

LAS FUENTES DE LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN*

Luigi FERRAJOLI**

DEMOCRACIA Y CONSENSO. FUNCIONES DE GOBIERNO Y FUNCIONES DE GARANTÍA

Según un punto de vista muy difundido en el sentido común, la fuente de legitimidad de los poderes públicos residiría esencialmente en el consenso popular. Se trata de una tesis bastante insidiosa, que si es asumida de forma acrítica puede servir para apoyar las más desastrosas involuciones totalitarias. Ciertamente, el consenso es la principal fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno. Pero no es la fuente de legitimidad de todas las decisiones legislativas y gubernativas y no es la fuente de legitimidad de todas las demás funciones públicas.

1. No es, sobre todo, la única fuente de legitimidad de las funciones políticas de gobierno ni sirve para legitimar cualquier decisión política

Ningún consenso mayoritario, ni siquiera la unanimidad de los consensos, puede legitimar, en la democracia constitucional, decisiones contrarias a la Constitución. Esta es la gran novedad del constitucionalismo democrático, inaugurado en Europa con las Constituciones rígidas de la segunda posguerra. Se comprende desde entonces que el consenso, del cual incluso los regímenes fascistas se habían aprovechado y a través del que habían conquistado el poder con medios legales, no garantiza, de hecho, la supervivencia de la democracia. Por eso es que fue diseñada, por esas nuevas Constituciones, la que podemos llamar “esfera de lo indecible”: de lo “indecible que”, es decir, la lesión o restricción de los derechos de libertad, sobre los

* Traducción de Miguel Carbonell (investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

** Universidad Roma III.

que ninguna mayoría puede legítimamente decidir, y de lo “indecidible que no”, es decir la satisfacción de los derechos sociales sobre los que ninguna mayoría puede dejar de decidir. Solamente lo que queda fuera de esta esfera es, desde entonces, la “esfera de lo decidible”, o sea, de las decisiones legítimas, a través de la representación política, del consenso popular.¹

El consenso no es, por tanto, suficiente para legitimar cualquier decisión, ni siquiera de los poderes políticos de gobierno, cuyo ejercicio encuentra límites y vínculos establecidos por los derechos fundamentales. El fundamento axiológico de tales derechos, por otro lado, no reside, de hecho, en el consenso mayoritario, que es una condición de su efectividad, pero no de su legitimidad. Justamente porque no son (y ni siquiera es legítimo pretender que sean) compartidos políticamente por todos, estos derechos se estipulan jurídicamente en garantía de todos, incluso contra las mayorías contingentes. Su legitimidad, a diferencia de la legitimidad de la legislación ordinaria, es por tanto prepolítica. Reside en el hecho no ya de ser queridos por todos, sino de garantizar a todos; reside, en una palabra, en la igualdad, como cláusula del pacto social de convivencia. Este es el sentido, con frecuencia incomprendido, de su “universalidad”; que no se refiere a un improbable e inexigible consenso universal, sino a la universalidad de sus titulares, es decir, al hecho de que tales derechos, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, son atribuidos a todos.

Por tanto, el consenso es la fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno, pero solamente dentro de los límites y con los vínculos establecidos por las Constituciones. Pero no es —y llego así a la segunda tesis avanzada al inicio— la fuente de legitimidad de otras funciones públicas. Y no lo es, en particular, de esa clásica función de garantía que es la función judicial.

Esta diversidad de fuentes de legitimidad del poder judicial, y más en general de las instituciones de garantía, respecto a la de los poderes políticos, está conectada a su distinta naturaleza, la cual justifica su separación y su independencia. Según una tesis que he sostenido en distintas ocasiones, las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles *grosso modo* a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión, consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, *legis-latio* y *iuris-dictio*, una vinculada a lo que he llamado esfera

¹ Sobre el paradigma de la democracia constitucional, mi libro *Principia iuris. Teoría del derecho e de la democracia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I, *Teoría del derecho*, capp. XI y XII, y el vol. II por completo, *Teoría della democrazia* (en lo sucesivo, *Pi. I o II*). Sobre la distinción entre “esfera de lo decidible” y “esfera de lo indecidible”, véase *IVI*, I, § 11.18, pp. 819-824 y *II*, § 13.4, pp. 19 y § 15.1, pp. 304 y 549.

de lo decidible, la otra, a la que he denominado esfera de lo indecidible (que y que no). Pertenecen a la esfera discrecional de lo decidible las funciones de gobierno, entre las cuales se pueden incluir tanto las legislativas como aquellas que son, en sentido estricto, gubernativas y las auxiliares de tipo administrativo. Por el contrario, se instituyen para actuar y para defender la esfera de lo indecidible las que podemos llamar funciones de garantía, en las que se incluye la función judicial, que es una función de garantía secundaria, y la función administrativa, de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales igualmente vinculada a la ley.² Las funciones de gobierno diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos desde el punto de vista de los intereses generales y cuyas fuentes de legitimidad son por ello la representación política y el consenso. Las funciones de garantía corresponden por el contrario al espacio de la jurisdicción y de la administración sometida a la ley, cuyos criterios de valoración y cuyas fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos legales de su ejercicio.

Pongamos, por tanto, bajo análisis los fundamentos específicos de la legitimidad de las funciones de garantía, y en particular, de las funciones jurisdiccionales, en oposición a las de la representación y el consenso sobre las que se basa por el contrario la legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno. Los fundamentos específicos y distintos, que justifican la separación entre las dos clases de funciones, son esencialmente dos: a) la naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción; b) la garantía de los derechos de los ciudadanos, primeros entre todos los derechos fundamentales, y por tanto el papel de contrapoder desarrollado por el Poder Judicial respecto a los poderes políticos de la mayoría.³

2. *El carácter tendencialmente cognitivo de la jurisdicción como primer fundamento de su legitimidad*

El primer fundamento consiste en la naturaleza tendencialmente cognitiva que proviene para la función judicial del principio de legalidad al que se

² Sobre la distinción y la separación entre *funciones de gobierno* y *funciones de garantía*, y sobre la distinción de éstas últimas en *funciones administrativas de garantía primaria* y *funciones jurisdiccionales de garantía secundaria*, recenvío a *Pi I*, § 12.6, pp. 869-879 y *Pi II*, § 13.5, 24-29; § 13.4, 75-77 y § 16.14, 548-552.

³ Por ello tales funciones —típicas del moderno Estado social de derecho; no estaban previstas por la tripartición de los poderes típica del siglo XVIII formulada por Montesquieu— deberían estar, como las funciones judiciales, separadas e independientes de las funciones de gobierno (*cfr. Pi I*, §§ 12.6-12.7, pp. 869-879).

somete su ejercicio. El rasgo distintivo que identifica las distintas funciones —la jurisdicción ordinaria, la civil y la penal, la administrativa y la constitucional—, pero también, en distinta forma, las funciones administrativas de garantía, es el hecho de que todas consisten en la verificación de hechos o de situaciones: la jurisdicción en la verificación de violaciones a la ley por actos ilícitos o por actos inválidos; las funciones de garantía primaria de los derechos sociales en la verificación de los presupuestos de hecho de las prestaciones debidas; las funciones de control y de garantía desarrolladas por los órganos autónomos en la verificación de los diversos presupuestos normativos de su ejercicio.

Por lo que hace a la jurisdicción, su naturaleza tendencialmente cognitiva, además de prescriptiva, es claramente reconocible por la motivación, de hecho y de derecho, que se exige a toda decisión judicial. Las leyes, los reglamentos, los acuerdos entre particulares y gran parte de las decisiones administrativas son actos solamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende solamente del respeto a las formas que rigen su formación, y cuya legitimidad política depende en la esfera privada de la autonomía, de sus autores, y en la esfera pública, de su oportunidad y sintonía con los intereses generales. Las sentencias, por el contrario, son siempre verificaciones de una violación, y exigen, por tanto, una motivación fundada en argumentos cognitivos respecto de los hechos, y cognitivos, respecto del derecho, de cuya verdad, aunque sea de forma aproximativa como es toda verdad empírica, depende tanto su validez o legitimidad jurídica como su justicia o legitimidad política; si criticamos una condena o una absolución por considerarlas injustas, es porque entendemos que son falsas sus motivaciones.

Por un lado, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción vale para configurarla, a diferencia de la legislación y, la administración, como aplicación sustancial, en vez de simple, respecto a la ley, es decir, como afirmación de la ley. Por otro lado, sirve para garantizar ese derecho fundamental específico tutelado por la jurisdicción, que es la inmunidad de la persona frente a decisiones arbitrarias. Bajo ambos aspectos, por otra parte, la jurisdicción se vincula, como la legislación, con la voluntad popular; porque es aplicación de esa voluntad política que se ha manifestado ya sea en las leyes, ya sea en las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales, estipuladas unas y otras con el velo de la ignorancia que proviene de su carácter de reglas generales y abstractas.

Bastaría eso para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimidad de los jueces y para dar fundamento a los requisitos de imparcialidad e independencia respecto a cualquier poder, incluyendo los poderes

representativos de la mayoría. Justamente porque reside en la garantía de la imparcial verificación de lo verdadero,⁴ la legitimidad del juicio no puede depender del consenso de la mayoría. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o de los disensos, puede convertir en verdadero lo que es falso o en falso lo que es verdadero. Por esto, el carácter electivo de los magistrados, presente, por ejemplo, en la experiencia constitucional norteamericana, se contradice, al igual que la elección, o, incluso peor, la dependencia del ejecutivo por parte del Ministerio Público, con la fuente de legitimidad de la jurisdicción.

En Italia, por ejemplo, la elección popular de los jueces y/o de los Ministerios Públicos, propuesta recientemente por la Liga Norte, provocaría la máxima politización de la jurisdicción: tendríamos jueces de derecha, de centro y de izquierda, en contraste con la lógica del Estado de derecho. Por el contrario, el sentido de la frase “Siempre habrá un juez en Berlín”⁵ implica que debe haber siempre un juez capaz, por su independencia, de absolver a un ciudadano ante la falta de pruebas de su culpabilidad, incluso cuando el soberano o la mayoría de la opinión pública piden su condena, y de condenarlo en presencia de pruebas cuando los mismos poderes pretenden su absolución.

Todo esto vale también para la acusación pública, cuya legitimidad y cuya independencia se basan igualmente en la naturaleza cognitiva de las hipótesis acusatorias; debe en esa virtud existir una acusación pública independiente —pero desde luego separada, a su vez, de la función judicial— que pueda valorar, sin condicionamiento de ningún poder, la existencia de los presupuestos de la acción penal. Vale lo mismo para la policía judicial, que en muchos ordenamientos depende del poder ejecutivo, en contraste, de nuevo, con la naturaleza cognitiva de sus funciones investigativas. Y vale igualmente, agregó, para todas las funciones administrativas de garantía primaria, que son tales en la medida en que los presupuestos de su ejercicio están más o menos rígidamente predeterminados por la ley. Se trata, en todos los casos, de funciones que no comportan discrecionalidad política,

⁴ “Es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho, y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares”, Beccaria, C., *De los delitos y de las penas* (1764), México, Porrúa, 2005, cap. III, pp. 10 y 11.; “Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de juez no consiste más que en asegurar un hecho” (*idem*, XIV, p. 35).

⁵ La frase “Siempre habrá un juez en Berlín” fue dirigida por el campesino Arnold a Federico II, en 1780, que quería apoderarse de su molino. Es citada por G. Radbruch en su libro *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, cap. VII, 1930, párrafo 2. Contrariamente a lo que se suele pensar, en realidad Federico II ignoró la sentencia de los jueces y la sustituyó con un acto de fuerza, apoderándose del molino.

sino solamente una discrecionalidad técnica que no es distinta, en el plano epistemológico, de la judicial.

3. *El papel de garantía de los derechos como segundo fundamento de la legitimidad de la jurisdicción*

Este nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales representa el primer fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del Poder Judicial en el moderno Estado de derecho. Una actividad cognitiva, aunque inevitablemente incluya opciones, convenciones y momentos para la decisión, no puede, por principio, someterse a imperativos que no sean los inherentes a la búsqueda de la verdad. Y cualquier condicionamiento de un poder externo, por más acreditado ética y políticamente que esté, no solamente no contribuye a alcanzar la verdad, sino que para tal fin es desviante. Desde este punto de vista, el fundamento de la separación y de la independencia del Poder Judicial del poder político y del consenso popular es el mismo fundamento de la libertad de la ciencia y de su independencia de la política y de la religión y, más en general, de la libertad de manifestación del pensamiento, ni la una ni la otra vinculadas a cualquier tipo de dependencia o de consenso mayoritario.

Pero hay una segunda razón —no menos importante y más directamente ligada a la teoría política del Estado de derecho— que está en la base de la división de poderes y de la naturaleza solamente legal de la legitimidad de la jurisdicción. Consiste en el hecho de que el ejercicio del poder judicial incide sobre los derechos y sobre las libertades del ciudadano como individuo. Y para el individuo el hecho de que tal poder sea ejercido por una mayoría no representa, de por sí, ninguna garantía: “cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente”, dijo Tocqueville, “poco me importa quién me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten”.⁶ En esa virtud, al menos para (la libertad y la verdad de) quien está sujeto a la justicia penal, una legitimidad mayoritaria del Poder Judicial puede suponer un peligro, considerando el riesgo de imprimir al juicio, sobre todo si no cuenta con bases rigurosamente cognitivas, una connotación partisana que contrasta con la imparcialidad que requiere la actividad jurisdiccional.

De ahí el segundo fundamento de la independencia de las funciones y de las instituciones de garantía que se identifica, en gran parte, con su papel de tutela de los derechos fundamentales. Justamente porque tales

⁶ Tocqueville, A. de, *La democracia en América* (1835), México, FCE, 2001, p. 397.

derechos son universales, virtualmente contra las mayorías⁷ y los poderes de mayoría, también las funciones y las instituciones encargadas de su defensa deben ser, virtualmente, contramayoritarias. No se puede condenar o absolver a un ciudadano, prestarle o no prestarle asistencia sanitaria, o proveer o dejar de proveer para su subsistencia porque responda o no responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente, o la absolución de un culpable, o la privación o afectación de un derecho de libertad, o la falta de satisfacción de un derecho social. Si se quiere que estén en posibilidad de garantizar los derechos de los individuos, las funciones de garantía, comenzando por la judicial, no pueden ser expresión, ni mucho menos depender del poder de la mayoría, sino que deben estar sujetas únicamente a la ley.

Bajo esta perspectiva, la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, es decir, los dos elementos identificados por el artículo 16 de la Declaración de 1789⁸ como esenciales para toda Constitución, están conectados entre ellos bajo un doble aspecto. Si es cierto que las garantías son límites y vínculos a los poderes políticos y a las funciones de gobierno, entonces las funciones y las instituciones de garantía a las que están confiadas no pueden estar separadas y ser independientes de las funciones políticas y de gobierno, pues precisamente las garantías tienen la tarea de limitarlas y de vincularlas. Si es verdad que los derechos fundamentales son derechos de todos y de cada uno, virtualmente contra los poderes de la ma-

⁷ Véase, en este sentido, Dworkin, R., *Taking rights seriously* (1977), trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 241, 274-278 y 318-323, donde se sostiene el carácter contramayoritario y antiutilitario de los derechos fundamentales, si por “utilidad” se entiende la utilidad general: “La Constitución, y en particular el *Bill of Rights*, tiene por objetivo proteger a los ciudadanos individuales y a los grupos contra determinadas decisiones que una mayoría podría tomar, incluso cuando esa mayoría actúe en nombre de los que entiende que puede ser el interés general de la comunidad” (IVI, p. 241); “Tener un derecho frente al Estado significa poder hacer algo incluso si la mayoría piensa que es equivocado hacerla o cuando la mayoría hubiese resultado dañada si se hiciera” (IVI, p. 278): “No sería lícito jactarse de respetar los derechos individuales si ello no comportase un cierto sacrificio; sacrificio representado por la renuncia a los beneficios que el país recibiría si no tuviera en cuenta los derechos que son incómodos. El beneficio general no puede ser un buen motivo para limitar los derechos” (IVI, p. 277); “Si alguien tiene derecho a algo, entonces el Estado no se lo puede negar, aunque fuera más útil actuar así para el interés general”: éste es el “significado de derecho (que podría ser llamado el concepto ‘anti-utilitarista’ de derecho” (IVI, p. 319). N. del t.: del libro de Dworkin hay una traducción en la editorial Ariel, 1984, con el título *Los derechos en serio*.

⁸ “Toute société dans la quelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

yoría, entonces su garantía no puede no dejarse en manos de contrapoderes, que estén —de nuevo— separados y sean independientes de los poderes de mayoría.

Por otro lado, a diferencia de las actividades legislativas y de las actividades administrativas de gobierno, la función jurisdiccional no interviene nunca en casos generales en función de intereses generales, sino solamente sobre casos particulares e individuales prefigurados por la ley. El interés general se satisface preventivamente por la función legislativa, a la que se confía la definición en abstracto de los presupuestos de las decisiones judiciales, o bien por la función administrativa de gobierno, igualmente encargada de proteger los intereses de todos; discrecionalidad y/o dependencia, potestad de *indirizzo* y/o obediencia a las directivas, caracterizan en consecuencia todas sus actividades, directa o indirectamente informadas por la voluntad de la mayoría y por la valoración que haga de los intereses generales. Por el contrario, las funciones judiciales no persiguen un interés prejudicial, sino solamente la verificación de la verdad, o la imparcial mediación en un conflicto, o la verificación de determinados requisitos o presupuestos normativos. También por razones funcionales, por tanto, mientras las funciones de gobierno son discrecionales o están sometidas a directivas superiores, las de garantía, comenzando por la jurisdicción, carecen de guías o condicionamientos políticos, ya que están vinculadas solamente a la ley. Y deben estarlo sobre todo porque su ejercicio tiene por objeto el control sobre las ilegalidades cometidas por sujetos de poder: sobre las leyes y sobre las demás decisiones inválidas producidas por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo; sobre los actos ilícitos cometidos por los titulares de cualquier poder, tanto público como privado. Es claro que ese papel correría el riesgo de ser obstaculizado si existiera una relación de dependencia —directa o indirecta, de los jueces o del Ministerio Público— respecto a quien está investido de funciones de gobierno.

Las investigaciones sobre corrupción de integrantes del poder político o de la administración pública, por ejemplo, serían impensables si el Poder Judicial no fuera totalmente independiente. Por esto es que la función judicial se configura como un contrapoder, encargado del control del ejercicio ilegal de los demás poderes. Y esto no supone ninguna interferencia o invasión del campo en la esfera de la política o en el de la economía. La jurisdicción, de hecho, interviene no sobre los espacios legítimos de tales esferas, sino solamente sobre sus espacios ilegítimos que se manifiestan, precisamente, en actos ilegales, ya sean porque son inválidos o porque son ilícitos.

4. *El garantismo como fuente de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia*

Los fundamentos de la legitimidad del Poder Judicial y de su separación e independencia de los poderes políticos se identifican en suma con el doble papel de la jurisdicción: la verificación de la verdad, que requiere el carácter necesariamente libre y desinteresado de la búsqueda de lo verdadero a través de pruebas y contrapruebas; la tutela de las libertades —desde la libertad personal hasta la libertad de pensamiento, desde los derechos de defensa hasta las libertades políticas—, las cuales equivalen todas a otros tantos derechos de los individuos contra el poder y los intereses de la mayoría.

Ambos fundamentos requieren la separación tanto orgánica como funcional, y por tanto la independencia de los magistrados —de los jueces y del Ministerio Público— no es solamente externa, es decir, frente a los poderes políticos de gobierno, sino también interna, es decir, frente a vínculos jerárquicos o burocráticos.⁹ Los jueces, pero también los encargados de la acusación pública, no deben estar condicionados, en el ejercicio de sus funciones, por interferencias internas al orden judicial y ni siquiera por preocupaciones de carrera. Para que se satisfagan los dos fundamentos de su legitimidad los jueces deben ser, según una fórmula clásica, *sine spe et sine metu*, es decir, no alimentar ni esperanzas ni temores por el mérito de sus decisiones.

Bajo ambos aspectos, por otro lado, la fuente de legitimidad de la jurisdicción se revela por el riguroso respeto de las garantías penales y procesales, más allá —y, si es necesario, contra— la voluntad o el consenso de cualquiera, incluyendo a la mayoría. Se funda en el respeto de las garantías, como es obvio, en el segundo aspecto, el relativo a la protección de los derechos fundamentales; las garantías jurisdiccionales, y en particular las penales y las procesales, son esencialmente garantías de los derechos de libertad y de inmunidad de la persona contra el arbitrio policíaco y judicial. Pero lo mismo puede decirse también bajo el primer aspecto, el del carácter tendencialmente cognitivo del juicio. El Poder Judicial es un contrasaber, tanto más legítimo cuanto mayor es el saber, tanto más ilegítimo cuanto mayor es el poder. Y todas las garantías jurisdiccionales —tanto las sustanciales como las procesales— son garantías de verdad, además de garantías de libertad. En materia penal, por ejemplo, las garantías sustanciales de la determina-

⁹ Por “separación orgánica” entiendo la separación en virtud de la cual el titular de un determinado poder no es designado ni puede ser removido o transferido por funcionarios de cualquier otro poder; por “separación funcional” entiendo por el contrario la separación en virtud de la cual el mismo titular no puede sufrir la interferencia de otros en el ejercicio de sus funciones. Reenvío, sobre las dos nociones, a *Px, I*, § 12.5, pp. 862-869.

ción, de la materialidad y de la lesividad de las hipótesis del delito aseguran la verificabilidad y la falseabilidad en abstracto; mientras que las procesales como la presunción de inocencia, la carga de la prueba y los derechos de defensa aseguran su verificación y su falseabilidad en concreto. Tanto unas como otras son en suma la traducción en normas jurídicas de elementales reglas epistémicas: de la determinación empírica de las hipótesis del delito a la carga de la prueba, correspondientes al *modus ponens*, y al derecho a la defensa, correspondiente al *modus tollens*.¹⁰

Es evidente que los fundamentos de la legitimidad de las funciones judiciales —la verdad alcanzable en un procedimiento jurisdiccional o administrativo, la sujeción solamente a la ley, el papel mismo de garantía de los derechos fundamentales— son siempre relativos, imperfectos y aproximativos. Se trata, en realidad, de principios y de convenciones normativas. De modo que siempre están justificadas la duda y la crítica respecto a su grado de efectividad. Pero esto vale para cualquier poder, cuya fuente de legitimidad es siempre convencional, normativa, relativa y sumamente imperfecta. El poder político, por ejemplo, está legitimado por su representación de la voluntad popular; la cual es claramente una convención más o menos desacreditada por distintas distorsiones y manipulaciones, y como quiera no basada en el fundamento cognitivo de la jurisdicción y de las otras funciones de garantía. De ello derivan dos órdenes de consecuencias.

A. La primera se refiere a la relación entre jurisdicción y legislación, y por tanto entre jueces y política. Cuanto más alto es el grado de efectividad de las garantías sustanciales y procesales, y en particular del principio de determinación de la ley, tanto más rígida y más cierta será la separación entre *legis-latio* y *juris-dictio*, y por ello la frontera entre jurisdicción y política. Inversamente, cuanto mayores sean la indeterminación, la imprecisión, y el carácter excesivo y confuso de la legislación penal, tanto mayor será el poder discrecional de los jueces, tanto menor será su sujeción a la ley y tanto mayor la invasión impropia del Poder Judicial en las esferas de competencia de los demás poderes.

En suma, la separación de los poderes y la sujeción de los jueces a la ley requieren sobre todo que el legislador sepa hacer su trabajo, es decir, que sepa producir textos normativos tan claros, simples y rigurosos como sea posible. Aunque pueda parecer paradójico, la legislación, y por tanto la política, pueden asegurar la división de poderes y realizar, sobre todo en materia penal, la prerrogativa constitucional de la reserva de ley, siempre

¹⁰ Sobre esta caracterización de las garantías penales y procesales, reenvío a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. edición, Madrid, Trotta, 2009, caps. I, II y III.

que la ley misma esté subordinada a su vez al derecho, o sea a las garantías, primera entre todas la estricta legalidad o taxatividad, idóneas para limitar y vincular a la jurisdicción. Esto quiere decir que la ley puede ser efectivamente condicionante en tanto esté jurídicamente condicionada. Solamente respetando el principio de taxatividad, es decir, la regla metalegal que impone la formulación de la ley en términos lo más precisos y rigurosos que sea posible, es que la política puede salvaguardar su propio papel legislativo y reducir la discrecionalidad de los jueces, vinculándolos a la sujeción a la ley.

B. La segunda consecuencia es que el grado de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia depende del grado de efectividad de las garantías predisuestas para su ejercicio; por ejemplo, en el caso de la jurisdicción penal, por (el grado de) las garantías de taxatividad, de la materialidad y de la lesividad de las figuras del delito, de la carga acusatoria de la prueba, del principio de contradicción y de los derechos de la defensa; por el contrario, la reducción o la ineffectividad de las garantías se resuelve siempre en una reducción de la legitimidad del Poder Judicial. De modo que si es verdad que la independencia es una característica necesaria de las funciones de garantía y que no hay garantía de los derechos sin jueces independientes, es también verdad, a la inversa, que solamente la efectividad de tales funciones vale para acreditar el valor de su independencia a los ojos de los ciudadanos. Solamente si los ciudadanos advierten a sus jueces como garantes de sus derechos, advertirán también su independencia como una garantía propia.

Por esto, cada vez que un juez o un Ministerio Público cometen un abuso o violan la ley, cada vez que condenan a un inocente o violan los derechos de un ciudadano, minan la legitimidad de sus funciones y atentan contra el fundamento mismo de su independencia. Existe un vínculo biunívoco entre independencia y legitimidad de las funciones de garantía por un lado y, por el otro, el riguroso respeto de las garantías predisuestas para su ejercicio.

Creo que todo juez, todo Ministerio Público, en su larga carrera, se encuentra con miles de ciudadanos, como imputados, como partes ofendidas, como testigos, como actores o como demandados. Naturalmente, no recordarán a casi ninguna de estas personas. Pero cada una de estos millares, de estos millones de personas, recordará ese encuentro como una experiencia existencial inolvidable. Independientemente del hecho de que se tenga o no razón, recordará y juzgará a su juez, valorando su equilibrio o su arrogancia, el respeto o bien el desprecio hacia la persona, la capacidad de escuchar sus razones o bien la torpeza burocrática, la imparcialidad o bien el prejuicio, el sentido de humanidad o bien la inercia y la insensibilidad. Recordará, sobre todo, si ese juez le ha dado miedo o le ha generado confianza.

Solamente en este segundo caso se advertirá y se defenderá la independencia como una garantía propia, es decir, como una garantía de sus derechos como ciudadano. De otra manera, podemos estar seguros, advertirá esa independencia como el privilegio de un poder odioso y terrible. Recordemos lo que escribió Tocqueville de los jueces del *ancien regime*: “esos jueces eran independientes, porque eran propietarios de sus propios cargos; pero eran jueces feroces e injustos, y nadie defendía o apoyaba su independencia”.

5. *La confianza y el miedo de los ciudadanos. Cuatro implicaciones*

Llego de esta manera a la naturaleza de la relación entre jurisdicción y ciudadanos. Se ha dicho que para la legitimidad de la jurisdicción, basada en la garantía de la verdad y de las libertades, mientras que no es necesario e incluso puede ser dañino el consenso, es posible, pero no deslegitimante, el disenso de la mayoría. Con la mayoría, se ha dicho, el juez se vincula solamente a través de su sujeción a la ley, a través de la cual la voluntad mayoritaria se ha expresado con anterioridad a la comisión de los hechos que se someten a juicio. Lo que por el contrario se requiere, en virtud de la naturaleza tendencialmente cognitiva de la jurisdicción y de su papel de garantía de los derechos de las personas, es la confianza de los ciudadanos: confianza en la imparcialidad de juicio de los jueces, confianza en su honestidad y en su rigor intelectual y moral, confianza en su competencia técnica y en su capacidad de juicio. Lo que deslegitima a la jurisdicción no es tanto el disenso y la crítica, que no solamente son legítimos, sino que operan como factor de responsabilización, sino la desconfianza en los jueces y, peor todavía, el miedo generado sobre todo por la falta de garantías o por las violaciones legales justamente por parte de quien está llamado a aplicar la ley, y quien de la sujeción a la misma recaba su legitimidad. Es este miedo el que hace del Poder Judicial lo que Montesquieu llamó un “terrible poder”. Y el miedo es siempre una evidencia de falla de la jurisdicción, de la cual señala el carácter arbitrario en tanto que imprevisible, por la ausencia o la violación de las garantías sustanciales o procesales. De lo anterior derivan cuatro implicaciones, de carácter teórico y a la vez deontológico, que configuran el parámetro y el banco de pruebas del grado de legitimidad de la jurisdicción.

A. La primera implicación es la imparcialidad del juez, es decir, la ausencia de interés personal respecto al conflicto. Hay un sujeto, en particular, respecto del que es necesario preocuparse de que los jueces tengan no tanto el consenso, sino la confianza: este sujeto es la parte en la causa, y sobre todo el imputado, que en el proceso penal está siempre en conflicto con el

interés punitivo del Estado y con sus expresiones políticas. Es sobre la necesidad de esta confianza que se basa la más amplia recusabilidad del juez por obra de las partes, que en materia penal ha sido siempre un rasgo del proceso acusatorio: de modo que los individuales y concretos sujetos sometidos a juicio no solamente no tengan, sino que ni siquiera teman tener un juez enemigo o de alguna forma no imparcial.

Para esto, para asegurar esta confianza, una primera regla deontológica que debe presidir el ejercicio de la jurisdicción es el respeto frente a las partes de la causa, comenzando, en el proceso penal, por la persona del imputado. Por dos razones. En primer lugar, por la asimetría que siempre debe existir entre la civilización del derecho y la violencia criminal, y en la que reside la principal fuerza de la primera como factor de deslegitimación, y de aislamiento de la segunda.¹¹ En segundo lugar, para que el proceso conserve su tendencial carácter “cognitivo” o, como escribió Beccaria, “informativo”, y no degenera en “proceso ofensivo” en el que “el juez se convierte en enemigo del reo” y “no busca la verdad de los hechos, sino sólo el delito en el prisionero, lo insidia, cree perder si no lo logra, y equivocarse respecto a esa infalibilidad que el hombre se atribuye en todos sus pensamientos”.¹² El juez no debe, por tanto, inquirir el alma del imputado, sino solamente pronunciarse sobre la verdad de los hechos que le son presentados. Solamente los hechos, y no también la moralidad o el carácter u otros aspectos de la personalidad del reo, son objetos de prueba y de refutación empírica y, consecuentemente, de juicio. Bajo este aspecto el modelo garantista comparte con la ética cristiana la máxima *nolite iudicare*, al menos si por “juzgar” se entiende el juicio sobre “lo que se es”, es decir, la valoración de la identidad inmoral o malvada del sujeto, y no la verificación probatoria de “lo que se ha hecho” y su calificación jurídica como delito; además, existe una connotación específica adicional de tipo laico y liberal que consiste en la intangibilidad jurídica y moral de las conciencias, que proviene precisamente del principio de estricta legalidad: la igual dignidad de personas reconocidas a los reyes y a los no reyes, el respeto debido también a su identidad, así como el derecho de cada uno a ser como es.

B. La segunda implicación corresponde al conocimiento que los jueces deberían tener, y por tanto defender con firmeza, de las fuentes de su legitimidad. Son los jueces los primeros que deberían, tutelando dicha legiti-

¹¹ He insistido varias veces en el valor de esta asimetría en *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, 2004, pp. 53 y ss.; en “Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen IX, 2009, pp. 13-33; en *Pi*, II, § 15.5, p. 325 y § 16.6, pp. 508-512

¹² Beccaria, C., *De los delitos y de las penas* (1764), México, Porrúa, 2005, XVII, p. 50.

dad y por tanto su independencia, defender las garantías existentes y exigir su reforzamiento. Y deberían defenderlas no menos, incluso antes, que a la independencia, dado que esta tiene en las garantías su principal fundamento y su razón de ser.

Infelizmente, no siempre es así. En Italia, por ejemplo, muchos magistrados y a veces su asociación nacional se han opuesto a reformas garantistas, como la reducción de la prisión preventiva, la introducción del contradictorio desde la fase instructoria, la reforma de figuras delictivas indeterminadas como el abuso de cargo público, o la separación clara entre magistrados de la acusación pública y magistrados juzgadores. Esta miopía corporativa, con la cual parecería que los magistrados defendieran poderes impropios —este temor a las garantías, que son, repito, garantías al mismo tiempo de verdad y de libertad—, ciertamente ha reducido la confianza de los ciudadanos en la jurisdicción.

C. La tercera implicación se refiere a la actitud de los jueces en el ejercicio de sus funciones. Si es verdad que la legitimidad de la jurisdicción y el valor político e intelectual de la profesión del juez residen en la correcta verificación de lo verdadero y en la tutela de las libertades fundamentales, entonces es esta doble función garantista la que impone a los jueces y a los Ministerios Públicos la conciencia de la relatividad y de la imperfección de su propia legitimidad, por el carácter siempre opinable de la verdad jurídica y probabilístico de la verdad fáctica, que debe sugerir tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y contrahipótesis en conflicto, imparcialidad respecto a la controversia, prudencia, equilibrio, ponderación y, sobre todo, la asunción de la duda como hábito profesional y como estilo intelectual.¹³ Tanto los jueces como los Ministerios Públicos —esta es otra regla deontológica esencial de su profesión— deben estar conscientes de que la verificación probatoria es siempre el fruto de inducciones, y nunca de deducciones, y que por tanto en su trabajo es siempre posible el error. Por el contrario, es el descaro del juez que propicia arbitra-

¹³ Merece ser recordado el modelo deontológico del buen juez expuesto por Hobbes, que puede ser extendido a los titulares de todas las funciones de garantía: “Lo que hace un buen juez o un buen intérprete de las leyes es, en primer término, *una correcta comprensión* de esa principal ley de la naturaleza llamada *equidad*, que no depende de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad del propio raciocinio natural del hombre, se presume que es más frecuente en quienes han tenido más posibilidades y mayor inclinación para meditar sobre ellas. En segundo lugar, *desprecio de innecesarias riquezas* y preferencias. En tercer término, *ser capaz de despojarse a sí mismo, en el juicio, de todo temor, miedo, amor, odio y compasión*. En cuarto lugar, por último, *paciencia para oír, atención diligente en escuchar, y memoria para retener, asimilar y aplicar lo que se ha oído*”, *Leviathan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (1651), México, FCE, 2003, pp. 231 y 232.

riedades y atropellos lo que, al mismo tiempo, genera desconfianza en su función. La verdad empírica, y por tanto también la verdad procesal, de hecho, también si está asistida de pruebas aplastantes, bien puede llegar a ser falsa; es justamente por ello, dada la imposibilidad de una certeza objetiva absoluta, que se requiere que las pruebas estén acompañadas por lo menos por una certeza subjetiva, es decir, por el convencimiento del juez más allá (no desde luego de toda duda, ya que la duda siempre debe alimentar y regir la argumentación judicial, sino) de toda duda “razonable”.

D. La cuarta implicación se refiere a un principio deontológico banal: el rechazo de la búsqueda del consenso a través de la exhibición en público, más allá de la sede del proceso, de la propia actividad judicial. Hay una regla deontológica que un magistrado siempre debería respetar: no hablar nunca —ni en público ni en privado, y mucho menos en la televisión— de sus propios procesos o incluso de las cuestiones judiciales en las que de alguna manera haya estado envuelto. Los magistrados pueden desde luego criticar —es más: es justo que critiquen, con conocimiento de causa— las decisiones judiciales de sus colegas, siempre que no estén ellos mismos involucrados, como magistrados, en las cuestiones judiciales sobre las que hablan. Infortunadamente, hemos asistido en estos años a fenómenos que no puedo dejar de calificar como demagogia judicial y como populismo penal: magistrados que acuden a la televisión para sostener sus acusaciones o para lamentar la falta de apoyo o los obstáculos interpuestos a su trabajo, o que dan entrevistas a periodistas sobre la conducción de sus investigaciones, y cosas por el estilo.

Ahora bien, como sabemos, el populismo político es siempre una amenaza para la democracia representativa. Pero al menos el populismo político apunta hacia el reforzamiento, aunque sea de forma demagógica, del consenso, es decir, de la fuente de legitimidad que es propia de los poderes políticos. Mucho más grave e intolerable es el populismo judicial, y mucho más, el populismo penal. Compromete la imparcialidad del juez y produce inevitablemente, más allá del consenso de una parte más o menos amplia de la opinión pública, la desconfianza y el miedo de los ciudadanos que son partes en el juicio.

En suma, la legitimidad de la jurisdicción, precisamente porque se basa en la verdad procesal, inevitablemente relativa, y en la garantía de los derechos, inevitablemente imperfecta, es siempre tendencial, aproximativa y a su vez relativa e imperfecta. Depende, como se ha dicho, no del consenso, sino de la confianza de los ciudadanos. Esta confianza se funda en el nexo entre libertad y seguridad, expresado de la manera más clara por Montes-

quieu: “La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en la opinión que se tiene de la propia seguridad. Dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas”; de modo que “Cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está la libertad”.¹⁴

¹⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (1748), Madrid, Tecnos, 1995, vol. I, libro XII, capítulo II, p. 129. Recuérdese también la definición de libertad (negativa) de Montesquieu, como el “derecho de hacer todo lo que las leyes permiten” (idem, libro XI, capítulo IV, p. 106); concepto que retoma el artículo 5 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, según el cual “*tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas*” (“La ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquélla no ordena”).