



*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*

Vol. 20 (2016), pp. 188-205

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2016.20.0.1921>

## EL RIESGO DE LA JUDICIALIZACIÓN EN ESPAÑA

JUAN CÁMARA RUIZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidade da Coruña*

*Fecha de recepción: 3.10.2016*

*Fecha de aceptación: 28.10.2016*

**Resumen:** Si el riesgo de judicialización puede predicarse de los tribunales en general, en el caso del Tribunal Constitucional puede alcanzar una relevancia y una repercusión mayor debido a la trascendencia de su jurisprudencia. El vigente régimen de admisibilidad del recurso de amparo ha provocado un cambio en la naturaleza del recurso, por haber asumido el TC ese nuevo papel que tanto le acerca a la labor propia del Legislador y le va alejando de los sujetos jurídicos perjudicados. Cada vez, es mayor el peligro de la extralimitación del Poder ejecutivo y la consiguiente instrumentalización de la Justicia, con tal de obtener resoluciones que avalen su labor ejecutiva.

**Palabras clave:** Judicialización; activismo judicial; Tribunal Constitucional; sentencias interpretativas; recurso de amparo; politización

**Abstract:** If the risk of judicialisation may be appreciated in relation to general courts, in the case of the Constitutional Court can achieve greater relevance and impact due to the significance of its jurisprudence and case law. The current system of admissibility of “amparo” appeals has caused a change in the nature of this constitutional action, having been assumed by the CC this new role that brings it closer to the task of the legislator, moving it away from the injured parties. The danger of overreaching of the executive branch and the subsequent instrumentalization of Justice in order to obtain judgments supporting its executive work are greater each time.

**Key words:** Judicialisation; judicial activism; Constitutional Court; interpretative judgments; “amparo” appeal; politicization

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN DE LA JUDICIALIZACIÓN. 1. El valor como fuente de derecho de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1. A. La extralimitación en las sentencias interpretativas. 1. B. La perversión del régimen de admisibilidad del recurso de amparo. III. EL LIMITADO ACTIVISMO JUDICIAL EN ESPAÑA. IV. LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y SU POSIBLE INSTRUMENTALIZACIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

En su momento CALAMANDREI, para expresar el concepto de jurisdicción, empleó la expresión: “la relatividad de la jurisdicción”. De modo similar, dicha expresión puede servir de punto partida y de contraste, de manera que también podría hablarse de “la relatividad de la judicialización y del activismo judicial”.

“Del concepto de jurisdicción -decía el autor italiano- no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgador, tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico”<sup>1</sup>. Aplicando dicha idea *mutatis mutandi* a la judicialización y al activismo judicial, podríamos concluir que la definición y las manifestaciones de estos fenómenos no sólo difieren de un país respecto de otro sino que, tratándose incluso de un mismo país, también varían según la época que tomemos de referencia<sup>2</sup>.

En nuestro caso, la concepción de activismo judicial se deriva del riesgo que supone en los Estados democráticos vaciar de contenido la función atribuida a los poderes legítimamente instituidos por la amenaza de dos peligros concretos que acechan la actuación de dichos poderes: La judicialización y el activismo judicial, de los que se ha afirmado que tratándose de dos fenómenos de la misma familia no tienen ni los mismos orígenes ni son generados por las mismas causas.

Concretamente, y respecto de la Judicialización, suele afirmarse que concurre cuando algunas cuestiones de larga tradición política o social vienen decidiéndose por los tribunales y no por las instancias políticas, esto es, por el Poder Legislativo y Ejecutivo, si bien se matiza que en estos casos, los Tribunales deciden porque una norma constitucional posibilita el ejercicio de acciones por los particulares y por las instituciones y, correlativamente, los jueces deben admitirlas y efectuar el correspondiente pronunciamiento<sup>3</sup>.

pp.<sup>1</sup> CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1962, t. I, pp. 114-115.

<sup>2</sup> En este sentido, el activismo judicial que se originó y sigue desarrollándose en Estados Unidos difiere en gran medida de su nacimiento y evolución en las democracias europeas. O por ejemplo, en determinados ámbitos, el activismo judicial se identifica con una ampliación de los poderes del juez y una mayor intervención de éste en la sustanciación del proceso civil (frente a la antigua idea de que el juez debía ser mero espectador del enfrentamiento entre los litigantes), y ha sido objeto de estudio, principalmente, por magistrados y procesalistas (v. gr., PEYRANO, J. W., “Sobre el activismo judicial” en *La Ley*, 2008-B-837).

<sup>3</sup> BARROSO, L. R., *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 3-4. Señala este autor, entre otras, como causas de la judicialización las siguientes: 1ª) la “redemocratización” de los

En segundo lugar, respecto del activismo judicial, los autores coinciden en la afirmación de que éste concurre cuando la actuación del poder judicial supone una cierta interferencia en el espacio de actuación de los otros dos poderes<sup>4</sup>.

## II. EVOLUCIÓN DE LA JUDICIALIZACIÓN

En 1959, el profesor BACHOF se preguntaba -respecto de la Constitución alemana de 1949- si había hecho bien la Ley Fundamental dejando tanto poder en manos de los jueces, refiriéndose a la creación de un Tribunal Constitucional como instancia de control de los otros dos poderes<sup>5</sup> (precisamente, en un momento en el que la actuación de dicho tribunal era incipiente, pues se había establecido en 1951 y eran muy pocas las sentencias que había dictado) (finalmente, concluía alabando las ventajas de dicho sistema), lo cual nos hace reflexionar en la relatividad de la cuestión que estamos tratando, pues en la actualidad no es ésta la cuestión a resolver (nadie discute que dicho planteamiento esté superado) sino el uso o el abuso que el Poder judicial pueda efectuar de las competencias que se le han atribuido. Precisamente, por dicha razón trataremos de analizar los problemas apuntados respecto de la realidad española en la actualidad.

Con carácter general, una descripción del grado de judicialización en la España de los años ochenta, en opinión de GUARNIERI y PEDERZOLI, era la siguiente: “El caso español muestra que, si es verdad que la experiencia autoritaria impulsa a la nueva clase política democrática a reforzar el papel de la magistratura –en un marco constitucional que trata de reforzar todo tipo de garantías- también es verdad que una evolución en sentido mayoritario del sistema político como la que ha conocido España en los años ochenta –con un gobierno que dispone de una fuerte mayoría parlamentaria- tiende a reducir el espacio asignado a la magistratura”<sup>6</sup>. Lo cual suponía un panorama muy distinto al momento que están viviendo algunas democracias latinoamericanas.

Por su parte, LÓPEZ AGUILAR también nos proporcionó otra perspectiva de la situación de judicialización, en lo que sería un periodo relativamente próximo al actual,

---

Estados a partir de la promulgación de Constituciones más recientes; 2ª) la incorporación en los textos constitucionales de toda una serie de materias que originariamente quedaban atribuidas al poder ejecutivo o eran objeto de regulación por la legislación ordinaria; 3ª) por la amplitud de determinados sistemas de control de la constitucionalidad. Con relación a la primera causa, FABIANO ENGELMANN apunta que la redemocratización política en países de América Latina (1986-2005) ha provocado un incremento en la utilización de la Corte Interamericana de Justicia (“Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas” en *Lua Nova*, nº 69).

<sup>4</sup> BARROSO, L. R., *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*, p. 6. Concreta este autor, entre otras, las siguientes manifestaciones: 1ª) la aplicación directa de la Constitución a situaciones no contempladas expresamente en su texto y de modo independiente a lo establecido por el legislador ordinario; 2ª) la declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales emanados del legislador, con base en criterios menos rígidos que exceden el de la patente y ostensible violación de la Constitución; 3ª) la imposición de conductas o abstenciones al Poder Público en materia de políticas públicas.

<sup>5</sup> BACHOF, O., *Jueces y Constitución*. Madrid, Civitas, 1987, p. 45.

<sup>6</sup> GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999, p. 159. Apuntan, estos autores, a determinados casos en que se recurre a la justicia para eludir la responsabilidad política. En cambio, en la actualidad para no asumir las correspondientes responsabilidades políticas se utiliza la excusa de que determinado caso está *sub iudice*, retrasando de este modo la asunción de responsabilidad política hasta que se pronuncien los tribunales.

al describir la realidad española de 1996 del siguiente modo: “La proyección normativa de una Constitución intensamente garantista, toda ella trufada de <garantías de refuerzo> frente a la arbitrariedad y frente a la desviación del poder y en especial contra el abuso de las Administraciones, no podía, en un contexto singular como el de la España que emerge de la prolongada experiencia de un régimen autoritario y de negación de derechos, sino abocar a una auténtica <explosión> de litigiosidad y de demandas de tutela judicial de los derechos apenas reconocidos. Varias concausas confluyen en esta <contraindicación> o <efecto no deseado> de tal inflación garantista. Entre ellos, sobresale la superposición a la <Justicia ordinaria> de la denominada <Justicia Constitucional>”<sup>7</sup>.

Todo ello evidencia que durante esa época la judicialización en España estaba representada por un exceso de litigiosidad -situación que como veremos se mantiene hasta nuestros días- y consideraba, dicho autor, que en aquella época las causas a las que se debía eran la ausencia de garantías, la desviación de poder y las arbitrariedades o abusos de las Administraciones públicas<sup>8</sup>. Cabe resaltar que en ningún momento alude, como causa de dicha judicialización, a la inactividad o inoperatividad del Poder ejecutivo o del legislativo.

Asimismo, GUARNIERI y PEDERZOLI, con referencia no sólo a España sino también a Italia, Francia, Portugal y Alemania, identifican el activismo judicial con el fortalecimiento del Poder Judicial, relacionándolo con un aumento de la independencia de éste y estableciendo la siguiente proporción directa: cuanto mayor sea la independencia del Poder judicial más intenso es el activismo judicial, esto es, más fuerte o poderoso es dicho poder<sup>9</sup>.

Además, también se han apuntado, con carácter general, otras causas propiciadoras de un aumento de la judicialización perfectamente aplicables al caso de España. Concretamente, las siguientes<sup>10</sup>: “las lagunas, que siguen habiendo a pesar del

<sup>7</sup> LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Madrid, Tecnos, 1996, pp. 233-234.

<sup>8</sup> LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Madrid, Tecnos, 1996, p. 240. Asimismo, no dejó de apuntar –dicho autor– otro aspecto de fondo y coadyuvante de dicha litigiosidad, señalando al respecto que, el abuso del derecho a la tutela judicial efectiva “uso desviado desviación o corruptela de una garantía a la que se sirve con recursos limitados. Pero que no nace, ni mucho menos, de ningún perverso incivismo por parte de ciudadanos que <sólo saben apreciar derechos sin obligaciones> o que tienden a comportarse como litigadores sin <percepción del límite>, sino de un estado general de cosas tristemente más complejo. Un estado de cosas en el que las responsabilidades –objetivas y subjetivas– están ciertamente extendidas entre los poderes públicos, la burocracia al servicio de la Administración de Justicia, la intrincadísima jungla procedimental española y la proliferación de especies profesionales expertas en maniobrerismo abogacil y en colapsamiento judicial”. Todo ello evidencia que el exceso de judicialización no sólo supone una respuesta a posibles violaciones de derechos sino también a un mal uso que los profesionales del derecho pueden realizar de los mecanismos y medios que el Estado pone al servicio de los ciudadanos.

<sup>9</sup> GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999, p. 26. Además, afirman que en la Europa continental el poder político tiende “a concentrarse en manos del ejecutivo o del legislativo. Este es el motivo por el que, cuando se desarrollan las condiciones favorables, el poder de la magistratura llega a ser aquí aún más fuerte”, y señalan tres conjuntos de elementos que influyen en el fortalecimiento del poder judicial: “los jueces, y por tanto su reclutamiento y status; el sistema judicial en el que actúan, y en particular su estructura, las modalidades de acceso y los poderes demandados al juez; por último, las características del sistema político”.

<sup>10</sup> GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999, págs. 19-21.

mayor número de leyes”; “las contradicciones existentes entre normas dictadas en periodos distintos y bajo distintos enfoques políticos”; leyes que no sólo disciplinan comportamientos sino que también adelantan y guían el desarrollo social y económico; el recurso del Legislador a la inserción de cláusulas generales en las leyes que implican una delegación de poder en el juez; el cambio de la estructura del proceso con el aumento del número de destinatarios de la decisión como es el caso de acciones colectivas (por ejemplo, en materia de defensa de consumidores o en materia de medio ambiente).

Finalmente, no debe obviarse una manifestación típica de activismo judicial propia de dicho fenómeno en Norteamérica y, que ahora en un mundo globalizado ya es internacional, consistente en que los individuos o grupos utilizan el proceso como instrumento para formular demandas políticas pues perciben al poder judicial como canal de articulación de dichas demandas (con este fin tratan de detectar e identificar al juez más proclive y que pueda jugar un papel más decisivo frente a aquellos jueces que se limitan a la aplicación estricta de la ley).

Todo este panorama descrito de judicialización, que pudiera predicarse de los tribunales en general, puede alcanzar una relevancia y una repercusión mayor en la actuación del Tribunal Constitucional debido a la trascendencia de su jurisprudencia.

## **1. El valor como fuente de derecho de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Con carácter previo, debemos recordar algunas ideas de carácter general sobre las resoluciones de los jueces y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Coinciden los autores (KELSEN, CALAMANDREI, BACHOF, DIEZ-PICAZO L. M., ORTELLS RAMOS) que las decisiones de los jueces no son puramente declarativas ni se agotan con el mero enunciado de la voluntad del Legislador, sino que éstos al interpretar y aplicar las leyes concurren a crear el derecho; esto es, la función del juez no se concibe como un automatismo ejecutivo<sup>11</sup>.

Desde otro enfoque, también se ha afirmado que, “la creatividad del juez –y el carácter político de su papel- deriva de un proceso de delegación, explícita o implícita, por parte de los que representan a la comunidad política. El juez rellena con sus evaluaciones los espacios dejados libres por el legislador –por ejemplo, con cláusulas generales- o puede entrar en campos nuevos, aún no regulados por la ley, pero sólo hasta que las instituciones político-representativas no decidan intervenir. Según esta concepción, el juez actúa sobre la base de normas que tienen el consenso, más o menos explícito, de las instituciones que representan a la comunidad política: por eso, su

---

<sup>11</sup> De manera que, “la ley o, más ampliamente, el conjunto de normas y principios jurídicos a los que el juez está sujeto, no se le imponen como un mandato concretamente determinante de la sentencia a dictar sobre el caso justiciable, sino que esta última labor supone un juicio personal del juez, no sólo en cuanto a la determinación de la realidad de los hechos, sino también en cuanto a la concreción de la norma para el caso particular. La ley, o la norma genéricamente, se le ofrece al juez como una regla general y abstracta, de manera que su aplicación concreta al caso justiciable requiere del juez una serie de razonamientos y juicios de valor en los cuales, con intensidad variable según los casos, siempre está presente la aportación personal del propio juez” <AA.VV. (ORTELLS RAMOS, M.) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción*. Madrid, Edisofer, 2006, p. 41).

creatividad no entra en contradicción con el principio democrático, dado que su intervención en el proceso político se produce de modo que no se coloca en oposición a las instituciones representativas”<sup>12</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia, con carácter general, carece de todo valor jurídico *per se* y no se permite una impugnación directa de cierta jurisprudencia como inconstitucional sino que podría ser modificada por la inconstitucionalidad de la ley por ella interpretada.

Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha señalado (DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, DE LA OLIVA SANTOS) que en la CE y en la LOTC no se reconoce a la jurisprudencia un valor de producción de normas sino la función de interpretar y aplicarlas. Sin embargo, ORTELLS RAMOS apunta que hay preceptos, como el art. 5.1 LOPJ (en cuanto que no sólo incluye las sentencias sobre inconstitucionalidad) que reconocen expresamente el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>13</sup>.

Por su parte DIEZ-PICAZO, ante dicha cuestión (la jurisprudencia del TC como fuente de derecho) y a partir de la realidad de que los Magistrados que integran el Tribunal Constitucional no son de carrera, afirma que la posición de éste es “radicalmente distinta, comenzando por el hecho de su no pertenencia al Poder Judicial. Este es el motivo, por cierto, de que la jurisprudencia constitucional sí pueda ser calificada, sin temor, de fuente del Derecho (art. 5.1 LOPJ)”<sup>14</sup>.

También desde otro enfoque se ha afirmado que en los países caracterizados por el control judicial de la constitucionalidad, la tarea principal de los jueces es la de defender los derechos de los individuos y de las minorías de los posibles abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que los controlan, quedando en estos casos reducidos los márgenes de creatividad con los que el juez debe desempeñar su papel, en el sentido de que “el juez se debe limitar a <aplicar> las normas de la Constitución y sólo sobre esa base eventualmente colocarse en oposición a las otras instituciones políticas”<sup>15</sup>.

Sentadas estas premisas, procede comprobar no sólo en el Ordenamiento jurídico español sino también entre los postulados establecidos por el propio Tribunal Constitucional, cuál es el valor de la jurisprudencia elaborada por él. A este respecto,

<sup>12</sup> GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999, p. 69.

<sup>13</sup> AA.VV. (ORTELLS RAMOS, M.) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción*. Madrid, Edisofer, 2006, p. 433. Por su parte, DIAZ REVORIO, en cuanto a si la vinculación debe aplicarse respecto del fallo o de los fundamentos de derecho, señala, con base en el art. 5.1 LOPJ, que no sólo el fallo sino que “la interpretación constitucional de la ley contenida en los fundamentos jurídicos de una sentencia recaída en un proceso de inconstitucionalidad o en cualquier otro proceso constitucional vinculará a todos los Jueces y Tribunales. Y, a mi juicio, la vinculación de los restantes poderes públicos (dejando ahora de lado, por su especial posición, el caso del propio legislador), y la de todos los ciudadanos, deriva en definitiva de esa vinculación por parte de los órganos del Poder Judicial, que son quienes en último término decidirán sobre la correcta interpretación y aplicación de la ley” (“Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, nº 2, parte Estudio).

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*. Madrid, Civitas, 1991, pp. 128-130.

<sup>15</sup> GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999, pp. 69-70.

en la propia LOTC se establece que el TC es el intérprete supremo de la Constitución y que sólo está sometido a la Constitución y a dicha Ley Orgánica (art. 1).

El propio TC ha llegado a denominarse “guardián de la Constitución”, siendo su función garantizar la primacía de la Constitución y asegurar el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa, depurando y anulando las normas impugnadas que se aparten de dicho sistema (SSTC 155/1993, de 6 de mayo; 182/1997, de 28 de octubre; 137/2003, de 3 de julio y 108/2004, de 30 de junio)<sup>16</sup>.

Asimismo, suele calificársele de Legislador negativo, prevaleciendo su interpretación sobre lo dispuesto por el Poder Legislativo, de manera que nadie más que el TC puede declarar la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes y demás disposiciones con fuerza o rango de ley, y de ese modo, expulsarlas del ordenamiento jurídico por incompatibilidad con la Constitución; si bien, sólo al término de un proceso mediante una decisión que razone esa contradicción (ATC 58/2006, de 15 de febrero). Además, le corresponde custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél (STC 76/1983, de 5 de agosto).

Por lo tanto, éste sería, formalmente, el restringido marco de actuación del TC, que únicamente posibilitaría -en el caso de celo excesivo- un exceso de judicialización pero difícilmente casos de activismo judicial.

Pero además, el propio TC ha llegado a afirmar en ciertos casos, por una parte que, emitir determinados juicios que impliquen la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y por ende, la creación de una norma nueva, supondría “la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde” (STC 96/1996, de 30 de mayo)<sup>17</sup>.

Asimismo, ha puntualizado que como Tribunal no es en modo alguno, “Juez de la corrección técnica, oportunidad o utilidad de las Leyes” (STC 341/1993, de 18 de noviembre)<sup>18</sup>, o lo que es lo mismo, sus juicios de constitucionalidad no lo son de técnica, calidad o perfectibilidad legislativas (162/1996, de 17 de octubre).

En cuanto al valor de la doctrina constitucional, el TC ha señalado que la doctrina constitucional tiene el valor de cosa juzgada, por lo que todos los poderes públicos están obligados a dar cumplimiento a lo que el Tribunal Constitucional resuelva (STC 230/2003, de 18 de diciembre). Asimismo, ha afirmado que los efectos vinculantes y generales se despliegan tanto por los pronunciamientos contenidos en el fallo como en la doctrina jurisprudencial en que se basan los mismos y se extienden a los procesos constitucionales en los que se reproduce la misma controversia (ATC 14/1991, de 15 de enero). Dichos efectos surten desde la fecha de la publicación de las

<sup>16</sup> ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “El sistema de fuentes del Derecho: De la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea” en *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2007, nº 20, parte Estudios.

<sup>17</sup> En este pronunciamiento el TC alude como antecedente a la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

<sup>18</sup> En esta sentencia se cita expresamente la STC 109/1987, FJ 3.c, en la que se recoge que “el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa”.

sentencias en el Boletín Oficial del Estado, las cuales tiene plena eficacia frente a todos (*erga omnes*) y vinculan a los poderes públicos.

Siguiendo el brocardo *stare decisis*, el Tribunal Constitucional se atiene a sus precedentes, ahora bien, el art. 13 LOTC permite al Pleno apartarse, si fuera necesario, de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal y, con palabras del mismo, ha señalado que dicho artículo “permite la elevación de un caso por una Sala al Pleno, cuando aquélla entienda que debe separarse de la doctrina sentada en un precedente, lo que permite, por decirlo con los términos empleados por el recurrente en sus extensas y cuidadas alegaciones, la corrección de errores, o, dicho de modo menos enfático, el cambio de criterios en todo caso razonado” (ATC 785/1985, de 13 de noviembre)<sup>19</sup>.

A partir de la descripción general efectuada, en la que hemos reflejado algunas claves de la función y cometido del TC, puede educirse que el margen de actuación del TC -en cuanto a la posibilidad de incurrir en un exceso de judicialización o activismo judicial- por lo menos formalmente, es muy limitado ya que queda reducido a interpretar y garantizar la Constitución. No obstante, abordaremos, en los epígrafes siguientes, la actuación del TC en dos ámbitos en los que el riesgo de judicialización o de activismo judicial se acentúa por ser muy próximos al ámbito de actuación del Poder Legislativo.

### **1. A. La extralimitación en las sentencias interpretativas**

Entre las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional están las denominadas “interpretativas” que son aquéllas que rechazan la inconstitucionalidad de una norma, pero consideran que el precepto hay que interpretarlo en un determinado sentido y no en otro. El propio Tribunal Constitucional las define como aquéllas que “rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados” (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6)<sup>20</sup>.

Sobre dicha cuestión, DIAZ REVORIO, después de puntualizar que la crítica a la utilización de las sentencias interpretativas no tiene un alcance general sino que dicha

<sup>19</sup> ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “El sistema de fuentes del Derecho: De la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea” en *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2007, nº 20, parte Estudios.

<sup>20</sup> Por su parte, DIAZ REVORIO, considera preferible “una definición más amplia de las sentencias interpretativas, que serían aquellas cuyo fallo, dejando inalterado el texto de una disposición legal, afirma explícita o implícitamente que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto legal, es contrario a la Constitución” y afirma que, en principio, “las sentencias interpretativas así entendidas se producirían sólo en los procedimientos de inconstitucionalidad (recurso y cuestión); y añade que, este tipo de sentencias interpretativas todas son, desde un punto de vista material, parcialmente estimatorias de la inconstitucionalidad pues parte del contenido normativo es inconstitucional (al afirmar dicha inconstitucionalidad proceden a reducir, ampliar o sustituir su contenido normativo, convirtiéndose en sentencias materialmente reductoras, aditivas o sustitutivas) (“Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, nº 2, parte Estudio).

técnica se considera excesiva o incorrecta en el caso concreto, afirma que “la fundamentación del Tribunal ha señalado en ocasiones los límites de la técnica de las sentencias interpretativas, mediante la cual el Tribunal puede «establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución», pero no le está permitido «tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en el texto, para concluir que ésta es la norma constitucional», de manera que no cabe mediante una sentencia interpretativa «ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos»<sup>21</sup>.

Todas estas consideraciones evidencian la sensibilidad que el propio TC posee respecto de la posible extralimitación en su papel de intérprete y guardián de la Constitución. Cuestión distinta es si a pesar de dicha proclamación de buenas intenciones el TC se extralimita en su cometido invadiendo, por esta vía, el ámbito competencial del Poder legislativo mediante la técnica de la reconstrucción de normas o de modificación de normas mediante su reducción o ampliación. No obstante, hasta el año 2000, las sentencias interpretativas contrastadas en las que se ha criticado la utilización inadecuada de esta técnica en el caso concreto no son excesivas<sup>22</sup>.

### **1. B. La perversión del régimen de admisibilidad del recurso de amparo**

Comentábamos *ut supra* que la situación de litigiosidad se ha mantenido hasta nuestros días y, concretamente, respecto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el propio Legislador -en la última reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por LO 6/2007, de 24 de mayo, en la Exposición de Motivos de ésta- reflejaba en una serie de párrafos la situación preexistente causante de dicha reforma, señalando al respecto lo siguiente:

“II. La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal.

Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal,

<sup>21</sup> DÍAZ REVORIO, F. J., “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas” en *Repertorio* cit., parte Estudio. Así por ejemplo, CONDE MARTÍN DE HIJAS en su voto particular a la STC 176/1999 de 30 septiembre, afirmaba que, “una cosa es que, siendo varias las interpretaciones posibles de un precepto en sí mismo considerado, y en cuanto objeto inmediato de análisis, unas adecuadas a la Constitución, y otras no, la selección por vía interpretativa del sentido conforme, unida al principio de conservación de las normas, permita eludir una declaración de inconstitucionalidad, que es, en mi criterio, a lo que debe limitarse tal técnica interpretativa, y otra, que se altere el sentido normativo del precepto, haciéndole decir lo que en rigor no dice, y alterando de partida el objeto de análisis hermenéutico, para pasar a continuación a contrastar con la Constitución ese precepto, previamente rectificado en su sentido”.

<sup>22</sup> DÍAZ REVORIO señala las siguientes: SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, 26/1987, de 27 de febrero, 116/1987, de 7 de julio, 92/1992, de 11 de junio, 222/1992, de 11 de diciembre, 110/1993, de 25 de marzo, 50/1999, de 6 de abril, 233/1999, de 16 de diciembre (“Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas” en *Repertorio* cit., parte Estudio).

cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta Ley Orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional”. (...).

“El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales”<sup>23</sup>.

Además, en dicha Exposición de Motivos, el Legislador nos recuerda, entre otros aspectos, que el Alto Tribunal desde su creación “ha cumplido con una tarea especialmente relevante, como centro de equilibrio del sistema de poderes separados, territorial y funcionalmente, que la Constitución articula” y respecto de sus funciones, que “la protección de la supremacía constitucional, y la consiguiente depuración del ordenamiento de las normas contrarias a los mandatos constitucionales, se complementan con la protección de derechos fundamentales, así como la resolución de conflictos territoriales”.

Ante esta descripción del TC, efectuada por el Legislador, podría formularse la siguiente objeción: Cabe la posibilidad de que la tarea y la actuación, formalmente, se corresponda con lo descrito, pero tal vez, en el día a día su actuación no se corresponda o sea diferente a lo expuesto. Dicho lo cual, de lo que no cabe duda es de la rotundidad de la afirmación: ha actuado “como centro de equilibrio del sistema de poderes separados”, *contrario sensu*, deberá concluirse que no se le puede achacar un exceso de judicialización o activismo judicial.

Ahora bien, dicha descripción podría cambiar, entre otras razones, precisamente, por las consecuencias de dicha reforma. Al respecto, varios autores ya se pronunciaron y denunciaron la perversión desnaturalizadora del recurso de amparo propiciada por dicha Ley.

Principalmente, se apunta como causa de dicha perversión el nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y que según esta corriente doctrinal, provocará un cambio sustancial en la naturaleza de dicho recurso<sup>24</sup>.

Concretamente, el profesor DE LA OLIVA SANTOS criticó esta reforma legislativa y describió el cambio sustancial de función del recurso de amparo con las siguientes palabras:

<sup>23</sup> El total de recursos de amparo que se promovieron en 2002 fueron 7.285; en 2003 fueron 7.721; en 2004 fueron 7.951; en 2005 fueron 9.476; en 2006 fueron 11.471 más un retraso pendiente del 2005 de un 40% (Fuente: Memorias del Tribunal Constitucional en su versión *on line* de su página web).

<sup>24</sup> Así por ejemplo, SALAS DARROCHA señala que, “con la reforma operada por la LO 6/07 queda invertido el juicio de admisibilidad. Así, se pasa de la mera comprobación de la inexistencia de causas de inadmisión del recurso intentado -vigente hasta la reforma- a la necesidad de una especial trascendencia constitucional en el recurso formulado, que además - Art. 49.1 LOTC-, deberá ser razonada por la dirección Letrada del recurrente” (“El requisito de una especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo, art. 50.1.b LOTC” en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 10/2008 parte Artículo).

“Lo que ocurre primariamente con el recurso de amparo ante el TC, tras la LO 6/2007, es que el texto de esta LO le atribuye al recurso una «trascendencia constitucional» (una pretendida «función constitucional», más bien) distinta de la que tenía antes y de la que se desprende del art. 53.2 CE. El recurso deja de tener la finalidad de amparar a sujetos jurídicos perjudicados por la violación de libertades y derechos fundamentales y se sustituye esa finalidad por la de declarar el sentido que el TC quiere atribuir a ciertos preceptos de la Norma Fundamental.

Los dos concretos textos transcritos y ya aludidos repetidamente (arts. 49 y 50.1, letra b LOTC) están confiriendo al recurso de amparo una nueva esencia, la de ser instrumento de interpretación autorizada (la del TC) de la CE y, más concretamente, de sus artículos 14 a 30, aunque sin descartar otros preceptos que apareciesen relacionados con éstos. Así -y por decirlo en términos o conceptos familiares para los procesalistas-, lo que inicialmente (desde 1978) miraba clara y directamente al *ius litigatoris*, a la satisfacción del recurrente si su pretensión fuese fundada y no hubiese sido antes satisfecha, pasa a estar inequívocamente enderezado al cumplimiento de una suerte de función predominantemente declarativo-doctrinal y nomofiláctica, que, si acaso, permitirá indirecta y ocasionalmente, cuando la demanda de amparo se estime, declarar y reparar la violación de libertades y derechos fundamentales”<sup>25</sup>.

Las predicciones y vaticinios de este profesor no tardaron en confirmarse, pues en la sentencia del TC, la 155/2009, de 25 de junio, que ya fue tipificada como “una nueva categoría de sentencia-normativa”<sup>26</sup>, dicho Tribunal con ocasión de un recurso de amparo (en el que se invocaba falta de correlación entre la acusación y la pena impuesta) señaló que para la admisión del recurso no era suficiente la mera lesión de un derecho fundamental sino que además era indispensable la “especial trascendencia constitucional del recurso”, atendiendo a los tres criterios que en el precepto se enuncian. Hasta aquí, podríamos calificar de “comedida” la decisión. Pero la extralimitación, entendemos que se produce cuando después de referir que “dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo” (habían transcurrido dos años) es conveniente “avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC” y, asumiendo lo que entendemos que es función y competencia del Legislador, establece la siguiente regulación:

“cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal

<sup>25</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., “La perversión jurídica del amparo constitucional en España” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 751/2008, parte Comentario. Al respecto PULIDO QUECEDO señala que “con la nueva regulación del trámite de admisión del recurso de amparo, la doctrina especializada ha hablado de la objetivación del recurso de amparo al modo del writ o auto de certiorari americano y algunas voces han empezado a hablar entre nosotros que el recurso de amparo se ha convertido en una subespecie de recurso en interés de ley, en el que junto al aspecto subjetivo de la queja adquiere tanta importancia o más su dimensión objetiva (“El requisito de <la especial trascendencia constitucional> en el recurso de amparo” en *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 6/2009 parte Tribuna).

<sup>26</sup> PULIDO QUECEDO, M., “El requisito de <la especial trascendencia constitucional> en el recurso de amparo” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2009 parte Tribuna.

entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido. Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios” (FJ 2º).

Al respecto, SALAS DARROCHA, refiriéndose a las reformas introducidas por esta ley, y sobre todo, al trámite de admisión del recurso de amparo, formula la siguiente consideración: “puede afirmarse con respecto a las mismas la existencia de un reforma constitucional encubierta”. Asimismo, opina este autor que, “desde la LO 6/07, el Tribunal Constitucional y el recurso de amparo, dejan de ser la última instancia procesal posible en materia de derechos fundamentales, aproximándose al modelo imperante en algunos estados -especialmente, al sistema norteamericano- en los que el Tribunal competente elige libremente los asuntos que con relevancia constitucional entiende que merecen su atención de entre los que plantean los particulares. En resumen, el amparo pasa a ser desde la Reforma ya no un medio de defensa de los particulares sino un medio para la construcción y definición jurisprudencial de los derechos fundamentales, por lo que es altamente probable que en el futuro, el Tribunal no admitirá a trámite asuntos respecto de los que habiéndose pronunciado en

profundidad no considere necesario cambiar su doctrina, sea cual sea la suerte del recurrente”<sup>27</sup>.

En nuestra opinión podemos concluir que una reforma que pretendía rebajar el volumen de recursos de amparo que llegaban al TC ha provocado otro resultado, esto es, un cambio en la propia naturaleza del propio recurso y, con el paso del tiempo, tal vez también en la función del propio Tribunal, precisamente, por haber asumido ese nuevo papel que tanto le acerca a la labor propia del Legislador y le va alejando de los sujetos jurídicos perjudicados por la violación de libertades y derechos fundamentales. Hasta hace poco los amparos, principalmente, representaban una tutela ante lesiones de derechos fundamentales, ahora estos recursos tienen otra finalidad que les hace moverse en una zona expuesta a otro peligro no tan objetivo y aséptico como el apuntado sino más subjetivo como es el del activismo judicial.

### III. EL LIMITADO ACTIVISMO JUDICIAL EN ESPAÑA

Con relación al activismo judicial no sólo dábamos una definición del mismo sino que apuntábamos una serie de manifestaciones. Así por ejemplo, en el caso de Brasil (si bien podría hacerse extensible a otros países latinoamericanos) se ha resaltado un contexto propiciador del mismo, concretamente, la crisis de legitimidad por la que atraviesan los actores centrales del proceso democrático, los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual ha provocado que el Poder Judicial llene el vacío dejado por éstos<sup>28</sup>.

También se ha apuntado como una causa propiciadora del activismo judicial la decadencia del constitucionalismo liberal, la participación de la sociedad en el proceso político y la mayor apertura de los tribunales al ciudadano respecto de la dispensada por las demás instituciones políticas<sup>29</sup>.

De un análisis de la concepción expuesta de activismo judicial, así como de sus causas y manifestaciones, consideramos que dicho activismo no aparece reflejado de manera evidente en el contexto español. En este sentido, y precisamente por la naturaleza constitucionalmente legalista del ordenamiento jurídico español, se han formulado argumentos en contra de la posibilidad de que los Jueces asuman un cierto activismo. Al respecto, DIEZ-PICAZO considera, por una parte, que en un Estado democrático no caben poderes sin legitimación democrática y la única que puede ostentar el Juez-funcionario es la del escrupuloso respeto a la ley. Y por otra, que un ordenamiento que se basa en la inadmisibilidad política de la creación judicial del Derecho y, por consiguiente, en la autonomía interpretativa de cada órgano judicial es, por fuerza, un ordenamiento en el que los *standards* de lo hermenéuticamente lícito deben ser más rigurosos que en un ordenamiento basado en el *judge-made law*, so pena

<sup>27</sup> SALÀS DARROCHA, J. T., “El requisito de una especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo (art. 50.1.b LOTC)” en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 10/2008 parte Artículo. Si bien dicho autor recoge en su artículo que dicha cuestión “no ha sido mencionada ni planteada en el recurso interpuesto y resuelto confirmando la constitucionalidad de la propia Ley Orgánica 6/2007”.

<sup>28</sup> TOURINHO LEAL, S., “Ativista ou altivo? o outro lado do Supremo Tribunal Federal” en *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*.

<sup>29</sup> CITTADINO, G., “Poder Judiciário, ativismo e democracia” en *ALCEU*, 2004, v. 5, nº 9, p. 106.

de consagrar el reino de la arbitrariedad y falsear una democracia fundada en la legalidad (art. 9.3 CE)<sup>30</sup>.

En España, el propio TC, manifestando una especial sensibilidad con relación al riesgo de activismo judicial, ha formulado, entre otras, las siguientes manifestaciones:

1ª) Únicamente actúa sometido a la Constitución (su autoridad es sólo la autoridad en la Constitución), pero sus decisiones tienen un valor y un efecto superior a la ley, como juez de la misma.

2ª) Institucionalmente no le corresponde asumir la función de Legislador Positivo emitiendo, por ejemplo, determinados juicios que impliquen la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva (STC 96/1996, de 30 de mayo).

3ª) No le corresponde al TC formular un “juicio político o de oportunidad respecto a la acción desarrollada por el legislador. Como se ha dicho desde la STC 11/1981, fundamento jurídico 7º, la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan diferentes opciones políticas y, por ello, «en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos»” (STC 197/1996, de 28 de noviembre).

4ª) El TC no debe “adentrarse en valoraciones y apreciaciones que, por ser mera oportunidad, acampan ineludiblemente fuera de ese estricto juicio de inconstitucionalidad” (STC 155/1993, de 6 de mayo).

5ª) Partiendo de la necesidad de interpretar la ley de conformidad con la Constitución el Tribunal ha afirmado “que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución” (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13)<sup>31</sup>.

Otra muestra de la sensibilidad que existe en el seno del TC sobre el riesgo de activismo judicial puede comprobarse en algunos de los votos particulares formulados por Magistrados de dicho Tribunal, en sentencias de inconstitucionalidad, en los que no dudan en denunciar dicha desviación. Así, por ejemplo, se ha afirmado:

1º) “La posibilidad de dictar un fallo interpretativo está limitada por las pautas de interpretación que rigen en una determinada comunidad jurídica. Entre esas reglas o criterios tradicionales de interpretación figura, sin duda, como límite infranqueable de toda actividad interpretativa, el deber de respetar el tenor literal de los preceptos, de

<sup>30</sup> DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*. Madrid, Civitas, 1991, pp. 128-130. En la misma línea se ha manifestado ORDÓÑEZ SOLIS, D., *Jueces, Derecho y Política*. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 84-85. Asimismo, manifiesta DIEZ-PICAZO que, “cuando un Juez consciente y voluntariamente deja de aplicar –o la aplica mediante una interpretación manifiestamente absurda- una genuina fuente del Derecho válidamente producida, no sólo su resolución será revocable en vía de recurso, sino que su conducta misma será antijurídica (art. 1.7 CC) e, incluso, constitutiva de delito (art. 377 CP) (pp. 128-130).

<sup>31</sup> Se reitera esta afirmación en SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ. 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ. 18 y 202/2003 de 17 noviembre, FJ 6.

modo que no cabe deducir de un enunciado legal ninguna norma contraria al posible sentido lingüístico del precepto o, más claramente, «al sentido propio de sus palabras» (art. 3.1 CC). Así lo ha declarado este Tribunal en numerosas resoluciones al afirmar que esa actividad interpretativa no puede «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» [SSTC 22/1985, 222/1992 y 341/1993, ni «reconstruir una norma que no está debidamente explicitada en el texto» (STC 11/1981)]<sup>32</sup>.

2º) “La encomiable voluntad de hacer justicia sólo puede actuarse dentro de los límites inmanentes del razonamiento jurídico, cuya transgresión abre el camino al activismo judicial y trastorna el delicado equilibrio de los poderes del Estado”<sup>33</sup>.

3º) “El otorgamiento del amparo no incurre en activismo judicial, sino que supone ejercicio adecuado de la jurisdicción constitucional” pues el TC puede revisar la interpretación que los Jueces y Tribunales atribuyan al alcance y efectos de sus Sentencias<sup>34</sup>.

Puede concluirse por tanto que, al menos formalmente, el fenómeno del activismo judicial no se está instalando en la actuación de los tribunales españoles. Prueba indirecta de ello, tal y como acabamos de comprobar, son los escasos votos particulares de magistrados del TC que denuncien dicho abuso. Cuestión distinta es que, en el día a día, se constaten casos concretos de activismo judicial tanto en sentencias del TC o de otros tribunales ordinarios pero no llegan a constituir, al menos de momento, una práctica habitual.

#### **IV. EL RIESGO DE LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y SU POSIBLE INSTRUMENTALIZACIÓN**

Bajo la rúbrica de la “politización de la justicia” se han tratado cuestiones muy diversas que si bien tienen como denominador común o protagonista a los jueces, su proyección es muy variada. Entre otras, se han apuntado las siguientes significaciones:

1ª) Que en las decisiones sobre actos políticos triunfa necesariamente la vinculación política del que juzga. Ante este riesgo se alude a que el juez profesional estaría por encima de dicha influencia.

2ª) A partir de que en determinados casos la distinción entre cuestiones políticas y jurídicas no es clara, se critica la politización de estas situaciones derivada del hecho de que sobre cuestiones políticas se formulen juicios jurídicos. Esto es, que los jueces tengan que decidir sobre actos netamente políticos provocando que de algún modo suplieran o se inmiscuyeran en las funciones de los otros poderes públicos<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Voto particular de Carles Viver Pi-Sunyer a la STC 50/1999, de 6 de abril, al que se adhiere Pablo García Manzano.

<sup>33</sup> Voto particular de Francisco Rubio Llorente a la STC 120/1983 de 21 marzo.

<sup>34</sup> Voto particular de Eugenio Díaz Eimil a la STC 120/1991 de 3 junio.

<sup>35</sup> En este sentido, *vide* THURY CORNEJO, V., *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, pp.392-393.

3ª) No tanto como una posibilidad sino como una realidad fruto de una cierta experiencia, podría llegar a afirmarse que un exceso de judicialización podría haber provocado que se le hubiera cargado en exceso al juez con una función política extraña a la justicia dando lugar a una politización de la misma<sup>36</sup>. En este sentido, ARAGÓN REYES apuntaba que “la excesiva judicialización de la política conduce, necesariamente, a la politización de la justicia” y sugería como el mejor modo de evitarlo, el siguiente proceder: “Llevar a cabo, sin merma de la sumisión de todo acto de poder a la jurisdicción (todo acto con relevancia jurídica, como es lógico), una ampliación y revitalización de los controles políticos, especialmente de los controles parlamentarios, para que no todos los problemas de la política acaben en los tribunales de justicia”<sup>37</sup>.

4ª) Que los jueces aprovechen su condición para hacer política. Las razones que se apuntan suelen ser muy variadas, Así por ejemplo, cuando el sentido de las decisiones judiciales se debe a la orientación de sus convicciones políticas, o bien por un afán de “estrellato” ante la sociedad<sup>38</sup> o por determinadas prebendas, etc. Los autores, no obstante, no comparten esta posible motivación. Al respecto el profesor HÄBERLE había comentado que, “el reproche estereotipado <una vez más el Tribunal Constitucional Federal ha hecho política> suele ser formulado la mayoría de las veces por aquellos que se consideran en el lado de los perdedores. Sin embargo, visto con rigor, no hay en el Tribunal Constitucional Federal un <ganar> ni un <perder>. Entonces, como siempre, el Tribunal decide, juzga en nombre de la Ley Fundamental y es parte del proceso político, lo dirige y es influenciado por él y en él influye: ello se debe a que su objeto es la Constitución de la comunidad política”<sup>39</sup>.

5ª) Asimismo, y tomando como premisa el hecho de que se confíen al juez decisiones de alcance político, se ha apuntado como peligro que no debe ser menospreciado, la posibilidad de que “puede suponer un fuerte estímulo para que los grupos políticos influyan en los criterios de selección de personal de los tribunales y, sobre todo, del Tribunal Constitucional, dando lugar a que no se provean ya los cargos según la aptitud, sino según las opiniones y las (verdaderas o presuntas) simpatías políticas del aspirante”<sup>40</sup>. Al respecto, y con relación a Italia, GUARNIERI y PEDERZOLI señalan que “la influencia de los partidos políticos es explícita porque afecta a la cuota de jueces elegida por el parlamento –según criterios que tiene en cuenta el peso específico de los principales grupos, incluida la oposición- pero también los nombramientos presidenciales parecen afectados por este mismo tipo de lógica”<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> BACHOF, O., *Jueces*, cit., pp. 57 y 62.

<sup>37</sup> ARAGÓN REYES, M., “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad” en *Jueces y Derecho*. México, 2004, p. 170.

<sup>38</sup> LOPEZ AGUILAR, J. F., “¿Hacen política los jueces?” en *Claves de Razón Práctica*. Octubre 1999, nº 96.

<sup>39</sup> HÄBERLE, P., “El Tribunal Constitucional como Poder Político” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 125, Julio-Septiembre, 2004, pp. 10-11.

<sup>40</sup> BACHOF, O., *Jueces y Constitución*. Madrid, Civitas, 1987, p. 62.

<sup>41</sup> GUARNIERI y PEDERZOLI, cit., pp. 117-119 y 146. Señalan, además, otro dato, consistente en que en Italia dentro de los órganos electivos “no hay componentes togados elegidos que no sean apoyados por una u otra corriente” (p. 147). En España, con carácter general, se sigue la misma tendencia. Asimismo, estos autores aluden a otro punto de conexión con los políticos cuando apuntan que “a medida que la acción judicial adquiere importancia, el Consejo se convierte en el lugar institucional en el que la magistratura, o, mejor, sus representantes elegidos, pueden negociar con los representantes del entorno

En España es decisiva la participación del Parlamento en el nombramiento de los miembros del TC. Respectivamente, el Congreso y el Senado proponen cuatro, el Gobierno propone dos y el Consejo General del Poder Judicial otros dos (art. 159 CE), de manera que la influencia de los partidos con amplia mayoría parlamentaria puede ser decisiva. Este riesgo podría eliminarse o reducirse mediante “un perfeccionamiento apropiado del procedimiento de elección o de nombramiento”<sup>42</sup>.

De todas estas acepciones y, a modo de tesis para la reflexión, dejamos apuntada la cuestión siguiente<sup>43</sup>:

En España, tal y como ocurre en otras democracias continentales, a partir del estrecho lazo existente entre los gobiernos alternantes y la mayoría parlamentaria se llega casi a una identificación entre el poder ejecutivo y el legislativo, de manera que resulta sumamente potenciado el poder de decisión del ejecutivo, así como el control que ejerce sobre la administración y también su capacidad de dar respuesta a las demandas que formula la sociedad. De ahí que nos preguntemos si ante un Poder ejecutivo reforzado y, correlativamente también el Legislativo, no cabría la posibilidad de que se extralimitaran dichos poderes (debido a la presión de los partidos políticos) e instrumentalizaran la Justicia -aprovechando su prestigio de independencia e imparcialidad- tratando de obtener resoluciones que avalen su labor legislativa o ejecutiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M., “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad” en *Jueces y Derecho*. México, 2004.
- BACHOF, O., *Jueces y Constitución*. Madrid, Civitas, 1987.
- BARROSO, L. R., *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática*.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1962.
- CITTADINO, G., “Poder Judiciário, ativismo e democracia” en *ALCEU*, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “La perversión jurídica del amparo constitucional en España” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 751/2008, parte Comentario.
- DÍAZ REVORIO, “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000, nº 2, parte Estudio.

---

político, entrando así en relación con el sistema político de una manera nueva, por lo menos en relación con el pasado” (p. 148).

<sup>42</sup> BACHOF, *Jueces, cit.*, p. 63.

<sup>43</sup> En 1959, el constitucionalista BACHOF ponía de manifiesto una realidad de plena actualidad en las democracias continentales. Señalaba este profesor, con referencia principalmente a Alemania, que “aun más decisivos han sido los cambios que el Parlamento mismo ha experimentado en su posición y estructura. En vez de la representación de todo el pueblo por personas independientes, ha penetrado el mandato vinculado a los partidos (...). Esto ha dado lugar al peligro de un absolutismo parlamentario – más exactamente: un absolutismo de la mayoría parlamentaria y de los grupos de partidos que la dominan-, que tenía que conducir inevitablemente a una desaparición posterior de la confianza en la objetividad y neutralidad de los órganos legislativos (*Jueces, cit.*, p. 52).

- DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*. Madrid, Civitas, 1991.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “El sistema de fuentes del Derecho: De la Constitución Española al nuevo Derecho de la Unión Europea” en *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2007, nº 20, parte Estudios.
- FABIANO ENGELMANN “Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas” en *Lua Nova*, nº 69.
- GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P., *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid, Taurus, 1999.
- HÄBERLE, P., “El Tribunal Constitucional como Poder Político” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 125, Julio-Septiembre, 2004.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Madrid, Tecnos, 1996.
- AA.VV. (ORTELLS RAMOS, M.) ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción*. Madrid, Edisofer, 2006.
- PEYRANO, J. W., “Sobre el activismo judicial” en *La Ley*, 2008-B-837.
- PULIDO QUECEDO, M., “El requisito de <la especial trascendencia constitucional> en el recurso de amparo” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2009 parte Tribuna.
- SALAS DARROCHA, “El requisito de una especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo, art. 50.1.b LOTC” en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº 10/2008 parte Artículo.
- THURY CORNEJO, V., *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- TOURINHO LEAL, S., “Ativista ou altivo? o outro lado do Supremo Tribunal Federal” en *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*.