

REVISTA DE
Derecho **8** 1
Público

*Revista de
Derecho Público*
N° 81
2° sem. 2014

Publicación del
Departamento
de Derecho Público,
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile.

publico@derecho.uchile.cl

Revista de Derecho Público es una publicación semestral, editada por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Toda correspondencia, solicitudes de compra, suscripción, canje y colaboraciones deben dirigirse a:

Revista de Derecho Público

Universidad de Chile

Pío Nono N° 1

Casilla 94 - Correo 22

Santiago, Chile

FAX: 978 5250

e-mail: publico@derecho.uchile.cl

Suscripción anual: US\$ 40 extranjero
\$20.000 (IVA incluido): universidades e instituciones.
\$15.000 (IVA incluido): académicos y abogados.
\$10.000 (IVA incluido): estudiantes.

Enviar cheque nominativo a nombre de *Revista de Derecho Público*.

Registro de Propiedad Intelectual N° 44.200 - 1975

Código internacional ISSN 0716-0267 versión impresa

ISSN 0719-5249 versión en línea

Representante legal: **Prof. Pierino Perazzo Gagliardo**

Decano(s) de la Facultad de Derecho.

Directora responsable: **Prof. Ana María García Barzelatto**

Los puntos de vista manifestados en la *Revista de Derecho Público* expresan el concepto de los autores que en ella escriben, y no representan, en consecuencia, necesariamente la opinión de la institución.

Impreso en Gráfica LOM

Concha y Toro 25, Santiago

El desgobierno de los jueces**

The misgovernment of judges

Resumen

El autor nos presenta el devenir institucional del oficio judicial durante la modernidad y las coordenadas histórico-jurídicas en las cuales se inserta, destacando el declive de la ley parlamentaria, la tensión y conflictos en los gobiernos democráticos, el establecimiento de poderes judiciales politizados y un ascendente activismo judicial, cuyas consecuencias no sólo impactan en los sistemas de representación democráticos sino también en la práctica de la actividad judicial.

Palabras clave

Judicatura – legislación – activismo judicial – democracia.

Abstract

The author presents the institutional evolution of the judicial office during modernity and historical-legal coordinates in which it is inserted, highlighting the decline of parliamentary law, tension and conflict in democratic governments, establishing politicized judiciaries and ascending judicial activism, the consequences not only impact the democratic systems of representation, but in the practice of judicial activity.

Keywords

Judiciary - law - judicial activism - democracy.

**Doctor en Derecho y Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.*

***Artículo recibido el 15 de septiembre de 2014 y aceptado para su publicación el 3 de octubre de 2014.*

I. Introducción

Los jueces han saltado desde hace algunos decenios a las primeras páginas de los periódicos en un proceso acelerado, sin cesar. Y no sólo los de los altos tribunales, supremos (llamados de casación en algunos países) o constitucionales (donde existen distinguiéndose de los anteriores). En muchas ocasiones, incluso los de órganos más alejados de la cúspide de la magistratura. Primera y principalmente los del orden penal, pero no sólo, pues han arrastrado a los administrativos, laborales y aun civiles.

No es fácil individualar los factores que han conducido a esta situación, pues son variados según las distintas culturas jurídicas e incluso dependen de los singulares ordenamientos constitucionales. En una presentación esquemática podríamos distinguir aspectos que tocan a la organización de la administración de justicia y otros referidos a la comprensión de la función jurisdiccional.

II. El poder de los jueces en el cuadro de la «separación de poderes»

Montesquieu, pese a las simplificaciones de que ha sido objeto su pensamiento, no empleó nunca la expresión «división de poderes», utilizando tan sólo en una ocasión, y en forma exclusivamente negativa, el verbo «separar»¹. Es importante subrayar que en esa única ocasión se refiere concretamente, además, «al poder de juzgar en relación con los otros dos», esto es, sin concernir a éstos. Puede afirmarse, por tanto, que la expresión «separación de poderes» traiciona el pensamiento de Montesquieu, así como que sería más exacto decir que lo que le preocupaba era verdaderamente la «no confusión» de los poderes legislativo y ejecutivo. Y es que el bordelés sólo rechazó la confusión total de todos o de dos de los tres órganos que ostentan los tres poderes, en el sentido de que no deben estar integrados por los mismos elementos. En especial, entendía también que los titulares de la función judicial habían de ser excluidos del poder político supremo, manteniéndose independientes del legislativo y del ejecutivo, mientras que éstos, por su parte, debían contrapesarse, balancearse y contrabalancearse entre sí para que les resultase necesario ponerse de acuerdo, a fin de que el veto de uno no inmovilizase al otro².

Para aclarar estos matices puede servir la diferencia que media entre la tesis de Montesquieu –del contrapeso, equilibrio y no confusión de poderes– y la teoría de la separación de poderes tal y como se articuló por la Revolución francesa. Diferencia percibida agudamente por Sièyes al escribir que, según Montesquieu, debían participar en la obra del Estado «tres equipos de obreros en una unidad organizada», de modo que uno podía eventualmente deshacer lo hecho por otro, mientras que, conforme opinaba el propio Sièyes, «cada equipo debía tener su función propia». Claro está que Montesquieu no pensaba en cuadrillas de obreros, sino en contrapoderes que debían equilibrarse para no caer en el dominio despótico de cualquiera de ellos; en cambio, Sièyes se refería a equipos de gobernantes que desempeñasen las funciones en que se traducían los poderes ejecutivo y judicial, que –a fin de cuentas– dimanaban según él del poder soberano, monopolizado por la asamblea de representantes ostentadores del legislativo.

¹ MONTESQUIEU.

² Cfr. EISENMANN (1985), pp. 4 y ss.; *Ídem* (1985), pp. 39 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO (1986), pp. 390 y ss.; *Ídem* (1992), pp. 1017-1044, pp. 1020 y ss.

Lo que buscaba Montesquieu es que el poder político no se ejerza de modo demasiado unilateral, sirviendo sólo a aquellos intereses encarnados en cada uno de los poderes o que realizaran únicamente las ideas de una determinada facción de la sociedad, aunque ésta fuera mayoritaria. Y es que, igual que la doctrina de Rousseau aseguraba la primacía del poder legislativo –expresión de la *volonté générale*–, Montesquieu trataba de crear un «equilibrio institucional», que a la vez consistiera en un «equilibrio social»³. La concepción de Montesquieu, pues, no supone una sociedad política artificial, compuesta de tres entidades distintas (legislativa, ejecutiva y judicial), sino diversos elementos o fuerzas reales, sociológica e históricamente imbricadas en el seno de un todo unitario (Estado o nación), que regulen sus intereses –comunes o separados– conforme un postulado de derecho⁴.

Tales consideraciones no son en absoluto ajenas a lo que nos interesa. En la versión revolucionaria-jacobina, el poder de los jueces estaba sometido a la soberanía del parlamento, conforme al principio democrático de la soberanía popular⁵. Esto, si bien significa ya una infidelidad grave al pensamiento de Rousseau, al trasponer y trasplantar la voluntad popular por la parlamentaria⁶, viene también y en mayor medida a tergiversar la versión de Montesquieu, pese a acogerse a palabras suyas fuera de contexto, tales como las que sostienen que la potestad de juzgar «es en cierto modo nula» o las que afirman que «el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley»⁷. Cuando la primera afirmación no sobrepasa la aseveración de que la función de juzgar no es política y la segunda olvida que, para el Barón de la Brède, las leyes no eran sólo estatales, sino que –en una concepción todavía parcialmente tradicional– había de tenerse en cuenta la ley natural, esto es, la ley de la razón natural, ley por tanto de la conservación de las sociedades y emanada de la naturaleza de las cosas. Esta potestad de juzgar, que no es un poder político, es la que debe ser independiente tanto del poder ejecutivo como del legislativo para que exista libertad. En cambio, los revolucionarios franceses, como es sabido, miraban con recelo a los jueces y trataron de desactivar su supuesta oposición a las nuevas tendencias tanto privándoles de la capacidad de interpretar las leyes, como a través de la introducción de un sistema de elección popular de los mismos. Sin embargo, la posición puramente aplicativa de las leyes comportaba un mecanicismo incompatible con la libertad humana, de manera que pronto el *non liquet* reintrodujo la interpretación, al tiempo que la tecnificación del derecho, por otro lado, iba a imposibilitar la elección popular⁸. Finalmente, cabía pensar que en el seno de la doctrina de la división de poderes, entendida de un modo simplista y erróneo como acabamos de repasar, al igual que el gobierno de los poderes legislativo y ejecutivo se residenció respectivamente en cada uno de ellos, se encomendaría al propio poder judicial su gobierno. No fue así, sin embargo, y con el pretexto de que

³ TROPER (1985), p 70.

⁴ Cfr. VLACHOS (1974), p. 176.

⁵ Cfr. DE LA CRUZ FERRER (1989), pp. 264 y ss.

⁶ Cfr. ROUSSEAU, libro III, capítulo XV y libro II, capítulo III.

⁷ MONTESQUIEU, libro XI, capítulo VI, p. 32 y 49 respectivamente.

⁸ VALLET DE GOYTSOLO (1994), pp. 769 y ss.

al poder judicial sólo le correspondía juzgar, mientras que administrar (incluso, como sabemos, juzgar a la administración) es propio del ejecutivo, se encomendó a éste, a través del Ministerio de Justicia, el gobierno de la administración de justicia, lo que hizo que el poder ejecutivo resultara primado en sus relaciones con los jueces en el proceso de decantación del Estado de derecho liberal⁹. Al tiempo que la irresistibilidad de la ley completaba, desde otro ángulo, el cuadro.

III. ¿De la administración de justicia al «Poder judicial»?

Las transformaciones del Estado constitucional, sobre todo tras la segunda guerra mundial, en lo que se dio en llamar el constitucionalismo racionalizado¹⁰, han afectado decisivamente a ese cuadro recién trazado. Se fue, así, abriendo camino la idea de un verdadero poder judicial autogobernado. Si bien está el antecedente francés de la Constitución de 1946, prolongado en la de 1958, es la Constitución italiana de 1948 la que ha servido de modelo, seguida de cerca luego por la Constitución española de 1978 y, a partir de ella, extendida a buena parte del constitucionalismo hispanoamericano. La creación de los consejos de la magistratura (o del poder judicial) es una de las piezas esenciales de esos cambios, aunque no deban echarse en el olvido –en este ámbito institucional en el que estamos todavía desarrollándonos– la difusión de los tribunales constitucionales según el esquema kelseniano y las transformaciones de las llamadas fuentes (en particular de la ley parlamentaria) del derecho.

Los consejos de la magistratura, de elección política, en general por los parlamentos, conducen inexorablemente a la politización de la justicia. Difundido el «Estado de partidos» (que en Italia se denominó «partitocracia»), particularmente desastroso en su combinación con el parlamentarismo (y la representación proporcional con la que éste con frecuencia coincide), se trata de dejar en manos de los partidos dominantes nada menos que los ascensos de los jueces, los nombramientos de magistrados del tribunal supremo y de los presidentes de tribunales colegiados. Así, una facción o varias concertadas (los partidos y las asociaciones de jueces que les sirven de correa de transmisión) dominan el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Como la composición de los tribunales constitucionales viene determinada con frecuencia por estos poderes, también aquéllos entran en la misma lógica, con lo que ulteriormente se refuerza el proceso. De resultas aparece una *lottizzazione* (reparto) que alimenta la *politicizzazione* (politización)¹¹.

⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (1981), pp. 34 y ss.

¹⁰ MIRKINE-GUETZEVICH (1937). El autor utilizó el término de parlamentarismo racionalizado para referir ciertas tendencias observables en las constituciones del período de entreguerras, en particular relativas a las relaciones entre gobierno y parlamento. En puridad, dicha expresión es más estrecha que la de constitucionalismo racionalizado, que se usa para describir al constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial.

¹¹ He estudiado detalladamente el caso español en el capítulo 5º de mi libro, que es crítico sobre la Constitución española actualmente vigente, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, 2000. Los sucesivos cambios legislativos en el desarrollo de la Constitución, desde 1978, son bien significativos de los problemas que aquí me he limitado a evocar. Y que, como consecuencia de haber sido recurrido el primero de ellos al Tribunal Constitucional, permite incluso disponer de un pronunciamiento

Lo que está verdaderamente en juego, más allá de esos consejos de la magistratura politizados y constituidos en órgano de gobierno de un «poder judicial», es la existencia de un verdadero poder judicial, así como su necesidad para la salvaguarda de la independencia de los jueces. En efecto, desde un ángulo teórico, parece que la independencia judicial no debe predicarse del conjunto de órganos jurisdiccionales, mucho menos del cuerpo de jueces y magistrados entendidos como clase o grupo, sino de cada tribunal o cada juez en el ejercicio concreto de su función jurisdiccional. Por eso, la concepción de los jueces y magistrados como titulares en su conjunto y por medio de una jerarquía, de un poder político dentro del Estado, desvirtúa la noción de la separación de poderes y no sólo no favorece, sino que pone en peligro la verdadera independencia de los jueces. Que debe garantizarse, ciertamente, respecto de las intromisiones o presiones del poder ejecutivo, pero sin olvidar los peligros que acechan a partir del ejercicio de la función legislativa y, más aún, los que residen en la actividad de los propios titulares de la función jurisdiccional, a causa de la jerarquización administrativa de que son objeto en los ordenamientos. En conclusión, existen dudas muy razonables respecto de que los tribunales queden exentos de todo influjo exterior cuando la magistratura se gobierna a sí misma¹². Estas afirmaciones, formuladas en teoría, se han confirmado hasta en el menor de sus detalles en la experiencia jurídica contemporánea: los jueces tienen pero no integran un poder (en el sentido de potestad) y resulta indeseable, por constituir un factor de intrínseca politización, cuando –como ocurre hoy en muchos países– el conjunto de los órganos judiciales se constituyen en un poder del Estado¹³.

IV. De la crisis del derecho a la crisis de la ley moderna

A una época sellada por el imperio majestuoso de la ley parece haber sucedido desde hace tiempo –y no es difícil remontarse a los años treinta del siglo pasado¹⁴– otra que se interroga y duda sobre la centralidad de esta categoría. En puridad, a la «crisis del derecho», que inauguró el predominio legalista de la impostación jurídica moderna, agnóstica y consecuentemente voluntarista, ha terminado por suceder la «crisis de la ley»¹⁵, tanto más significativa en cuanto que ésta había quedado como el último residuo –es cierto que desnaturalizado y degradado, pero aún operante– de aquél. La presente crisis de la ley surge precisamente de haberse apurado las premisas filosóficas que alumbraron su versión moderna o, por decirlo de otro modo, asistimos en nues-

como la sentencia 108/86, de 29 de julio, particularmente desafortunada donde se evidencian claramente las debilidades de la argumentación que sostiene las evoluciones contemporáneas sobre la magistratura y su gobierno. Las reformas ulteriores, en 2001 y 2013, no han servido para resolver el problema, habiéndolo agravado la primera al añadir al filtro partidista el asociativo judicial, y estando por verse los efectos de la segunda.

¹² Cfr. SEMINARIO DE LAS CÁTEDRAS DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID (1970), pp. 89 y ss.

¹³ DE LA OLIVA (1978).

¹⁴ Cfr. VEGAS LATAPIE (1938); BURDEAU (1939), pp. 7 y ss.

¹⁵ Cfr. D'ORS (1973) págs. 1 y ss. Puede verse del autor, traducido al francés por el profesor SÉRIAUX (1991) (2ª ed., 2001).

tros días, según el epocal signo postmoderno, a la disolución de la ley moderna en su versión «fuerte» y a su sustitución por sus derivados «débiles». Desde un ángulo teórico-conceptual, la ley parlamentaria se halla, por causa de los tribunales constitucionales, ante continuos constreñimientos para acomodarse a la Constitución, y, merced a la expansión del gobierno, en una defensiva permanente. Sin olvidar el vacío jurídico creado por la reciente ola de des-reglamentación de los años ochenta. Pero también, desde el ángulo práctico, han de tenerse presentes el «mal decir» y «mal hacer» de las leyes¹⁶. Esto es, la incorrección en la expresión y en la técnica a que responden y que redundan, a no dudarlo, no sólo en su correcto conocimiento, sino también en su adecuado cumplimiento.

Puede resultar útil comenzar por examinar el nivel teórico, recién apuntado, de la crisis de la ley parlamentaria. Primeramente, no pueden en absoluto obviarse las hondas transformaciones que supuso la adopción por los sistemas continentales legalistas del control de la constitucionalidad de las leyes, característicos, si bien con rasgos bien diferenciados, de los sistemas anglosajones, y en particular del constitucionalismo estadounidense. Pues la concepción kelseniana, si bien partió de presupuestos típicamente continentales como el positivismo y el legalismo (esto es, lo que podríamos llamar negativamente «no judicialismo»), vino finalmente a alterar la fisonomía de las constituciones europeas, aproximándolas por una suerte de paradoja, en absoluto inexplicable, al modelo norteamericano¹⁷. En efecto, el positivismo jurídico se abrirá en ellas al derecho internacional, diluyendo la clausura paradigmática de aquél y trazando un puente entre el sistema normativo internacional y el interno, al tiempo que tenderán a configurarse como normas de aplicabilidad inmediata, determinando una constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, que borra las fronteras, antes infranqueables entre la norma suprema y el resto del sistema. Aunque la transformación decisiva brotará de la existencia misma de un órgano a quien se confía la operación de contrastar los productos legislativos con la piedra de toque de la Constitución, que, por más que sin naturaleza judicial ni estar siquiera incluidos en la organización judicial, emplean en cambio formas y procedimientos judiciales y conducen inexorablemente a la judicialización de la vida política. A continuación, no debe ponerse entre paréntesis la transformación del parlamentarismo, en su versión denominada «racionalizada», con la asunción del protagonismo político por parte del gobierno, paralelo al retraimiento del parlamento. Las hondas transformaciones políticas, sociales, económicas, culturales y aun tecnológicas militaron de forma convergente en una alteración de los supuestos constitucionales sobre los que se asentaba el parlamentarismo originario. Así, el panorama actual aparece presidido por la preponderancia del gobierno –y no sólo contemplada cuantitativamente, sino también cualitativamente– en la iniciativa legislativa, las excepciones de creciente importancia al monopolio del parlamento en la producción de normas con rango de ley mediante la generalización de los decretos-leyes y los decretos legislativos, y aun más profundamente la propia alteración del

¹⁶ Véase AYUSO (2008), pp. 47 y ss.

¹⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (1981).

juego de los poderes producto de factores tales como la industrialización, la sociedad de masas o los partidos políticos¹⁸.

Pero también merece la pena internarse en el terreno práctico. En primer lugar, ha de destacarse la proliferación legislativa, de la que ha manado de modo necesario su inestabilidad. Georges Déherme, en los años treinta, señalaba que en Francia se habían promulgado, desde la Revolución, más de doscientas cincuenta mil leyes¹⁹. Y el profesor Marcel de la Bigne de Villeneuve precisaba: «En dos años, la Constituyente había confeccionado dos mil quinientas setenta y siete leyes. En un año, la Legislativa aprobó mil setecientos doce. El primer Imperio acusó un ligero retroceso, pues sólo llegó a diez mil textos. Pero la Restauración promulgó treinta y cinco mil; Luis Felipe, treinta y siete mil; la efímera segunda República, doce mil cuatrocientos; el segundo Imperio, cuarenta y cinco mil. Desde 1870 a 1914, la tercera República elaboró cien mil. Y la cuarta marcha por el mismo camino que su predecesora, con una media anual de dos mil quinientos». Proceso, podemos añadir, en absoluto detenido, antes bien, exasperado en los años más próximos a nosotros. Piénsese, en lo que respecta a España, no sólo en la legislación estatal, sino también en la regional y hasta en la comunitaria europea, como a efectos simplemente formales muestra el crecimiento elefantiásico del «Aranzadi», esto es, del repertorio de legislación más conocido en España. El alto grado de «movilización» o «motorización» a que con carácter permanente están sometidas las leyes determina igualmente la improvisación y el apresuramiento en su elaboración. Se ha olvidado que las normas producen siempre efectos reflejos y reacciones sociales que deben preverse antes de su promulgación. Más que su contenido, interesa la reacción que pueden provocar en el cuerpo social. Así, las protecciones excesivas, fruto muchas veces de aplicar principios de justicia distributiva a situaciones de justicia conmutativa o general, se suelen volver en perjuicios para los futuros componentes del sector protegido: la protección de los inquilinos de ayer —se ejemplificaba en la España de los años sesenta— hace desaparecer el inquilinato hoy, y requiere que se promuevan grandes beneficios inmediatos para que se construya, aunque sea para vender por pisos. La presión fiscal y laboral, por otro lado, pasada cierta medida, hace huir el ahorro de las inversiones socialmente beneficiosas (industria, agricultura, construcción, etc.) y lo empuja hacia la especulación, más difícil de controlar, lo que a la larga ocasiona malos resultados económicos y, desde luego, produce efectos desmoralizadores; o bien, paso a paso, esa presión y el esfuerzo por mantenerla deslizará hacia el totalitarismo, la irresponsabilidad tecnocrática y la pérdida de todo estímulo personal²⁰.

Una inestabilidad como la que se observa no es sino el síntoma de la inmoralidad de la ley. En efecto, si la ley se reduce a no ser más que una regla técnica, si abandona la búsqueda de lo que constituye el bien de la comunidad política, se convierte en inmoral. Inmoralidad que no radica tanto en la falta de respeto a una ley natural de la que debería deducirse, como en perder la mira de lo que constituye el bien común

¹⁸ Cfr. PEREIRA MENAUT (1987), pp. 113 y ss.

¹⁹ Cfr. DÉHERME (1936), p. 224.

²⁰ VALLET DE GOYTISOLO (1973), p. 166.

de la comunidad a la que pretende imponerse. Pues entonces impera solamente en virtud de la voluntad del legislador, detrás de la que no es difícil percibir los intereses particulares, convirtiéndose el poder en algo más y más pesado, que justifica la revuelta. Se llega así al cuadro paradójico de una ley progresivamente invasora e impotente al tiempo. Parece albergar la pretensión de cubrir la totalidad de las relaciones entre los ciudadanos, sustituyendo las regulaciones de los particulares e imponiendo a los jueces sus soluciones. Al mismo tiempo, sin embargo, es cada vez menos obedecida y su prestigio se disuelve en la inestabilidad, la injusticia y, en fin, la revuelta²¹. A la larga, los jueces vuelven a aparecer en ese cuadro desolado.

V. La función judicial

No estará de más, pues, dejar alguna nota respecto de la naturaleza de la función judicial, para observar las transformaciones producidas en este ámbito durante los últimos tiempos.

En el proceso romano, las funciones de autoridad y potestad permanecían separadas: el juez, ciudadano sin función pública oficial, tenía la autoridad; el pretor, que carecía de saber judicial, ostentaba la potestad superior del *imperium*. Sin embargo, en el procedimiento extraordinario, ambas funciones se fundieron en la misma persona del juez-magistrado. También en el Estado moderno, debido a la confusión entre *auctoritas* y *potestas*, el juez ha seguido acumulando estas funciones. Pero la función esencial del juez es y será decidir una controversia conforme a derecho, y esto es, evidentemente, propio de su saber, de su autoridad, aunque tenga actualmente atribuida –como funcionario del Estado que administra justicia– la dirección del proceso y su ejecución, para los que son imprescindibles ciertos expedientes de potestad²². Jurisdicción proviene, en efecto, de *iuris dictio* (*ius dicere*) y se contrapone a *iudicatio* (*ius dicare*). Aunque resulte cómodo traducir *dicere* por declarar, no es propiamente algo referido a la exteriorización de algo interno y oculto que es la voluntad, sino un señalar, esto es, la determinación de un objeto, de un acto, no de exteriorización sino de objetivación. De ahí que *dicere*, en derecho, tiene un sentido amplio que comprende el conjunto de declaraciones públicas que da el magistrado con *imperium* para la buena marcha del litigio y que tiene efectos genéricos. En cambio, *dicare* expresaba una declaración privada con efectos personales, y es la sentencia del juez privado que declara el derecho de alguien contra otro. La jurisdicción es, pues, producto de la *potestas*, como la judicación o el juicio lo son de la *auctoritas*. Por tanto, quienes afirman que la autoridad es el fundamento de la jurisdicción, se están refiriendo en verdad a la *iudicatio*, descuidando la esencia de la *iurisdictio*; mientras que, por el contrario, quienes la encuentran en la potestad están poniendo en penumbra la judicación, con evidente error²³.

²¹ Cfr. BASTIT (1990), pp. 12 y ss.

²² D'ORS (1985), p. 22.

²³ Cfr. DOMINGO (1987), pp. 143 y ss.

Muchas conclusiones, de las que algunas ya han despuntado en las páginas precedentes, podríamos extraer del desarrollo anterior: el carácter contradictorio de la expresión «poder judicial», que debería ser sustituida por la de «potestad jurisdiccional»; la desaparición de la polémica distinción entre jurisdicción y administración; la reinterpretación de la «división de poderes»; la mejor comprensión de la función del juez moderno, etc. También la naturaleza de la jurisprudencia: de ahí que el Tribunal Supremo, como órgano más elevado en el ejercicio de la función judicial, deba serlo también en orden a la expresión o determinación del derecho como convicción de juridicidad, como juicio racional, en el que el ámbito de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad, aunque ésta sea soberana. Por eso, cuanto más convezan sus razonamientos jurídicos, mayor resultará su prestigio, que ha de basarse en una superioridad racional, en una *auctoritas*, más que en el poder decisorio resultante de su situación orgánica, esto es, de su *potestas*²⁴.

En cuanto al objeto de la función judicial debería distinguirse entre aplicación, elaboración, adjudicación, creación o determinación del derecho. Términos que esconden conceptos ni unívocos ni siquiera análogos. Así, cuando se dice «aplicación», se identifica en general derecho con ley, concibiéndose aquélla como una operación mecánica, silogística, al estilo del iluminismo o de la escuela de la exégesis. En la «elaboración», la perspectiva se amplía y se entiende por derecho el conjunto de normas de derecho, comprendiendo leyes, costumbres, principios, etc. Savigny distinguía la que afectaba a las costumbres, que se efectúa por el pueblo, de la propia de las leyes, que debía ser asumida por juristas doctos en traducir jurídicamente el espíritu del pueblo. «Adjudicación», de la que ha hablado –por ejemplo– Dworkin, se refiere preferentemente a la acepción de derecho subjetivo, aunque comprenda la aplicación al caso de alguno de los principios desarrollados de modo constructivista por autores como Rawls. «Creación» se entiende ya como el acto que el juez realiza al dictar sentencia –al modo de la «escuela de derecho libre», que podríamos centrar en Kantorowicz–, ya como –según han sostenido autores tan distantes como Kelsen o Ehrlich– la norma individualizada de decisión por el juez para su aplicación, por él mismo, al caso controvertido. Finalmente, «determinación», bien sea directa desde los principios generales de justicia o la naturaleza de las cosas, bien proceda indirectamente con la mediación de alguna norma jurídica anteriormente configurada o determinada, coincide con la tradición jurídica romano-medieval del derecho concebido como *quod iustum est*, que no se confunde con la ley y respecto del que las demás acepciones son analogadas²⁵.

En esa línea, los Códigos resultan para muchos juristas un obstáculo en la búsqueda de la justicia del caso –al modo explicado por Aristóteles–, cotejando el hecho del mismo con el supuesto de hecho tipo de la norma, penetrando en su *ratio*, observando en plenitud la naturaleza de las cosas y contrastando criterios con la experiencia histórica y la reciente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Labor que es interrumpida y

²⁴ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO (1959), pp. 575 y ss.

²⁵ *Ídem* (1994), pp. 3 y ss.

perturbada inevitablemente en todo cambio legislativo si éste no la recoge y consolida, y cuya importancia excede con mucho de todas las construcciones dogmáticas y hermenéuticas sobre el originalismo o el activismo judiciales. Con referencia a la casación civil en España se ha escrito: «Cierto es que la Sala 1ª del Tribunal Supremo [...] sufre la dificultad de que, en el recurso de casación, sólo tiene posibilidad de satisfacer la justicia del caso condicionada a que vaya conjugada con alguna infracción legal que permita, en su caso, casar el fallo estimado injusto y abrir paso para poder dictar sentencia justa. Pero este trámite ha dado lugar, a veces, a que, con este fin, se fuerce la doctrina legal; y luego, en otras ocasiones sucesivas, para evitar contradecirse con lo ya forzado, se ha perdido en una *techné*, no siempre fácil de entender [...]. Sus aporías resultan, en primer término, de que se dé a la sentencia la amplitud de la norma de derecho más general, que el juzgador se cree obligado a aplicar, y así se da a la propia sentencia una generalidad impropia del fallo que resuelve un caso concreto. Como había notado Fontanella, las sentencias *ultra non extendatur quam importat verborum sonus*; pues, *minima mutatio facti mutat totum ius*. De aquel modo, se procede a deformar la norma que ha de darse por infringida para poder corregir un fallo que resulta injusto, en lugar de señalar su inaplicabilidad porque su hecho tipo no coincide con el del caso juzgado»²⁶.

Desde la teoría de los saberes jurídicos y su pertinente jerarquización, se ha denunciado también la reducción de la jurisprudencia a doctrina legal y la devaluación final de ésta y aquélla. En efecto, si la cuestión del saber judicial se plantea como tema político revestido de saberes técnicos del derecho en los países anglosajones, «muy otra es la apreciación obtenida en el continente, donde el saber técnico ha sido sobrevalorado hasta asumir el calificativo por excelencia de saber jurisprudencial, siendo así que el auténtico saber jurisprudencial es el saber más elevado del derecho, el saber filosófico por excelencia, si nos atenemos a las fuentes romanas, madres depuradoras de toda terminología»²⁷. De ahí que resulte especialmente repudiable la reducción de la jurisprudencia –ciencia de lo justo y de lo injusto a través de la noticia de todas las cosas divinas y humanas, en la famosa definición de Ulpiano– a una serie de sentencias dictadas por los tribunales de justicia, que no sólo resultan ajenas al saber filosófico sino que aun suplantando el científico, en una apoteosis del simplemente técnico, «bárbara inversión de los saberes jurídicos», en cuanto unos simples técnicos se han venido a arrogar el discernimiento de lo que es ciencia de lo que no es, dotándose a sí mismos del poder supremo de calificar desde la técnica los valores y los saberes de la ciencia jurídica; y ni tan siquiera con referencia a algún caso concreto, como acontece en los países anglosajones, sino sentando doctrina a través de dos o más sentencias concordantes²⁸.

Pero no deja de observarse que esta cuestión de la jerarquía de los saberes aparece estrechamente vinculada a la de los equilibrios entre los poderes o de los contrapesos

²⁶ *Ídem* (1986), pp. 453-455.

²⁷ ELÍAS DE TEJADA (1977), tomo II, p. 111.

²⁸ Cf. *Ídem, op. cit.*, (1977), p. 111. Puede verse referido con detalle su pensamiento en AYUSO (1994), p. 147 y ss.

entre sus funciones, pues a la potestad jurisdiccional le corresponde la determinación de la justicia particular, en sus especies conmutativa y distributiva, pero en ningún caso la legal o general. Más aún, sólo al gobernante toca tener a su cargo el cuidado de la comunidad, mirar al bien común; los jueces no han de considerar el bien común –menos la «razón de Estado»– en sus sentencias, salvo cuando esté mandado expresamente en las leyes. Por eso, «otorgar a los jueces la facultad de guardar el bien común alteraría la tabla de valores jurídicos de una sociedad organizada en términos de justicia y derecho [...], sería fundar un Estado de jueces en lugar de un Estado de derecho [...], como si en el campo religioso fuera sustituida la religión por el clericalismo»²⁹.

Así es, ya que para propugnar la justicia general, los parlamentarios aprueban las leyes que estiman conformadas a ella, elaboradas previamente por comisiones de expertos en el arte de legislar; mientras que, para propugnar la justicia particular, en cada caso concreto, todos los pueblos tienen una organización judicial, que debe estar integrada por hombres prudentes, expertos y concedores del derecho. La pauta de la justicia general, según la enseñanza clásica, no es otra que el bien común, de manera que cuando se pierde en la tarea de legislar, se incide en una desnaturalización de la ley. En efecto, en el Estado contemporáneo el poder legislativo ha venido siendo instrumentalizado por el ejecutivo, pasando a convertirse en el ejecutor de la política de éste. Así, ha olvidado su función de elaborar leyes en las que trata de plasmar lo que es justo según la justicia general y su pauta del bien común, para pasar a convertirse en un poder que elabora leyes que realizan la política del gobierno, donde la finalidad no es propiamente la justicia sino la eficacia, valor que se transmite del ejecutivo al legislativo, con la consiguiente confusión de los principios rectores de cada uno. Por eso, las leyes dejan de ser normas con vocación de durabilidad y permanencia, para sujetarse a los avatares de un gobierno que se olvida de gobernar si no es a base de «legislar»³⁰, de donde se deriva la debilidad de una teoría de las fuentes construida impecablemente desde la teoría democrática, pero en la que parece la racionalidad de la ley. Y de ahí también que se adquiera la impresión de que, pese a tal sistema, la diferencia entre la ley y los actos administrativos no es otra que la que reside en los distintos procedimientos formales de elaboración.

VI. Conclusión

Una vez más, lo que refleja la situación presente es no tanto la ruptura con la anterior como conmixción de tendencias obrantes en distintas direcciones en un cuadro de disolución. Si la crisis de la ley parlamentaria lleva a un mayor ascenso del gobierno, la recepción de los tribunales constitucionales junto con la afirmación de un poder judicial (político) contribuyen no sólo a limitar el peso de la ley sino a poner

²⁹ ELÍAS DE TEJADA, *op. cit.* (1977), tomo II, p. 129.

³⁰ Cfr. CANTERO (1994), p. 561 y ss. Puede verse extensamente desarrollado el tema en VALLET DE GOYTISOLO (1991).

en dificultades a los gobiernos, por más que tribunales constitucionales y consejos de la magistratura dependan en buena medida de los partidos y sus intereses. Los jueces, convertidos en agentes políticos, son aupados por los medios de comunicación. Los tribunales internacionales contribuyen, a su vez, a multiplicar las instancias de conflicto y confusión. El activismo judicial, sin embargo, actúa siempre en un mismo sentido: el de acelerador de la evolución de la modernidad hacia su fin. Recuérdesse el peso de las decisiones judiciales en el asunto de la legalización del aborto, hasta el punto de que a veces se ha producido no por vía legislativa sino judicial. Piénsese también en otros temas de alta densidad moral, como la llamada eutanasia, y el papel que han desempeñado los tribunales en abrirle el camino. Los jueces sustituyen, así, a los «representantes», en una demostración más de las transformaciones de la democracia: más que la elección popular, lo que cuenta es la sintonía con la ideologización democrática nihilista, revestida también de una cierta técnica. La cuadratura del círculo: democracia y tecnocracia abrazadas, mientras la representación (auténtica) y la justicia son cuidadosamente orilladas.

VII. Referencias bibliográficas

- AYUSO, MIGUEL (1994): *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid.
- AYUSO, MIGUEL (1996): *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid.
- AYUSO, MIGUEL (2000): *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid.
- AYUSO, MIGUEL (2005): *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid.
- AYUSO, MIGUEL (2008): *De l'esprit à la lettre. Genèse de l'hypertrophie judiciaire*, París.
- AYUSO, MIGUEL (2011): *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011.
- BASTIT, MICHEL (1990): *Naissance de la loi moderne*, París.
- BURDEAU, GEORGES (1939) : «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», en: *Archives de Philosophie du Droit*, París, pp. 7 y ss.
- CANTERO, FEDERICO J. (1994): «La seguridad jurídica», en: *Verbo* (Madrid), núm. 325-326 (1994), págs. 561 y ss.
- D'ORS, ÁLVARO (1973): «Los romanistas ante la crisis de la ley», en: *ESCRITOS VARIOS SOBRE EL DERECHO EN CRISIS*, pp. 1 y ss. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, Roma-Madrid.
- D'ORS, ÁLVARO (1985): *Prelección jubilar*, Santiago de Compostela.
- DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, MARCEL (1954): *L'activité étatique*, París.

- DE LA CRUZ FERRER, JUAN (1989): «La división de poderes en la Revolución francesa», en: *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid), núm. 20, pp. 264 y ss.
- DE LA OLIVA, ANDRÉS (1978): «La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978», en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* nº 2-3/1978.
- DEHERME, GEORGES (1936): *Démocratie et sociocratie*, París.
- DOMINGO, RAFAEL (1987): *Teoría de la «auctoritas»*, Pamplona.
- EISENMANN, CHARLES (1985a): «L'esprit des lois et la séparation de pouvoirs», en: *Cahiers de Philosophie Politique du Centre de Philosophie Politique de l'Université de Reims*, p. 4 y ss.
- EISENMANN, CHARLES (1985b): «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», en: *Cahiers de Philosophie Politique du Centre de Philosophie Politique de l'Université de Reims*, p. 39 y ss.
- ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO (1977): *Tratado de filosofía del derecho*, Sevilla.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1981): *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2ª ed., Madrid, pp. 34 y ss.
- GOYARD FABRE, SIMONE (1979): *La philosophie du droit de Montesquieu*, París.
- MIRKINE-GUETZEVICH, BORIS (1937): *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre*, París.
- MONTESQUIEU: *L'esprit des lois*.
- PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS (1987): *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid.
- POSTIGLIOLA, Alberto (1985): «En relisant le chapitre sur la Constitution d'Angleterre», en: *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen* (Caen), núm. 7, p. 17 y ss.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES: *Du contrat social*.
- SEMINARIO DE LAS CÁTEDRAS DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID (1970): «Comunicación conjunta de los profesores Fenech y Carreras y de los profesores adjuntos Peláez, Pérez Gordo y De la Oliva», en el vol. *El autogobierno de la magistratura*, Madrid, pp. 89 y ss.
- SÉRIAUX, ALAIN (1991) (2ª ed., 2001): *Une introduction à l'étude du droit*, Marsella.
- TROPER, MICHEL (1985): «Charles Einseman contre le mythe de la séparation de pouvoirs», en: *Cahiers de Philosophie Politique du Centre de Philosophie Politique de l'Université de Reims*, p. 70.

- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN (1959): «Glosas al párrafo 3º del artículo 10 del Código civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en: *Anuario de Derecho Civil*, XII-II, págs. 575 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN (1973): *En torno al derecho natural*, Madrid.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN (1986): «La seguridad de la norma jurídica», en: *Estudios de Deusto*, vol. 34 (1986), págs. 453-455.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN (1986): *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, pág. 390 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN (1991): *Metodología de las leyes*, Madrid.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN (1992): «La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes», en: *Verbo* (Madrid), núm. 309-310, pp. 1017-1044., pp. 1020 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN (1994): *Metodología de la determinación del derecho*, Madrid.
- VEGAS LATAPIE, EUGENIO (1939): *Romanticismo y democracia*, Santander.
- VLACHOS, GEORGES C. (1974): *La politique de Montesquieu*. Notion et méthode, París, p. 176.