

## JUSTICIA Y POLÍTICA.

**Vicente Gimeno Sendra.**

*Catedrático de Dº. Procesal de la UNED.*

*Magistrado emérito del T.C.*

Como es sabido, la Política y la Justicia entrañan conceptos diferentes. Según al Diccionario de la Real Academia de la lengua (acepción 7ª) por Política cabe entender el “arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados”, en tanto que la Justicia es definida (según la concepción de Sto. Tomas de Aquino: “*suum cuique tribuere*”) como el “principio moral que lleva a dar a cada uno lo que corresponde o pertenece”.

Pero, atendiendo a una concepción más técnica, podríamos conceptualizar la Política como la actividad de los miembros de los partidos políticos y sus simpatizantes dirigida, mediante las elecciones, a la toma de los poderes Legislativo y Ejecutivo para dictar Leyes y actos administrativos que lleven a la práctica su programa o ideario político; mientras que la Justicia es la actividad del Poder Judicial, integrado por jueces y magistrados independientes, dirigida a la protección de los derechos de los ciudadanos y a la solución de los conflictos mediante la aplicación de la Ley.

Así, pues, la Política concierne exclusivamente a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, en tanto que la Justicia corresponde exclusivamente a ese tercer Poder del Estado que conocemos como Poder Judicial.

Nuestra Constitución, que teóricamente ha consagrado plenamente el principio de la división de poderes, configura a la Política y a la Justicia como dos órdenes perfectamente diferenciados, los cuales debieran funcionar como círculos concéntricos, en los que, en caso de conflicto entre ellos, la última palabra la ha de ostentar el Poder judicial, ya que es, por ella, configurado como el más alto Poder de decisión dentro del Estado.

Sucedo, sin embargo, que, en nuestra práctica cotidiana, las relaciones entre la Justicia y la Política no se encuentran tan diferenciadas, sino que, en estos últimos tiempos, han surgido dos nuevos fenómenos que contradicen a nuestra Ley Fundamental: me estoy refiriendo a los conocidos como la “judicialización de la

política” y la “politización de la Justicia”, que someramente pasamos a revisar a continuación.

## 1. La “judicialización de la política”.

Cronológicamente el primer ataque a la división de poderes sucedió con la judicialización de la política, surgida como consecuencia de la perpetuación en el poder del P.S.O.E. durante la década de los años 80 y buena parte de los 90, lo que indujo, tras los sucesivos fracasos electorales, al Partido Popular, a que compareciera, en el año 1992 como acusación popular, en el proceso penal conocido como casos FILESA, MALESA Y TIME-EXPORT sobre la financiación irregular del Partido socialista.

Sin duda, el ejercicio de esta acusación política popular, con 50 altos cargos del PSOE imputados (que el T.S. rebajó a 5)<sup>1</sup> ocasionó un gran rédito electoral al P.P., tal y como lo demuestra el hecho de que, en el año 1996, ganara las elecciones generales, primero con mayoría simple y después absoluta, perpetuándose en el poder hasta el 2004, año en el que el PSOE volvió a recuperarlo tras al trágico suceso del 11-M.

De lo dicho interesa destacar que fue entonces, a partir del caso FILESA, cuando se generalizaría esta perversión del sistema democrático, el cual ocasionó la proliferación de **querellas políticas** interpuestas como consecuencia del afloramiento de la corrupción política y de su repudio social. De este modo, no es infrecuente, incluso en el momento actual, que los partidos políticos situados en la oposición, recurran a la acción popular con el velado objetivo de desprestigiar al partido instalado en el poder y obtener un triunfo que, sin tales querellas políticas, no alcanzarían en la sola arena electoral.

A esta judicialización de la vida pública contribuyó también el propio Poder Judicial, como lo demuestra el giro jurisprudencial que, desde la STS 595/1992, de 12 de marzo y hasta la publicación de la STC 154/1997, de 29 de Septiembre, mantuvo la jurisprudencia del T.S., la que, frente a la doctrina tradicional de negación de capacidad de las personas jurídicas para el ejercicio de la acción

---

<sup>1</sup> Según WIKIPEDIA hubieron 8 condenas con privativas de libertad, de las que 3 de ellas fueron ex cargos socialistas.

popular<sup>2</sup>, a partir del año 1992 afirmó la legitimación de los partidos políticos para el ejercicio de la acción popular, les permitió a todos los acusadores populares a comparecer en la instrucción sin presentar querrela, ni satisfacer fianza, les exoneró del pago de las costas procesales, etc.<sup>3</sup>

Esta doctrina expansiva sobre la referida legitimación de los partidos políticos, sin embargo, pronto sería revisada ante los abusos y móviles espurios<sup>4</sup> en el ejercicio de la acción penal popular. De este modo, desde el año 1997 hasta el momento actual, la política, tanto del Poder Judicial, como del Ejecutivo, ha sido y sigue siendo la inversa: la de la limitación de su ejercicio. Así, el T.C. primero, a partir de la STC 154/1997<sup>5</sup> y el T.S. después (que vio sobrecargada su actividad como consecuencia de la interposición de estas querrelas contra aforados por los

---

<sup>2</sup> Si bien una primitiva doctrina, con base en una interpretación gramatical del término "ciudadano" del art. 101.2 LECRIM, negó a las personas jurídicas capacidad para el ejercicio de la acción popular (SSTS 23 de febrero de 1887; 2 de enero de 1906; 3 de enero de 1912; 14 de octubre de 1914; 18 de octubre y 9 de diciembre de 1919; 15 de febrero de 1921; 26 de marzo de 1926; 2 de marzo de 1982), en el momento presente la doctrina mayoritaria es la contraria (SSTC 241/1992, de 21 de diciembre; 34/1994, de 31 de enero; 50/1998, de 2 de marzo y 129/2001, de 4 de junio; SSTS 4 de marzo de 1995 –RJ 1995/1802–, 26 de septiembre de 1997 –RJ 1997/6366– y 30 de mayo de 2003 –RJ 2003/4283–..).

<sup>3</sup> De este modo, la STS 595/1992, de 12 marzo, –RJ 1992/2084– autorizó al acusador popular a comparecer, sin necesidad de presentar escrito de querrela, ni satisfacer fianza, a través del procedimiento del art. 110, el cual reserva la intervención adhesiva hasta el momento de la acusación al ofendido y perjudicado. En idéntico sentido: STS 702/2003, de 30 de Mayo (Aranz. R.J. 2003/4283). Asimismo exoneró al acusador popular de la condena en costas: SSTS 21 de febrero de 1995 [RJ 1995/1417] y 2 de febrero de 1996 [RJ 1996/788], 1042/1996, de 20 diciembre - RJ 1997/1125-, 1014/1997, de 9 julio - RJ 1997/5838-, 175/2001, de 12 febrero - RJ 2001/280-, 537/2002, de 5 abril - RJ 2002/4267-; pero, si su actuación en el proceso penal fuera "correcta", le confirió el derecho a poder reclamar los honorarios y aranceles al condenado (STS 1318/2005, de 17 noviembre - RJ 2006/60-). Una relación de ésta, con respecto a la acusación popular, "generosa" jurisprudencia" puede verse en el Voto particular del Magistrado VARELA a la STS 1045/2007.

<sup>4</sup> Tal y como aconteció, por ejemplo, con el caso "ALIERTA", en la que la Fiscalía abrió una investigación por "negociar (el acusador popular) la retirada de la acción penal a cambio de una importante suma de dinero"; de esta grave corruptela se hizo eco ORTEGO PÉREZ, *Restricción <<jurisprudencial>> al ejercicio de la acción penal popular (un apunte crítico a la controvertida <<doctrina Botín>>)*, La Ley, núm. 6912, de 27 de Marzo de 2008, pág.3.

<sup>5</sup> El punto de inflexión lo constituyó la STC 154/1997, de 29 de Septiembre –RTC 1997/154– interpuesto por "Unión del Pueblo Navarro" que no deseaba ir bajo una misma dirección con D. José María RUIZ MATEOS. A partir de esta Sentencia empieza una época de interpretación restrictiva. De este modo, en la STC 50/1998, de 2 de Marzo, desestimó el amparo de la Asociación de Trabajadores e Inmigrantes Marroquíes en España, a quienes se les había exigido una fianza de tres millones de pesetas; la Sala 2ª del T.C. afirmó que "la concreta ponderación de la fianza no corresponde a este Tribunal, como tampoco la de las circunstancias económicas del recurrente a los efectos de determinar los límites en que deba exigirse" (doctrina reiterada en la STC 79/1999, de 26 de Abril); en las SSTC 64/1999, de 26 de Abril y 280/2000, de 27b de Noviembre que la inexistencia de la acción popular en la jurisdicción militar es una cuestión de legalidad ordinaria; en la STC 129/2001, de 4 de Junio, desestimó el amparo por negarle legitimación al Gobierno vasco en la interposición de una querrela por injurias a la Ertzaintza, etc...

partidos políticos o asociaciones “*ad lateres*”<sup>6</sup>), a partir de la STS 1045/2007, de 17 de Diciembre, dictada en el popularmente conocido como caso “BOTÍN”, iniciaron una política restrictiva tendente a limitar el ejercicio de la acción penal popular<sup>7</sup>.

Fruto de esta política lo constituyen los Anteproyectos de nuevo Código Procesal Penal del PSOE, de 2011 y del P.P., de 2014, en el que ambos textos pre-legislativos se manifiestan unánimes a la hora de negar a los partidos políticos el ejercicio de la acción penal popular. Así tanto el art. 17.3.1, del Anteproyecto Caamaño, de 2011, como el art. 70.2.d del de Gallardón, de 2014, aspiran a convertir en Ley la prohibición del ejercicio de la acción penal popular por parte de los partidos políticos.

En el trasfondo de esta política legislativa, unida a la de combatir la corrupción política<sup>8</sup>, cabe situar la aspiración de los partidos políticos mayoritarios tendente a evitar la fuga de votos a otras formaciones que, como es el caso de “Ciudadanos” o “Podemos” han puesto punto final a la era del bipartidismo.

## 2. La “politización de la Justicia”.

Junto a la judicialización de la política, no menor sentimiento de reproche social existe frente al otro fenómeno denominado “politización de la justicia”, para algunos situado en los más altos órganos jurisdiccionales del Estado.

---

<sup>6</sup> “...en los últimos cinco años se han contabilizado un total de 24 denuncias y querellas, formalizadas por Acusaciones Populares contra diversas personas aforadas, sin que prosperase ninguna de ellas”. Voto particular a la STS 54/2008 formulado por los Magistrados GRANADOS, JIMÉNEZ Y MARTÍNEZ ARRIETA.

<sup>7</sup> En dicha sentencia se estableció la doctrina (posteriormente rectificada por la STS 54/2008 –caso ATUTXA–), conforme a la cual el art. 782 LECRIM, que establece la petición de sobreseimiento vinculante en el procedimiento abreviado, ha de interpretarse en el sentido de no proceder a la apertura del juicio oral, cuando exclusivamente lo solicite el acusador popular, habiéndose opuesto el M.F. y el acusador particular, instando el sobreseimiento. Esta doctrina provocó una importante censura por parte de la doctrina. Así, DE LA OLIVA la pudo calificar de “*puro error, el de la Sala de lo Penal, al excluir o capitidismuir, para el procedimiento abreviado, a los acusadores que no son perjudicados...*” (DE LA OLIVA, *El Tribunal Supremo debe rectificar*, “ABC.es”, 12 de Diciembre de 2007), GIMBERNAT, por su parte, la conceptuó como “*herida de muerte a la institución de la acción popular*” (GIMBERNAT, *Cerco a la acción popular*, “EL MUNDO”, 5 de Enero de 2008), de “*doctrina sumamente errónea... que ha sido puesta en la picota por obra y gracia de esa doctrina*” la reputó ORTEGO PÉREZ (Restricción <<jurisprudencial>> al ejercicio de la acción penal popular -un apunte crítico a la controvertida <<doctrina Botín>>-), La Ley, núm. 6912, de 27 de Marzo de 2008, p.p. 6 y 2), como el “<<mayor retroceso del Estado de Derecho>>”, de <<irracional>> e <<inconstitucional>>” la tildó el FORO DE ERMUA, etc.

<sup>8</sup> De entre las que destacan la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, la L.O. 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, la L.O. 1/2015 de reforma del C.P. y la potenciación del decomiso, etc.

Ni que decir tiene que nuestra Constitución en modo alguno permite dicha supuesta politización, ya que, de un lado, prohíbe en su art. 127 la afiliación de los Jueces a partidos o sindicatos y, de otro, distanció, mediante la instauración del autogobierno de la Magistratura, al Poder Judicial del Ejecutivo.

### **A) La prohibición del juez de pertenencia a los partidos políticos.**

Desde un punto de vista subjetivo, al establecer el art. 127 de nuestra Constitución de 1978 que “*Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos*”, es claro que, de un lado, pretendió retomar la división de poderes, negada por el anterior Estado autocrático (basado en el principio de unidad de poder y coordinación de funciones, proclamados por los arts. 2.II y 31 de la Ley Orgánica del Estado) y, de otro, desterrar una concepción totalitaria del “**juez patriota**”, que, en los orígenes del franquismo, sustentó DE LA PLAZA y que, inspirada en el nacionalsocialismo, situaba por encima de la Ley a las directrices del Führer<sup>9</sup> o del Jefe del Estado.

#### a) Génesis histórica.

Téngase en cuenta que, tras el triunfo de la rebelión militar del General Franco, las “Leyes” de 39 de febrero de 1939 y 19 de febrero de 1942 exigieron a los jueces un juramento de adhesión al Caudillo y provocaron una depuración masiva de la magistratura, como consecuencia de la cual, se reservó el 50% de las vacantes del Poder Judicial a los excombatientes<sup>10</sup>.

Por lo demás, los controles políticos en el ingreso (así, la exigencia de los famosos certificados “de buena conducta”) y promoción (las arbitrarias declaraciones de especial idoneidad del Consejo judicial para aspirar a un cargo superior al de Presidente de Sala) de los Jueces ocasionaron una Magistratura fuertemente jerarquizada<sup>11</sup> y dócil al Poder Ejecutivo.

---

<sup>9</sup> Para FREISLER (*Gedanken zu einer überheblichen Kritik und zu gemeinschaftschädigenden Vorschlägen*, D.J., 1941, p. 100) el juez dejó de ser un aplicador de la Ley para convertirse en un *Rechtsfinder* o buscador del Derecho que había de encontrarlo en los “*Führerprinzip*” o directrices del Führer. De esta concepción se hizo eco también en España FENECH (*La posición del Juez en el nuevo Estado*, Madrid, 1941)

<sup>10</sup> TOHARIA, *El Juez español: un análisis sociológico*, Madrid, 1975, p.p. 196-197.

<sup>11</sup> Similar a “una serie de escalones análogos a los que se encuentra en el Ejército”. ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature française*, II, París, 1957, p. 30.

Pero, con el devenir de los tiempos, este modelo de “Juez patriota” fue desplazado y sustituido por el de **Juez “sacerdote y apolítico”**. En efecto, como consecuencia de la hegemonía del nacionalcatolicismo de aquella época, en los discursos de apertura de los tribunales, se solía asimilar la función del Juez a la del sacerdote. Así, en el de 15 de septiembre de 1969, el Ministro RUIZ JARABO Y BAQUERO, después de citar la frase de Las Partidas, según la cual “*los jueces han de ser mansos y obedientes para con Dios e al señor que los pone*”, afirmaba que “*El juez que se sitúa a hacer justicia es como el sacerdote que se habitúa a hacer misa*”.<sup>12</sup>

El corolario de esta concepción del juez sacerdote lo constituía la existencia de un férreo régimen disciplinario, basado en estándares morales y en el que la tenencia de vicios vergonzosos o la conducta viciosa era causa de destitución del Juez, lo que ocasionó el surgimiento de un Juez timorato, que, dentro de un exacerbado régimen bonapartista de ingreso, promoción y separación de los jueces, había de ser obediente con sus superiores y muy especialmente con el *grand-juge, M. le Ministre de la Justice*.<sup>13</sup>

Además el Juez había de ser completamente “apolítico”. Esta concepción del Juez, preconizada fundamentalmente por CASTÁN TOBEÑAS<sup>14</sup>, tenía, de un lado, como presupuesto la neutralidad de la Magistratura obtenida mediante la descongestión al Poder Judicial de “enojosos” asuntos (léase delitos políticos), los cuales eran enjuiciados por la jurisdicción militar y la de orden público y, de otro, tenía como finalidad evitar la afiliación al clandestino movimiento de “justicia democrática”.

#### b) Interpretación actual.

Dentro de este contexto histórico debiera ser reinterpretado el art. 127 C.E., el cual no prohíbe que el Juez tenga su ideología política, ni se pueda trasladar al T.C., para quien no rige esta prohibición, ya que el art. 127 se encuentra inserto

---

<sup>12</sup> Cfr.: mis *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p.p. 64-65.

<sup>13</sup> PICARDI, *Problemi attuali della responsabilità del giudice*, RTDPC, 1979, p. 1491;

<sup>14</sup> “*La independencia judicial estriba en que la Magistratura se mantenga alejada de la Política y esto lleva consigo una doble exigencia: a) que la Magistratura esté al margen de las funciones políticas... y b) que esté totalmente sustraída a las influencias políticas... El dogma de la independencia judicial va unido al principio de la neutralidad política de la Magistratura*”. CASTÁN TOBEÑAS *Poder Judicial e independencia judicial*, Madrid, 1951, p.p. 47 y 49.

dentro del Título VI (y no del IX), del Poder Judicial y el T.C. está sólo sometido la C.E. y a su Ley orgánica (art.1.1 LOTC 2/1979).

Es más, según SOSA WAGNER<sup>15</sup> (que, en el año 2013, salió en defensa de Francisco PÉREZ DE LOS COBOS por su afiliación al partido popular), en la R.F.A. no existe la prohibición de pertenencia de los jueces a partidos políticos: desde 1951 a 2000, el 28,5% de los jueces constitucionales han sido -y lo siguen siendo durante su mandato- militantes con carné de la democracia cristiana; el 34,2% de los socialdemócratas y el 3,4% han pertenecido a los liberales.

Por tanto, no toda función política de los Jueces ha de resultar censurable, sino **tan sólo aquélla que pueda minar la independencia judicial**, que, como ha reiterado el TEDH, ha de ser como “la mujer del César”, no sólo subjetivamente independiente, sino además parecerlo a los ojos de la sociedad<sup>16</sup>.

### c) La función política del Poder Judicial

Y es que tampoco cabe desconocer que, dentro de nuestro sistema democrático, nuestros más altos tribunales ejercitan también una **función política**, tal y como puso de relieve, en la R.F.A., LUHMANN, para quien la nota de independencia y neutralidad de la Jurisdicción hace que, en ocasiones, ejercite una función de corrector de los errores de los poderes normativos del Estado, cuando, debido a su anquilosamiento, no han sabido dar una respuesta rápida y adecuada a una nueva realidad social<sup>17</sup>. En este contexto, podría señalarse como claras decisiones jurisdiccionales políticas la no declaración de ilegalidad del Partido comunista español, en la primavera del año 1977, efectuada por la Sala de lo Penal del T.S. o, por el contrario, la Sentencia de ese mismo tribunal, de 27 de marzo de 2003, de ilegalización de Herri Batasuna, la más reciente Sentencia del T.C., de 28 de junio de 2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006, etc...

Así, pues, forzoso se hacer reconocer que, desde un punto de vista objetivo, **nuestros más altos tribunales y, de modo especial el Tribunal Constitucional, ejercitan una función política**, tal y como lo demuestra, a título de ejemplo

---

<sup>15</sup> “El Mundo”, de 24 de julio de 2013; “Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975”.

<sup>16</sup> Por ello, hay que saludar muy positivamente el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de octubre de 2015 de estimación de la recusación de los Magistrados Enrique LÓPEZ y Concepción ESPEJEL para el conocimiento del juicio oral de la primera fase de la trama GURTEL.

<sup>17</sup> LUHMANN, *Funktionem der Rechtsprechung im politischen System*, en “Dritte Gewalt heute?”, Frankfurt, 1969, p. 12.

paradigmático, la reciente reforma de la LOTC, operada por la L.O. 15/2015, de 16 de octubre, para la ejecución de resoluciones del T.C. encaminada a poner freno al movimiento secesionista catalán.

Pero esta función política se realiza siempre, como afirmaba nuestro Presidente del T.C., Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “*cum veste jurídica*”, lo que conlleva la pacífica conclusión de que, con independencia de que se esté o no de acuerdo con las sentencias del T.C., lo que nunca podrá censurarse es su extensa **argumentación jurídica** que diferencia a sus decisiones de las declaraciones políticas. Exhaustiva argumentación jurídica que está destinada a obtener el consenso social, de tal suerte que la ejecución de las Sentencias del T.C. se efectúe en virtud de su “*auctoritas*” y no, a través de su “*potestas*”.

## **B) El teórico distanciamiento del Poder Judicial del Ejecutivo.**

Ahora bien, para que las sentencias “políticas” del T.C. y las de los demás altos tribunales de la Nación se impongan por su consenso social, es necesario que su “*auctoritas*” provenga, no solo de su “*scientia*” o sabiduría, sino también de su independencia con respecto a los demás poderes del Estado.

Es cierto que la Constitución de 1978 fortaleció la independencia judicial, tanto a nivel individual<sup>18</sup>, como colectivo fundamentalmente mediante la instauración, en el año 1980, del sistema de autogobierno de la Magistratura, lo que unido a la creación del Tribunal Constitucional permiten configurar al Poder Judicial como el tercer poder, absolutamente independiente, del Estado.

Ello no obstante, tampoco cabe desconocer, tal y como ha denunciado recientemente Bonifacio DE LA QUADRA<sup>19</sup>, que, si bien el constituyente lo realizó muy bien, lo constituido hoy no lo es tanto en todo lo referente a la provisión o promoción a los más altos puestos de nuestra Magistratura.

En efecto, el bipartidismo ha llevado, entre los grandes Partidos políticos, a una especie de “reparto de cromos” o de cuotas en la provisión del C.G.P.J. y T.C., de

---

<sup>18</sup> Y, así, el art.122.1 estableció un Cuerpo único de Jueces defendido, como garantía de la independencia, por BECEÑA (*Magistratura y Justicia*, Madrid, 1932, p.p. 328-329); la Disposición Transitoria 2ª.3 de la LOCGPJ, de 10 de enero de 1980, suprimió las «certificaciones de especial idoneidad» y las causas absurdas de incapacidad que generaban responsabilidad disciplinaria y tipificó otras nuevas con independencia de la ideología o de la vida privada del Juez.

<sup>19</sup> En su ensayo “*La democracia de papel. Crítica al poder, desde la transición hasta la corrupción*”, Madrid, 2015, p.p. 23 y s.s.

tal manera que no siempre al Tribunal Supremo o al Constitucional llegan los más capaces, sino, en ocasiones, los más fieles a la formación política que los promueve.

Y es que desgraciadamente se ha cumplido la profecía contenida en la STC 108/1986, que, si bien legitimó el sistema de designación parlamentaria de los vocales del CGPJ por los partidos, también alertó de los riesgos de poder incurrir en una suerte de “partitocracia”.

### **3. Conclusión.**

De todo lo anteriormente expuesto una conclusión me parece evidente: hay que regenerar nuestro sistema democrático. Para ello, deben los partidos políticos tener un mayor comportamiento ético: han de renunciar a las querellas políticas pero también han de combatir la corrupción política y, sobre todo, deben fortalecer el Poder Legislativo, que no puede ya ser concebido como un mero ejecutor de las decisiones o directrices dimanantes del Ejecutivo.

En particular, y a la hora de designar a los vocales del CGPJ y magistrados del T.C., el Parlamento no puede tener otro norte, sino el de cumplir con lo dispuesto en el art. 23.2 de la C.E.: la promoción de la Magistratura debiera siempre efectuarse con arreglo al único criterio, trazado por este precepto, cual es el de la “*capacidad y mérito*” de los candidatos.