

NOTAS SOBRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y CRÍTICAS DE «GOBIERNO DE LOS JUECES» EN SU FUNCIONAMIENTO Y EN SUS DECISIONES

Ramón Sáez

Magistrado del Tribunal Constitucional de España

París, 28 de noviembre de 2025

1. La idea crítica sobre la existencia de un gobierno de los jueces procede de la obra del gran comparatista del derecho Edouard Lambert, publicada en 1921 (de título bien sugestivo, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*). Lambert estudió el sistema político norteamericano durante la era Lochner del Tribunal Supremo, una época de activismo judicial conservador, para concluir que se había producido la ruptura del equilibrio de la separación de poderes en favor del poder judicial, que había sometido bajo su control al parlamento y al ejecutivo, instaurando un régimen de gobierno de los jueces. La obra de Lambert, que sigue abordando problemas actuales que podríamos enmarcar en la relación entre derecho y política, ha sido traducida en España en el año 2010 y no ha obtenido la influencia que se merece, seguramente por razones históricas¹. Lambert inaugura una tradición crítica frente al control de constitucionalidad de la ley que encontramos posteriormente en tesis como la «objeción democrática» de Alexander Bickel o en la denuncia de Jeremy Waldron sobre la supremacía judicial que supone que los jueces tengan la última palabra en el debate público. Si en España la impugnación de las resoluciones del Tribunal Constitucional no se formula en términos de gobierno de los jueces, la crítica adopta términos parecidos a los que proponía el propio Lambert cuando hablaba de oligarquía judicial o de aristocracia de la toga para denunciar la supremacía política del poder judicial. En esta línea, las resoluciones polémicas del Tribunal Constitucional español son tachadas de decisiones políticas al servicio del gobierno –es decir, de la mayoría; cuando se desestiman los recursos de inconstitucionalidad de algunas leyes, como en los últimos tiempos ha ocurrido con la ley de amnistía sobre hechos relacionados con

¹ Hasta la Constitución de 1978, el aparato judicial en España ha estado sometido al poder político, siendo la independencia pura retórica, y solo hubo una breve, pero interesante y vanguardista, experiencia de control constitucional de la ley durante la vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República (1933) que acabó después del golpe militar y la guerra civil.

el proceso secesionista de Cataluña, la ley de interrupción del embarazo que reconocía capacidad de autodeterminación a la mujer para decidir su maternidad durante las primeras catorce semanas o la legislación de urgencia en materia de derechos de los trabajadores o de personas en situaciones vulnerables.

2. El Tribunal Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución sobre todos los poderes del estado, a los que esta impone límites y vínculos en protección de los derechos y libertades fundamentales de todos y del orden constitucional de competencias. Es el motivo por el que juez constitucional debería ser considerado como un órgano del derecho, ejerciendo funciones de garantía al servicio de la normatividad de la Constitución, de la vigencia de los derechos, los valores superiores del ordenamiento, sus reglas y principios. En cumplimiento de sus atribuciones, el Tribunal enjuicia las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas, pero también los actos del Parlamento y de las asambleas legislativas autonómicas, las decisiones de dirección política del Gobierno y los actos y disposiciones de la Administración, también las resoluciones de jueces y tribunales. En los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencia es una práctica común que los actores de la política, gobierno y partidos, estos por medio de los grupos parlamentarios como legitimados para promover un proceso constitucional, trasladen el conflicto, que enfrenta a mayoría y minoría -una de las lógicas que vertebran el sistema político-, al Tribunal Constitucional. Como el conflicto tiene un contenido y un significado político, resulta inevitable que la decisión del tribunal se lea en la misma clave, es decir como una decisión política. Algo que se corresponde con la dificultad que encuentra la teoría del derecho para despejar la sospecha sobre los Tribunales Constitucionales como órganos de la política, aunque vestidos con hábitos jurídicos². En el último periodo, siendo una constante en su historia, el Tribunal Constitucional español no ha podido apartarse de esa encrucijada. Con el riesgo que conlleva de deslegitimación de la institución en una esfera pública que ha perdido la capacidad para racionalizar el debate político.

3. La pregunta, entonces, sigue siendo pertinente ¿Cuál es la línea que separa la política del derecho cuando de la interpretación y aplicación de la Constitución se trata? Problema que

² En el modelo kelseniano el Tribunal Constitucional tiene la consideración de un órgano de la legislación, legislador negativo, y no de la jurisdicción. Pero la incorporación de la figura del juez constitucional a las Constituciones de la segunda posguerra mundial, en Alemania e Italia, acoge el modelo americano de jurisdicción, aunque concentrada, con fundamento en la supremacía de la Constitución, modulado con la acción directa de constitucionalidad, legitimación que se confiere a actores políticos, y la eficacia *erga omnes* de la sentencia anulatoria de la ley.

latía en la polémica entre Schmitt y Kelsen, en buena medida superado por el constitucionalismo. Para avanzar una respuesta vamos a argumentar desde dos posiciones: por un lado, la distinta legitimación de los poderes y funciones del Estado, de otro lado, la diferencia entre decisión política y decisión judicial, en cuanto a su grado de libertad y metodología. Previamente, hay que convenir que las resoluciones del juez constitucional inciden -¡y de qué manera!- en el principio democrático expresión de la soberanía popular como fundamento legitimador del sistema y de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes. La declaración de invalidez de una ley y su anulación, ley que es producto de la representación de la voluntad popular, supone la negación de la regla de la mayoría como fórmula de decisión, sugiere Jeremy Waldron. Pero, aquí hay que apuntar con el constitucionalismo de posguerra, en lo que insiste Luigi Ferrajoli, que nuestras constituciones normativas, con distintos grados de rigidez están preordenadas a la legislación, han sometido de esa manera la política al derecho, subordinado la ley a la Constitución y vinculado a los poderes públicos elegidos según el principio de mayoría a los derechos fundamentales de todos, dotados por igual de la dignidad de personas. Un cambio de paradigma que define a nuestro Estado constitucional frente al Estado legislativo, al principio de supremacía constitucional del principio de mera legalidad, en la medida que la constitucionalización del derecho fue una respuesta a la omnipotencia del legislador y de las mayorías contingentes, igual que la positivización del derecho sometió la jurisdicción a la ley.

4. La primera aproximación pide atender a la clara separación dentro del Estado de las funciones de dirección política respecto de las funciones de garantía, es decir el esquema y la justificación de la separación de los poderes públicos. Las funciones de dirección política residen en el gobierno y el parlamento -aquel vinculado a este por relaciones de confianza-, configuran las típicas funciones de la política, y deben su legitimación al principio democrático y de soberanía popular, a su expresión por medio de la representación y la regla de la mayoría. Por ello, la ley es expresión de la representación general de la voluntad popular, es producto de la política. Las funciones de garantía son propias de la jurisdicción -ya fuere el poder judicial, ya el juez constitucional- y no encuentran su fuente de legitimación en la representación política sino en la sujeción exclusiva a la ley, en el caso del Tribunal Constitucional esa sujeción es con la norma suprema, y no a las mayorías parlamentarias, para cumplir con el papel de garante de los derechos fundamentales de todos, lo que dota a la jurisdicción de un carácter «contramayoritario». Aquí radica la justificación de la separación y de la independencia de la jurisdicción, al tiempo que podemos identificar su posición desfavorable en orden a la

legitimación desde la perspectiva de una democracia entendida en sentido formal o procesual y no sustantiva, donde lo sustantivo es el conglomerado de derechos, no solo políticos y de libertad, también los derechos sociales, económicos y culturales.

5. Esta neta separación entre potestades de gobierno y potestades de garantía, entre política y derecho, bien que, en un esquema ideal, significa que el gobierno y el legislador deciden libremente en el marco de la Constitución, que opera como límite, pero que no les impone un programa concreto a desarrollar. En cambio, el juez constitucional no decide con libertad, está vinculado a la Constitución que interpreta y aplica en su función de control de la ley, por lo tanto, su actividad está predeterminada -como la del juez ordinario-. El reto es el de razonar en clave constitucional para traducir el conflicto político a términos propios de un debate jurídico. Aquí resurge la clásica diferenciación entre producción y aplicación del derecho, que en nuestra reflexión nos plantea el problema de la naturaleza de la interpretación constitucional que acomete la jurisdicción constitucional.

La predeterminación de la decisión que puede establecer el texto de nuestras constituciones es mínima, haciendo notorio el margen irreducible de discrecionalidad del juez constitucional. Como sabemos, la textura abierta de sus disposiciones, la ambigüedad del lenguaje, la necesidad de atribuir sentido a todo enunciado, la formulación de sus preceptos bajo la forma de reglas y principios, la diversidad de métodos de interpretación y la ausencia de jerarquía entre ellos, son circunstancias que obligan al juez constitucional a escoger entre las alternativas que le ofrece el mismo texto, que en buena medida no están programadas en él, lo que desdibuja la frontera entre decisión jurídica y política. Nuestras constituciones no ofrecen un sistema cerrado y unitario, en la mayoría de los supuestos el constituyente no ha tomado decisión al enunciar el texto, ha dejado la cuestión abierta y se ha limitado a ofrecer criterios, puntos de apoyo, desplazando al juez la decisión. Por ello, el juez constitucional ha de desenvolverse entre principios funcionales y sustantivos, como la separación de poderes, la unidad de la Constitución o la cláusula del Estado de derecho, conceptos todos ellos esencialmente controvertidos. El proceso de concretización que piden estos enunciados pasa por interpretar el texto para obtener, con el auxilio de los precedentes y de la dogmática, el mandato normativo que ha de utilizar como parámetro de enjuiciamiento del caso³.

³ En definitiva, lejos de aplicar la Constitución según el esquema subsuntivo, el Tribunal Constitucional crea derecho constitucional y define la interpretación obligada de la ley o excluye alguna de las lecturas que ofrece como posible el enunciado del texto legal. Véanse como ejemplo de ello, en el periodo reciente, las sentencias polémicas, ya anotadas, que convalidaron opciones legislativas como la del

Por lo tanto, el criterio de distinción hay que buscarlo en el momento de la motivación de la decisión, en los modelos de justificación que caracterizan la argumentación jurisdiccional, en los requerimientos de una plena justificación de todas las elecciones del intérprete que llevan a la decisión. El juez constitucional debe explicitar un razonamiento que permita a un observador imparcial concluir -sin renunciar a la crítica o el desacuerdo- que la Constitución ha servido de guía a la decisión, ha pautado el sentido del fallo, fallo predecible dentro de las posibles alternativas de una interpretación vinculada.

6. Algunos otros datos permiten confirmar la diferencia entre decisión política, orientada a los fines, y decisión jurídica, condicionada por esquemas de racionalidad argumentativa. En la jurisdicción queda excluida la iniciativa propia o de oficio, el juez solo actúa a petición de una parte legitimada para promover el proceso constitucional. La resolución se construye sobre el caso y el debate queda constreñido por las pretensiones de las partes. Además, en la interpretación de la Constitución con la finalidad de configurar el parámetro de control de la ley, el tribunal se sirve de principios contextuales al objeto de enjuiciamiento, como la dignidad democrática de la ley y su presunción de validez, para mantener una posición de deferencia hacia el legislador y su libertad de configuración, de modo que solo quepa un pronunciamiento de invalidez cuando no haya dudas sobre la incompatibilidad de la norma con la Constitución.

matrimonio homosexual, cuya norma paramétrica dice que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad» (STC 198/2012), la pena de prisión permanente revisable, que es juzgada desde la orientación de la pena a la reeducación y reinserción social (STC 169/2021), el derecho a disponer de la propia vida en contextos eutanásicos, que se encuadra entre los derechos de todos a la vida y a la integridad física y moral y los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (STC 19/2023), y la interrupción del embarazo por decisión de la mujer durante las primeras catorce semanas, que se encuadra en el mismo precepto constitucional (STC 44/2023).