

El model jurisdiccional i el control el poder

Jordi Jaria i Manzano

Professor agregat Serra Húnter de Dret constitucional i ambiental

Universitat Rovira i Virgili

1. La problemàtica del control del poder en el món contemporani

El control del poder en el context de l'estat constitucional ha vingut delimitat per la idea de la legitimació democràtica de les decisions que emanaven del poder legislatiu i, ni que sigui de manera indirecta, també del poder executiu¹. Això es projectava sobre la jurisdicció constitucional, amb una idea robusta de *self-restraint*, que es desenvolupava a través de la interpretació conforme i la presumpció de constitucionalitat, però també en la jurisdicció contenciosa administrativa, en la que hi ha una certa deferència cap a l'exercici de les funcions normatives per part de l'Administració. No m'ocuparé de la jurisdicció constitucional, de manera específica en aquestes línies, encara que tot allò que es dirà és d'aplicació, ni que sigui matisada, al control del legislador. Em concentraré, més aviat, en el control dels reglaments i dels actes administratius.

En aquest punt, sense entrar en detall, cal prendre en consideració tres aspectes, al meu entendre crucials, de l'exercici de les funcions administratives a tots els nivells que han de tenir incidència en el control subsegüent per part de la jurisdicció. Es tracta de qüestions que afecten als fets sobre els que es projecten les decisions, als subjectes als que cal imputar aquestes decisions, i al context normatiu en el que s'opera el seu control. Serien les següents:

1. En relació amb l'entorn fàctic de l'activitat administrativa, cal tenir en compte la limitació i vulnerabilitat de la base biofísica en la que es fan efectives les decisions². A aquest factor, cal afegir la seva irreversibilitat, d'acord amb la segona llei de la termodinàmica i, finalment, la incertesa sobre les conseqüències que poden tenir. Així doncs, cal partir de l'afectació duradora i incerta de les decisions que pren l'Administració en un context socioeconòmic enormement complex, cosa que constitueix el fonament del principi de precaució³. Estem lluny, doncs, del món cartesià de certes i reversibilitats sobre les que s'han construït els privilegis processals de l'Administració i la deferència dels jutges en el control del poder.

2. En relació amb la imputació de les decisions administratives, cal prendre en consideració que la legitimitat democràtica indirecta que els atribuïm, en tant que "execució" de la voluntat del legislador democràtic, no es correspon exactament amb la realitat. En un context en què els poders públics són enormement dependents dels

1 Adolf Merkl es referia a la legitimació democràtica vicària o de segon nivell que tenia l'executiu en un sistema parlamentari. En aquest sentit, vg. Josep Maria Castellà Andreu, *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs. Barcelona, 2001, p. 53ss.

2 Vg., en aquest sentit, Ramón Margalef, "Lo que se llama ecología y posibles condicionantes de nuestro futuro", José Alcina Franch, Marisa Calés Bourdet (eds.), *Hacia una ideología para el siglo XX. Ante la crisis civilizatoria de nuestro tiempo*, Akal. Tres Cantos, 2000, p. 343.

3 Sobre el principi de precaució, vg. Jamie Benidickson, *Environmental Law*, Irwin Law. Ottawa, 1997, p. 18ss.; Marcello Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè. Milán, 2000, p. 169ss.; Dominik Koechlin, *Das Vorsorgeprinzip im Umweltschutzgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Emissions- und Immissionsgrenzwerte*, Helbing & Lichtenhahn. Basilea, Frankfurt am Main, 1989, p. 10ss.

mercats internacionals de capital, les decisions públiques revesteixen una forma democràtica, però responen més aviat a processos de captura del regulador, en els que els ciutadans són més aviat marginals⁴. Cal tenir en compte que bona part de les formes del poder en el moment present s'originen més enllà de les institucions públiques socialment reconegudes, atès els múltiples detenedors informals del poder que apareixen en el context d'una economia global fortament integrada, on les organitzacions professionals i les empreses transnacionals adquireixen un enorme protagonisme.

3. Finalment, en relació amb el context normatiu en el que es fa efectiu el control, cal tenir en compte la centralitat dels drets fonamentals en el discurs jurídic, centralitat que es produeix en un context de complexitat constitucional, que ha estat definit com a constitucionalisme multinivell o constitucionalisme en xarxa, des de la perspectiva del dret constitucional, i com a constitucionalització del dret internacional, en el context del dret internacional públic⁵.

En definitiva, han canviat els pressupòsits fàctics, institucionals i jurídic-substantius del control dels poders públics. Aquest canvi es projecta sobre la idea de jutge dominant en la tradició francesa i castellana, epitomitzada per la descripció de Montesquieu del jutge com a boca de la llei, això és, un funcionari que, senzillament, subsumeix mecànicament el cas concret en una normativa clara i legítima, en un món ordenat i previsible. En la meua opinió, els canvis de l'entorn en els tres àmbits que he apuntat, tanmateix, obliguen a redefinir el rol del jutge i, en última instància, es projecten sobre la seva selecció.

2. Funció jurisdiccional i raonament jurídic⁶

D'acord amb l'escenari descrit sumàriament més amunt, el disseny tradicional del perfil del jutge en la situació de partida, això és, en el model espanyol, ofereix un tipus professional d'orientació clarament legicèntrica i formalista, que respon a una ideologia jurídica i una dinàmica social que han estat superades de fa temps⁷. D'altra banda, cal considerar aspectes molt importants en relació amb la socialització professional del jutge —particularment, les relacions que s'estableixen amb altres professionals del dret, com, sobretot, els advocats—, així com el seu bagatge vital i professional a l'hora d'exercir la seva funció d'adjudicació en una societat complexa, no només des del punt de vista jurídic.

La selecció i interpretació del dret aplicable a partir de la comprensió adequada de la realitat que el cas concret li presenta, obliga al jutge a prendre en consideració la importància del control del poder en un context normatiu complex i proteic, on les eines tradicionals proporcionades pel positivisme legalista són d'una utilitat relativa —tot i

4 Sobre el concepte de captura del regulador, vg. Ernesto Dal Bó, “Regulatory Capture: A Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, núm. 2, 2006, p. 203-225.

5 Vg. Ingolf Pernice, Ralf Kanitz, *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*, Walter Hallstein-Institut Paper, 2004; i Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press. Oxford, 2009.

6 Els arguments que consigno en aquest apartat i en el següent, els he desenvolupat en el meu treball “La identificació del dret aplicable en un context normatiu complex”, DDAA, *Diàlegs sobre la justícia i els jutges*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 2015, p. 85-111. M'hi remeto en relació amb les referències que suporten l'argumentació aquí desplegada de manera sumària, així com en relació amb els detalls als que aquí no puc referir-me.

7 Vg. Jordi Jaria i Manzano, “Selección, perfil profesional y formación inicial de los jueces en España”, *Revista de Educación y Derecho / Education and Law Review*, núm. 3, 2011.

que cal tenir en compte la seva importància en l'àmbit del dret sancionador i, particularment, del dret penal, on poden jugar una funció garantista que no es pot menystenir de cap manera—. És evident que la tradició més aviat pragmàtica i principialista del dret públic de Catalunya previ al Decret de Nova Planta ofereix inspiració per reconstruir el raonament jurídic en el context complex, incert i captiu en el que es produeixen les decisions públiques en el món contemporani.

Així, en un context pluralista i normativament entròpic, cal reconsiderar la coherència interna de l'acte d'identificació, interpretació i aplicació de la norma. Per a això, cal afrontar la relació dialèctica que plantegen, d'una banda, el principi de jerarquia i de seguretat jurídica, que garanteixen la racionalitat i la coherència del dret, i els factors de perturbació que incorpora la dinàmica social del sistema-món capitalista en la fase present, amb els consegüents efectes sobre la producció normativa i l'estructura institucional, així com la recognoscibilitat del poder. Davant de la fragmentació de l'espai normatiu i de la multiplicació dels centres de producció, això implica passar de posar l'èmfasi en els processos de producció de les normes —i, per tant, en la insistència en els continguts substantius de caràcter legalista en els que se centra la formació dels juristes de tronc continental— per posar-lo en l'acte d'aplicació, on es fa efectiu el control del poder.

Pel que fa a això, cal subratllar que la selecció i interpretació del dret aplicable pot conduir a la necessitat de col·laboració d'algun altre òrgan jurisdiccional —com succeeix en el cas de les diverses modalitats de qüestions prejudicials—. En tot cas, el que és important notar és que aquesta col·laboració es produeix en el marc d'un procés argumentatiu complex que ha d'acabar en una resposta justificada en relació amb l'establiment dels fets i la selecció, interpretació i aplicació del dret. En definitiva, el fet que, en certs casos, l'òrgan jurisdiccional encarregat de resoldre un cas hagi de transferir part del procés de selecció i aplicació —verbigràcia, la determinació de si una llei és o no és vàlida i, per tant, seleccionable com a dret aplicable al cas concret— no trenca la unitat funcional del procés de selecció, interpretació i aplicació del dret, sinó que tan sols el reparteix entre diversos òrgans amb atribucions competencials concretes en aquest procés. En aquest context, és important l'existència d'una cultura judicial comuna.

La constitució, entesa com a nucli axiològic i element legitimador de l'estructura institucional en què el jutge desenvolupa la seva funció, orienta el procés de selecció i interpretació del dret en context complex, on el mecanicisme legalista és del tot inapropiat. Això planteja exigències evidents per al jutge, en el sentit no només de la referida sofisticació de la seva capacitat argumentativa, sinó també de l'assumpció d'una major responsabilitat social, ja que no es pot emparar en l'aplicació mecànica i formalista d'un dret clarament identificable i de sentit inequívoc. En aquest context, ja no ens trobem davant d'una constitució formal concebuda, en termes kelsenians, com a paràmetre per decidir com les normes del sistema s'estableixen o s'anul·len. Més aviat, se'ns presenta un sistema constitucional complex adreçat a proporcionar criteris de solució per als conflictes socials des del punt de vista del control del poder i la protecció del *status* dels membres de la comunitat d'acord amb una idea fonamental de consens social.

La praxi dels tribunals constitucionals europeus ha anat posant l'èmfasi en la utilització de principis en la construcció del consens social que ha de servir de marc de resolució dels casos i deixant en segon pla les regles i el raonament subsumptiu propi de l'estat de dret legalista. Així, l'escolasticisme exegetíc de la jurisprudència vuitcentista queda substituït per estratègies complexes en què es manegen una sèrie de principis i valors,

diversos i, de vegades, divergents, per reconduir-los a una situació d'equilibri en què es formula la regla concreta per a la resolució del cas. En aquest sentit, la jurisprudència adquireix una nova dimensió en els sistemes de dret continental, on el principi de legalitat l'havia reduït gairebé a la categoria de poder nul que propugnava Montesquieu, que, en definitiva, és la inspiració última de l'oposició tal com està concebuda en el moment present —una selecció basada en el coneixement memorístic d'una selecció esbiaixada de continguts substantius i processals que limita considerablement l'exercici per part del jutge del rol social que està cridat a jugar en les societats contemporànies—.

En aquest context, el raonament subsumptiu i la pura submissió a la llei es van reconvertint en una recreació jurisprudencial del dret que apunta cap a la tradició del *common law*, alhora que desdibuixa les fronteres entre creació i interpretació del dret associades al positivisme legalista continental. Sembla evident que aquestes noves maneres de fer, que responen a noves necessitats, noves hermenèutiques i noves narratives professionals, lliguen amb una tradició jurídica, en el seu moment escapçada, que es basava en paràmetres menys formals, enllà del *quod principi placuit legis habet vigorem*, predominant en la tradició castellana i la francesa, però aliè als fonaments pactistes del dret públic tradicional de Catalunya.

En definitiva, davant d'una situació de fragmentació i borrositat de les diferents formes del poder, el jutge, com a element de control i de cohesió del sistema jurídic, adquireix una importància clau que el situa molt més enllà d'un engranatge mecànic adreçat a la subsumpció del cas concret en la norma legislativa abstracta. D'altra banda, això el situa en un escenari on s'enfronta a un material normatiu força més complex que el de l'estat legal de dret i es troba davant de problemàtiques socials considerablement intrincades. La constitució esdevé, en aquest context, un centre de convergència, que dota d'unitat una realitat complexa i dinàmica en la qual es resolen —sempre de manera provisional— els conflictes socials. Així, la interpretació adquireix una importància clau en l'activitat jurisdiccional, per tal com esdevé el centre del procés complex de selecció, interpretació i aplicació del dret.

3. Consideracions sobre la selecció dels jutges

Tot el que s'ha plantejat prèviament sembla que ha de tenir conseqüències des del punt de vista de la selecció i la formació del jutge, procés que s'ha de centrar en les habilitats a l'hora de manipular una material normatiu complex i proteic, a partir de la centralitat de la constitució material com element de cohesió, així com la capacitat d'interactuar vàlidament en un context social molt exigent, que requereix de l'exercici efectiu de la seva funció d'adjudicació per resoldre adequadament els conflictes socials complexos que afloren en els tribunals. De tot el que he dit fins a aquí, cal extraure algunes conclusions, ni que sigui provisionals, en relació amb el procés de selecció i formació.

Sembla bastant transparent, arribats en aquest punt, que cal una revisió completa d'un procés de selecció centrat en la repetició memorística de normes legislatives i la jurisprudència associada, procés que tendeix a mecanitzar la funció del jutge, amb una important erosió del seu rol social, atesa la problemàtica descrita més amunt. Així doncs, la centralitat de l'oposició i el seu disseny específic en el context judicial espanyol són particularment inadequades per produir un perfil judicial apropiat en el context prèviament descrit. És més. Com la complexitat del món contemporani és molt més que estrictament normativa, sembla que la formació merament acadèmica del jutge és, així mateix, insuficient per a l'exercici de les seves funcions d'una manera satisfactòria.

Aquest context professional obliga a reconsiderar la formació i la selecció dels jutges, que han de ser educats en la construcció de complexos argumentatius sofisticats i una perspectiva àmplia sobre el que és el dret, a més de posseir un bagatge adequat en relació amb la interpretació de les relacions socials en el món contemporani. Cal insistir aquí en un procés de selecció i formació menys centrat en els continguts que en les tècniques, a partir d'una evolució de l'estat de dret que es presenta, avui, menys com un estat que com un procés, abocat a la incompletitud, a la realització momentània en l'acte de selecció, interpretació i aplicació del dret, d'acord amb una dinàmica de control del poder que pretén maximitzar l'estatut reconegut als ciutadans en termes de drets fonamentals.

Els continguts constitucionals i, en particular, els drets fonamentals han de constituir l'element central que orienta el procés de selecció, interpretació i aplicació del dret, tot erosionant la pretensió de fer efectiva la llei d'una manera mecànica, en la mesura que es projecten sobre qualssevol normes rellevants per un cas concret, presenten exigències interpretatives per a elles i en constitueixen el paràmetre de la seva validesa, cosa que genera un reforçament de la jurisprudència com a discurs que fixa i compacta el contingut del dret. El desafiament, en tot cas, és definir adequadament un procés de selecció que permeti afrontar els reptes professionals que suscita un poder judicial concebut en els termes d'espai de control del poder en el context plantejat en les pàgines anteriors.

Tarragona, 10 de juliol de 2017.