Parlamento o de los órganos políticos: las primeras tienen carácter técnico y las segundas naturaleza puramente política; también por eso, como diré, su respectiva legitimación en el sistema constitucional es diferente.

El reconocimiento de la ampliación de las facultades interpretativas del juez, sobre todo a raíz de la entrada en vigor de las constituciones rígidas, ha provocado que se empezara a hablar indebidamente del *carácter político* del juez, cuando en realidad se trataba solo de un cambio de rol, estrictamente conexo con la realización del Estado constitucional social.

Respecto de la noción de *poder*, es innegable que el Poder Judicial configure uno de ellos (*rectius* cada juez en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales) si nos referimos, según se desprende de la jurisprudencia constitucional consolidada, al sujeto titular de una competencia constitucionalmente garantizada. Es sobre la base de tal conclusión que la Corte constitucional ha definido el Poder Judicial como un «poder difuso», reconociendo así a cada juez, y también a los órganos del ministerio público, la legitimidad para ser partes, en sentido activo o pasivo, de un conflicto de atribución entre poderes del Estado.

En mi opinión, se debe llegar a una conclusión diferente cuando se entiende la noción de poder en el sentido de un bloque unitario y monolítico de autoridad que se expresa con una sola voz y que se contrapone a los demás

poderes (legislativo y ejecutivo). En efecto, el Poder Judicial parece ser unitario solo por el estatus particular que comparten todos sus miembros y en consideración a la particularidad y dificultad de la función que están llamados a ejercer.

Por ello queda ciertamente excluido que en este sentido el Poder Judicial pueda ser visto como un poder o incluso como un contrapoder, que opere como contrapeso al Gobierno o al Parlamento, dado que el mismo cumple, por el contrario, una función de garantía del Estado constitucional en su conjunto y por lo tanto no puede ser considerado una parte que se enfrenta a las demás.

Precisamente por esta función, es evidente que parece errónea e inapropiada la postura de quienes pretenden un control más penetrante de la política sobre el Poder Judicial por el hecho de que este también ejerce control sobre la actividad de los políticos.

La innegable existencia de un derecho jurisprudencial, junto al derecho político tradicional, ha planteado el problema de la relación entre los dos *creadores* del derecho. En otras palabras: ¿los jueces se han convertido en legisladores? ¿Pueden, hoy en día, equipararse, esto es, ponerse en un mismo nivel los jueces y el legislador?

La respuesta es obviamente negativa, pues los elementos de distinción entre uno y otro son muchos y evidentes, tanto en lo que se refiere al método como a los límites a los ambos que están sometidos en la creación del derecho, y sobre todo a su legitimación en el sistema.

En este sentido, en cuanto a la relación entre la actividad jurisdiccional y la noción de democracia, debe subrayarse que la democracia no solo significa que las elecciones políticas deben reservarse a los sujetos representativos, sino también que las decisiones relativas, en particular, a los derechos fundamentales no pueden dejarse en las manos de la mayoría y estar sujetas al control de órganos imparciales. El control de los *límites al poder* no puede por tanto considerarse contra la democracia, sino, antes bien, contra el despotismo electivo y la protección de los derechos fundamentales es parte integrante de la democracia.

Tanto la función legislativa como la jurisdiccional encuentran su fundamento en la Constitución, la primera específicamente en el principio mayoritario-representativo y la segunda en el de legalidad. Por consiguiente, el consenso popular no puede considerarse la fuente de legitimación de la actividad judicial, ya que si es cierto que los jueces administran la justicia *en nombre del pueblo italiano*, es igualmente cierto que ese principio debe leerse en conjunto y coordinado con otro principio, según el cual *el juez está sujeto únicamente a la ley*, esta última como expresión de la soberanía popular, que es muy diferente a la subordinación a la voluntad del pueblo o al consenso de la opinión pública.

La legitimación de la actividad de producción del derecho por parte del legislador está conexas con la relación de representación directa del cuerpo electoral, ante la que responderá de sus elecciones; por tanto, las modalidades de intervención son tales que solo le corresponderá decidir si hacerlo, cuándo hacerlo y con qué contenido específico.

Por otra parte, la fuente de legitimación de la actividad jurisdiccional del juez es diferente, dado que en primer lugar el mismo encuentra una serie de condicionantes y límites, obviamente a partir de la letra de la ley y de las reglas de interpretación comúnmente aceptadas.

La legitimación del juez deriva, por tanto, de la confianza que los ciudadanos tienen en sus decisiones, ya que la solución de las controversias por parte de la autoridad judicial se impone a los destinatarios no como expresión de una *verdad*, ni como una elección que se refiera a una determinada orientación política, sino, antes bien, solo porque proviene de una persona que se considere preparada técnica y profesionalmente y que actúa, en condiciones de independencia e imparcialidad, de acuerdo con las normas procesales y en pleno cumplimiento de las mismas y es, dentro de ciertos límites, responsable de su actividad.

El fundamento de la legitimación de la actividad jurisdiccional también en la confianza que los destinatarios de la misma deben tener en el Poder Judicial, indica que para este fin, sobre todo, deben establecerse y orientarse tanto los controles como las formas de responsabilidad, los unos en estrecha conexión con las otras, dado que un sistema bien articulado y funcional de controles a la profesionalidad del juez debe servir justamente para prevenir procesos por responsabilidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

La legitimidad de la actividad jurisdiccional, hace un tiempo conexas con el prestigio del orden judicial, se basa ahora en su credibilidad, en la confianza de los destinatarios de sus decisiones y también en el régimen de responsabilidad aplicable.

Como escribe Luigi Ferrajoli, la legitimidad del juez no se funda en la verdad o en la búsqueda de la verdad, sino en la confianza en la imparcialidad, la honestidad intelectual, el rigor moral, la competencia técnica y la capacidad de juicio.

Por ello, para buscar la base de la legitimación de la actividad jurisdiccional, no se deben seguir las reglas de la responsabilidad política, ya que la actividad del juez encuentra su legitimación en el principio de legalidad y no en el principio de consenso popular.

Una ley se respeta, aun cuando no se comparten sus contenidos, porque es aprobada por los representantes del cuerpo electoral, quienes son responsables ante sus electores respecto de las elecciones políticas que toman a través de la aprobación de las leyes. Por estas razones la ley debe ser respetada.

Por el contrario, una sentencia de un juez se respeta, aun cuando no se comparten sus contenidos, no porque se trate de una elección política, sino porque expresa la sumisión a la legalidad, ya que es pronunciada por una persona técnicamente preparada y profesionalmente competente. El médico, el abogado, el notario pueden ser elegidos por sus clientes según la confianza que inspiren, mientras que, como es bien sabido, el juez no puede ser elegido y el principio constitucional del juez natural preconstituido por ley pretende justo eliminar esta posibilidad.

Dado, entonces, que el juez competente es *impuesto* por el Estado, este último tiene la obligación de garantizar la profesionalidad del juez a fin de garantizar la confianza de los destinatarios de las decisiones pronunciadas por él; en dicha obligación se fundamenta la responsabilidad del propio Estado, además de la de los jueces y magistrados.

La sentencia, pues, se respeta porque proviene de un sujeto independiente e imparcial y, dentro de los límites establecidos por la ley, jurídicamente responsable.

Por todo lo dicho, en mi opinión, los controles de profesionalidad y las formas de responsabilidad, como he apuntado en la premisa, no constituyen un tema de interés solo dentro del sistema judicial, sino que atañen a la realización del orden constitucional porque también en la existencia y eficacia de estos instrumentos se basa la legitimación de la actividad jurisdiccional y el respeto de las sentencias del Poder Judicial.

Bibliografía recomendada

- AA. VV. (2015). La nuova responsabilità civile dei magistrati. *Il Foro Italiano*, 140 (6).
- AA. VV. (2022). *Il procedimento disciplinare dei magistrati. Quaderno 8*. Roma: Scuola Superiore della Magistratura.
- Apostoli, A. (2009). *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*. Milano: Giuffrè Editore.
- Aschettino, L., Bifulco, D., Épineuse, H. y Sabato, R. (2006). *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*. Napoli: Jovene Editore.
- Bartole, S. (2008). *Il potere giudiziario*. Bologna: Il Mulino.
- Bartole, S., Pace, A. y Romboli, R. (dirs.) (2010). *Problemi attuali della giustizia in Italia*. Napoli: Jovene Editore.
- Biondi, F. (2006). *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè Editore.
- Campanelli, G. (2009). *Controllare i giudici? (Cosa, Chi, Come, Perché)*. Torino: Giappichelli.
- (2018). *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*. Torino: Giappichelli.
- Cappelletti, M. (1988). *Giudici irresponsabili?: studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*. Milano: Giuffrè Editore.

- Cavallini, D. y Giangiacomo, B. (2009). *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare. Giudici di pace, giudici onorari di tribunale, vice procuratori onorari*. Milano: Giuffrè Editore.
- Dal Canto, F. (2018). *Lezioni di ordinamento giudiziario*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- (2020). Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano. *Giustizia Insieme*, 21-7-2020.
- Ferrajoli, L. (2018). *Contro il creazionismo giudiziario*. Modena: Mucchi.
- Giampietro, F. y Alberto, T. (2019). *La responsabilità civile dei magistrati*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Luccioli, G. (2018). I principi deontologici nella professione del magistrato. *Giudicedonna.it*, 1.
- Luciani, M. (2012). Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo). *Rivista AIC*, 3 (3).
- Mele, V. (1987). *La responsabilità disciplinare dei magistrati*. Milano: Giuffrè.
- Panizza, S. (2010). *La responsabilità disciplinare dei componenti delle commissioni tributarie*. Pisa: Prensa de la Universidad de Pisa.
- Pizzorusso, A. (1982). *L'organizzazione della giustizia in Italia*. Torino: G. Einaudi.
- Romboli, R. (2012). Garanzie, controlli costituzionali e conflitti nell'esercizio della giurisdizione. En R. Romboli (coord.). *Decisioni conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico* (pp. 315-356). Napoli: Jovene Editore.
- (2013). La responsabilità del giudice nell'ordinamento costituzionale italiano. En L. Ventura y P. Falzea (dirs.). *Seminari Sulla Responsabilità* (pp. 55 y ss.). Milano: Giuffrè.
- Sartori, G. (1987). *Elementi di teoria politica*. Bologna: Il mulino.
- Silvestri, G. (1997). *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- Volpi, M. (dir.) (2009). *La responsabilità dei magistrati*. Napoli: Jovene Editore.
- Zagrebel'sky, V. (1994). La responsabilità disciplinare dei magistrati. En B. Caravita Di Toritto (dir.). *Magistratura, CSM e principi costituzionali*. Bari: Laterza.
- Zanon, N. y Biondi, F. (2019). *Il sistema costituzionale della magistratura*. Bologna: Zanichelli.

EL PODER JUDICIAL ANTE EL POPULISMO Y LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA. EL CASO DE MÉXICO, 2018-2021

Populism and democratic erosion: The role of the
judiciary evidence from Mexico, 2018-2021

JULIO RÍOS FIGUEROA¹

Instituto Tecnológico Autónomo de México
julio.rios@itam.mx

Cómo citar/Citation

Ríos Figueroa, J. (2022).

El poder judicial ante el populismo y la
erosión democrática. El caso de México, 2018-2021.

Revista de Estudios Políticos, 198, 187-217.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.07>

Resumen

Existe una tensión inherente entre el populismo y el constitucionalismo que se materializa, una vez que el populismo está en el poder, en la necesidad de cooptar o al menos neutralizar el poder judicial y los órganos del sistema de justicia que tienen el papel de interpretar la constitución. El poder judicial puede resistir y contribuir a que el populismo revitalice la democracia en lugar de erosionarla. Sin embargo, las posibilidades de hacerlo dependen de su legitimidad entre la ciudadanía y de la composición partidista de los poderes ejecutivo y legislativo. Estos argumentos se ilustran a partir del análisis del caso de México, en particular el primer trienio (2018-2021) de la

¹ Agradezco el trabajo serio y profesional de Fernando Noriega, cuya colaboración fue indispensable para la realización de este artículo. Los argumentos presentados en este texto fueron expuestos en el seminario «Populism and the Courts in Latin America», organizado por el David Rockefeller Center for Latin American Studies (DRCLAS) de la Universidad de Harvard el 19 de octubre de 2021. Los casos de El Salvador y Brasil que se discuten en este trabajo también fueron presentados en ese seminario (por Lilliam Arrieta y Diego Wernech Arguelhes, respectivamente). Agradezco los comentarios de Gretchen Helmke realizados en esa ocasión.

administración del presidente Andrés Manuel López Obrador y su Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA).

Palabras clave

Populismo; constitucionalismo; erosión democrática; poder judicial; México.

Abstract

The inherent tension between populism and constitutionalism tends to crystallize in the judicial power, which populist leaders in power need to coopt or at least neutralize in order to implement their agenda free of obstacles. The judiciary can contribute to limit the authoritarian impulses of populism and instead take its just demands and revitalize democracy. The likelihood that the judiciary plays this role depends on its legitimacy amongst the citizens and the partisan composition of the executive and legislative powers. These arguments are illustrated in the case of Mexico, specifically during the first three years of President Andrés Manuel López Obrador (1918-2021) and his Movement of National Regeneration (MORENA).

Keywords

Populism; constitutionalism; democratic erosion; judiciary; Mexico.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL ANTE EL FENÓMENO DEL POPULISMO: 1. Constitucionalismo abusivo y erosión de la democracia. 2. Populismo y constitucionalismo. 3. El poder judicial ante el populismo y la erosión democrática. III. POPULISMO Y PODER JUDICIAL EN MÉXICO, 2018-2021: 1. El poder judicial en la encrucijada. 2. Discurso y acciones del Gobierno hacia el poder judicial. 3. Reacciones y omisiones del poder judicial. 4. Poder político y poder judicial en el trienio 2018-2021. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La erosión de la democracia en estos tiempos, dicen Levitsky y Ziblatt (2018), comienza con unas elecciones. Efectivamente, en lugares como Hungría, Polonia, Turquía o Venezuela este ha sido el caso. Y uno de los primeros objetivos de los líderes que han encabezado el retroceso democrático en esos países ha sido controlar el poder judicial. En Hungría desde 2010, el gobierno popularmente electo del partido Fidesz, con Viktor Orbán a la cabeza, pronto comenzó a atacar la independencia de instituciones del sistema de justicia. Uno de sus primeros objetivos fue la corte constitucional, que tomó tres años en ser capturada (Scheppele, 2013: 550). En Turquía, el presidente Recep Tayyip Erdoğan simultáneamente cooptó la corte constitucional y expandió su jurisdicción, un acto que podía interpretarse lo mismo como un socavamiento que como un fortalecimiento de la institución pero que con el tiempo quedó claro que era lo primero. En Polonia el Partido Ley y Justicia (PiS) tomó el control de las cortes inferiores mediante la apropiación del poder de asignación de los presidentes de la corte suprema y el nombramiento de jueces adeptos en el órgano encargado de administrar el poder judicial, logrando así el control de casi la totalidad del sistema de justicia (Scheppele, 2018: 553). En América Latina, Venezuela es el caso paradigmático donde el gobierno encabezado por Hugo Chávez logró la captura gradual del poder judicial a partir de la confección a modo de los nombramientos de jueces y de intimidación ante decisiones que afectaban al régimen (Sánchez Urbarri, 2021).

Los ejemplos anteriores forman parte de una tendencia que se ha conocido como «erosión o retroceso democrático» (e.j. Levitsky y Ziblatt, 2018).

En la literatura del constitucionalismo comparado una dimensión de esa tendencia, la que tiene que ver directamente con el uso y abuso de la constitución y las normas jurídicas, ha recibido etiquetas como «autoritarismo legalista» (Scheppelle, 2018), «constitucionalismo abusivo» (Landau, 2013), «autoritarismo electoral» (Schedler, 2006), «populismo autoritario» (Crewe y Sanders, 2020) o «populismo constitucional» (Alterio, 2016)². Independientemente de la etiqueta, uno de los elementos centrales de este fenómeno es el ataque a la independencia de los jueces y funcionarios que laboran en el poder judicial, así como a la autonomía de las cortes y otras instituciones del sistema de justicia. ¿Qué motiva estos ataques? ¿Por qué los líderes y sus partidos o movimientos enfilan sus baterías hacia el poder judicial? ¿Cómo los resisten las cortes y los poderes judiciales? ¿Por qué algunos son más resistentes y efectivos que otros no solo para resistir los embates sino para detener la erosión democrática y, en todo caso, contribuir al resurgimiento de una democracia revitalizada?

En la primera parte de este artículo se ofrece un argumento en tres partes para responder a las preguntas anteriores.³ Primero, la lógica del fenómeno del populismo en una democracia constitucional implica la necesidad de cooptar, o al menos neutralizar, a los órganos del sistema de justicia que tienen el papel de interpretar la constitución y, a partir de esa interpretación, tienen el poder de suspender, modificar o incluso anular leyes o actos del gobierno que la contravengan. Por otro lado, la vulnerabilidad del poder judicial ante esos avances es mayor cuando el fenómeno del populismo se da en un contexto de gobierno unificado (un mismo partido político controlando el poder ejecutivo y legislativo) y de crisis de legitimidad del poder judicial. Finalmente, incluso en las condiciones más adversas el poder judicial puede resistir y contribuir a que el populismo revitalice la democracia en lugar de destruirla.

En la segunda parte, los argumentos anteriores se ilustran a partir del análisis del caso de México, en particular el primer trienio (2018-2021) de la administración del presidente Andrés Manuel López Obrador y su partido Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA). En esos tres años, el poder judicial ha enfrentado un contexto de vulnerabilidad inédito desde la transición a la democracia. El gobierno de López Obrador ha intentado, y en gran parte logrado, diversas estrategias para intervenir y subordinar políticamente al poder judicial. La reacción de los jueces, en particular la corte suprema y su presidente, ha sido tomar la iniciativa en algunos temas como la

² Es importante no confundir el «constitucionalismo popular» con el «populismo constitucional», que es más cercano a lo que se analiza en este artículo (Alterio, 2016).

³ La primera parte se basa en Ríos Figueroa (2022).

reforma judicial, decidir casos polémicos a favor del gobierno, y también no decidir otros casos polémicos en temas centrales para el gobierno de López Obrador. En los casos muy relevantes para el gobierno generalmente la corte suprema decide a favor de sus intereses, en varias ocasiones incluso a pesar de la transparente inconstitucionalidad de las leyes o actos en cuestión. Sin embargo, no se dio en estos tres años una cooptación abrupta del poder judicial y hay que esperar al final del sexenio para hacer un balance. En la conclusión, se retoman los argumentos sobre populismo y democracia constitucional y se analizan brevemente los casos de Brasil y El Salvador que experimentan el fenómeno populista pero donde varían las condiciones de vulnerabilidad del poder judicial.

II. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL ANTE EL FENÓMENO DEL POPULISMO

1. CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO Y EROSIÓN DE LA DEMOCRACIA

La democracia constitucional no puede existir sin elecciones libres y justas, estas son el fundamento de una competencia genuina entre grupos e individuos que legítimamente buscan participar en el gobierno de una sociedad. Las elecciones libres y justas, a su vez, requieren al menos un par de elementos adicionales para funcionar bien: los derechos individuales de libre expresión y asociación requeridos para un proceso democrático fidedigno; y el marco de estabilidad, predictibilidad, y publicidad de un régimen legal, usualmente capturado en el término *imperio de la ley* (Ginsburg y Huq, 2017). Una democracia constitucional que cuente con estos tres elementos es una democracia robusta y estable. Por otro lado, fallas de desempeño, metas incumplidas, o incluso el socavamiento deliberado de estos elementos puede llevar al debilitamiento del régimen democrático y su eventual desaparición.

Sin embargo, según Ginsburg y Huq la democracia constitucional puede entrar en una senda que culmine en el autoritarismo ya sea mediante el colapso o la erosión. El primer camino, es decir, el rápido y completo derrumbamiento de la democracia, como el que se experimenta durante un golpe de Estado, se ha vuelto cada vez más infrecuente en las últimas décadas. La erosión democrática, en cambio, es un fenómeno cada vez más común en diversas regiones del mundo. Consiste en la derogación de la democracia a través de un proceso, lento y gradual pero sostenido, de desmantelamiento de frenos y contrapesos al uso del poder político. Y si bien es posible que el destino sea una completa recesión democrática, el resultado generalmente es el de un régimen híbrido caracterizado por un ambiente donde las elecciones

aún son celebradas, pero la coalición en el poder tiene una ventaja tan significativa respecto a la oposición que derrotarla se torna virtualmente imposible (Schedler, 2006).

En algunos lugares, las democracias constitucionales están siendo deliberadamente destruidas desde adentro por líderes y partidos legítimamente electos pero que inteligentemente utilizan las leyes para destruir justamente lo democrático y constitucionalista de sus Estados, y así atrincherarse en el poder. Es una historia de «malicia constitucional», dice Kim Lane Scheppele (2013), en la que líderes carismáticos buscan beneficiarse de la apariencia democrática y constitucional que sus gobiernos emiten al exterior, escondiendo detrás sus diseños autocráticos. A este fenómeno David Landau (2013) lo llama «constitucionalismo abusivo», es decir, el uso de herramientas aceptadas de cambio constitucional para erosionar el orden democrático de una nación, y hacer así a los titulares del poder cada vez más difíciles de remover y/o vigilar.

Generalmente, el jefe del poder ejecutivo es quien lidera la erosión democrática mediante un ataque sostenido a las instituciones encargadas de moderar su poder, o mediante el socavamiento de las reglas que lo atan a la rendición de cuentas. Simultáneamente, se busca una centralización de las funciones administrativas del ejecutivo bajo el poder de su representante en jefe y de su partido. En algunas ocasiones, se puede incluso recurrir al uso de poderes de emergencia por parte del jefe del ejecutivo, es decir, de mecanismos extraordinarios que permiten la suspensión de ciertos frenos al uso del poder (como algunos derechos procesales o de libertad de reunión y expresión, o los mecanismos de protección de esos derechos) o la concentración de poder en el ejecutivo (por ejemplo, que pueda emitir decretos con fuerza de ley) para hacer frente a amenazas que atentan contra la supervivencia de la democracia (Ferejohn y Pasquino, 2004).

Para que lo anterior pueda lograrse, por lo general los ataques a las instituciones independientes y la progresiva concentración de poder necesitan encausarse mediante leyes o incluso reformas constitucionales que se encuentren en el margen de lo permitido por los principios constitucionales. En algunas ocasiones, dependiendo de la urgencia política, las embestidas legales pueden llegar a ser, de plano, abiertamente contrarias a lo que establece la constitución vigente. El antídoto contra las leyes de este tipo es por supuesto el control constitucional: que los jueces encargados de interpretar la ley máxima las suspendan, modifiquen, o declaren nulas. Sin embargo, esta es exactamente la razón por la que los *autócratas legalistas*, como los llama Scheppele, empiezan su centralización del poder mediante la inhabilitación, captura, o intervención política de las cortes constitucionales. La razón es clara: una corte fuerte e independiente puede convertirse en un límite a los esfuerzos autoritarios por reducir derechos de expresión y asociación, centralización del poder y el desmantelamiento de

frenos en otras instancias de gobierno. «Los tribunales constitucionales hoy son imbuidos con una gama cada vez más amplia de poderes relacionados con la protección de la democracia, incluyendo poderes para supervisar y certificar elecciones; para llevar a cabo procedimientos de *impeachment*; regular los partidos políticos; y aprobar declaraciones de estados de emergencia» (Ginsburg y Huq, 2017: 187). Esto, señalan Ginsburg y Huq, las convierte en un blanco sumamente atractivo para quienes buscan derogar la democracia mediante herramientas del constitucionalismo abusivo.

2. POPULISMO Y CONSTITUCIONALISMO

La tensión entre estabilidad y cambio está en el corazón de la democracia constitucional, un sistema de gobierno que reconoce tanto el poder de la mayoría, como los frenos a ella, mediante un diseño que busca evitar el ejercicio abusivo del poder político. La constitución es clave para lograr ese balance porque establece principios y reglas a los que deben sujetarse tanto los actos de los gobiernos como las leyes. La diversidad presente en una sociedad se expresa en las elecciones donde los partidos políticos agrupan intereses de la ciudadanía y compiten por su representación en el poder legislativo, y para ejercer el gobierno en el poder ejecutivo. Los resultados electorales pueden ser mayoritarios para un partido o grupo, o fragmentados entre varios de ellos. La sucesión de mayorías distintas, a veces compuestas de coaliciones cambiantes, va marcando el rumbo hacia el que se dirige una sociedad política.

Empero, por diversas razones, de vez en cuando irrumpe electoralmente una mayoría que se considera la única legítima, un líder carismático la identifica con la voluntad del pueblo y, desconociendo el pluralismo propio de la democracia, plantea una división binaria entre la gente común que busca el cambio y las élites que buscan la continuidad. El populismo entonces puede ser caracterizado como un fenómeno que ocurre cuando se presentan sus tres distintivos más comúnmente aceptados: la insistencia en una división tajante entre el pueblo y la élite, la aseveración de que solo la voluntad del primero debe ser promovida a través de la política, y la noción de que esa voluntad puede y debe ser dilucidada y puesta en práctica por un líder o movimiento que se retrata creíblemente como perteneciente al pueblo en vez de a la élite (González y Saffon, 2021: 3). Siendo entonces que la élite es vista como corrupta e ilegítima, y el pueblo como homogéneo en su voluntad, el populismo resulta distintivamente antielitista y antipluralista.

El populismo, nos recuerda Nadia Urbinati en su libro *Yo, el pueblo* (2021), busca hacer permanente la voluntad de una mayoría específica y borrar la distancia entre esta y la constitución. Para borrar esa distancia, se debe terminar con las barreras institucionales que «truncan» el actuar del

pueblo, pero para mantener la legitimidad electoral y democrática no es deseable deshacer la constitución de un zarpazo. Así que, en vez de eso, los líderes populistas se asumen ya sea como los defensores de la «verdadera» constitución o como los «verdaderos» defensores de la constitución. Urbinati, por tanto, ubica al populismo como un fenómeno propio de la democracia constitucional y hace un análisis de los retos que implica dentro de este marco⁴. Los regímenes populistas no siempre se oponen a la autoridad de las constituciones; al contrario, «utilizan y abusan categorías de teoría constitucional e instrumentos de ley constitucional, al crear de esta forma una verdadera contra-narrativa constitucional» (Martinico, 2020: 105). En otras palabras, ahí donde se da el fenómeno del populismo es frecuente observar que se utilizan las herramientas del constitucionalismo abusivo⁵.

De esta forma, los líderes carismáticos propios del fenómeno populista frecuentemente invocan a la constitución como justificación de sus puntos de vista. Por supuesto, principalmente de un modo oportunista, es decir, cuando hay coincidencia entre la norma constitucional y los objetivos del líder y su partido o movimiento. Es una estrategia de «mimesis» en la que los líderes hacen el intento de «[...] presentarse como consistentes y compatibles con el lenguaje del constitucionalismo» (*ibid.*: 106). Ello implica actividades como el estiramiento de los valores contenidos en el texto constitucional para que sean compatibles con el discurso populista, y la selección parcial de ciertos conceptos (y la omisión de aquellos que no sirvan o contradigan al líder) para fortalecer sus aseveraciones. El propósito fundamental en este tipo de estrategia es rescatar los pasajes (con conceptos ambiguos, si es posible), que permitan al populista defender su visión dicotómica entre la élite opositora y el pueblo que ejerce su legítima soberanía mayoritaria como una realidad contenida claramente dentro de los márgenes de la constitución.

Si, por alguna razón, los regímenes populistas se contraponen a la constitución (ya sea parcial o completamente), generalmente no buscan desecharla por completo, sino reformarla o reescribirla, manteniendo su carácter de norma por encima de las leyes. Tanto así, que manifiestan ofrecer versiones *más profundas* o *mejoradas* del diseño democrático de las constituciones de sus países e incluso mantienen en ellas algunos mecanismos de rendición de

⁴ Para una versión del populismo basada en la ideología y que no es dependiente de la democracia, ni de ideologías de izquierda o derecha (Mudde, 2021). Es importante no confundir el constitucionalismo popular con el «populismo constitucional», que es más cercano a lo que se analiza en este artículo (Alterio, 2016).

⁵ La literatura sobre populismo es muy amplia. En este trabajo se retoman solamente trabajos que relacionan directamente a la democracia constitucional con el populismo.

cuentas. De hecho, si bien las constituciones populistas incluyen medidas de acumulación de poder y ventajas para el gobernante titular, estas también coexisten con dispositivos que otorgan mayor participación al pueblo mediante instancias de democracia directa, rendición de cuentas vertical y/o expansión de algunos derechos. Ello termina por crear una especie de «Frankenstein constitucional», representativo de la ambigüedad populista, donde el gobernante se dice profundizador de la democracia, pero asegura también ser el único capaz de interpretar la voluntad popular, lo que hace indispensable su permanencia en el poder (González y Saffon, 2021: 10).

Esta estrategia, que Martinico califica de «parasitismo», implica cambiar la jerarquía axiológica de las democracias constitucionales. Un ejemplo primario de ello es entender a la democracia únicamente como «el gobierno de la mayoría», presentarla como el valor más importante, y utilizar su nombre como herramienta para pasar sobre cualquier otro concepto constitucional que se interponga (o que se considere secundario). En el caso del discurso populista, la mayoría específica que apoya al líder carismático será inmediatamente equiparable al pueblo, cuya voluntad debe prevalecer frente a todo. Y así, el orden constitucional no enriquece su pluralidad y universalidad, sino todo lo contrario: se transforma en una estructura excluyente, basada en la idea de la mayoría como entidad monolítica, interpretada por la visión superior del líder en el poder (cfr. Martinico, 2020).

La relación compleja y tensa que mantienen los regímenes populistas con la constitución los lleva a buscar ejercer mayor control e influencia sobre jueces y otros funcionarios públicos a cargo de la adjudicación e interpretación constitucional. Esto con el fin de minimizar visiones contrarias a los objetivos del régimen, para lo cual los medios utilizados son ya sea la búsqueda de un control abierto o la descalificación de los jueces disidentes identificándolos como parte de la élite corrupta. Para un líder frente a una élite desacreditada y un sistema judicial informalmente atado a ella será más sencillo controlar a las cortes. Para un líder donde la élite retenga algo de apoyo, y el poder judicial sea independiente y tenga redes de soporte, la tarea será más difícil. En todo caso, el régimen populista buscará la captura de las cortes encargadas de la interpretación constitucional con el objetivo de que decidan casos a su favor (mediante la captura a través del nombramiento y democión de jueces, y la reforma de aspectos clave sobre el funcionamiento de justicia) (Sánchez Uribarri, 2021).

Sin embargo, y muy importante, de acuerdo con Nadia Urbinati el populismo es un fenómeno transitorio. El ejercicio del poder y el mero paso del tiempo van desgastando los elementos que lo hacen posible: el líder carismático y popular pierde credibilidad ante las dificultades de la gobernanza, y la pretensión de encarnar a la mayoría legítima frente a la élite depredadora se desvanece conforme se consolida como el nuevo *establishment*. El populismo se enfrenta,

en cada nuevo proceso electoral, a la tensión entre la estabilidad y el cambio característicos de la democracia constitucional donde se gesta y florece.

El populismo avanza, pero ¿hacia dónde? A una encrucijada. Al populismo lo acecha por un lado la propia democracia constitucional: los frenos a la mayoría con base en los principios y reglas constitucionales, la competencia política pluralista y el reconocimiento de otras mayorías. El otro camino conduce al autoritarismo, a volver permanente esa mayoría que se identifica a sí misma con la voluntad popular, a la erosión de las intermediaciones políticas (como los partidos y otras instituciones) y al reforzamiento del líder carismático. ¿Cuál camino tomará el populismo y cuál es el papel del poder judicial en esta encrucijada?

3. EL PODER JUDICIAL ANTE EL POPULISMO Y LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA

El destino final del populismo, el éxito o fracaso de las herramientas del constitucionalismo abusivo, depende en alguna medida del poder judicial, que resuelve conflictos garantizando la superioridad de la constitución sobre la ley y los actos del gobierno. John Hart Ely en un libro famoso titulado *Democracia y Desconfianza* (*Democracy and Distrust*), propone una teoría del proceso político en la que el poder judicial cumple dos funciones elementales: la preservación de la calidad de la democracia, y la defensa de grupos incapaces de lograr victorias en los procesos políticos (Ely 1980). En un artículo reciente, el exjefe de la corte constitucional de Colombia, Manuel José Cepeda, y David Landau, proponen una «lectura ampliada» de la teoría del proceso político de Ely para adaptarla a democracias frágiles, en las que el riesgo de transitar hacia una dictadura o un régimen híbrido a través de reformas constitucionales «abusivas» está peligrosamente presente y donde existen no solo minorías vulnerables, sino también mayorías electorales cuyos intereses no son concretados por el aparato político (esto por problemas que pueden ir desde disfuncionalidad política o corrupción, hasta la debilidad estatal) (Cepeda y Landau, 2021).

En estas democracias débiles, según Cepeda y Landau, las cortes deben: (1) defender la democracia contra la erosión; (2) mejorar el desempeño de instituciones democráticas buscando un impacto positivo en el funcionamiento de legislaturas y burocracias ejecutivas a través del tiempo; (3) proteger minorías discretas e insulares, ya que si hay peligro de que las instancias políticas no sean responsivas a los intereses de las mayorías electorales, es entonces todavía más difícil que los grupos minoritarios se logren hacer escuchar (como la comunidad LGTB+ o indígena en América Latina), y (4) responder mediante su jurisprudencia a los reclamos justos de individuos y grupos sociales cuyas demandas han sido consistentemente ignoradas incluso por mayorías legislativas de partidos que supuestamente los representan, es decir que las cortes contribuyan a conducir transformaciones proyectos sociales y

políticos regulando las fuentes privadas de poder y similares amenazas a la calidad de la representación democrática (*ibid.*: 10-15).

Ante el constitucionalismo abusivo y el populismo, es decir ante la concentración de poder en un líder carismático y el intento de consolidar su mayoría como la única auténtica, el poder judicial, mediante la solución de controversias, puede marcar líneas claras que delimitan lo permitido según las normas constitucionales. La claridad de esas líneas facilita la identificación de las transgresiones y la coordinación de la acción colectiva contra ellas (Weingast, 1997)⁶. Asimismo, el poder judicial también puede detener la degradación del discurso político implícita en la distinción artificial y conveniente del pueblo virtuoso contra las élites corruptas (Ginsburg y Huq, 2018). La intervención del poder judicial ante el fenómeno populista puede, entonces, ayudar a que este dé pie a una renovada democracia constitucional, a un periodo de estabilidad inyectado del dinamismo derivado de la irrupción mayoritaria y sus reclamos justos. Que la intervención sea positiva depende crucialmente de la independencia del poder judicial respecto al gobierno, el líder carismático y su mayoría, instalados en los poderes ejecutivo y legislativo. Una presencia efectiva del poder judicial promueve la prudencia tanto de parte del gobierno como de los opositores y, en esa medida, fortalece la democracia (Staton *et al.*, 2022).

Una última línea de defensa judicial ante la erosión de la democracia está en la comunidad internacional, lo que Pérez-Liñán (2021) ha llamado «protección colectiva», que se basa en la autoridad que las cortes internacionales y regionales tienen para señalar e intervenir en procesos de erosión democrática nacionales. Hay pocos mecanismos existentes en la ley internacional para motivar la defensa de la democracia. La *cláusula democrática* es quizás el principal instrumento en uso hoy⁷. Este tipo de medida generalmente busca castigar a los integrantes de una entidad internacional a través de la suspensión de su membresía cuando se detecta una interrupción clara del orden democrático en sus territorios. Podría pensarse, con base en la experiencia empírica, que las cortes internacionales han sido en general poco capaces de detener el deslizamiento autoritario de países

⁶ El proyecto Bright Line Watch (línea brillante y clara) en los Estados Unidos ha intentado poner esta idea en práctica a partir de la toma de posesión del presidente Donald Trump. Uno de los hallazgos es que frecuentemente hay poco consenso en cuanto a lo que se considera una «clara violación de la constitución», por lo que una decisión clara y contundente de la Corte Suprema puede ayudar en este sentido. Otra posibilidad, por supuesto, es que la probabilidad de identificar esa «línea clara» en una sociedad polarizada es muy baja: una decisión de la Corte Suprema en ese contexto convencerá solo a los que beneficia. Ver: <https://bit.ly/3MMTXfp>.

⁷ Esa es una de las herramientas que se ha invocado en la Unión Europea frente a los acontecimientos en Polonia y Hungría.

como Hungría o Polonia (Ginsburg, 2019). Sin embargo, una contribución fundamental es su capacidad de negarles, discursivamente hablando, la *ilusión de legitimidad democrática* que sus gobiernos buscan promover. Más allá de ello, para que la herramienta de *protección colectiva* funcione, es necesario construir un *diálogo fluido y efectivo* entre cortes internacionales fuertes y los sistemas de justicia nacional, donde imperen un consenso y una solidaridad judicial transnacional.

Pero, ¿bajo qué condiciones es más probable que el poder judicial juegue un papel constructivo frente a la erosión de la democracia y el fenómeno del populismo? En general, el poder judicial resulta más eficaz cuando enfrenta un contexto de gobierno dividido y es más fuerte cuando sus decisiones y/o su comportamiento logran construir legitimidad entre la ciudadanía y el apoyo de la opinión pública. La primera condición está relacionada con la posibilidad de que los otros dos poderes puedan debilitarlo para prevenir o contrarrestar decisiones que les afecten. En efecto, la fragmentación política, o el gobierno dividido, implica dificultades para la coordinación entre los poderes ejecutivo y legislativo con el objetivo de hacer leyes y políticas públicas que puedan debilitar al poder judicial, lo que protege su independencia y le otorga más dinamismo⁸. Por otra parte, otra fuente de fortaleza institucional, la legitimidad entre la ciudadanía, la obtiene el poder judicial cuando una mayoría alberga una «reserva de actitudes favorables» hacia la institución que permite entonces a la gente «aceptar o tolerar decisiones a las que se oponen, o cuyos efectos dañan sus intereses» (Easton, 1975: 439). Claramente, la legitimidad del poder judicial, y el apoyo que pueda obtener de la opinión pública, dependen en una buena parte de la calidad y claridad que se manifieste en decisiones judiciales sólidamente argumentadas para resolver conflictos específicos. Si el fenómeno del populismo ocurre en un contexto donde el poder judicial no cuenta con alguna, o ninguna, de estas dos condiciones su tarea es más complicada.

III. POPULISMO Y PODER JUDICIAL EN MÉXICO, 2018-2021

1. EL PODER JUDICIAL EN LA ENCRUCIJADA

El Poder Judicial de la Federación (PJF) a partir de las elecciones de julio de 2018 se encuentra en una encrucijada marcada por un contexto político

⁸ Esta lógica es clara en un régimen presidencial, pero también es válida en un régimen parlamentario si distinguimos entre gobiernos de un solo partido, que implicarían mayores restricciones al poder judicial, y por otro lado coaliciones de distintos tipos (más o menos conectadas ideológicamente, mayoritarias, supermayoritarias) o gobiernos de minoría.

poco favorable y un déficit de legitimidad entre la ciudadanía. La combinación de crisis de legitimidad con la presencia de un gobierno unificado ubica al poder judicial, en México y en cualquier lugar, en una zona de riesgo. Por un lado, la distribución de poder partidista en los poderes ejecutivo y legislativo tiene una repercusión importante en el poder judicial. Cuando un mismo partido controla ambos poderes se facilita la coordinación para reaccionar ante una decisión judicial que se considere adversa. Es más probable que un gobierno caiga en la tentación de querer intervenir e influir indebidamente en el poder judicial cuando no tiene un contrapeso efectivo en el poder legislativo. Por el mismo razonamiento, un gobierno dividido o fragmentado le da al poder judicial un espacio más amplio de acción política.

Las elecciones de julio de 2018 en México resultaron en un gobierno unificado donde la coalición liderada por el Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA) obtuvo amplias mayorías en ambas cámaras del poder legislativo y por supuesto también la presidencia de la república (ver línea azul en el gráfico 1, que muestra el porcentaje de curules del partido en el gobierno en la Cámara de Diputados). Este escenario de gobierno unificado no ocurría en México desde 1997, cuando el Partido Revolucionario Institucional (PRI) perdió la mayoría en la cámara de diputados. A partir de esa fecha la pluralidad partidista se instaló en el poder ejecutivo, donde ninguno de los tres principales partidos (el PRI, el Partido Acción Nacional, PAN, y el Partido de la Revolución Democrática, PRD) lograron mayorías unipartidistas. Por otro lado, en el poder ejecutivo hubo alternancia en el año 2000 (con el gobierno del PAN encabezado por Vicente Fox) y en el año 2012 (con el gobierno del PRI encabezado por Enrique Peña Nieto). Está documentado el surgimiento de un poder judicial efectivo, en términos políticos, a medida que el régimen de partido hegemónico dio paso a la fragmentación partidista y el gobierno dividido (e.g. Ríos Figueroa, 2007; Magaloni, Magar y Sánchez, 2011)⁹. El gobierno unificado desde 2018 auguraba desde entonces una situación inédita y difícil que el poder judicial no había enfrentado desde la transición a la democracia.

Por otro lado, si la confianza de la población en el poder judicial es baja, es poco probable que los ciudadanos defiendan o apoyen a esta institución si los otros poderes del Estado atentan contra su autonomía (Vanberg 2000). Si el poder judicial no goza de legitimidad entre la población es menos probable que los medios de comunicación u otros actores organizados inviertan capital político para cuestionar ataques a su autonomía o desacatos a sus decisiones.

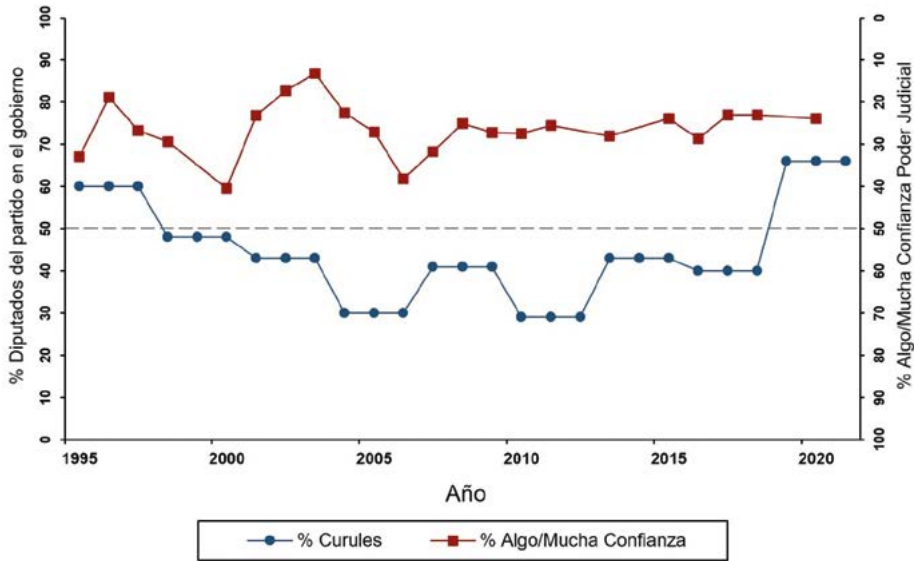
⁹ Este es un hallazgo que se repite en varios países, como Argentina y Brasil (ver para Argentina Iaryczower *et al.*, 2002; para Brasil, De Queiroz y Carvalho, 2020).

En esta situación de crisis de legitimidad, el poder judicial enfrentará la indiferencia de distintos grupos sociales ante decisiones que lo afectan, o incluso el apoyo a medidas que minan su independencia, y por tanto es más vulnerable ante intromisiones políticas de los otros poderes del Estado.

El PJF sufre desde hace años un déficit de legitimidad entre la ciudadanía. El gráfico 1 (ver línea roja y el eje vertical invertido del lado derecho) muestra que desde 1994 y hasta 2018 el promedio de personas que manifiestan tener «algo» o «mucho» confianza en el poder judicial es de solamente un 26 % (los datos provienen del *Latinobarómetro*, que tiene la serie de tiempo más larga con esta pregunta). Si bien hay fluctuaciones, la confianza que se tiene en el poder judicial (ver la línea roja) nunca ha pasado del 50 % (los puntos más altos se dieron en 2000 y en el 2006 con 40 % y 38 %, respectivamente). Incluso los mejores niveles de confianza son relativamente bajos, como lo revela una encuesta reciente con una amplia muestra, en la que entre 2011 y 2016 un 45 %, en promedio, de personas dicen tener algo o mucha confianza en los jueces de acuerdo (ENVIPE, INEGI, 2011-2016)¹⁰. La crisis de legitimidad de la justicia en México es real, está diagnosticada y documentada en varias de sus dimensiones. No es sorprendente, por tanto, que 71 % considere que la corrupción es frecuente o muy frecuente entre jueces y magistrados (ENCIG, INEGI, 2017).

En suma, el PJF enfrenta desde 2018 la combinación difícil: gobierno unificado y crisis de legitimidad. A esta situación de riesgo para cualquier poder judicial hay que añadir en México desde 2018 no solamente hay un

¹⁰ Las mediciones de confianza en el poder judicial se basan en percepciones y distan de ser perfectas en su relación con la legitimidad. Sin embargo, son muchos los estudios de diversas organizaciones de la sociedad civil, casas encuestadoras, y el propio Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) que revelan sistemáticamente las distintas dimensiones de la crisis de la justicia. Por ejemplo, en Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI) se diagnosticó con precisión y contundencia la presencia de nepotismo y redes familiares en el Poder Judicial Federal así como debilidades de la carrera judicial (Ríos Figueroa, 2018), tema que también es resaltado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Fix-Fierro, 2018). Existen diagnósticos serios y sistemáticos sobre la falta de profesionalización en los poderes judiciales estatales (World Justice Project, 2018), el pobre desempeño de las fiscalías estatales (Zepeda Lecuona, 2018), la saturación del sistema de justicia y la consecuente impunidad (Le Clercq *et al.*, 2017), los cuellos de botella y las ineficiencias en el nuevo sistema procesal penal tanto federal como en los estados (Jaime y Novoa, 2018; Negrete y Solís, 2016), el cuestionado manejo del presupuesto y las remuneraciones en diversos puestos y niveles del Poder Judicial de la Federación (Nolasco y Edgar, 2018).

Gráfico 1. *Gobierno dividido y confianza en el poder judicial (México)*

Fuente: elaboración propia con base en datos del Instituto Nacional Electoral (INE) y del *Latinobarómetro*. Los datos de la composición del congreso están retrasados un año debido a que la legislatura oficialmente se instala el 1 de septiembre del año en que hay elecciones.

gobierno unificado, sino que además se configuran los elementos constitutivos de un fenómeno populista. El presidente López Obrador ganó legal y legítimamente las elecciones con una votación histórica de 53% (30 millones de votos) que contrasta con el promedio de votación de 38% a favor del ganador en las elecciones presidenciales desde el año 2000¹¹. López Obrador cuenta con una larga carrera política en la que ha construido y cultivado una imagen de político honesto y en favor de los pobres. A partir de esa imagen, desde su triunfo electoral en 2018 López Obrador ha invocado consistentemente la oposición entre un «pueblo virtuoso» y una «élite corrupta», situándose a sí mismo, y su movimiento-partido como el vehículo mediante el cual «el pueblo» logrará finalmente obtener sus justas demandas hasta ahora obstaculizadas por la élite. Por lo tanto, tenemos en México desde 2018 los tres elementos que, según Urbinati (2021), constituyen el fenómeno populista: un liderazgo carismático con un discurso maniqueo que opone la virtud

¹¹ López Obrador ha mantenido un alto nivel de aprobación en sus primeros tres años de gobierno (alrededor del 65%) a pesar de las circunstancias difíciles de la pandemia de COVID-19. (Márquez, 2021).

del pueblo a la corrupción de las élites y se asume como el medio para remediar la relación de sometimiento del primero a las segundas.

2. DISCURSO Y ACCIONES DEL GOBIERNO HACIA EL PODER JUDICIAL

Desde el mes de julio de 2018 el ya presidente electo López Obrador comenzó a delinear su proyecto político y, en particular, a referirse al poder judicial y juezas y jueces. En su primer mensaje como presidente electo, López Obrador aseguró que «en el nuevo gobierno, el presidente de la República no tendrá palomas mensajeras ni halcones amenazantes; ninguna autoridad encargada de impartir justicia será objeto de presiones ni de peticiones ilegítimas cuando esté trabajando en el análisis, elaboración o ejecución de sus dictámenes y habrá absoluto respeto por sus veredictos»¹². Sin embargo, tan pronto como inició labores la nueva legislatura, en noviembre de 2018, y principalmente a partir del inicio oficial de la administración de López Obrador el 1 de diciembre de ese año, no solamente cambió el discurso de respeto hacia el poder judicial, sino que también se iniciaron una serie de acciones abiertamente amenazantes a su independencia e integridad. A continuación, haré una distinción entre las acciones dirigidas al debilitamiento institucional y las acciones que están directamente relacionadas con las personas que laboran en el PJJF en distintos puestos y niveles. Esto con motivos de claridad en la exposición, ya que por supuesto el nivel institucional e individual están entrelazados y se retroalimentan (por ejemplo, las amenazas a un juez mandan una señal a todos los demás; un recorte presupuestal a la institución afecta a los juzgadores individuales).

En el nivel institucional, en primer lugar, está el lenguaje hostil, estigmatizante y amenazante del presidente López Obrador al referirse al poder judicial y las juezas y jueces. Todos los días entre semana desde el 1 de diciembre de 2018, con algunas excepciones, López Obrador da una conferencia que comienza a las 7 de la mañana y dura en promedio dos horas¹³. En estas «conferencias mañaneras» el presidente frecuentemente llama a los jueces «corruptos», «ineptos», «expertos en la ley, pero ciegos a la justicia», «defensores de los ricos», «defensores de sus salarios y privilegios», además de que en varias ocasiones ha mencionado explícitamente los nombres de jueces y juezas que han emitido sentencias cuestionables según el criterio del presidente. Las referencias al poder judicial, por lo tanto, lo ubican dentro de la «élite

¹² Juárez (2018).

¹³ Al 15 de agosto de 2022 López Obrador ha dado 910 «conferencias mañaneras» (en un total de 1354 días de gobierno). Ver: <https://bit.ly/3yTFKHu>.

corrupta» que, en el discurso polarizante, subyuga al pueblo. No es casualidad que la retórica enfatice la corrupción dentro del poder judicial: por un lado, la crisis de legitimidad del propio poder judicial lo permite y, por otro, López Obrador ha convertido el discurso anticorrupción en una suerte de ariete político para legitimar sus acciones en contra de la oposición o los actores que se interponen en la consolidación de su proyecto.

En segundo lugar, a nivel institucional, se encuentran las numerosas iniciativas de ley y de reforma constitucional que se han emitido desde el poder legislativo y que buscan alterar la estructura o funciones del poder judicial. En los primeros dos años de la LXIV legislatura se presentaron 105 iniciativas que involucran al poder judicial. Muchas son francas amenazas, como la presentada por el coordinador de los senadores de MORENA en abril de 2019 para crear una tercera sala en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) dedicada a resolver asuntos de corrupción y cuyos integrantes serían todos propuestos por el presidente de la república (Cortez y Saavedra 2021, 48). La gran mayoría de iniciativas provienen del partido en el gobierno o sus aliados. Como lo ha señalado Tom Clark (2011), estas iniciativas, aunque no prosperen y estén dirigidas generalmente al nivel institucional, tienen un efecto paralizador (*chilling effect*) en los jueces al momento de decidir casos que puedan afectar los intereses del gobierno. Como veremos más adelante, en parte como reacción a esta lluvia de iniciativas, la SCJN reaccionó promoviendo su propia autorreforma del poder judicial.

En tercer lugar, a nivel institucional, encontramos la reducción del presupuesto del PJF en los tres años que lleva esta administración. Como detallan Cortez y Saavedra (2021: 49), el PJF ha visto sensiblemente reducido su presupuesto. En 2019 la reducción fue de casi 14 % en términos reales para la justicia federal. Los casi imperceptibles aumentos en el 2020 y 2021 (con respecto a 2019) combinados con la alta inflación en estos dos años han significado una nueva reducción en términos reales. La insistente retórica presidencial mantiene una clara línea de reproche respecto a los «sueldazos» de los jueces y el «derroche» por parte del poder judicial que van contra la «austeridad republicana» propuesta por el nuevo gobierno¹⁴. Es importante mencionar que la caída en recursos presupuestales para una gran parte de la administración pública federal y órganos autónomos contrasta con el aumento sin precedentes para las Fuerzas Armadas y la recién creada Guardia Nacional (Cortez y Saavedra, 2021: 49). El recorte presupuestal, por tanto, es otra señal

¹⁴ Este discurso ha sido sostenido desde inicios de su mandato, como se muestra en la siguiente nota periodística (Vela, 2018). Para un ejemplo más reciente de cómo ha sostenido esta imagen se puede ver Villa y Caña y Morales (2021).

de amago y amenaza al poder judicial por parte del gobierno de López Obrador¹⁵.

En el nivel individual, las acciones más relevantes en los primeros tres años del gobierno de López Obrador tienen que ver sobre todo con nombramientos, tanto en la SCJN como en el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), y con señalamientos a juzgadores específicos hechos por el presidente de la república. En los tres años que van de la administración de López Obrador se han nombrado a un ministro y tres ministras en la SCJN (de 11, un 36%). Por el nombramiento escalonado de ministros en la SCJN estaban previstas tres vacantes durante el sexenio de López Obrador, pero en octubre de 2019 un ministro (Eduardo Medina Mora) renunció a su cargo por presiones ejercidas desde el gobierno¹⁶. Esta renuncia forzada, por supuesto, es una instancia de intervención política en la composición de la SCJN, un ejemplo de grave «crisis institucional» donde una rama de gobierno agrede a otra¹⁷. En su momento, sin embargo, las denuncias de la gravedad de esta intervención fueron opacadas por las voces que la aplaudieron¹⁸. El nombramiento para llenar esa vacante, y también los otros tres realizados en estos tres años, se han realizado de manera apresurada, opaca, y con muy serios cuestionamientos en relación a la idoneidad de al menos dos nuevas ministras¹⁹. Si bien es posible, incluso deseable, que los nombramientos a la corte suprema tengan cierto grado de coincidencia ideológica con el presidente que los nombra, existen elementos para cuestionar seriamente el nombramiento en la corte de una ministra fundadora y militante de MORENA y una ministra con vínculos personales con colaboradores cercanos del presidente. Durante los tres primeros años de esta administración se han

¹⁵ No solo es el poder judicial el que ha sufrido embates del gobierno de López Obrador. Mauricio Dussauge y Marcela Aguilar han documentado las acciones del gobierno que han erosionado diversos aspectos de la administración pública (2022).

¹⁶ Véanse los datos aportados por Salvador García Soto sobre la renuncia y el congelamiento y descongelamiento de cuentas del exministro Medina Mora y de sus familiares por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera. Por ejemplo: García Soto (2019).

¹⁷ Helmke define crisis institucional como «una amenaza o intento, exitoso o no, de enjuiciar o remover a un president antes de culminar su gobierno, de disolver o suspender la legislatura o remover a un legislador, o de enjuiciar o remover antes de que termine su encargo a un magistrado de la corte suprema con el fin de cooptarla» (2010: 741).

¹⁸ Para una opinión celebratoria de la renuncia de Medina Mora, Ackerman (2019).

¹⁹ Véase, por ejemplo, el juicioso análisis del primero de los dos nombramientos realizado por un panel internacional de expertos compuesto por Catalina Botero, Macarena Sáez y Carlos Ayala, y disponible en su informe (2019).

llenado también tres vacantes (de siete) en el CJF, con similares cuestionamientos²⁰.

También en el nivel individual se encuentran las menciones y señalamientos del presidente López Obrador sobre juzgadores en específico, en especial cuando toman decisiones que a su criterio son incorrectas o lesivas para su proyecto político. La administración de López Obrador se ha caracterizado por impulsar obras polémicas para cuya realización se toman decisiones cuestionables en términos legales (violación de contratos, obras o proyectos que se inician sin contar con los requisitos establecidos en la ley). Estas acciones han sido, como era de esperar, cuestionadas ante el poder judicial por parte de los afectados y la respuesta del presidente ante decisiones adversas ha sido la descalificación de los juzgadores, incluso la inculpación, desde su «conferencia matutina»: «un juez a modo, un juez por encargo, que es el que utilizan siempre los grupos de interés»²¹. López Obrador, después de señalar por nombre y apellido a los juzgadores que lo incomodan, pide también públicamente en sus conferencias al CJF y a la SCJN que se les investigue, y en ocasiones la cúpula del poder judicial ha atendido este llamado²². No hay duda de que estas son interferencias indebidas en la labor de los juzgadores, como ya lo ha hecho notar la ONU²³.

3. REACCIONES Y OMISIONES DEL PODER JUDICIAL

¿Qué ha hecho y dejado de hacer la SCJN y el PJJ ante las acciones del gobierno? El primero de enero de 2019 la corte suprema eligió a su nuevo presidente, el ministro Arturo Zaldívar, quien automáticamente se convierte también en el presidente del Consejo de la Judicatura Federal. Zaldívar, un exitoso abogado privado hasta su llegada a la SCJN en 2009, es el primer ministro presidente que no viene de la carrera judicial. Desde su nombramiento, Zaldívar ha sido cercano y muy receptivo a las críticas al poder judicial realizadas por López Obrador (demasiado cercano y receptivo, de acuerdo

²⁰ Solo uno de los consejeros fue formalmente propuesto por el poder ejecutivo, los otros dos fueron nombrados por el senado. Sin embargo, en una conferencia mañanera López Obrador señaló que «sus consejeros» han estado muy inactivos (Baranda y Guerrero, 2021).

²¹ Ver la nota escrita por Cullel (2021).

²² Ver, por ejemplo, Manetto (2021). El CJF inició una investigación y destituyó a un magistrado que había decidido en contra del gobierno en uno de sus proyectos insignia, la cancelación de un aeropuerto y la construcción de uno nuevo (Forbes Staff, 2019).

²³ Monroy (2021a).

con no pocos analistas)²⁴. En la compleja situación política descrita en el apartado anterior, el ministro presidente Zaldívar desplegó desde el inicio de su mandato una actitud proactiva con la doble intención de enfrentar las causas del déficit de legitimidad del PJF y, también, de acuerdo con el propio ministro, de prevenir una intervención política o una reforma judicial *desde afuera* que minara la independencia judicial.

Una de sus primeras medidas, justo al inicio de su mandato, fue anunciar una reducción voluntaria de 25 % del salario de los y las ministras de la SCJN (Cortez y Saavedra, 2021: 49). Ante el alud de iniciativas legislativas dirigidas a alterar la estructura y funciones del poder judicial, y dado que las críticas mediáticas del presidente López Obrador no cesaban, el ministro presidente Zaldívar continuó con acciones concretas para atajar el problema del nepotismo al interior del poder judicial así como otras acciones para ahorrar presupuesto alineadas con la política de «austeridad republicana» de López Obrador²⁵. Al mismo tiempo, con un pequeño grupo de colaboradores cercanos, Zaldívar preparó su propia iniciativa de autorreforma del PJF que López Obrador hizo suya y la presentó al congreso (la iniciativa de fue presentada públicamente el 12 de febrero de 2020 y aprobada a mitad de diciembre de 2020).

La reforma tiene elementos positivos, como la ampliación y fortalecimiento de la carrera judicial, la concepción de la Escuela Judicial como piedra angular de dicha carrera, y medidas contra el nepotismo. La reforma también incluye cambios al sistema de precedentes, consolidar a la SCJN en su función de la intérprete de la Constitución, fortalecer la defensoría pública y avanzar hacia la equidad de género en todos los ámbitos del PJF. Sin embargo, la reforma ha recibido también importantes cuestionamientos. Quizá el principal es que implica un importante riesgo: minar la independencia judicial interna²⁶. La reforma promueve una excesiva concentración de funciones administrativas y autoridad jurisdiccional en la cúpula del PJF (la SCJN y

²⁴ Un par de notas periodísticas sobre la simpatía de López Obrador hacia Zaldívar se pueden encontrar en López Ponce (2019) y Latinus (2021). En cambio, una crítica sobre esa cercanía se puede ver en López Noriega (2020). El presidente de la SCJN se nombra por al menos una mayoría de sus pares en el pleno, por un periodo de cuatro años. El ministro Zaldívar ganó con 7 votos de 11, incluyendo del voto del primer ministro nombrado por López Obrador en diciembre de 2018 (Redacción *Animal Político*, 2019).

²⁵ En específico, se publicaron dos acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal, uno sobre la carrera judicial y otro sobre el plan contra el nepotismo. Los acuerdos fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de octubre y el 4 de diciembre de 2019, respectivamente.

²⁶ Para un análisis detallado de la reforma judicial, ver Ríos Figueroa (2019b).

CJF), lo que hace vulnerables a los jueces y magistrados frente a sus superiores jerárquicos.

El CJF se ha convertido en el regulador único y último de las competencias de todos los órganos del PJE (con la excepción de la SCJN), y en el órgano rector de los procesos de selección, formación, evaluación, adscripción, ratificación y sanción de todos los miembros de la carrera judicial, al mismo tiempo que nombra al director y a los miembros del comité académico de la Escuela Judicial. El CJF también adquiere facultades para designar órganos jurisprudenciales específicos para atender casos de graves violaciones de derechos humanos. Al mismo tiempo, la reforma mantiene la fuerte influencia que tiene la SCJN sobre el CJF mediante la presidencia conjunta de ambas instituciones, el nombramiento de tres consejeros por el pleno de la SCJN, y la administración de recursos humanos y materiales de la corte suprema por la propia corte y no por el CJF (como ocurre con el resto de los juzgados y tribunales del PJE).

En otras palabras, el diseño institucional planteado en la reforma no separa los ámbitos administrativo y jurisdiccional del PJE, sino que mantiene la confusión entre estos al no trazar líneas claras entre la función de la SCJN y la del CJF, pero ahora incrementando la autoridad jurisdiccional de la corte y los poderes administrativos del consejo. Esta confusión de funciones abre la puerta al uso indebido de mecanismos administrativos para influir en las decisiones de los juzgadores. Esto, sumado a una cultura jurídica vertical y jerárquica muy arraigada en el PJE, ha contribuido a una sensación de vulnerabilidad de jueces y magistrados frente a los superiores jerárquicos. En el contexto político imperante desde 2018, y la intervención del poder ejecutivo en el judicial mediante nombramientos cuestionables en la SCJN y el CJF, darle más poder a estos órganos cupulares hace creíbles las amenazas provenientes del poder ejecutivo hacia los jueces. Si la cooptación de los órganos cupulares continua, se limitará no solo la independencia interna sino también la independencia judicial externa. La concentración excesiva de poder en la cúpula del PJE hace más atractivo para López Obrador y MORENA la posibilidad de tener una mayoría de miembros afines en la SCJN y el CJF (mediante nombramientos cuestionables o intimidación, o ambos), pues saben que si lo logran, obtendrían de manera casi automática gran influencia sobre el resto de los juzgadores federales.

La SCJN también ha decidido casos polémicos en favor de los intereses del gobierno de López Obrador. El más llamativo es quizá la decisión sobre la consulta para juzgar a los expresidentes. El presidente López Obrador propuso una consulta popular sobre si los expresidentes deberían ser investigados y castigados por corrupción. La inconstitucionalidad de la pregunta propuesta por el gobierno era flagrante, pero la corte, en sesión pública liderada por el ministro presidente Zaldívar, votó 8 contra 3 a favor de la consulta utilizando argumentos

muy débiles e incluso haciendo un gran esfuerzo para ajustar la pregunta propuesta por López Obrador a una versión que pudiera ser considerada constitucional²⁷. En otro caso muy relevante (el de la Ley de la Industria Eléctrica) el ministro presidente Zaldívar también desplegó un comportamiento inusual y muy cuestionable en el conteo de los votos de sus colegas, con el objetivo aparentemente de que no se juntara una mayoría calificada para declarar la ley inconstitucional, tal y como lo quería el presidente López Obrador (Cullel, 2022).

Finalmente, es importante anotar que la SCJN también ha evitado decidir casos políticamente complejos donde se cuestionan acciones, obras, leyes o programas centrales para el gobierno de López Obrador. Los casos han sido recibidos en la SCJN, pero no se listan en la agenda del pleno, incluso algunos en los que ya hay un proyecto de decisión (Casar y López Noriega, 2020). La lista de estos pendientes es larga, haciendo ya incluso burda la estrategia de *decidir no decidir*. Entre los pendientes hay casos sobre la ley de austeridad republicana, sobre las obras insignia del gobierno (como el llamado Tren Maya, el aeropuerto Felipe Ángeles, y la refinería Dos Bocas), y sobre diversos aspectos de la creciente militarización que ha impulsado el presidente López Obrador ya no solo de la seguridad pública, sino también de áreas importantes de la administración pública (como la administración de las aduanas) y de tareas civiles como la construcción de obras públicas (como el aeropuerto Felipe Ángeles). El tema de la creciente militarización es quizá el más complejo y delicado políticamente y la SCJN ha omitido poner límites tanto a las cuestiones propiamente relacionadas con su función (como los cuestionamientos a la Ley de Uso de la Fuerza, la extensión del fuero militar, Ley del Registro Nacional de Detenciones o la Ley de la Guardia Nacional) como a las cuestiones relacionadas con su involucramiento en tareas civiles (como el reciente Acuerdo de noviembre 2021, que declara los proyectos del gobierno como de seguridad nacional).²⁸

²⁷ El resultado fue sumamente cuestionado. La pregunta original, propuesta por López Obrador, era: «¿Está de acuerdo o no con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen, y en su caso sancionen, la presunta comisión de delitos por parte de los expresidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto antes, durante y después de sus respectivas gestiones?». La pregunta final, modificada por SCJN, fue: «¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes, con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento a las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos, encaminado a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?» (Forbes Staff, 2020.). Para profundizar sobre los detalles de este caso, ver Salazar Ugarte (2021).

²⁸ Ver la información contenida en el Inventario Nacional de lo Militarizado en Velázquez *et al.* (2021).

En su tercer informe de gobierno, el 1 de diciembre de 2021, el presidente López Obrador insistió en que las Fuerzas Armadas son «pueblo uniformado», por lo tanto, implicando que quien esté en contra de ellas lo estará del pueblo y se posiciona del lado de las «élites corruptas». López Obrador ha hecho caso omiso de las advertencias sobre el carácter corporativo de las Fuerzas Armadas, sobre los riesgos de corrupción que se corren al encargarles la administración de las aduanas o varios grandes proyectos de construcción de obra pública y declararlos como temas de seguridad nacional, evitando en consecuencia cualquier auditoría y reglas de transparencia²⁹. Ante el creciente poder de las Fuerzas Armadas, es poco probable que la SCJN vaya a poner límites claros a la militarización, sobre todo si tomamos en cuenta que hay una larga tradición de deferencia judicial frente a este actor clave en la historia de México (Ríos Figueroa 2019a).

4. PODER POLÍTICO Y PODER JUDICIAL EN EL TRIENIO 2018-2021

En las elecciones intermedias de junio de 2021, MORENA ganó 11 de las 15 entidades federativas en disputa, así como mayorías legislativas en 18 de 30 congresos locales, pero recibió una votación mucho más baja de la esperada en la Ciudad de México (donde perdió 10 de las 16 alcaldías en disputa). En la cámara de diputados, aunque mantuvo la mayoría simple, la reducción en la votación obtenida implicó perder la mayoría calificada que gozó durante el primer trienio y que le permitió realizar varias reformas constitucionales (Pozas-Loyo y Saavedra, 2021), mientras que en el senado también mantuvo la mayoría simple. Por otro lado, la popularidad de López Obrador continúa en el rango de más de 60% de personas que aprueban su presidencia, y algunas encuestas incluso muestran que ha subido. De acuerdo con analistas como Sánchez-Talanquer y Greene (2021), el avance del proyecto hegemónico de López Obrador ha sido obstaculizado por el saldo mixto de las elecciones intermedias, la acumulación de problemas de gobernanza y las persistentes deficiencias institucionales. Incluso la SCJN, después de las elecciones, ha decidido al menos un par de casos políticamente relevantes en sentido adverso a las preferencias del gobierno (declarando inconstitucional el aborto y también la prisión preventiva oficiosa para delitos fiscales y contrabando, como lo había determinado MORENA en una reforma constitucional de 2019).³⁰

²⁹ Ver el ensayo de Fernando Escalante (2021).

³⁰ Ver Beltrán y Puga (2021) y Ferri (2021). López Obrador, después de la decisión que anuló la prisión preventiva en delitos fiscales, declaró que la Corte protegía la corrupción y que dejaba libres a los «criminales de cuello blanco, [...] los fifís» (Redacción *Animal Político*, 2021).

En estos tres años, la SCJN no ha jugado un papel de contención del uso abusivo del poder político, no ha marcado las hipotéticas «líneas claras» que permitan a la ciudadanía coordinarse para defender la constitución y la democracia³¹. También es cierto que la SCJN, y el PJF en su conjunto, no ha sucumbido totalmente a los embates políticos a pesar de que el liderazgo del ministro presidente Zaldívar la ha acercado mucho a las posturas y preferencias del presidente López Obrador. La SCJN definirá su postura durante el resto del sexenio en, al menos dos temas que marcarán su destino y también el de la democracia mexicana: la militarización y el Instituto Nacional Electoral (INE).

La SCJN, como mencionamos más arriba, tendrá que pronunciarse sobre diversas dimensiones del espinoso tema de la creciente militarización del país y ahí se verá qué tanto está dispuesta a delimitar los alcances de uno de los pilares del proyecto de López Obrador. Es un tema que, si se deja pasar por la SCJN, ocasionará un daño quizá irreversible a la democracia mexicana. Si, por otro lado, la SCJN opta por encauzar el rol de las Fuerzas Armadas dentro de los límites de la constitución probablemente enfrentará una reacción adversa de parte del gobierno. El otro tema clave que marcará el destino de la SCJN es el relativo al Instituto Nacional Electoral (INE), la institución insignia de la transición democrática en México, que ha estado (también) bajo el asedio constante de López Obrador y MORENA. Probablemente habrá casos judiciales que involucren al INE antes de las elecciones de 2024, quizá relacionados con el reemplazo de 4 (de un total de 11) consejeros en el 2023, incluyendo al consejero presidente. La SCJN enfrentará la prueba límite si López Obrador y su partido ponen peligro la realización de elecciones competitivas en el 2024. Ahí podrá, o no, la SCJN dibujar la «línea clara» que no debe cruzarse.

IV. CONCLUSIÓN

Un poder judicial que sufre una crisis de legitimidad y además un contexto político de gobierno unificado (poder ejecutivo y legislativo bajo el control de un mismo partido político), entra en una zona de riesgo de intervención política. Si, además, se configura el fenómeno populista (un líder carismático con un discurso binario y polarizante del pueblo bueno contra la

³¹ La idea de las «líneas claras» viene del texto de Barry Weingast (1997). Por otro lado, el proyecto Bright Line Watch en los Estados Unidos ha demostrado empíricamente que esos consensos sobre lo permitido y no permitido, sobre lo esencial y lo accesorio para la democracia, son difíciles de encontrar y por tanto más difíciles de generar. Ver: <https://bit.ly/3scKDIe>.

élite corrupta) el riesgo aumenta ya no solo para el poder judicial sino incluso para la democracia constitucional. Este escenario existe en México desde las elecciones de julio de 2018. Y, efectivamente, hemos visto intentos de intervención y ataques del gobierno hacia el poder judicial. Por supuesto, ha habido también reacciones y omisiones de parte del poder judicial. La moneda está en el aire, tanto respecto de la independencia judicial como de la democracia en México; es necesario esperar hasta las elecciones de 2024 para hacer un balance. En lo que resta de esta conclusión se analizan de manera muy breve los casos de Brasil y El Salvador en donde se ven interesantes similitudes y diferencias con lo que ocurre en México³².

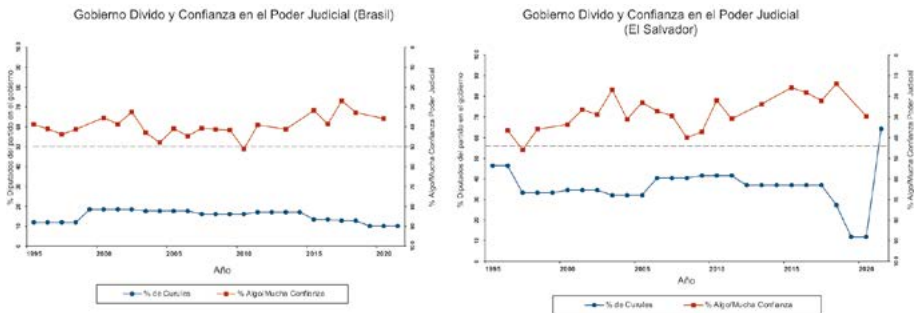
En Brasil desde el triunfo de Jair Bolsonaro se ha configurado un escenario que también ha sido caracterizado de populista. Sin embargo, el presidente Bolsonaro ha visto frustrados sus intentos de intervenir el poder judicial y, en específico, el Supremo Tribunal Federal (STF), que es la corte constitucional brasileña. El presidente Bolsonaro no solo no ha podido cooptar o reducir los poderes del STF, sino que incluso sus políticas públicas y sus aliados políticos han sufrido importantes reveses judiciales. Según Diego Werneck Arguelhes, son tres los factores que explican esta situación. En primer lugar, la política del presidente Bolsonaro en relación con la COVID ha sido de descentralización y disminución del papel del gobierno federal, por lo que muchos de los reveses del STF han sido, paradójicamente, para aumentar la concentración de poder y fortalecer las facultades del poder ejecutivo para enfrentar la pandemia.

En segundo lugar, el STF ha logrado el apoyo del poder Legislativo para hacer frente al Ejecutivo. En Brasil hay un gobierno dividido y la fragmentación legislativa ha producido tanto que Bolsonaro esté protegido ante una posible remoción como que el STF y el poder judicial estén protegidos ante posibles injerencias del ejecutivo. El gráfico 2 muestra que el alto número de partidos políticos con representación en Brasil generalmente configura un gobierno dividido, donde las coaliciones son fluidas y el congreso mantiene un importante control sobre el ejecutivo. El gráfico 2 también muestra que el poder judicial en Brasil cuenta, en promedio, con un 40 % de personas que le tienen algo o mucha confianza (y algunos años llega al 50 %). Finalmente, el STF es

³² Los análisis sobre Brasil y El Salvador se basan en las presentaciones del profesor Diego Werneck Arguelhes y la profesora Lilliam Arriera, respectivamente, en el seminario «Courts and Populism in Latin America» organizado por el David Rockefeller Center for Latin American Studies (DRCLAS) de la Universidad de Harvard el día 19 de octubre de 2021. El video de la sesión puede verse en la siguiente liga: <https://bit.ly/3EWJwE7>.

una institución con múltiples facetas, pero una en particular ha resultado muy poderosa frente a Bolsonaro: su jurisdicción criminal. Debido a que muchos miembros de la clase política tienen casos criminales abiertos en el STF, incluyendo personas de los partidos que apoyan a Bolsonaro e incluso miembros de su familia, hacen que esta institución tenga un importante peso y poder real frente al poder ejecutivo.

Gráfico 2. *Gobierno dividido y confianza en el poder judicial (Brasil y El Salvador)*



Fuente: elaboración propia con base en datos del *Latinobarómetro* y del Observatorio del Poder Legislativo en América de la Universidad de Salamanca. (<https://bit.ly/3NKBU9X>), complementados con fuentes periodísticas referentes a los resultados de las elecciones legislativas en cada caso.

El contraste con El Salvador es interesante. En este país, después del triunfo del presidente Nayib Bukele, se experimenta también el fenómeno del populismo. Sus dos primeros años en el gobierno fueron polémicos, pero a raíz de las elecciones legislativas de mayo de 2021 en que su partido Nuevas Ideas ganó más de las dos terceras partes de la asamblea, el presidente Bukele ha intervenido con éxito el poder judicial (ver gráfico 2, panel de la derecha). Por otro lado, el poder judicial en El Salvador ha padecido una persistente crisis de legitimidad, como lo indica que entre 1995 y 2020 apenas un 28% de personas en promedio dicen tener algo o mucha confianza en esta institución (algunos años baja casi a 10%). En este difícil contexto, no fue del todo sorprendente que en cuanto Nayib Bukele contó con supermayorías en el poder legislativo, el primer día de labores la Asamblea Nacional removió a la totalidad de los magistrados de la corte suprema y al procurador general, y nombró nuevos afines a Bukele y su partido.

A partir de entonces, en El Salvador el nuevo procurador general ha evitado investigar miembros de la coalición en el gobierno y la corte suprema eliminó la cláusula constitucional que prohibía la reelección consecutiva del presidente. En

El Salvador, por tanto, un contexto de gobierno unificado es aprovechado por el poder político para intervenir el poder judicial. A diferencia de México, en donde bajo un contexto de gobierno unificado la intervención del poder judicial ha sido gradual, en El Salvador la intervención fue tan rápida y violenta que se consumó casi sin resistencia. A falta de una opinión pública que salga a defender al poder judicial frente ataques a su independencia, la existencia de un gobierno dividido parece ser una condición de supervivencia.

Una nota final. Decía el juez Learned Hand que: «[...] a una sociedad tan profundamente dividida que en ella el espíritu de la moderación ha desaparecido, una Corte no la *puede* salvar. A una sociedad donde ese espíritu florece, una Corte no la *necesita* salvar. En una sociedad que evade su responsabilidad al dejar a las Cortes el desarrollo del espíritu de la moderación, este terminará por perecer» (Hand, 1953: 64). En efecto, no hay nada más importante para la defensa de la democracia que la democracia misma. Es decir, la participación activa tanto electoral como de otros tipos de los ciudadanos y ciudadanas. La defensa de la democracia y el constitucionalismo no puede ser dejado a una élite política con poca resonancia popular. La primera línea de defensa debe estar conformada por el público democrático. Después de todo, «el constitucionalismo democrático y liberal es digno de ser defendido, pero primero debemos dejar de tomar por sentado que las constituciones pueden defenderse a sí mismas» (Schepelle, 2018: 503). Es a través de la acción social y la movilización política como el riesgo de erosión puede combatirse de manera más efectiva. Es crucial emprender esfuerzos que renueven el compromiso de los partidos políticos con la democracia, y que apuntalen sus relaciones de reciprocidad política; que informen a la población sobre sus derechos constitucionales, de forma que puedan identificar violaciones claras a los mismos desde la cúpula del poder. Si ese compromiso existe, el poder judicial puede ser muy útil.

Bibliografía

- Ackerman, J. M. (2019). Medina Mora y el fin del viejo régimen. *La Jornada*, 7-10-2019. Disponible en: <https://bit.ly/30Pkfnr>.
- Alterio, M. (2016). El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales. *Revista Problema*, 8, 63-94.
- Baranda, A. y Guerrero, C. (2021). Adormecidos, consejeros de Judicatura que propuse. AMLO. *Reforma*, 21-9-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3yUA0O2>.
- Beltrán y Puga, A. (2021). Del delito de aborto al derecho a decidir: la teoría constitucional de la Suprema Corte. *Nexos*, 20-9-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3TCXyxy>.
- Botero, C., Sáez, M. y Ayala, C. (2019). *Informe final del Panel Internacional de Expertos para la elección de Ministro/a de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*. Disponible en: <https://bit.ly/2T77kxA>.

- Casar, M. A. y López Noriega, S. (eds.) (2020). *Los pendientes de la Suprema Corte*. Ciudad de México: Ediciones Cal y Arena.
- Cepeda Espinosa, M. J. y Landau, D. (2021). A broad read of Ely: Political processes theory for fragile democracies. *International Journal of Constitutional Law*, 19 (2), 548-568. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/moab039>.
- Clark, T. S. (2011). *The Limits of Judicial Independence*. New York: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511761867>.
- Cortez, J. y Saavedra, C. (2021). Palomas mensajeras y halcones amenazantes: la justicia federal en los primeros dos años de López Obrador. *El Cotidiano*, 36 (225), 42-52.
- Crewe, I. y Sanders, D. (2020). Introduction. En I. Crewe y D. Sanders (eds.). *Authoritarian Populism and Liberal Democracy* (pp. 1-12). Colchester: Palgrave Macmillan. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-17997-7_1.
- Cullel, J. M. (2021). Gómez Fierro, el juez discreto que hace enojar al presidente mexicano. *El País*, 22-4-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3Tjja3j>.
- (2022). Embrollo en la Suprema Corte por el conteo de votos en su decisión sobre la ley eléctrica. *El País*, 9-4-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3MNDibf>.
- De Queiroz Barbosa, L. V. y Carvalho, E. (2020). The Supreme Federal Court as Queen of Chess: Partisan Fragmentation and Judicial Empowerment in Brazil. O Supremo Tribunal Federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, 28 (73), 1-21. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/1678-987320287307en>.
- Dussauge Laguna, M. y Aguilar Arévalo, M. (2021). Populismo, retrocesos democráticos y administraciones públicas: la experiencia de México durante la primera mitad del Gobierno de Andrés Manuel López Obrador. *Estado, Gobierno y Gestión Pública*, 36, 135-186. Disponible en: <https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/66054>.
- Easton, D. (1975). A Re-Assessment of the Concept of Popular Support. *British Journal of Political Science*, 5 (4), 435-457. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0007123400008309>.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts; London: Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bj77>.
- Escalante, F. (2021). No es el pueblo. *Nexos*, 1-1-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3yX4e2C>.
- Ferejohn, J. y Pasquino, P. (2004). The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2), 210-239. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.210>.
- Ferri, P. (2021). La Suprema Corte tumba la reforma del Gobierno que ampliaba la prisión preventiva. *El País*, 28-10-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3eJxIu9>.
- Fix-Fierro, H. (coord.) (2018). *Ocho propuestas para fortalecer al Poder Judicial de la Federación y completar su transformación*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Forbes Staff. (2019). Cae por corrupción magistrado que revisaba Santa Lucía; AMLO lo celebra. *Forbes México*, 11-10-2019. Disponible en: <https://bit.ly/3gnTEey>.
- (2020). Corte cambia pregunta para consulta sobre juicio a expresidentes; así queda. *Forbes México*, 1-1-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3VJImI0>.
- García Soto, S. (2019). ¿Por qué renunció el ministro Medina Mora? *El Universal*, 3-10-2019. Disponible en: <https://bit.ly/2OgoiGQ>.

- Ginsburg, T. (2019). International Courts and Democratic Backsliding. *Ecology Law Quarterly*, 46 (1), 111-134.
- Ginsburg, T. y Huq, A. (2018). *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago, Illinois: The University of Chicago Press.
- González Bertomeu, J. F. y Saffon, M. P. (2021). *The Mix of Populist Constitutionalism. Conceptual Reflections from a Latin American Perspective* [inédito].
- Hand, L. (1953). *The Spirit of Liberty*. New York: Alfred Knopf.
- Helmke, G. (2010). The Origins of Institutional Crises in Latin America. *American Journal of Political Science*, 54 (3), 737-750. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2010.00457.x>.
- Iaryczower, M., Spiller, P. T. y Tommasi, M. (2002). Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina, 1935-98. *American Journal of Political Science*, 46, 699-719. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3088428>.
- Jaime, E. y Novoa, M.^a (2018). *Hallazgos 2017: Seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México*. Ciudad de México: México Evalúa.
- Juárez, M. (2018). AMLO ofrece respeto a los otros poderes. *El Financiero*, 8-8-2018. Disponible en: <https://bit.ly/3gkDqD6>.
- Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47 (1), 189-260.
- Latinus. (2021). «Si Zaldívar deja la presidencia, cualquier otro no podría llevar a cabo la reforma del Poder Judicial», asegura AMLO. *Latinus*, 8-6-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3VEPNKq>.
- Le Clercq Ortega, J. A. y Rodríguez Sánchez Lara, G. (2017). *Índice global de impunidad 2017: dimensiones de la impunidad global*. Puebla: Universidad de las Américas Puebla; Jenkins Graduate School; Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Madrid: Ariel.
- López Noriega, S. (2020). Los litigios del presidente López Obrador y su Gobierno. *Nexos*, 3-8-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3DbKECf>.
- López Ponce, J. (2019). AMLO celebra elección de Arturo Zaldívar en SCJN; promete respeto a autonomía. *Milenio*, 3-1-2019. Disponible en: <https://bit.ly/3TiCD42>.
- Manetto, F. (2021). López Obrador desafía al Poder Judicial y pide investigar al juez que frenó la reforma eléctrica. *El País*, 15-3-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3yTEjJ6>.
- Márquez, J. (2021). Aprobación presidencial. *Oraculus*. Disponible en: <https://bit.ly/3yVi5GF>.
- Martinico, G. (2020). The Greatest Challenge. How Populism erodes European Constitutional Democracies. En T. Marguery, S. Platon y H. van Eijken (eds.). *Les élections européennes, 40 ans après. Bilans, enjeux et perspectives [The European Elections, 40 years later. Assessment, Issues and Prospects]* (pp. 105-118). Bruxelles: Larquier.
- Monroy, J. (2021a). ONU pide a López Obrador no perseguir a juez que suspendió la reforma eléctrica. *El Economista*, 22-3-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3eMwPAQ>.
- Mudde, C. (2021). Chapter 14. Populism and Constitutionalism. Theory and Practice. En N. Holtug y E. M. Uslaner (eds.). *National Identity and Social Cohesion* (pp. 221-239). New York: ECPR Press.
- Negrete, L. y Solís, L. (2016). *Justicia a la medida: siete indicadores sobre la calidad de la justicia penal en México*. Ciudad de México: México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas.

- Nolasco, E., y Edgar, J. (2018). *Presupuesto y gasto público del Poder Judicial de la Federación*. Ciudad de México: México Justo.
- Pérez-Liñán, A. (2021). El rol de la justicia frente a los autoritarismos. *Justicia en las Américas. Fundación para el Debido Proceso* [blog], 26-5-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3Sb11SI>.
- Pozas-Loyo, A. y Saavedra-Herrea, C. (2021). Mexico. En L. Roberto Barroso y R. Albert (eds.). *The 2020 International Review of Constitutional Reform* (pp. 208-211). Austin, Texas: The University of Texas Press.
- Redacción Animal Político (2019). Arturo Zaldívar, nuevo presidente de la Corte: «Habrá independencia con otros poderes», dice. *Animal Político*, 2-1-2019. Disponible en: <https://bit.ly/2VuGTQz>.
- Redacción Animal Político. (2021). Se va a seguir protegiendo a la corrupción: AMLO critica decisión de la Corte sobre prisión preventiva. *Animal Político*, 26-10-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3MLebG5>.
- Ríos Figueroa, J. (2018). *El déficit meritocrático. Nepotismo y redes familiares en el Poder Judicial de la Federación*. México: Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad. Disponible en: <https://bit.ly/3gpndwB>.
- Ríos Figueroa, J. (2019a). *Democracia y militarismo en América Latina*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica; Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- (2019b). *El buen juez por su casa empieza. La necesaria autoreforma del Poder Judicial de la Federación*. México: Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad. Disponible en: <https://bit.ly/2okpopY>.
- (2022). *Poder judicial y democracia*. México: Instituto Nacional Electoral.
- Salazar Ugarte, P. (2021). *El poder sobre el derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez-Talanquer, M. y Greene, K. F. (2021). Is Mexico Falling into the Authoritarian Trap? *Journal of Democracy*, 32 (4), 56-71. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/jod.2021.0052>.
- Sánchez-Uribarri, R. A. (2021). Populism, Constitutional Democracy and High Courts: Lessons from the Venezuelan Case. En M. Krygier, A. Czarnota, W. Sadurski (eds.). *Anti-constitutional Populism* (pp. 185-219). Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781009031103.008>.
- Schedler, A. (ed.) (2006). *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition*. Boulder, Colorado: Lynne Rienner. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/9781685857479>.
- Scheppele, K. L. (2018). Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, 85 (2), 545-583.
- Staton, J. K., Reenock, C. y Holsinger, J. (2022). *Can Courts be Bulwarks of Democracy? Judges and the Politics of Prudence*. New York: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781009030939>.
- Urbinati, N. (2021). *Yo, El pueblo. Cómo el populismo transforma la democracia*. México: Grano de Sal.
- Vanberg, G. (2000). Establishing judicial independence in West Germany. The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers. *Comparative Politics*, 32 (3), 333-353. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/422370>.

- Vela, S. (2018). Poder Judicial choca con López Obrador por salarios e independencia. *El Financiero*, 10-12-2018. Disponible en: <https://bit.ly/3CLJlsA>.
- Velázquez, S., Álvarez, E., Correa, C. P. y Madrazo, A. (2021). *Inventario Nacional de lo Militarizado. Una radiografía de los procesos de militarización en México*. Aguascalientes: Programa de Política de Drogas, Centro de Investigación y Docencia Económicas; México Unido Contra la Delincuencia. Disponible en: <https://bit.ly/3gbv6FB>.
- Villa y Caña, P. y Morales, A. (2021). En el INE y Poder Judicial se rayan con sueldos: AMLO. *El Financiero*, 04-12-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3VAbfJE>.
- Weingast, B. (1997). The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law. *American Political Science Review*, 91 (2), 245-263. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2952354>.
- World Justice Project (2018). *Índice sobre el Estado de derecho en México*. Washington DC.
- Zepeda Lecuona, G. (2018). *Índice estatal del desempeño de las procuradurías y fiscalías*. Ciudad de México: Impunidad Cero.

INDEPENDENCIA JUDICIAL, MEDIOS CONSTITUCIONALES Y MOTIVACIONES PERSONALES. UNA NOTA

*Judicial independence, constitutional means
and personal motivations. A note*

ROBERTO GARGARELLA

Universidad Torcuato Di Tella

robert@utdt.edu

Cómo citar/Citation

Gargarella, R. (2022).

Independencia judicial, medios constitucionales
y motivaciones personales. Una nota.

Revista de Estudios Políticos, 198, 219-238.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.08>

Resumen

El trabajo busca reflexionar sobre la posibilidad de repensar la organización del Poder Judicial. En particular, en el escrito se llama la atención sobre la necesidad de motivar a los jueces para que decidan imparcialmente y no solo brindarle los medios constitucionales para que lo hagan. En el texto se sugieren algunos caminos posibles para lograr dicho objetivo.

Palabras clave

Democracia; revisión judicial; motivación personal; medios constitucionales.

Abstract

The paper aims to re think the organization of the Judicial Branch. In particular, the text focuses its attention on the need to motivate judges to decide impartially, assuming that, for that purpose, it is not enough to offer judges the constitutional means that they need, in order to decide: it is also necessary to ensure that they have the required motivations. The paper presents some suggestions in that respect.

Keywords

Democracy; judicial review; personal motivation; constitutional means.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: DE LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA A LA CRISIS DE LOS CONTROLES JUDICIALES. II. SOBRE LA INDEPENDENCIA Y EL ELITISMO JUDICIAL¹. III. MEDIOS CONSTITUCIONALES Y MOTIVOS PERSONALES. IV. ¿CÓMO PROTEGER LOS INTERESES MINORITARIOS EN SOCIEDADES MODERNAS?: 1. El mandato constitucional de proteger grupos minoritarios. 2. La «natural» inclinación de los jueces hacia la protección de los intereses minoritarios. 3. La fe en la razón. 4. Las condiciones institucionales de la tarea judicial. V. MOTIVAR LAS DECISIONES JUDICIALES: ¿IMPOSIBLE, INDESEABLE, DIFÍCIL? VI. CONCLUSIONES INICIALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: DE LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA A LA CRISIS DE LOS CONTROLES JUDICIALES

En las actuales condiciones institucionales en donde la vieja promesa de la representación (incorporar a toda la sociedad dentro de la estructura constitucional) se ha tornado imposible, el conjunto de la ciudadanía queda situada *fuera* del proceso de toma de decisiones. Por ello —en razón de que a la ciudadanía le resulta tan difícil, institucionalmente, asumir un papel protagónico en la decisión sus propios asuntos— se tornan más importantes las preguntas acerca del papel que los ciudadanos pueden jugar en el control de las acciones de los funcionarios que actúan en su nombre.

Al respecto, podría decirse —como sostuviera en su momento James Madison— que el buen funcionamiento del sistema institucional no puede descansar en el carácter *virtuoso* o angelical de quienes han sido electos. Por eso mismo, para Madison, el «test» del buen sistema institucional consistía en que dicho sistema pudiera funcionar aceptablemente aún en el caso de que los cargos públicos fueran ocupados por funcionarios devenidos en «demonios». Para ello —para evitar los riesgos derivados de un funcionariado corrupto o poco *virtuoso*— resulta fundamental acompañar al sistema representativo con dispositivos eficientes de controles sobre el poder. Los *padres fundadores* del constitucionalismo moderno pensaron en una diversidad de controles posibles a partir de dos vías principales: controles *internos* o *endógenos* (de una

¹ Para esta sección, tomo algunos párrafos de mi libro *La derrota del derecho en América Latina* (Gargarella, 2020).

rama del poder frente a las otras) y controles *externos* o *populares*². Quisiera detenerme, en lo que sigue, en el examen de la base principal de esos controles endógenos, la sede judicial, en el marco de un estado de situación que —según supondré— nos muestra un funcionamiento deficiente de tales controles judiciales, y en las latitudes más diversas. En el marco de este trabajo, procuraré poner luz sobre dos cuestiones que considero especialmente importante clarificar para entender mejor los déficits que actualmente atribuimos al poder judicial: la (controvertida) noción de *independencia* judicial que alimentó el desarrollo de esa rama del poder, y un problema, relacionado con el anterior, tan relevante como poco considerado: el problema de la *motivación* judicial. Apoyaré mi estudio en la doctrina constitucional contemporánea y también en la historia del constitucionalismo, con particular atención sobre el desarrollo del constitucionalismo de los Estados Unidos (en razón de su enorme influencia internacional, especialmente en América Latina)³.

II. SOBRE LA INDEPENDENCIA Y EL ELITISMO JUDICIAL⁴

La primera reflexión que haré tiene que ver con la concepción elitista que alimentó —desde el *momento fundacional* del constitucionalismo moderno— el diseño del poder judicial. En efecto, cuando se dio forma a la rama judicial primó una de dos opciones principales sobre cómo favorecer (o constituir) la racionalidad e imparcialidad de las decisiones: la concepción elitista conforme a la cual tales virtudes (racionalidad, imparcialidad) se desprendían de la reflexión aislada de unos pocos, bien capacitados o preparados técnicamente (que en el *momento fundacional*, para mal, se relacionaba con la reflexión de la elite con dinero y poder), y no, por el contrario, de procesos de reflexión colectiva. De allí el énfasis que se colocara (particularmente en el *Federalista* n. 78) en

² Los controles *endógenos* ideados en los orígenes del constitucionalismo fueron variados. Ellos incluyeron tanto controles políticos —el *veto* presidencial; el *juicio político*; el *poder de insistencia* del legislativo sobre el Ejecutivo; etc.— como, muy en particular, controles no políticos o judiciales. Residían aquí —en los controles judiciales— las principales expectativas para asegurar la estricta supervisión de las decisiones que fueran a tomar los órganos políticos, que eran los que quedaban a cargo de definir y llevar adelante las políticas públicas.

³ Será habitual, entonces, que al referirme a los *orígenes* del constitucionalismo moderno me esté refiriendo, en particular, al *founding period* del constitucionalismo de los Estados Unidos.

⁴ Para esta sección, tomo algunos párrafos de mi libro *La derrota del derecho en América Latina* (Gargarella, 2020).

la formación exigida a los jueces y en otra cuestión —central para el análisis que presento en esta sección— relacionada con la *independencia* de sus miembros.

Un primer indicio acerca del modo en que en sus orígenes se pensó la cuestión de la independencia judicial, la encontramos en un importante escrito de James Madison, cual fue el *Federalista* n. 49. En dicha ocasión, Madison aclaró a sus adversarios y críticos que los jueces iban a encontrarse «demasiado alejados de la ciudadanía» —*too far removed from the people*— para participar con ella de sus simpatías y arrebatos. Tanto por el «modo de designación» de los jueces como a partir de la «naturaleza de su cargo» y su «permanencia» en el mismo. Es decir, desde el *momento fundacional* del constitucionalismo, cuando se concibió la independencia judicial, no se tuvo en mente, primariamente, algunos sentidos hoy habituales de dicha idea, incluyendo de manera especial los siguientes: a) la independencia de los jueces inferiores de los superiores ni b) la independencia de la justicia de las ramas políticas del poder (una preocupación, esta última, que sí ocupó un lugar relevante en las reflexiones originales del constitucionalismo, según diré más abajo). Entonces se pensó, sobre todo, en c) la independencia de los jueces en relación con la mayoría de la población (*the many*).

Y si la atención estuvo centrada en esta tercera opción —cómo independizar a los jueces de la mayoría del electorado— se debió tanto a razones, digamos así, comprensibles y sensatas (permitirles a los jueces una reflexión más tranquila y no sujeta a presiones; separar a los jueces de las *pasiones sociales del momento*) como a razones menos aceptables (el elitismo de pensar que la reflexión ciudadana o colectiva podía *contaminar* la imparcialidad que era propia de las minorías bien preparadas) y supuestos muy discutibles (*i. e.* que los jueces no iban a verse afectados por las pasiones, arrebatos e irracionalidades que, esperablemente, afectaban a la ciudadanía en general). Dejamos anotado un primer problema, entonces, derivado del modo en que se entendió la independencia judicial desde sus orígenes y las razones elitistas que vinieron a justificar el otorgarle al poder judicial la *última palabra* constitucional.

Volvamos ahora a la idea de separar a la justicia de la ciudadanía y las consecuencias que los *founding fathers* derivaban de tal circunstancia. Decía Madison, en el mismo *Federalista* n. 49: «Los jueces [...] son pocos y solo pueden ser conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo». En su opinión, el virtual anonimato de los jueces y su separación de la ciudadanía favorecía la imparcialidad de los mismos en sus decisiones. Los jueces no serían capaces de decidir imparcialmente —asumía Madison— si ellos estuvieran sujetos a la tentación de satisfacer las preferencias de la mayoría.

Por razones similares, los *padres fundadores* quisieron separar a los jueces de las ramas políticas del poder: reclamaron, entonces, su independencia

política. Nuevamente, Hamilton (Hamilton *et al.*, 1988) defendió este punto de modo claro en el *Federalista* n. 78, donde defendió la elección indirecta de los jueces, tanto como su estabilidad. Así, sostuvo:

Los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia. Si el poder de hacerlos se encomendase al Ejecutivo, o bien a la legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él; si se atribuyese a ambas, los jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas, y si se reservase al pueblo o a personas elegidas por él con este objeto especial, surgiría una propensión exagerada a pensar en la popularidad, por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes.

De hecho, los *padres fundadores* temían la dependencia política de los jueces hasta tal punto que rechazaron la posibilidad de favorecer cualquier cooperación entre jueces y miembros del poder ejecutivo. Así, por ejemplo, y durante la Convención Federal, los federalistas rechazaron la propuesta de Edmund Randolph de establecer un «Consejo de Revisión» compuesto de miembros del poder judicial y el ejecutivo, encargados de examinar *ex ante* la validez de todas las propuestas de ley. La sugerencia de Randolph fue rápidamente descartada porque —como sostuvo E. Gerry durante tales debates— tal Consejo alentaría una indebida alianza entre los citados poderes.

En definitiva, la descripción anterior nos dice que los creadores del constitucionalismo moderno quisieron asegurar que los jueces fueran independientes (estuvieran separados de) sobre todo de la ciudadanía, e independientes también de las ramas políticas del poder.

Ahora bien, llegados a este punto, la pregunta que quisiera hacerme —la que es más importante para este trabajo y para lo que sigue— sería la siguiente: ¿sugiere esta situación que los *padres fundadores* no se preocuparon acerca de la necesidad de *motivar* a los jueces a actuar de un cierto modo? Para que se entienda lo que digo —el porqué de esta preocupación— corresponde advertir lo siguiente: los *founding fathers* asumieron que el sistema institucional que estaban poniendo en marcha *sí iba a contribuir a la motivación de los funcionarios políticos*. En particular, a través del voto popular periódico y los controles mutuos entre poderes. En cambio —al *desenganchar* a los jueces del *control externo* o *voto popular*— pareciera que hay un desentendimiento por parte de los creadores del constitucionalismo moderno acerca de la conducta de los jueces. ¿Es que simplemente confiaban en ellos? ¿Es que no veían necesaria la introducción de *inductores* y *correctivos* en relación con los jueces? No lo creo, conforme diré.

En lo que sigue, voy a defender una postura conforme a la cual los *padres fundadores* del constitucionalismo moderno se preocuparon tanto por *motivar* a actuar de un cierto modo a la clase política, como por hacer lo propio en relación con la judicatura. Presentaré esta explicación como una forma de llamar la atención, por un lado, de la manera en que *abandonamos* dicha manera de pensar sobre las instituciones (la preocupación por *motivar* la conducta de nuestros funcionarios públicos), y para reivindicar esa manera de pensar, particularmente en torno al poder judicial, un reclamo que debería llevarnos a reflexionar acerca de cómo reconectar las herramientas institucionales (*los medios constitucionales*) con las motivaciones (*los móviles personales*) de sus agentes.

III. MEDIOS CONSTITUCIONALES Y MOTIVOS PERSONALES

Cuando pensamos acerca de la promoción de ciertos fines públicos (*i. e.*, lograr justicia política, alentar una conducta cooperativa dentro de la clase dirigente), necesitamos pensar también acerca del tema de las motivaciones. En particular, necesitamos responder una pregunta de psicología política —una pregunta acerca de cómo motivar a aquellos oficiales públicos para tornar posible el logro de los fines públicos—. No podemos, simplemente, asumir que los funcionarios públicos —los jueces, para el caso de nuestro estudio— van a comportarse en la forma en que preferimos que se comporten. Como sostuviera John Rawls (pensando en los comportamientos de la ciudadanía en general), debemos examinar «si puede esperarse que los individuos, en vista de los intereses y fines que probablemente tengan, a partir de la estructura básica del régimen en el que viven, vayan a cumplir con las reglas e instituciones justas que se aplican sobre ellos en las diversas posiciones y oficios» (Rawls, 2001: 137).

Preocupaciones como las señaladas (relacionadas con los modos de *motivar* a los funcionarios públicos) estuvieron muy presentes en los momentos fundacionales del constitucionalismo. Para advertirlo, conviene distinguir, desde un comienzo, entre dos enfoques más bien opuestos que existieron entonces acerca de la cuestión de las motivaciones: uno, adoptado por los *federalistas* norteamericanos y buena parte de la teoría *pluralista* moderna, y otro más común dentro de quienes eran entonces sus opositores *antifederalistas*, un enfoque más vinculado con la tradición —aun viva— del pensamiento republicano.

Resumidamente, diría lo siguiente: los republicanos tendieron a enfatizar siempre la importancia de contar con ciudadanos *virtuosos*, personalmente motivados para obtener ciertos resultados sociales (*i. e.*, a hacer posible el

autogobierno colectivo). Y, dado que no asumían dichas *virtudes cívicas* como innatas, acostumbraron a defender el recurso a la *mano de hierro* del Estado para asegurar el *cultivo* de las mismas. *Federalistas* y pluralistas, por el contrario, se propusieron siempre «economizar en virtud» y utilizar el sistema institucional con el fin de alentar o desalentar ciertas conductas políticas (Ackerman, 1984).

La concepción que me interesará examinar de modo particular en este trabajo es la de los *federalistas*, ya que es la que convirtió en dominante a fines del siglo XVIII, y la que contribuyó a moldear el sistema institucional que —en su estructura básica— todavía rige en una mayoría de países americanos. Al respecto, y en primer lugar, debería señalar que, en el *Federalista* n. 51, James Madison realizó una explícita, conocida y brillante defensa de su visión sobre las instituciones y la motivación política. En dicho escrito, Madison escribió:

La mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los *medios constitucionales* y los *móviles personales* necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del Gobierno. Pero ¿qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el Gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno.

Los *medios constitucionales* y los *motivos personales* creados entonces para los oficiales políticos resultan fáciles de reconocer. Por ejemplo, en el *Federalista* n. 78, Alexander Hamilton se refirió a los «medios constitucionales» creados por la Convención Federal (Hamilton, Madison y Jay, 1988). En su opinión, «el ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos».

Hamilton explicaba así cuáles eran los poderes —los medios constitucionales— que se habían delegado a las ramas políticas del poder. Una vez creados dichos medios, los *padres fundadores* sugirieron ciertos controles *externos* e *internos* destinados a dotar a esos funcionarios políticos con los *motivos personales* que estimaban necesarios para ayudarlos a alcanzar los fines que consideraran más apropiados (*i. e.*, favorecer los intereses de la nación, etc.).

Conforme anticipara, los controles *externos* son los controles ejercidos por la gente a través de su voto periódico. La idea era, en este caso, que los representantes iban a estar motivados para satisfacer, de algún modo, a sus electores, al menos con el objeto de no ser castigados en la próxima elección —para ser reelectos—. Los controles *internos*, mientras tanto, son los ejercidos por cada rama del poder sobre las otras (por ejemplo, el veto ejecutivo, el control judicial). Todavía hoy, estos controles internos y externos siguen siendo las principales herramientas con las que contamos para *mover* a nuestros representantes en una dirección u otra⁵. El hecho es que en su momento se crearon, y aún existen, ciertas herramientas destinadas a orientar a nuestros políticos en cierta dirección.

La pregunta que en el marco de este trabajo nos interesa es la siguiente: ¿contamos con instrumentos similares para actuar sobre el poder judicial, motivando a los jueces a adoptar cierto tipo de decisiones? (*i. e.*, dar una protección especial a los derechos de las minorías)⁶. ¿Es posible para nosotros, actuando como ciudadanos, inducir a los jueces a decidir de una forma determinada? La primera respuesta que daría es enfáticamente negativa, pero no por una indeseable imperfección propia de nuestro sistema institucional. Por el contrario, si los ciudadanos carecemos prácticamente de la posibilidad de influir sobre la conducta de nuestros jueces, ello se debe, fundamentalmente, a que los *padres fundadores* decidieron —con algunas buenas razones de su lado— que así debía ser (los ciudadanos debíamos quedar situados *too far removed* de la judicatura).

Una hipótesis que, según entiendo, puede mantenerse para explicar lo que sucede en el área es la que dice que los *padres fundadores* estaban interesados por dar protección especial (solo) a *ciertos* intereses minoritarios, y que entendieron que los jueces podían contribuir en dicha tarea. Para ello (y a pesar de las apariencias en contrario) esos *founding fathers* avanzaron, silenciosamente, algunas medidas destinadas a favorecer la protección judicial de esos peculiares intereses minoritarios. Su razonamiento, según entiendo, era uno como el que sigue.

— En primer lugar, ellos asumieron que la sociedad se encontraba dividida en dos grupos: un grupo mayoritario (los endeudados, pequeños

⁵ Personalmente, considero que tales controles son demasiado imperfectos y, finalmente, insuficientes para su propósito; esto es, considero que es muy difícil para la ciudadanía *dirigir* de alguna manera a sus representantes, a través de los mismos. De todos modos, no necesito perseguir este punto a esta altura de mi argumento.

⁶ En lo que sigue, voy a concentrar mi atención en los tribunales superiores o cortes supremas, a menos que especifique lo contrario.

propietarios, no propietarios) y otro minoritario (los grandes propietarios y acreedores o, en el lenguaje de la época, los *rich and well born*)⁷.

- En segundo lugar, asumieron que cada uno de estos grupos siempre intentaría oprimir a los demás, y que las instituciones debían usarse para prevenir dicha posibilidad⁸.
- En tercer lugar, entendieron que reclutando a los jueces de ese mismo grupo minoritario bajo amenaza, ellos asegurarían en los jueces los *motivos personales* necesarios para proteger a las minorías (en este caso, las minorías de los *acreedores y grandes propietarios*, entonces bajo amenaza mayoritaria). Por tanto, así como los miembros del Congreso estarían *naturalmente* inclinados a defender los intereses de las mayorías (que serían los propios), los jueces estarían inclinados a defender los intereses de *ciertas* minorías (que también serían los propios: los intereses de los *rich and well born*). Considerando —como ellos consideraban— que la mayoría de la gente actuaba a partir del autointerés, los *padres fundadores* entendieron que los jueces, por razones de interés personal, también defenderían los intereses de su grupo⁹.

De este modo, los jueces se sentirían inclinados a proteger a los intereses de las minorías (en este caso particular, los intereses de las minorías más aventajadas). En tal sentido, los *founding fathers* crearon instituciones destinadas a *incorporar* los distintos intereses existentes en la sociedad para asegurar que cada uno de tales sectores se encargue, primariamente, de la defensa de sus intereses. En efecto, si cada parte de la sociedad tenía su lugar dentro del esquema institucional, se podrían evitar las *mutuas opresiones*: cada grupo, a través de su capacidad institucional, le pondría límites al accionar de los demás. Hamilton supo sintetizar de modo ajustado este enfoque en su famosa oración: «Dadle todo el poder a la mayoría, y ellos oprimirán a la minoría.

⁷ Ver, por ejemplo, Madison en el *Federalista* n. 10, o sus cartas a Jefferson de octubre de 1787 y octubre de 1788. También, ver Madison en Farrand (1937: vol. 1, 421-423). Del mismo modo, Hamilton (1988: 288).

⁸ Ver, por ejemplo, el clásico *Federalista* n. 10.

⁹ Ellos creían que era posible asegurar la selección de los miembros de grupos mayoritarios y minoritarios a través de herramientas tales como las elecciones directas o indirectas: las primeras —asumían— tendían a favorecer la selección de personas cercanas a las mayorías, mientras que las últimas ayudaban a la selección de individuos más *exclusivos*, más propios de la elite (Farrand, 1937: vol. 1, 152 y 155; vol. 3, 330, 454 y 617). El diseño de los distritos electorales también podía contribuir a tales fines (las elecciones en distritos extensos —asumían— tornaba más difícil la selección de individuos cercanos a los intereses mayoritarios).

Dadle todo el poder a la minoría, y ellos oprimirán a la mayoría. Dadle entonces poder a ambos, y así cada una podrá defenderse frente a los ataques del otro» (Hamilton *et al.*: 288). Se trataba de una propuesta —la de Hamilton— claramente en tensión con nuestro actual entendimiento de la democracia, pero a la vez muy precisa e iluminadora respecto de la lógica de diseño institucional que se siguió entonces.

En conclusión, podríamos afirmar que los *padres fundadores* no descuidaron la cuestión del *problema motivacional* a la hora de organizar el poder judicial: ellos quisieron alcanzar ciertos resultados e impedir algunos otros, y diseñaron la institución judicial conforme a tales fines (y por ello decidieron *separar institucionalmente*, tanto como fuera posible, a jueces y ciudadanos). En tal sentido, fueron coherentes con lo que era su enfoque general sobre el gobierno: en este caso, como en todos los demás, debían prestar atención a los *medios constitucionales* y a los *motivos personales* que creaban al diseñar cada puesto. Podríamos decir, entonces, que ellos estaban preocupados por un problema que hoy simplemente descuidamos; esto es, el de cómo motivar a la magistratura.

IV. ¿CÓMO PROTEGER LOS INTERESES MINORITARIOS EN SOCIEDADES MODERNAS?

Actualmente, es muy difícil seguir pensando en la sociedad y sus instituciones en los términos en que lo hicieron hombres públicos como Hamilton o Madison. Ante todo, nuestra sociedad —y pienso en una multiplicidad de sociedades democráticas modernas— tiende a ser mucho más heterogénea que el tipo de sociedades que ellos conocían. En segundo lugar, hoy no podemos confiar en herramientas como en las que ellos confiaban para asegurar en los jueces ciertas cualidades personales. Por ejemplo, hoy resulta impensable la idea de que escogiendo de modo indirecto a los jueces, garantizaríamos la protección del sector minoritario de la sociedad. Entre otras cosas, porque no tendemos a compartir la visión que tenían los *padres fundadores* sobre la idea de minorías. Así, mientras ellos asociaban el concepto de minorías con la elite social del momento (los llamados «los ricos y bien nacidos»)¹⁰ nosotros tendemos a utilizar una idea más bien opuesta, asociada con los intereses de los grupos más desaventajados de la sociedad: damos tratamiento de *minoría* solo o fundamentalmente a tales grupos vulnerables. Si esto es así, no tendremos ya ninguna razón para pensar que los jueces van a tener alguna

¹⁰ Ver, por ejemplo, Farrand (1937: vol. 1, 299 y 431).

deferencia especial hacia las minorías desaventajadas (mientras que los *padres fundadores* sí podían pensar que los jueces iban a estar *naturalmente* inclinados a proteger a la elite social de su época, a la que ellos pertenecían).

No tengo dudas de que muchas personas consideran absolutamente innecesario el impulsar, inducir o motivar institucionalmente a los jueces a proteger a los más débiles, aunque sí crean que los jueces deben jugar un rol importante en la protección de minorías. Ellos pueden decirnos, por ejemplo, que esa es simplemente la misión constitucional de los jueces: un deber que deben cumplir y punto. La pregunta es si resulta esperable que los jueces cumplan con la misión que hoy esperamos de ellos a partir del lugar institucional que ocupan y los incentivos tradicionalmente asociados a su cargo. Mi impresión es que no, pero, sin embargo, esta no parece ser la posición predominante dentro de la doctrina constitucional principal en nuestra era.

Por ejemplo, en su trabajo «Groups and Equal Protection», el reconocido profesor Owen Fiss afirmó que

Cuando el producto del proceso político es una ley que perjudica a los afroamericanos, la usual objeción contramayoritaria contra la intervención judicial —la objeción que dice que esas «nueve personas» no tienen el derecho de reemplazar la voz del pueblo— tiene poca fuerza. Porque podría verse al poder judicial como amplificando la voz de la minoría sin poder; el poder judicial intenta rectificar la injusticia del proceso político (Fiss 1976, 153).

De manera similar, el destacado jurista John Ely defendió una idea análoga cuando sostuvo —en su famoso libro *Democracy and distrust*— que los jueces deberían resguardar el proceso político. En su opinión, existe una violación del procedimiento político mismo cuando a) los que se encuentran *dentro* del mismo bloquean los canales del cambio político con el objeto de asegurar su propia permanencia dentro del mismo, y que los que están *fuera* sigan allí, o b) aunque no se le niega voz o voto a ningún grupo, los representantes de la mayoría perjudican de modo sistemático a los miembros de la minoría —negándoles a éstos la protección que le conceden a otros grupos— a partir de su hostilidad hacia ellos o por negarse a reconocer, de modo prejudicado, los intereses comunes que tienen con ellos (Ely, 1980: 103).

Tanto para Fiss como para Ely, los jueces deberían dedicar sus principales esfuerzos a la defensa de grupos minoritarios —en este caso, adviértase, y a diferencia de lo asumido en el *momento fundacional*, tales autores se refieren a las *minorías* de los más desaventajados (muy en particular, en ambos casos, la *minoría racial afroamericana*). Orientando su tarea de modo especial a dicho fin (proteger a los afroamericanos), los jueces podrían resistir, además, las habituales críticas que reciben por el modo en que ejercen la revisión de

las leyes porque cumpliendo con su tarea estarían realizando una misión decisiva que ninguna otra rama del Gobierno parece capacitada para realizar. Sin embargo, es necesario preguntarle a Fiss o a Ely por qué deberíamos esperar que los jueces se conviertan en la voz de las minorías sin poder. En lo que sigue, voy a explorar algunas respuestas posibles que, en principio, parecerían capaces de respaldar la visión de autores como los citados. De todos modos, más adelante diré por qué creo que tales respuestas no son teóricamente aceptables.

1. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER GRUPOS MINORITARIOS

Tal vez, autores como Fiss o Ely simplemente crean que los jueces están motivados a proteger a los grupos minoritarios por el mero hecho de que la Constitución se lo exige. Si los jueces quieren respetar la Constitución —podrían decirnos—, ellos deben defender tales intereses, sin más.

Frente a dicho punto, podríamos responder que interpretar la Constitución es un acto extremadamente complicado. Tras siglos de reflexión sobre ese punto carecemos de una teoría de la interpretación más o menos consolidada, por lo que los jueces parecen tener un amplio margen de discreción a la hora de interpretar dicho documento. Por supuesto, teóricos como Ronald Dworkin podrían negar dicha afirmación y sostener que existe solo una solución correcta para cada caso difícil. Otros podrían adoptar posiciones más moderadas sosteniendo que para aquellos jueces que se toman en serio su trabajo, los márgenes de discreción son relativamente estrechos. Sin embargo, la verdad es que ninguna de estos criterios resulta fácil de sostener. Carecemos de medios institucionales para convertir a los jueces en *Hércules dworkineanos*. Podemos llegar a remover a un juez si es que lo encontramos culpable de algún acto de corrupción severo, pero carecemos de todo medio sensato para llevarlo a adoptar tal o cual postura interpretativa. ¿Por qué deberíamos esperar, entonces, que los jueces se dediquen a proteger los derechos de las minorías desaventajadas?

2. LA «NATURAL» INCLINACIÓN DE LOS JUECES HACIA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES MINORITARIOS

Tal vez, Fiss o Ely descuidan cuestiones motivacionales como las aquí examinadas a partir de su confianza en la inclinación *natural* de los jueces a proteger a las minorías. Ellos podrían razonar del siguiente modo: los *padres fundadores* crearon instituciones *mayoritarias* (esto es, instituciones cuyos miembros son nombrados por votación popular) como el Congreso con el

objeto de dar protección a los intereses mayoritarios. De todos modos, y al mismo tiempo, crearon instituciones *contramayoritarias* como el poder judicial con el objeto de asegurar la protección de los intereses minoritarios. Si todas las ramas del poder fueran dependientes de la voluntad mayoritaria, los grupos minoritarios hubieran quedado desprotegidos.

El problema con esta visión es que el mero hecho de que los jueces no dependen de la voluntad mayoritaria no dice nada acerca de la posible inclinación de los mismos hacia la protección de los intereses minoritarios. Los jueces pueden ser independientes de la voluntad mayoritaria y aun así mantenerse insensibles hacia los intereses minoritarios. Puede ser razonable esperar que un órgano *mayoritario* sea hostil hacia los intereses de las minorías, pero no es razonable asumir que un órgano independiente de los intereses de las mayorías vaya a tener una sensibilidad especial hacia los intereses de las minorías. Una institución *contramayoritaria* puede ser al mismo tiempo hostil hacia los intereses de la mayoría y de la minoría. O no. Pero carecemos en este caso de la *conexión motivacional* que encontramos en el caso de las instituciones mayoritarias (la conexión entre *dependencia de la mayoría* y una *tendencia a defender a la mayoría*).

3. LA FE EN LA RAZÓN

Tal vez, autores como Fiss o Ely no prestan una atención especial al problema de las motivaciones institucionales porque tienen fe en el poder de la razón. Sin dudas, la famosa observación presentada por Alexander Hamilton en el *Federalista* n. 78 (Hamilton *et al.*: 1988) contribuyó a popularizar esta visión. De acuerdo con dicho texto, los jueces «no tienen la fuerza ni la voluntad» —como los poderes ejecutivo o legislativo— sino simplemente su «juicio». Esto es, según Hamilton, que los jueces solo pueden imponerse a través de la fuerza de los buenos argumentos. Contemporáneamente, autores como John Rawls también han afirmado que la Corte «es la única rama del gobierno que es una criatura de la razón, y solo de la razón» (Rawls, 1993: 235). Así, «los ciudadanos y los legisladores pueden votar por sus posiciones más comprensivas cuando no están en juego cuestiones básicas de justicia o cuestiones de la esencia constitucional; ni necesitan recurrir a razones públicas para justificar por qué votan como lo hacen o buscar consistencia en sus argumentos o esforzarse para que ellos encajen dentro de una concepción constitucional coherente en relación con sus demás decisiones» (id.) Por el contrario, sostiene Rawls, esto es precisamente lo que los jueces deben hacer. De modo similar, Owen Fiss ha proclamado su «fe en la razón» —una fe en la razón que *demonstró estar justificada*, por ejemplo, en casos como *Brown v. Board of Education* (Fiss, 1999: 99).

La idea que late detrás de estos razonamientos, entonces, es la de que la razón es el único recurso en manos de los jueces, y que la misma va a inclinarlos a actuar del modo más justo (y, en particular, a proteger a los más desprotegidos). Los autores alineados con esta postura consideran que los teóricos legales no tendrían por qué preocuparse de las cuestiones motivacionales. Ellos podrían decirnos que los jueces *naturalmente* van a orientarse a actuar a partir de las mejores razones a su alcance.

Sin embargo, un simple examen referido a la suerte obtenida por influentes teorías, como las de Rawls o Fiss, nos permitiría descalificar este enfoque. Teorías altamente sofisticadas como las citadas no han sido seguidas por la magistratura. Y este hecho, claramente, parece tener poco que ver con la calidad y el mérito que se le reconocen a las mismas: en verdad, posturas como las de Rawls o Fiss son muy apreciadas dentro de la comunidad académica legal. En particular, aquellos que se muestran más sensibles hacia cuestiones vinculadas con los derechos de las minorías simpatizan claramente con este tipo de concepciones. Sin embargo, y a pesar de ello, las mismas siguen siendo impopulares —si no simplemente ignoradas— por la comunidad judicial, luego de décadas de producidos textos como los citados.

Sin duda, hay algo muy importante en lo que autores como los citados afirman. Los jueces, en efecto, se encuentran situados en una posición institucional particular que de algún modo los fuerza a prestar atención y a apelar a razones públicas. De todos modos, también es cierto que existen razones públicas al alcance tanto de aquellos que quieren defender los derechos de grupos como de aquellos que son hostiles hacia los mismos. Los *límites de la razón* parecen resultar, así, demasiado poco firmes, demasiado abiertos. El hecho de que nos encontremos con decisiones judiciales tan diferentes en cuestiones tales como la esclavitud, el derecho a la privacidad, las regulaciones económicas y los derechos económicos y sociales, ratifica este punto: los jueces, actuando de buena fe, pueden llegar a adoptar posiciones diferentes aún en los casos más cruciales.

El problema fundamental, por supuesto, no es el de que los jueces no adopten nuestra teoría constitucional favorita. De hecho, podríamos repetir un análisis como el anterior en relación con enfoques tan diversos como la postura de Ronald Dworkin sobre la interpretación, la de Cass Sunstein sobre el Estado de bienestar, la de Frank Michelman sobre la propiedad o la de Bruce Ackerman sobre el dualismo constitucional. El problema es que, explícitamente o no, los jueces desarrollan y prestan la fuerza estatal a sus propias visiones sobre el derecho, y nosotros no podemos hacer nada contra las mismas, aún si las teorías adoptadas son mucho menos plausibles que las que preferimos, incluso si son rechazables bajo cualquier análisis crítico.

4. LAS CONDICIONES INSTITUCIONALES DE LA TAREA JUDICIAL

Algunos teóricos legales han tratado de ir más allá de argumentos como los examinados en los párrafos anteriores. Ellos nos dicen que no necesitamos descansar en las capacidades intelectuales, en la virtud o en el compromiso social de los jueces con el objeto de alcanzar decisiones judiciales apropiadas, ya que esto es facilitado por las propias condiciones institucionales dentro de las cuales ellos se desempeñan. Por ejemplo, Alexander Bickel ha sostenido —en su influyente libro *The Least Dangerous Branch*— que la propia situación institucional de los jueces contribuye a tornar atractivas las decisiones judiciales. En su opinión, los jueces «tienen, o deberían tener, el tiempo, el entrenamiento, y el asilamiento necesario para seguir el camino del académico en su persecución de fines de gobierno», algo crucial, en su criterio, para poder reconocer y brindar respaldo a los «valores permanentes de la comunidad». Según Bickel, «su aislamiento —el de los jueces— y el maravilloso misterio del tiempo le otorgan a las cortes la capacidad para apelar a la mejor naturaleza de los hombres, para dar cuenta de sus aspiraciones, que los hombres pueden olvidar en momentos de alarma» (Bickel, 1978: 25-26).

El mismo Owen Fiss, en algunos párrafos, parece defender una posición similar a la de Bickel. En su opinión, existen

ciertas normas procedimentales que no tienen contraparte en política [...] no simplemente [...] la independencia del poder judicial de la voluntad del electorado [...] pero también [...] el requisito de que los jueces deben responder a agravios que de otro modo podrían preferir olvidar, el de que deben escuchar a todas las partes agraviadas, asumir responsabilidad individual por sus decisiones, y justificar a las mismas en términos públicamente aceptables. Los jueces se involucran en un diálogo especial con el público. A través de este diálogo alcanzan una cierta distancia de sus proclividades personales y comienzan a enfrentar lo que Mark Tushnet podría llamar la razón universal (Fiss, 1999: 98-99).

Ahora bien, la obligación institucional de los jueces de *escuchar a todas las partes agraviadas* o de involucrarse en un diálogo con el público no resuelve en absoluto el tipo de problemas que nos preocupa. Para aquellos jueces que son hostiles o poco abiertos hacia los derechos de ciertas minorías, la obligación de escuchar a todas las partes significa sin duda muy poco. Probablemente, ellos no verán lo que no quieren ver. Y aunque un sistema institucional adecuado no debería aceptar este resultado como normal, es difícil ver cómo autores como los citados podrían confrontarlo. Más aún, la idea de un *diálogo especial* a la que Fiss hace referencia —un diálogo entre los jueces y el público— también resulta poco atractiva. Claramente, la idea del diálogo nos suena interesante

porque apela a la situación igualitaria en la que dos partes situadas en planos más o menos iguales tienen las mismas posibilidades de tener éxito en la defensa de sus argumentos. Sin embargo, esta idea no tiene un correlato similar en el mundo jurídico, donde los diferentes *jugadores* se encuentran ubicados en posiciones claramente asimétricas. Los jueces, en particular, tienen el poder *¿discrecional?* de aceptar o rechazar todos los argumentos de una de las partes, si es que quieren hacerlo. Ellos tienen el poder de, simplemente, *poner fin* a la alegada conversación si es que quieren hacerlo, *imponiendo* sus propios puntos de vista sobre nosotros.

Las cosas no cambian demasiado cuando apelamos a la situación de *aislamiento* en la que se encuentran los jueces o al tiempo que cuentan para decidir sus casos. Es cierto que los miembros de las ramas políticas del poder actúan bajo condiciones diferentes —básicamente, la presión de las mayorías— y que las mismas tienen, sin duda, un impacto en el contenido de sus decisiones. Sin embargo, no es fácil saber de qué modo condiciones como las referidas (tiempo, aislamiento, experiencia) van a tener un impacto *positivo* en relación con el fin de obtener decisiones favorables a los intereses de las minorías. Este sería el caso, por supuesto, si defendiéramos algo así como una postura epistémicamente elitista; esto es, una postura conforme a la cual la reflexión aislada de gente técnicamente bien preparada incrementa las posibilidades de decidir imparcialmente. De todos modos, como demócratas deberíamos (y así lo supuse al comienzo de este texto) estar igualmente abiertos a sostener una posición opuesta, conforme a la cual la imparcialidad se vincula no con un proceso de reflexión individual y aislada, sino con un diálogo horizontal, colectivo.

V. MOTIVAR LAS DECISIONES JUDICIALES: ¿IMPOSIBLE, INDESEABLE, DIFÍCIL?

Tal vez, toda la discusión anterior nos viene a decir algo importante, y es que motivar a los jueces a actuar de un cierto modo, contemporáneamente, y dados nuestros actuales propósitos (*i. e.*, proteger de modo especial a todas las minorías), resulta imposible o inaceptable. En efecto, puede resultar imposible establecer otras limitaciones sobre el accionar judicial, más allá de aquellas en las que piensan autores como Fiss, Bickel o Rawls. O tal vez es posible hacerlo, pero solo a través de medios que tienden a desnaturalizar por completo la tarea judicial.

Apoyado en consideraciones tales (consideraciones que ya hemos empezado a examinar más arriba), diría que la primera afirmación es falsa y la segunda está equivocada. Permítanme comenzar con una referencia a la

última. Esta segunda posición parece subordinar de modo impropio el valor justicia a la defensa de un peculiar sistema judicial. Al decir esto no quiero decir que deberíamos cambiar nuestro sistema institucional cada vez que no obtengamos (lo que creemos que es) un resultado justo. Lo que quiero decir es algo más básico, y es que deberíamos cambiar el sistema institucional si el mismo no pudiera garantizar de modo adecuado fines tan importantes como el de favorecer la protección de los derechos de las minorías. Así, si la principal institución con la que contamos para proteger los derechos de las minorías es el poder judicial, y no tenemos razones para esperar que los jueces cumplan su rol adecuadamente en una mayoría de casos, deberíamos escoger una forma alternativa para fortalecer dicha protección.

En relación con el primer punto, en cambio, deberíamos preguntarnos seriamente si es que no existen formas mejores de asegurar la protección de los derechos minoritarios. O, más específicamente, deberíamos preguntarnos si es que existen formas de hacerlo que no distorsionen nuestro compromiso con la regla de la mayoría. En mi opinión, existen medios para contribuir a dicha mejora que no pervierten nuestro compromiso democrático ni afectan de modo dramático la estructura judicial actual. Este no es el lugar para defender un esquema institucional alternativo, pero al menos quisiera presentar algunos de los rasgos que podrían distinguir a esta visión.

Podemos utilizar como punto de partida la muy problemática historia del sistema de jurados en los Estados Unidos. Al respecto, podríamos afirmar algo como lo siguiente: la composición de un jurado tiende a tener una enorme influencia en relación con el resultado en juego; por ejemplo, en relación con controversias raciales. Esta situación nos sugiere que existe una conexión entre la composición de los tribunales y el modo en que ellos van a decidir. Nos sugiere, según creo, algo que los *padres fundadores* sabían; esto es, que si se quiere dar protección a grupos minoritarios, debe asegurarse de algún modo que los miembros del grupo en cuestión se integren al órgano que va a tomar la decisión del caso. Claramente, la *presencia* de los mismos puede no garantizar nada. Sin embargo, lo cierto es que la ausencia de ellos puede resultar nociva para el valioso fin de tomar en serio los puntos de vista de los grupos más desaventajados (Philips, 1995).

Aunque puede ser difícil saber cuál es la mejor forma de integrar a los grupos vulnerables a la estructura judicial, existen ciertas experiencias que pueden ayudarnos en tal dirección. Más allá de otros rasgos —de los que aquí no me ocuparé— que lo convierten en una institución poco atractiva, la estructura y funcionamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos tiene ciertos rasgos interesantes. Garantiza que cada miembro de la comunidad tenga una voz real dentro del órgano decisor. Conecta —del modo en que creo que debemos conectar— la idea de *voz* con la idea de *presencia*. De

modo similar, la Corte Internacional de Justicia permite que cada país parte en una disputa, nomine a un miembro a la Corte cuando el caso es atendido. Nuevamente, la idea es que la presencia de un grupo particular entre los miembros del Tribunal —lo sabemos— no asegura el respeto de los derechos de ese grupo, pero mejora las posibilidades de que los mismos sean adecuadamente defendidos¹¹.

Las estrategias dirigidas a escuchar de modo especial la *voz* de los grupos más afectados, en situaciones de conflicto, son en todo caso diversas. Nos encontramos así —y solo con el objeto de resaltar alguna otra práctica jurídica de nuestros tiempos— con derechos internacionalmente consagrados, como el de *consulta previa e informada*. Encontramos consagrado un derecho semejante, por ejemplo, en el Convenio 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, promovido por la Organización Internacional del Trabajo en 1989, y también en la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, de 2007. El primer tratado, en particular, ganó especial importancia por el hecho de que una mayoría de países americanos lo apoyaron y firmaron. El art. 6.a sostiene que los Gobiernos consultarán «a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;» mientras que el apdo. 6.b. propone «establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.» En tiempos recientes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció al respecto que dicho proceso de consulta constituye un «principio general del Derecho Internacional» (*Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 12 de agosto de 2008).

Estas experiencias sugieren que asegurar la presencia y o la voz activa de ciertos grupos, en casos de disputas que los involucren, puede resultar importante como respuesta institucional, aún más allá de las instituciones representativas; esto es, más allá de las ramas propiamente políticas del poder. Estas

¹¹ La experiencia judicial en sociedades multiétnicas parece reproducir esta visión. Will Kymlicka señala, por ejemplo, que «parecería ser un corolario del autogobierno de Quebec [...] la representación que se le garantiza dentro de cada cuerpo que debe interpretar o modificar sus poderes de autogobierno, o que puede tomar decisiones en áreas de jurisdicción concurrente o conflictiva (e. g. la Corte Suprema). De hecho, Quebec tiene garantizados tres de los nueve asientos de la Corte Suprema» (Kymlicka, 1996: 143).

propuestas —solo algunas entre muchas sobre las cuales podría pensarse— simplemente vienen a decirnos que tiene sentido hacer un esfuerzo para volver a lidiar con el *problema motivacional*. En tal sentido, no es imposible concebir una estructura judicial diferente, capaz de tomar más en serio la necesidad de motivar a los jueces a actuar en favor de los grupos más necesitados.

VI. CONCLUSIONES INICIALES

El poder judicial fue creado bajo supuestos elitistas (la imparcialidad vinculada con la razón, y la razón vinculada con la formación y la clase social), a partir de una noción de *independencia* que procuró, sobre todo, alejar a los jueces de la ciudadanía (y de la política), y apoyado en un principio de desconfianza hacia la democracia (por eso la pretensión de *asegurar un poder equivalente* a grupos minoritarios y mayoritarios, a través de medios como el poder judicial). En razón de aquellos viejos supuestos, los miembros de la rama judicial fueron situados en una posición institucional lejana del alcance ciudadano, dotados de un poder extraordinario en términos constitucionales (el de pronunciar en los hechos *la última palabra*) y habilitados para utilizar técnicas interpretativas de lo más diversas —incluso contradictorias entre sí—, lo cual les permite, en la práctica, contar con amplios márgenes para decidir conforme a su voluntad. En su momento, se procuró favorecer los objetivos de la justicia —muy particularmente, garantizar en la medida de lo posible la protección de ciertos sectores minoritarios—, *motivando* a sus miembros a prestar especial atención a los intereses de los grupos (entonces) considerados como más vulnerables. En la actualidad (cuando ya no pensamos la idea de *minorías* con los parámetros estrechos y elitistas del pasado) necesitamos volver a preguntarnos cómo combinar los amplísimos *medios constitucionales* con que dotamos a los jueces con sus *motivos personales*. Existen varias formas institucionales imaginables, capaces de facilitar tales resultados (aquí mencioné solo algunas), pero lo que me ha interesado en el marco de este texto es la siguiente: recuperar y volver a pensar sobre una vieja pregunta relacionada con las *motivaciones* de nuestros funcionarios judiciales, una pregunta que, por descuido o indiferencia, hemos dejado indebidamente de lado.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1984). The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, 93, 1013. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/796204>.
- Bickel, A. (1978). *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing.

- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press.
- Farrand, M. (ed.) (1937). *The Records of the Federal Convention*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.
- Fiss, O. (1976). Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, 5 (2), 107-177.
- Fiss, O. (1999). *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New American*. Boston: Beacon Press.
- Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1988). *The Federalist Papers*. New York: Independently Published.
- Kymlicka, W. (1996). *Multicultural Citizenshi: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/0198290918.001.0001>.
- Phillips, A. (1995). *The Politics of Presence*. Oxford: Clarendon Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- (2001). *Justice as Fairness. A restatement*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

ALGUNA LITERATURA RECIENTE SOBRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Some recent Literature on Constitutional Courts

JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA

Universidad Autónoma de Madrid

juanjose.solozabal@uam.es

Cómo citar/Citation

Solozabal Echavarría, J. J. (2022).

Alguna literatura reciente sobre los tribunales constitucionales.

Revista de Estudios Políticos, 198, 239-260.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.09>

CHRISTINE LANDFRIED: *Judicial Power: How Constitutional Courts affect political transformations*, Cambridge (U. K.), Cambridge University Press, 2019, 408 págs.

JONATHAN SUMPTION: *Trials of the State. Law and the decline of Politics*, London, Profile Limited Books, 2019, 224 págs.

ARMIN VON BOGDANDY Y JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coords.): *La justicia constitucional en el espacio europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, 712 págs.

I. Este trabajo se refiere en primer lugar al *reader* dirigido por la profesora Landfried, que acoge diecisiete ensayos sobre la justicia constitucional. Singulariza a este libro, además de la calidad de sus contribuyentes, el alcance del empeño, pues se ocupa de los tribunales de todo el mundo, sin acotación geográfica o modal alguna, limitándose por ejemplo a los operantes en una latitud determinada o los clasificables como correspondientes a una jurisdicción concentrada o difusa o mixta. Aunque en la obra analizada no falten autores juristas, ha de indicarse que la orientación predominante es la politológica, de manera que a la postre de lo que se trata es de dar cuenta del rol de la justicia constitucional en el sistema político, del que pasa a ser un elemento imprescindible, como corresponde a un órgano al que se atribuyen tareas tales como el control de la constitucionalidad de la ley, el cumplimiento de las asignaciones competenciales constitucionales entre las ramas del Estado, la organización territorial del poder o la protección de los derechos fundamentales de las personas.

1. Si se trata de referir esquemáticamente los planteamientos más generales del libro, podemos apuntar primeramente al estudio de Martin M. Shapiro, *Judicial Power and democracy*, que pretende *dar cuenta de la misma existencia de la justicia constitucional*. Se trata de atender a su mismo supuesto; esto es, por qué un pequeño grupo de hombres que no han sido elegidos anulan la política pública o la bloquean, siendo esta la obra del pueblo o de sus representantes elegidos, advirtiéndose además que puede haber justicia constitucional también en sistemas no democráticos, como ocurre en Egipto y Singapur, sin duda porque se piensa que su existencia es buena para atraer inversión extranjera, y que además puede haber control de constitucionalidad no judicial, como ocurre por ejemplo en los Estados Unidos cuando el presidente justifica su veto o en el caso de que alguna comisión parlamentaria excluye, alegando motivos de inconstitucionalidad, alguna iniciativa para su tramitación. En principio, por lo demás, no debe aparecer como extraña la misma existencia de la institución jurisdiccional. La esencia del control de constitucionalidad judicial remite a la tarea aplicativa del juez que necesariamente ha de referirse a una norma preexistente. Si se parte de la idea de que la norma preexistente tiene la ambigüedad propia de las constitucionales entonces es fácil pensar que hay un amplio margen de discrecionalidad a la labor del juez.

Shapiro examina rápidamente los argumentos federales y la operación de la justicia constitucional como contrapeso en el sistema de división de poderes, así como la aceptación de la justicia constitucional como lógica coronación de la organización judicial en un país, advirtiéndolo aquí una cierta presión corporativa de la propia clase judicial, que según Shapiro se ha dado especialmente en el caso de los países de la Commonwealth. Pero la justificación de la justicia constitucional tiene que ver especialmente con la resolución de los conflictos entre derechos, que son absolutamente lógicos una vez que se admite su titularidad universal y que su reconocimiento, especialmente en el caso de los derechos sociales, implica la desatención de algunos de ellos o de otros intereses. La resolución de los conflictos entre derechos hace recurrir a criterios de ponderación entre los mismos y la verificación del juicio de proporcionalidad, dando por tanto un rol importante a los jueces.

Si se entiende que la justicia constitucional corona, por decirlo así, la organización judicial, se estará dispuesto a aceptar decisiones de la justicia constitucional que no convenzan a todos o que sean recibidas de modo negativo por un importante sector de la comunidad, pero que no son cuestionadas porque hacerlo sería poner en peligro el sistema judicial en su conjunto. Así la conclusión que saca el profesor Shapiro es que el control judicial constitucional allá donde esté en funcionamiento, se mantendrá si la Corte Constitucional actúa con la suficiente prudencia o sentido estratégico para no ofender a la opinión mayoritaria de modo demasiado profundo.

La contribución de Michel Rosenfeld, *Judicial politics versus ordinary politics: Is the constitutional judge caught in the middle?*, versa especialmente sobre la delimitación de las cuestiones sobre las que es conveniente que la última palabra corresponda a los jueces constitucionales, de modo que la razón judicial se imponga al juicio de oportunidad de los políticos, pero preliminarmente afirma la definición contramayoritaria de la justicia constitucional y apunta a los riesgos de politización judicial que esta implica. Rosenfeld cree, en efecto, que es bueno que haya un control de constitucionalidad que pueda proteger a las minorías de las decisiones mayoritarias. Esta clase de control trae algunos inconvenientes como el dar a los jueces un poder que a su vez puede parecer, en parte, que es contrario a su función jurisdiccional, ya que implica un protagonismo cierto en la vida política, pues muchas de esas decisiones de la jurisdicción amparando a las minorías se refieren a cuestiones que tienen una honda trascendencia pública. Esto explica que exista una cierta suspicacia sobre la fuerza política de la jurisdicción o los tribunales constitucionales. Sin duda, asimismo, esas decisiones en el fondo políticas de los tribunales constitucionales, son fácilmente accesibles a la presión de determinados grupos o élites políticas.

El problema fundamental es el de decidir qué cuestiones en una comunidad es mejor que las determinen los jueces según sus propios métodos, y qué problemas es preferible dejarlos al criterio de la voluntad mayoritaria democrática. Desde luego el riesgo de la politización de la justicia aumentará si tenemos una constitución politizada, esto es, una constitución que no solo contiene exigencias procedimentales en relación con la actuación de los órganos del Estado, sino que alberga pronunciamientos materiales, sobre todo en relación con los derechos. Puede pensarse en una escala de la contaminación política de la justicia constitucional que va desde un mínimo, que son las actuaciones en que se determinan cuestiones meramente procedimentales, a otra situación en la que habría espacio para la aplicación del principio de proporcionalidad sin límites en todas las materias.

Tras estos preliminares, Rosenfeld se plantea el problema de determinar qué cuestiones es mejor dejarlas al juicio de los tribunales y excluirlas del debate político. Indudablemente los puntos de vista no populares, las cuestiones relacionadas con las minorías religiosas históricamente perseguidas y las minorías étnicas y raciales parece que pueden ir mejor trazadas por los jueces sin las presiones mayoritarias. Específicamente el juez constitucional parece estar particularmente bien equipado para resolver conflictos de los derechos constitucionales entre sí, y entre estos y los intereses sociales. Tales disputas son reducibles a resoluciones categóricas de acuerdo con la interpretación legal de la constitución y los precedentes judiciales, determinando ámbitos en los que pueda aplicarse el principio de proporcionalidad. Cuando se habla

de los derechos con demasiada facilidad se acantona el recurso a los tribunales en el caso de la protección de los derechos negativos o libertades públicas, pero no se ha de descuidar que los derechos libertad también requieren de una base material para su ejercicio y que los derechos sociales y económicos implican conflictos entre sí o los del derecho y una política mayoritaria, conflictos en suma susceptibles de ser tratados con arreglo al principio de proporcionalidad, que es el que están acostumbrados a aplicar los jueces en los casos de derechos de primera generación.

Rosenfeld propone algunos ejemplos en los que es factible resolver los problemas respectivos de manera judicializada, sustrayéndolos, por tanto, al tratamiento ordinario de la política: estamos hablando del caso de Canadá, el caso de Sudáfrica y el caso de Israel. En el caso de Canadá se trata de aplicar algunos principios constitucionales a la resolución del problema de la secesión; en el caso de Sudáfrica se trata de aceptar la resolución del Tribunal Supremo sobre la inconstitucionalidad de la pena de muerte; y en el caso de Israel se trata de atribuir al Tribunal Supremo un control de constitucionalidad en relación con el reconocimiento de la preeminencia de algunas leyes especiales sobre las leyes ordinarias, siendo así que no hay constitución en este país. Rosenfeld muestra algún caso en el que a su juicio se da un manifiesto abuso de los jueces interviniendo en el campo de la política ordinaria. El ejemplo que nuestro autor cita es el famoso caso sobre el aborto *Roe versus Wade*, en donde piensa que el Tribunal Supremo se excedió al establecer de hecho una regulación sobre el particular que en su opinión debería haber sido objeto de una decisión del legislador. Para Rosenfeld lo que los casos *Bush versus Gore* y *Citizens United* muestran es la posibilidad de tratar en términos estrictamente jurídicos cuestiones que tienen un significado político evidente.

En la medida que el juez constitucional se atenga a las exigencias jurídicas, a lo que se llama el juego del lenguaje del derecho, será capaz de purgar sus interpretaciones constitucionales del ámbito de lo político y, por decirlo así, reprocesar los materiales que ordinariamente pertenecen al terreno estricto de la política, permitiendo que sean incluidos en el marco de la política judicial. La decisión sobre la secesión en Quebec le parece a Rosenfeld razonable desde el punto de vista ideológico y contextual, habida cuenta del prestigio de Tribunal y los argumentos constitucionales utilizados, muy coherentes en un país donde los valores constitucionales tienden a aceptarse de modo muy generalizado. Lo mismo puede decirse en el caso de la pena de muerte en Sudáfrica. El ejemplo de Israel es, en cambio, discutible.

Diría que la tesis de Rosenfeld es que, observados ciertos límites, es razonable que en una sociedad haya espacio para la política judicial y la politización de la constitución (sazonamiento constitucional, teniendo en cuenta razones ideológicas y contextuales).

Creo que la contribución de Dieter Grimm en el libro *What exactly is political about constitutional adjudication?* es absolutamente luminosa sobre ciertos aspectos de la función jurisdiccional de los tribunales constitucionales, mostrando asimismo su relieve en los ordenamientos de los que forman parte indispensable. Sin duda, Grimm cree firmemente en la capacidad de los mismos para llevar a cabo sus funciones de modo plenamente independiente como aplicadores e intérpretes supremos de la constitución. Para empezar, el problema que se plantea Grimm es el de decidir *si la función o adjudicación constitucional es una actividad política o jurídica*. Los politólogos suelen creer que se trata de una actividad política aunque el lenguaje sea jurídico; en cambio los tribunales y los jueces, así como buena parte de los académicos, tienden a pensar en la naturaleza jurídica o legal de la adjudicación constitucional; esto es, de la jurisdicción constitucional. Desde luego no puede ignorarse la trascendencia política de las decisiones de los tribunales constitucionales, pero tampoco que hay una especialización técnica, diríamos, en la función jurisdiccional que desarrollan. Admitamos que los tribunales constitucionales no actúan exclusivamente de acuerdo con un razonamiento jurídico. ¿Qué es lo que hay de político en el control judicial? Desde luego el objeto, que consiste necesariamente en actos políticos, de ordinario procedentes de los más altos órganos del Estado; esto es, las diversas ramas de gobierno, incluyendo los poderes que derivan su autoridad de las elecciones populares, aunque los tribunales de que estamos hablando pueden controlar la constitucionalidad de actos que no proceden de las más altas instancias, así medidas administrativas o decisiones de las cortes inferiores. Evidentemente ocurre no solo que los tribunales controlan actos políticos, sino que sus mismas decisiones tienen efectos de esta naturaleza; piénsese en el caso más obvio que es el *Bush versus Gore*. La propia existencia de la justicia constitucional tiene relieve político y sin duda la observancia de la Constitución es más alta si existe el control de la constitucionalidad.

Quizás la cuestión central sea el ver si la resolución jurisdiccional es también política en cuanto a su naturaleza o si puede ser calificada antes como legal o jurídica. Lo cierto es que si pensamos en actos concretos, puede verse cómo se toman este tipo de decisiones, aunque, con la excepción posiblemente solo de Brasil, no hay retransmisión o publicidad de la actuación deliberadora y decisoria de los tribunales constitucionales. Claramente es diferente la actuación o la posición de los jueces respecto de los políticos. Los jueces son profesionales legales trabajando. No necesitan hacer campaña para conseguir su puesto ni tienen agenda; además, no obran por propia iniciativa, pues la justicia que actúan es rogada, como se sabe. Pero el proceso de reclutamiento sí suele ser un proceso político, ya los elija el Parlamento, el jefe del Estado, los ministros o de acuerdo con una fórmula mixta. Eso da a los políticos una

considerable influencia en el personal de los tribunales más altos; por ello, las constituciones suelen ofrecer garantías contra la elección o el nombramiento del partido en el Gobierno. Otra salvaguarda frente a la politización de los tribunales es la garantía de la independencia judicial, pues ni están sujetos a instrucciones ni han de temer por su remoción. Por descontado, la independencia no es un privilegio personal, existe por causa del derecho, orientada a asegurar que los jueces puedan decidir autónomamente, sin temer ninguna represalia.

¿Cuál es el criterio en la decisión de los jueces constitucionales? Muchos, decíamos, tienden a pensar que la decisión de los jueces es política, aunque después se cubra con una argumentación jurídica. Los tribunales tienen que motivar sus fallos, mostrando que la resolución concreta se deduce de la previsión constitucional general, y los precedentes, utilizando métodos jurídicos de interpretación. Estas decisiones han de presentarse como actos de conocimiento, no de voluntad. Los científicos de la política, sin duda condicionados por su propio modo de operar, tienden a pensar que los jueces son actores estratégicos guiados por un interés propio personal o institucional; esto es, por valores subjetivos o por preferencias políticas. Se niega así fuerza determinativa a las reglas jurídicas del comportamiento judicial, lo que se suele describir cómo una imagen realista del comportamiento judicial. Desde luego que hay casos donde esto es así: jueces que no quieren protagonizar un conflicto con fuerzas poderosas de la sociedad, que temen que sus decisiones independientes pueden tener serios problemas. Pero el problema es saber si este comportamiento político de los jueces en esos casos es normal o no.

La verdad es que Grimm cree que los jueces tienden a contestar a un problema constitucional desde la constitución, están acostumbrados a utilizar argumentos constitucionales para justificar su solución, y es frecuente que los miembros del tribunal cambien su inicial idea sobre la solución correcta porque han sido convencidos por los argumentos jurídicos que se han planteado en la deliberación. Pero hay que reconocer que a veces la norma constitucional no se aplica directamente o no cabe ser referida al supuesto concreto, y entonces puntos de vista extrajurídicos se convierten en decisivos.

Por esto, dice Grimm, tenemos que echar un vistazo a la cuestión de la generalidad de las normas jurídicas como las constitucionales. Las normas son generales porque se refieren a un número indeterminado de destinatarios, de manera que hay un trecho, diríamos, entre la norma general y abstracta y el caso concreto. En la mayoría de los juicios constitucionales surgen dudas legítimas sobre el significado de las previsiones de la norma fundamental en relación con un caso singular. Cuanto más determinada sea la norma, menos tiene el juez que añadir antes de aplicarla al caso. Resulta así que el proceso interpretativo no es meramente cognitivo: la interpretación no es o no tiene que

ver con descubrir un significado que ha sido depositado en la norma en el momento de su adopción. Hay por ello un cierto acto de creación en la aplicación. La necesidad de interpretación, o no aplicación mecánica o automática de la norma, no quiere decir que la cumplimentación de las disposiciones constitucionales sea por naturaleza política. Lo que ocurre es que la reducción de la intermediación y la conversión de una ambigua norma en una aplicable al caso no queda a la discreción de los jueces. Se encuentra guiada legalmente: se trata una operación, por decirlo así, de lógica jurídica. Precisamente, la educación jurídica busca la familiarización con la doctrina y los precedentes y aprender las habilidades que permiten la manera más racional posible de tratar con las normas jurídicas que, como las constitucionales, no se pueden aplicar inmediatamente. Desde luego ni la doctrina legal ni los métodos jurídicos vinculan al juez del mismo modo que lo hace el texto de la norma. Resulta obvio, por lo demás, que no sirve o no es válida cualquier interpretación, pues hay algunas interpretaciones claramente equivocadas con independencia de que la doctrina o el método que prevalezcan. En cualquier caso, es cierto que para delimitar y llenar el espacio de una norma hay que referirse a un contexto no estrictamente jurídico; o sea, a la posición social o intelectual del juez, aunque será muy difícil demostrar una causa entre estos datos y el comportamiento judicial.

Con todo, no se puede excluir que incluso las cortes constitucionales que toman su función seriamente, transgredan la línea sutil frontera entre interpretar la ley suprema y alterarla, y que contradigan los valores de la sociedad en cuyo nombre interpretan el derecho. Será entonces necesario hacer los correctivos, comprobando si tiene consistencia la interpretación, o bien cómo cae la interpretación en la propia sociedad. Cuando la inconsistencia de la interpretación que llevan a efecto los jueces o las contradicciones con los valores y puntos de vista de la sociedad son demasiado flagrantes, habrá que plantearse seriamente la conveniencia de las enmiendas constitucionales. Los tribunales constitucionales son legítimos solo en la medida que sirven, pero no se apropian de la Norma Fundamental.

Mattias Kumm, en *On the representativeness of Constitutional Courts: How to strengthen the legitimacy of rights adjudicating Courts without undermining their independence*, se plantea un problema importante que es el de *la legitimidad de los tribunales constitucionales*. Esta cabe establecerla en términos funcionales: estudiando, de una parte, la contribución de la justicia constitucional a asegurar la observancia de la constitución, especialmente frente al legislador; y de otra, analizando la intervención de los tribunales para conseguir o incrementar la integración y la moderación de los sistemas políticos, dando cobijo a las minorías. Pero si se trata de ir más lejos, apuntando a la justificación de la justicia constitucional, quizás podemos toparnos con el

problema de lo que Kumm llama la representatividad de los tribunales constitucionales.

Ahora bien, si los jueces no se eligen, ¿cómo es que pueden ser representativos? Lo que va a hacer nuestro autor es referirse a cuatro acepciones de la representatividad; esto es, la representatividad de voluntades, la representatividad identitaria, la argumentativa y la vicaria, poniendo especial énfasis en la necesidad de la representatividad argumentativa y vicaria. Desde luego los jueces no son elegidos por intervención popular, pero la intervención de los representantes populares en su selección sí que muestra una conexión democrática de los mismos. A este respecto no se recomienda una autoselección por parte de los jueces respecto de los tribunales constitucionales, como puede ser o ha podido ser el caso de la India. Incluso en aquellos sistemas en el que hay alguna implicación de los jueces en la selección de las cortes constitucionales debe evitarse que los seleccionados por este método superen a los seleccionados por los representantes políticos. La intervención de los jueces está contraindicada aunque se haga para un solo término. Por supuesto peligraría la independencia si el plazo fuese corto y fuese necesaria una nueva propuesta para renombrar a los jueces en cuestión. Ello es vital, sobre todo en instancias internacionales, de modo que los magistrados piensen en su reelección cuando tomen parte en decisiones en casos disputados. Además, los plazos cortos de duración de las magistraturas aseguran una comunicación con las sensibilidades principales que reflejan las mayorías. En este sentido los nombramientos vitalicios, como el de los Estados Unidos, parece que están contraindicados, aunque es perfectamente plausible que algunos jueces de la Corte Suprema, que suelen desempeñar su cargo una media de veinticinco años, tengan más empatía y estén dispuestos a sintonizar con la sensibilidad cambiante de la opinión pública en mayor medida que un juez joven pero que no tuviese sensibilidad ideológica alguna.

Además de la representatividad de voluntades, Kumm llama la atención sobre lo que denomina la representatividad identitaria: los jueces deben corresponder en su raza, género, religión, nacionalidad o clase, en suma, a la comunidad a la que se refieren sus decisiones. Desde luego hay un lazo entre la representación y la legitimidad judicial, y desde este punto de vista la composición del Tribunal debería responder a un esfuerzo por superar las pautas históricas de discriminación y exclusión, aunque ningún equilibrio en la composición del órgano puede tener efectos compensatorios suficientemente satisfactorios. Especialmente en los casos de instancias internacionales es importante asegurar la presencia de jueces familiarizados con la cultura y el contexto local de un Estado que es parte en el proceso, pensando en reforzar las deliberaciones judiciales, y así disponer de una información que tiene en cuenta el contexto cultural de modo sensibilizado.

Una tercera representatividad aparece en el trabajo del Kumm. Se trata de la representatividad argumentativa, para lo que utiliza argumentos en la actuación deliberativa del Tribunal que se emplean en el proceso político y que están conectados con las creencias o valores propios de la comunidad jurídica en la que actúa el órgano judicial. La representación argumentativa se realiza en mayor o menor medida dependiendo de la metodología interpretativa, el estilo de la redacción de la opinión y el papel de las opiniones concurrentes o discrepantes.

Por lo que hace a la metodología interpretativa, la jurisprudencia constitucional debe muchas veces especificar y concretar los principios abstractos de la constitución. Esto se hace según enfoques originalistas, convencionalistas o de razón pública. Los métodos originalistas tratan de averiguar la intención del momento de la redacción constitucional y entienden el sentido de la norma según su autor. Las metodologías convencionales utilizan, sin excluir naturalmente la atención a la averiguación de la voluntad original, argumentos generales empleados en los debates públicos. Aunque esto no es muy útil para rebajar el carácter abstracto de las normas que los tribunales tienen que interpretar, en la práctica este método de interpretación refuerza la intervención legislativa. Por lo que se refiere al enfoque de la razón pública, se trata sobre todo de utilizar el principio de proporcionalidad, de modo que se controla si las autoridades públicas han tomado una determinación teniendo en cuenta los derechos de los afectados; esto es, si hay un propósito legítimo para el Gobierno que actúa, si el Gobierno eligió el modo menos restrictivo de las medidas a tomar y si el sacrificio de quién sufre las medidas adoptadas está justificado teniendo en cuenta el propósito plausible de la autoridad. Es importante considerar si hay sitio para los votos discrepantes. Una práctica judicial que permite votos concurrentes y discrepantes probablemente refleje mejor la pluralidad de puntos de vista que una práctica en la que la corte aparece solo como un actor unitario, tratándose entonces de una decisión respaldada por el tribunal como un todo.

La última representatividad que refleja Kumm es la que llama representatividad vicaria. Se trata de enmarcar las instituciones judiciales en el sistema político, y más específicamente de analizar los mecanismos que permiten a las ramas políticas disputar las decisiones de los tribunales constitucionales. Una primera situación es la de que la legislatura tiene que respaldar la decisión. En el Reino Unido el Parlamento solo puede declarar la incompatibilidad. En Canadá se establece un mecanismo para que una mayoría cualificada pueda superar la decisión del Tribunal. En otros ordenamientos las decisiones jurisdiccionales se imponen y la discrepancia solo se puede superar a través de una enmienda constitucional.

La conclusión es que en realidad no hay nada ilegítimo en el hecho de que las cortes constitucionales tengan la autoridad para controlar los actos de

la autoridad pública, incluyendo actos legislativos respecto a la cuestión de si estos violan derechos individuales. Pero ello no quiere decir que la institucionalización del control judicial no plantee problemas difíciles: los tribunales, como las legislaturas, son instituciones representativas, y lo son dependiendo de una variedad de posibilidades configurativas.

2. En casi todos los autores contribuyentes al libro editado por la profesora Landfried es constante la presencia latente del significado político de la justicia constitucional, pero son los autores que vamos a considerar ahora los que se plantean francamente esta cuestión; esto es, los que proceden a la integración franca de los tribunales en el sistema político. Esta cuestión puede presentarse bajo el epígrafe de *la temporalidad política* que tiende a resaltar la implicación política de los tribunales especialmente en ciertos momentos, determinando el activismo de los mismos, según predomine el modelo de juez prudente o el de juez protagonista. El activismo estaría indicado sobre todo en los momentos de fundación, cuando los tribunales tienen encomendada casi una función constituyente, entendiéndose que los tribunales prolongan la obra de la propia Constitución; en cambio, en los periodos de gestión u ordinarios, los tribunales están dispuestos a su resituación, según esquemas de prudencia y autocontención, en el orden institucional del sistema democrático.

En efecto, se piensa, como Mark Tushnet en *After the heroes have left the scene: Temporality in the study of Constitutional Courts judges*, que en los tiempos de revolución, por así decirlo, los tribunales han de acometer importantes funciones que son consentidas e incluso encargadas por el sistema político, que acepta una aportación de los tribunales constitucionales a establecer la fábrica institucional y a poner en marcha su funcionamiento. Suelen formar parte de estos tribunales personalidades reconocidas y expertos, un personal en definitiva de cuya competencia no puede dudarse, asumiéndose por los actores políticos una renuncia por su parte a emplear cierta autoridad, pues se piensa que la contribución de los tribunales en conjunto será positiva. Véase así lo que ocurrió en Sudáfrica y en Hungría en relación con el establecimiento de la pena de muerte que los constituyentes no quisieron prever. Las llamadas *cortes heroicas* cuentan siempre con una o dos personas sobresalientes; es el caso del Tribunal Barak en Israel, figuras que participaron en la redacción de la constitución bien como políticos o como consultores académicos, como si su papel en el establecimiento de la constitución les diera especial autoridad a la hora de interpretarla. La Corte Constitucional sudafricana, por ejemplo, estaba formada por un grupo de jueces altamente cualificados y además con integridad política demostrada, pues no se habían implicado en el régimen del *apartheid* y se habían ejercitado valerosamente en la oposición al mismo. Estos jueces pueden conectar con importantes sectores la comunidad, como es el caso de Barak, que sintonizaba con los elementos más seculares de la sociedad civil israelí. Lo que ocurre es que

una vez que se ha hecho el diseño constitucional, las élites políticas pueden pensar en que la contribución de los tribunales ya no es necesaria o no es necesaria en ese grado constitutivo, y la corte de recambio puede mostrarse renuente a abandonar el protagonismo. En términos generales, el trabajo de una corte constitucional en un sistema que funciona razonablemente será de rutina y no necesitará de especial cualificación. Suele admitirse que los mejores tribunales son los de Canadá y Alemania, no el de Estados Unidos; pues bien, los jueces alemanes son nombrados por una mayoría de dos tercios y se acepta que la política o la ideología no juegan un papel importante en el momento del nombramiento, de manera que sobresalen exclusivamente en cualidades intelectuales o técnicas. Cosa parecida puede decirse de los jueces de Canadá.

El estudio de Mary L. Volcasenk, *Judicialization of politics or politicization of the Courts in new democracies*, puede leerse como un intento de prevenir el activismo de las cortes y la necesidad de contrarrestarlo a través de la propia autocontención de los tribunales y la operación de controles de su eventual sobreactuación, propios de un sistema pluralista y de funcionamiento institucional regular. En efecto, según ella, solo en los sistemas de elecciones competitivas y alternancia en el poder, que permite a las legislaturas cumplir con sus funciones representativas, pueden los jueces que componen los tribunales constitucionales llevar a cabo una misión judicial y *evitar los escollos de la politización*. También esta autora cree que la tentación intervencionista para los tribunales es especialmente seductora en los momentos de fundación, cuando puede presumirse, con mayor o menor fundamento, una misión constituyente para los mismos. En las democracias más recientes, la judicialización puede ser impulsada cuando los actores de la sociedad civil utilizan a los tribunales para accionar sus agendas. De otro lado, las muchas competencias de las cortes indudablemente acrecientan su poder y le dan un gran protagonismo, ya hablemos de las relaciones horizontales entre los poderes o hablemos de los conflictos que puedan surgir entre los diversos ámbitos territoriales. Sin duda alguna, el hiperactivismo está en la base de los problemas de algunas cortes constitucionales como la húngara, o la lituana o también el mismo tribunal polaco. Es interesante la observación que se hace acerca de los riesgos de una supergarantía de la independencia de los tribunales para asegurar su autonomía. Algunos modos de proteger esta cualidad pueden acabar produciendo un cierto aislamiento de los tribunales; asimismo los requerimientos altos de consenso pueden promover los nombramientos de personas, diríamos, de poca imaginación o propia iniciativa, y por tanto demasiado conservadores. En este sentido los expedientes que acabamos de nombrar pueden ser un factor de anquilosamiento en el sistema político

La preservación de la independencia puede aconsejar cierta autocontención de los mismos (*self-restraint*), de modo que los jueces acepten que a veces

hay que optar por no decidir ciertas categorías de casos. Lo que no pueden los tribunales es creer que pueden quedarse solos en el sistema, sin asistencia bien del Gobierno o bien de las legislaturas.

La verdad es que una situación política fragmentada invita o incluso fuerza a las cortes constitucionales a meterse en la arena política. Asimismo, en una situación de bloqueo político la corte constitucional se puede ver tentada a llenar el vacío político y los partidos pueden estar más dispuestos a plantear cuestiones litigiosas cuando los procesos políticos no pueden resolverlas. La conclusión de la autora es que la contención de los tribunales en sus límites, quiere decirse, su actuación como guardianes con independencia e imparcialidad, se produce en las que podríamos llamar *democracias sanas*, de modo que los tribunales puedan disponer de una reserva de legitimación para su actuación. En suma, si los jueces están motivados para contenerse, actuando prudente y estratégicamente, y reconocen que las legislaturas están mejor situadas para adaptar el cambio social, las cortes constitucionales en las democracias pueden acumular el apoyo público requerido, así como el respeto correspondiente, para ejercer su rol de control. Esto es lo que sucede si hay poderes de equilibrio y compensación.

El trabajo de Ulrich K. Preuß, *Judicial Power in process of transformation*, es una reflexión sobre la implantación de la justicia constitucional en los *Estados postcomunistas del Este y Europa Central*, tan generalizada como difícil, pues suponía una revolución espiritual, por decirlo así, que iba más allá de la meramente política: la acogida de conceptos constitucionales requiere un cierto grado de comunicación transnacional, intercambio intelectual, apertura mutua y, en suma, la receptividad de las sociedades implicadas, incluyendo la capacidad de desconstitucionalizar los conceptos propios e incorporar las categorías que se importan. Pero sin duda la justicia constitucional puede jugar un papel imprescindible en las situaciones propias de una transición pacífica y evolutiva a un orden político postautoritario, donde la observancia de las reglas del Estado de derecho supone una contribución estabilizadora y garantista imprescindible. Considerando los altos estándares profesionales y éticos que tanto las élites políticas como los ciudadanos ordinarios imponen para la selección de los miembros de las cortes constitucionales —esto es, neutralidad, objetividad, atención a los minuciosidad e integridad—, estas juegan un papel fundamental para generar la confianza y la estabilidad en el proceso de creación de instituciones, en el que hay que operar con el procedimiento de ensayo y error. Esto explica efectivamente el papel de los tribunales constitucionales en Hungría y Polonia, aunque el problema es explicar por qué estos tribunales dejaron de desempeñar su función en momentos posteriores y se prescindió de ellos. Destacable es asimismo la capacidad de los tribunales constitucionales para proceder a la depuración del ordenamiento jurídico que se hereda de los regímenes anteriores.

Hay finalmente otras dos observaciones interesantes en el trabajo del profesor Preuß. La primera se refiere a las dificultades de los nacionalismos étnicos, dispongan o no de Estados, en admitir límites en sus pretensiones derivadas de los postulados del Estado de derecho, de manera que se aprecia una tendencia fácilmente degenerativa en los Estados que admiten una legitimidad de tipo étnico vinculada a la idea nacional y no simplemente territorial del Estado. La segunda observación se refiere a la posición que ocupa la justicia constitucional en una democracia. Se trata sin duda de una institución que juega un rol político muy importante, en la medida efectivamente que lleva a efecto el control de la constitucionalidad de la ley que traslada la voluntad de la mayoría parlamentaria y del Gobierno en el que o en la que se sustenta. Pero al mismo tiempo estamos hablando de instituciones de reflexividad que deben observar los procedimientos y las exigencias de la razón del derecho. Desde luego que hay más instituciones que el Tribunal Constitucional que tienen una justificación o que disponen de una legitimación especial, en la medida que no es democrática ni han de dar cuenta a los órganos democráticos del ejercicio de la función que desempeñan: estamos hablando de los bancos centrales o de instituciones propias de la Administración independiente. Hay aquí una contradicción evidente, pues el Tribunal Constitucional es un órgano que desempeña una función política, pero que actúa de acuerdo con un procedimiento que no tiene que ver con el de la actuación de ese tipo. Por último, nuestro autor formula una observación en relación con la enemiga del populismo a los tribunales constitucionales: entre las instituciones odiosas para los populistas hay una que sobresale claramente: la *corte constitucional*, pues después de todo este cuerpo es el órgano que consideran que es el más serio competidor en su lucha para reconocerse como verdadera representación del pueblo.

II. La brevedad y la rotundidad del libro del juez Jonathan Sumption, *Trials of the State. Law and the decline of Politics*, podría permitirnos describirlo como un panfleto, a condición de que no descuidemos resaltar su brillantez y agudeza. Se trata de un ataque a la justicia constitucional que asume la tarea imposible de resolver los problemas políticos de la democracia, en realidad relacionados con deficiencias en el modo en que se organizan en la misma la participación y se atiende a la crisis de los partidos, ensanchando abusivamente el espacio de los derechos fundamentales y atribuyendo la fijación de su contorno o desarrollo a los jueces y no al legislador. En realidad, las espaldas de los jueces no son tan anchas como para soportar este cometido y la atribución de tal rol a los mismos no deja de provocar una usurpación por su parte, desconociendo que en las sociedades modernas la necesidad de composición de intereses es superior a la necesidad de fijar valores o derechos fundamentales, de modo que la atención debe dirigirse al proceso político y no a la vía jurisdiccional.

1. Según Sumption, la época contemporánea ha conocido la expansión de la acción reguladora del Estado, sin duda para asegurar nuestro bienestar, en supuestos y ámbitos en las que no se produce daño para los otros y que además tienen un apoyo moral discutido. Ello reduce el espacio de libertad de los individuos y ofrece oportunidades al poder público de injerencia en las vidas de los ciudadanos, a través de la actuación del legislador y especialmente de los jueces, que pueden verse tentados a ignorar los valores de la sociedad a la que sirven e imponer los propios. En efecto, respondemos a la complejidad creciente de la sociedad con una regulación también cada vez mayor, y pensamos que para todo debe haber un remedio jurídico: un pleito, la persecución penal o una nueva ley. Hemos alimentado un Leviatán con cada vez más poder para reducir los riesgos que amenazan nuestro bienestar. El problema es que las demandas de las mayorías democráticas, pidiendo actuaciones del Estado, pueden tomar formas que son profundamente objetables, incluso opresivas, para los individuos o sectores completos de nuestra sociedad.

2. El juez Sumption cree que en la democracia las decisiones las deben tomar los ciudadanos; pero no directamente, sino atemperadas por la mediación de los representantes y observando los principios del Estado de derecho. Comparte la idea de Burke de que las naciones tienen intereses colectivos que no entienden de límites temporales o geográficos y que no quedan reflejados en la opinión pública del momento.

El Estado representativo no puede funcionar sin la labor agregadora, integradora y moderadora de los partidos políticos. Lo que pasa es que la fuerza de estos no ha dejado de disminuir como consecuencia de la caída en el número de sus miembros, al tiempo que pasan a manos de un pequeño grupo de activistas, cada vez menos representativo de los que los votan.

Quizás el hueco de los partidos llame a los jueces que ofrecen una apariencia de neutralidad, objetividad y competencia que puede contrastar con las características atribuidas a los dirigentes políticos. En la medida en que los políticos han perdido su prestigio, los jueces están prestos a ocupar su sitio. «Los jueces son generalmente inteligentes: gente reflexiva y coherente además de intelectualmente honestos. Están acostumbrados a pensar seriamente sobre los problemas que no tienen fácil respuesta. Contrariamente al cliché acostumbrado saben mucho de la vida real. El mismo proceso judicial consiste en una combinación de razonamiento abstracto, observación social y valoración ética, que para mucha gente, racionaliza y moraliza el proceso de la toma pública de decisiones».

Pero hay un evidente riesgo en ofrecer a los jueces la solución a los conflictos de intereses, fuera de su actuación meramente aplicadora. Primero, porque se trata de una actuación irresponsable, lo que es contrario a los principios democráticos; y segundo, porque las decisiones judiciales no median,

pactan o se concilian entre sí. Se trata de decisiones, por el contrario, en las que irremisiblemente hay un ganador y un perdedor. Sin duda la resolución judicial de los problemas políticos minará la mayor ventaja del proceso político que es acomodar los diferentes intereses y opinión de los ciudadanos. Hurtar las decisiones políticas del proceso político para atribuir las a un cuerpo de gente que no es responsable ante nadie por lo que hacen, es bien cuestionable desde un punto de vista democrático.

3. En el capítulo tercero del libro se exponen algunas ideas sobre la fuente de los derechos humanos o derechos naturales, ligados a una idea de la democracia que Sumption llama *valorativa* frente a la idea de la democracia *agregativa* o *consensual*. Aquella desprende los derechos de los valores; esta de los intereses acomodados según determinadas reglas procedimentales. La democracia valorativa depende de los jueces que crean el derecho. La agregativa de los políticos o representantes que alcanzan acuerdos sobre los intereses.

Los derechos fundamentales son expresión de valores como la dignidad, evidentes y que son suprademocráticos, de modo que el legislador no puede negarlos ni desvirtuarlos. Se trata de derechos inalienables que los seres humanos tienen no por la generosidad del Estado o por la tolerancia de los conciudadanos, sino porque son inherentes a su condición humana. Así, están por encima del debate político y poseen un rango normativo superior al de las leyes aprobadas por las legislaturas democráticas. Hoy en día en Inglaterra su principal asidero es el tratado internacional; eso es, la Convención, cuyos derechos obligan en virtud de su aceptación en la Human Rights Act. Para los que creen que los derechos fundamentales deben existir con independencia de su base democrática, los tratados sobre derechos humanos tienen una atracción obvia pues constituyen una fuente de derecho que no depende de los procesos de decisión nacionales.

Se plantean dos problemas: primero, el de resolver los problemas cuando los jueces nacionales no aceptan la autoridad de la Corte y no anulan el derecho contrario a la Convención: esto ha ocurrido en pocos casos. La segunda cuestión tiene que ver con el carácter dinámico de la Convención, que da lugar a un desarrollo de la misma afirmando una multitud de derechos que en realidad no están contenidos en la Declaración, y que van a obligar no por la voluntad expresa del Parlamento, sino en virtud de lo establecido por los jueces de Estrasburgo (caso del artículo 8 del Convenio, que no es tanto un derecho que proteja la intimidad familiar como la autonomía personal). Se trata de desarrollos del texto del Convenio que reposan en la exclusiva autoridad de los jueces del Tribunal de Derechos Humanos y constituyen un tipo de legislación que no tiene una base consensual. ¿Pero cuál es la legitimidad democrática del legislador juez? ¿No se está trasladando la determinación de los derechos del terreno del legislador democrático a la jurisdicción exclusiva «de la casta sacerdotal de los jueces»?

4. Sumption insiste en su idea de que el control de constitucionalidad en el fondo es una manifestación, parafraseando a Tocqueville, del poder de los juristas o la élite del derecho. Estados Unidos es el ejemplo del Estado legal frente al Estado político que sería Gran Bretaña: esto es, un tinglado institucional, ideado para refrenar el poder del pueblo. El autor subraya con viveza que los tribunales constitucionales, al crear derechos no contenidos en la Constitución (por ejemplo, el art. 8 del Convenio al que ya nos hemos referido, o la cláusula del debido proceso en los Estados Unidos), usurpan el poder de los legisladores. Esto es rechazable desde el punto de vista democrático, ya lo apuntamos, en la medida que se trata de un proceso no presentado claramente y, sobre todo, porque es inútil o contraproducente. La sentencia sobre el aborto (*Roe versus Wade*) no ha pacificado el debate social sobre el aborto ni ha demostrado que esa vía sea mejor que la que se ha seguido mediante su reconocimiento legal en otros países, por ejemplo en Inglaterra. Lo que puede agrupar a la opinión de un país sobre temas vidriosos es la actividad política, o sea, el debate público sobre la citada cuestión porque la defensa de la democracia no puede entregarse a los jueces. Ha de ser política. Y corresponde a la ciudadanía activa a través de las instituciones representativas, que desempeñan su papel tradicional de suavizar la división y mediar en el disenso. Naturalmente esto no excluye que determinados derechos estén consagrados en la constitución y sean defendidos por los tribunales. Pero se trata solo de los derechos esenciales en la vida en sociedad y que aseguran la participación política. Son los derechos que ofrecen la garantía básica de la seguridad, la libertad y la propiedad, y que reconocen la libertad de expresión, asamblea y asociación, sin los cuales una comunidad no puede funcionar democráticamente.

5. Nuestro autor repara en que en el actual momento hay una crisis no solo con el funcionamiento de la democracia, sino atinente a sus agentes o personal político, en realidad a la médula del propio sistema. Y no está de acuerdo con que la solución sea la reforma constitucional, que lo primero que hará será debilitar al Parlamento y darle más poder a los jueces; esto es, abandonar el Estado político y aproximarse al Estado legal. Sumption cree que no se dan los supuestos políticos revolucionarios en que se basa toda experiencia constituyente, y que los problemas graves se afrontan mejor poco a poco y mediante reformas y acomodaciones meramente legales. A veces los topes constitucionales, como a su juicio ocurre en España con nuestro art. 2CE, impiden precisamente las soluciones.

III. 1. Nos parece que el viaje por la literatura sobre los jueces constitucionales bien puede concluir comentando dos estudios imprescindibles sobre esta problemática de los profesores Pedro Cruz y Juan Luis Requejo. El trabajo de Pedro Cruz, «La dimensión evolutiva de la jurisdicción constitucional en

Europa», incluido en el libro coordinado por los profesores Bogdandy y Martín y Perez Nanclares, se plantea, en concreto, trazar las líneas evolutivas de la jurisdicción constitucional en Europa, desde los comienzos de constitucionalismo hasta 2009, atendiendo a sus manifestaciones orgánicas, las diferentes funciones que asume y sus bases doctrinales correspondientes. La jurisdicción constitucional no deja de ser la consecuencia lógica de la implantación de la idea normativa de constitución. La constitución es una verdadera norma jurídica y ante su infracción por parte del poder público o de los particulares debe haber una oportunidad para reclamar su justiciabilidad ante un verdadero tribunal; esto es, un órgano jurisdiccional independiente que ofrece garantías de regularidad procesal y que decide exclusivamente empleando la razón del derecho. Desde el punto de vista temporal, la trayectoria examinada va desde el señalado surgimiento del constitucionalismo (1789) hasta 2009, cuando tiene lugar el reconocimiento indirecto de la primacía del derecho de la Unión en el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de este año, la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales al derecho primario de la Unión y la cristalización de la identidad constitucional del Estado miembro, ejemplificada en la sentencia *Lisboa* del Tribunal Constitucional alemán del 30 de junio de este año.

1.1. Pasamos por encima la consideración de los primeros períodos de este tracto de tiempo, que Pedro Cruz domina como nadie, y que conocen formas de control de la ley inconstitucional bastante rudimentarias, pues en el siglo XIX la normatividad constitucional plena no puede lograrse por *la dificultad* monárquica o la nacional, y es pronto para llegar a la reclamación de un tribunal que concentre el control de la constitucionalidad de la ley, aunque de modo extraordinario en algunos ordenamientos se ejerza un control difuso por los jueces que inaplican la norma inconstitucional inter partes. Pedro Cruz recuerda una toma de posición de Dicey al describir una situación bastante desalentadora del constitucionalismo europeo anterior a la Gran Guerra: ni en Inglaterra ni en Francia se reconoce efectivamente protección constitucional frente a una ley considerada inconstitucional; ello solo ocurría en los Estados Unidos.

1.2. La situación de la justicia constitucional en el período entreguerras da cuenta de la incertidumbre de Weimar, con tribunales superiores que resuelven conflictos competenciales, reclamaciones individuales de derechos políticos y de participación e impugnaciones denunciando la inconstitucionalidad de las leyes (conflicto de Prusia en el año 1932, anulación de la ley de revaluación de la moneda de 1925 o lesiones de los derechos de participación, educación o de carácter lingüístico). Pero este tiempo conoce el establecimiento y funcionamiento de tribunales constitucionales concretos: así el Tribunal Constitucional de la República de Austria de 1920 a 1933, un Tribunal Constitucional en la Primera República Checoslovaca de 1920 a 1968 y el Tribunal

español de Garantías Constitucionales de 1931 a 1939. Para Pedro Cruz lo importante es que entonces se produce una reflexión doctrinal en la que se lleva a efecto una caracterización total de la justicia constitucional, empleando una serie de categorías conceptuales cuyo rigor y precisión nos acompañan hasta hoy: tipos de control, legitimación, efectos, etc. Para esto es muy importante considerar lo que había hecho la Escuela de Derecho Privado, en particular adoptando una concepción del ordenamiento jurídico como una estructura jerárquicamente articulada. Se trata del *momento Kelsen*: él es quien da forma al invento de la justicia constitucional, quién se responsabiliza del mismo tanto a nivel teórico como práctico, y quien se convierte en su propagador indiscutible.

1.3. La siguiente fase temporal comprende hasta 1989 y estudia, sobre todo, la implantación de la justicia constitucional en Alemania e Italia, países ambos en los que se reconoce el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes a los tribunales constitucionales correspondientes. En el caso de Alemania se destaca la contribución del Tribunal a la efectividad de los derechos fundamentales a través del amparo, asumiendo la irradiación de los mismos a las relaciones entre particulares, o la utilización del criterio de proporcionalidad para resolver sobre las vulneraciones de dichos derechos fundamentales. Cuestión aparte es la intervención del Tribunal Constitucional en el desarrollo del federalismo. En el caso de la Corte Constitucional italiana se recoge su labor en el control de la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, la preponderancia de *la cuestión* en el desarrollo de las funciones del Tribunal o la actuación del mismo en relación con los referéndums abrogatorios de las leyes. Según Cruz, este Tribunal, en tanto que de los más antiguos representantes del sistema europeo, aparece como el elemento más estable de la Constitución italiana, equiparable solo a la magistratura del presidente de la República. Se presta también atención a la evolución del Consejo Constitucional francés, que se ha convertido finalmente en una verdadera jurisdicción constitucional, sobre todo como consecuencia en 2008 de la introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad. Además de estos tres casos, Cruz se refiere a la situación en Grecia, que opta por una un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y Portugal, que combina el control difuso con el control concreto. Y España, que es un modelo completo de justicia constitucional y que notoriamente depende del alemán. Se destaca que la justicia constitucional no solo es cuestión de lo que podríamos llamar los Estados fallidos o los Estados con un pasado autoritario, pues se introduce realmente asimismo a través de la reforma en ordenamientos como son el de Bélgica, Luxemburgo y Andorra.

Hay un apéndice muy interesante donde se reflexiona sobre la función que han adquirido los tribunales constitucionales, especialmente el alemán, cómo supremos intérpretes de la Constitución, dando a esta expresión un

contenido que va más allá de la mera averiguación del significado de la norma fundamental, refiriéndose a una cierta labor de construcción, casi normativa si se quiere. Esto está relacionado con la atribución al Tribunal Constitucional de un halo mítico al que ya hemos aludido y ha sido objeto de algún comentario crítico especialmente por parte de un sector profesoral del derecho constitucional y la teoría del Estado alemanes que ha puesto de relieve el seguidismo de la doctrina académica respecto del *BVerfGE*; y en definitiva su rebajamiento en relación con el nivel de la teoría constitucional anterior. Así, los profesores, según este criterio un tanto exagerado, pasarían de contribuir a la teoría constitucional a la mera exégesis de las decisiones y sentencias del Tribunal.

1.4. Tras la caída del muro se produce una proliferación de tribunales constitucionales en los países del centro y el este de Europa, que preceden a los procesos constituyentes, y que desarrollan un activismo llamativo. Es el caso de Polonia, cuyo Tribunal dicta sentencias monitorias no vinculantes, a medio camino entre un control por omisión y un control represivo, por medio de las cuales se señalan deficiencias o lagunas en el ordenamiento jurídico susceptibles de afectar su coherencia. Interesante también es el caso de Hungría, cuyo máximo Tribunal utiliza como canon de constitucionalidad no necesariamente la norma fundamental escrita, sino la Constitución, por así decir, ideal o subyacente. Así se declaró la inconstitucionalidad de la pena capital subsistente en el Código Penal. El Tribunal también da instrucciones al legislador. En palabras de quien fue su presidente Solyon, la aportación del Tribunal radicó en su contribución a la fundación en Hungría de una cultura constitucional democrática y de Estado de derecho. Asimismo, el Tribunal Constitucional checo puede considerarse definitivamente instalado, siguiendo un esquema de inspiración claramente norteamericano con una renovación de la totalidad de los quince miembros nombrados con la aprobación del Senado cada nueve años, y cuyo centro de gravedad es el control tanto abstracto como concreto de constitucionalidad de la ley parlamentaria. Es de advertir que todos estos tribunales se encuentran con el reto de la integración europea, asumiendo la primacía de un ordenamiento supranacional enteramente novedoso para ellos. También parece, de algún modo, que se trata de tribunales impuestos cuya aceptación se condiciona al ingreso en la Unión Europea.

Pero hay, dice con toda razón Pedro Cruz, que dedicar una atención imprescindible a los tribunales europeos que son expresión de una constitucionalidad a nivel continental y que inciden en la función propia de los tribunales nacionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos termina funcionando como supremo tribunal de amparo en los países del Consejo de Europa frente a las resoluciones judiciales nacionales firmes. Por su lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el tribunal constitucional del ordenamiento comunitario, que ha considerado parte de su misión la garantía de los derechos fundamentales casi

desde los Trimeros tiempos, función que queda reforzada por la sentencia Solange II. El derecho de la Unión desplaza la aplicación del derecho de los Estados miembros en su conjunto y en cada una de sus manifestaciones, generando la obligación de cualesquiera órganos judiciales de estos de proceder en consecuencia de manera directa y sin intermediación o filtro alguno. Así, los tribunales constitucionales pierden el llamado monopolio de rechazo respecto a la ley nacional del interior de cada ordenamiento jurídico nacional y deben aceptar la concurrencia del conjunto de los órganos jurisdiccionales nacionales en esta materia. Paralelamente es importante señalar que el Tratado de la Unión asegura el respeto por parte del derecho de la Unión de la identidad constitucional de los Estados miembros, y que se ha admitido por los Estados la obligación de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la Unión de la misma manera que cualquier tribunal nacional en las circunstancias contenidas en el artículo 267.

Lo cierto es que el proceso de integración, concluye el profesor Pedro Cruz, ha afectado seriamente a la actividad de la jurisdicción constitucional concentrada a escala nacional. De otro lado, lo que no se puede negar es que los tribunales constitucionales europeos a todo lo largo de su evolución han acumulado entre ellos un formidable patrimonio de cultura constitucional compartida como miembros de la misma *Verfassungsgerichtsverbund* (comunidad de tribunales europeos constitucionales).

2. Por lo que hace a la contribución del profesor Juan Luis Requejo, hay que resaltar diversos aspectos de interés de la misma. Ofrece, en primer lugar, una panorámica de conjunto que refleja perfectamente el actual momento de la justicia constitucional, que es justamente el de la pérdida del privilegio jurisdiccional de la ley, que solo admitía el control del Tribunal Constitucional pronunciándose sobre la validez de la misma y estableciendo en su caso su nulidad. En la situación actual, ante todo, la Constitución no es la norma suprema del ordenamiento, pues como se sabe los conflictos entre la ley nacional y el derecho comunitario se resuelven a favor de la prevalencia de este; y además el control al que está sometida la ley no es solo el de la Constitución, sino también el del derecho europeo. Tampoco ese control corre a cargo del Tribunal Constitucional, sino de los jueces, aunque estos se pronuncien sobre la aplicabilidad de la ley y no respecto de su validez.

Lo que ofrece el trabajo del profesor Requejo es un exhaustivo repaso de las variantes europeas de la justicia constitucional, sea en lo que se refiere a la organización institucional de esta, las sentencias que emiten los tribunales y las funciones o tareas que desarrollan, a partir del análisis de las conclusiones que ofrecen los diferentes casos considerados en el libro editado por Armin von Bogdandy y José Martín y Pérez de Nanclares. Me parecen especialmente significativas las afirmaciones de Requejo en relación con los mecanismos que se conocen en los diversos ordenamientos para asegurar la independencia

de los tribunales, atendiendo sobre todo al alcance de la *partidificación* en su composición y la posible utilización de otros procedimientos de selección alternativos, como las asociaciones judiciales. Requejo no cree que se pueda salvar la objeción del carácter político de la justicia constitucional ni que las asociaciones judiciales carezcan de sesgo ideológico. Lo que al respecto ofrece el derecho comparado es cohonestar, a la hora del nombramiento de los magistrados constitucionales, la conveniencia de una cierta correspondencia con las sensibilidades políticas mayoritarias y la ventaja de la transparencia democrática, pues siendo imposible el juez ideológicamente neutro es preferible que la adscripción o sensibilidad ideológica del juez sea de conocimiento público. Parece también adecuada la observación de Requejo sobre el conveniente equilibrio en la composición de los tribunales de su ala judicial y su ala académica. Los jueces profesores permiten estrechar las relaciones entre la doctrina judicial y el derecho comparado y la teoría constitucional, y están más abiertos a la crítica. Los jueces judiciales pueden facilitar descubrir el nervio de la argumentación, sin divagaciones y meandros, y están preocupados por los efectos verdaderos de las decisiones que adoptan. Su incorporación a los tribunales depende también de la inclinación de las jurisdicciones al control difuso.

La evolución de la jurisdicción constitucional debería orientarse a una cierta confluencia en el ejercicio tanto del control abstracto como del concreto, partiendo de que en la actualidad es clara la preponderancia de la jurisdicción concentrada (nueve de los trece casos examinados en los informes del libro). La corrección en el sentido de favorecer el control difuso es debida no solo a la influencia del modelo americano, sino a la toma en consideración de la especialidad de la propia justicia constitucional cuyos rasgos, en los términos que hemos visto, progresivamente están perdiendo justificación. El asentamiento de los sistemas democráticos confirma la conciencia del legislador de sus límites de acuerdo con una idea adecuada del Estado de derecho. La ley es la expresión normal de la voluntad democrática y la corrección de la misma queda para los supuestos de infracción manifiesta constitucional. Otra cosa, esto es, la hiperconstitucionalización del ordenamiento no deja de señalar una orientación de excepción en la que urge recuperar, a través de la significación educativa de las sentencias, la propia reconstitución democrática de la sociedad. Para la recuperación posicional de la ley democrática y el rebajamiento de su evidente hiperconstitucionalización los sistemas de jurisdicción concentrada harán bien en mirar con mejores ojos a los sistemas europeos, que sin problemas especiales de democracia habían basado el control de constitucionalidad sobre esquemas difusos, sea Suiza, Países Bajos o mixtos como Finlandia o Portugal.

El futuro de la justicia constitucional no puede entenderse sin perder de vista el provenir del mismo proceso de integración europea. Irrenunciable será el ofrecer, en lo que duren los tiempos de la transición, especialmente por parte

de los tribunales europeos, una protección ordenada y superior de los derechos fundamentales, al tiempo que se garantiza el respeto de la identidad constitucional de los Estados a que compromete a los poderes públicos comunes el artículo 4 del Tratado. Pero si el futuro es la integración total, advierte el profesor Requejo, lo que corresponderá a los tribunales europeos es servir de inductores de la constitucionalización acelerada de la Unión y garantizar la libertad de los ciudadanos frente al nuevo Leviatán europeo.

GONZALO CAPELLÁN (ed.): *Dibujar discursos, construir imaginarios. Prensa y caricatura política en España (1836-1874)*, Santander, Editorial de la Universidad de Cantabria, 2022, 616 págs.

El tupé de Sagasta, los puntos negros de Ruiz Zorrilla, la matrona (encarnando a España o a la república, con un gorro frigio), el turrón, un Pi y Margall con gesto serio, los macarrones que acompañan a Amadeo I. Ninguna de estas imágenes resultará extraña a quienes se hayan acercado con cierto detenimiento a las décadas centrales del siglo XIX español. Su presencia en las ilustraciones de una prensa satírica en expansión, especialmente a partir del Sexenio Democrático, es abundante y sigue unos patrones reconocibles. Y no obstante, su omnipresencia no parece haber ido de la mano de un estudio sistemático, de un análisis que legitime estas fuentes como un objeto delimitable, con unas características propias, lo que implicaría, por tanto, partir de unos planteamientos teórico-metodológicos distintivos.

Esta inercia parece empezar a superarse con esta obra, cuyos veinte capítulos permiten recorrer algunos aspectos centrales de la caricatura política en las décadas centrales del siglo XIX español. Estas contribuciones vienen precedidas, como es habitual en las obras colectivas, por una introducción a cargo del editor de este proyecto editorial, Gonzalo Capellán. Unas primeras páginas que en este caso resultan especialmente útiles, dado que nos hallamos ante un campo que, con alguna excepción, no ha sido trabajado de forma sistemática en nuestra tradición historiográfica. Además de presentar sucintamente el contenido de las cerca de seiscientas páginas a lo largo de las cuales se despliegan las contribuciones, Capellán, autor asimismo de dos de los capítulos, delinea las líneas clave del marco teórico y metodológico de un campo de estudio como el iconográfico, especialmente el que tematiza su faceta política, deudor de las aportaciones de la llamada Escuela de Warburg, en particular de Martin Warnke, pero también de los trabajos de Carlo Ginzburg, W. J. T. Mitchell y, entre nosotros, de José M. González García.

Sobre este trasfondo, se privilegia en la obra reseñada un tipo especial de la cultura visual, la caricatura política publicada en la prensa periódica, cuya historia puede retrotraerse al menos hasta 1836, combinando lo serio y lo cómico (lo «joco-serio») con un propósito crítico. Si bien será este formato la principal fuente de datos, en su introducción Capellán alude a la relevancia de otros soportes para el estudio del lenguaje visual del siglo XIX español, algunos de los cuales han sido poco tratados o directamente han escapado a la mirada de los historiadores. Quizá entre los más conocidos, destaquen los aleruyas, las láminas, las composiciones basadas en material fotográfico y los naipes. No obstante, se menciona asimismo un formato material sorprendente por ignorado: las etiquetas de las cajas de

cerillas se insertan, según subraya el editor, en esa cadena de formatos interrelacionados.

Entre esta variedad de soportes, se producían transferencias y préstamos de las ilustraciones, adaptadas en el proceso a las limitaciones físicas y estructurales de cada uno de ellos. De este modo, el alcance de las representaciones satíricas se multiplicaba al tiempo que se facilitaba la consolidación de un lenguaje iconográfico gracias a esa circulación de imágenes, funcionando la prensa periódica como piedra clave de una gramática visual en formación. Relacionado con este fenómeno, puede ponerse en conexión el desarrollo paralelo, como señala Sánchez Collantes al ocuparse del gorro frigio (cap. 12), de «fenómenos de intervisualidad», en la línea esbozada por Peter Burke, entre autores que elaboraban sus imágenes mediante préstamos y plagios. Puede colegirse que los dos procesos señalados habrían contribuido a la expansión de un patrón y un lenguaje visual identificable para los autores y especialmente para el público. Una audiencia potencial que en la España de las décadas estudiadas por el volumen colectivo presentaba una elevada tasa de analfabetismo. El medio visual devino así un factor de politización esencial con un alcance potencial superior al de las secciones textuales de la prensa.

Por otra parte, para que la comunicación fuese funcional, era necesario generar un nuevo código comunicativo de naturaleza visual compartido por una suerte de «comunidad de videntes» adecuado a unas condiciones históricas que estaban dejando atrás el mundo premoderno y sus claves interpretativas. Por ese motivo, no resulta sorprendente encontrarnos a medida que recorremos las páginas de esta obra con referencias de los colaboradores que apuntan al progresivo desarrollo de un lenguaje plástico que va ganando autonomía y permeando paulatinamente el imaginario social, como señalan entre otros Mónica Fuertes en su análisis de *Fray Gerundio* (cap. 2) o Rebeca Viguera, que identifica las representaciones visuales de la prensa (cap. 17). Tanto en el caso de las imágenes que cuentan con una larga tradición iconográfica (nación, pueblo), como en el de las más novedosas (prensa), puede observarse una evolución y (re)codificación en las décadas centrales del siglo.

En la elaboración de ese lenguaje, sus emisores, los caricaturistas, jugaron un papel crucial. Fueron dibujantes como Eduardo Sojo, Mariani, Ortego, Tomás Padró o Eduardo Planas quienes contribuyeron a este proceso de codificación, lo que los incluye, desde esta perspectiva, en la nómina de protagonistas de la formación de una de las culturas políticas más importantes del periodo, la republicana. Su pericia técnica es puesta de relieve en el capítulo elaborado por Marie-Angèle Orobon, que se centra en las representaciones de la Marianne. Varios de esos dibujantes habían recibido formación académica en la Academia de San Fernando (cap. 11). Por otro lado, el peso de la influencia del lenguaje iconográfico francés, más desarrollado, es puesto de

relieve en varios de los trabajos, como hace Francisco de Paula Villatoro Sánchez al ocuparse del medio *El Cañon Rayado* (cap. 4).

El sesgo ideológico republicano de los dibujantes y de la prensa que publicaba sus ilustraciones hace que el foco del libro favorezca a esta familia ideológica. La excepción más llamativa a esta tendencia es el capítulo de Capellán dedicado a *El Ermitaño*, publicación contrarrevolucionaria del periodo del Sexenio (cap. 6).

El marco temporal escogido comprende en principio el reinado de Isabel II y los años del Sexenio Revolucionario. Sin embargo, esta delimitación no opera como un corsé que establece un perímetro infranqueable definido, en primer lugar, por la historia política española y, en segundo lugar, a nivel material por el desarrollo técnico de la cultura impresa, que permitió la publicación de imágenes en color, de mejor calidad y a menor coste.

Por el contrario, la propia naturaleza de los objetos de estudio escogidos afecta al marco temporal al menos en dos sentidos, tal y como se desprende del tratamiento del lenguaje iconográfico que hacen los diferentes autores. En algunos casos, tomando como referencia central el periodo señalado, se vuelven necesarias las alusiones a la historia previa y a la posterior evolución de las representaciones, lo que permite afinar el valor de la iconografía estudiada. Esto se observa especialmente en el caso de imágenes asociadas a la monarquía prerrevolucionaria, como la matrona y el león. Menos habituales, pero también significativos son los artículos que expresamente desbordan el marco fijado, ampliando el foco temporal. El caso más llamativo corresponde a la propuesta de Fernández Sebastián (cap. 19), cuyo artículo se ocupa no solo de la representación de la idea de constitución en su sentido moderno desde las revoluciones atlánticas hasta la actualidad, sino que supera también la historia centrada en la Península para incorporar espacialmente Iberoamérica y las experiencias, al menos parcialmente, anglosajonas y francesa. Con ello, a lo iconográfico y lo conceptual se suma una interesante propuesta comparativa.

De no ser por la aclaración que se hace en la introducción, la mera observación de estas *estribaciones* temporales habría alimentado la sospecha de algo que rápidamente el propio editor se encarga de desvelar. Este volumen está concebido como parte de un proyecto de mayor alcance, constituyendo el primer tomo de una serie que profundizará, en un segundo momento, las relaciones entre la caricatura y la historia política en el periodo de la Restauración, para terminar con la publicación de un tercer tomo que tematizará la Dictadura de Primo de Rivera, la II República y la Guerra Civil, ya en pleno siglo xx¹.

¹ Este proyecto editorial encuentra su plasmación organizativa en un grupo de investigación: «Historia: iconografía, conceptos, símbolos» (HICOS), radicado en la Universidad de la Rioja.

Basta recorrer la producción intelectual de Capellán durante los últimos años para observar que este ambicioso proyecto tiene una historia previa. Esta no es la primera incursión de este historiador en el llamado *pictorial turn*, que reivindica lo icónico frente a lo verbal. Una de sus últimas contribuciones analiza, por ejemplo, la historia de las representaciones de la democracia².

No es un dato menor que tanto en este caso, como en el que se aborda en esta reseña, el abordaje no se limite a una mera descripción cronológica de símbolos y recursos visuales que de forma recurrente o innovadora aparecen relacionados con ideas, conceptos o formas de gobierno. El interés de su enfoque, como por otro lado se encarga de subrayar el editor, se muestra con mayor claridad cuando a los sucesivos objetos de estudio se les dota de espesor interpretativo gracias al uso de una reflexión teórica que desemboca en la emergencia de una gramática iconográfica en la que conceptos, metáforas y símbolos construyen un entramado de signos y significados dotados de un perfil peculiar. Desde este punto de vista, es difícil, en definitiva, infravalorar la relevancia de las imágenes en la elaboración de los imaginarios colectivos (pp. 11-12). Sirve de botón de muestra la estructura con la que solía esquematizarse la realidad política. Esta presentaba un carácter dicotómico, siendo habitual la contraposición entre la forma de Estado republicana y la monárquica. Un recurso comunicativo que haría fortuna y que recuerda a la noción koselleckiana de contraconceptos asimétricos³.

Es en este punto en el que, de forma más o menos lograda en los diferentes trabajos, la ya de por sí interesante conexión que se establece entre la historia social y política del periodo y las caricaturas políticas es enriquecida con la comprensión de una lógica semiótica propia de lo iconográfico, cuyo sentido, obviamente, solo puede encontrarse en su inserción en un contexto más amplio. La globalidad que caracteriza a lo histórico no obsta, sino todo lo contrario, para reconocer la existencia de una estructura comunicativa que permite distinguirla de otros campos interconectados, lo que sin duda constituye un logro colectivo de los colaboradores de este proyecto.

Debe destacarse asimismo la complementariedad que desde el marco teórico se muestra entre el estudio iconográfico y el conceptual, lo que, entre

² Gonzalo Capellán de Miguel, «Los símbolos de la democracia en España (siglos xx y xxi)», en *Historia Actual Online*, 52, 2020, pp. 17-34; «Democracia. Iconografía política de los conceptos fundamentales de la modernidad», *Historia y Política: Ideas, Procesos y Movimientos Sociales*, 44, 2020, pp. 173-217.

³ Reinhart Koselleck, «Sobre la semántica histórico-política de los conceptos contrarios asimétricos», en *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 205-250.

otras consecuencias, contribuye a incrementar los recursos teóricos a la vez que profundiza la relevancia de la dimensión temporal. Considero este aspecto central al menos por dos razones. Por un lado, al permitir transferir el característico énfasis en lo diacrónico de la historia de conceptos germana al campo de la iconografía política; por otro, al recoger la apuesta por la relevancia de la reflexión teórica como parte indispensable de la historiografía.

Respecto a la primera cuestión, la semiótica anclada en lo visual mostraría un desarrollo temporal particular sin perder de vista la inevitable retroalimentación con el resto de ámbitos y formas en los que se manifiesta la comunicación política. Las colaboraciones se refieren así a lo «verbo-visual» o «icono-textual», expresiones con las que se manifestaría el entrelazamiento de ambos órdenes. La aproximación de corte diacrónico sobre las ilustraciones permite apreciar, por ejemplo, ya a partir de la lectura del primer artículo, un estudio sobre *El Sancho Gobernador* a cargo de Laura Corrales, cómo comienza a tomar forma el canon del lenguaje iconográfico mediante la atribución de objetos y actitudes de forma exclusiva a determinadas figuras política. Alcalá Galiano aparecerá en este sentido retratado vertiendo botellas de vino en un embudo que hace de cabeza. Síntoma de una decepción con la política liberal ante los enfrentamientos entre sus distintas sensibilidades que no dejará de aumentar y que ya supera en ese momento el ámbito de las cortes y del periodismo político «serio». Con ello se señala el comienzo de la desacralización de las instituciones políticas liberales, anticipando la de los principales conceptos de su discurso ideológico. Otro recurso relativamente habitual consistió en la conversión de un personaje (normalmente ficticio) en protagonista del medio publicado. Sancho Panza cumplirá esa función en *El Sancho Gobernador*. En otro caso, *Fray Gerundio* mostrará expresamente de una segunda figura, el lego Tirabeque. Un modelo que se repetirá en futuras ocasiones, como muestra el trabajo de María Eugenia Gutiérrez Jiménez, que aborda un medio en el que los personajes principales serán el Padre Adam y su paje, Patricio (cap. 5).

En segundo lugar, la confluencia de campos de estudio, expresada en la plural trayectoria académica de los autores y en el uso de recursos teóricos procedentes de campos afines, convierte este volumen en un ejemplo de la necesidad y del potencial que encierra partir de y refinar instrumentos teóricos que planteen problemas y, en consecuencia, dirijan las preguntas del investigador. La influencia de la aproximación conceptual que impregna especialmente algunos de los trabajos tampoco es ajena a la biografía académica de Capellán, como tampoco lo es a la de Juan Francisco Fuentes o Javier Fernández Sebastián, impulsores de la historia de conceptos en la historiografía iberoamericana, especialmente en el caso de este último.

Las novedades no se limitan a la elección temática y a la ambición de contribuir con una nueva mirada al conocimiento de la historia contemporánea

española. Los capítulos del libro vienen acompañados de un llamativo índice «icono-onomástico». Un novedoso recurso que permite la identificación visual de los principales actores políticos de la época, referentes privilegiados en las ilustraciones de los diarios satíricos analizados. El propio formato de presentación de la obra difiere también de lo habitual. El clásico soporte en papel viene complementado por un segundo volumen con la reproducción de medio centenar de cabeceras, acompañadas de una breve reseña, cuyo interés iconográfico es relevante a juicio del editor. A estos bloques se suma la posibilidad de acceder de forma libre a las fuentes citadas pero no reproducidas en los artículos. Este material gráfico en alta resolución está alojado en la página web de la Editorial de la Universidad de Cantabria. Otra novedad es la inclusión de códigos QR en las páginas del libro físico. Un aspecto innovador aplicado a las publicaciones científicas del campo de la historiografía, que permite consultar las imágenes no impresas en el libro a las que se hace referencia. En ambos casos, la integración de lo digital y lo analógico presenta la ventaja de hacer accesibles las imágenes de forma detallada y con la calidad suficiente para observar detalles de otro modo difíciles de captar con las limitaciones derivadas de su reproducción material.

En las páginas siguientes, haré una breve mención a la estructura de la obra y a los aspectos que considero más destacados de las distintas contribuciones. En cuanto al primer aspecto, la publicación se concibe compuesta en dos grandes bloques, subdivididos a su vez sendas secciones. La primera de las cuatro partes resultantes tiene como objeto de estudio esencialmente algunas de las publicaciones periódicas más representativas de las primeras décadas del marco temporal de la obra. Nos encontramos así con cabeceras como *El Sancho Gobernador*, *Fray Gerundio*, *La Posdata*, *Guindilla*, *El Tío Camorra*, *Gil Blas*, *El cañón rayado*, *El Ermitaño* y *El Padre Adam*. Raquel Irisarri Gutiérrez desplazará en su trabajo la investigación centrada en una cabecera por una problemática, la representación de la mujer, ampliando asimismo el marco temporal (cap. 3). La segunda sección se sitúa ya en la época en la que la producción de las sátiras visuales es más rica, el Sexenio, desplazando el centro de gravedad desde las cabeceras a la construcción visual de los principales protagonistas políticos del periodo. Amadeo I y Carlos VII (Blanca Redondo, cap. 7), Ruiz Zorrilla (Eduardo Higuera, cap. 8), Sagasta (José Luis Ollero, cap. 9), Prim, Pi y Margall (Lara Campos, cap. 10), entre otros, son construidos públicamente. La tercera parte aborda temas y elementos que son pasados por el tamiz de la caricatura. El gorro frigio, la Marianne, conceptos clave del liberalismo español, como estado (Ainhoa Gilarranz-Ibáñez, cap. 13) y España (Gregorio de la Fuente Monge, cap. 14), cuestiones económicas, como las ilustraciones de la hacienda pública (Andrés Hoyo, cap. 15), son tratados en este apartado sucesivamente. La cuarta sección retoma, por último, la centralidad del lenguaje verbal como objeto de

caricaturización. Conceptos en algunos casos muy abstractos, como el de prensa, pueblo (Juan Francisco Fuentes, cap. 18) o constitución, puntales del régimen liberal, son analizados junto a otros más apegados a la experiencia práctica, como es el caso de empleomanía, prensa alquilona y el turrón (Gonzalo Capellán, cap. 16). El último capítulo posee un cariz particular que lo distingue, exceptuando la introducción, del resto. Reflexiona teóricamente sobre los rasgos básicos y el potencial para la investigación histórica de las representaciones iconográficas, ocupándose de la naturaleza del humor (cap. 20).

En todos los casos, los análisis están acompañados de una reproducción selectiva de gran calidad de las fuentes visuales citadas. Con una sola excepción. El capítulo que cierra el volumen colectivo carece de ellas. Su objetivo prosigue las reflexiones teóricas planteadas en el capítulo introductorio, ampliando el marco hacia la problemática del humor en el mundo occidental y su conexión con el periódico histórico estudiado.

El libro editado por Gonzalo Capellán supone, en definitiva, el comienzo de un proyecto ambicioso, con un recorrido potencialmente amplio que puede afinar la comprensión de los discursos e identidades políticas de la historia contemporánea española. Suma una capa interpretativa a las que ya proveen la historia de conceptos y el estudio de las metáforas políticas. Tres facetas inevitablemente entremezcladas, aspecto este que no pasa desapercibido en la lectura de esta obra, que constituyen los apoyos necesarios para aspirar a interpretar tanto el campo de lo político como el desenvolvimiento de la política en un pasado que cada vez nos resulta más ajeno y extraño.

Luis Fernández Torres
Universidad de la Rioja

JOSÉ FÉLIX TEZANOS: *Pedro Sánchez. Había partido: de las primaras a la Moncloa*, Madrid, Editorial Catarata, 2022, 285 págs.

La bibliografía sobre partidos políticos presenta gran complejidad científica a causa de los diferentes afluentes que confluyen en el estudio del principal sujeto de la vida política contemporánea. Por una parte, están las monografías que estudian partidos singulares con metodología de la ciencia política (Carlos Huneeus sobre UCD, Lourdes López Nieto sobre Alianza Popular, Ignacio Sotelo y Santos Juliá sobre el PSOE). En segundo lugar, los incontables libros de periodistas (Gregorio Morán sobre el Partido Comunista de España, Gonzalo López Alba sobre el PSOE y Luis R. Aizpeolea sobre Rodríguez Zapatero y el mismo PSOE, Lucía Méndez sobre el Partido Popular en Madrid). Finalmente, una fuente valiosísima son los libros de memorias de los políticos.

caricaturización. Conceptos en algunos casos muy abstractos, como el de prensa, pueblo (Juan Francisco Fuentes, cap. 18) o constitución, puntales del régimen liberal, son analizados junto a otros más apegados a la experiencia práctica, como es el caso de empleomanía, prensa alquilona y el turrón (Gonzalo Capellán, cap. 16). El último capítulo posee un cariz particular que lo distingue, exceptuando la introducción, del resto. Reflexiona teóricamente sobre los rasgos básicos y el potencial para la investigación histórica de las representaciones iconográficas, ocupándose de la naturaleza del humor (cap. 20).

En todos los casos, los análisis están acompañados de una reproducción selectiva de gran calidad de las fuentes visuales citadas. Con una sola excepción. El capítulo que cierra el volumen colectivo carece de ellas. Su objetivo prosigue las reflexiones teóricas planteadas en el capítulo introductorio, ampliando el marco hacia la problemática del humor en el mundo occidental y su conexión con el periódico histórico estudiado.

El libro editado por Gonzalo Capellán supone, en definitiva, el comienzo de un proyecto ambicioso, con un recorrido potencialmente amplio que puede afinar la comprensión de los discursos e identidades políticas de la historia contemporánea española. Suma una capa interpretativa a las que ya proveen la historia de conceptos y el estudio de las metáforas políticas. Tres facetas inevitablemente entremezcladas, aspecto este que no pasa desapercibido en la lectura de esta obra, que constituyen los apoyos necesarios para aspirar a interpretar tanto el campo de lo político como el desenvolvimiento de la política en un pasado que cada vez nos resulta más ajeno y extraño.

Luis Fernández Torres
Universidad de la Rioja

JOSÉ FÉLIX TEZANOS: *Pedro Sánchez. Había partido: de las primaras a la Moncloa*, Madrid, Editorial Catarata, 2022, 285 págs.

La bibliografía sobre partidos políticos presenta gran complejidad científica a causa de los diferentes afluentes que confluyen en el estudio del principal sujeto de la vida política contemporánea. Por una parte, están las monografías que estudian partidos singulares con metodología de la ciencia política (Carlos Huneeus sobre UCD, Lourdes López Nieto sobre Alianza Popular, Ignacio Sotelo y Santos Juliá sobre el PSOE). En segundo lugar, los incontables libros de periodistas (Gregorio Morán sobre el Partido Comunista de España, Gonzalo López Alba sobre el PSOE y Luis R. Aizpeolea sobre Rodríguez Zapatero y el mismo PSOE, Lucía Méndez sobre el Partido Popular en Madrid). Finalmente, una fuente valiosísima son los libros de memorias de los políticos.

En España ya tenemos decenas de obras donde los políticos presentan sus recuerdos y ofrecen una visión viva de cómo funcionan los partidos.

Pedro Sánchez. Había partido: de las primarias a la Moncloa es una aportación interesante para conocer cómo es hoy el PSOE porque está escrita por un científico, un catedrático de Sociología como José Félix Tezanos, que ha sido a la vez protagonista de los hechos que describe porque apoyó muy pronto al secretario general del PSOE, Pedro Sánchez, en las dos elecciones primarias en las que participó. Tezanos, que ya en 1983 publicó *Sociología del socialismo español*, narra en esta obra el periodo que va desde la elección de Sánchez en 2014 como secretario general del PSOE hasta su triunfo en la moción de censura en 2018 y la formación del primer Gobierno de Sánchez. Es un periodo interesante en la política española y también un periodo interesante en la historia del PSOE y en la historia de los partidos políticos españoles porque no es habitual que un dirigente desalojado de la dirección de un partido recupere democráticamente su puesto. Una aportación más a la historia reciente de uno de los grandes partidos españoles que se suma a los últimos libros de memorias de gobernantes socialistas como las de José Antonio Griñán (*Cuando ya nada se espera*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2022) y José María Barreda [*Historia vivida, historia construida*, Almud, Bargas (Toledo), 2022].

La obra se divide en cuatro partes que se dedican, respectivamente, a: 1) el periodo en que Sánchez accede al liderazgo del partido en 2014 hasta su salida de la dirección del partido en 2016; 2) el periodo que transcurre hasta que recupera la Secretaría General del partido en 2017; 3) la nueva propuesta estratégica y programática que el PSOE tras la segunda elección de Sánchez, y 4) los primeros tiempos de Sánchez como presidente del Gobierno hasta las dos elecciones de 2019. Además, la obra se completa con una completa cronología que abarca desde mayo de 2014, cuando Alfredo Pérez Rubalcaba anunció su dimisión como secretario general del PSOE, hasta las elecciones del 10 de noviembre de 2019.

En la introducción, el autor advierte que la circunstancia de haber participado activamente en los hechos que narra dificultan que se sitúe en el papel de un estudioso imparcial y neutro pero, al mismo tiempo, las informaciones de primera mano de que dispone de ese periodo y la posibilidad de contrastarlas con otros protagonistas, le han llevado a la obligación de proporcionar una información sobre los principales elementos de atención politológica del devenir del PSOE durante un periodo caracterizado por una gran intensidad de acontecimientos (pág. 13). Esa información y el paralelo análisis discurren a lo largo de tres elementos y de un primer resultado. Los tres elementos son:

- 1) el liderazgo de Sánchez, que presenta singularidades apreciables tanto por la forma en que se gestó y desarrolló, «prácticamente al margen

de los grandes núcleos de poder y de las redes de influencia existentes en el PSOE [...] como en la forma en que se vio cuestionado y atacado con gran dureza» (pág. 14). Para Tezanos, la forma en que Pedro Sánchez se vio forzado a abandonar la Secretaría General del partido y su ulterior triunfo en las primarias de 2017 «son un paradigma de un tipo de liderazgo construido de abajo-arriba» (pág. 14) que merece ser objeto de atención y análisis;

- 2) la movilización activa y espontánea de una parte apreciable de los militantes del PSOE que llegaron a conformar una estructura organizativa *ad hoc*, las «plataformas»;
- 3) la propuesta estratégica de Sánchez consistente en una nueva socialdemocracia, recogida en el documento de referencia que llevaron sus partidarios al 39.º Congreso del partido y que es el primer resultado que merece analizarse.

El autor advierte, además, que los hechos fueron complejos y confusos «en la medida que determinadas estrategias y comportamientos tardaron tiempo en quedar desvelados de manera abierta y neta» (pág. 15).

Conforme al guión de los elementos que hemos visto, la primera parte de la obra está dedicada a la formación del liderazgo de Sánchez en el PSOE. En esta parte Tezanos presenta en primer lugar unos elementos biográficos de Sánchez (familia, estudios, primeros pasos políticos) y tras ello describe cómo decidió concurrir a las elecciones primarias de 2014, tras la dimisión de Pérez Rubalcaba. Sánchez fue elegido secretario general del partido y a continuación anunció que también se presentaría a las elecciones primarias para elegir candidato a presidente del Gobierno, «lo cual es posible que diera al traste con determinados proyectos e intenciones surgidas tras el anterior congreso del PSOE» (pág. 33). Estas primarias no se celebraron porque solo Sánchez reunió los avales suficientes para presentar la candidatura y fue proclamado candidato por el Comité Federal. A partir de ahí empezó a haber movimientos de personas que no se habían presentado a las primarias de 2014. Así llegaron las elecciones de diciembre de 2015, cuyos resultados ajustados hicieron pensar que el PSOE podría formar Gobierno, pues incluso se eligió presidente del Congreso al socialista Patxi López. Cuando esa posibilidad fracasó por la oposición de Podemos (no de Ciudadanos) y cuando las elecciones de junio de 2016 tampoco dieron resultados nítidos a ningún partido, «se recrudecieron las presiones para que el PSOE se abstuviera y posibilitara un Gobierno de mayoría minoritaria por parte del PP, en eventual convergencia con Ciudadanos» (pág. 41).

En esa tesitura, Sánchez percibió el clima interno del PSOE y convocó el 1 de octubre de 2016 un Comité Federal con el fin de celebrar un congreso

extraordinario que resolviera las diferencias que iban aflorando. Días antes, el 23 de septiembre se celebró una comida en Benavente en la que se reunieron diversos dirigentes socialistas regionales «y en ella se trazó una estrategia orientada a lograr la dimisión de Pedro Sánchez» (pág. 46). Para ello, antes de celebrar la reunión del Comité Federal, diecisiete miembros (sobre treinta y nueve) de la Comisión Ejecutiva Federal dimitieron para forzar la convocatoria de un Congreso que eligiera una nueva Comisión Ejecutiva sin llegar a celebrar la reunión del Comité Federal convocada para el 1 de octubre, Comité Federal que los adversarios de Sánchez consideraban automáticamente disuelto. Ahí afloró a la luz del día la división interna del PSOE y algunos dirigentes pidieron que se consultara a la Comisión Federal de Ética y Garantías. Para Tezanos, el conflicto se «judicializó»: como Sánchez solo contaba con dos apoyos frente a tres en esa Comisión, la petición «no era inocente, ya que de antemano se podía presuponer el resultado de esa consulta» (pág. 49).

Es sabido como acabó aquella situación. El Comité Federal se reunió y los adversarios de Sánchez obligaron a parar la votación secreta porque temían que bastantes miembros no acataran las instrucciones de las direcciones regionales que habían participado en la maniobra previa para desalojar al secretario general y hubo que hacer la votación de manera pública y personal. En este punto llama la atención la explicación del autor: algunos miembros del Comité Federal «habían sido presionados con el riesgo de perder sus responsabilidades y/o sus puestos de trabajo. O, lo que es peor, los de familiares cercanos» (pág. 51). Así, la propuesta de Sánchez fue rechazada por 133 votos contra 107 votos a favor. Tras la votación, Sánchez dimitió. Y se formó una Comisión Gestora sin plazo de duración. Tras la dimisión de Sánchez, el conflicto político se desplazó a la Comisión Federal de Ética y Garantías para que esta pusiera un plazo a la Comisión gestora para convocar nuevas elecciones primarias. Los vocales de este órgano que eran favorables a Sánchez (la presidenta Isabel Celaá y el secretario Félix Bolaños) elaboraron un voto particular que señalaba la anomalía de constituir una gestora sin poner fecha para convocar la celebración de un congreso extraordinario y de unas primarias para elegir secretario general. Al cabo de varios meses, el Comité Federal convocó el congreso y, semanas antes, las primarias para elegir nuevo secretario general.

Tezanos examina las semanas que desembocaron en el cese de Sánchez, destacando la peculiaridad de que un secretario general que había sido elegido en unas elecciones primarias (la primera vez que ocurría en uno de los grandes partidos nacionales) tuviera que cesar tras una operación interna promovida por diversos dirigentes, en su mayor parte con poder territorial. Explica esta peculiaridad, que desautorizaba la elección de los militantes, por vicios «que implicaban comportamientos más propios de un “aparatismo” abusivo: se blindaban lealtades y clientelismos, se forzaban dimisiones [...], se disolvían

organizaciones territoriales [...], se implantaba un modelo de estructuración jerarquizante y clientelar, que en el fondo y en la forma estaba en las antípodas de la cultura propia de los partidos socialdemócratas» (pág. 59). Para el autor, se trató de un golpe palaciego bien que muy chapucero, coordinado (se vio con la dimisión súbita y simultánea de los diecisiete vocales de la Comisión Ejecutiva Federal), con apoyo de cierta prensa (el editorial de *El País* del 26 de septiembre), pero también señala el fenómeno de clientelismo político que había tras la imposición de una votación pública y no secreta. Apunta incluso al riesgo de que se suprimieran las elecciones primarias.

Esta primera parte no acaba con la dimisión de Sánchez, sino que prosigue con la narración de los primeros pasos que dio Sánchez para recuperar la dirección del PSOE, con el apoyo de unos pocos dirigentes regionales y municipales. Es interesante la interpretación de la dimisión de Sánchez como diputado: ante las instrucciones de la Comisión Gestora de facilitar la investidura de Rajoy y la convicción de no poder votar la investidura, el secretario general dimitido temió que la indisciplina en la votación parlamentaria «podría ser un pretexto para abrirle un expediente disciplinario e inhabilitarle durante un largo periodo de tiempo, condenándole prácticamente a una *muerte* civil de cara al futuro del PSOE» (pág. 73). Es asimismo interesante la descripción de lo que Tezanos denomina «un fenómeno sociológico y político que muy pocos habían previsto como es la constitución de múltiples plataformas de apoyo que de una manera espontánea empiezan a organizarse por toda la geografía española» (pág. 74). Y frente a ese movimiento se fue formando una «tercera vía» en torno a Patxi López, que competía en el espacio político con las plataformas y con la política de la Comisión Gestora que actuaba también con intereses específicos.

Esta primera parte aporta información muy rica sobre la vida interna de los partidos, sobre los movimientos subterráneos que desde la estructura territorial pueden provocar la caída de sus dirigentes, sobre el poder social que proporciona controlar los órganos territoriales y, asimismo, sobre la capacidad de los militantes de base para organizarse frente a las estructuras de poder territorial. No es un fenómeno específico del PSOE, pues hemos visto cómo en el Partido Popular caía todo un presidente y también como se han ido transformando las estructuras directivas de Podemos que poco se parecen a las de 2015. En todo caso, permite hacer reflexiones interesantes sobre las fortísimas estructuras de poder que laten en el interior de los partidos y que pueden llevar a la desfenestración de su máximo dirigente y sobre la territorialización del poder en los partidos que se ha ido asentando al socaire del Estado autonómico⁴.

⁴ Otro ejemplo interesante de la territorialización del poder en los partidos aparece en las memorias de José María Barreda en las que se explica cómo José Bono, tras acceder

La segunda parte de la obra está formada por siete capítulos y es la narración del movimiento social de las plataformas que se constituyeron en apoyo de Sánchez, movimiento que desembocó en las elecciones primarias de 21 de mayo de 2017. El autor describe un fenómeno inhabitual en los partidos españoles, que es la movilización social de los afiliados del PSOE al margen tanto de la Comisión Gestora como de muy relevantes dirigentes que habían tenido influencia a nivel federal hasta 2014 y que todavía lo tenían en las organizaciones territoriales. Se describen también los modos con que reaccionaron algunos de estos dirigentes y las formas de *crowdfunding* que se pusieron en práctica para recaudar fondos para la campaña de las primarias. Y sobre todo, Tezanos aporta mucha información sobre los pasos que dieron los partidarios de Sánchez para obtener avales y también sobre la campaña electoral de las primarias.

La operación era tanto más difícil cuánto muchos dirigentes con peso que en 2014 habían apoyado a Sánchez se habían pasado en 2017 a la «tercera vía» de Patxi López. Y a pesar de faltar todo apoyo del aparato directivo del PSOE y de competir con dos candidatas, Sánchez obtuvo 74 805 votos, que suponían el 50'26 % de los electores, frente al 39'90 % de su principal competidora.

Después de narrar cómo Sánchez alcanzó por segunda vez la Secretaría General del PSOE, Tezanos dedica cuatro capítulos de la segunda parte a los temas de debate político que afloraron con el largo episodio que se inició con la dimisión de Sánchez y su posterior reelección. En primer lugar, el autor reflexiona sobre la democracia en los partidos políticos. Recuerda los modelos tradicionales de la socialdemocracia, donde solía pesar el principio democrático, pero fundado más en la representación que en la participación directa, lo que ha desembocado en la consolidación de las elecciones primarias, superando incluso el modelo de partido de cuadros que ha caracterizado a la mayoría de los partidos europeos: no se debe reducir el PSOE «al esquema de un partido de cuadros, basado sustancialmente en líderes territoriales y barones poderosos, acompañados todo lo más por unos círculos de forofos y seguidores bien encuadrados —y adecuadamente *engrasados*—, a través de las redes clientelares correspondientes» (pág. 141). Para Tezanos, esa es la aportación del 39.º Congreso del PSOE, de junio de 2017, que reforzó el papel de los militantes en la vida del partido, pero ese reforzamiento no es extraño a la tradición socialdemócrata, donde los partidos siempre han propiciado la participación de los afiliados en las grandes decisiones. Ahí el autor aporta algunas reflexiones específicas sobre la

a la Presidencia de la Comunidad Autónoma, fue controlando las organizaciones provinciales del PSOE (*Historia vivida, historia construida* cit., págs. 240-244).

práctica del referéndum en los partidos, que Sánchez defendió frente a otros dirigentes socialistas. El resultado ha sido un modelo de partido alejado del populismo, del cesarismo plebiscitario y del neofeudalismo organizativo, lo que para el autor es el modelo que más demandan los ciudadanos.

Tezanos se detiene aquí a examinar las nuevas tendencias que inciden en la nueva realidad de los partidos, que son la emergencia de un nuevo paradigma socioeconómico, los nuevos modos y estructuras de comunicación e interacción *versus* la comunicación tradicional y, en último lugar, la aparición de lo que denomina «una nueva ciudadanía activa» (pág. 156) cuyas acciones y movilizaciones «están conformando una agenda política potente que en gran parte coincide con lo que todas las encuestas identifican como las grandes preocupaciones de la población» (pág. 157). Ahí ve el autor uno de los pilares del citado 39.º Congreso del PSOE, cuya producción doctrinal no solo le ha situado en una nueva socialdemocracia, sino también que vuelva a ser «al tiempo que un partido en sí, un *movimiento social* importante y bien arraigado» (pág. 161).

La segunda parte concluye con un capítulo dedicado a los trasfondos ideológicos del debate del PSOE donde el autor recuerda en primer lugar que algunos dirigentes del PSOE rechazaban la celebración de primarias por considerar que el partido entraría en un asambleísmo permanente, y ese rechazo enlaza con lo que estaba en juego en el Comité Federal del 1 de octubre de 2016: «De alguna forma [...] se confrontaron, de manera un tanto caótica y desordenada, dos conceptos y dos maneras de entender la socialdemocracia y la vida orgánica de un partido político» (pág. 163). Pero no se trata de una confrontación en el seno de un partido nacional, sino que ha estallado en el ámbito internacional que se remonta a la caída del comunismo y a la subsiguiente confusión que experimentaron los partidos reformistas que con frecuencia desembocó en lo que Tezanos denomina una respuesta de cortos vuelos por la vía de la «aparatazación» de los partidos para controlar desde la dirección los procesos internos. Lo que, a su vez, suscita la cuestión del futuro de la socialdemocracia en España porque, volviendo a los dos conceptos que afloraron en el Comité Federal del 1 de octubre de 2016, el autor apunta que estaba en juego un modelo continuista y un nuevo proyecto socialdemócrata donde primaba la coherencia, la credibilidad y la consistencia democrática.

Al igual que ocurre con la primera parte, la segunda es una descripción interesante para la estasiología porque el lector ve con precisión como se moviliza una parte de los militantes de un partido totalmente al margen de la dirección (provisional pero dirección al fin y al cabo) y con el fin último de que retorne a la dirección un dirigente excluido. Los movimientos telúricos que vivió UCD en 1980-1981, los que provocaron la salida y el retorno de Fraga Iribarne en la Presidencia de Alianza Popular, el fracaso de los «renovadores»

en el Partido Comunista de España en 1981 y, ese mismo año, el golpe de mano de los «prosoviéticos» del PSUC más la crisis del PNV que se saldó con la salida de Garaicoechea son ejemplos de la gran volatilidad y efervescencia de los partidos, pero pocas veces vemos, narrados por un protagonista, los movimientos internos en un partido que ocurren al margen de sus estructuras de poder.

La tercera parte pasa de la crónica histórica al campo doctrinal e ideológico. El autor recuerda el papel vertebrador que el PSOE ha desempeñado durante la Segunda República y en los años de la Transición, representando tanto a las clases trabajadoras como a amplios sectores de las clases medias. Con lucidez, Tezanos recorre las distintas posiciones que ocupó el PSOE a partir de su entrada en el Gobierno en 1982, posiciones que sufrieron diversas inflexiones tras la ruptura con UGT, los enfrentamientos entre sectores socialdemócratas y de izquierda, las experiencias «neoradicales» del presidente Rodríguez Zapatero y el ejemplo de dirigentes socialdemócratas europeos que se excedieron en posiciones «responsables» o tecnocráticas. El autor describe el triple plano donde tenía que moverse el PSOE para salir de la situación de declive en que estaba el partido desde su salida del Gobierno en 2011; a saber, el del proyecto, el del liderazgo y el orgánico.

La importancia del plano programático es resaltada por Tezanos porque considera que las elecciones primarias y la celebración del 39.º Congreso permitieron al PSOE debatir las grandes líneas estratégicas de la socialdemocracia para los próximos años. El documento *Por una nueva socialdemocracia* pretendía centrar ese debate para integrar la diversidad plural del partido, pero al mismo tiempo los partidarios de Sánchez pretendían asegurar la riqueza y la amplitud del propio debate. El documento y el propio debate eran tanto más necesarios cuanto que el autor se refiere, como contraste, a la «larga noche de la socialdemocracia europea», provocada por una nueva élite tecnocrática y social-liberal de gestores y burócratas que secuestró a esa socialdemocracia. Por eso el nuevo documento programático que preparó Sánchez y su equipo ofrecía nuevas alternativas e ideas fuerza centradas en un «nuevo contrato social progresista» (pág. 196), que venía a ofrecer un nuevo paradigma social del trabajo.

Este tercera parte tiene interés no solo para conocer los supuestos programáticos de un PSOE que se renovó con la nueva elección de Sánchez, sino también la táctica partidista de difundir y debatir la nueva oferta programática.

La última y cuarta parte es más breve y viene a analizar cómo accedió Sánchez al Gobierno en junio de 2018 y la problemática derivada de las dos elecciones legislativas de 2019. La secuencia temporal de la moción de censura es conocida, pero Tezanos destaca, en primer lugar, cómo se aplicó un mecanismo plenamente democrático, empleado hasta entonces sin éxito, para

señalar con mucha insistencia, en segundo lugar, que el triunfo de la moción de censura venía a demostrar el erróneo enfoque entreguista del año 2016: «El debate sobre si había que dejar gobernar a la derecha o si había que explorar otras posibilidades políticas se zanjó en el PSOE con las elecciones primarias y con el consiguiente congreso, en el que quedaron en minoría las tesis de los que en su día optaron por facilitar con su abstención el Gobierno del PP» (pág. 234). Con la moción de censura se inició, apunta el autor, un «pequeño ciclo político “piloto” que se dio durante el periodo inicial de gobierno de Pedro Sánchez [que] presentó perfiles propios de una política de Estado» (pág. 239). Este ciclo político, como los que encabezaron Adolfo Suárez, Felipe González, José María Aznar y demás presidentes, ha tratado de hacer frente a cinco grandes focos de conflicto (contencioso catalán, contencioso laboral, problemas sociales y desigualdad, relaciones internacionales y apoyo a la juventud) y desembocó en el largo año electoral de 2019.

Tezanos dedica el último capítulo a analizar los resultados de las elecciones legislativas de 28 de abril y 16 de noviembre de 2019 y las elecciones europeas, autonómicas y municipales de 26 de mayo del mismo año. Sobre las elecciones legislativas de 28 de abril 2019 el autor destaca el alto grado de participación, los resultados de mayor fragmentación sociológica y diversidad política (muy alejada de la mayoría absoluta de 2011) y apunta que «el reparto ajustado de los votos [...] abrió algunos interrogantes sobre las propias facilidades de gobernabilidad» (pág. 249), como se vería en las siguientes semanas. Tezanos cree que las elecciones europeas, autonómicas y municipales que se celebraron un mes después de las legislativas tuvieron un cierto carácter de «segunda vuelta» de las de abril y conformaron las grandes tendencias afloradas en abril, con la particularidad de una menor participación y un significativo descenso del grado de agresividad en la campaña. Y sobre las elecciones legislativas de 16 de noviembre de 2019 que hubo que celebrar al no poderse formar Gobierno, el autor destaca que «formaron parte de una secuencia de hechos que estaban llevando a la democracia española a una encrucijada con riesgos de bloqueo político, acompañados de un corolario inevitable de erosión de la credibilidad y buena funcionalidad del sistema político» (págs. 254-255). Al final, tras prácticas negativas y agresivas y las presiones que «se ejercitaron sobre algunos representantes públicos, con escenas de tensión poco ejemplares» (pág. 258), se formó el Gobierno de coalición en enero de 2020.

* * *

Pedro Sánchez. Había partido: de las primarias a la Moncloa es una obra útil para el estudio del sistema de partidos españoles y para entender el proceso que condujo a la formación de los dos Gobiernos de Pedro Sánchez en 2018

y en 2020. En un marco metodológico muy delicado por la conjunción de datos provenientes de la sociología política con los juicios de valor preventivos de las distintas ideologías, la obra de Tezanos mantiene un punto de equilibrio donde el análisis científico es compatible con los recuerdos del protagonista de la historia que se narra. En todo caso, lo más valioso es la descripción de una operación política donde una fracción relevante de un partido logró la expulsión de su máximo dirigente y, a continuación, el dirigente descabalgado logró recuperar la dirección. Es un hecho tan inhabitual en la vida de los partidos que la minuciosa descripción de este proceso ya justifica por sí sola la obra.

Javier García Fernández

Universidad Complutense de Madrid

MANUEL ZAFRA VÍCTOR: *Manuel Azaña. República antes que democracia. Más razones que votos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, 478 págs.

Durante las décadas siguientes a su muerte, don Manuel Azaña fue elevado por el nuevo régimen a la categoría de icono negativo. Se le presentó como una especie de «monstruo» al que se le atribuyeron todo tipo de aberraciones. Todas aquellas calumnias han sido ya, afortunadamente, desenmascaradas. Ahora bien, en los últimos tiempos corremos el riesgo de interpretar otra vez a Azaña como un icono, pero esta vez de signo positivo «como un ser providencial que irrumpe en la política con una sabiduría revelada no se sabe cómo ni por quién» (J. M. Ridaó). Azaña fue un gran intelectual y un hombre de Estado, con sus luces y con sus sombras. Azaña presenció el trágico fracaso y la destrucción completa de su obra política. Sin embargo, desde la perspectiva actual, podemos considerar que al menos a título póstumo cosechó un gran éxito y ello porque como con meridiana claridad y acierto pleno ha subrayado Manuel Aragón: «La parte nuclear de los designios políticos de Azaña se encuentra ahora incorporada al texto de nuestra Constitución».

En este contexto, el libro que acaba de publicar Manuel Zafra sobre el pensamiento político del último presidente de la II República reviste un extraordinario interés. Como advierte J. J. Solozabal en la presentación de la obra, la novedad del libro y el interés del mismo reside en «el tratamiento de Azaña como un clásico del pensamiento político, o quizá, mejor dicho, el sometimiento por parte del autor a un estudio de Azaña a la luz del pensamiento político contemporáneo, utilizando las categorías más llamativas y fértiles del mismo» (p. 14). Se contextualiza a Azaña no con autores de su

y en 2020. En un marco metodológico muy delicado por la conjunción de datos provenientes de la sociología política con los juicios de valor preventivos de las distintas ideologías, la obra de Tezanos mantiene un punto de equilibrio donde el análisis científico es compatible con los recuerdos del protagonista de la historia que se narra. En todo caso, lo más valioso es la descripción de una operación política donde una fracción relevante de un partido logró la expulsión de su máximo dirigente y, a continuación, el dirigente descabalgado logró recuperar la dirección. Es un hecho tan inhabitual en la vida de los partidos que la minuciosa descripción de este proceso ya justifica por sí sola la obra.

Javier García Fernández

Universidad Complutense de Madrid

MANUEL ZAFRA VÍCTOR: *Manuel Azaña. República antes que democracia. Más razones que votos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, 478 págs.

Durante las décadas siguientes a su muerte, don Manuel Azaña fue elevado por el nuevo régimen a la categoría de icono negativo. Se le presentó como una especie de «monstruo» al que se le atribuyeron todo tipo de aberraciones. Todas aquellas calumnias han sido ya, afortunadamente, desenmascaradas. Ahora bien, en los últimos tiempos corremos el riesgo de interpretar otra vez a Azaña como un icono, pero esta vez de signo positivo «como un ser providencial que irrumpe en la política con una sabiduría revelada no se sabe cómo ni por quién» (J. M. Ridaó). Azaña fue un gran intelectual y un hombre de Estado, con sus luces y con sus sombras. Azaña presenció el trágico fracaso y la destrucción completa de su obra política. Sin embargo, desde la perspectiva actual, podemos considerar que al menos a título póstumo cosechó un gran éxito y ello porque como con meridiana claridad y acierto pleno ha subrayado Manuel Aragón: «La parte nuclear de los designios políticos de Azaña se encuentra ahora incorporada al texto de nuestra Constitución».

En este contexto, el libro que acaba de publicar Manuel Zafra sobre el pensamiento político del último presidente de la II República reviste un extraordinario interés. Como advierte J. J. Solozabal en la presentación de la obra, la novedad del libro y el interés del mismo reside en «el tratamiento de Azaña como un clásico del pensamiento político, o quizá, mejor dicho, el sometimiento por parte del autor a un estudio de Azaña a la luz del pensamiento político contemporáneo, utilizando las categorías más llamativas y fértiles del mismo» (p. 14). Se contextualiza a Azaña no con autores de su

tiempo, sino con referencias del nuestro, sobre todo H. Arendt, I. Berlin, Q. Skinner y J. Pocock.

El título de esta sugerente monografía resume y expresa perfectamente el planteamiento y enfoque de la obra. Desde un profundo y exhaustivo conocimiento de las obras, discursos, artículos, conferencias...etc. del último presidente de la II República, el autor analiza una cuestión central en el pensamiento político de Azaña: su concepción de la democracia, y la relación de este concepto con su idea de República. La conclusión es que Azaña fue partidario claro y defensor consecuente de una idea militante de democracia que le llevó a excluir del campo democrático a todos los adversarios de su ideal republicano. Tal es el sentido de la expresión: «República antes que democracia». La consecuencia de ello fue negar la legitimidad democrática para gobernar a lo no republicanos. «Más razones que votos» expresa el hecho de que la democracia azañista tenía ante todo y sobre todo un contenido sustantivo (republicano) que prevalecía sobre su dimensión formal o procedimental (el principio de mayoría).

En un principio, cabría subrayar que la concepción de Azaña es acertada en tanto que la democracia constitucional no es meramente formal, sino que tiene un contenido sustantivo (dejando a un lado la controversia sobre el significado y alcance del término militante). Ahora bien, lo que el profesor Zafra en este exhaustivo estudio del pensamiento de Azaña pone de manifiesto y subraya —con abundantes e incontrovertibles pruebas documentales— es que el contenido sustantivo de la democracia para Azaña era tan amplio que dejaba fuera del juego democrático a un amplio sector de la sociedad española. Para Azaña, lo no decidible, lo que debe quedar al margen del principio de mayoría, tenía un contenido amplísimo y venía a coincidir con su idea de república.

Esta es la tesis central del libro, y por su relevancia es desarrollada y confirmada a lo largo de 478 páginas a través de las cuales el lector se sumerge en la amplísima obra de Azaña. Y como hemos dicho, no solo de él, sino de otros muchos pensadores políticos, escritores, historiadores y periodistas con los que el autor dialoga a propósito de Azaña.

El autor presenta su obra acertadamente como «un ensayo sobre ideas y no sobre hechos» (p. 19). Y anticipa su tesis central: «Azaña condicionó la democracia a su visión de la República» (p. 19). Se sitúa en la línea de J. J. Linz, que ya a finales de los setenta puso de manifiesto la ausencia de credenciales democráticas en los dirigentes políticos de la República. La mayoría fueron republicanos antes que demócratas. «Azaña fue un caso paradigmático», escribe Zafra, y a demostrarlo dedica la obra que tengo el honor de comentar.

La obra consta de una muy amplia introducción y tres extensos capítulos.

En el capítulo introductorio de más de cien páginas, el autor subraya cómo «la reserva del gobierno a los partidos republicanos y la consiguiente exclusión de los no republicanos será una de las ideas fuerza del pensamiento y la acción de Azaña» (p. 34). Y lo confirma con abundancia de discursos, notas, etc. La recopilación y lúcido comentario de estos textos es uno de los principales méritos de la obra. A título de ejemplo: «La república es mucho más que una constitución, es mucho más que una estructura jurídica, es una idea, es un procedimiento para la acción del gobierno» (discurso de 9 de abril de 1933 en Bilbao). O, «antes que la constitución está la república, y por encima y antes que la república está el impulso soberano que la creó» (discurso de 11 de febrero de 1933 en Madrid) (p. 38). Igualmente, su reacción en noviembre de 1933 cuando se dirige a Martínez Barrio para pedirle la suspensión del resultado electoral justificando la solicitud ante la dispersión del voto republicano, provocada por el sistema electoral; o cuando al año siguiente pone en tela de juicio la legitimidad del voto a la derecha monárquica.

La obra política de Azaña tiene luces y sombras y en palabras de su autor «este ensayo intenta una lectura imparcial» (p. 40). Tras la lectura de la obra se puede concluir que lo consigue. En la exposición del pensamiento de Azaña se subrayan las negativas consecuencias prácticas que tuvo el desarrollo de elementos centrales de aquel, pero al mismo tiempo al contextualizarse dicho pensamiento se comprende también las circunstancias que lo explican. Azaña fue un gran defensor de la libertad política; ahora bien, en palabras de Zafra, defendió «un concepto de libertad que le lleva a prescribir una democracia sustancial: no tanto la racionalización del poder en garantía de la autonomía individual como un estado educador en beneficio de la autorrealización personal» (p. 111).

Tras la introducción, la obra se divide en tres partes. En la primera se expone la forja del ideario político de Azaña en los años de estudio y reflexión solitaria. La segunda examina su labor como jefe de Gobierno tendente a impulsar las políticas necesarias para alcanzar su ideal político. «Pensamiento y acción, los dos factores que, a juicio de Azaña, caracterizan la política, analíticamente distinguibles pero indisociables en la práctica» (p. 79). En ambas partes hay un apartado dedicado a la velada de Benicarló, acertadamente considerada como el legado intelectual y político de Azaña. La tercera parte se dedica a la original y fundada visión de la figura de Azaña por parte de un «analista tan sagaz como riguroso», Agustín Calvet, más conocido por el seudónimo Gaziel.

El capítulo dedicado a la forja del ideario de Azaña se divide en tres apartados. En el primero de ellos se analizan tres conceptos clave: liberación, libertad y estado libre; en segundo lugar, se exponen y desarrollan sus críticas a Ganivet, Costa y el regeneracionismo; en el último apartado se examina su identificación con Cervantes y con Valera.

La aproximación a los conceptos referidos se realiza mediante el análisis de la obra de Arendt, Berlin y Skinner. Resultan muy reveladoras todas las referencias a la democracia docente y a la función educadora del Estado: «Antes que todo, la escuela. Porque de ellas es de donde han de salir los republicanos el día de mañana» (p. 195). Relevantes también los estudios de Azaña sobre política militar francesa. Unas y otros tiene el mismo sentido y finalidad. Zafra subraya como los deberes ciudadanos y el espíritu cívico son elementos esenciales del ideal republicano de Azaña.

En defensa de esta libertad republicana Azaña polemiza con Costa, Ganivet y la generación del 98. «La posición de Azaña -escribe Zafra— es que la revolución surge del pueblo, pero debe ser encauzada por una dirección política que la dote de horizonte temporal y no se agote en la indignación del instante» (p. 226).

El capítulo contiene un brillante repaso de autores y un fecundo diálogo con ellos a través de Azaña. En conjunto, un meritorio ensayo de historia intelectual.

El siguiente capítulo tiene por objeto explicar cómo se propuso Azaña el logro de ese ideal republicano y qué actuaciones desplegó para alcanzarlo. Zafra subraya el problema de que situar primero el pueblo, luego la república y después la Constitución tuvo sus consecuencias. No se puede negar que desde un punto de vista lógico e histórico el pueblo como titular del poder constituyente precede a la Constitución, pero la lógica del Estado constitucional exige que, una vez aprobada la Constitución, en el Estado constitucional no hay soberano. Soberana es la Constitución y solo así se puede estabilizar la situación política y poner fin a la revolución. Los planteamientos de Azaña, por el contrario, como bien explica Zafra, conducen a «una suerte de revolución permanente y vigilante que no puede ser traicionada por una interpretación constitucional: la legitimidad del poder surge de apelar a un absoluto, el impulso popular, el pueblo entendido como un sujeto omnipotente» (p. 252). El autor pone así de manifiesto el jacobinismo extremo que caracteriza al pensamiento de Azaña y que le lleva incluso a relativizar la importancia de la independencia del poder judicial. En este contexto, haber profundizado también en la concepción de Azaña del Estado de derecho y de sus principales elementos habría reforzado las tesis de la obra.

En el capítulo se examina sucesivamente lo que piensa Azaña de estos relevantes temas: la debilidad política de la burguesía española y como contrapunto la centralidad de la monarquía, la anomalía de un Ejército erigido en árbitro de los relevos de Gobierno; el dominio de la Iglesia y la colonización de las conciencias a través de la enseñanza confesional. «Esta sería la realidad; el ideal a cuya luz habría de hacerse una evaluación crítica de la realidad sería

levantar un estado libre que garantice y, a su vez, sea apoyado por el civismo de un pueblo pleno de espíritu nacional» (p. 253).

En la página 261 se apunta que a Azaña «le contrariaba que Alcalá Zamora como presidente adoptara las mismas formas que el rey, “el borboneo” por nombrar al político preferido con la entrega del decreto de disolución». Esta idea es cierta y fundamental, pero conviene completarla añadiendo que Azaña era muy consciente de la importancia de las formas y los símbolos. Por eso pretendió —sin éxito— que don Niceto se alojara en el Palacio de la República y no en su domicilio de Martínez Campos. La dignidad formal de la suprema magistratura de la República fue una preocupación constante de Azaña desde la hora fundacional del régimen.

Especial interés tiene porque fue una de las cuestiones centrales, y que determinó la suerte del régimen, el examen llevado a cabo por Zafra del modo de afrontar Azaña el problema religioso. Zafra alude a los estudios de Victor Vazquez sobre las dos laicidades, una liberal (la inmediata separación Iglesia-Estado producida tras la proclamación de la República), y otra antiliberal (la consagrada en el art. 26 de la constitución) porque «buscaba definir normativamente una nueva sociedad» (p. 269). El autor es muy crítico con el enfoque de Azaña: «La regulación de la laicidad como principio constitucional preserva al Estado, pero igualmente a la sociedad; cuando Azaña apela a la salud pública en garantía del Estado legislador, más claramente, unilateral, procede tan ilegítimamente como la Iglesia combatida; si la Iglesia se apropia de una facultad pública en detrimento del Estado, con el artículo 26 ocurre en sentido inverso, el Estado limita sin justificación la autonomía y libertad de las confesiones en la sociedad» (p. 270). Es evidente que con esta decisión la República se granjeó la animadversión de un amplio sector de la sociedad e hizo imposible su consolidación.

Un interés especial tiene también en este capítulo la descripción del proceso de identificación de Azaña con la República. Lo que no deja de ser paradójico, dado que para él la impersonalidad era una nota distintiva de la política. En su ideario ello equivale «al predominio de las instituciones sobre las personas» (p. 299).

A continuación, utilizando los trabajos de Linz y Riduejo sobre la quiebra de la democracia, Zafra expone las actuaciones más controvertidas de Azaña y que confirman la tesis central del libro. Cuando Azaña proclama que «los elementos de la CEDA y los agrarios no tienen títulos políticos para ocupar el poder, aunque tengan número en el Parlamento para sostenerse» (p. 313) no puede ser más claro. No basta tener número en el Parlamento. El número —es decir, los votos— no otorga la legitimidad. En este contexto y desde esta óptica, Azaña rechaza el compromiso: «La concepción sustantiva de la democracia impide la transacción negociadora» (p. 318). La transacción cabe entre los republicanos, pero no con los no republicanos.

El capítulo contiene un lúcido análisis de las causas del fracaso y de la caída de la República. Zafra dialoga con los autores, formula juicios rigurosos y lo hace con una exquisita imparcialidad, lo que constituye uno de los principales méritos de la obra. Se subraya cómo la República, por influencia directa de Azaña, constitucionaliza una política religiosa y educativa y no se limita a garantizar los derechos a la libertad religiosa y de enseñanza. Lo hace por desconfianza; es un signo de debilidad. Azaña fue un fundamentalista de la libertad: «La singularidad de Azaña es que su fundamentalismo se explica por la defensa a ultranza de las convicciones políticas que entiende como principios axiomáticos expuestos en tantos de sus escritos e intervenciones públicas: fundamentalmente laicismo y Estado autonómico, y con menor intensidad reforma agraria y políticas sociales. El objetivo es promover una revolución política que estimule el civismo de una sociedad, de otra manera, amenazada por la indiferencia hacia lo público y seducida por el mesianismo y la dictadura» (p. 319).

A continuación, viene el examen de otro punto fundamental: la cuestión de la legitimidad del régimen. Zafra no cita la obra de Ferrero, pero la intuye. Como ha recordado recientemente Eloy García, G. Ferrero —el gran teórico de la legitimidad, autor de *El poder, los genios invisibles de la ciudad*— visitó a Azaña en sus últimos días, lo que resulta muy significativo. Un régimen nuevo no cuenta con un pasado para vivir de las rentas. Está obligado a construir una legitimidad. La II República no lo logró. Este libro de Zafra aporta alguna de las claves explicativas de ese fracaso, bien explicado, con precisión, sin descartar ningún argumento, razonamiento o autor, con rigor y con imparcialidad.

Finalmente, el último capítulo, muy esclarecedor, está dedicado a un autor, Gaziel, que, a diferencia de Azaña nunca elevó la República a esencia y acertó al subrayar que «lo esencial para mí no es que se declaren republicanos, sino que actúen dentro de la República» (p. 62). Son ideas, como advierte expresamente Zafra, «afines a las sostenidas por un clásico contemporáneo como Kelsen (p. 56). Zafra analiza —identificándose con Gaziel y a través de él— el pensamiento de Azaña. Por su relevancia, a este relevante escritor y periodista le dedica un capítulo casi en exclusiva. Gaziel también se preocupó por el problema catalán: «Azaña y Gaziel -escribe Zafra— comparten la crítica a la burguesía por su dejación política; es patente también la afinidad en la articulación del nacionalismo catalán en el Estado español con una importante salvedad: mientras que Gaziel opone Cataluña y Castilla, Azaña considera que Castilla no ha subyugado a Cataluña, ambas tierras han sido víctimas de la arbitrariedad monárquica» (p. 432).

La contraposición entre las ideas de democracia de Azaña y Gaziel es el punto final de esta notable contribución al pensamiento de Azaña. Sobre el mismo existen ya obras de referencia (y desde diferentes ópticas, Santos Julia

y José María Marco). La singularidad, novedad e interés de esta obra es que la exposición detallada de los elementos nucleares del ideario político azañista se lleva a cabo en dialogo con otros autores y pensadores. El resultado es sugerente y muy esclarecedor y ayuda a comprender las razones por las que la democracia republicana fracasó.

La Constitución republicana no cumplió su finalidad principal que es lograr la integración (Smend) y a ello no fue ajeno el hecho de que no fue el resultado de un consenso constituyente, sino que del mismo quedó excluida una gran parte de la sociedad.

La II República no se pudo estabilizar. La polarización política y social no hizo sino aumentar. El sistema electoral fue responsable de una serie de virajes radicales. Cada una de las tres elecciones generales supuso un cambio violento y radical de la vida política nacional. En cada uno de los bienios, la oposición se consideró sometida a una suerte de dictadura y aspiró a salir de ella con un ánimo de revancha.

A partir de ahora, esta cuidada monografía de Manuel Zafra, editada por el CEPC, se configura como una obra de referencia para la cabal comprensión de una serie de conceptos políticos fundamentales del ideario de Azaña: libertad, democracia, república; y como una aportación a la historia intelectual de la II República, en la que se pone de manifiesto que en la concepción sustantiva y militante de la democracia de don Manuel Azaña, la consideración de que las razones eran más importantes que los votos, le llevó incluso a negar la legitimidad para gobernar de los no republicanos.

Javier Tajadura

Universidad del País Vasco /Euskal Herriko Unibertsitatea

COLABORAN

MARIAN AHUMADA

Es profesora Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Su investigación se ha enfocado sobre cuestiones de justicia constitucional, derechos y constitucionalismo comparado, en particular el funcionamiento del sistema judicial federal en EE. UU. Investigadora predoctoral en el Instituto Max-Planck Heidelberg (1993), ha sido Hauser Global Law Fellow (2006-20007), Emil Noël Fellow en NYU School of Law (2018) y profesora visitante en diversas universidades europeas y americanas.

MARÍA JULIA SOLLA SASTRE

Licenciada en Derecho por la UAM (1999) y doctora en Derecho por la misma universidad (2010), con una tesis sobre la responsabilidad judicial en la España decimonónica, que obtuvo el premio extraordinario de doctorado. También ha cursado un máster europeo de posgrado sobre «Historia y comparación de las instituciones políticas y jurídicas de los países de la Europa Mediterránea» en Italia (2001). En su formación investigadora pre y postdoctoral caben destacar sus estancias en prestigiosos centros de investigación extranjeros, como la École des Hautes Études en Sciences Sociales (París), el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main), la Robbins Collection (Berkeley), el Istituto di Studi Storici (Macerata) o el Center of Latin American Studies (Chicago). Ha desarrollado su investigación en el seno del grupo HICOES (Historia CONstitucional de España). Sus líneas de investigación se enmarcan en la historia constitucional, la organización judicial decimonónica, la construcción de la Administración pública y el colonialismo español del siglo XIX.

FRANCISCO CAAMAÑO

Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, letrado del Tribunal Constitucional español (1993). En el año 2001 obtuvo la plaza de catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia y, poco después, constituyó y dirigió la Fundación Democracia y Gobierno Local. En 2009 fue nombrado ministro de Justicia. Autor de numerosos artículos académicos y libros sobre materias de su disciplina, está especializado en temas parlamentarios, la jurisdicción constitucional y la ordenación territorial del poder en los Estados complejos. Entre sus publicaciones destacan: *El mandato parlamentario* (1992); *El derecho de sufragio pasivo* (2000); *La garantía constitucional de la inocencia* (2003); *Servicios públicos e ideología* (2017), y *Federación y reforma* (2020). Actualmente es catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de A Coruña y abogado en ejercicio.

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y director del Instituto de Derecho Parlamentario de dicha universidad. Antes fue profesor titular de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Salamanca y profesor ordinario de Derecho Europeo y Constitucional en la Escuela Judicial Española (2010-2020). En los últimos años ha centrado su investigación en la lucha contra la corrupción de los gobernantes; el *constitucionalismo multinivel y en red*, con especial atención a los diálogos entre jurisdicciones; el bicameralismo y la independencia judicial en España y Europa.

DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO

Profesor titular de Derecho Administrativo y de la Unión Europea en la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2007-2015) y vocal asesor del Ministerio de la Presidencia (2004-2006). Es autor de varias obras monográficas, entre las que cabe citar: *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa* (Tirant lo Blanch, 2004); *Poder judicial e integración europea* (Civitas, 2004); *El soft law administrativo* (Civitas, 2007), y *El Derecho de la Unión Europea* (4.^a ed., 2022). Ha publicado artículos en las principales revistas de derecho de la Unión Europea, incluidas las

revistas *Common Market Law Review*, *European Law Review*, *Cambri-
dge Yearbook of European Law*, *Revue Trimestrielle de Droit de l'Union
Européenne* o la *Revista Española de Derecho Europeo*, entre otras. Es
codirector del Foro de Derecho Procesal del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea (editado por el Instituto Max Planck de Derecho Proce-
sal Europeo de Luxemburgo) y editor jefe de EU Law Live.

ENRIQUE ARNALDOS ORTS

Jurista español en la Dirección de Investigación y Documentación
del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde octubre de 2022.
Entre 2015 y 2022 ha sido abogado especializado en litigación civil,
mercantil y europea en Uría Menéndez. Profesor asociado de Dere-
cho de la Unión Europea en la Universidad Carlos III de Madrid, en
la Universidad Pontificia de Comillas y en el Instituto Superior de
Derecho y Economía. Es Master of Laws (LLM) por IE Law School
y graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Carlos
III de Madrid. También ha cursado estudios en el Institut d'Études
Politiques francés (Sciences Po).

ROBERTO ROMBOLI

Catedrático de Derecho Constitucional desde 1986 en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Pisa. Ha sido director del Departamen-
to de Derecho Constitucional, decano de la Facultad de Derecho
(1997-2000) y, después de la unificación de todos los departamentos
de Derecho, director del Departamento de Derecho (2012-2016). En
1996, por méritos didácticos y científicos, recibió la Orden del Que-
rubín, el más alto honor de la Universidad de Pisa, y tres doctorados
honoris causa. Es autor de más de cuatrocientos escritos entre libros,
manuales, artículos de revistas, capítulos de libros, etc. y ponente
invitado en las más prestigiosas universidades de todo el mundo. Sus
trabajos han abordado y profundizado todos los aspectos del derecho
constitucional, pero sus líneas de investigación principales pueden
considerarse la protección de los derechos fundamentales, el sistema
de las fuentes del derecho, la justicia constitucional y el poder judi-
cial. Actualmente es profesor emérito del Departamento de Dere-
chos de la Universidad de Pisa y director y responsable científico del
Curso de Alta Formación en Justicia constitucional y Protección de
los Derechos, que hasta ahora ha tenido once ediciones (2012-2022).

JULIO RÍOS FIGUEROA

Profesor titular en el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Es doctor en Ciencia Política por la Universidad de Nueva York (NYU). Sus temas de especialización son el poder judicial y la política en perspectiva comparada, el Estado de derecho y los estudios sociolegales con un foco empírico en la región latinoamericana. El profesor Ríos Figueroa es autor de diversos libros y artículos sobre estos temas que pueden ser consultados en la página <https://rios-figueroa.com/>. Ha sido profesor visitante y fellow en diversas instituciones como el Wilson Center (2022-2023), la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York, el Instituto Juan March en Madrid, y el CASBS de Stanford University. Ríos Figueroa fue editor de la revista *Política y Gobierno* del CIDE entre 2014 y 2018.

ROBERTO GARGARELLA

Es abogado y sociólogo de la Universidad de Buenos Aires y doctor en Derecho de la misma universidad y de la Universidad de Chicago (EE. UU.), con estudios postdoctorales en el Balliol College de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido profesor o investigador visitante en las Universidades de Bergen y Oslo (Noruega), Pompeu Fabra (España), New York, Columbia, New School y Harvard (Estados Unidos). Ha recibido las becas John Simon Guggenheim (1999) y Harry Frank Guggenheim (2002). Ha publicado varios libros sobre teoría constitucional y filosofía política, entre los cuales se encuentran: *Latin American constitutionalism* (Oxford University Press, 2013); *The legal foundations of inequality* (Cambridge University Press., 2010), y también *La justicia frente al gobierno*; *Las teorías de la justicia después de Rawls*; *Los fundamentos legales de la desigualdad*, y *El derecho a protestar: el primer derecho*.

JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA

Catedrático emérito de Derecho Constitucional Universidad Autónoma de Madrid, ha publicado diversos trabajos sobre la cobertura institucional del pluralismo, en especial sobre federalismo, nacionalismo

y autonomías territoriales, que son recogidos en sus últimos libros, singularmente *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos* (Madrid, 2019). Y antes *Las bases constitucionales del Estado autonómico* (Madrid 1998) o *La reforma federal. España y sus siete espejos* (Madrid 2014). Asimismo, ha realizado varios estudios referentes a la teoría general de los derechos fundamentales, particularmente sobre la libertad de expresión y derecho electoral, así como sobre la forma política del Estado español (*Derechos fundamentales y forma política*, Madrid, 2020). Acaba de publicar *La democracia en apuros* (Barcelona, 2021). Es director de la *Revista de Estudios Políticos*.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director

Juan José Solozabal Echavarria, Universidad Autónoma de Madrid

Secretario

Joaquín Abellán García, Universidad Complutense, Madrid

Vocales

Javier Fernández Sebastián, Universidad del País Vasco
Elena García Guitián, Universidad Autónoma de Madrid
Iván Llamazares Valduvico, Universidad de Salamanca

Antonio López Castillo, Universidad Autónoma de Madrid
Javier Tajadura Tejada, Universidad del País Vasco
Isabel Wences, Universidad Carlos III, Madrid

CONSEJO ASESOR

Luis Aguiar de Luque, Universidad Carlos III, Madrid
Carlos Alba Tercedor, Universidad Autónoma de Madrid
Óscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Miguel A. Aparicio Pérez, Universidad de Barcelona
Manuel Aragón Reyes, Universidad Autónoma de Madrid
Francisco Balaguer Callejón, Universidad de Granada
M.ª Luisa Balaguer Callejón, Universidad de Málaga
Francisco J. Bastida Freijedo, Universidad de Oviedo
Paloma Biglino Campos, Universidad de Valladolid
Andrés de Blas Guerrero, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Carlos de Cabo Martín, Universidad Complutense, Madrid
Juan Cano Bueso, Universidad de Almería
Francisc de Carreras Serra, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
José Luis Cascajo Castro, Universidad de Salamanca
Pilar del Castillo Vera, Universidad Nacional de Educación a Distancia
José Cazorla Pérez, Universidad de Granada
Ricardo Chueca Rodríguez, Universidad de Zaragoza
Josep M. Colomer, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona
Manuel Contreras Casado, Universidad de Zaragoza
Javier Corcuera Atienza, Universidad del País Vasco
Ramón Cotarelo, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Pedro Cruz Villalón, Universidad Autónoma de Madrid
Eduardo Espín Templado, Universidad Castilla-La Mancha
Jorge de Esteban Alonso, Universidad Complutense, Madrid
Teresa Freixes Sanjuán, Universidad Autónoma de Barcelona
Miguel A. García Herrera, Universidad del País Vasco
Ángel Garrorena Morales, Universidad de Murcia

Pedro González-Trevijano, Tribunal Constitucional
Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, Consejo de Estado
Gurutx Jáuregui Bereciartu, Universidad del País Vasco
Javier Jiménez Campo, Tribunal Constitucional
Luis López Guerra, Universidad Carlos III, Madrid
Antonio López Pina, Universidad Complutense, Madrid
José María Maravall Herrero, Universidad Complutense, Madrid
Miguel Martínez Cuadrado, Universidad Complutense, Madrid
Isidre Molas Battllori, Universidad Autónoma de Barcelona
José Ramón Montero Gibert, Universidad Autónoma de Madrid
Raúl Morodo Leoncio, Real Academia de Ciencias Políticas y Morales
Dalmacio Negro Pavón, Real Academia de Ciencias Políticas y Morales
Alfonso Padilla Serra, Universidad Autónoma de Madrid
Manuel Pastor Martínez, Universidad Complutense, Madrid
Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra
Javier Pérez Royo, Universidad de Sevilla
Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, Cortes Generales
Antonio Porras Nadales, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla
José A. Portero Molina, Universidad de La Coruña
Ramón Punset Blanco, Universidad de Oviedo
Javier Roiz Parra, Universidad Complutense, Madrid
Javier Ruipérez Alamillo, Universidad de La Coruña
Remedios Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia
Julián Santamaría Ossorio, Universidad Complutense, Madrid
Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Josep Vallés Casadevall, Universidad Autónoma de Barcelona
Fernando Vallespín Oña, Universidad Autónoma de Madrid
Carles Viver Pi-Sunyer, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista



FECYT-021/2022

Fecha de certificación: 1ª Convocatoria (2011)
Válido hasta: 22 de julio de 2023

