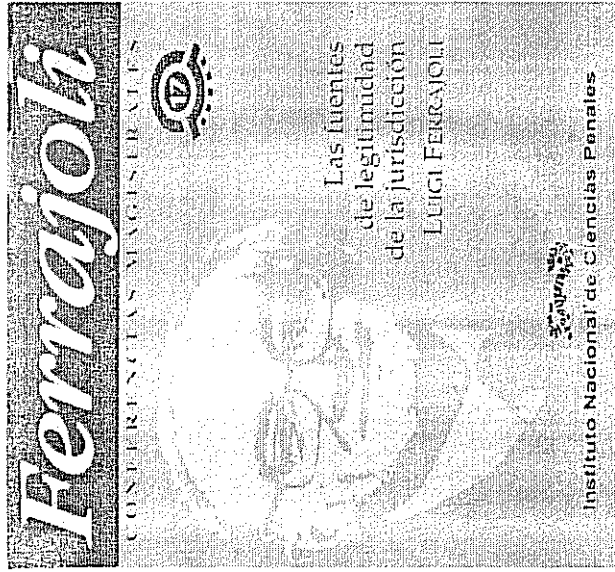


Ferrajoli

CONFERENCIAS MAGISTRALES



Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción

LUIGI FERRAJOLI

Luigi FERRAJOLI (2010)

Las Fuentes de la Legitimidad de la Jurisdicción.

En: **CONFERENCIAS MAGISTRALES N°17.** Instituto Nacional de Derecho Penal INACIPE.
México. (p. 23-57)

LAS FUENTES DE LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN

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 de gobierno, como tampoco es la fuente de legitimidad de todas las funciones públicas o de cualquier decisión política.

En la democracia constitucional ningún consenso mayoritario, ni siquiera la unanimidad de

los consensos puede legitimar 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 que incluso los regímenes fascistas se habían aprovechado y por medio del cual habían conquistado el poder con mecanismos 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 indecidible” o de lo “indecible que”, es decir, la lesión o restricción de los derechos de libertad sobre los que ninguna mayoría puede legítimamente decidir; y de lo “indecible que no”, es decir, la satisfacción de los derechos sociales sobre los que ninguna mayoría puede dejar de decidir. Lo que queda fuera de esta esfera es, desde entonces, la “esfera de lo decidible”, la de las decisiones legítimas, por medio de la representación política, del consenso popular.¹

¹ Sobre el paradigma de la democracia constitucional, véase Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, 3 vols., Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. I, *Teoría del diritto*, caps. XI y XIII; y el vol. II completo, *Teoría della*

Por tanto, el consenso no es suficiente para legitimar cualquier decisión, ni siquiera de los poderes políticos de gobierno cuyo ejercicio encuentra límites y vínculos establecidos por los derechos fundamentales. La base axiológica de tales derechos, por otro lado, no reside de facto 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. En consecuencia, su legitimidad, a diferencia de la legitimidad de la legislación ordinaria, es pre-política y reside en el hecho no de ser querida por todos, sino de garantizar a todos: en una palabra, reside en la *igualdad* como cláusula del pacto social de convivencia. Este es el sentido, con frecuencia incompreso, de su “universalidad”, que no se refiere a un improbable e inexigible consenso universal, sino a la universalidad de sus titulares, es decir,

democracia (en lo sucesivo *Pi I* o *Pi II*). Sobre la distinción entre “esfera de lo decidible” y “esfera de lo indecidible”, véase *Pi I*, pp. 819-824; y *Pi II*, pp. 19, 304 y 549.

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 luego así a la segunda tesis avanzada al inicio— la fuente de legitimidad de otras funciones públicas. Y en particular, no lo es 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 de la de los poderes políticos está conectada a su distinta naturaleza, la cual justifica su separación e independencia. Según la 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 de lo decidible*, 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 las legislativas y las que son, en sentido estricto, gubernativas, y las auxiliares de tipo administrativo. Por el contrario, se instituyen para actuar y defender la *esfera de lo indecidible* las que podemos llamar *funciones de garantía*, entre ellas la función judicial, que es una función de garantía secundaria, como 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 señalan 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, cuyas fuentes de legitimidad son, por tanto, la representación política y el consenso. Las funciones de garantía corresponden, por el contrario, al espacio de la jurisdicción

² Para la distinción y la separación entre *funciones de gobierno* y *funciones de garantía*, y sobre la distinción de estas últimas en *funciones administrativas de garantía primaria* y *funciones jurisdiccionales de garantía secundaria*, véase Pi i, pp. 869-879 y Pi ii, pp. 24-29, 75-77 y 548-552.

y de la administración sometida a la ley, cuyos criterios de valoración y fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos legales de su ejercicio.

En consecuencia, analicemos 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 que justifican la separación entre las dos clases de funciones son esencialmente: 1) la naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción, y 2) la garantía de los derechos de los ciudadanos, primeros entre todos los derechos fundamentales, y por tanto, el papel de contra-poder desarrollado por el Poder Judicial respecto a los poderes políticos de la mayoría.³

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; véase Pi, pp. 869-879.

LA TENDENCIA COGNITIVA,

PRIMER FUNDAMENTO

DE LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN

El primer fundamento consiste en la tendencia cognitiva que proviene, para la función judicial, del principio de legalidad al que se somete su ejercicio. El rasgo distintivo que identifica las distintas funciones —la jurisdicción ordinaria, civil y penal, la administrativa y la constitucional— pero también, de diferente manera, 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 tendencia 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, no son verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende sólo del respeto de las formas que rigen su creación 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 re-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 respeto a la ley: es decir, como *afirmación* de la ley. Por otro lado, sirve para garantizar ese específico derecho fun-

damental tutelado por la jurisdicción que es la inmunidad de la persona frente a decisiones arbitrarías. 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 en las leyes y 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 ma-

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", Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Porrúa, México, 2005 [1764], III, pp. 10-11; "Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de juez no consiste más que en asegurar un hecho", *ibidem*, XIV, p. 35.

yoría, 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 estadounidense, 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 el caso de Italia, la elección popular de los jueces y/o de los agentes del Ministerio Público, propuesta recientemente por la Liga Norte, promovería 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 inde-

⁵ La frase “siempre habrá un juez en Berlín” fue dirigida por el campesino Arnold en 1780 a Federico II, que quería apoderarse de su molino, citada por G. Radbruch, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, cap. vii, párr. 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.

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

EL PAPEL DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS,
SEGUNDO FUNDAMENTO
DE LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCION

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— por principio no puede someterse a imperativos que no sean los inherentes a la búsqueda de la verdad. Y cualquier condicionamiento de un poder externo, por más acreditado que esté ética y políticamente, no sólo no contribuye a alcanzar la verdad sino termina desviándose de tal fin. 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 im-

portante 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 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 el hecho de que tal poder sea ejercido por una mayoría, para el individuo 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

⁶ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, FCE, México, 2001 [1835], p. 397.

garantía, que se identifica en gran parte con su papel de tutela de los derechos fundamentales. Debido a que tales derechos son universales, virtualmente contra las mayorías⁷ y los poderes de

⁷ Véase en este sentido, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), trad. it., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, donde se sostiene el carácter contra-mayoritario y anti-utilitario 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" (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" (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" (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 [este es el] significado de Derecho (que podría ser llamado el concepto 'anti-utilitarista' de Derecho" (p. 319). [N. del T.: hay una traducción al español: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984]

mayoría, también las funciones y las instituciones encargadas de su defensa deben ser virtualmente contra-mayoritarias. No se puede condenar o absolver a un ciudadano, prestarle o no prestarle asistencia sanitaria, ni 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, la absolución de un culpable, la privación o afectación de un derecho de libertad, o la no 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 *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789⁸ como esenciales para toda

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".

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 e 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 vincularlas. Si es verdad que los derechos fundamentales son derechos de todos y de cada uno, virtualmente contra los poderes de la mayoría, entonces su garantía debe dejarse en manos de contra-poderes que estén separados y sean independientes de los poderes de mayoría.

Por otro lado, a diferencia de las actividades legislativas y 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 una 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 inte-

reses de todos: discrecionalidad y/o dependencia, obediencia a las directivas y/o potestad de *indirizzo*, 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 pre-judicial sino la verificación de la verdad, la imparcial mediación en un conflicto o la verificación de determinados requisitos o presupuestos normativos. Así, también por razones funcionales, 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 al estar vinculadas solamente a la ley. Y deben estarlo porque su ejercicio tiene por objeto controlar las ilegalidades cometidas por sujetos de poder: sobre las leyes y las demás decisiones inválidas producidas por el Poder Legislativo y 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 Públi-

co— respecto de 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 *contra-poder* 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 sobre los espacios ilegítimos que se manifiestan precisamente en actos ilegales, ya sea por que son inválidos o porque son ilícitos.

EL GARANTISMO, FUENTE DE LEGITIMIDAD E INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN

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 por medio de pruebas y contrapruebas, y la tutela de las *libertades* —desde la libertad personal hasta la libertad de pensamiento, desde los derechos de defensa hasta las libertades políticas—, todas ellas equivalentes a otros tantos derechos de los individuos contra el poder y los intereses de la mayoría.

Ambos fundamentos requieren una separación orgánica y funcional; en consecuencia, la independencia de los magistrados —de los jueces y del Ministerio Público— no es sólo 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

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; véase *Pi i*, pp. 862-869.

judicial y ni siquiera por preocupaciones de carácter. Para satisfacer los dos fundamentos de su legitimidad los jueces deben ser, según la fórmula clásica, *sine spe et sine metu*, es decir, no deben 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 de —y, si es necesario, contra— la voluntad o el consenso de cualquiera, incluyendo 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 procesales, son esencialmente garantías de los derechos de libertad y de inmutabilidad de la persona contra el arbitrio policiaco y judicial. Pero lo mismo puede decirse bajo el primer aspecto, el de la tendencia cognitiva del juicio. El Poder Judicial es un contra-saber, 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 pe-

nal, por ejemplo, las garantías sustanciales de la determinación, de la materialidad y de la lesividad de las hipótesis del delito aseguran la *verificabilidad* y la *falseabilidad* en abstracto; mientras las garantías procesales como la presunción de inocencia, la carga de la prueba y los derechos de defensa aseguran la *verificación* y *falseabilidad* en concreto. En suma, unas y otras son la traducción en normas jurídicas de elementales reglas epistémicas: de la determinación empírica de las hipótesis del delito a la carga de la prueba, correspondiente 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. En realidad, se trata de principios y de convenciones normativos, de modo que siempre están justificadas la duda y la crítica

¹⁰ Para la caracterización de las garantías penales y procesales véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Trotta, Madrid, 2009, caps. I-III.

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 está basada en lo cognitivo de la jurisdicción y de las otras funciones de garantía. De ello derivan dos órdenes de consecuencias.

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 cierta será la separación entre *juris-dictio* y *legis-latio*, 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 otros 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 parezca 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 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, la regla meta-legal que impone la formulación de la ley en términos lo más precisos y rigurosos posible, la política puede salvar su propio papel legislativo y reducir la discrecionalidad de los jueces, vinculándolos a la sujeción a la ley.

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: 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. Por tanto, si es verdad que la independencia es una característica necesaria de las funciones de garantía, y no hay garantía de los derechos sin jueces independientes, también es verdad, a la inversa, que sólo la efectividad de tales funciones puede 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 ello, cada vez que un juez o el 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 otro,

el riguroso respeto de las garantías predisponen 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 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 tenga o no razón, recordará y juzgará a su juez valorando su discreción o su arrogancia, su respeto o desprecio hacia la persona, la capacidad de escuchar sus razones o la torpeza burocrática, la imparcialidad o el prejuicio, el sentido de humanidad o la inercia e insensibilidad. Recordará, sobre todo, si ese juez le infundió temor o le generó confianza.

Sólo 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, seguramente advertirá esa independencia como el privilegio de un poder odioso y terrible. Recordemos lo que escribió Tocqueville de los jueces del *ancien régime*: "esos jueces eran independientes, porque

eran propietarios de sus propios cargos; pero eran jueces feroces e injustos, y nadie defendía o apoyaba su independencia".

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 el consenso no es necesario e incluso puede ser dañino, es posible pero no deslegitimante el disenso de la mayoría. Con la mayoría, se ha dicho, el juez se vincula sólo mediante 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. Por el contrario, en virtud de la tendencia cognitiva de la jurisdicción y de su papel de garantía de los derechos de las personas, lo que se requiere es la confianza de los ciudadanos: confianza en la imparcialidad 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 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 por la falta de garantías o las violaciones legales justamente por parte de quien está llamado a aplicar la ley y recaba su legitimidad de la sujeción a la misma. 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 deontológico, las cuales configuran el parámetro y el banco de pruebas del grado de legitimidad de la jurisdicción.

La primera de ellas es la imparcialidad del juez, es decir, la ausencia de interés personal respecto del conflicto. Hay un sujeto en particular del que es necesario preocuparse de que los jueces tengan no tanto el consenso como 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. En la necesidad de esta confianza se basa la más amplia recusabilidad del juez por obra de las partes y que en materia penal ha sido siempre un rasgo del proceso acusatorio: que los individuales y concretos sujetos sometidos a juicio no solamente no tengan, y ni siquiera teman tener, un juez enemigo o de alguna forma no imparcial.

Para asegurar esa confianza, una primera regla deontológica que debe presidir el ejercicio de la jurisdicción es el respeto frente a las partes de la causa, empezando en el proceso penal y por la persona del imputado. Y ello 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 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

¹¹ He insistido varias veces en el valor de esta asimetría; véase Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, G. Pisarello (ed.), Trotta, Madrid, 2004, pp. 53 y ss; también "Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. ix, 2009, pp. 13-33; en Pi II, pp. 325 y 508-512.

"cognitivo" o, como escribió Beccaria "informativo", y no degenera en "proceso ofensivo" donde "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, inquietar el alma del imputado, sino pronunciarse sobre la verdad de los hechos que le son presentados. Solamente los hechos, y no la moralidad, el carácter u otros aspectos de la personalidad del reo, son objetos de prueba y 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, 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, la cual proviene precisamente del

¹² Cesare Beccaria, *op. cit.*, xvii, p. 50.

principio de estricta legalidad: la igual dignidad de persona reconocida a los reyes y a los no reyes, el respeto también debido a su identidad, así como el derecho de cada uno a ser como es.

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 legitimidad, 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 ésta tiene en las garantías su principal fundamento y su razón de ser.

Infortunadamente no siempre es así. En Italia, por ejemplo, muchos magistrados y a veces su asociación nacional, se han opuesto a reformas garantistas como reducir la prisión preventiva, introducir el contradictorio desde la fase instructoria, reformar 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 defienden poderes impropios —este temor a las garantías, que son, repito, garantías al mismo

tiempo de verdad y de libertad— ha reducido ciertamente la confianza de los ciudadanos en la jurisdicción.

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, esta doble función garantista impone a jueces y a los agentes del Ministerio Público 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 de la controversia, prudencia, equilibrio, ponderación y, sobre todo, la asunción de la duda como hábito profesional y como estilo intelectual.¹³ Tanto jueces como agentes del Mi-

¹³ Merece la pena recordar el modelo deontológico del buen juez expuesto por Hobbes, y 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, en

nisterio Público —está es otra regla deontológica esencial de su profesión— deben ser conscientes de que la verificación probatoria es siempre el fruto de inducciones, nunca de deducciones, y por ello en su trabajo siempre es posible el error. Por el contrario, el descaro del juez propicia arbitrariedades y atropellos, lo que al mismo tiempo genera desconfianza en su función. La verdad empírica, y por tanto la verdad procesal, incluso si está asistida de pruebas aplastantes, de hecho bien puede llegar a ser falsa; y justamente por ello, dada la imposibilidad de una certeza objetiva absoluta, se requiere que las pruebas estén

primer término es 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*” [las cursivas son del autor]; véase Thomas Hobbes, *Leviathan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, FCE, México, 2003 [1651], pp. 231-232.

acompañadas por lo menos por una certeza subjetiva, es decir, por el convencimiento del juez más allá desde luego no de toda duda, pues ésta siempre debe alimentar y regir la argumentación judicial de toda duda “razonable”.

La cuarta implicación se refiere a un principio deontológico banal: el rechazo de la búsqueda del consenso mediante 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 cuestiones judiciales en las que de alguna manera haya estado envuelto. Desde luego, los magistrados pueden criticar —incluso es justo que critiquen, con conocimiento de causa— las decisiones judiciales de sus colegas, siempre y cuando no estén ellos mismos involucrados en cuestiones judiciales sobre las que hablan. Infortunadamente, hemos asistido en estos años a fenómenos que no puedo dejar de calificar como demagogia judicial y 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 dan entrevistas a periodistas sobre la conducción de sus investigaciones y cosas por el estilo.

Ahora bien, sabemos que el populismo político es siempre una amenaza para la democracia representativa. Pero al menos el populismo político apunta hacia el reforzamiento, así sea de forma demagógica, del consenso, es decir de la fuente de legitimidad propia de los poderes políticos. Más grave e intolerable resulta 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.

La legitimidad de la jurisdicción, precisamente porque se basa en una verdad procesal inevitablemente relativa, y en una 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 claramente por Montesquieu:

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 Charles de Secondat, barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995 [1748], vol. I, p. 129. Recuérdesse también la definición de libertad (negativa) de Montesquieu como el "derecho de hacer todo lo que las leyes permiten" (*ibidem*, 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].