



Band 3:

Julia Macher / Katrin Stranz

Spanien und Deutschland – Zwei konvergierende Sonderwege?

Emilia Girón Reguera

El Estado de Derecho en España (Juridificación / Judicialización)

Detlef Georgia Schulze

Lehren und Leerstellen – Schlußfolgerungen

1. Auflage: Mai 2006

StaR ★ P

Neue Analysen zu Staat, Recht und Politik

hrsg. von

Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf

Serie W: *working papers* des DFG-Projektes „Der Rechtsstaat in
Deutschland und Spanien“

Die HerausgeberInnen freuen sich über Vorschläge zur Aufnahme von Beiträgen in *StaR* ★ P.

Die *Neuen Analysen zu Staat, Recht und Politik* erscheinen in drei Serien:

Einer gedruckten Serie A: Sammelbände und Monographien, deren erster Band im Herbst 2006 beim Verlag Westfälisches Dampfboot erscheinen wird.

Der hier vorliegenden Serie W: *working papers*, die auf dem Dokumentenserver der FU Berlin dauerhaft veröffentlicht wird.

Schließlich der Serie G: Graue Literatur. Diese Papiere präsentieren auf der homepage <http://userpage.fu-berlin.de/~dgsch/> des Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“ *work in progress*. Sie stehen dort nur zeitlich begrenzt zur Verfügung und werden zu einem späteren Zeitpunkt in überarbeiteter Form formell publiziert.

Diese Veröffentlichung wird ab Sommer 2006 auf dem Dokumentenserver der Freien Universität mittels folgender Adresse <http://edocs.fu-berlin.de> kostenlos zugänglich sein:

„Der Dokumenten- und Publikationsserver bietet allen Angehörigen der Freien Universität Berlin die organisatorischen und technischen Rahmenbedingungen zur elektronischen Bereitstellung wissenschaftlicher Dokumente von hoher Relevanz unter Einhaltung von Qualitätsstandards im Internet für Forschung und Lehre. Die elektronischen Dokumente erhalten dauerhafte Adressen und werden teilweise automatisch über nationale und internationale Bibliothekskataloge, Suchmaschinen sowie andere Nachweisinstrumente erschlossen. Der Dokumenten- und Publikationsserver bietet durch besondere Maßnahmen wie digitale Signaturen und Zeitstempel einen Schutz gegen Verfälschungen. Darüber hinaus wird eine Langzeitarchivierung der elektronischen Dokumente nach den Richtlinien Der Deutschen Bibliothek gewährleistet.“ (Dokumenten- und Publikationsserver der Freien Universität Berlin - Leitlinien -, im internet unter der Adresse: <http://edocs.fu-berlin.de/hilfe/Leitlinien.pdf>).

Die Datei ist für beidseitiges Ausdrucken, d.h. mit gegenüberliegenden Seiten, formatiert und könnte nach dem Ausdrucken als Broschüre gebunden werden.

Der vorliegende Band dokumentiert zwei Literaturstudien die auf Werkvertragsbasis im Rahmen des Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“ entstanden sind sowie eine Antwort eines Projektmitgliedes sowie Rück-Antworten der AutorInnen der Studien. Das Projekt wird von der Deutschen Forschungsgemeinschaft finanziert.

Girón Reguera, Emilia u.a.:

Julia Macher / Katrin Stranz, *Spanien und Deutschland - zwei konvergierende Sonderwege?*; Emilia Girón Reguera, *El Estado de Derecho en España (Juridificación / Judicialización)*; Detlef Georgia Schulze, *Lehren und Leerstellen – Schlußfolgerungen*

(StaR ★ P – Neue Analysen zu Staat, Recht und Politik hrsg. von Detlef Georgia Schulze / Sabine Berghahn / Frieder Otto Wolf Serie W: *working papers* des DFG-Projektes „Der Rechtsstaat in Deutschland und Spanien“. Bd. 3)

Freie Universität Berlin, FB Politik- und Sozialwissenschaften, Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaft: Berlin, 2006¹

ISBN: 3-929532-75-1, ab 01.01.2007: 978-3-929532-75-3

Inhalt:

Frieder Otto Wolf / Sabine Berghahn / Detlef Georgia Schulze

Geleitwort zur Reihe 5

Julia Macher / Katrin Stranz

Spanien und Deutschland – Zwei konvergierende Sonderwege? 15

Emilia Girón Reguera

El Estado de Derecho en España (Juridificación / Judicialización) 161

English Summary: The Rule of Law in Spain (Juridification / Judicialization)..... 206

Detlef Georgia Schulze

Lehren und Leerstellen – Schlußfolgerungen aus den Literatur-Studien 211

Julia Macher / Katrin Stranz

Antwortpapier auf „Lehren und Leerstellen“ 277

Emilia Girón Reguera

Respuesta 283

Antwort..... 287

Hinweise zu den AutorInnen 293

***abstracts* (English, Castellano, Deutsch)..... 297**

Emilia Girón Reguera

El Estado de Derecho en España (Juridificación / Judicialización)

Sumario.

I. Introducción.....	162
II. De la dictadura franquista a la democracia.	163
III. El Estado Constitucional de Derecho: la juridificación del poder y la sociedad.....	174
IV. El poder judicial en la democracia constitucional: la judicialización de la sociedad y el derecho.....	187
V. El sistema económico-social y su incidencia en el sistema normativo.	197
V.1. El Estado Social como factor favorecedor de los fenómenos de juridificación y judicialización.	197
V.2. El neoliberalismo y su incidencia en el Estado de Derecho.	200
VI. Conclusiones finales.	203
VII. English Summary: The of Law in Spain (Juridification / Judicialization).....	206

I. INTRODUCCIÓN.

El análisis de los conceptos de “juridificación” / “judicialización” (*Verrechtlichung*), esto es, cuál es la acepción y significado que reciben estos términos en el derecho español constituirá el objeto de la investigación a desarrollar. Aunque estas nociones parecen aludir a problemas aparentemente alejados entre sí, se encuentran estrechamente interrelacionadas, en la medida que *la juridificación de la sociedad y del poder¹ actúa como cauce para posibilitar su judicialización.*

Cuando el Estado de Derecho se consolida en España en los primeros años de la década de los ochenta del siglo XX, se experimenta un amplio y progresivo proceso tanto de *juridificación*, así como de *constitucionalización* y, de forma paralela, el Derecho se *judicializa*, en el sentido de que el ámbito sobre el que los jueces pueden pronunciarse se amplía simultáneamente. La “judicialización del derecho” ha permitido a los jueces y tribunales adquirir un protagonismo creciente, favorecido por los mayores márgenes de decisión de que disponen en la actualidad, dado que la ley se ha visto considerablemente debilitada como vehículo omnipotente y exclusivo de expresión del Derecho. Ambas pautas de funcionamiento del sistema jurídico español centrarán el objeto de estudio del presente informe jurídico.

A los efectos de una adecuada comprensión de la trascendencia de estos simultáneos procesos de *juridificación* y *judicialización*, es necesario hacer referencia al régimen político que precedió a la Constitución Española de 1978 y al desarrollo del proceso de transición política a la democracia. Este estudio no aspira a una narración histórica de lo acontecido en esos cuarenta años, pero sí describir las relaciones de poder existentes como única vía para entender el real alcance de los fenómenos de “juridificación” y “judicialización” que se iniciaron a partir de 1978, y que constituyen el objeto de la presente investigación realizada desde un enfoque jurídico-político.

¹ El término *juridificación*, aunque no sea recogido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, no se opone a las reglas de nuestro idioma castellano y es muy expresivo de lo que con él se quiere destacar: algo, que antes no era jurídico, se hace jurídico al ser regulado por el Derecho y, por consiguiente, limitado por normas de este carácter; en una palabra, se *juridifica*. Otra alternativa es el verbo “juridizar”, usado en alguna ocasión por GARRIDO FALLA (*Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, IEP, 1954, p. 18), pero su presencia en la literatura española es más bien escasa. Por consiguiente, en España los términos “juridificación” y “juridización” son sinónimos, ya que ambos términos aluden al proceso mediante el cual un cierto tipo de conflicto considerado previamente extrajurídico entra al campo jurídico estatal en la medida que algunos de los intereses que pueden pugnar en él encuentran amparo en el derecho.

II. DE LA DICTADURA FRANQUISTA A LA DEMOCRACIA.

El éxito del franquismo en España tras una cruenta y larga guerra civil, que abarcó los años 1936-1939, dio como resultado el establecimiento de una dictadura administrada por los vencedores de la contienda. Tras imponerse los nacionales sobre los republicanos, se rechazó y combatió el Estado Constitucional, suprimiendo las libertades políticas y sindicales y la división de poderes, implantado en la II República española, al amparo de la Constitución de 1931², suprimiéndose las libertades políticas y sindicales y la división de poderes. Con ligeras adaptaciones, el Estado autocrático, que integró los diferentes sectores de la derecha, se mantuvo a lo largo de 40 años³. Tan sólo vagamente puede considerarse que fuera un Estado de Derecho, quedándose en generalidades o llegando a ser un mero Estado de Justicia Administrativa, en el sentido de que en los años cincuenta y sesenta, se acotó al máximo las inmunidades de poder en el ámbito administrativo. La sumisión de la actividad de la Administración pública a la ley se alcanzó con la aprobación de una serie de importantes leyes administrativas, como la de procedimiento administrativo, y con la entrada en funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, que garantizaba la legalidad de la acción de la administración estatal. Si por Estado de Derecho se entiende, como se sostuvo por la dogmática jurídica alemana hace más de cien años, aquél que tiene como fin el cumplimiento de las leyes – concepción que resulta hoy inadmisibile-, tal Estado existía en el franquismo donde, al menos en su segunda mitad, el ordenamiento jurídico, bien que sesgado por la ausencia de libertades políticas y democráticas, se solía aplicar con gran rigor por los jueces que, en su aplicación, eran auténticamente independientes⁴. Tal visión formal del Estado de Dere-

² El periodo de vigencia de la Constitución republicana de 1931 fue muy breve, no llegando siquiera a alcanzar un lustro (Diciembre 1931-Julio 1936). Supuso una clara *ruptura* con el sistema político y constitucional de la Restauración que le precedió durante más de medio siglo, desde 1875, y que en su fase final fue rematado con la instauración de un régimen dictatorial, a partir de 1923, con la consiguiente desaparición de cualquier atisbo de régimen constitucional. Dictadura que, una vez derrotada la República tras la guerra civil provocada por la sublevación militar de 1936, volvió a ser reimplantada de nuevo, esta vez durante cuatro largas décadas, hasta que fue posible la recuperación de las libertades a partir de 1978. En este contexto histórico, delimitado por el siglo que transcurre entre el inicio de la Restauración y el fin de la dictadura franquista, el breve paréntesis de menos de un lustro de democracia constitucional republicana, entre 1931 y 1936, supone una experiencia que contrasta fuertemente con los largos periodos de signo opuesto que le precedieron y que le sucedieron. Pero la II República, y particularmente la Constitución de 1931, no fueron solo un breve paréntesis histórico; además, y sobre todo, representan la instauración de un nuevo marco político y constitucional que clausuraba un pasado en el que el peso de los factores regresivos había venido lastrando crónicamente cualquier avance social; y, al mismo tiempo, abría un nuevo periodo en el que era posible encarrilar al país por la vía de la modernización y del progreso social. El texto constitucional en su art. 1 (re)define el Estado como una "República democrática de trabajadores de toda clase", lo que refleja la nueva orientación que inspiraba al constituyente republicano de 1931. Se trataba de una concepción nueva sobre el Estado, inédita en nuestro constitucionalismo histórico y que, al mismo tiempo, conectaba con las tendencias del constitucionalismo social europeo de entreguerras, proporcionando un nuevo marco de actuación a los poderes públicos de signo inequívocamente democratizador y socializador. Esta caracterización constitucional del Estado, aludiendo expresamente a su componente *democrática* y *social*, tendría luego su desarrollo a lo largo del texto constitucional, así como en la legislación aprobada a partir de entonces por las Cortes republicanas.

³ Un breve estudio sobre el régimen político franquista puede encontrarse en el Capítulo VI de la obra de TORRES DEL MORAL titulada *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, Universidad Complutense, 1999, pp. 211-243. Y, en relación a la transición a la democracia, es de interés el estudio de MIGUEL GONZÁLEZ, S.: *La preparación de la transición a la democracia en España*, Zaragoza, Universidad, 1990.

⁴ DE ESTEBAN, JORGE et. al.: *Desarrollo político y Constitución española*, Barcelona, Ariel, 1973.

cho, que supone básicamente el principio de legalidad, ha sido superada por otra en la que el principio de legalidad se relaciona con una legalidad que protege derechos o que se enmarca en una determinada concepción moral. Se habla así de un *Estado material o sustancial de Derecho*⁵. Ya en 1955 en el primero congreso patrocinado por la Comisión Internacional de Juristas en Atenas, se dejó bien sentado que el imperio *del Derecho*, entendido éste como sinónimo de ley, sólo podrá prevalecer plenamente no sólo si existe un poder judicial independiente, libre de toda intromisión de los poderes ejecutivo o legislativo, sino también un sistema de gobierno representativo establecido, según procedimientos democráticos, de acuerdo con la voluntad popular⁶. Condiciones inexistentes en la etapa franquista, a lo que se añade que el franquismo no fue un régimen de libertades públicas.

La Constitución de 1978 vino a modificar y a impulsar el anterior “Estado de Derecho”, en línea con lo sucedido en todos los demás estados democráticos de corte occidental, hasta el extremo de que hoy se considera que no puede hablarse de la vigencia efectiva en España de un *Estado Constitucional de Derecho* con anterioridad a la aprobación de la Constitución, si se entiende que este concepto no hace referencia a un mero estado de legalidad formal, sino aquel estado en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y que tiene como fines, por un lado, la limitación jurídica del poder político, luchando contra las inmunidades del poder, y, por otro, la tutela de los derechos fundamentales⁷.

El régimen de Franco careció de una verdadera Constitución, ya que las conocidas como *Leyes Fundamentales*⁸ no podían realmente merecer tal calificación, por cuanto ni distribuían el poder, ni lo hacían responsable, ni tampoco establecían garantías para las libertades y otros derechos fundamentales. En el régimen autoritario franquista, caracterizado por la inexistencia de una constitución normativa, el papel central de la arquitectura institucional del sistema giró en torno al Ejecutivo, que descansaba en el omnímodo poder

⁵ Luigi Ferrajoli se refiere a estas dos utilizations del término Estado de Derecho: “El primero de estos significados corresponde al uso alemán de *Rechtsstaat*, mientras el segundo corresponde al uso inglés de *rule of law* y al italiano de *stato di diritto*. En el primer sentido son Estados de Derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso, *lex facit regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal; en el segundo caso, que implica el primero, lo son por el contrario sólo los estados constitucional –y, en particular, los de constitución rígida (...)– que en los niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 856).

⁶ Cfr. *Imperio del Derecho y Derechos Humanos. Principios y definiciones*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas, 1967.

⁷ En relación a la polémica sobre la calificación del régimen franquista como Estado de Derecho, puede verse GONZÁLEZ PRIETO, L. A.: “El franquismo y el Estado de Derecho”, *Sistema*, n.º 187, 2005, pp. 3-33.

⁸ Éstas fueron la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, la Ley de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947 y la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967.

personal del Jefe de Estado. El General Franco Bahamonde, máxima autoridad, concentró la totalidad de los poderes del Estado, quedando prohibidas todas las organizaciones políticas, salvo *Falange Española Tradicionalista y de las JONS*, que se llamó Movimiento y también el “Partido” a secas, ya que era el único legalizado y el que controlaría todo el aparato sindical. La inexistencia de una constitución verdadera, en el sentido más arriba señalado implicó que durante todos esos años fueran las leyes dictadas por el Jefe de Estado, en uso de la potestad de legislar que se autoatribuyó desde 1938, así como por las Cortes Franquistas, que compartieron la potestad legislativa con el Caudillo a partir de 1967⁹, los productos normativos que exclusivamente fueron tomados en cuenta por el juez para ejercer su función. De ahí que el sistema político franquista no fuera precisamente el más idóneo para que arraigara en nuestro país ni una *constitucionalización del ordenamiento*, ni tampoco una *judicialización del derecho*.

No obstante, si bien es correcto afirmar que, en todo este largo período histórico, la figura excepcional de Franco, con su poder decisorio, legal y efectivo, fue un hecho permanente, la dictadura que encarnaba y personalizaba tuvo distintas etapas, como consecuencia de condicionantes internacionales e internos, entre estos últimos merece destacarse las relaciones encontradas entre las distintas fuerzas políticas sostenedoras del “Régimen” (monárquicos, falangistas, católicos, carlistas, tecnócratas).

Durante la época franquista, la magistratura española estuvo gobernada por el ejecutivo, integrándose en el interior del aparato estatal del franquismo por el cauce del Ministerio de Justicia. El poder judicial español se caracterizó por su falta de independencia orgánica, hasta el extremo de que su capacidad para hacer una oposición velada al régimen con sus sentencias era nula¹⁰. Existía un estricto control gubernamental de los aspirantes a las carreras judiciales, quienes debían jurar su incondicional adhesión al Caudillo de España, y se monopolizó todos los nombramientos para cargos de algún relieve, como los de jueces de determinadas ciudades de importancia, presidencias, etc., que requerían una declaración previa de idoneidad al respecto fundada en informes reservados. Además debe añadirse la inexistencia de unidad jurisdiccional, esto es, la proliferación de

⁹ El Parlamento, o Cortes Españolas, fue creado por una Ley de la Jefatura de Estado, de 17 de julio de 1942, pero sin la pretensión de dotar al régimen de un Parlamento en el sentido preciso del término. Las Cortes, sin legitimación democrática directa, no eran un órgano legislativo, sino meramente colaborador en la potestad legislativa, que correspondía exclusivamente al Jefe de Estado. No obstante, el aparato estatal de la dictadura franquista fue mucho más complejo, y no faltaron las intrigas en su seno, derivadas de ansias personales de poder de los hombres de confianza de Franco, así como luchas internas, especialmente en los últimos años, originadas por intereses económicos y políticos dispares.

¹⁰ Sobre la estrategia política del franquismo en relación con la magistratura, pueden verse A. OLLERO TASSARA: “Poder judicial y transición democrática en España”, *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 1982, p. 10 y ss.; CANO BUESO: *La política judicial del régimen de franco (1936-1945)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985; M. LANERO TABOAS: *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo, 1936-1945*, Madrid, 1996.

tribunales, como el increíble tribunal de “represión de masonería y comunismo”¹¹, así como una larga serie de jurisdicciones especiales, cuya razón de ser eran evidentes motivaciones de oportunidad política. De ahí que en la España de Franco difícilmente se pudiera hablar de la existencia de un auténtico poder judicial, sino más bien de una administración de justicia, dependiente en buena medida del Poder Ejecutivo en el plano orgánico, cuyos miembros quedaban sujetos a un estatuto funcional y cuya independencia no pasaba de ser un mero adorno normativo, y que actuaron como un eficaz instrumento de control social. No obstante, el sistema judicial se desarrollaría, en especial a partir de los años 60, de una manera bastante más autónoma y cada vez más independiente.

Los jueces simulaban ser operadores técnicos, políticamente neutros, que se limitaban a aplicar estrictamente el ordenamiento jurídico, lo que generó una escasa judicialización en esta época. Como expone Ordoñez Solís, “difícilmente en un ambiente de docilidad de los jueces podía pretenderse un cambio o una transformación del sistema judicial que, con gran consuelo, se refugiaban durante la época franquista en una pretendida neutralidad política a la hora de aplicar la ley”¹² o, como se ha apuntado acertadamente, apoyados en un “falso positivismo”¹³. También Tomás y Valiente criticó el pretendido apoliticismo de los jueces:

“Durante el franquismo, y en un país donde no había una honda tradición de defensa de la independencia de los jueces, las cosas fueron, en relación con ese problema, o brutales o sutiles, según los momentos. Hubo depuraciones iniciales y fidelidades inquebrantables premiadas como era debido. Hubo tribunales y jurisdicciones especiales, jueces ad hoc y un control eficaz de las cúpulas judiciales. Pero también se difundió la imagen del “juez apolítico”, aséptico, sin ideas propias ni intento de apropiarse de las ajenas, aferrado a la letra de las leyes, incapaz de ir a más allá de lo que en éstas se leía, porque temía que cualquier interpretación pusiera en peligro su cobarde y mal entendido positivismo. Era un juez obediente a las leyes y, a través de éstas, al poder establecido, y creía en el mejor de los casos que su complicidad tácita con el sistema quedaba disimulada con sus invocaciones al apoliticismo, entendiendo por tal el no declararse franquista militante. Hubo, desde luego, otras formas de entender y vivir la judicatura, pero este tipo de juez hizo entonces carrera”¹⁴.

Igualmente Cámara Villar pone de relieve la instrumentalización del poder judicial en la España de Franco:

¹¹ El *Tribunal de Represión de Masonería y Comunismo* fue creado por la Ley de la Jefatura de Estado de 1 de marzo de 1940 y se organizaba como “Tribunal especial presidido por quien libremente designe el Jefe de Estado y constituido, además, por un General del Ejército, un jerarca de Falange Española Tradicionalista y de las JONS y dos letrados, nombrados todos del mismo modo” (art. 12). Este Tribunal fue sustituido en virtud de Ley de Jefatura del Estado de 2 de diciembre de 1963 por el Tribunal de Orden Público, cuyos miembros eran nombrados por decreto a propuesta del Ministro de Justicia.

¹² *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 124.

¹³ LANERO TABOAS, M.: *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 307.

¹⁴ *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, p. 41.

“El juez de la España franquista actuó, dentro de una dilatada tradición romano-canónica ya marcada por el conservadurismo y por el modo de entender su función como defensora del orden público, sin ninguna proyección creativa desde el punto de vista jurídico, como un autómatas que pronuncia las palabras de la ley, sujeto en el mejor de los casos al más puro y funcional legalismo. Y el régimen de Franco supo sacar partido a la Administración de justicia para sus necesidades represivas, agrupando, por una parte, a los jueces adictos en las jurisdicciones especiales y, por otra, favoreciendo la apariencia de neutralidad política de los jueces ordinarios, creando una imagen distorsionada de su profesionalidad, basada en un apolitismo pregonado y en un concepto “sacral” y mistificado de su independencia frente a todo poder, frente a la sociedad e incluso frente a sí mismos”¹⁵.

En efecto, los Tribunales fueron un útil instrumento del régimen para reprimir toda una serie de conductas de oposición política típicamente constitutivas de la llamada delincuencia de opinión, cuyo enjuiciamiento se atribuyó a la jurisdicción militar, con una desmesurada fuerza atractiva frente a la ordinaria a través de procedimientos sumarísimos. La jurisdicción de orden público, creada a fines de 1963, fue otro de los vanos esfuerzos del sistema para la represión política de la oposición al régimen. Sustituyó a los tribunales militares en el enjuiciamiento de ciertos delitos y absorbió al Tribunal creado para represión de la masonería y el comunismo. La práctica de este Tribunal, encauzada por un procedimiento de urgencia, se caracterizó por su especial dureza¹⁶, de la que fueron exponente: la marcada eficacia probatoria reconocida a los atestados instruidos por la policía política, el sistemático rechazo de las solicitudes de libertad provisional, la renuncia a atender las alegaciones de malos tratos como fundamento de declaraciones autoinculpatorias, la posibilidad, en fin, de celebrar juicios en rebeldía del acusado, etc. Con todo, es preciso reconocer que con el transcurso de los años fue haciéndose explícito entre los jueces un cierto inconformismo e incluso actitudes críticas en la segunda mitad de los años setenta, que fueron objeto de la correspondiente sanción disciplinaria.

Precisamente en la primera mitad de los años setenta surgió un movimiento denominado *Justicia Democrática*, que era una organización clandestina integrada por miembros de los distintos cuerpos técnicos de la administración de justicia (jueces, fiscales y secretarios judiciales). Optaron por la acción clandestina como único camino para colaborar con la implantación de la democracia, sentida como una necesidad desde su propia práctica judicial, en la medida que cualquier tipo de asociación con tales fines se hallaba tipificada en el Código Penal. En sus publicaciones anuales había una llamada de atención a los

¹⁵ “Justicia y Política en la España democrática (Una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política”, *Revista de Derecho Político*, n.º 47, 2000, p. 38.

¹⁶ Expresiva de la dureza del TOP en la aplicación de las penas puede ser una primera sentencia dictada en la causa seguida contra T.B.G. por el único motivo de haber injuriado a Franco en ocasión de una aparición de éste en televisión mientras el inculcado, borracho, bebía en un bar. En dicha resolución se razonaba que “los hechos han quedado plenamente acreditados en autos a través de la prueba practicada, pues la presunción de voluntariedad de acuerdo con el artículo 11 del Código Penal, lejos de haber sido disminuida, es corroborada por la mala conducta y antecedentes del procesado, dinamitero voluntario en el llamado ejército rojo”. El Tribunal le condenó a diez años de cárcel acogiendo la petición del Fiscal (MIGUEL CID: “Radiografía del TOP. Pequeña historia de un Tribunal para antes de la democracia”, *Sábado Gráfico*, núm. 1042, 21 de mayo de 1977).

miembros del poder judicial para que tomaran conciencia del alcance y la incidencia política de sus actuaciones, que legitimaban unas medidas represivas cada vez más necesarias para la continuidad del régimen. Rechazaban, por ello, la supuesta e interesada apoliticidad de la función de juzgar, que era utilizada como instrumento para garantizar la dócil aplicación de la legalidad fascista, no aprobada democráticamente.

Algunos de estos jueces, espontánea e intuitivamente, comenzaron a hacer uso de lo que después ha sido formulado, científicamente, como la teoría del *uso alternativo del Derecho*. Profundizaron “en la norma, en función de la totalidad del ordenamiento, hasta encontrar la alternativa democrática del caso concreto. Así, para decretar la libertad de los inculcados, en los atestados policíacos que venían calificados de delitos políticos, justificaban la decisión de libertad en la inexistencia de indicios suficientes inculpatorios. Para evitar el secuestro de los periódicos, que debía decretarse, automáticamente, al incoar el sumario, declaraban la inadmisibilidad de la querrela. Naturalmente, que estas decisiones podían ser corregidas y, de hecho, lo eran, la mayoría de las veces, por jueces especiales, al llegar las diligencias a sus manos»¹⁷. Prácticas que eran expresión de un judicialismo alternativo, de profundas convicciones democráticas. Pero la labor de *Justicia Democrática* no se limitaba a efectuar un uso alternativo del Derecho en sentido democrático. Simultáneamente investigaban y recopilaban informaciones sobre la antijurídica represión que el régimen franquista efectuaba, en todos los sentidos, así como de la corrupción y las arbitrariedades en el seno de la judicatura y la magistratura, etc. Todo ello con la finalidad de denunciarlo públicamente en ediciones clandestinas que causaron, por su coraje y rigor, gran impacto en distintos medios jurídicos.

Ésta es en grandes líneas la situación político-institucional que rodeó a los parlamentarios representantes de las fuerzas políticas redactoras de la Constitución, que estuvieron unánimemente de acuerdo en la necesidad de desligar totalmente el poder judicial del aparato gubernamental, de despolitizarlo, para lo que resultaba imprescindible abordar grandes cambios en la administración de justicia.

A partir de 1967, año en que entra en vigor la Ley Orgánica del Estado, comienza un período en el que el régimen se debate entre la necesidad de cambio y el recelo que éste despertaba, ya que era patente la imposibilidad de gobernar con un aparato estatal tan anticuado. Por ello, desde el interior del propio régimen se impulsó un proceso de modernización, que terminaría por serle incontrolable, llevándolo a resultados no deseados. Lo que obedece a que las dictaduras conservadoras se mantienen mientras obedecen a su lógica interna de represión y adoctrinamiento ideológico, pero declinan al tratar de edificar

¹⁷ Fernández Viagas, P.: *Qué es la justicia democrática*, Barcelona, La Gaya Ciencia, 1977, p. 22.

las bases de una sociedad de consumo conforme al modelo occidental. En efecto, la liberalización económica, la irrupción de un capitalismo salvaje, con enorme éxodo rural y desordenado crecimiento de ciertas ciudades y áreas metropolitanas, favoreció el surgimiento de una clase obrera industrial y de servicios que planteó serios problemas al régimen, entre otros el sindical. Se puso de relieve el desfase existente entre economía y política, entre sociedad y aparato estatal. Desde 1956 hasta 1975 el régimen estuvo en permanente estado de excepción.

Los sindicatos clandestinos eran más radicales que los de las democracias europeas y el régimen español no encontraba otra solución que la represora. La capacidad del sistema político para dar respuesta a los conflictos sociales era escasa. La huelga, que entonces era ilegal, se convirtió en un instrumento político de una oposición sindical ilegal estrechamente unida a partidos políticos clandestinos. Parte del empresariado prefería la negociación con estos sindicatos, que representaban a sectores obreros, que negociar con el cada vez más esclerótico sindicato vertical franquista¹⁸. El número de huelgas y, consiguientemente, la pérdida de horas de trabajo era muy superior a los de muchos países europeos. Por otra parte, el mundo de las finanzas, tras la muerte de Franco, percibía claramente que su futuro estaba vinculado a un régimen democrático aceptable que facilitara su ingreso en lo que por aquellos entonces se llamaba *Comunidad Económica Europea*.

Otro de los pilares del régimen de Franco Bahamonde, la Iglesia Católica, siguiendo el espíritu del Concilio Vaticano II, también fue distanciándose del aparato estatal, pese a que desde sus inicios lo habían protegido. Ciertas organizaciones obreras católicas, miembros del clero progresistas, así como algunos sectores intelectuales católicos se mostraban sumamente críticos con el régimen y colaboraban, ocasional o de modo permanente, con la oposición ilegal. Muchos sacerdotes fueron procesados, pero, dados los términos del Concordato, se precisaba para ello autorización episcopal, la cual no siempre fue concedida. Especialmente es en marzo de 1974 cuando se dio origen a un tenso conflicto Iglesia-Estado por una homilía de Antonio Añoveros, obispo de Bilbao, que atacaba, según los franquistas, a la unidad nacional. El gobierno de Carlos Arias se empeñó en su expulsión de España e incluso en romper relaciones con el Vaticano y la jerarquía eclesiástica a su vez amenazó con la excomunión a todos los políticos responsables.

¹⁸ Sindicato corporativo de afiliación obligatoria y único durante el régimen franquista, organizado por ramas de producción que no solamente representaba a los trabajadores, sino también actuaba como organismo de representación de los empresarios. Su importancia comenzó a declinar a partir de los años sesenta y paralelamente fueron adquiriendo un mayor protagonismo los sindicatos organizados en la clandestinidad.

Institucionalmente se dieron dos pasos de suma importancia. En julio de 1969, el Caudillo designó sucesor a título de Rey, a don Juan Carlos de Borbón, el que hoy es jefe del Estado español, preteriendo al titular legítimo de los derechos dinásticos que correspondían a su padre Juan de Borbón, hijo de Alfonso XIII. Y en 1973 se desdoblaron por primera vez la Jefatura de Estado y la Presidencia del Gobierno, nombrando Franco para esta última al Almirante Carrero Blanco. Éste fue asesinado por ETA seis meses más tarde, lo que aceleró el proceso de descomposición del régimen. Entre 1973 y 1975 hubo más dimisiones de ministros y otras crisis de gobierno que en cualquier Estado europeo demoliberal. Los escándalos financieros sin esclarecer y los indultos del Caudillo a ministros implicados en alguno de ellos, la crisis económica de 1973 y el deterioro de salud del General Franco contribuyeron a la decrepitud del régimen en 1975. Su más grave crisis se produjo en septiembre de 1975 con ocasión de la ejecución de varias penas de muerte de tres militantes del FRAP (Frente Revolucionario Antifascista y Patriota) y dos de ETA en medio de una fuerte presión internacional favorable a su anulación.

La muerte del General Franco el 20 de noviembre de 1975 que había gobernado desde la finalización de la guerra civil en 1939 hasta fines de 1975, abrió, en efecto, un período de incertidumbre sobre el futuro político español. De acuerdo con las Leyes Fundamentales del franquismo, Juan Carlos I fue proclamado Rey de España el 22 de noviembre de 1975, heredando los amplios poderes de Franco. Parecía quedar asegurada así la continuidad del franquismo; pero ya el discurso de la Corona, pronunciado ese mismo día, permitía presagiar el cambio, al mostrar su disposición a realizar el tránsito hacia un nuevo régimen político.

Después de una tímida tentativa reformista del que fue primer Presidente del Gobierno de la restaurada Monarquía, Arias Navarro, el Rey nombró a Adolfo Suárez como Presidente en julio de 1976, que habría de resultar decisivo para el retorno de la democracia. El nuevo Gobierno, bajo la presidencia de Adolfo Suárez, impulsó una reforma política a partir de la propia legalidad existente, como vía intermedia para evitar tanto el inmovilismo de quienes se oponían al inicio de un proceso de transición a la democracia, como la ruptura preconizada por la oposición democrática. Con esta solución de compromiso se posibilitó el tránsito a la democracia sin generar un vacío institucional.

Los pasos que se dieron en este sentido fueron los siguientes: reestablecimiento de las libertades de reunión (31 de mayo de 1976) y de asociación política y sindical (8 de febrero y 1 de abril de 1977); disolución de la organización del Movimiento Nacional y del sindicato vertical; concesión de amnistía a los presos políticos (30 de julio de 1976; 11 de

marzo y 15 de octubre de 1977) que no hubieran puesto en peligro la vida o la integridad de las personas; eliminación en 1977 del Tribunal de Orden Público, constituido en 1963, para acabar con la oposición democrática; inicio de conversaciones directas (enero de 1977) con líderes de la oposición política y sindical (enero de 1977); promulgación de la *Ley para la Reforma Política*, la octava de las Leyes Fundamentales del franquismo, que no era otra cosa que el acta de defunción del régimen franquista de concentración de poder y de negación de libertades públicas y, simultáneamente, al sentar las bases normativas e institucionales que hicieron posible unas elecciones libres y democráticas. La aprobación de esta ley por las Cortes franquistas (corporativas) y posteriormente vía referéndum el 15 de diciembre de 1976 fue el paso más importante del proceso de transición, ya que frente al “no” de los sectores contrarios al cambio político y la consigna de abstención de los sectores democráticos defensores de la ruptura con el franquismo, la ley fue ampliamente aprobada por el pueblo español.

Consolidada la dirección del proceso reformista por el Gobierno, a partir de los primeros meses de 1977 se procedió a la legalización de los partidos y las centrales sindicales, que habían disfrutado en el último año de una cierta tolerancia de hecho. Uno de los momentos más delicados de la transición política fue, sin duda, cuando se negoció la legalización del Partido Comunista. Una medida de esta índole no sólo era inaceptable para la derecha franquista, para las Fuerzas Armadas y para la mayoría de los integrantes del gobierno de Adolfo Suárez, sino que también no la aconsejaban países democráticos como Alemania y Estados Unidos. De ahí que provocara una aguda crisis política, como consecuencia de las reacciones de algunos sectores más duros del franquismo. La derogación del precepto penal que situaba fuera de la ley a los partidos políticos permitía en principio que cualquiera de ellos solicitase su legalización diligenciando los trámites pertinentes; pero la Ley 23/1976, de 19 de julio, había excluido a “aquellos partidos que estando sometidos a una disciplina internacional, pretendan establecer un régimen totalitario”. Y podía pensarse, con cierto fundamento, que el partido comunista español era uno de ellos. Sea como fuere y, no obstante, la amenaza latente de la reacción política y militar, el propio Adolfo Suárez decidió legalizarlo el 9 de abril de 1977, dando un paso decisivo en la reforma del régimen que había de resultar definitivo en el proceso constituyente.

Desarticulados los principales centros de poder político del franquismo inmovilista, reestablecidas las libertades públicas y legalizados los partidos y sindicatos, se convocaron elecciones legislativas libres, las primeras elecciones desde 1936, para elegir a los componentes del Congreso y del Senado, de acuerdo con la nueva Ley para la Reforma Polí-

tica y el Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977, sobre normas electorales. Para concurrir a las elecciones, las fuerzas progubernamentales decidieron constituir una fuerza electoral, la Unión de Centro Democrático, a partir de la unión de diversos pequeños partidos y grupos con una voluntad común de construir una democracia a partir de la reforma política. La opción electoral impulsada por el Gobierno marginó a los nostálgicos del franquismo, que formaron una coalición política de derecha denominada Alianza Popular. De estas elecciones resultó la clarificación del plural y complejo espectro político español, con dos partidos principales –la Unión de Centro Democrático (UCD) y el Partido Socialista Obrero Español (PSOE)-, y tres de escasa implantación: el Partido Comunista de España (PCE), Alianza Popular (AP) y Unidad Socialista (US); dos partidos de alcance regional –Pacto Democrático por Cataluña y Partido Nacionalista Vasco-; y otros pequeños grupos regionales e independientes. La UCD, al no contar con la mayoría absoluta, no pudo actuar en solitario y tuvo que desarrollar una política de pactos.

Estas nuevas Cámaras elegidas democráticamente no habían sido elegidas de manera expresa como Cortes Constituyentes, pero el resultado de las elecciones dejaba fuera de duda que la principal tarea de los nuevos representantes era la adopción de una Constitución. Había concluido así la primera fase de la transición, pero había que edificar una nueva organización política acorde con los deseos populares y con los tiempos, se entra en la fase de determinación constitucional del nuevo marco democrático.

Lo asombroso de todo este proceso de transición es que se llevó a cabo siguiendo los procedimientos jurídicos a la sazón vigentes –es decir, de acuerdo con la legalidad franquista-, como si su adopción no implicase el fin de esa legalidad; y, todo ello de manera pacífica y con el consenso de las fuerzas políticas conservadoras y de la oposición democrática. Ni ésta mantuvo su originaria adhesión a la ruptura absoluta con todo lo procedente del régimen franquista, ni la clase política franquista resistió, salvo contadas excepciones, la presión que demandaba el cambio. El mérito del cambio se atribuyó en buena parte a las personas de relieve institucional que dirigieron el tránsito –el Monarca, el Presidente del Gobierno Adolfo Suárez y el Presidente de las Cortes Torcuato Fernández Miranda-, aunque el protagonismo se atribuyó a todas las fuerzas políticas, económicas y sindicales y, en general, al pueblo español, que se expresó con nitidez su voluntad a favor de un sistema democrático.

Sin embargo, según Juan Ramón Capella, que sostiene una interpretación con escaso eco en la sociedad española, el relevo de Franco mediante una transición pacífica y ordenada no fue resultado de un proceso constituyente auténtico, sino de una estrategia

dirigida por los gobiernos norteamericanos y los principales partidos de Europa occidental que contribuyeron a la formación o consolidación en España de los partidos destinados a contraponerse a las fuerzas y movimientos sociales efectivamente antifranquistas, en particular, el movimiento obrero, el Partido Comunista y algunas fuerzas nacionalistas; a lo que añade que el ejército español, dispuesto a apoyar únicamente una democratización limitada, tuteló el proceso de cambio por encima del poder civil¹⁹. El ejército contó además con el apoyo del llamado *búnker* franquista, esto es, un sector social vinculado al régimen dictatorial que a lo largo de varios años sostuvo el proyecto de devolver el *ejército al poder*. Este *búnker* impulsaría primero acciones de terrorismo político, la más significativa de las cuales sería el asesinato de abogados vinculados al PCE (Partido Comunista de España) en enero de 1977- y luego tentativas de golpes de Estado. Este agitado clima político se agravó aún más porque los años 1977 y 1978 fueron escenario de un incremento espectacular de los atentados terroristas de ETA y otros grupos en un intento desesperado en incidir en el proceso de cambio político, en el que se estaban poniendo las bases de la futura convivencia.

La democratización de la sociedad española implicó automáticamente el traslado de la titularidad de la soberanía al pueblo, que objetivó su voluntad en la Constitución Española de 1978, aprobada mediante referéndum el 6 de diciembre de 1978, que fue el resultado del proceso de cambio político realizado por vía pacífica y consensuada, ya descrito, que hizo posible el tránsito desde un régimen político autocrático y personalista a un sistema democrático-constitucional. Este proceso se realizó de acuerdo con las exigencias de legalidad del sistema anterior, que se había ya reformado en lo imprescindible entre 1976 y 1977, pero cuyas Leyes Fundamentales se mantuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978 (véase la Disposición Derogatoria 1ª CE). Por tanto, la transición política fue puesta en marcha por las propias instituciones franquistas. La Constitución del 78, representó una verdadera y auténtica ruptura en el panorama antes esbozado, allanando el camino hacia la constitucionalización del ordenamiento y la judicialización del derecho.

¹⁹ “La Constitución tácita”, *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 17-41. En este artículo evidencia el limitado papel de la soberanía popular y, en contrapartida, la destacada influencia que tuvieron las fuerzas exteriores hegemónicas y la tutela militar interna, igualmente interesadas en la transición a un régimen moderadamente democrático.

III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: LA JURIDIFICACIÓN DEL PODER Y LA SOCIEDAD.

Las modificaciones acaecidas en España a partir de 1978 estuvieron en la línea de las que Alemania experimentó a raíz de su Ley Fundamental de 1949. El Estado de Derecho español, inspirándose en la doctrina alemana del *Rechtsstaat*, recoge las características consideradas fundamentales en el Estado de Derecho de nuestros días²⁰: la *primacía de la ley* (*Vorrang des Gesetzes*) y, en general del derecho (*Primat des Rechts*), que regula toda la actividad estatal, tanto la esfera ejecutiva como jurisdiccional, tal sujeción del poder político al derecho se concreta especialmente en el *principio de legalidad de la Administración*; la *totalidad de la jurisdicción*, en el sentido que la jurisdicción se proyecta material, personal y territorialmente sin que quepan excepciones, se elimina así radicalmente la posibilidad de que existan esferas ajenas al control jurisdiccional; la *separación de poderes* del Estado, como garantía de la libertad y freno de posibles abusos y, por último, el *reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales* incorporados al ordenamiento constitucional. Pero no es un mero Estado legal de Derecho sino un Estado Constitucional de Derecho, en el que rige el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por consiguiente, la ley se encuentra subordinada jerárquicamente a la Constitución, lo que refleja que el Derecho ya no está todo en la ley, y la democracia ha de ejercerse dentro de los límites fijados por la Constitución. Tal sujeción a la Constitución es para Ferrajoli la principal garantía de la democracia: “no sólo desde el punto de vista formal, o sea, como conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría; sino también desde el punto de vista sustancial, en cuanto sistema de derechos fundamentales estipulados contra cualquier tentación absolutista, en garantía de la igualdad y de las necesidades vitales de todos. Este papel del Derecho como sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la democracia se funda en una característica estructural propia del actual Estado constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho de la producción del Derecho mismo, en virtud de la cual el Derecho, según el viejo esquema positivista, no sólo es producido por fuentes y en formas cuyo carácter democrático-representativo es posible garantizar, sino que está también programado en sus contenidos por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respecto y a la satisfacción de los derechos fundamentales”²¹. Concluye que sólo así es posible evitar los horrores de los

²⁰ No obstante, no puede pasarse por alto la severa crítica que el catedrático de Derecho Administrativo, Alejandro Nieto, efectúa al Estado de Derecho español, al que, ante el generalizado incumplimiento de las leyes por los ciudadanos y poderes públicos, califica de “papel, no de realidad” en su obra *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 180-185.

²¹ “El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Andrés Ibáñez, P. (ed.), Madrid, Trotta, 1996, p. 22.

regímenes totalitarios, como el fascismo, el nazismo o el stalinismo, que “han enseñado que la democracia no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones”²².

La aprobación de la Constitución implicó la entrada del sistema constitucional español de forma definitiva en el sendero de la constitución normativa y jurisdiccionalizada, esto es, el texto constitucional con sus principios y reglas se juridificó, pasó a transformarse en el vértice real del ordenamiento jurídico en su conjunto, en la norma de producción de normas y, además, en el parámetro de constitucionalidad del resto del sistema normativo que encuentra su fuente última en la Constitución. Al juridificarse la Constitución, penetrando en el Derecho y modificándolo, resultó modificado el Estado de Derecho. La Constitución normativa representa la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal y el abandono del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico. Ese proceso ha implicado la invasión del ordenamiento jurídico y, en definitiva, del proceso político por la Constitución, fenómeno conocido como *constitucionalización del ordenamiento*. El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico fue una idea completamente ajena a la evolución del sistema constitucional español al menos hasta 1931, e incluso se podría decir, dado el particular contexto en el que se desarrolló la II República española, que hasta la Constitución de 1978. Fenómeno que difícilmente se podría haber producido con anterioridad, cuando nuestros textos constitucionales, también con la sabida excepción de la Constitución de 1931, han sido documentos de organización política, que en nada han impregnado el ordenamiento jurídico.

Desde 1978 la Constitución ha penetrado todo el sistema normativo. Su condición de norma suprema del ordenamiento jurídico, en cuanto procedente de una autoridad más alta, el pueblo soberano, ha exigido la presencia de una jurisdicción constitucional que vele por su supremacía normativa, que la propia Constitución de 1978 ha satisfecho con la institución del Tribunal Constitucional, regulada en el Título IX de la Constitución. Su existencia ha significado la culminación del proceso de desarrollo de nuestro Estado de Derecho²³. Actúa dentro del sistema jurídico-político español como un órgano corrector,

²² *Ibidem*: p. 22.

²³ Así, escribe, García Pelayo: “del mismo modo que no podía hablarse en propiedad de Estado legal de Derecho más que cuando existía una jurisdicción contencioso-administrativa, tampoco puede hablarse de un Estado Constitucional de Derecho sin una jurisdicción contencioso-constitucional” (“Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, *Obras completas*, vol. III, Madrid, Taurus, 1998, p. 3033). Al hilo de esta argumentación, expone el mismo autor, que el sentido de la jurisdicción constitucional “es el establecimiento de un nuevo y más avanzado tipo de Estado de Derecho, es decir, del Estado *constitucional* de Derecho que perfecciona el Estado *legal* de Derecho, en cuanto que la legalidad queda sujeta al juicio de constitucionalidad. El Estado Constitucional de

que vela porque ninguno de los poderes constituidos transgreda los límites constitucionales. Ocupa así un puesto clave en el sistema de controles, ya que su competencia se extiende, directa o indirectamente, a todos los demás poderes, siendo un enérgico mecanismo de control del poder ejecutivo, pero también del legislativo. Además dada la condición de intérprete supremo del Tribunal Constitucional, todos los poderes públicos deben respetar la Constitución en los términos en que es interpretada por las sentencias constitucionales, incluido el legislador, tradicionalmente soberano, cuyas leyes han dejado de ser infiscalizables, e igualmente el poder judicial que, como expone el art. 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial, deberá interpretar y aplicar las leyes y reglamentos de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, pero además conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

En España la constitucionalización del ordenamiento se ha visto facilitado por una jurisdicción constitucional que, en su función de guardiana de la primacía de la Constitución, ha sentado una *doctrina constitucional* que se ha ido proyectando lentamente sobre el conjunto del ordenamiento jurídico español y en su sistema judicial. De esta forma los enunciados constitucionales se han judicializado. Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculantes para todos los poderes públicos han contribuido a que el Derecho Constitucional del presente sea, sobre todo y ante todo, un *Derecho jurisprudencial* y que nuestro ordenamiento constitucional se caracterice por su alto grado de *jurisdiccionalización o judicialización*.

El Tribunal Constitucional es una institución que goza de gran prestigio, al haber desarrollado una labor encomiable para garantizar el funcionamiento normalizado del sistema constitucional. Es un órgano jurisdiccional que juzga con arreglo a criterios jurídicos y decide según métodos judiciales, aunque dada la naturaleza política de gran parte de los casos que conoce, en el doble sentido de que afectan a la actividad de los órganos políticos del Estado y a las pugnas políticas entre los partidos, sus fallos aún no siendo políticos, tienen una gran significación política. Por ejemplo, si ante un recurso de inconstitucionalidad de una ley el Tribunal ratifica la decisión de la mayoría parlamentaria, ello significa un triunfo para la mayoría y una derrota de la minoría y, en caso contrario, los resultados serán inversos; si ante un conflicto entre dos órganos constitucionales el Tribunal decide a favor de uno o de otro, ello tiene efectos más o menos importantes sobre la dis-

Derecho no sólo ejerce el control judicial de la juridicidad legal de la acción administrativa, sino también de la juridicidad constitucional de la acción política del Estado, correspondiendo este último al Tribunal Constitucional" ("La justicia constitucional en España", en *Obras Completas*, vol III., Madrid, CEPC, 1991, p. 3217).

tribución del poder público entre los órganos del Estado y lo mismo ocurre en un conflicto de competencias entre el poder central y los poderes periféricos. A ello se añade que algunos asuntos llevados ante la jurisdicción constitucional como, por ejemplo, el aborto, una ley de educación, etc. afectan a las convicciones de la sociedad nacional y, por consiguiente, las resoluciones constitucionales suponen inexcusablemente la opción por un determinado planteamiento político. Ello no quiere decir que en alguna ocasión las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional no hayan estado algo politizadas o hayan amparado, mediante amplias interpretaciones, actuaciones gubernamentales muy discutibles. Recuérdese el caso RUMASA, ya que, pese a que la expropiación sin indemnización y sin autorización legal estaba prohibida por la Constitución, el Consejo de Ministros dictó un Decreto-Ley autorizando la expropiación del holding, que fue declarado constitucional por la STC 111/1983, si bien seis de los magistrados se pronunciaron en contra, entre los que no se encontraba el presidente del TC, que ejerció el voto de calidad para dirimir el empate.

En cualquier caso, la naturaleza de los temas sobre los que ha de entender ha puesto en duda que el Tribunal constitucional pueda mantenerse dentro del ámbito neutro de la función judicial para convertirse en un *poder* o en un órgano político y, por consiguiente, activo y beligerante. La imagen de activismo judicial fuerte que ha generado esta jurisdicción comenzó a suscitar polémica en la escena política española a partir de 1985, cinco años después de su creación. Se empezó a criticar que doce magistrados que carecen de legitimidad democrática²⁴ puedan rechazar, por inconstitucionales, las leyes aprobadas por los representantes del pueblo, por cuanto ello genera gran inseguridad jurídica. Incluso dada la implacable actuación del TC, especialmente en sus primeros años, como instrumento de control del poder, los gobiernos lo han considerado demasiado peligroso

²⁴ Los doce Magistrados del TC son nombrados por el Rey, a propuesta de los siguientes órganos: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, por mayoría de tres quintos, cuatro a propuesta del Senado, por idéntica mayoría, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Esta forma de designación podría hacer pensar, en una primera lectura, que, a la postre, la composición del TC deriva sólo y exclusivamente de la mayoría parlamentaria existente en cada momento, dado que de ella depende, además de la designación de los ocho Magistrados designados por las dos Cámaras, la composición del Gobierno (que surge de la votación de investidura realizada en el Congreso, según dispone el art. 99 CE), y del Consejo General del Poder Judicial, órganos que designan al resto de los Magistrados. No obstante, el Tribunal constitucional español tiene medios jurídicos para afirmar la primacía del Derecho frente a los posibles intentos de su politización. Primeramente, los ocho Magistrados propuestos por las Cortes han de serlo con una amplia mayoría cualificada de 3/5 de los miembros de la respectiva Cámara. En segundo lugar, el mandato de los Magistrados del TC es de nueve años, ello supone que su elección no coincida con las Legislaturas, de manera que no cabe establecer una relación automática entre mayoría parlamentaria y composición del TC. Esta falta de relación se ve acentuada por un tercer correctivo introducido por la Constitución en aras de la independencia de la jurisdicción constitucional: el TC no se renueva de manera global. Por el contrario, aunque el mandato de todos los Magistrados es de nueve años, el órgano se renueva por terceras partes, es decir, cada tres años cuatro miembros del Tribunal han de ser renovados. A estos efectos, se considera que los Magistrados designados por el Congreso forman un tercio, los cuatro designados por el Senado otro tercio y los dos designados por el Gobierno, junto con los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, constituyen el último tercio. Por último, no cabe la posibilidad de reelección. La Constitución, además de tratar de garantizar la independencia frente a los órganos políticos de nombramiento, no deja absoluta libertad a los órganos constitucionales a la hora de seleccionar a quienes han de ocupar esos puestos. La Constitución exige para ser Magistrados del TC ser jurista de reconocida competencia, esto es, magistrados, fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, con más de quince años de ejercicio profesional.

y, en palabras de Alejandro Nieto “no han parado hasta desactivarlo y lograr que no sólo no entorpezca la acción política sino que avale positivamente las mayores tropelías del ejecutivo y del legislativo. El camino para ello puede imaginarse: basta con controlar a la mayoría de sus componentes mediante designaciones sectarias y promesas de premios *a posteriori*. Tal es lo que se está haciendo desde hace ya algún tiempo con el resultado de su desprestigio total y de su desmantelamiento institucional”²⁵.

El judicialismo constitucional se ha manifestado especialmente con las denominadas sentencias interpretativas²⁶, dictadas por el TC, amparándose en su condición de intérprete supremo de la Constitución, y por medio de las cuales se dice que se ha arrogado funciones legislativas, que permitan hablar del mismo como “legislador positivo”. Por tal razón, la imagen del legislador negativo resulta inadecuada para dar cuenta de una realidad en la que la jurisprudencia constitucional se ha convertido en fuente positiva de criterios interpretativos de alcance general y vinculante. Lo que ha cambiado, quizá, no es tanto la función de la justicia constitucional, que continúa siendo, como en el debate clásico, defensiva de la Constitución, como la manera en que tal defensa se realiza.

Tales circunstancias han motivado declaraciones que denuncian que el Tribunal Constitucional actúa como una tercera Cámara o superpoder que usurpa la soberanía al pueblo. No compartimos tales razonamientos, pues como expone García-Pelayo, ex-magistrado de la Corte Constitucional: “el Tribunal Constitucional español, al igual que los de otros países, no tiene atribuciones ni posibilidades reales de estructuración política activa, puesto que sólo puede controlar la acción de otros y, aún así, únicamente cuando sea requerido para conocer de un asunto por las partes legitimadas para ello, ya que carece de iniciativa para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. No puede desconocerse, sin embargo, que, con la relativa excepción de la generalidad de los recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad, juzga asuntos planteados por actores políticos y de elevada significación política, pues, ciertamente son temas de orden político los que yacen tanto en los recursos de inconstitucionalidad como en los conflictos de competencia bajo su jurisdicción. Pero, por muy políticas que por su motivación o contenido sean las cuestiones llevadas ante el Tribunal Constitucional, es lo cierto que han de ser formuladas en términos jurídicos y ser resolubles por los métodos judiciales, es decir, por referencia a una norma y ponderando los argumentos de las partes. La rigurosidad de la vin-

²⁵ “Mecanismos jurídicos de control del poder”, *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 393.

²⁶ Son sentencias que establecen una interpretación concreta y diferente a la literalidad del precepto legal y, por tanto, una nueva norma, más amplia o más restrictiva que la creada por el legislador. Se trata de sentencias formalmente desestimatorias, sin pronunciamiento de inconstitucionalidad, que en cambio suponen materialmente la estimación del recurso o cuestión, puesto que el Tribunal Constitucional no acepta la norma original y la transforma.

culación del Tribunal a la *ratio iuris* no evita, sin embargo, que sus decisiones tengan una significación política, ya que, siendo políticas las partes y los intereses en juego, es claro que sus decisiones afectan en mayor o menor grado a la distribución del poder entre los actores políticos²⁷.

Al margen de la polémica sobre su carácter político o jurisdiccional, es indiscutible que la justicia constitucional forma parte hoy del corazón mismo de la estructura de nuestro sistema democrático. Actúa como una fuerza que vela porque el sistema de valores y el orden político consagrados en la Constitución permanezcan protegidos, garantizando que ninguna fuerza política por muy amplio que sea el respaldo popular con el que cuente no transgreda el orden constitucional de valores. Como expresa acertadamente García de Enterría: “una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene²⁸”.

Esta fascinación por la justicia constitucional induce a cierta desmesura cuando, hablando en términos generales, se hace de ella una exigencia ineluctable para la salvaguarda de la supremacía constitucional y aún de la propia democracia. Se olvida así que la jurisdicción constitucional fue un expediente introducido en Europa en circunstancias bien concretas, las de unas democracias amenazadas, y en las que la defensa de la Constitución se planteó como un problema acuciante. Podría así decirse que en Europa la quiebra de la democracia ha actuado históricamente como un acicate para la incorporación y difusión de la justicia constitucional²⁹. Mientras que, a la inversa, la ausencia de ésta en sistemas democráticos bien consolidados, no es un rasgo deficitario de los mismos, sino sencillamente indicio de una evolución hacia la democracia carente de sobresaltos.

En los últimos tiempos, el debate filosófico-político registra también algunas objeciones frente a la importancia cobrada por la justicia constitucional. Una muestra significativa es el influyente libro de Habermas, *Faktizität und Geltung*, cuyo capítulo 6 versa sobre las relaciones entre la jurisdicción y la legislación y, más precisamente, sobre la función y legitimidad de la jurisprudencia constitucional. Habermas parte de las ideas de Dworking relativas a los derechos y la decisión judicial, que examina en el Capítulo 5 (“Indetermina-

²⁷ “La justicia constitucional...”, *op. cit.*, p. 3218.

²⁸ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 186.

²⁹ Cfr. Rubio Llorente, F.: “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35, 1992, pp. 9 y ss.; más recientemente, ahonda en la misma idea López Guerra, L. en su “Introducción” a la selección jurisprudencial llevada a cabo por él, bajo el título *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE/CEPC, 1998.

ción del Derecho y racionalidad de la jurisdicción”), confrontándolas con la posición de autores alemanes (Denninger, Maus y Böckenförde, sobre todo) y norteamericanos (Sunstein, Perry, Brest, Ackerman y Ely, entre otros). Si he comprendido bien el punto de vista de Habermas, éste resalta los riesgos que, para la certeza del derecho, se derivan del excesivo peso de una jurisprudencia “creadora” y dimanante de un Tribunal que tiende a ocupar el puesto reservado, según la lógica de la división de poderes, al legislador democrático. Habermas simpatiza con las tesis preconizadas por Ely, contrarias al “paternalismo” del Tribunal Supremo, y defensoras de una función de éste meramente garantista/procedimental. Dice Habermas: “El discurso jurídico puede disfrutar de una presunción de racionalidad relativamente alta, debido a que está especializado en cuestiones concernientes a la aplicación de las normas, y se beneficia además de una forma de institucionalización que resalta su condición de tercero imparcial entre las partes en causa. *Pero precisamente por ello el discurso jurídico no puede sustituir al discurso político, que es el que tiene que aportar su razón de ser a las normas y a los programas de acción, previo un debate en el que tengan oportunidad de intervenir todas las partes interesadas*”³⁰. Consecuente con esa reivindicación de lo político, Habermas califica como la más importante de las funciones de la justicia constitucional la de actuar como un *guardián de la democracia deliberativa*.

Con posterioridad a la aparición de libro de Habermas, Sunstein ha expuesto su pensamiento en un ensayo sobre las relaciones conflicto político y razonamiento jurídico³¹. La tesis básica del libro es que un sistema jurídico que funcione de modo mínimamente satisfactorio debe tener como objetivo generar estabilidad y consenso, en el contexto de elevadas dosis de desacuerdo político y pluralismo. A tal efecto, los Tribunales —y sobre todo aquellos con capacidad decisoria de carácter último— deben, según Sunstein, operar por medio de lo que él llama “acuerdos teóricos no desarrollados exhaustivamente” (*Incompletely Theorized Arguments*). Tales argumentos permiten razonar desde un nivel de abstracción lo suficientemente elevado como para suscitar un acuerdo generalizado sobre las posiciones de principio, que podría romperse si la lógica argumentativa descendiera hasta las minucias de detalle del caso concreto.

Lo que es incuestionable es que las tensiones entre el legislador y la jurisdicción constitucional se han convertido en un fenómeno inherente en nuestras democracias. Con el fin de mantener dicha tensión dentro de unos márgenes que no hagan de ella un mal endé-

³⁰ HABERMAS JÜRGEN: *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discursiva del diritto e della democrazia*, Milán, Guerini, 1997, p. 316.

³¹ SUNSTEIN, C. R.: *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

mico o una rémora insostenible para el funcionamiento del sistema se han sugerido medidas de “ingeniería constitucional” dirigidas a instaurar mecanismos de cooperación entre las dos instituciones. Presupuesto para la adopción de las mismas, es “abandonar viejos tabúes por ambas partes, como la crítica *per se* a las sentencias que contienen orientaciones para el legislador, o la creencia de los Tribunales Constitucionales de que la inercia (pereza) del legislador es algo consustancial a las Cámaras”³².

Debería admitirse que el legislador y el Tribunal Constitucional comparten un mismo ámbito de diálogo, en el seno del cual cada uno conserva una capacidad de reacción que excluye monopolios de la última palabra. La labor de la justicia constitucional al enjuiciar el producto de la voluntad del legislador debe realizar un “diálogo no coercitivo” que sugiera, más que imponga, unos caminos en vez de otros, en aras de la supremacía de la Constitución. A su vez el respeto al principio democrático exige a la jurisdicción constitucional actuar conforme al criterio de la “*judicial self-restraint*” (autocontención judicial), en aras de salvaguardar el producto de la *voluntas legislatoris*.

Esta visión contemporánea de la justicia constitucional presupone una Constitución abierta. Ahora bien la Constitución al ser una norma abierta, cargada de metas políticas y plagada de disposiciones abstractas con intensa carga ideológica, requiere un mayor esfuerzo interpretativo de los operadores jurídicos, entre los que el Tribunal Constitucional actúa en calidad de intérprete supremo, pero no único. Por ende, en dicha tarea interpretativa no sólo interviene la jurisdicción constitucional, sino también los tribunales ordinarios, aunque la primera asuma un papel directivo, en la que disponen de un margen de discrecionalidad hermenéutica amplio.

El trabajo de los tribunales y, especialmente, del Tribunal Constitucional ha contribuido a consagrar el “imperio del Derecho”, al que están sometidos no sólo los ciudadanos, sino también el Estado. Sin embargo, la superposición a la justicia ordinaria de la denominada justicia constitucional no ha generado pocos conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior del poder judicial, a raíz de la resolución por el primero de los recursos de amparo. Y ello porque se considera que el recurso de amparo se ha convertido en un instrumento de revisión de las decisiones de la jurisdicción ordinaria, con la consiguiente producción de roces conflictivos entre ésta y la constitucional. Es tal el largo historial de desencuentros entre los dos altos Tribunales,

³² AJA, E. / GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: “Conclusiones generales”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 290.

que se ha llegado a hablar de la “guerra de las Cortes”³³. El primer encontronazo tuvo lugar en 1984, cuando la Sala de lo Penal del Supremo hizo declarar, por escrito, a los magistrados del TC sobre la filtración de la sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, sobre el caso Rumasa. El asunto se archivó sin consecuencias pero marcó el inicio de una larga pugna entre altos tribunales. Unos años más tarde, en febrero de 1994, la Sala de lo Civil del Supremo acordó elevar al Rey un memorando para manifestar su malestar e inquietud, al considerar que el Constitucional había invadido sus funciones al anular una sentencia del Supremo sobre una investigación de paternidad y dejar vigente otra anterior dictada por una Audiencia provincial a través de la STC 7/1994, de 17 de enero. Los magistrados de lo Civil salieron en una especie de procesión desde su sala hasta el edificio del Consejo General del Poder Judicial, donde su entonces presidente, Pascual Sala, consiguió desactivar la protesta sin tener que apelar al Jefe de Estado. Posteriormente, mediante la STC 136/1999, de 20 de julio, se anuló la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo que condenó a siete años de cárcel a los dirigentes de la Mesa Nacional de *Herri Batasuna* por colaboración con el terrorismo y ordenó su excarcelación. La anulación de esta sentencia produjo un fuerte resquemor en el Supremo, que había afrontado un tortuoso proceso en el que hubo que encarcelar uno por uno a los 23 procesados. Dos años después, la STC 186/2001, de 17 de septiembre, condenó a la revista *Lecturas* a indemnizar con 60.000 euros a Isabel Preysler, modificando la indemnización de tan sólo 150 euros que fijó el Tribunal Supremo a raíz de la anulación de su sentencia absolutoria que dictó en 1996 por la STC 115/2000, de 5 de mayo. Tal actuación motivó tal indignación en el Tribunal Supremo, que su Sala de lo Civil, el 5 de noviembre de 2001, dictó una sentencia sobre un caso similar, que aprovechó para criticar duramente la STC 186/2001, acusando al TC de “conducta negligente” y de incurrir en una “insólita puerilidad jurídica”. Por último, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó el 23 de enero de 2004 una sentencia que declaró incursos en responsabilidad civil a todos los miembros del Pleno del Tribunal Constitucional y los condenó con una indemnización, por inadmitir un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia del Supremo que avaló la designación “a dedo” de los letrados del Constitucional³⁴. Según el Tribunal Supremo, la inadmisión carecía de motivación suficiente, calificando la conducta profesional de los Ma-

³³ Un análisis de este enfrentamiento puede verse en SERRA CRISTÓBAL, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.

³⁴ Esta extralimitación competencial del Tribunal Supremo, y correlativa invasión de las funciones jurisdiccionales atribuidas al Tribunal Constitucional, provocada por la inadmisión de un recurso de amparo contra una sentencia dictada por el propio Supremo parece, en una primera impresión, contradictoria, pero encuentra su justificación en ese largo historial de desencuentros entre ambos Tribunales y, en consecuencia, en el deseo del Supremo de establecer controles y límites a la jurisdicción constitucional. Sin embargo, este intento del Tribunal Supremo ha sido sumamente desacertado, porque en la sentencia en la que declaró incursos en responsabilidad a los Magistrados Constitucionales se les recusaba y se interesaba que el propio Tribunal Constitucional instara al Gobierno “la tramitación de una norma legislativa que disponga la formación de un tribunal que garantizara con independencia e imparcialidad el examen del presente asunto”. Es decir, se solicitaba la creación legislativa de otro Tribunal Constitucional, lo que se trataba de un auténtico despropósito jurídico.

gistrados demandados de “negligencia profesional grave”. Por tal razón, el Pleno del TC adoptó un Acuerdo el 23 de febrero de 2004, en el que declara que “las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que sólo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica, resolver tales recursos”, concluyendo que “el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por la vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida al Tribunal Constitucional por la Constitución”. Acuerdo que no ha zanjado la cuestión, como pone de relieve el nuevo episodio de enfrentamiento acaecido a raíz de que el Supremo diera a conocer el pasado 28 de diciembre de 2005 una sentencia en la que atribuye, por segunda vez, la paternidad de un hijo, basándose en la mera negativa del demandado a practicarse la prueba biológica, pese a que la STC 29/2005, de 14 de febrero, anuló un primer fallo del Supremo en el mismo sentido.

Estas controversias entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional tienen su origen en la convicción de que el TC, en el ejercicio de su función de máximo garante de los derechos fundamentales, se excede en sus competencias, pasando a resolver de un modo definitivo cuestiones que corresponden a la más pura legalidad ordinaria, o decidiendo sobre el modo en que el juez ordinario ha de resolver de nuevo el caso que ha sido conocido en amparo, de forma que hace parecer que el TC sea una instancia jurisdiccional más. Por esta razón, las críticas más duras han procedido del TS, puesto que se ha sentido suplantado en su función de máximo intérprete de dicha normativa legal. Sin embargo, el papel ejercido por el TC fue decisivo en un sistema jurídico que salió de una dictadura y estrenó una Constitución, porque el TC tuvo inevitablemente que suplir, en muchas ocasiones, al juez ordinario, interpretando la legalidad ordinaria, de tal modo que se diera cobertura a lo garantizado constitucionalmente³⁵. Sin embargo, después de casi veinte años de andadura constitucional, con una judicatura totalmente renovada, sería necesario que el TC se replegara al estricto cumplimiento de su función, velando más por la constitucionalidad de las leyes y por la salvaguarda de los derechos, que por la constitucionalidad de las sentencias. Siempre y cuando los jueces y tribunales, incluido el Tribunal Supremo, interpreten y apliquen las leyes de conformidad con los preceptos constitucionales tal y como han sido interpretados por el TC, demostrando así que es otra judicatura dis-

³⁵ A este respecto Fernández Farreres recuerda que: “en cualquier caso, los excesos en que el Tribunal Constitucional puede parecer que incurre, o si se quiere, en los que incurre, aunque habría que justificar la existencia del exceso caso por caso, en el ejercicio de la competencia que para la tutela de los derechos fundamentales le ha sido atribuida, no pueden oscurecer el hecho decisivo de que esa atribución facilitó desde el primer momento que la jurisprudencia constitucional rectificase en profundidad viejos y superados planteamientos judiciales que, por pura inercia histórica, negaban la aplicabilidad directa de la Constitución, incluso en materia de derechos fundamentales, cuando no la propia normatividad del texto constitucional” (*El amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 18).

tinta a la del período de transición que mostraba sus reticencias a la hora de aplicar la Constitución en toda su extensión.

Al margen de la comentada constitucionalización del ordenamiento jurídico español, ha de indicarse que la implantación del Estado Social de Derecho establecido después de 1978 ha implicado no sólo la plena *juridificación del ejercicio del poder*, sino también la creciente *juridificación de la sociedad*³⁶.

La *juridificación del poder político*, expresado en el art. 9.1 de la Constitución -que prescribe que los poderes públicos están vinculados a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico-, ha implicado el sometimiento pleno del poder a las normas jurídicas, proscribiéndose así la posibilidad de recurrir a “la razón de Estado”, entendida como el triunfo de la política sobre el Derecho y la Ética para ganar mayor autonomía e independencia para su actividad y decisiones³⁷. Aunque tal autonomía en el obrar político no es admisible en el ámbito de los actuales Estados democráticos de Derecho, no han faltado en nuestras democracias actuaciones políticas que se han pretendido justificar invocando la razón de Estado³⁸, pues como expone R. N. Berki: “La razón de Estado ha sufrido un reciente descrédito puesto que se considera contradictoria con el Derecho Internacional y el Gobierno constitucional. Sin embargo, en casos de emergencia, la mayoría de los Estados actúan de acuerdo con ella, por ejemplo, al enfrentarse al terrorismo”³⁹.

A su vez la creciente juridificación de la sociedad viene a significar la hiperlegislación de la realidad social, esto es, que gran número de ámbitos de la vida son objeto de regulación estatal. El derecho, conforme la sociedad española ha ido evolucionando y experimentado transformaciones que la hacen más compleja, ha asumido el difícil reto de regular fenómenos sociales y políticos que con anterioridad eran espacios ajenos al derecho. Sirva de ejemplo la reciente “juridificación” de las uniones homosexuales en la práctica totalidad de los países occidentales, incluida España. En poco más de quince años, el discurso social y político de la homosexualidad en Europa ha variado sustancialmente: se ha pasado de la persecución penal de las relaciones homosexuales hasta un grado tal de reconocimiento jurídico e institucional que, en algunos países, ha supuesto la práctica

³⁶ La expresión “juridificación” es utilizada aquí en el sentido de someter a regulación jurídica una determinada materia.

³⁷ En tal sentido, se pronuncia también E. Fernández García, que define la razón de Estado como: “*la pretensión de la política de dar primacía a sus leyes*, aunque sea pisoteando las de la Ética y el Derecho. El juicio político se presume independiente del juicio moral, el Estado se desmarca de las normas morales y jurídicas obligatorias y exigibles a cualquier ciudadano” (*Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho. La racionalidad política*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 2).

³⁸ En efecto, baste recordar algunos hechos acaecidos en la política española relacionados con la lucha antiterrorista, como la guerra sucia del GAL contra ETA o la utilización de fondos reservados del Estado.

³⁹ Voz “Razón de Estado”, en *Enciclopedia de las Instituciones Políticas*, Vernon Bogdanor (ed.), Madrid, Alianza Diccionarios, 1991, p. 607.

equiparación de estas uniones con el matrimonio. También la intervención normativa del derecho en el mundo de la medicina no ha cesado, de forma que los nuevos avances biotecnológicos y biomédicos suelen tener una respuesta normativa inmediata. Actualmente se utiliza la expresión “Bioderecho” para referirse a todos aquellos aspectos de la Bioética que son regulados por el ordenamiento jurídico, esto es, que han sido o pretenden ser juridificados. No menos interesante resultan las continuas reformas normativas que desde el año 2000 ha pretendido dar respuesta al fenómeno de la inmigración.

Por último, debe traerse a colación la teoría de Jürgen Habermas⁴⁰ en relación al concepto de “Verrechtlichung”, que ha sido traducido con el término “juridización”, y que ha ejercido una gran influencia en España. Conforme a este autor, la juridización es el proceso social paulatino a través del cual el derecho incrementa su carácter de normativa escrita. Este incremento se da tanto por extensión, regulando jurídicamente mayor cantidad de ámbitos sociales que estaban regulados informalmente, como por densidad, o sea, “desmenuzación de una materia jurídica general en varias materias particulares”⁴¹. La regulación legal reglamenta y controla burocrática y jurídicamente espacios de la vida pública y privada, de las relaciones interpersonales, la escuela, la familia, etc. Pero en todos estos ámbitos que aparecen ahora cada vez más normativizados, como así también los que corresponden al ejercicio de la libertad o los derechos civiles y sociales, se produce una ambivalencia. La institucionalización jurídica tiene un efecto positivo (garantía, protección) y un efecto negativo (limitación e intromisión de los imperativos sistémicos en el mundo de la vida). Las normas jurídicas están consideradas así en su doble aspecto: leyes coercitivas y leyes de la libertad. Ahora bien su acatamiento no debiera ser por su carácter coercitivo sino porque son legítimas. La legitimidad del derecho positivo requiere un procedimiento racional y democrático para la producción del mismo.

A tal efecto Habermas aplica su concepción discursiva de la racionalidad al ámbito del derecho y de la política, manteniendo que las normas por las que nos regimos en estas diversas esferas de acción son justas, esto es, racionalmente aceptables, no sólo si satisfacen los intereses de todos los que pudieran verse afectados por ellas, tal como dirían las concepciones tradicionales de la justicia, sino si además dichos sujetos libre y explícitamente lo acuerdan así tras mantener deliberaciones en las condiciones más próximas

⁴⁰ La recepción en España de las ideas de este autor ha sido y sigue siendo sumamente amplia, como se refleja en el hecho de que sus numerosísimas publicaciones han sido vertidas al castellano de una manera prácticamente exhaustiva. Los simposios, seminarios y publicaciones dedicados al estudio de su obra han proliferado en los ámbitos académicos de nuestro país. En este sentido, la reciente concesión del prestigioso Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales no es más que el reconocimiento público de la notable influencia que Habermas ha ejercido en la vida intelectual y en la configuración del lenguaje político de la España democrática. En su doctrina se están basando fundamentalmente los teóricos de los partidos de izquierda.

⁴¹ *Teoría de la acción comunicativa*, vol. 2, Madrid, Taurus, 1999, p. 504.

posibles a la simetría. De esta manera, Habermas muestra además que la moral autónoma y el moderno derecho positivo se complementan, que los derechos humanos y la soberanía popular se presuponen mutuamente y que el modelo óptimo para ello es proponer una democracia deliberativa⁴².

Inspirándose en su teoría, la doctrina española ha defendido que en los procesos deliberativos deben poder manifestarse las diversas opiniones políticas, ya que el principio más elemental del debate no es el de mayoría, sino el de pluralismo y, por tanto, el de minoría⁴³. Sólo a través de este intercambio de pareceres se conseguirá legitimar una decisión final que, de adoptarse, no podrá ser vista como una imposición unilateral, sino como el resultado de un diálogo previo entre todas las partes que, a estos efectos, son consideradas iguales, pues, al participar en el procedimiento de formación discursiva de la opinión, están poniendo en práctica su derecho a la autodeterminación política. En un Estado democrático tan importante como el resultado en sí es que todos hayan intervenido en el proceso deliberativo seguido para su obtención. De este modo, mayoría y minoría hacen suya la decisión colectiva gracias a un procedimiento inclusivo en el que ambas participan y se interrelacionan mutuamente, ya que la opción vencedora no reflejará todas las expectativas de la minoría, pero su influencia hará que tampoco la decisión final coincida con lo inicialmente propuesto por las fuerzas mayoritarias. Sin embargo, se ha señalado como un aspecto débil de su teoría el relativo a cuáles deberían ser las técnicas para que los ciudadanos participen en un diálogo continuo de carácter racional⁴⁴.

Paralelamente a la ampliación del ámbito de derecho, ha aumentado el número de conflictos susceptibles de ser planteados ante las instancias judiciales. Por ello, el elevado grado de juridificación ha tenido por efecto un crecimiento significativo en los índices de litigación. La multiplicación de los procesos judiciales ha favorecido la percepción de que los sistemas judiciales se encuentran en crisis. Tal percepción ha sido un factor determinante en los continuos proyectos destinados a la reforma de la justicia o a introducir nuevos mecanismos extrajudiciales para la resolución de los conflictos, que difieran / eviten la judicialización del problema. Cabe concluir así que la institucionalización del Estado Constitucional de Derecho ha comportado la judicialización de gran cantidad de materias

⁴² Sobre su idea de democracia deliberativa, véase J. Habermas: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 346 y ss.

⁴³ Muy ilustrativa al respecto es la obra de PALOMA REQUEJO: *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 28-29.

⁴⁴ En este sentido, véanse DURANGO ALVÁREZ, G.A.: „Democracia y Estado Constitucional de Derecho: relación „tensional“ entre el juez y el legislador (democracia constitucional)“ *Revista Filosofía y Derecho* (<http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero6/democonst.htm>); MUÑOZ, BLANCA: „Sobre algunas causas de la quiebra de la democracia participativa“, *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n. 9 (<http://www.ucm.es/info/nomadas/9/bmunoz.htm>). ORTIZ DE LANDAZURI, C.: „El destino de la democracia: ¿Universalismo deliberativo o complementariedad participativa? La última discrepancia entre Apel y Habermas. A propósito de la ampliación de la UE (1992-1998)“, *Anuario Filosófico*, XXXVII/1 (2003), pp. 409-439 (<http://dspace.unav.es/retrieve/222/NOrtiz.doc>).

y, por ende, el reforzamiento del papel institucional de los jueces en España⁴⁵, a cuyo estudio se dedicará el siguiente epígrafe.

IV. EL PODER JUDICIAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO.

El proceso de democratización debía alcanzar obligatoriamente a la justicia, por lo que a la institución judicial se le planteó el difícil reto de adaptarse en breve espacio de tiempo a un contexto institucional radicalmente distinto. Uno de los objetivos prioritario sería la de garantizar su independencia frente al ejecutivo. En tal sentido una de las principales medidas adoptadas por el constituyente español fue la de extraer la gestión político-administrativa de la organización judicial del área del ejecutivo y confiársela a una institución de nuevo cuño de extracción parlamentaria: el Consejo General del Poder Judicial. El sistema de designación de este órgano, inicialmente regulado en la LO 1/1980, de 10 de enero, ha sido objeto de dos reformas legislativas en 1985 y en el año 2001 en un intento de los grandes partidos de asegurar su posición hegemónica en el interior de este órgano de autogobierno judicial⁴⁶. Ya en la STC 101/1986, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la forma de elección introducida en 1985, se expresó el temor de difusión de la perversa lógica del Estado de Partidos en el ámbito de la jurisdicción por el sistema de elección de los vocales del Consejo introducido. Así el Consejo en los cuatro mandatos registrados a partir de 1985, apenas ha sido otra cosa que una mera escenificación de la política general en sede judicial. La parcelación partidista del Consejo se ha proyectado en la generalidad de sus prácticas, pero muy en particular en la política de

⁴⁵ Esta evolución hacia un mayor protagonismo judicial es puesto de relieve por López Guerra: "Mientras que el siglo XIX fue el siglo de legislativo (que elaboró, en los países europeos, las grandes leyes del sistema: Códigos civiles, comerciales, de procedimiento) y la primera parte del siglo XX el del ejecutivo (encargado de poner en práctica el sistema de prestaciones del Estado de Bienestar), parece haberse avanzado hacia una fase en que le corresponde un esencial protagonismo al poder judicial, encargado de garantizar y proteger la situaciones creadas por la continua evolución de los regímenes constitucionales" ("La legitimidad democrática del juez", *Cuadernos de Derecho Público*, 1997, p. 44).

⁴⁶ Está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte vocales nombrados por el Rey por un período de cinco años. El art. 122 CE señala doce de los 21 miembros deben ser elegidos "entre Jueces y Magistrados de todas las categorías en los términos que establezca una Ley Orgánica". Esta expresión constitucional ha sido, sin duda, una de las más polémicas hasta que el Tribunal Constitucional determinó en la STC 101/86 que la dicción constitucional no obliga a que los citados doce Vocales sean elegidos por Jueces y Magistrados, como se estableció en la LO 1/1980, sino *entre* ellos. Por tanto, el legislador orgánico puede establecer la fórmula de elección que considere más adecuada. De acuerdo con la LOPJ, los 20 Vocales del CGPJ son nombrados a partes iguales por las dos Cámaras del Legislativo, esto es, diez por el Congreso y diez por el Senado por mayoría de tres quintos. Pero el Congreso y el Senado están, al efectuar sus nombramientos, condicionados por el diseño realizado por la Constitución que exige, que de los 20 Vocales, 12 se elijan entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales; los otros 8 deben ser designados entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio de su profesión. De forma que de los diez propuestos por el Congreso y el Senado, seis han de ser jueces y magistrados y los otros cuatro juristas de reconocida competencia. Su mandato dura cinco años, y no pueden ser reelegidos. Una vez nombrados, los 20 vocales eligen por mayoría de tres quintos –esto es, por un mínimo de 12 votos– al Presidente del Tribunal Supremo (art. 123.2 CE), quien presidirá a su vez el CGPJ, y que es el único miembro de éste que puede ser reelegido por una sola vez. Con la LO 2/2001, que dio nueva redacción a los arts. 111 a 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se reformó el sistema de selección de los miembros del CGPJ, pero no afectó al procedimiento de elección en sí mismo. En concreto se ha pasado a conceder a las Asociaciones Judiciales la capacidad de proponer, proporcionalmente a su representatividad en el colectivo, 36 candidatos, de los que las Cortes elegirán a 12 de los 20 vocales que integrarán el CGPJ. También se pueden presentar candidaturas independientes, por cada candidato propuesto se exigen 73 avales de jueces en activo y no asociados.

nombramientos, especialmente en lo que respecta a altos cargos judiciales, como el Presidente del Tribunal Supremo, magistrados del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, poniendo en riesgo la independencia del poder judicial. Con la finalidad de poner fin a esta situación, la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ha establecido un nuevo sistema de mayoría de 3/5 para el nombramiento de estos altos cargos, forzando indirectamente a las fuerzas políticas a consensuar estos nombramientos judiciales.

Si bien con el inicio de la democracia es indiscutible que el poder judicial se desligó totalmente del poder ejecutivo, la permanencia de los mismos magistrados y jueces del período franquista, ideológicamente afines al régimen, propició con frecuencia sentencias muy discutibles una vez restaurada la democracia, por cuanto evidenciaron cierto déficit de asimilación del nuevo marco normativo. El sector progresista no llegaba al 15 por ciento de los integrantes del escalafón judicial. De ahí el sentimiento de recelo hacia el juez con el que se inició la transición española. Con los años el problema se fue diluyendo y, por contraste, comenzaron a ser problemáticas las actitudes rigurosamente constitucionales de algunos jueces cuando trataron de hacer prevalecer los derechos fundamentales mediante resoluciones políticamente incómodas⁴⁷. Actualmente, por tanto, el poder judicial ostenta un estándar de independencia, que le permite desligarse del ejecutivo, del que había estado en situación de dependencia, con la consiguiente homogeneidad ideológica, durante el régimen de Franco, si bien no faltan intentos tendentes a politizar el sistema judicial.

Igualmente los poderes de los jueces se han ampliado progresivamente y hoy, superan con mucho la tradicional, y todavía central, función de aplicar la ley. Semejante transformación del poder judicial ha repercutido obviamente en la posición del juez en sus relaciones con el derecho y la política.

En primer lugar, debe apuntarse que desde los años setenta se fue generalizando la idea de que un juez no es una *mera boca que pronuncia las palabras de la ley*, que aplica mecánicamente la legislación al caso concreto y al que le estaba vedado cualquier veleidad interpretativa, como se pretendía hacer ver. Se fue asumiendo que en la práctica ninguna ley se aplica sola, de forma que la decisión final viene siempre a reposar sobre los intérpretes. Ya en 1974, cuando se aprueba el Título Preliminar al Código Civil, se dotó a la jurisprudencia de un valor complementario del ordenamiento jurídico, aunque sin llegar a

⁴⁷ Recuérdese hace dos años la toma de posición gubernamental ante la decisión de una juez de vigilancia penitenciaria de Bilbao sobre la progresión de grado de un penado por delito de terrorismo, que motivó la inspección del CGPJ.

reconocerle el valor de fuente del derecho, por cuanto España se adscribe a la tradición jurídica romano-germánica del *civil law*. El art. 1.6 del Código Civil pasó a disponer que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al aplicar y al interpretar la ley. Tal reconocimiento del papel de la jurisprudencia, siquiera sea la del Tribunal Supremo, marcó el inicio de la judicialización paulatina del ordenamiento jurídico⁴⁸. Desde entonces, si bien el papel de los jueces en la creación del derecho, incluso bajo el imperio de un positivismo jurídico rígido, ha sido siempre importante, sus facultades interpretativas son hoy de gran relevancia en la decisión de litigios, especialmente a raíz de su directa implicación en el mecanismo de control de constitucionalidad.

En el nuevo ordenamiento constitucional español se ha registrado con la expansión del papel del derecho la consiguiente ampliación, también, del papel de la jurisdicción. La implantación del Estado Constitucional de Derecho, en el que no caben espacios ajenos a la ley, conlleva que el poder judicial, al igual que ocurrió en Alemania tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, actúe como órgano de control de los otros dos “Poderes” del Estado, el Legislativo y el Ejecutivo. Este aumento de la función de control ha significado un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder del Legislativo y del Ejecutivo. Así se ha instaurado un control jurídico absoluto de la Administración por los Tribunales, lo que Walter Jellinek llamó la “cláusula regia” del Estado de Derecho, ya que uno de los grandes temas tras la Constitución de 1978 fue la lucha contra las áreas de acción administrativas exentas de control jurisdiccional. También se ha sometido al Legislativo a idéntico control jurisdiccional, encomendando la función de vigilar la constitucionalidad de las leyes a los Tribunales, que deben realizar un control material de la conformidad de las leyes con la norma suprema y, en el caso, de que la presuman inconstitucional elevar la consulta al Tribunal Constitucional, al que se reserva el monopolio de rechazo de las que efectivamente resulten disconformes con ésta. Finalmente, también se ha confiado al Tribunal Constitucional la resolución de los eventuales conflictos entre los órganos constitucionales del Estado, así como entre los órganos superiores del Estado (Congreso, Senado, Gobierno, Consejo General del Poder Judicial) y entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Además desde el momento en que se supone que todos los contenidos de la vida social y política son objeto de regulación legal ha de concluirse que todos los ámbitos de la actuación política y administrativa, y de muchos de la vida social, son susceptibles de ser

⁴⁸ Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F. J.: *Jueces y franquismo: el pensamiento político del tribunal supremo en la dictadura*, Barcelona, Ariel, 1986.

juzgados por los tribunales de justicia neutrales, aparentemente impermeables a cualquier tipo de influencia. Por ello, en España, desde principios de los ochenta, se han judicializado gran cantidad de asuntos, al concebirse que en el Estado de Derecho todas las controversias pueden ser resueltas por instancias judiciales. Esta residenciación en sede judicial de los conflictos sociales y políticos se le conoce hoy con el término “la judicialización de la sociedad”⁴⁹.

La judicialización social se aprecia en el fuerte crecimiento que han tenido las demandas judiciales. Así han sido objeto de tratamiento judicial cuestiones de escasa envergadura, como la promoción deportiva de equipos de fútbol, o de detalle, como la inadmisión en un curso de doctorado o la concesión de un permiso de fin de semana para un recluso. Otras veces se ha trasladado a los jueces la responsabilidad de denegar a los ciudadanos las pretensiones que a los políticos les resulta incómodo denegar. En general, éste ha sido el caso de los derechos sociales, ampliamente recogidos en la Constitución española, pero difícilmente aplicados en la práctica⁵⁰. Por su parte, el ámbito médico cada día se encuentra más judicializado, como consecuencia del enorme y vertiginoso crecimiento de las demandas judiciales por responsabilidad médica, interpuestas por pacientes que se han visto afectados por un anómalo funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. También los jueces en España han jugado un papel decisivo en la lucha contra el terrorismo. Por último, se han pronunciado sobre hechos penalmente relevantes, a veces gravísimos, producidos en ámbitos públicos, que evidenciaban que una alta tasa de ilegalidad podía formar parte del habitual modo de operar en la gestión de la cosa pública. Estas sentencias que han evidenciado la corrupción en el seno de la Administración ha motivado descalificaciones contra la institución judicial⁵¹, sin que, por ello, se dejará de alegar que, al estar el problema *sub iudice*, el Parlamento debía abstenerse de controlarlo para no interferir en la independencia judicial⁵².

Tal incesante proceso de judicialización ha llegado hasta el ámbito político, donde se utiliza la expresión “*juridificación de la política*” para referirse a la creciente resolución judicial de las cuestiones políticas, denominada por los norteamericanos también *activismo*

⁴⁹ Cfr. VILLACORTA MANCEBO, L.: *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del derecho*, Madrid, Atelier Editorial, 2005.

⁵⁰ En el famoso caso del derecho de los reclusos al trabajo remunerado, los jueces, al denegárselo, efectuaron una verdadera reforma del art. 25.2 de la Constitución. Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional 172/1989, de 19 de octubre.

⁵¹ Como, por ejemplo, el caso Linaza, el caso Naseiro, el de los GAL (grupo armado creado supuestamente desde el gobierno en la lucha contra ETA), los del CESID, el caso Filesa, el caso Marey o el caso Lasa y Zabala.

⁵² Sobre el control judicial de la actividad política, véanse, entre otros, Guarnieri Carlo: *Los jueces y la política: poder judicial*, Madrid, Taurus, 1999; Nieto, A.: *La corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997; Malem, J./Orrozco, J./Vázquez, R. (comp.): *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003; González, J.: *Corrupción y justicia democrática: introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*, Clamore, 2000; Andrés Ibañez, P.: *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996 y *La corrupción política*, Madrid, Alianza, 1997.

judicial. Tal intervención de los tribunales en los asuntos que se relacionan con la cosa pública ha convertido a la justicia en un lugar de exigibilidad de la democracia, esto es, ha abierto la posibilidad de interpelar y exigir a sus gobernantes una rendición de cuentas, imposible por los caminos convencionales de la política. Sin embargo, para otros, como Garapon Antoine, tal juridificación de la vida política “no consolida, ni refuerza la democracia: por el contrario la debilita”, dado que el rol de los jueces no es hacer leyes, sino aplicarlas⁵³.

Este tratamiento judicial de asuntos de relevancia política ha inducido a retomar la discutida figura de los “actos políticos de gobierno” para reclamar la exención de jurisdicción para la política. En efecto, la única excepción planteada en torno al control judicial universal se ha planteado con la figura de los “actos políticos de Gobierno”, exonerados de control de la jurisdicción contencioso-administrativa por el art. 2 de la ley jurisdiccional de 1956 que ha estado en vigor hasta el año 1998. Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 45/1990, 196/1990 y 220/1991), como del Tribunal Supremo (STS de 8 de junio de 1994) afirmaron la existencia de un determinado “género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial”. Con este tipo de actuaciones, el gobierno cumple la función de dirección política que le atribuye el art. 97 de la Constitución Española y que, por consiguiente, dada su naturaleza esencialmente política no son susceptibles de revisión en sede jurisdiccional. La pervivencia de estos actos tras la Constitución española de 1978, aunque interpretados muy restrictivamente⁵⁴, contrasta con la juridización progresiva que ha experimentado la vida política española. López Aguilar defendió la subsistencia de este tipo de actos, pese a estar reestablecida democracia, declarando que: “la constitucionalización de la organización fundamental de la vida en sociedad no puede nunca equivaler ... a una virtual e hipotética desaparición de la política; o, en otras palabras, a la disolución de la decisión política bajo una abrasadora irradiación del Derecho”⁵⁵. Sin embargo, tras la nueva ley 29/1998, de 19 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, que sustituye la de 1956, se suprimió toda referencia a este tipo de actos –ya que, según la exposición de motivos de la ley, “resulta inadmisibles en un Estado de Derecho”-, consagrándose su control jurisdiccional en el artículo segundo. Criterio que se respalda con el artículo 26.5 de la Ley 50/1997 reguladora del Gobierno, que dispone que todos los actos del Gobierno son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La desaparición de los actos

⁵³ *Juez y Democracia*, Madrid, Ediciones Flor del Viento, 1997.

⁵⁴ Durante el sistema político franquista se sostuvo un concepto amplio de “acto político” de Gobierno y, por tanto, el ámbito excluido del control por los Tribunales de Justicia sobrepasaba los límites tolerables en un Estado de Derecho. Sin embargo, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue consiguiéndose reducir al máximo el ámbito del acto político. Cfr. al respecto BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Los actos políticos del Gobierno en del derecho español*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 1978.

⁵⁵ *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 127.

políticos de gobierno ha producido una viva controversia. Mientras que ha sido saludada como una culminación del Estado de Derecho por algunos sectores, por cuanto pondría coto a un último reducto de arbitrariedad gubernativa, tan peligrosa para las libertades individuales; ha sido criticada por otros al considerarla inoportuna y precipitada⁵⁶. Y es que pese a la negación implícita en la ley de su existencia, es incuestionable que existen actos políticos, pequeños en número, pero no en importancia. Van desde las relaciones del Gobierno con las Cortes Generales, regulados en el título V de la Constitución (contestación a preguntas, interpelaciones, mociones de censura y cuestiones de confianza, disolución del Parlamento, etc.), hasta otros previstos en otros sectores del ordenamiento (directrices de política interior, nombramiento de altos cargos, elaboración de proyectos de ley, negociación y denuncia de Tratados internacionales, clasificación de documentos como secretos, indultos, etc.). Efectivamente el parámetro principal para enjuiciar estos actos gubernamentales es el su oportunidad o inoportunidad política, pero también están sometidos a derecho, puesto que es una exigencia del Estado Constitucional la vinculación jurídica de toda la actuación gubernamental, aunque ésta puede ser objeto de graduaciones. Resulta de interés al respecto la reflexión efectuada por Pérez Francesch, que, sin negar la diferencia entre política y derecho, apuesta, aún siendo consciente del grado de dificultad que posee, por una juridificación absoluta de la actividad gubernamental, como una aspiración coherente con la vinculación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que consagra el artículo 9.1 CE⁵⁷.

Como reacción a la judicialización plena de la política, se ha procedido a una politización de lo judicial con el fin de rescatar de manos de los jueces las cuestiones políticas que indebidamente están conociendo. A tal efecto mediante el nombramiento de los vocales del órgano de gobierno del Poder Judicial (el Consejo General del Poder Judicial) y de los titulares de los tribunales más importantes se ha producido un elevado grado de politización de la justicia española. Por tal razón, en algunas ocasiones las decisiones judiciales, adolecidas de una falta de fundamentación legal consistente, presentan un elevado grado de politización, lo que se manifiesta especialmente en los pronunciamientos recaídos sobre los litigios y procesos sobre el conflicto vasco. Sirva de ejemplo el procesamiento del presidente del Parlamento vasco, aunque finalmente fue archivada la demanda, por un presunto delito derivado del hecho de no proceder a la disolución del grupo parlamen-

⁵⁶ En este sentido, se pronuncia Santaolalla López, quien defiende, ante la permanente amenaza de actos terroristas, la recuperación de la categoría de actos políticos gubernamentales exentos del normal control jurisdiccional como medida necesaria del Estado democrático para hacer frente a "sus enemigos". A tal efecto trata de fundamentar tal línea interpretativa en los arts. 9.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* y 1.1. de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, que someten a competencia del orden contencioso-administrativo los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo, y no aquellos sujetos al Derecho Constitucional ("Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 107-131).

⁵⁷ Vid. Pérez Francesch, J. L.: *El Gobierno*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 18-19.

tario socialista Abertzaleak, ordenada por el Auto del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2003, como consecuencia de la declaración previa de ilegalidad de la coalición electoral Herri Batasuna -también incluida en la lista europea de organizaciones terroristas- por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, ninguna norma jurídica española permite la disolución de un grupo parlamentario por decisión judicial, ya que, conforme a la doctrina clásica del mandato representativo, los grupos parlamentarios no pueden ser identificados con los partidos políticos. La aplicación de esta decisión judicial implicaría la retirada a los parlamentarios de su acta de diputado, lo que no resulta muy acorde con nuestro Estado democrático de Derecho.

También se ha experimentado una tendencia a la judicialización del derecho por la complejidad que han ido adquiriendo las relaciones sociales y las insuficientes respuestas del legislador⁵⁸. En efecto, el papel del juez se ha ido incrementando conforme se ha hecho más patente la crisis del concepto tradicional de ley y se ha manifestado con fuerza la debilidad reguladora del legislador⁵⁹. A medida que el derecho se ha ido haciendo menos evidente, más dúctil si se quiere, al atomizarse más las fuentes del Derecho y multiplicarse los centros de creación de normas, complejidad agravada con la internacionalización y comunitarización de muchas de sus manifestaciones, los poderes del juez se han ido incrementando. La cada vez más evidente imposibilidad del legislador para preverlo todo ha acarreado que el papel creativo de los jueces vaya en aumento. Del derecho legislado se ha ido pasando progresivamente a un derecho que es la suma de lo dispuesto en la legislación y lo concretado en los tribunales a través de la jurisprudencia⁶⁰.

El protagonismo creciente del juez en nuestro Estado Constitucional, diluyendo el monopolio del Derecho que antes ostentaba el legislador, es puesto de relieve por Zagrebelsky:

"Hoy los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho, desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho Legislativo. Pero los jueces no son los señores del de-

⁵⁸ Interesantes reflexiones sobre las técnicas legislativas en la época actual se contienen en: CARBONELL, M. / PEDROZA DE LA LLAVE, S.T. (coord.): *Elementos de técnica legislativa*, México, UNAM, 2000 (<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/21/tc.pdf>); CAZORLA PRIETO, L. M^a: *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Pamplona, Aranzadi, 1999; JIMENA QUESADA, L.: *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa*, Madrid, Tecnos, 2003.

⁵⁹ Los jueces deciden sobre asuntos de la más diversa índole, como planes de ordenación, macro-conflictos sociales, régimen de servicios mínimos en caso de huelga de una empresa estatal, litigios y causas penales originados por un mal funcionamiento de la Administración, etc. Este exceso de intervención judicial se ha producido fundamentalmente en la justicia penal y en el ámbito de la administración pública, dónde se ha detectado irregularidades en el manejo de los recursos estatales.

⁶⁰ Este fenómeno no ha sido analizado exhaustivamente, pero hay gran diversidad de estudios que se aproximan al mismo. Así, entre otros, FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: „Activismo judicial, medios de comunicación y Estado de Derecho“, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 43, 1998, pp. 55-85; FOLGUERA CRESPO, J. A.: *Poder Judicial y medios de comunicación*, Madrid, CGPJ, 2001; GARGARELLA, R.: *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, A.: *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985; DE ASIS ROIG, R.: *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

recho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, esto es, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier *señor del derecho* hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto que sea propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos⁶¹.

No obstante, este autor reconoce el valor de la ley como instrumento de autogobierno popular, así como la difícil relación entablada entre jurisdicción y legislación, que resuelve de la siguiente forma:

“la creación judicial de reglas jurídicas (...) puede resultar necesaria para satisfacer en el caso concreto pretensiones fundadas en derechos reconocidos por normas constitucionales de principio, cuando falten reglas legislativas acordes con tales principios. En ausencia de leyes, excluir la posibilidad de esa integración judicial del ordenamiento tendría como consecuencia el vaciamiento de derechos reconocidos en la Constitución. Las reservas más fundadas hacen referencia, por el contrario, al peligro de que el cuadro de principios constitucionales venga cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador. Tal peligro no existe cuando la derivación de la regla la hacen los jueces ordinarios, cuya jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades constitucionales. El peligro existe, en cambio, cuando es la Corte Constitucional la que impone la regla, presentándola como algo exigido por la Constitución. En este caso hay verdaderamente un riesgo de exceso de „juridificación“ y „constitucionalización“ de la vida política, riesgo que no puede silenciarse en nombre del consenso sobre los contenidos de las normas establecidas por la Corte Constitucional.

En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como „partes“ del derecho, y no como „todo el derecho“. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático⁶².

A ello se suma la sustancial modificación de la relación del juez con la ley en el momento de la interpretación/aplicación, que ahora comporta necesariamente un juicio de constitucionalidad, puesto que el juez está obligado a cuestionar la legitimidad constitucional de la que, a su juicio, contravenga la Constitución por medio de la cuestión de inconstitucionalidad, incorporada por el art. 163 Constitución, inspirándose en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Se faculta así a los jueces para dejar pendiente de resolución un litigio cuando estimen que una norma legal pudiera ser inconstitucional, elevando la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, quien dispone del monopolio del control de constitucionalidad de las leyes. De esta forma a los jueces y tribunales, dentro de la plena sujeción al imperio de la Ley, se les ha reconocido cierta capacidad para enjuiciar la labor del poder legislativo, cuestionando la legitimidad constitucional de una manifestación concreta de la política legislativa ante el TC. Lo que tiene especial importancia en materia de derechos fundamentales, elemento esencial de la democracia, respecto de los cuales el poder judicial actúa como garante natural para asegurar su respeto tanto por

⁶¹ *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 153.

⁶² *Ibidem*, pp. 152-153.

particulares como por poderes públicos. Este instrumento de control de constitucionalidad de la ley ha sido muy transitado ante la justicia constitucional durante la década de los noventa del siglo XX.

Las nuevas formas de presencia judicial representadas por el cuestionamiento de la constitucionalidad de las leyes y, sobre todo, por la apertura de causas judiciales en relación con actuaciones de sujetos públicos, con la extraordinaria carga de deslegitimación que implica para los políticos el sometimiento al proceso, ha generado que, en más de una ocasión, se hable de la existencia de un “gobierno de los jueces”. Sin embargo, frente a esta crítica serían trasladables aquí las consideraciones efectuadas por Bachof, que ya en 1959 disenta acertadamente de estas opiniones levantadas en algunos sectores de la opinión jurídica y política alemana sobre el poder dejado en manos de los jueces por la Ley Fundamental de Bonn: “No se puede designar realmente como *soberano* a quien no puede actuar más que represivamente, a quien carece de toda iniciativa propia para la configuración política, a quien sólo puede actuar a petición de otro órgano estatal o de un ciudadano lesionado, a quien, finalmente, en el desempeño de su función de control, tiene que limitarse a los asuntos que –considerados desde el punto de vista del órgano de control- le llegan casualmente. Tampoco se puede pasar por alto que la función de control de los tribunales no implica solamente una disminución de poder del legislativo y del ejecutivo, sino también un fortalecimiento de la autoridad de los poderes controlados”⁶³.

No es infrecuente, sin embargo, que algunos procesos judiciales contra sujetos con altas responsabilidades políticas, llevados con inobjetable legalidad, hayan desencadenado negativas reacciones⁶⁴ y denuncias de invasión abusiva de la esfera política por la jurisdicción. En ocasiones incluso se ha llegado a imputar a los jueces *falta de sentido de Estado*, es decir, insuficiente conciencia de la singular naturaleza de los sutiles equilibrios en que de ese modo incidían de forma perturbadora, dificultando la gobernabilidad⁶⁵. Y, por consiguiente, la intervención judicial se ha considerado perturbadora del curso de la democracia política. Resulta aberrante, no obstante, que ante supuestos de trasgresión de la legalidad, con frecuencia de la legalidad penal, se ponga en duda la legitimidad del juez para actuar, y más aún que eso se haga en nombre de la democracia. En tales cir-

⁶³ Bachof, Otto: *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 59.

⁶⁴ Resulta paradigmática al respecto las opiniones vertidas en contra de la sentencia dictada en el caso *Marey* (ciudadano francés, considerado erróneamente miembro de ETA y que fue secuestrado ilegalmente por el GAL), frente a la que no acabó prosperando ninguno de los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional. Sobre esa resolución es de interés la obra de IGARTUA SALAVERRÍA, J.: *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, Trotta, 1999.

⁶⁵ Es ejemplificativa al respecto la actitud de un periodista español a raíz de la condena de Alonso Manglano y otros por un delito de interceptaciones telefónicas ilegales, en el caso de las escuchas del CESID (servicio secreto del Ministerio del Interior), expresando su malestar por la condena de un “hombre de Estado”.

cunstancias, toda la legitimidad democrática está de parte de quien aplica la ley conforme a la Constitución, ambas expresión de la soberanía popular, frente a las conductas violadoras de la legalidad. Además en el sistema español el poder judicial no superpone su actuación de forma sistemática a las de las otras instancias de poder, sus intervenciones son ocasionales y de carácter puntual. Ahora bien sí compartimos la opinión de Perfecto Ibáñez que con gran lucidez ha reiterado que la relación de los jueces “con el circuito democrático de formación de la voluntad política es de inevitable tensión y siempre potencialmente conflictual”⁶⁶.

Son muchas las voces que, recelosas del *extrapoder* del juez y de los riesgos del activismo judicial, insisten en que “el juez debe limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento”⁶⁷ y reclaman corregir la excesiva judicialización, especialmente la incursión del Estado en todos los ámbitos de la vida social, por cuanto en España *judicializar* “equivale a retirar algo de la competencia de la sociedad civil y entregarlo al Estado, como ocurre, con la estatalización de la familia, que carece prácticamente de autonomía”⁶⁸. Para ello reclaman recuperar la autonomía para la sociedad civil y para la política frente al derecho y la jurisdicción.

Debe aludirse aquí también a una corriente doctrinal minoritaria que propugnó el “*uso alternativo del derecho*”, expresión con la que se pretendía legitimar a los órganos judiciales para dar una relectura al derecho y a las leyes que permitiera una transformación socialista de la sociedad⁶⁹.

Por último, ha de subrayarse que la judicialización de grandes ámbitos de la sociedad ha obedecido también en parte, como en el siguiente epígrafe se expondrá, en la implantación de un Estado Social –asistencial y redistribuidor-. El tránsito del Estado liberal al Estado Social reclamó un importante incremento de la producción legislativa. La enorme cantidad de actos legislativos, unido a su frecuente imprecisión o ambigüedad, reforzaron

⁶⁶ ANDRES IBÁÑEZ, P.: “Democracia con jueces”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 128, 2002, p. 5.

⁶⁷ REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 154.

⁶⁸ PEREIRA MENAUT, A. C.: *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 92. En tal sentido, la excesiva jurificación y judicialización de la familia también ha sido criticada por Habermas en *Teoría de la acción comunicativa*, op. cit., pp. 502-503.

⁶⁹ Para un análisis en mayor profundidad de esta corriente doctrinal, consúltense LASO PRIETO, J. M^a: “Hacia un nuevo uso alternativo del derecho”, *Revista Argumentos*, n.º 3, 1977, pp. 48-52 (<http://www.wenceslaoroces.org/arc/laso/articulos/argumentos/3.htm>); LASO PRIETO, J. M^a: “Derecho y socialismo democrático”, *El Basilisco*, N.º 7, 1979, pp. 87-92 (<http://www.filosofia.org/rev/bas/bas10709.htm>); LÓPEZ CALERA, N. M^a: Sobre el uso alternativo del derecho, Madrid, Editor Fernando Torres, 1978; SOUZA M^a LOURDES: “Del uso alternativo del derecho al garantismo: una revolución paradójica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XV, 1998.

la trascendencia del papel que el operador jurídico debe jugar en el ordenamiento constitucional.

V. EL SISTEMA ECONÓMICO-SOCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA NORMATIVO.⁷⁰

V.1. El Estado Social como factor favorecedor de los fenómenos de juridificación y judicialización.

La implantación del Estado Social o de Bienestar, promotor del desarrollo y dispensador de prestaciones y servicios, tuvo lugar en España con la Constitución de 1978, lo que dotó de mayor complejidad su contenido, al incorporar, como ocurrió con los textos constitucionales que se elaboraron tras la Segunda Guerra Mundial, los fines y valores sociales, los nuevos derechos de prestación, así como la regulación de la Constitución económica. Lo que contrasta con las Constituciones liberales cuyo contenido se reducía al reconocimiento de derechos civiles y, posteriormente, políticos, y a un diseño que resolvía el reparto del poder político.

Pero el moderno “Estado social” en su doble faceta, la del Estado interventor y la del Estado asistencial, no solamente tuvo su proyección en el articulado de la constitución, sino también en el ámbito legislativo. Durante la vigencia del Estado Liberal de Derecho, en el que triunfó la visión de la ley como norma general y abstracta, el ideal era pocas leyes y claras, con el fin de que todos pudieran conocerlas. Todo ello cambia cuando el Estado debe responsabilizarse del bienestar de sus ciudadanos y convertirse en uno de los operadores económicos. La mayor intervención del Estado en el orden social se tradujo en una mayor juridificación, esto es, generó un incremento notable de la producción normativa y además se desveló la falta de imparcialidad del derecho, ocultado en el estado liberal por los clásicos rasgos de generalidad y abstracción de las leyes, que cedieron ante un conglomerado de leyes especiales y cambiantes. El derecho del intervencionismo no es propiamente un derecho codificado, los códigos pierden así su anterior lugar central en el orden jurídico.

En efecto, la implantación de un Estado intervencionista, gestor de las prestaciones en que se traducen los derechos sociales, ha propiciado que las leyes hayan perdido el carácter de sencillez y permanencia que las distinguió en momentos históricos precedentes

⁷⁰ Sobre esta cuestión, resulta de gran interés la obra de CAPELLA, J. R.: *La Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1999, en especial las pp. 198-229 y 267-287.

y que su número haya crecido en términos inflacionistas, al tiempo que se hayan diversificado ampliamente sus contenidos. Muchas leyes se asemejan a actos de dirección política, orientados a un fin, como una medida determinada para afrontar una concreta situación y, por tanto, planeada a corto plazo y negociada por grupos contrapuestos de intereses. Estas *leyes medida* (*Massnahmegesetze*) son definidas por Díez Picazo como “leyes singulares enderezadas a resolver un problema concreto, a adoptar medidas de situación, leyes por consiguiente sin ninguna pretensión de perennidad. La ley se va convirtiendo asimismo en un instrumento de carácter tecnocrático, muy relacionada con las coyunturas económicas (v. gr. la ley de aprobación de un plan económico)”⁷¹.

Pero la novedad más importante está directamente ligada a la cualidad de la ley como instrumento regulador, desde el momento en que forma parte del arsenal de medidas de un Estado intervencionista. Si en el Estado Liberal de Derecho la ley era un instrumento de garantía de la autonomía de la sociedad civil respecto del Estado, en el Estado Social es un instrumento a través del cual este último incide de manera concreta, planifica e incluso crea en ocasiones las propias relaciones sociales. Si la actividad normativa delimitaba antes el marco externo en cuyo interior tendría lugar la espontánea mediación de los intereses particulares, con el Estado de Bienestar estos últimos se encuentran regulados, y los conflictos a que dan lugar precisan cada vez con más frecuencia de una mediación institucional.

A ello se añade que las leyes, aun cuando se presentan formalmente como fruto de la actividad parlamentaria, sobre todo en aquellas materias que tienen que ver con situaciones o cuestiones de una particular conflictividad, suelen muchas veces recoger simplemente acuerdos negociados entre sujetos extraparlamentarios, alcanzados realmente en otras sedes distintas a la parlamentaria. El carácter de tales acuerdos tiene como contrapartida la formulación de reglas en términos de extraordinaria ambigüedad. Ello supone el consiguiente desplazamiento de la resolución de los verdaderos nudos problemáticos al momento jurisdiccional. Las leyes, punto de referencia fundamental de la actividad jurisdiccional, plagadas de cláusulas generales y de conceptos jurídicos indeterminados han ampliado el margen de acción del poder judicial, en cuya fase de concreción cuenta con un amplio margen de arbitrio.

Por todo ello, no es exagerado concluir que la ley ha perdido una cuota importante de su capacidad ordenadora. Se ha quebrado el modelo de ley general y abstracta característi-

⁷¹ “Constitución, ley y juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15, 1985, p. 11.

ca del originario Estado de Derecho por el carácter inflacionario de la ley, su atomización, su asistematicidad, por su forzado coyunturalismo y por el hecho de ser expresión de procesos decisionales no suficientemente explícitos cuando no deliberadamente ocultos. Este nuevo contexto ha conllevado que la *relación ley/juez-intérprete se haya visto claramente alterada*, al conferirse a éste parte de la responsabilidad ordenadora que compete al legislativo. Se está dando así una *transferencia de poder político del legislador al juez*, produciéndose una potenciación extraordinaria del *Derecho judicial*⁷², carente de legitimidad democrática.

En el caso del juez ordinario se cuestiona su origen democrático, porque el eslabón que le une a la soberanía popular mediante la sumisión a la ley es un eslabón quebradizo, como bien lo acredita la sujeción adicional del juez a las pautas interpretativas de la justicia constitucional⁷³.

Y en el caso de la jurisdicción constitucional, ya fue comentado este aspecto, basta recordar que tiene una legitimidad democrática indirecta en España y que su capacidad de creación del derecho es mayor, por cuanto su jurisprudencia es unánimemente reconocida como fuente del derecho. Al TC le corresponde establecer la interpretación del texto constitucional, con carácter vinculante, y sin ulterior recurso, el significado de la misma. No obstante, es extendida la idea de que la Constitución al reconocer en su art. 117.1 que la "justicia emana del pueblo" dota a los poderes del juez de legitimidad democrática. Andrés Ibáñez también arremete contra las críticas relativas a la falta de legitimidad democrática con el siguiente razonamiento: "Es cierto que el poder judicial, el micropoder del juez del caso, no recibe su legitimación de las urnas, como, en estos tiempos, se le reprocha con alguna frecuencia por quienes sí cuentan con esta investidura. Pero en tal aparente paradoja reside la mayor virtualidad de una instancia llamada a controlar desde el Derecho y que sin ser democrática en su extracción inmediata es, sin embargo, a través del regular desempeño de su cometido constitucional un relevante factor de democracia"⁷⁴.

Ante esta situación son varios los autores que piden que se realice una revalorización del papel de la ley como única vía para garantizar la certeza y seguridad, a través de una mejora de su calidad técnica, frente a la arbitrariedad de un excesivo activismo judicial.

⁷² Por *Derecho judicial* se entiende los pronunciamientos de los tribunales que no sólo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley.

⁷³ En tal sentido, véase ORDOÑEZ SOLIS, D.: *Op. cit.*, pp. 126-127.

⁷⁴ "Introducción", en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 13.

Alegan que por debajo de la Constitución, es a la ley (y no a los jueces) a la que corresponde el desarrollo de las reglas y principios constitucionales⁷⁵.

V.2. El neoliberalismo y su proyección en el Estado de Derecho.

La crítica neoliberal al Estado del bienestar ha subrayado la incompatibilidad entre el Estado del bienestar y las garantías del Estado de Derecho en la medida en que tiende a quebrantar principios como el de legalidad, jerarquía normativa, etc, dada la proliferación de normas *ad hoc* o leyes singulares. Para los liberales esta tendencia a romper los estrictos moldes del imperio de la ley no es algo accidental, sino que se trata de algo que es esencial al proceder del Estado del bienestar por imperativo de su función transformadora de las relaciones sociales. Se reprocha que el Estado del bienestar, atentando contra los principios del libre mercado, ataca también al mismo tiempo el fundamento mismo de la libertad.

La crisis económica del Estado Social se manifiesta en dos frentes: *crisis de gobernabilidad*, identificada como la incapacidad del sistema político-estatal para producir decisiones eficaces frente al aumento de la complejidad social y, por ende, para responder satisfactoriamente al aumento excesivo de las demandas sociales; y *crisis de representación*, manifestada en la pérdida de capacidad de los partidos para filtrar y transferir las demandas sociales, transformándolas en demandas políticas. Lo que ha favorecido la *desparlamentarización de la política pública* y su sustitución por nuevas formas de producción jurídica, a través de acuerdos “corporativos” obtenidos entre los agentes sociales y/o grupos de intereses, por un lado, y las instituciones públicas, por otro. Estos esquemas y acuerdos corporativos, con gran influencia en la regulación de materias muy importantes en el campo de la política económica, de salarios, de educación o social, etc., no están contemplados legal e institucionalmente en el Estado democrático constitucional. Las instancias representativo-parlamentarias del Estado están transfiriendo una parte de sus atribuciones y competencias en dichas áreas a agrupaciones de intereses o sindicatos, que, de hecho, adquieren el status de “gobiernos privados”, lo que desemboca en una desregulación, proceso inverso al ya comentado de juridificación.

Sin embargo, desregulación no significa ausencia de normas, sino todo lo contrario. Como expone Capella la desregulación implica un desplazamiento de la capacidad de normar hacia la esfera privada y paralelamente “el derecho toma la forma de una nueva *lex*

⁷⁵ De esta opinión son DÍEZ PICAZO, L.: “Constitución, ley...”, *op. cit.*, p. 23; ARAGÓN REYES, M.: “El juez ordinario entre la ley y la Constitución”, *Escuela de Verano del Poder Judicial*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 315-317.

mercatoria metaestatal, establecida y garantizada por los grandes sujetos económicos transnacionales (...) el derecho estatal recibe esta *lex mercatoria* y la instrumenta mediante normas propias cuando ello es necesario”⁷⁶. *Lex mercatoria* que define como *derecho extrajudicial de negociación continuada y permanente*, ya que “la violación de una norma pactada no da lugar a procedimientos sancionadores sistemáticos contra la parte infractora, sino que se resuelve mediante negociaciones que redundan en el establecimiento de nuevos pactos, esto es, en la renovación de la normativa”⁷⁷. En consecuencia, el derecho legal codificado, ya atenuado y desbordado en la etapa intervencionista, deja paso a un derecho *procedimental*, normalmente *contractual* y sólo excepcionalmente jurisdiccional. Y ello porque “los instrumentos estatales de mediación, y fundamentalmente la jurisdicción, que exigen *tiempo y formas* –condición de las garantías- para conocer y decidir, resultan inoperantes y obsoletos para los grandes agentes económicos actuales, los cuales recurren a instancias de mediación privadas”⁷⁸. Tales instancias realizan operaciones de enjuiciamiento y decisión, igual que las instancias públicas de los estados, pero más eficaz y rápidamente, pero con desconocimiento de las garantías caracterizan a la jurisdicción.

Esta menor intervención normativa del Estado también se ha proyectado en el terreno laboral en beneficio de reglamentaciones pactadas, lo que está acarreado una pérdida de la intensidad o del carácter protector característico de la disciplina laboral. Con la implantación del Estado Social la realidad social del trabajo asalariado se sometió a un proceso de juridificación constante, porque las relaciones laborales son un punto de encuentro de intereses sociales y económicos, lo que desde siempre ha motivado la instrumentación de mecanismos jurídicos para atemperarlos y canalizarlos⁷⁹. Para ello, se parte del reconocimiento formal de una plataforma más o menos amplia de derechos, que abarca los laborales en sentido estricto (v.gr. limitación de jornada, descansos y permisos, elevación de salarios etc), instrumentales (v.gr. derechos de información, derechos colectivos), o profesionales (v.gr. normas sobre prevención y salud laboral, perfeccionamiento laboral, formación y cualificación), pero también un segundo marco de derechos que trascienden del trabajo asalariado y que poseen un alcance social (desempleo, jubilación, asistencia sanitaria, etc). Con tales premisas, se ha disciplinado las diferentes instituciones jurídicas,

⁷⁶ *Fruta prohibida*, op. cit., p. 268.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 273.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 271.

⁷⁹ Sobre esta cuestión son de interés la obras de MONGE RECALDO, J. L.: *Las relaciones laborales hoy*, Pamplona, Aranzadi, 1985; BAGLIONI, GUIDO/ CROUCH, COLIN (comp.): *Las relaciones laborales en Europa: el desafío de la flexibilidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992; MIGUÉLEZ, F. / PRIETO, CARLOS (dir.): *Las relaciones laborales en España*, 2ª ed., México, siglo Veintiuno, 1995; VALDÉS DAL-RE, F.: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

estableciendo un elenco de límites al poder empresarial, o ciertos presupuestos para acceder a las prestaciones sociales del sistema. Y todo ello mediante una estructura de órganos administrativos, judiciales y fiscalizadores encargados de aplicar las directrices normativas.

Sin embargo, este sector del ordenamiento jurídico está siendo objeto de sustanciales modificaciones por los cambios experimentados en la estructura social y económica no sólo en nuestro país sino en la mayor parte de las experiencias comparadas. La flexibilidad, como vector de las modificaciones, la competitividad, como motor dinamizador del sistema productivo, y la desregulación, como técnica específica de articulación jurídica, se convierten en piedra de toque de cualquier modificación normativa. De ese modo, el Derecho del Trabajo ha acabado siendo el “gran sacrificado” en momentos de dificultad económica, que hacen bien de la crisis, o del desempleo, sendos justificantes para acometer cualquier reforma normativa. Se aduce que más vale adecuar la norma, flexibilizándola, antes que eludirla por sus propias inflexibilidades. Con similar línea argumentativa, los tribunales del orden social admiten la facilitación de mecanismos de ajuste a las empresas como “mal menor” en aras de su viabilidad futura y la recuperación de los niveles de competitividad, como, por ejemplo, los traslados, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, los despidos colectivos, etc. A tenor de estos argumentos, lo cierto es que la supeditación de las relaciones laborales a la lógica de las decisiones económicas termina provocando una eliminación de garantías laborales y un repliegue de conquistas históricas en pro de las facultades organizativas del empleador. Lo cual hace olvidar, por momentos, el objetivo nivelador de las desigualdades originarias existentes entre empresarios y trabajadores que deben tener las normas laborales de un Estado Social.

También en las últimas décadas la ley ha pasado a ser más un instrumento de control social que de regulación, lo que comporta consecuencias inevitables para el orden judicial, dando lugar a una revalorización del juez como agente de control social, como vehículo de las políticas de *ley y orden* que, bajo el señuelo de la necesidad apremiante de contener los efectos de la inmigración ilegal y de la inseguridad en la calle, son frecuentes hoy en cualquier programa político. La reciente Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es buen ejemplo de esta tendencia, ya que, aprobada en aras de imprimir mayor celeridad en la justicia penal, identifica eficacia con atenuación de las garantías y la ampliación del papel reservado a la policía en el proceso. Algo similar ha ocurrido con la legislación antiterrorista, ya que la necesidad de hacer frente al fenómeno terrorista presente en España desde los años setenta

ha provocado que desde la constitución de nuestra democracia se hayan aprobado leyes que recortan los derechos fundamentales y las garantías constitucionales para presuntos miembros de bandas armadas o terroristas, lo que entra en contradicción con valores básicos de nuestro ordenamiento constitucional. De esta forma se pone de manifiesto, según Andrés Ibáñez, “la opción por un determinado modo policial de afrontar la criminalidad terrorista”⁸⁰, en el sentido que estas medidas (detención con posibilidad de prórroga, control telefónico, registro domiciliario...) se realizan en el medio policial sin el debido control judicial.

VI. CONCLUSIONES FINALES.

1. Los conceptos “juridización” y “juridificación” son en España sinónimos, sin embargo, el primero no es muy frecuente en la lengua castellana, mientras que el segundo es utilizado con relativa frecuencia. Ambos conceptos significan que una determinada cuestión adquiere el carácter de jurídica, al ser objeto de regulación mediante normas jurídicas, excluyendo la jurisprudencia, porque para aludir al fenómeno de la creación judicial del derecho es utilizado el término “judicialización” (cfr. conclusiones n.º 11 y 12).
2. La “juridificación” de una materia es normalmente condición previa para su “judicialización”, en el sentido que su regulación normativa dota a tal materia de interés para el mundo del derecho, posibilitando el pronunciamiento sobre las mismas por los órganos judiciales, quienes además en los últimos años han adquirido una creciente importancia en la creación del derecho. No obstante, no siempre la juridificación precede a la judicialización, ya que cada vez es menos infrecuente que los tribunales innoven el ordenamiento jurídico con nuevas reglas establecidas en sus sentencias, si bien deben alegar algún principio constitucional o general del derecho, en el que basar su decisión.
3. La implantación en España a partir de 1978 del Estado Constitucional de Derecho, entendido éste como sistema de límites y vínculos impuestos a la democracia en garantía de los derechos fundamentales, ha conllevado no sólo la plena *juridificación del ejercicio del poder*, sino también la creciente *juridificación de la sociedad*. Además la adopción de la Constitución Española de 1978 tuvo unos efectos extraordinarios en el sistema judicial español, repercutiendo muy rápida y profunda-

⁸⁰ *Justicia/Conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 230.

mente en la posición del juez en el contexto jurídico y político de España. Una vez adoptada la Constitución cobran una dimensión política inusitada los jueces y tribunales, en especial el Tribunal Constitucional.

4. Durante el régimen franquista, tan sólo a partir de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y demás leyes complementarias, se realizó un intento de suplir la ausencia de una auténtica Constitución democrática por el *supuesto* carácter de Estado de Derecho que proporcionaría a nuestro ordenamiento jurídico el sometimiento de la Administración a la Ley. Evidentemente se trataba así de instrumentalizar el Derecho Administrativo para lograr los fines de enmascaramiento ideológico pretendido por las fuerzas sociales hegemónicas en el sistema.
5. La *constitucionalización del ordenamiento jurídico* reforzó el proceso de juridificación, porque la Constitución, en su condición de norma jurídica suprema, ha penetrado todo el sistema normativo, lo que se ha facilitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha incidido de forma decisiva sobre el conjunto del ordenamiento jurídico español y en su sistema judicial.
6. La creciente juridificación del poder político, que excluye la existencia de ámbitos inmunes al control jurisdiccional, ha sido valorada en general de forma positiva, al asegurar un mayor sometimiento de los gobernantes a las leyes y una protección más completa de los derechos de los ciudadanos. Queda así descartada la posibilidad de recurrir a la “razón de estado” para justificar acciones políticas inconstitucionales e ilegales.
7. Por otra parte, la “juridificación de la sociedad” viene a significar que un gran número de ámbitos de la vida cotidiana son objeto de regulación por el Derecho, lo que ha generado un crecimiento significativo de los litigios y de los asuntos que acaban residenciándose en los tribunales.
8. Al ser objeto de regulación legal todos los contenidos de la vida social y política se han judicializado gran cantidad de conflictos, fenómeno al que se alude hoy con el término “judicialización de la sociedad”. El sistema judicial español se ha extendido en los últimos años, abarcando ámbitos y cuestiones que antes eran ajenas a la esfera judicial.

9. Tal incesante proceso de judicialización ha llegado hasta el ámbito político, donde se ha utilizado en alguna ocasión la expresión “*juridificación de la política*” para referirse a la creciente resolución judicial de las cuestiones políticas, denominada también *activismo judicial* o *gobierno de los jueces*.
10. El tratamiento judicial de asuntos de relevancia política ha propiciado la defensa de la figura de los “actos políticos de gobierno”, como vía para exigir la exención de control jurisdiccional de actos gubernamentales de naturaleza esencialmente política, cuyo único parámetro para enjuiciarlos debería ser el de su oportunidad o inoportunidad política. Lo que, en última instancia, significaría un deterioro en el proceso de “juridificación de la actividad gubernamental”. Igualmente, aunque con menor intensidad, también se ha criticado el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional, al que se le ha calificado de tercera cámara parlamentaria que hurta la soberanía al pueblo. En ambos casos se está ante opiniones minoritarias que coinciden en considerar la necesidad de limitar el control judicial sobre el Gobierno y el Parlamento, ya que, a su juicio, un control estricto interfiere en el normal funcionamiento del principio estructural de división de poderes.
11. Como reacción a la judicialización plena de la política, se ha procurado una velada *politización de lo judicial* con el fin de rescatar de manos de los jueces las cuestiones políticas que, a juicio de los políticos, no debería ser objeto de conocimiento judicial.
12. Es connatural al poder judicial la facultad de determinar cuál es el exacto contenido de la ley en cada supuesto concreto de aplicación de la misma. Tal facultad se ha reforzado como consecuencia de las insuficientes respuestas del derecho legislado a la complejidad creciente de las relaciones sociales. Con la expresión “judicialización del derecho” se hace referencia a ese creciente papel del juez en la creación del derecho, al ampliarse su margen de maniobra por el uso más asiduo de su prerrogativa para valorar la insuficiencia de la norma legal y, por tanto, para cubrir las lagunas detectadas.
13. Tal potenciación del derecho judicial obedece también a la elevada producción de leyes plagadas de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados y asistemáticas que requieren de una amplia labor interpretativa y de concreción por parte de los tribunales. Además en ocasiones las interpretaciones resultan muy

discutibles, porque fuerzan el tenor literal de los preceptos legales hasta el extremo de modificar su contenido. Proceder que resulta muy común en el seno del Tribunal Constitucional, dando origen a las denominadas sentencias interpretativas, amparadas en el principio de inspiración alemana denominado "*principio de interpretación conforme a la Constitución*".

14. Si la implantación del Estado Social conllevó un notable incremento de la producción normativa y, por tanto, del grado de juridificación; las políticas neoliberales practicadas en España están favoreciendo el fenómeno inverso, esto es, la desregulación de la economía y el mercado laboral. Lo que no supone el proceso inverso, esto es, que la intervención judicial se reduzca. Por el contrario, actualmente en España la esfera judicial se encuentra desbordada por causas judiciales en constante aumento. Ahora bien los jueces y magistrados cuentan con mayores márgenes de discrecionalidad para resolver, justificados en la incipiente inhibición normativa del Estado.

VII. ENGLISH SUMMARY: THE RULE OF LAW IN SPAIN⁸¹ (JURIDIFICATION / JUDICIALIZATION)

This essay exposes the meaning of the terms "juridification" / "judicialization" in the Spanish Law, starting from the premise that both concepts are closely interrelated, because the juridification of society and of power has acted as way to facilitate its judicialization.

In the interests of achieving better understanding of the processes of juridification and of judicialization unfolded in Spain starting from the approval of the Spanish Constitution of 1978, in the first place it is analyzed which the situation during the Franco's dictatorship was. In the following section, it has been summed up how the installation of the constitutional democracy has led to an intense process of juridification of social and politics life. Subsequently, in the fourth section, the factors that have given rise to a growing judicialization of law and society are explained. Lastly it refers to the influence of the socio-economic system on these processes.

⁸¹ The term "Estado de Derecho", Spanish translation of the German concept *Rechtsstaat*, can be translated by the English expression "rule of law", with proper cautions, since they are not completely equivalent terms. Rule of law comes to mean that law should reigns and those that govern the political community should act according to it; that the law is applied equally all, to leaders as to citizens, this is, "to government of laws and not of men". It is, consequently, a manifestation of the widest concept "Estado de Derecho". Other possible translations of "rule of law" are "empire of law" or "sovereignty of law", which indicate the supremacy of law". Using the word "derecho" in the Spanish translation, instead of "ley", seeks to overcome the legalistic conception of the law, this is, the view that identifies "law" with the parliamentary legislation.

There are the following conclusions to be drawn from the prepared study:

1. The concepts "juridization" and "juridification" are synonyms in Spain, however, the first one is not used often in the Castilian language, while the second one is used with relative frequency. Both concepts mean that a certain question acquires the legal character, because it is object of regulation by means of juridical norms, excluding the jurisprudence, because phenomenon of judicial creation of law is designated the term of judicialization (cfr. N° 11 and 12).
2. The "juridification" of a matter is usually previous condition for its "judicialization", in the sense that its normative regulation provides such a matter of interest for legal world, facilitating the decisions on the same ones for the judicial organs, who besides have acquired a growing importance in the creation of Law in the last years (cfr. N°. 11). Nevertheless, the juridificación doesn't always precedes to the judicialization, because it is every time less unusual the tribunals innovate juridical system with new rules settled down in its sentences, although they must allege some constitutional or general principle in order to base their decisions on.
3. The installation of "Social and Democratic State" in Spain has entailed not only the full juridification of the exercise of power, but also the growing juridification of society. The installation of Constitutional State in Spain after the Constitution of 1978, as system of limits and entailments imposed to the democracy in guarantee of fundamental rights, has entailed not only the full juridification of the exercise of the power, but also the growing juridification of society. Besides the adoption of the Spanish Constitution of 1978 had some extraordinary effects in the Spanish judicial system, having repercussion very swift and deep on the judge's position in the juridical and political context of Spain. Judges and tribunals, once adopted the Constitution, have achieved an unusual political dimension, especially the Constitutional Court.
4. There was an intent of replacing the absence of an authentic democratic Constitution for the supposed character of rule of law during the francoist regime, what was carried out with the jurisdiction contentious-administrative Law, of 27th December of 1956, and other complementary Laws. Theses laws pretended the subjection from the Administration to Law, using *Administrative Law* in order to ideological camouflage sought by the hegemonic social forces in the system.

5. The process of constitutionalization has reinforced the process of juridification, because the Constitution, in its condition of supreme juridical norm, has penetrated the whole normative system, what has been facilitated by the jurisprudence of the *Constitutional Court*, which has had a marked influence on the whole Spanish legal system and in its judicial application.
6. The growing juridification of political power, that excludes the existence of areas immune to jurisdictional control, has been valued generally in a positive way, because it assures a better subjection of leaders to rules and a more complete protection of the rights of citizens. It is so avoided the chance to appealing to the "reason of state" to justify unconstitutional or illegal actions.
7. On the other hand, the "juridification of society" comes to mean that a great number of fields of daily life are regulated by law, what has generated a significant growth of litigations and matters that finish going to courts.
8. Being object of legal regulation all the contents of social and politics life, great quantity of conflicts have been known by courts, phenomenon called nowadays with the term "judicialization of society". The Spanish judicial system has been extended in the last years, covering matters and questions which were before unaware of the judicial sphere.
9. Such an incessant process of judicialization has arrived until political sphere, where it has been used in some occasion the expression "juridification of policy" to refer to the growing judicial resolution of the political questions, also denominated *judicial activism* or *govern of judges*.
10. The judicial treatment of matters of political relevance has given rise to the defence of the figure of "government's political acts", as channel to demand the exemption of the jurisdictional control of governmental acts with a essentially political nature, whose only parameter to prosecute them should be its political opportunity or inopportuneness. That, ultimately, would mean a setback in the process of "juridification of governmental activity". Likewise, although with smaller intensity, the control of constitutionality exercised by the Constitutional Court has also been criticized, having been described as a third parliamentary House which appropriate the popular sovereignty. They are minority opinions which are in agreement on limiting the judicial control on the Government and the Parliament, because, accord-

ing to them, a strict control interferes in the normal running of the separation of powers.

11. As reaction to politics's full judicialization, has been offered a veiled politization of the judicial sphere in order to rescue of the judges's hands the political questions which, according to politicians, should not be object of judicial knowledge.
12. The ability to determine the exact content of law in each concrete case of application is innate to judiciary. Such an ability has been reinforced as consequence of the insufficient answers of legislated law to the growing complexity of social relationships. The expression "judicialization of law" refers to judge's growing role in the creation of law. The degree of judicial autonomy is enlarged, since they have the power to value if a legal rule is insufficient and, therefore, to fill also the detected legal loophole.
13. Such an increase of judicial law can also put down to high production of norms riddled with general terms and indefinite and unsystematic juridical concepts that require a wide interpretive work for courts. Besides the interpretations are sometimes even debatable, because they force the literal tenor of the legal precepts, reaching the point that the sentences modify the content of the precepts. This practice is very common at the very heart of the Constitutional Court, giving rise to the interpretive sentences which are pronounced based on the principle of German inspiration called "principle of interpretation according to the Constitution".
14. If the establishment of Social State involved a remarkable increase of the normative production and, therefore, of the degree of juridification; the neoliberal policies practiced in Spain are helping the inverse phenomenon, that is to say, the deregulation of economy and labour market. What doesn't suppose the inverse process, this is, that the judicial intervention decreases. On the contrary, nowadays the judicial sphere is overflowed by judicial causes in constant increase in Spain, although judges and magistrates are given wider discretionary powers to decide that are justified in the incipient normative inhibition of the State.

