

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, CGPJ, Madrid, 1999, 176 pp.

Reúne el presente volumen las diversas intervenciones que dieron desarrollo al curso impartido en la Escuela Judicial el año 1997 bajo el título *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, y la dirección del Dr. Perfecto Andrés Ibáñez, ex presidente de la Sección Penal en la Audiencia Provincial de Madrid, ex vocal del Consejo General del Poder Judicial, director de la revista «Jueces para la Democracia» y actual magistrado del Tribunal Supremo. Su asunto gira en torno a los cambios producidos en la función y atribuciones del Poder judicial como consecuencia de ese tránsito, centrándose de modo más particular en el importante papel que, como consecuencia del mismo, cumple a la figura del juez en una tarea no meramente limitada a la automática aplicación de las normas, sino, por el contrario, llevada a cabo en una actividad abierta a perspectivas auténticamente creacionales de Derecho. En este sentido no parece inoportuno traer recordatorio de algunos presupuestos. Así, por ejemplo, que, como dice Elías Díaz¹, «no todo Estado es Estado de Derecho», y en efecto, es necesario señalar que el Estado de Derecho es un específico tipo de Estado; aquel sometido al Derecho y que ha sido fruto de toda una evolución histórica cuyo comienzo se adscribe al modelo de Estado liberal del siglo XIX, si bien con precedentes medievales e incluso remontables a la antigua Grecia². Con todo, el Estado de Derecho tampoco se agota en ese modelo liberal de Estado, cuyas deficiencias ya se encuentran presentes en la propia Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

A pesar de esto, al liberalismo pertenecen también, indiscutiblemente, ciertas conquistas históricas irreversibles y que han permitido configurar las

¹ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

² Preciso es destacar, no obstante, que en la Edad Media es inconcebible la idea del Estado de Derecho en el sentido actual, y aun cuando exista una complicada malla de situaciones jurídicas estamentarias por cuyo respeto se vela escrupulosamente. Las limitaciones recíprocas de poder se amparan antes y sobre todo en criterios ético-religiosos y sociales que en criterios estrictamente jurídicos. *Vid.*, asimismo, LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Universidad, Salamanca, 1955.

características generales de lo que puede llamarse Estado de Derecho. Tales son, en síntesis, la idea de imperio de la ley como expresión de la voluntad popular manifestada a través de órganos de representación popular libremente elegidos; la de división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) entendida como distribución o división de funciones y poderes; el principio de legalidad de la Administración o, dicho de otro modo, de sometimiento de la Administración a la ley mediante control jurisdiccional, y finalmente, y de modo extraordinariamente decisivo, la organización de garantías relativas a los Derechos Fundamentales (en adelante, DDFF), en cuanto constituyen elemento esencial del sistema de legitimidad y seguridad jurídica en que se apoya el Estado de Derecho³. Frente a las insuficiencias del Estado liberal se han intentado distintas respuestas, una de las cuales ha sido el paso a la construcción de lo presentado como «Estado Social de Derecho», abordando desde él «un reajuste del sistema, que evite los defectos del Estado abstencionista y sobre todo del individualismo, postulando planteamientos de carácter «social» (entendiendo esta expresión como la afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social)» (Elías Díaz). El Estado social no ha sido ajeno a determinadas críticas, como las referidas a una posible tecnocracia e ideología escondida, ni se ha visto libre de ataques por parte de numerosas doctrinas neoliberales. Esta situación no dispensa por sí sola de asumir el reto de insistir en el cumplimiento de sus fines, evitando, en lo posible, los aspectos negativos que hubiere de reconocer. Es decir, el Estado ha de seguir siendo un Estado social, si bien existe la necesidad de reformular algunos de sus presupuestos esenciales para lograr una mejor adaptación a un marco económico y político de relaciones globalizadas que son así hoy distintas de aquellas en las que fue reivindicado históricamente. Pero en ese escenario no cabe marginar y menos ignorar la trascendencia cualitativa de lo aportado desde la última fase de sus desarrollos históricos como Estado constitucional de Derecho. Ya en otros escritos, Andrés Ibáñez ha señalado que es precisamente la realidad determinada por el cambio cualitativo que ha convertido el Estado legislativo en constitucional la responsable de haber creado una nueva concepción del juez, concepción que lleva aparejada un cambio en la función que éste realiza. El sistema napoleónico de organización judicial vino autojustificado como el más funcional a la independencia judicial, girando siempre en torno a la idea de juez técnico y de la asepsia política de éste y de la propia estructura orgánica. Este cuadro se ha modificado hasta resultar, según Andrés Ibáñez, otro del todo nuevo tras las transformaciones constitucionales operadas en el contexto organizativo y jurisdiccional del Poder Judicial, luego sobre todo de apreciar la necesidad de actuación de los jueces en materias que por su dinamismo y su enorme capacidad de permeabilizar la realidad social y el pluralismo ideológico presentan una complejidad difícil de reconducir con ayuda de la legalidad ordinaria. En «Poder judicial y juez en el Estado Constitucional de Derecho. El sistema de Consejo» (pp. 11-32) aprovecha para abogar por la definitiva superación del tipo de juez a la vieja usanza, cuyo perfil cultural

³ El secreto está en no inmovilizar con caracteres esencialistas esos elementos, esos requisitos que configuran el Estado de Derecho, lo que de manera muy especial implica no aislar de la historia y de la realidad social las demandas políticas y exigencias éticas que se concretan en los llamados derechos humanos fundamentales. Se trata de insistir y avanzar en esa doble participación que configura la mejor democracia.

aún pervive, no obstante, en gran medida, afirmando igualmente la necesidad de hacer consciente al juez de la transformadora realidad «constitucional» del Estado. Un planteamiento patentizado en ocasiones precedentes al señalar como tarea no tanto reducir el papel constitucional del juez como poner al juez en condiciones de responder a tales exigencias⁴. Es necesario, pues, resolver el desfase cultural del juez en esa nueva tarea, y admitir que todavía está muy activa y presente en la mentalidad de los jueces todo lo relacionado con concepciones preconstitucionales acerca de su función y propia figura.

En relación a este alcance constitucional, Miguel Ángel García Herrera, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad del País Vasco, basa su intervención en una de las características del constitucionalismo contemporáneo ahora insertado en un contexto «globalizador»: la rigidez constitucional. Es necesario conectar esa rigidez con el contexto histórico, dado que las Constituciones liberales reconocen especialmente derechos civiles y políticos, mientras que las del Estado social amplían, por una parte, la gama de derechos a los económicos, sociales y culturales y, por otra parte, son fruto de un consenso sobre la misma forma de Estado. Esto junto a la supremacía, la reforma y el control jurídico es lo que configura el concepto de Estado constitucional de Derecho y es lo que dota de sentido a la rigidez, que «no es una reclamación formal de control del cambio constitucional, sino una exigencia imperativa de afianzamiento de unos contenidos sobre los que se asienta la convivencia» (contenidos referidos a la consagración normativa de los DDFF que aportan una nueva dimensión sustancial). Creo que es en este ámbito de problemas donde cabe insertar la propuesta de Luigi Ferrajoli (*Derechos y garantías. La ley del más débil*) relativa al modelo garantista de democracia constitucional, de un constitucionalismo de contenidos o derechos a los cuales han que adaptarse las leyes. Ferrajoli hace referencia a un cambio de paradigma por el que la sujeción del juez a la ley ya no es, como en la filosofía positivista, sólo sujeción a la letra de la ley, sino a la coherencia del mandato con el que la Constitución preserva determinados contenidos. El juez se convierte, así, en garante de los DDFF constitucionalmente establecidos, principal fundamento de legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial respecto al resto de los poderes. Ahora bien, García Herrera viene a añadir que la sustracción de ciertos contenidos al legislador no debe suponer el olvido de la tensión entre Constitución y realidad, la capacidad de adaptación y cambio de dicha Constitución. Se hace referencia, entonces, a la posibilidad de permanencia literal de la normativa pero resemantizada en su significado, y esto por directa influencia del proceso de integración europea. La novedad principal producida consiste en la transformación radical de las finalidades constitucionales donde se han dejado de lado los fines del Estado social para dejar paso a las exigencias de la economía de mercado. También me gustaría no dejar aquí sin reseña lo expresado por Fariñas Dulce⁵ al señalar que los Estados nacionales han ido perdiendo capacidad de decisión política y económica y ahora son los mercados financieros y tecnológicos los que toman las decisiones cuya lógica de eficiencia impone una ideología de libre

⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Coord.), *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, en esp. su trabajo «Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy».

⁵ FARIÑAS DULCE, M.^a José, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 6.

mercado en detrimento de principios normativos de carácter social y cultural. Esta crisis de gobernabilidad conlleva a su vez una crisis de representatividad y por consiguiente a un déficit democrático. Asimismo, cabe hacer referencia a la crisis de los derechos económicos, sociales y culturales, y la consiguiente negación por algunos sectores de la doctrina más conservadora, sobre el hecho de que dichos derechos sean verdaderos DDFF. V. gr., el profesor José Joaquim Gomes Canotilho los califica de conceptos vagos e inciertos desde los que se promueven e imponen unos deberes al Estado que finalmente se traducen en el pago coactivo de impuestos por los ciudadanos. El mismo autor destaca el proceso de evolución de este tipo de derechos cuyo proceso de positivización se encuentra hoy neutralizado por las críticas al Estado social. Sostiene, además, que estos derechos no pueden ser universales, puesto que su efectividad general es imposible y en todo caso dependería de una *interpositio legislatoris*, sin que quepa hablar de una aplicabilidad inmediata. Se añade a esto el problema económico, es decir, se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado y es por ello que las políticas sociales se ven obligadas a romper el principio de igualdad⁶. La consecuencia es que desde este punto de vista la rigidez queda para otros contenidos, los que aseguran la economía de mercado y la libre competencia. Es por esto que García Herrera cree necesario mantener el modelo de la Constitución de 1978, sus contenidos sociales, su carácter de norma jurídica suprema y la vigencia de sus procedimientos de reforma y revisión.

En el trabajo de Alessandro Pizzorusso, Profesor de Instituciones de Derecho Público de la Universidad de Pisa, presentado como «Medio siglo de Poder judicial en Italia» (pp. 89-118), se ofrece un recorrido por el sistema italiano de organización judicial hasta desembocar en la actualidad. Su exposición permite advertir a través de la experiencia de ese país un modelo de Consejo General del Poder Judicial con presencia de corrientes o asociaciones que poseen y plantean una distinta configuración del juez y que, sin mostrar una necesaria correspondencia con las diversas posiciones políticas

⁶ Ante esto, cabe abogar porque los derechos sociales sean auténticos DDFF (Peces-Barba). El primer argumento ha sido defender su inclusión en la categoría genérica de los DDFF, por la conexión que estos derechos tienen con respecto a los derechos políticos, ya que su objetivo era la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios. Un segundo argumento es el de que el fin u objetivo último de estos derechos forma parte del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna y tienen como finalidad ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible en cada momento histórico. Cada grupo o generación de derechos cumple esta tarea y no hay razón para excluir estos derechos de la categoría de DDFF. Lo que ocurre es que cada tipo de derechos de las sucesivas generaciones se articulan de diferente manera en relación con dos elementos identificadores: la universalidad y la igualdad, y los derechos económicos, sociales y culturales no pueden orientarse en esos módulos de la universalidad a priori y de la igualdad como equiparación. En estos derechos la universalidad es un objetivo y tampoco tiene sentido la igualdad como equiparación, sino como diferenciación (Peces-Barba). Vid. PECES-BARBA, Gregorio, «Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales», en *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, vol. I, y «Derechos sociales y positivismo jurídico», en *id.*, *Estudios de Filosofía Jurídica y Política*, Dykinson, Madrid, 1999.

de partido, vienen a entender la función de aplicación e interpretación del Derecho de un modo muy variado. Prácticamente, pueden resumirse en dos: la que opta por reducir la interpretación a una actividad puramente formalista, indiferente a los contenidos y a la incidencia de la norma concreta en el contexto social, y la que afirma que el juez, por el contrario, debe ser consciente del alcance político-constitucional de su función.

La aportación debida a Manuel Atienza Rodríguez, «Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación jurídica» (pp. 119-138), se corresponde con la de mayor calado reflexivo entre las muy valiosas que integran la obra. Parte de la oposición entre dos categorías: la filosofía analítica, como aquella que viene a poner el énfasis en el método entendido como «un conjunto de instrumentos teóricos que pueden ser usados para propósitos distintos»; y la hermenéutica, cuyo problema central es el de la comprensión de los fenómenos humanos que tiene lugar por medio de la interpretación y que se caracteriza por ser antipositivista y anticientifista, optando por un conocimiento valorativo no arbitrario (es decir, que se rige por criterios objetivos). La hermenéutica, se ha dicho repetidamente, rechaza que la aplicación del Derecho consistente en el mero silogismo desplazado desde una premisa mayor (la norma general y abstracta) a una premisa menor (que supone la identificación de un hecho como un «caso» del supuesto de hecho de la norma jurídica), para obtener una conclusión (la consecuencia que se deriva de la validez de la premisa mayor y la verdad de la premisa menor). Y es que la premisa mayor no siempre nos viene dada de forma clara y precisa, y también la premisa menor conlleva todo un proceso de subsunción de los hechos a la norma. Es decir, es preciso llevar a cabo una auténtica reconstrucción tanto de la norma como de la «historia». Para conocer un caso se debería saber qué norma se le debe aplicar. Y para saber qué norma le es aplicable debe conocerse el caso. Esto no lleva a un círculo vicioso, sino al conocido como «círculo hermenéutico», que supone un proceso de ensayo/error/corrección de error/ensayo que conlleva un acercamiento progresivo entre norma y hecho. Todavía sigue siendo, no obstante, el «hecho» un terreno insuficientemente explorado con igual intensidad y atención que la concedida a la «pieza» norma.

«Ley y juez en el *Rule of Law* inglés y en el constitucionalismo americano» (pp. 139-160), a firma de Michele Taruffo, catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Pavía, plantea la perspectiva de comparativismo con el sistema de «derecho romano» y entre el modelo inglés y el americano dentro del sistema de *common law*. El sistema inglés se caracteriza por la estrecha conexión entre el *Rule of Law* (que puede ser traducido como primacía de la ley) y el principio de la supremacía del Parlamento. Por tanto, se rechaza toda *judicial review* y se impone la *declaration theory* de la función del juez según la cual éste sólo descubre lo que ya ha sido dado. En EEUU, por el contrario, ha sido preeminente la *judicial review* tanto de normas ordinarias como de normas constitucionales de tal manera que el juez se coloca en el papel de intérprete directo de los valores en la sociedad y cuando resulta necesario se convierte en «creador» y también garante de los DDFF. El autor expone, además, un resumen de las teorías norteamericanas en torno a la interpretación, de las cuales destacan el *new textualism*, donde la individualización del significado literal del texto de la norma se toma como canon interpretativo principal, lo que implica una notoria limitación de la función del juez, y la *dynamic statutory interpretation*, desde la que se postula una concepción interpretativa más creativa.

El libro se cierra con la exposición de Tomás R. Fernández Rodríguez, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, que reflexiona sobre «Principios y reglas: discrecionalidad administrativa y judicial», tomando como tema de fondo la posibilidad o no de que los jueces puedan controlar el ejercicio de la Administración en materias para las que es reconocida una facultad o un poder resolutivo discrecional. La discrecionalidad se concibe como «libertad para buscar las soluciones concretas que en cada ocasión demanden las circunstancias» y esto se debe a que el legislador no puede prever de antemano todas las situaciones concretas en que se puedan producir conflictos. Esta discrecionalidad depende de la estructura y densidad de regulación de cada norma con lo que se distingue entre reglas, principios y directrices. Además, la discrecionalidad necesita de motivación o justificación suficiente para que se conozca por el sujeto en cuestión y por la colectividad en general. En cuanto al control del juez sobre el administrado, se señala el hecho de que sólo tiene que verificar si la decisión es, en definitiva, racional y razonable. Es decir, este autor viene a destacar que la discrecionalidad que se le otorga al juez no debe suponer en ningún caso un ejercicio arbitrario de su poder, y para evitar que esto sea así las decisiones deben ser siempre motivadas suficientemente, justificadas para el caso concreto y para todos. Es precisamente esta actividad la que viene a determinar el «buen» ejercicio jurisdiccional.

Por último, y a modo de síntesis a las precedentes descripciones de contenido, señalar que, si bien aún están presentes, a veces con vigor excesivo, las doctrinas que reivindican el papel más tradicional, siempre atribuido al juez, parece necesario asumir definitivamente que las indudables transformaciones acontecidas en nuestro sistema jurídico complican seriamente, cuando no hacen imposible, la dejación o el rechazo de una mayor intervención del poder judicial en la creación del Derecho. También, que siendo mucha la relevancia que ha adquirido el juez en los ordenamientos jurídicos, lo que en el terreno del desarrollo y asentamiento del moderno Estado de Derecho y para con la protección de los DDFF ha sido un incuestionable elemento cuya positiva valoración, en especial destacable en su papel de constitucionalismo garantista, ello no debe omitir, en paralelo, la toma de conciencia acerca del peligro proyectable en una excesiva preponderancia de estilo judicial para con la creación de «los derechos». La importancia que tiene hoy el juez la ha ganado, no en pocas ocasiones, frente a un poder legislativo en crisis y del que el ciudadano desconfiaba. Pero esa justa relevancia no debe obviar acríticamente el problema concernido en la creación jurisdiccionalizada de «los derechos». Así que parece necesario no sólo hacer conscientes a los jueces del nuevo papel que se les otorga, sino como poco también fomentar y defender el «buen legislar».

Cristina MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga