

MÁS ALLÁ DEL ACTIVISMO JUDICIAL

*Un breve artículo sobre el llamado
“populismo judicial”, con motivo del
cambio jurisprudencial de la STS 1505/2018*

Juan Ángel Soto

Director adjunto al presidente de Civismo

I. Introducción

En España, así como en otros países, la Justicia se ha convertido en un campo de batalla donde el corpus normativo ve amenazada su hegemonía por otras fuerzas como la ideología o la opinión pública. Éste es, en particular, el caso de asuntos controvertidos y muy mediatizados como el de La Manada, ante los que, en un breve espacio de tiempo, se genera un fuerte clamor popular que, en ocasiones, parece doblegar la aplicación de la ley; tarea propia de jueces y magistrados.

Las armas empleadas en este tipo de conflicto son eminentemente las críticas, que se dirigen, no sólo a los técnicos de la Administración de Justicia, sino también a los medios de comunicación y a la intromisión de otros poderes, en especial el ejecutivo. Tamaña vorágine pone en tela de juicio la profesionalidad e independencia de jueces y tribunales, perjudicando seriamente la calidad democrática. Esto obliga a preguntarse por los límites de la actuación judicial en un sistema político y constitucional como el español.

II. Activismo judicial y populismo judicial

Las injerencias de ideologías partidistas y de la opinión pública (canalizadas por los medios de comunicación) se traducen en dos fenómenos paralelos. Las primeras, las ideológicas, acostumbran a adoptar la forma de presión por parte del Ejecutivo en la Administración de Justicia. En ocasiones, ésta responde, a su vez, a la presión de la opinión pública sobre el Gobierno, mientras que, en otras, su fin pasa por subvertir el papel del legislador. A esto se le denomina activismo judicial, consistente en la lectura forzada de la ley, con el objetivo de alcanzar un distanciamiento respecto a quien la ha acuñado¹.

A través de este procedimiento, se busca, bien alejarse² del texto emanado del trabajo de las Cortes, bien ampliar el marco de actuación en el que los jueces puedan dictar sentencia. En cualquier caso, como señala el profesor Cabrillo, este

¹ Informe: La calidad del sistema jurídico como clave del crecimiento económico y del progreso social, Círculo de Empresarios, febrero de 2018. Ver en: <https://circulodeempresarios.org/app/uploads/2018/02/Documento-JUSTICIA-2018.pdf>

² Esto supone una seria amenaza a la independencia entre los poderes legislativo y judicial, así como entre éstos y el ejecutivo, que ejerce la presión.

mecanismo convierte a los jueces en legisladores de facto; en “creadores de normas e interpretaciones que otorgan efectos jurídicos a determinados comportamientos”³.

La pugna entre visiones jurídicas finalistas y formalistas dista mucho de ser nueva. El judicialismo de tradición anglosajona o la jurisprudencia de intereses confiere mayor licencia o discreción al juez, quien, al dirimir un conflicto, sopesa, no sólo la ley, sino también las necesidades de las partes, mientras que las escuelas exegéticas o históricas defienden la omnipotencia del legislador o la predilección por el derecho consuetudinario.

Lo que resulta más novedoso es el desequilibrio que se está produciendo en los últimos años en nuestro país a favor de los primeros, que son precisamente los que menos han caracterizado históricamente nuestro sistema jurídico.

No corresponde aquí valorar las virtudes y defectos de uno u otro modelo, como tampoco parece prudente abogar por un equilibrio entre ambas posturas. El in medio virtus aristotélico no consagra necesariamente la equidistancia, sino que habrá que atender a las circunstancias concretas de cada caso para señalar cuál es el enfoque adecuado. Hasta la fecha, en el derecho español, de carácter continental, el equilibrio se ha hallado otorgando a la jurisprudencia un carácter no nor-

mativo, pero sí complementario al ordenamiento jurídico. Así, ésta no resulta vinculante, diferenciándose de la norma legal. No obstante, cumple un papel fundamental en la interpretación de esas normas, y rellenando lagunas jurídicas. Al margen de tesis rigoristas positivistas, el juez no es la bouche de la loi de Montesquieu. La decisión de los jueces ha de entenderse como vinculante *hic et nunc*, aquí y ahora, y a ella han de atenerse sólo los litigantes. Así pues, el juez actúa. Pero, de la acción al activismo, hay un salto.

Independientemente de la exacta descripción del sistema actual, no cabe duda de que la progresiva tendencia hacia el judicialismo finalista pone en peligro su propia supervivencia, abriendo toda una serie de incógnitas y planteando nuevos problemas, de entre los que destaca la ya citada deslegitimación del poder legislativo y, por ende, de la democracia representativa que lo motiva.

Llegados a este punto, es preciso puntualizar también que, en ocasiones, el activismo judicial lo causan factores ajenos a la injerencia directa del Ejecutivo por motivos espurios. De hecho, en los últimos años han sido las reformas económicas diseñadas para revertir la crisis las que han afectado a un gran número de individuos y colectivos, ocasionando unas críticas que los jueces no han dejado de considerar en el momento de dictar sentencia. No obstante, ello no obsta para señalar que, sea cual fuere la razón, este activismo daña, no sólo a la cuasi sacra separación de poderes que ha de caracterizar a toda democracia liberal, sino también, y gravemente, la seguridad

3 Cabrillo Rodríguez, F. (2005), ‘Intereses y preferencias en la administración de justicia: ¿qué maximizan los jueces?’, en Begué Cantón, G., Sánchez Macías, J., Calvo Ortega, R. y Rodríguez López, F., Economía, derecho y tributación, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 218.

jurídica de los agentes económicos, con las implicaciones de diversa índole que esto conlleva, y que pueden suponer, además, un peligro para la propia Justicia⁴.

En cuanto al populismo judicial, nos lleva al segundo tipo de las injerencias citadas, ya que se trata de un término que también hace referencia a la extralimitación en sus competencias por parte de jueces y magistrados, similar al activismo judicial. Sin embargo, mientras que el último obedece a la búsqueda de una mayor maniobrabilidad del poder judicial respecto al legislativo, el primero persigue, eminentemente, la aprobación de los ciudadanos y, al mismo tiempo, la afinidad entre la Administración de Justicia y la opinión pública. No en vano, ésta es capaz, como se ha mencionado anteriormente, de ejercer una enorme presión, dando lugar a verdaderos juicios mediáticos paralelos, que se desarrollan a la vista de todos, alimentados por filtraciones, intereses partidistas, ideológicos, etc.

III. Caso: el impuesto de las hipotecas

En los últimos días, estos fenómenos han cobrado plena vigencia a raíz de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1505/2018, de 18 de octubre, por la que se modifica la jurisprudencia anterior relativa al sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria. Hasta la fecha, la regulación de este tributo obligaba

al deudor hipotecario a pagarlo. Ahora, en lo que supone un giro jurisprudencial, se hace recaer esta obligación en la entidad prestamista o el acreedor hipotecario.

Como era de esperar, esta resolución ha sido recibida por la opinión pública con gran división, abriendo una línea de falla entre, por un lado, individuos, familias, empresarios..., y, por otro, entidades bancarias. Esta tensión ha desembocado en que el Tribunal Supremo vaya a revisar el próximo 5 de noviembre, no la sentencia, sino la decisión de que sea el banco, y no el cliente o deudor, el que deba pagar el impuesto.

Ante esta situación, son numerosas las críticas recibidas por el Tribunal, tanto externas como desde dentro de la propia Administración, lo que perjudica el prestigio y la profesionalidad del órgano en particular, y del poder judicial en general. Asimismo, la decisión de revisión ha provocado una gran inseguridad jurídica, dado que, hasta que no se resuelva la cuestión, se desconoce quién será finalmente el sujeto pasivo del impuesto. Por último, las consecuencias económicas tampoco se han hecho esperar, comenzando con una aciaga jornada en bolsa, el día en que el Tribunal dictó la sentencia, en la que se produjeron unas pérdidas conjuntas para las entidades financieras de casi 6.000 millones de euros de su valor en Bolsa.

La inseguridad jurídica resultante de ésta y otras decisiones de los tribunales demuestra que la justicia material tiene un alto precio.

⁴ Gomá Lanzón, I. (2016). ¿Justicia material o populismo judicial?, El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, N° 68, pp. 6-11.

IV. La justicia material en la encrucijada

Someter a la justicia a la brújula moral del juez o tribunal de turno es peligroso por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque va en detrimento de la propia legalidad, relajando lo dispuesto por el legislador y erigiendo, por ello, al juez como legislador de facto. El incentivo de los magistrados para actuar así es alto, especialmente cuando sus valores o intereses coinciden con el sentimiento popular. Así, no sólo entra en juego la presión que han de soportar por parte de la opinión pública, sino también la sensibilidad a las alabanzas que les dedican los ciudadanos cuando se yerguen como sus defensores con una actitud valiente, enfrentada a los grandes poderes políticos o económicos. En efecto, la tentación de comulgar con una pequeña dosis de populismo judicial es grande. Sin embargo, y aunque la aspiración del jurista, como señala Gomá (2016), ha de ser la obtención de la justicia material, el sacrificio de la seguridad jurídica y la independencia judicial supone un coste a todas luces excesivo.

En segundo lugar, el sometimiento de las decisiones judiciales al fin de la justicia material trae un grado considerable de arbitrariedad, pues las hace dependientes del criterio moral del juez, el cual, además, puede cambiar con el tiempo. Todo ello acrecienta la mencionada inseguridad jurídica, con nefastas consecuencias para la economía y el Estado de derecho.

V. Conclusión

La deriva judicialista de la Administración de Justicia en España no goza de una valoración normativa positiva o negativa. Aun cuando otorgar un mayor peso a la jurisprudencia no case con nuestro sistema judicial actual, una modificación gradual del *statu quo* para adaptarlo a las exigencias sociales, culturales y económicas del país habría de ser bienvenida. Sin embargo, una reforma de este calado no le corresponde a los jueces, sino al Parlamento. Sólo así podrá preservarse la independencia de los tres poderes del Estado y se blindará la seguridad jurídica, indispensable para la estabilidad y prosperidad socioeconómica de éste y de cualquier país.

**UNA ADAPTACIÓN GRADUAL
A LAS EXIGENCIAS SOCIALES,
CULTURALES Y ECONÓMICAS
HABRÍA DE SER BIENVENIDA,
PERO ESA REFORMA CORRESPONDE
AL PARLAMENTO**
