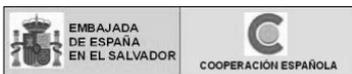


**EL PAPEL DEL JUEZ EN LA
DEMOCRACIA: UN
ACERCAMIENTO TEÓRICO**

Autor
Rafael Benítez Giralt

EL PAPEL DEL JUEZ EN LA DEMOCRACIA: UN ACERCAMIENTO TEÓRICO



PLENO DEL CONSEJO

Presidencia

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Consejales Propietarios

Dr. Jorge Efraín Campos

Lic. José Ricardo Chigüila Durán

Licda. Nora Montoya Martínez

Lic. Carlos Arnulfo Cándido

Licda. Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva - Director

Licda. Berta Rosario Díaz Zelaya - Sub-Directora

Agencia Española de Cooperación Internacional

Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos

Juan Ignacio Pita, Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Embajada de España en El Salvador.

Beatriz González Sánchez, Directora del Programa de Justicia.

Autor

Rafael Benítez Giralt

Revisión y aprobación de texto

Sección Académica - ECJ

Diseño y diagramación

Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, CNJ - ECJ

El material publicado es de exclusiva responsabilidad de su autor.

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador.

Tels. 2245-2449, 2245-2450 y 2245-2451.

347.014

B467p

slv

Benítez Giralt, Rafael

El papel del juez en la democracia : un acercamiento teórico /
Rafael Benítez Giralt. -- 1a. ed. -- San Salvador, El Salv. : Consejo
Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial
(CNJ-ECJ), 2006

125 p. ; 21 cm.

ISBN 999-23-881-1-0

1. Jueces-El Salvador. 2. Administración de justicia-El Salvador.
3. Derecho procesal. I. Título.

BINA/jmh

Presentación

El texto que se publica en esta oportunidad se refiere a unos de los principales temas atendidos mediante las actividades formativas del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, que el Consejo Nacional de la Judicatura desarrolla con la asistencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). Tanto en el Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), como dentro del Programa de Capacitación Continua (PCC), el Proyecto sostenido con el apoyo de la Cooperación Española, ha contribuido a promover una reflexión permanente sobre los desafíos de la judicatura en un estado democrático. Por tanto, existe una coincidencia entre uno de los ejes temáticos de la capacitación facilitada mediante el referido proyecto y el documento que ahora se publica.

Como lo manifiesta el autor en la introducción, en este texto se exponen ideas básicas sobre la función jurisdiccional: su relación con las otras funciones esenciales del Estado; las implicaciones de una configuración democrática de la jurisdicción; su vinculación al sistema de fuentes; las condiciones para una judicatura independiente y responsable; y, finalmente, un aspecto que el autor considera ligado a la legitimidad democrática de los jueces -la fundamentación de las resoluciones judiciales-.

Este material puede ser de utilidad en las capacitaciones sobre ubicación institucional del juez; fundamentos de Derecho Constitucional; o los cursos de Interpretación y argumentación jurídica, para mencionar algunos. Como se ha dicho al principio, se trata de aspectos sobre los cuales conviene estimular una reflexión permanente de los operadores judiciales del país. El presente texto se publica para contribuir a ese propósito.

Consejo Nacional de la Judicatura

Introducción

El estudio que presento corresponde a una parte del trabajo de investigación que presenté y defendí en la Universidad Carlos III de Madrid para obtener el título de Doctor en Derechos Fundamentales bajo la dirección de mi amigo y profesor Eusebio Fernández García. El objetivo de la tesis era conocer los contenidos descriptivos y prescriptivos de la Democracia, el Estado de Derecho y el Poder Judicial, para crear una propuesta de reforma del Poder Judicial salvadoreño de manera que cumpla con su misión en la consolidación de un Estado de Derecho Democrático como defensor del respeto irrestricto de los Derechos Humanos Fundamentales.

Como una forma sistemática de conocer el fenómeno del Poder Judicial y su relación con la Democracia y el Estado de Derecho, la investigación se dividió en cuatro capítulos: el primero desarrolla el concepto de democracia; el segundo se refiere al Estado de Derecho; el tercero, que ahora se presenta en este libro, se refiere al Poder Judicial; y el cuarto, al análisis concreto de la situación del Poder Judicial en El Salvador.

La mayor preocupación en todo ese estudio es el análisis de la política (el ejercicio del poder), la moral y el Derecho (límites al ejercicio del poder) y su incidencia en una realidad concreta: El Salvador. En este sentido, los tres primeros capítulos son un desarrollo teórico (aunque no deja de lado situaciones históricas y concretas) de los conceptos Democracia, Estado de Derecho y Poder Judicial, en los que se configura la función del juez. La política en términos generales y sus límites en relación con el Derecho son conocidos en los dos primeros capítulos; el tercer capítulo constituye el tratamiento del papel del juez como garantía de la Democracia y el Estado de Derecho en función de los Derechos Humanos Fundamentales.

La presente publicación es el desarrollo del tercer capítulo de la tesis doctoral que se refiere a la configuración ideológica y política del poder judicial, es decir, la legitimidad democrática de ese poder del Estado. Las razones del porqué se publica ese capítulo en una publicación independiente son variadas, pero la principal obedece a la accesibilidad de la lectura de un tema que de por sí puede parecer árido y tedioso. Es por ello que se han hecho los ajustes respectivos mejorando algunos vacíos en su contenido e incorporando las observaciones hechas por una larga lista de profesores y amigos, especialmente los miembros del tribunal evaluador de la tesis doctoral. Debo por ello agradecer a los profesores Víctor Moreno Catena, Rafael Escudero Alday, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Ignacio Colomer Hernández y Vicente Guzmán Fluja, por sus observaciones y por el largo debate académico que el polémico tema suscitó. Esta obra también fue fruto de las reflexiones y estudios realizados en el Centro de Estudios Constitucionales, en

donde tuve la dicha de estar bajo la tutoría del profesor y amigo José María Sauca Cano, a quien agradezco su apoyo y sus consejos ya que me ayudaron a definir y perfilar lo que significa una investigación académica. Obviamente mi estadía en España no hubiera sido tan provechosa sin la ayuda y apoyo de Eusebio Fernández García quien me acompañó como amigo y director en este viaje solitario de la elaboración de una investigación doctoral.

Esta obra consta de cinco partes y una conclusión. Los temas que se tratan se refieren esencialmente a la función del juez en la democracia, las garantías que le rodean, las responsabilidades que son propias de un juez democrático, el deber de motivar sus resoluciones judiciales y muy especialmente aquellas que afectan o pueden afectar Derechos Humanos Fundamentales. Uno de los ejes transversales de la investigación y que más preocupa, es el papel del juez en el exclusivo sometimiento a la Constitución y la Ley, y del control jurisdiccional que debe ejercer sobre los poderes fácticos y oficiales. En este último aspecto seguramente habrá quien no estará de acuerdo, pero por esa razón es puesto a la luz, en blanco y negro, para que sea discutido y analizado.

No omito decir que no es un estudio exhaustivo sobre el juez y el poder judicial, muchos temas han quedado fuera, pero la intención ha sido mostrar lo que considero más importante o esencial de la cuestión. Creo que esta obra es para dialogar y discutir. Debatir sobre el pasado, presente y futuro de la judicatura, y su especial conformación, es un deber especial de aquellos que en nuestro trabajo cotidiano nos vemos enfrascados entre el derecho y la sin razón, la justicia y el poder, entre la impunidad y el compromiso con la defensa y garantía de los derechos humanos de todas y todos los individuos y la sociedad.

No me queda más que agradecer al Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura y muy especialmente a la Dra. Beatriz González, directora del Programa de Justicia de la Agencia de Cooperación Española por apoyar esta publicación. A Beatriz con mucho cariño mis especiales agradecimientos, por su amistad, y por haber dado lo mejor de sí a este país que tanto reclama por justicia.

San Salvador, 21 de mayo de 2006.

ÍNDICE

Introducción	<i>i</i>
1. Concepciones sobre el poder judicial. Una aproximación analítica y descriptiva	1
1.1. El poder judicial: del poder legislativo al poder ejecutivo.....	1
1.2. La nueva concepción del poder judicial y su doble significación.....	5
1.2.1. El poder judicial entendido como poder-organización.....	7
1.2.2. El poder judicial entendido como potestad-función.....	9
2. Concepción democrática de la jurisdicción en el Estado de Derecho	13
2.1. Función judicial en la actual situación de la democracia	14
2.1.1. Valores y crisis de la política. El papel de los jueces.....	16
2.1.2. Derechos y crisis de la ley.....	21
2.1.3. El principio de jerarquía normativa y la función judicial..	25
2.2. Legitimidad democrática del poder judicial.....	29
2.2.1. Legitimidad de origen.....	29
2.2.2. Legitimidad de ejercicio.....	30
a. Legitimación a través del proceso.....	30
b. Legitimación del juez por medio de la sumisión a la ley e independencia judicial.....	30
c. Legitimación de jueces y magistrados por la Constitución..	32
2.2.3. Fuentes de legitimación material y formal. El poder incómodo.....	32
3. La imparcialidad del juez y la garantía de independencia judicial	35
3.1. La imparcialidad del juez.....	35
3.1.1. Perspectiva subjetiva y objetiva de la imparcialidad.....	36
3.2. La garantía de independencia judicial.....	39
3.2.1. Garantías institucionalizadas para la independencia judicial.....	47
a. Organizaciones de jueces.	47
b. Consejos de la magistratura.	51
b.1. Modelos de gobierno del poder judicial	54
a. El modelo externo.....	54
b. El modelo interno.	55
c. El modelo institucional.....	55
b.2. Autogobierno o gobierno autónomo de los jueces.....	56
3.2.2 La independencia judicial en los sistemas del <i>common law</i> y del <i>civil law</i>	58

4. Responsabilidades del juez.....	65
4.1. La responsabilidad penal y civil de jueces y magistrados.....	67
4.2. Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados.....	68
4.3. ¿Responsabilidad política o democrática?.....	70
5. La motivación y fundamentación de las sentencias:	
exigencia democrática.....	79
5.1. El derecho a la información jurídica: las sentencias.....	80
5.2. Concepto de motivación.....	84
5.3. Características del discurso de motivación.....	85
a. El discurso no es libre.....	85
b. El discurso es finito o limitado.....	85
c. El discurso es cerrado.....	85
d. El discurso es atemporal.....	85
5.4. Fines de la motivación.....	86
5.5. Obligación y alcances de motivar las sentencias.....	88
a. La obligación de motivar.....	88
b. Motivación y límites a la actividad discrecional del juez....	91
6. Conclusión.....	97
Bibliografía.....	103

1. Concepciones sobre el poder judicial. Una aproximación analítica y descriptiva.

1.1. El poder judicial: del poder legislativo al poder ejecutivo.

El concepto de poder judicial se circunscribe dentro de la idea ilustrada de la división de poderes. Pero no siempre se ha concebido como uno de los poderes fundamentales de la organización estatal. En Montesquieu y Locke se reconoce, por su pronunciamiento, los pensamientos iniciales sobre una concepción moderna de división de poderes. Esta idea ha sido además la que sustenta la garantía de independencia judicial y el consecuente desarrollo de toda una teoría sobre el poder judicial que data desde el liberalismo hasta el presente siglo XXI.

John Locke —en sus escritos— había mencionado tres poderes “el ejecutivo, el legislativo y el federativo”, dejando de lado al poder judicial como parte de su muy característica división de poderes. No obstante —al leer a Locke— margina de su clasificación al poder judicial de manera forzada, ya que —como señala Norberto Bobbio— es una falta de coherencia de Locke al no incluir al judicial entre los tres poderes. Esta observación de Bobbio la hace partiendo del análisis Lockeano sobre el estado de naturaleza del hombre. Cuando Locke menciona las insuficiencias del estado de naturaleza en la vida cotidiana del hombre menciona tres: 1) la falta de una ley preestablecida, fija y conocida; 2) la falta de un juez imparcial; 3) la falta de una fuerza organizada capaz de hacer cumplir la sentencia del juez ².

Con ese razonamiento no cabe duda pensar en la necesidad de un poder judicial. Pero en las ideas ilustradas se pretendía otra cosa: limitar y controlar la función judicial. Es por eso que en la evolución moderna del poder judicial este es ubicado dentro del poder legislativo. Claramente se podría haber pensado en un tercer o cuarto poder en el ideario de Locke. Es importante hacer notar que en la concepción Lockeano, la función de juzgar es una función de creación del derecho, por tanto, dicha función debería ser parte del órgano encargado de hacer la ley, el legislativo ³.

2. Norberto Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Turín, Giappichelli, 1963, p. 265 y s.s. Comentario por Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons El Magnanim, Generalitat Valenciana, Valencia, 1997, p. 44..

3. Cristina García Pascual comenta curiosamente, que “la mayoría de juristas y politólogos interpretan que en la estructuración del poder, dibujada por Locke, el poder judicial se encuentra dentro del poder ejecutivo”. Lo cual desde los aportes de la profesora García Pascual, queda claro que forma parte del Poder Legislativo. Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op.cit. p. 45.

Una de las razones que se pueden encontrar, haciendo una interpretación desde el movimiento liberal, es que para que exista un juez imparcial y una fuerza para hacer cumplir las leyes, debe haber, en la lógica de argumentación de Locke, una ley preestablecida y conocida. Este argumento tendría mucho valor si se extrapola hasta nuestros días; pero no se entraría en equívoco alguno en cuanto a que una de las bases del actual Estado de Derecho la encontramos en el movimiento ilustrado decimonónico.

Frente a los argumentos de Locke se encuentra la posición de Montesquieu, que plantea un discurso dirigido preferencialmente a darle preeminencia y colocación fundamental a la ley, explicando desde su método empírico y de observación cómo funciona ésta, cuál es su naturaleza y su proyección. Esa idea es para comprender que —en Montesquieu— el legislativo ocupa un lugar privilegiado en el orden de los poderes, aunque lo que pretenda es que los poderes estén interrelacionados, coordinados como garantía en el ejercicio moderado del poder político⁴.

Montesquieu, tal y como se ha citado, no menciona al poder judicial como poder, al menos no como poder en igual sentido a los otros dos poderes ejecutivo y legislativo, ya que su estudio se enmarca en lo político y no dentro de lo jurídico. No hay que olvidar que Montesquieu no hace un aporte jurídico, sino que su aporte es político, y si se quiere, sociológico, partiendo de la observación, es decir, tomando en cuenta el ambiente histórico en el que el hombre vive⁵.

Es así como la ciencia política ha tratado a Montesquieu y su aporte, como la “teoría” de la división de poderes, en la cual se hace mención de la función judicial como un poder judicial; pero un poder que además debe estar sometido a la ley, bajo la idea de que el juez debe únicamente aplicarla. Esto tiene sus razones históricas y contextuales en el ejercicio despótico del poder⁶ en el Ancien Régime, el cual se basaba en la producción y aplicación arbitraria de la ley.

4. Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op.cit. p. 45.

5. Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, traducción castellana de Francisco J. Lorca Navarrete, Madrid, Ed. Pirámide, vol. II, 1981, p. 198.

6. Para comprender una de las razones de la desconfianza en los jueces en ese momento, es necesario conocer el contexto histórico y la opinión que se tenía de los jueces en la época. Los enciclopedistas han detallado esta visión refiriéndose a los jueces como “despotas”. Esto concuerda con la desconfianza de Montesquieu con los Parlements, es decir, con los jueces. Con respecto al sometimiento del juez a la ley, Montesquieu dice: “si los tribunales no deben ser hijos, si deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”. El Espíritu de las Leyes, Libro XI, cap. VI.

Nace un poder judicial cuya nominación será únicamente formal, ya que desde la concepción del sometimiento a la ley, éste debe estar sometido al poder legislativo a quien le corresponde elaborar las leyes. Claro, si lo que se pretendía era la superación del Ancien Régime, en donde los jueces eran considerados unos déspotas y el poder del rey era absoluto, lo mejor era que los jueces estuviesen sometidos al poder legislativo, en donde residía la voluntad general y la soberanía del pueblo. Era una concepción que nacía como una función importante pero accesoria a las funciones del Estado.

Con el transcurso del tiempo poco a poco esta idea de función judicial dentro del poder legislativo se va desvaneciendo y va cobrando más fuerza la concepción que el poder judicial, cuya función es administrar justicia, debe estar bajo el poder ejecutivo. La función judicial es considerada como una función administrativa, por tanto, el poder judicial debe estar bajo la función administrativa del ejecutivo que se encarga de aplicar la ley producida por el legislativo. De esta manera la idea del poder judicial separado de los otros poderes, es decir, como poder independiente, va tendiendo más bien a su desaparición en la medida en que el poder ejecutivo se va apropiando de la función jurisdiccional⁷. Ya desde la época de las constituciones liberales francesas postrevolucionarias, se fue perdiendo la denominación de poder judicial.

El nombre de “poder judicial” como tal, se encuentra en las constituciones francesas de 1791, 1814 y 1848; las restantes constituciones lo han denominado “ordre judiciaire, de fonction judiciaire o de autorité judiciaire”. Para el año de 1799 el nombramiento de los jueces que había sido realizado popularmente, se convierte en un nombramiento realizado por el primer cónsul, Napoleón. Esto da paso a lo que se ha dado en llamar “el apoderamiento de los jueces por el Poder Ejecutivo”.

De esta manera los jueces van formando parte del grupo de burócratas funcionarios de la administración pública del Estado. La idea que se había manejado desde los ilustrados en que la función judicial pertenecía al poder legislativo bajo la concepción del principio de legalidad, a lo largo del siglo XIX, se fue perdiendo.

En la práctica y en la teoría de buena parte del siglo XIX y el XX, la función judicial va siendo parte del ejecutivo, por tanto su estructura organizativa como la cultura funcional va a corresponder

7. Manuel Martínez Sospedra, *El juez – funcionario y sus presupuestos: el nacimiento del juez ordinario reclutado por oposición (El art. 94 de la Constitución de 1869 y el sistema de la LOPJ de 1870)*, Revista de las Cortes Generales, nº 39, tercer trimestre, 1996, p. 13.

a la del poder político de turno. Un ejemplo de esto lo constituye la Ley fundamental francesa de 20 de abril de 1810 en la que uno de sus títulos dice literalmente: “*sur l’organisation de l’ordre judiciaire et l’administration de la justice*”, poniendo de manifiesto que la administración de justicia, como parte de la administración pública, ya estaba en funcionamiento. De igual manera se recogen en la Carta Constitucional Francesa de 1814, “que la justicia emana del Rey y se administra en su nombre por jueces que él nombra”. En la Constitución republicana de 1848 se decía que “la justicia se administra en nombre del pueblo”, pero los jueces son nombrados por el presidente de la república.

En España la denominación poder judicial no se había utilizado desde la Constitución de 1869, tanto en la Constitución Republicana de 1931 como en la Ley Orgánica del Estado de 1967, se utilizó la expresión Justicia. En opinión del profesor Juan Montero Aroca, “*La tendencia a la burocratización de jueces y magistrados, a considerar al Poder Judicial como mera Administración de Justicia, parte de la Administración Pública y, como tal, sometida al Poder Ejecutivo, no hizo sino tecnificarse en los siguientes regímenes políticos. Que para la dictadura del general Primo de Rivera no había Poder Judicial no es preciso ni siquiera demostrarlo*”⁸.

De esta forma nace un juez que se caracteriza por ser neutral, apolítico (obviamente en la práctica era todo lo contrario), aplicando matemática o silogísticamente las leyes sin ningún tipo de racionalidad interpretativa. Aquello que va distinguiendo —para algunos autores— las funciones administrativas de la función judicial, van siendo las circunstancias y los procedimientos. León Duguit opinaba que la existencia del poder judicial dependía de la demostración que la justicia es un elemento separable de la soberanía del Estado e incorporado a un órgano de representación⁹.

De esa manera nace el concepto de juez–funcionario, el cual realiza una labor burocrática dentro del Estado, al igual que cualquier funcionario de la administración pública. Por ende, su estatus frente a la organización estatal será la de funcionario público, es decir, un burócrata con funciones administrativas. El órgano al cual pertenece en teoría —el Poder Judicial— no tendrá el lugar que debería ocupar según la teoría de la división o separación de poderes. De aquí que su

8. El general Primo de Rivera fue un dictador español. Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del Juez*, Civitas, Madrid, 1990, p.25 - 26 y 35.

9. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª. Ed. 1929. Y León Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed., tomo II, 1923 pp. 308 y ss. Así como Hauriou y Duguit los autores de Derecho Público negaron al judicial su condición de poder. Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del juez*. Op. cit. p. 27.

labor, la de la vinculación absoluta a la ley liberal burguesa, será una razón de peso para que la función judicial pase del legislativo al control del poder ejecutivo¹⁰.

Cristina García Pascual¹¹ señala, esquemáticamente, las razones que llevaron a la devaluación de la función judicial en el esquema de la división de poderes: a) la aparición de los códigos que conllevan el establecimiento de rígidas reglas para la actividad interpretativa; b) el afianzamiento de las categorías dogmáticas de la doctrina; c) la sustracción de la actividad administrativa de la jurisdicción ordinaria; d) en definitiva, la inclusión del poder judicial en el ámbito de control del poder ejecutivo. Estas dos últimas razones, que llevaron a la devaluación de la función jurisdiccional, son compartidas por Giorgio Rebuffa, quien basa su opinión en dos tendencias doctrinarias del Derecho Público continental: por un lado, *“la teoría del Estado pensada como teoría de la soberanía única e indivisible de la persona pública, y por otro lado, la incisiva reformulación y manipulación de la teoría de la separación de poderes”*¹². La reinterpretación y la transformación de las dos tendencias doctrinales antes mencionadas —según la profesora García Pascual—, *“pondrá fin a ese largo período de pervivencia del juez funcionario abriendo así las puertas a una nueva concepción del poder judicial...”*¹³.

1.2. La nueva concepción del poder judicial y su doble significación.

La nueva concepción del poder judicial en la teoría y práctica de un Estado de Derecho Democrático, rompe o debería romper con la visión del juez-funcionario burocratizado, no sólo nominalmente, sino desde sus aspectos políticos de contenidos. La función jurisdiccional sale de la estructura del poder ejecutivo para ocupar el lugar que debía ocupar, es decir, ser un verdadero poder del Estado, independiente de los demás poderes públicos. El poder judicial en la actualidad se equipara dentro de la teoría de la división de poderes a los otros poderes, es decir, dentro de un sistema de frenos y contrapesos, de límites y vínculos en su ejercicio.

10. Dieter Simon, *La independencia del juez*, traducción de Carlos Ximénez-Carrillo, Ariel, Barcelona, 1985, p. 7.

11. Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op. cit. p. 113.

12. Giorgio Rebuffa, *La magistratura tra professione e sistema politico. A proposito di un recente libro*, Sociologia del Diritto, n. XII, 1985, p. 31.

13. Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op.cit. p. 113.

En este contexto, la nueva significación del concepto y la funcionalidad del poder judicial no pasará desapercibida, ya que es algo más profundo que la utilización de la denominación administración de justicia o simplemente justicia. El poder judicial es una concepción política básica, que como indica Perfecto Andrés Ibañez, tiene una función ideológica como *“la de afirmar la necesidad de un ámbito de independencia para el cometido institucional de administrar justicia”*¹⁴.

El concepto pretende ser coherente con el concepto de poder en general, el cual consiste en la capacidad de hacerse obedecer, de sujetar a los demás poderes e individuos a las decisiones adoptadas. En este sentido, el poder judicial en cumplimiento de su misión (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) atiende a esta cualidad dentro de la sociedad, pero es necesario encuadrarlo en el Estado Democrático. Así, la legitimidad democrática del poder político se referirá a que todo poder que emane del Estado debe ser atribuido o relacionado a esa legitimidad democrática, es decir, bajo la expresión de la soberanía del pueblo. En términos de Rousseau, ese poder deberá surgir de *“la voluntad general”* que nace del pueblo, y que en el Estado de Derecho se manifiesta a través del imperio de la ley. Es así como en el concepto de imperio de la ley, en un Estado Constitucional, se comprende el sometimiento del juez a la ley y a la constitución como una de las legitimaciones democráticas de su función.

Como se podrá ir viendo, los aspectos que hay que tomar en cuenta en el concepto de poder judicial dependerán de las particulares circunstancias del Estado en que se desarrolle. El concepto no deberá variar en su función y concepción básica, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero para lograr tal fin el constituyente de cada Estado lo deberá concebir según las condiciones y exigencias de la realidad y del contexto en que se diseñe, tomando en cuenta como base al Estado de Derecho Democrático. Un ejemplo de esto lo constituye la modelación histórica del poder judicial, según hemos podido comprobar anteriormente, el poder judicial se funda modernamente en la tradición liberal y luego en el Estado Social del Estado de Derecho.

Por los cambios históricos sufridos, el poder judicial no debe obviar su verdadera función como garante de las normas, principios y valores constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales de los individuos. Sirva además la función judicial de freno y contrapeso a los otros poderes, sean éstos oficiales o fácticos.

14. Perfecto Andrés Ibañez, Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 20.

Por lo tanto, dada la nueva concepción del poder judicial, se puede concluir que éste posee una doble significación; por un lado, el poder judicial como organización, es decir, como poder dentro de la teoría de la división de poderes; y por otro lado, como función personalista que recae en la función jurisdiccional desempeñada por el juez. En consecuencia, es necesario delimitar los alcances de cada una de estas significaciones, debido a su doble configuración conceptual.

1.2.1. El poder judicial entendido como poder-organización

El concepto de poder judicial como organización debe ser ubicado en la teoría de la división de poderes. La denominación poder judicial nace precisamente para equiparar o igualar la potestad soberana que el pueblo ha depositado en los otros dos poderes (ejecutivo y legislativo) con el poder judicial. La denominación permite, que como sujeto jurídico colectivo, se configure a la función jurisdiccional como un poder independiente de los demás poderes del Estado¹⁵.

El tratamiento constitucional de este tema ha provisto de los principios de unidad y de exclusividad jurisdiccional, que en un Estado de Derecho Democrático garantizan que sólo el poder judicial puede realizar la función jurisdiccional.¹⁶ La utilidad específica y primordial del principio de unidad y exclusividad jurisdiccional, consiste en que únicamente los órganos judiciales, reconocidos en la constitución y las leyes, tienen la potestad de administrar justicia, bajo las garantías procesales del Estado de Derecho y dentro de las competencias territoriales y materiales que dichas leyes establezcan.

En consecuencia, se pueden declarar ilegítimas aquellas jurisdicciones especiales que no respondan a estos principios. Por ejemplo, la falta de independencia e imparcialidad, o la infracción del principio a ser juzgado conforme a una ley previa y por un juez determinado por la ley, supone la infracción al principio de unidad. La exclusividad de la jurisdicción, además de exigir que dicha función resida única y exclusivamente en los órganos estatales, exige que se atribuya únicamente a una categoría de órganos: juzgados y tribunales determinados por las leyes, con exclusión de cualquier otro¹⁷.

15. Vicente Gimeno Sendra, *El fundamento de la jurisdicción*, en Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, p. 30.

16. Es característico de regímenes no democráticos y de marcada autocracia la creación de jurisdicciones especiales.

17. Vicente Gimeno Sendra, *La unidad jurisdiccional*, en Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*. Op. cit. p. 30 y 73.

El poder judicial en los estados democráticos está rodeado de garantías, para evitar influencias negativas en relación con los otros poderes del Estado y en beneficio de la sociedad, a la vez de estar organizado para ejercer su poder en todo el territorio del Estado. Se encuentran órganos que ejercen la función jurisdiccional obedeciendo a una distribución competencial en razón de la materia y en razón del territorio. Esta división del poder judicial por órganos (juzgados y tribunales) permite que la función jurisdiccional de jueces y magistrados llegue a todo el territorio. Por tanto, los principios de unidad, exclusividad e independencia frente al resto de poderes del Estado, constituyen el concepto de poder judicial como organización¹⁸.

18. El principio de unidad es entendido en esta investigación, como la manifestación jurisdiccional de que los órganos del poder judicial que administran justicia (tribunales ordinarios e incluso la especialización de algunos órganos, siempre y cuando la especialización responda a condiciones objetivas y legales y no sea motivo de soterráneas discriminaciones), gocen de todas las garantías procesales, es decir, las garantías establecidas por un Estado de Derecho Democrático. Este concepto se opone a los tribunales de excepción, y a todas aquellas atribuciones de funciones jurisdiccionales a órganos no jurisdiccionales que prive al individuo de la garantía de juez legal o natural. Esta idea del principio de unidad del poder judicial, no debe confundirse cuando se aplica a aquellos Estados cuya división política territorial es federativa o autonómica (como el caso de España que rige el principio de Unidad) debido a que cada Estado federado posee su propia organización judicial. La vinculación entre los demás órganos judiciales se da únicamente cuando se establece jurisprudencia por los tribunales superiores o tribunales supremos del Estado federal. De ahí que estos Estados de tipo federativo, no violan el principio de unidad cuando, sin importar el modelo de organización judicial, gozan de todas las garantías procesales del Estado de Derecho Democrático.

En cuanto al principio de exclusividad, entendemos, la potestad jurisdiccional corresponde única y exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. En España este concepto debe ser enmarcado dentro del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La justiciabilidad de las normas, según este principio, debe comprenderse como todo el ordenamiento jurídico y no sólo a aquellas normas que establecen las atribuciones de cada órgano. La exclusividad, entendida como monopolio jurisdiccional de juzgados y tribunales (proyección positiva), también debe ser comprendida como el límite a la función jurisdiccional. Es decir, que la función jurisdiccional en el Estado de Derecho, no debe asumir funciones que por su naturaleza no le corresponden (proyección negativa). Para que la exclusividad cumpla su misión en el Estado de Derecho, basta comprender que el poder judicial debe estar sometido a la constitución y a las leyes en garantía de cualquier derecho. Debe cumplir con su mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin exlralimitar dicha función. Pero también, es un mandato a todo el orden estatal, de que ningún otro poder u autoridad puede atribuirse competencias del órgano jurisdiccional, ni inmiscuirse en sus asuntos (independencia judicial). El órgano que por su especial competencia garantiza de manera exclusiva los derechos fundamentales como *ultima ratio*, es el poder judicial. No obstante, la constitución y las leyes pueden establecer progresivamente la descarga a los juzgados y tribunales de tareas no jurisdiccionales, incluso las que tengan que ver con algún derecho. Al respecto puede verse: José Almagro Nosete, *La jurisdicción*, en José Almagro Nosete, Vicente Gimeno Sendra, Valentín Cortés Domínguez, Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal, parte general*, Tomo I (v. 1), tirant lo blanch, Valencia, 1989, p.p. 48 - 50. Juan Montero Aroca, *La potestad y la función jurisdiccionales*, en Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos, Juan Luis Gómez Colomer, *Derecho Jurisdiccional I, parte general*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1991, p.p. 113 - 124. José María Asencio Mellado, *Introducción al Derecho Procesal*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p.p. 63 - 72. Víctor Moreno Catena, *La exclusividad de la jurisdicción*, en Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. cit. pp. 69 - 91.

El sustento teórico a la concepción del poder judicial como organización no ha estado ausente de críticas. Andrés de la Oliva Santos señala que bajo esta denominación de poder judicial puede verse, refiriéndose al caso de España, “*una completa carencia de lógica y racionalidad: si el Poder Judicial es o consiste en una potestad (la de ejercer la jurisdicción), los Jueces y Magistrados no pueden ser <<integrantes>> del <<Poder Judicial>>, como dice la Constitución, porque los Jueces y Magistrados no pueden ser integrantes o miembros de una potestad, que es, sin embargo lo que afirma expresamente el TC*”¹⁹.

Es decir, los jueces y magistrados no pueden ser partes de una potestad que les pertenece, pues dicha potestad es una abstracción que se materializa en la constitución y las leyes, que indican un mandato para la realización de una función de autoridad, como es la jurisdiccional. Críticas de este tipo dan paso a la concepción del poder judicial como potestad-función.

1.2.2. El poder judicial entendido como potestad-función.

El profesor Ernesto Pedraz Penalva señala que “*No hay un titular concreto y determinado de la potestad jurisdiccional, sino que cada uno de los jueces y magistrados están investidos en el mismo grado e intensidad*”²⁰. Lo anterior es confirmado por el Tribunal Constitucional con otras palabras, y es que poder judicial, ha dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986, consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción²¹. Cuando nos referimos al concepto de poder judicial como potestad-función, se hace con la idea que los jueces y magistrados poseen la potestad de jurisdicción.

En todo el tema sobre el poder judicial existe la idea central que la jurisdicción desde un punto de vista filosófico y jurídico es ejercida por los jueces y magistrados, utilizando el poder del Estado para aplicar el Derecho de modo imparcial y que su resolución se cumpla y respete. Esta función o esta potestad deriva de una doble

19. El Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986 dice: “el Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción”. Andrés de la Oliva Santos, *Acerca del Consejo General del Poder Judicial (1)*, Revista de Derecho Procesal, Dirigida a Iberoamérica, nº 2, EDESA, 1994, p. 302.

20. Ernesto Pedraz Penalva, *Reflexiones sobre el ‘poder judicial’ y el Proyecto de Ley Orgánica*, Documentación jurídica, nº 42 - 44, p. 569.

21. El ingrediente esencial de la jurisdicción es esa potestad de imponer a todos, de exigir incluso coactivamente, el cumplimiento de lo previamente decidido en el proceso, potestad que tiene su única legitimación en la soberanía popular. Perfecto Andrés Ibañez, Claudio Movilla Alvarez, *El Poder Judicial*. Op. cit. p. 158.

vertiente: por un lado, como cumplimiento del mandato de la ley y la constitución; y por otro lado, de la investidura potestativa que tienen los jueces de administrar justicia. La ley posee en sí una legitimidad que obliga a los individuos a cumplirla; son mandatos o prohibiciones que tendrán una sanción, dependiendo del tipo de norma que se trate. Es claro que la legitimidad de esa norma viene dada por el contrato social de aceptación de las reglas del juego; en este sentido la voluntad general se manifiesta en la ley; su cumplimiento, en términos aceptables y generales, será su consecuencia. En otras palabras, es el pueblo quien a través de los mecanismos democráticos participa en darse a sí mismo la ley, por medio de los mecanismos institucionalizados en la constitución. En este caso, si el juez en el Estado de Derecho está sometido al imperio de la ley, y su obligación es aplicarla con todo lo que ello implica, será consecuente con la exigencia soberana del pueblo que a través de la norma exija que quien rompa el pacto social manifestado en la ley, responda de ello. La posición del juez frente al incumplimiento es el de garantizar el orden establecido en dicha ley, y la legitimación para hacer cumplir la ley, nace por derivación de la soberanía popular para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²².

Lo anterior implica que los jueces y magistrados poseerán un poder jurídico que hará efectiva la función jurisdiccional constitucionalmente atribuida. Los jueces en esta lógica no son ni constituyen un poder, ejercen una función que, gracias al poder del Estado, pueden ejercer. Ellos, los jueces y magistrados, deben poseer poder o poderes²³ para ejercer un control y sometimiento eficaz de cualquiera de las manifestaciones de la administración pública²⁴, control

22. Perfecto Andrés Ibañez, Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*. Op. cit. p. 157.

23. Andrés de la Oliva Santos, *Acerca del Consejo General del Poder Judicial (1)*. Op. cit. p. 303.

24. Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 151. El profesor García de Enterría explica que la posición del 'juez frente a los administradores no es tampoco fruto de ninguna superioridad moral; procede, simplemente, de su condición de órgano de la Ley y del Derecho, que son la verdadera y estable expresión de la voluntad general y que, como tales, someten plenamente a la Administración pública en cualquiera de sus manifestaciones, en los términos que, en caso de conflicto, al juez toca precisar según el sistema constitucional de poderes'. Tampoco hay que confundir los actos de la administración con los actos políticos del gobierno. En el ordenamiento jurídico español, específicamente en lo referente a la Jurisdicción Contencioso - Administrativa de 1956 en su exposición de motivos menciona que los actos políticos no son actos administrativos de gran porte. El profesor García de Enterría explica claramente lo que la Ley quiere decir con respecto a eso y cita el artículo 2 apartado b) de dicha ley que dice: "Cuestiones que se suscitan en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar". Al respecto el profesor García de Enterría analiza: "la Ley enumera unos cuantos actos políticos, aunque sin afán exhaustivo, dejando, pues, el cuidado de completar la lista a la jurisprudencia; dice, en efecto: <<como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad nacional, seguridad interior del Estado y mando y organización militar>>. De esta lista sólo dos son actos distintos de los actos administrativos, son los de las relaciones internacionales

de la legalidad, aplicando la ley penal a los actos delictivos, y en definitiva, brindar tutela a los derechos fundamentales en general. Siguiendo a Luhmann, “el postulado del ‘Estado de Derecho’, que obliga a filtrar el acceso a la fuerza física mediante procesos jurisdiccionales, es decir someter *todos* los actos privados o estatales que hacen uso de la fuerza a un control por parte de la jurisdicción”²⁵.

Lo anterior suscita problemas en el momento en que la administración pública toma decisiones en las que están en juego derechos fundamentales, a lo que Perfecto Andrés Ibañez comenta: *“La eficacia de la jurisdicción en este punto se hace manifiesta en la indudable virtualidad deslegitimadora que tiene para el aparato policial — para el ejecutivo — la sanción negativa implícita en toda actividad procesal orientada a la depuración de actividades de sus agentes posiblemente transgresores del régimen de garantías... Y una trascendencia del mismo género tiene también para el poder ejecutivo la eventual apertura de procedimientos judiciales contra alguno de sus representantes”*²⁶.

El contenido constitucional de la legalidad tampoco escapa a la función que realiza el juez dentro del poder judicial. Este análisis constitucional de las normas, en el momento de interpretar y aplicar el Derecho, la realiza el juez por medio de un examen previo de constitucionalidad para verificar si la norma a aplicar es una norma que responde a los contenidos en principios, valores y normas de la constitución.

Por otra parte, dependiendo del sistema que haya adoptado el poder judicial, en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, podrá ser un control difuso y/o un control concentrado de la

y los actos de relación interconstitucional de los órganos superiores. Todos los demás son actos administrativos y sujetos a control por parte de la Jurisdicción Contenciosa, en cambio estos actos que si constituyen actos políticos son de control de otras competencias como pueden ser las competencias internacionales para los actos internacionales y las constitucionales para los actos interconstitucionales. Pero es importante hacer notar lo siguiente que señala el profesor García de Enterría: *“Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados”*. Al respecto se ejemplariza con el tema del “orden público”, concepto jurídico indeterminado: *“que no puede ser una facultad discrecional de la Administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público, o amenaza de la misma, o incluir el más inocuo de los actos de la vida privada entre los actos contrarios al orden”*. Todo esto es controlable y sometido a jurisdicción. Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 50 - 63.

25. Niklas Luhmann, *Sociología del diritto*, traducción A. Febbrajo, Laterza, Bari, 1977, p. 232

26. Perfecto Andrés Ibañez, Claudio Movilla Alvarez, *El Poder Judicial*. Op. cit. p. 25 - 26.

constitucionalidad de las leyes, lo cual refuerza la figura de la función jurisdiccional como poder. De esta manera, “se asiste a la configuración de la función judicial como un auténtico *poder* dentro del Estado”, basadas en los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional, prohibición de los tribunales de excepción (*ad hoc o ad personam*), y las garantías procesales existentes en un Estado de Derecho. Principios que junto “con la creación de otro grupo de garantías, tales como la *casación* o el *recurso contencioso-administrativo*, que, dentro del marco de la <<división de poderes>>, otorgará a los Tribunales la función de control de la *legalidad*, permitirá configurar a la jurisdicción como el <<más alto poder de decisión del Estado>>”²⁷.

De esta manera el poder judicial se debe rodear de todas las garantías que permitan a los jueces y magistrados ejercer la potestad de administrar justicia. Estas garantías son las que constituyen los mecanismos institucionalizados que garantizan un poder judicial que responde a las exigencias del Estado de Derecho democrático.

27. Vicente Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, Ponencia General del 8º Congreso Internacional de Derecho Procesal, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, dirigida a Iberoamérica, EDESA, 1987, p. 270 y 271.

2. Concepción democrática de la jurisdicción en el Estado de Derecho

Es necesario conocer en qué consiste la función del juez dentro de la concepción democrática y del Estado de Derecho. Uno de los objetivos que se pretende alcanzar es la definición del papel que juega el poder judicial en un Estado Democrático. Es decir, cuál es la posición que ocupa el poder judicial y en especial la labor del juez dentro del esquema del Estado de Derecho democrático.

Dentro de la democracia el juez, en su labor de aplicación e interpretación del Derecho, debe realizar un trabajo argumentativo sólido, que por un lado es activo, en cuanto a la razonabilidad y racionalidad de sus argumentos —en garantía de los derechos fundamentales—, pero por otro pasivo, en cuanto a su imparcialidad respecto a las partes y objeto del proceso. La argumentación desarrollada por el juez, que se manifiesta en las resoluciones, es un aspecto básico en el momento de analizar la legitimidad democrática de su función.

La legitimidad se concreta en la motivación, lo que constituye un aspecto clave para el análisis de su imparcialidad e independencia, y que se establece como control de la actividad juzgadora, la cual permite a la vez determinar las responsabilidades del juez cuando esto proceda.

Lo anterior nos conduce a reconocer la diferencia que existe entre la legitimidad del poder judicial y la legitimidad de los otros poderes del Estado. Por ejemplo, la diferencia con la legitimidad del poder legislativo está definida por el nombramiento de sus miembros y en el número de votos que en el seno del parlamento surjan al decidir sobre los asuntos normativos; en el caso del poder ejecutivo su legitimidad reside en la elección popular, en el respeto de los derechos fundamentales de las mayorías y minorías, y en el cumplimiento de los principios básicos del Estado de Derecho y de la democracia. En cambio, la legitimidad del poder judicial recae en lo que el profesor Juan Igartua Salaverría ha dado en llamar “la Ley de la razón”. Es por eso, que en buena parte, la legitimidad de la función jurisdiccional del poder judicial se encuentra sustentada en una legitimidad de tipo racional, que, “mientras la Ley es un acto exclusivamente normativo, la sentencia es un acto motivado y por ello la motivación es parte esencial de aquélla”²⁸.

28. Juan Igartua Salaverría, *El Caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 23 - 25.

2.1. Función judicial en la actual situación de la democracia.

El papel de la función judicial desde los valores y actitudes del juez puede ser definida como “el complejo de expectativas, valores y actitudes que se presentan singularmente similares en todas las sociedades que tienen un sistema judicial y está generalmente definida la “función Judicial”²⁹. Desde un punto de vista descriptivo, la función jurisdiccional puede definirse como “la actividad encaminada a verificar la voluntad normativa que ha de hacerse valer en un caso concreto, objeto de una controversia entre dos o más partes, con el fin de eliminar las incertidumbres surgidas en el momento de la aplicación de las normas o de irrogar las sanciones previstas por la comisión de ilícitos, así como asegurar la certeza del derecho y la reintegración del orden jurídico violado”³⁰.

Ese comportamiento de los jueces, a priori, está determinado por la legalidad y la constitución, pero también desde una perspectiva social y política está determinada por la realidad y el contexto en que se encuentra. El poder judicial, en este sentido, se configura “*como un instrumento en cuanto a que los jueces están llamados a garantizar la paz social, mediante la resolución de los conflictos existentes a través de una aplicación imparcial del derecho objetivo por parte de los jueces y tribunales previstos por la Ley, lo que presupone la renuncia al uso de la violencia por parte de los sujetos privados como requisito de la organización social*”³¹.

Los cambios en la funcionalidad de los jueces han respondido a las exigencias sociales en un momento histórico determinado, y por eso, su manera de operar está también determinada por la realidad y el contexto en que se encuentran. La función del juez ha cambiado paralelamente a la concepción de la sumisión del juez a la ley, desde las formas del Estado liberal de Derecho hasta llegar al Estado Social de Derecho. En el Estado liberal, el juez, como hemos venido señalando, se encontraba en una posición de autómatas aplicador de la ley, bajo la égida del positivismo legal científico, cuya actividad —nos indica Vicente Gimeno Sendra— “*había quedado ceñida a una labor meramente*

29. Alberto Marradi, *Voz <<Sistema Judicial>>*, en Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino, *Diccionario de política*, redactores en español José Aricó, Martí Soler, Jorge Tula, Siglo veintiuno, 11ª. Ed. Madrid, 1998, pp. 1461.

30. Giuseppe Vergottini, *Diritto Costituzionale comparato*, 4ª ed., Cedam, Padua, 1993, p. 306; Luis María Díez - Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 19 y ss. citados por Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*, Revista de las Cortes Generales, Nº 35, Madrid, 1995, p. 170.

31. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en Revista de Derecho Procesal, nº 1 - 3, Madrid, 2001, p. 130.

cognoscitiva en la que, fijados los hechos por las partes, había de proceder a la aplicación de la norma con exclusión de cualquier tarea interpretativa."³².

En el esquema del Estado de Derecho liberal en el que se promulgaba la libertad y el principio de la autonomía de la voluntad, en que el Estado no actuaba para la realización de estos principios, el juez debía permanecer impasible ante las partes y el litigio. Debido a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que surgen en el proceso de industrialización y de nacimiento de la clase obrera, el dogma de impasibilidad del juez de aplicador sumiso al texto de la ley, unido a la inmutabilidad de los valores contenidos en la codificación, causaron crisis en el modelo de funcionalidad judicial, lo cual hizo reformar su modelo de funcionamiento. Esta modificación se materializó en la jurisprudencia, que buscó conjugar la tradicional hermenéutica del ordenamiento con los valores sociales nacientes. Aparece de esta manera junto con el Derecho legislado, un Derecho judicial, "el cual ya no viene concebido como resultado de una mera operación mecánica o silogística del Juez, sino como resultado de su actividad *interpretativa* de las normas, en la que, con independencia de la *mens legislatoris*, debe el Juez extraer todo su sentido lógico actual"³³.

Todavía en estos tiempos se tiene la cultura y la práctica decimonónica del juez sometido a la ley aplicando mecánicamente la ley, alejado de la idea de la interpretación e integración del Derecho como fruto de la vinculación a la ley y al Derecho, de conformidad con los principios y valores constitucionales. Pero tampoco se trata de que el juez se convierta en un mecánico aplicador de las normas y principios constitucionales, sino de que su labor sea la de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico en su conjunto³⁴.

32. Vicente Gimeno Sendra ha utilizado el concepto alemán "*Substitutionsautomat*" para explicar la falta de racionalidad en el uso del derecho por parte del juez, siendo el juez un automatá sometido a la Ley. Estas ideas han sido compartidas por el profesor Gimeno Sendra utilizando los aportes de Wieacker en *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1967, p.p. 458 y s.s. y del mismo autor *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958, p. 4 - 5. Véase al respecto Vicente Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*. Op.cit. p. 273.

33. Vicente Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*. Op. cit. 274 y 283.

34. El jurista Valeriano Hernández Martín, en su obra "Independencia del juez y desorganización judicial", expone los motivos por los cuales se hizo el traslado de un tipo de juez sometido a la ley a un juez sometido a la constitución, principio que lejos de resolver el problema difuso de la aplicación de la ley trajo nuevos problemas. La ley puede ser inaplicada por diversas razones -según el autor- por un lado la proliferación de normas que refuerzan las diferentes interpretaciones que pueda hacer el juez; por otro lado, la existencia de compromisos dilatorios, en la que el juez asume un papel como reelaborador de la norma, como adaptador de la misma, como actualizador de la legislación a través de la interpretación según principios generales o según la realidad social, analizada de acuerdo con sus propias valoraciones subjetivas. Valeriano Hernández Martín, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 59 - 64.

Lejos de ser el juez impassible del Estado liberal de Derecho, sin olvidar su función protectora y garantizadora de los derechos subjetivos, se concebirá al juez como “instrumento de política social”³⁵ o de “pacificación social”³⁶. Por tanto, el mandato de “hacer”, que implica el nuevo esquema del Estado de Derecho en su forma Estado Social, invade la esfera de actuación del juez, como garantía y defensa de los derechos fundamentales.

2.1.1. Valores y crisis de la política. El papel de los jueces.

Referirse a una crisis de valores no sólo significa pérdida sino confrontación entre valores aceptados o no por una colectividad. La crisis no se limita únicamente a una crisis de valores o entre valores, sino también crisis de los sistemas políticos democráticos, manifestada en su incapacidad de representar a la sociedad y de realizar la voluntad de la mayoría y respetar los derechos de las minorías. Por otro lado, la falta de sujeción a la ley de los poderes públicos (sobre todo del poder judicial) y la falta de control de sus actuaciones, así como la insatisfacción de la sociedad cuando no se le garantizan los derechos constitucionales, son factores que han contribuido a la crisis de la política y, por qué no decirlo, de la democracia.

Todo ello porque en la práctica se ha mal entendido, tomando en cuenta los factores reales del poder³⁷, la verdadera dimensión de

35. Vittorio Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, pp. 70 - 75. Miguel Ángel García Herrera, *Poder judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional*, en *Corrupción y Estado de Derecho*, El papel de la jurisdicción, Perfecto Andrés Ibáñez editor, editorial Trotta 1996, p. 65. El profesor García Herrera comenta refiriéndose al cambio del modelo liberal al social lo siguiente: “...En este sentido, no cabe sino recordar que la superación del orden liberal consiste precisamente en el abandono del esquema individualista circunscrito a la tutela de la esfera personal para confiar al ordenamiento jurídico una tarea de reconstrucción de una sociedad basada en el reconocimiento de derechos y en la efectividad de los mismos, con la consiguiente remoción de los impedimentos que obstaculicen dicha plenitud”.

36. Vicente Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*. Op.cit. p. 284. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*. Op.cit. “En línea de máxima en el Estado moderno la autotutela resulta prohibida para los particulares, e incluso viene reprimida con sanciones penales cuando asume formas peligrosas para la pacífica convivencia social”. Betti, *Voz autotutela*, en *Enciclopedia del Diritto*, T. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 529 y ss.

37. La idea del desconocimiento del funcionamiento real de la democracia no es un motivo suficiente para creer que la misma no es una realidad. Hay que tomar en cuenta los factores del poder real que están en juego, tales como los económicos y sociales, que en los casos en que la democracia no es un hecho, traspasan cualquier límite de institucionalización de las reglas, valores y principios democráticos. Es importante tomar en cuenta que es la democracia en sí, la que garantiza una convivencia pacífica de todos, incluso la de los detentadores del poder, sean facticos u oficiales. Las posibilidades que ofrece la democracia de vivir en una sociedad con paz social es más segura que otro tipo de regimenes no democráticos. Lo que sucede es que ese desconocimiento de los beneficios de la democracia por parte de los poderes reales son los que traen las consecuentes situaciones de inseguridad tanto jurídica como social y económica.

la democracia. La democracia, no consiste en la tiranía o dictadura de la mayoría o de los partidos políticos al estilo del pragmatismo y elitismo político. La toma de decisiones sobre la base únicamente del principio de las mayorías es contrario a los principios básicos de la misma. La democracia *"no consiste de ningún modo en el despotismo de la mayoría, sino que es un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones; y que tales equilibrios se rompen, y ponen en peligro a la Democracia cada vez que los poderes, sean económicos o políticos, se acumulan o, peor aún, se confunden en formas absolutas"*.

Además de los anteriores factores, la crisis de la política tiene otras causas, como son que los dos principales presupuestos del principio de representación han entrado en crisis a lo largo de los años. El primer presupuesto referido al papel de los partidos como instrumentos de mediación política entre sociedad e instituciones está siendo seriamente cuestionado debido a los incumplimientos traducidos en falsas promesas y por los conocidos de la corrupción. El segundo presupuesto, el de la canalización de las necesidades y de la voluntad de los electores ha sido frustrado, por lo que la base social tal como se ha venido expresando durante más de un siglo ha ido perdiendo la confianza en el mecanismo político electoral.

Tal como lo señala Luigi Ferrajoli, *"con ello parece haberse olvidado la existencia... como en todos los sistemas jurídicos, de principios generales del derecho tales como el deber constitucional de <<imparcialidad>> de la administración pública, sometida a la <<unidad de dirección política y administrativa del presidente del Gobierno>>; la obligación por parte de éste de <<ejercer sus funciones en interés exclusivo de la nación>>, sancionada con el juramento constitucional; el principio de igualdad, que no permite la existencia de privilegios o discriminaciones fundadas en intereses particulares"*.

Un ejemplo de lo anterior, respecto a la crisis y conflicto entre valores que circundan las democracias actuales y el ejercicio gubernamental, lo encontramos en la prevalencia del discurso del mercado, el cual determina los valores supremos que subsisten en el que hacer de los Estados. En palabras de Ferrajoli: *"la libertad económica, desregulada y salvaje, se ha convertido de este modo en el valor básico de la cultura del gobierno, que hoy forma un todo con la cultura empresarial, en perfecta sintonía con la confusión de intereses públicos"*

y privados..."³⁸.

En la actualidad se ha mercantilizado la vida en sociedad. Es el mercado el que dispone de la lógica del desarrollo social, y esto no sólo choca con los principios y valores de la democracia constitucional, sino que afecta directamente la paz social. El flujo de riqueza de una nación a otra, las transacciones multinacionales que van sin control sobre todo en los países del tercer mundo, unido a las políticas de ajuste estructural que posibilitan aun más la facilidad en el manejo de las mercancías que el mercado dispone para el consumo de cada vez menos personas. Las crisis de las grandes empresas multinacionales que han falseado sus datos ³⁹ para obtener mejores rentas y que al final han provocado grandes escándalos financieros y de la bolsa de valores. Se estima que los movimientos especulativos de capitales son cada día de sesenta a cien veces más importantes que los movimientos de capitales correspondientes a transacciones económicas reales ⁴⁰. La libertad del mercado y sus valores es lo que se impone y defiende aun a costa del sacrificio de grandes mayorías empobrecidas y marginadas de los beneficios sociales y económicos.

Otros ejemplos de la subversión del orden valorativo de la democracia y el Estado de Derecho lo constituyen las medidas de reformas institucionales del Estado tales como "... la reforma de la enseñanza en nombre del reforzamiento de las escuelas privadas y de la transformación de los centros públicos en <<empresa>>, o como el recorte de las pensiones y la asistencia sanitaria a favor de las aseguradoras

38. Luigi Ferrajoli (et. al.), *El Estado constitucional de derecho hoy: El modelo y su divergencia de la realidad*, en *Corrupción y Estado de Derecho* el papel de la jurisdicción, Perfecto Andrés Ibáñez editor, editorial Trotta 1996, pp. 15, 18, 19, 20 y 22.

39. El engaño nunca es un recurso lícito, tal como señala Javier de Lucas, pues "desvirtúa el propio punto de partida de la Democracia, el principio de autonomía, de mayoría de edad (podríamos decir, de otra manera, la idea misma de participación, la noción de ciudadanía, la titularidad de la soberanía política). Por otra parte, como señala Laporta al criticar lo que denomina <<el error Maquiavelo>>, no hay ninguna razón para establecer respecto a las acciones de poder <<una especie de excepción de juicio ético... se trata de acciones que inciden directa y gravemente sobre la vida individual y social, y, por tanto, sobre la base misma de la moralidad>>: del mismo modo, si no más, que lo es en la vida privada, el engaño, la mentira, son reprobables en la vida pública, porque constituyen, insisto, un obstáculo dirigido contra dos principios sin los que no cabe Democracia: el acceso de los ciudadanos a la información, al conocimiento sin el cual no pueden ejercer de forma libre y consciente su voluntad soberana, y, en consecuencia y en segundo lugar, la posibilidad misma de control del poder". Javier de Lucas, *Secretos de Estado*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertad, Universidad Carlos III de Madrid, nº 7 Op. cit. p. 49.

40. Clemente Auger Liñán (et. al.), *Mercado Mundial y Ordenamiento Penal*, en *Corrupción y Estado de Derecho*. Op. cit. p. 129.

privadas, más allá de la penalización de los sujetos más débiles y del favor que se ha hecho a bien consistentes intereses empresariales, tienen sobre todo el valor de un mensaje ideológico dirigido a alterar la escala de valores sobre la que descansa la Democracia: en el vértice la libertad de empresa y las razones de la economía y del beneficio, con el consiguiente descrédito de la esfera pública y la degradación de los derechos fundamentales —que la Constitución quiere ajenos a la política y al mercado— a la condición de derechos patrimoniales, monetarizables y negociables”⁴¹.

En este ambiente hay que agregar el factor criminógeno que encuentra tierra fértil para su crecimiento, debido a las grandes desigualdades económicas y sociales provocadas precisamente por la lógica del mercado. Crimen que se acompaña con la degradación moral de la corrupción y de la impunidad, lo cual convierte al crimen en una forma de vida y en algunos casos de subsistencia cuando los individuos no tienen los ingresos económicos para alcanzar el nivel de vida que exige el mercado, que hace pensar que el crimen paga.

Al factor del crimen hay que agregar el miedo como forma de dominación social. No son pocos los ejemplos en los cuales los gobernantes utilizan el miedo o el terror para mantener a una sociedad sin voz para expresar sus ideas y sentimientos acerca de los grandes problemas económicos y sociales que le aquejan; para lograr su objetivo utilizan todos los medios a su disposición, desde la propuesta de leyes (inconstitucionales) hasta medidas que, si no son criminales, están muy cerca de serlas. En esto se apoyan de los medios de comunicación social que aparecen como un elemento clave en la difusión del terror y de la ideología del miedo para luego argumentar la necesidad de políticas cuyas vertientes son eminentemente autoritarias y contrarias a la democracia y al estado de derecho.

Tampoco el crimen reconoce fronteras nacionales. En el mundo de la informática, del desarrollo de la tecnología y la globalización en general, la criminalidad aprovecha estos medios para lograr sus fines, por lo que las fronteras ya no son un obstáculo para éstos. Como dice Clemente Auger Liñán, "es curioso que la presencia de fronteras no ha conseguido obstaculizar el desarrollo de la criminalidad organizada moderna. La caída de las barreras aduaneras, de jure o de facto, no terminará de hacer atractivo el territorio extranjero. En efecto, la línea de demarcación entre los territorios de los Estados seguirá marcando el principio de la diferencia. Diferencia de lengua, de cultura, de régimen político, de organización estatal, de reglamentación de la actividad

41. Luigi Ferrajoli (et.al), *El Estado constitucional de derecho hoy: El modelo y su divergencia de la realidad*. Op. cit. p. 29.

económica, de estructura y funcionamiento de la justicia"⁴².

Un factor que no hay que olvidar y que puede contribuir a la fractura del orden y la paz internacional es el de las llamadas guerras preventivas. La guerra contra el terrorismo ha traído más muertes y desapariciones de población civil inocente que un avance real en el enjuiciamiento de los crímenes terroristas. Es urgente detener este tipo de guerras y acciones militares para adoptar mecanismos racionales. Se hace necesaria la adopción de nuevos mecanismos de investigación del crimen internacional y terrorista que tomen en cuenta las garantías de los derechos fundamentales, sin descuidar, obviamente, la eficacia de las medidas para combatir este tipo de crímenes.

Ahora bien, ¿qué papel juega o debería jugar el poder judicial ante esta realidad? La respuesta es compleja, ya que dicha función está muy poco definida en cuanto a sus límites en el papel de control de los poderes internacionales, sean de facto o institucionales. El Estado está o debería estar organizado para lograr los fines del Estado de Derecho Democrático. En este entramado — se ha señalado reiteradamente — se encuentra el poder judicial, cuyo papel, entre otros, es garantizar jurisdiccionalmente el Estado de Derecho, a través de la supremacía constitucional, la sujeción de los poderes públicos a la ley, la división de poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales, y la articulación de cauces idóneos para garantizar la vigencia efectiva de éstos. Esto nos obliga a repensar los roles tradicionales del juez. ¿Qué papel deben jugar los jueces cuando dichos crímenes internacionales se han cometido a raíz de intervenciones militares cuando estas además están apoyadas por una legitimidad Democrática?

Existe, por tanto, una interacción —tensión entre el poder judicial y la democracia— que se manifiesta en dos sentidos: por un lado, en las exigencias que el mismo Estado Democrático de Derecho hace al poder judicial en términos de sometimiento y aplicación del Derecho, motivando y fundamentando sus sentencias; y por otro, en el papel que juega la judicatura en la conservación y garantía del Estado de Derecho democrático en términos de paz social, previsibilidad y seguridad jurídica. No puede, por tanto, definirse a un Estado como Estado de Derecho si el poder judicial no cumple con su papel de controlar la legalidad y de garantizar los derechos fundamentales. En palabras de Luigi Ferrajoli, *"de aquí se deriva un papel central de la jurisdicción y su independencia como instrumento de control de la legalidad del poder y de garantía frente a sus desviaciones: de la jurisdicción constitucional sobre la validez de las leyes, de la administrativa sobre la validez de los actos de la administración, de*

42. Clemente Auger Liñán (et. al.), *Mercado Mundial y Ordenamiento Penal*. Op.cit. p. 129.

la penal frente a los abusos y las arbitrariedades delictivas de los titulares de los poderes públicos"... "De este modo la relación entre Estado de Derecho y principio de mayoría (Democracia), o, dicho de forma más simple, entre Derecho y Política, aparece invertida si se la compara con las imágenes politicistas de la Democracia, porque el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la Política, sino que, por el contrario, es la Política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho" 43.

2.1.2. Derechos y crisis de la ley.

La ley es una de las manifestaciones del Estado de Derecho democrático; ésta es fruto de la toma de decisiones políticas como mandato de la voluntad general que nace de la participación, la discusión y el consenso entre grupos plurales representados en los parlamentos. La regulación del contenido de la ley se origina, como se ha dicho, de las decisiones que al respecto van tomando los grupos políticos en un momento histórico determinado. Pero dichos contenidos no pueden ser predeterminados, es decir, no pueden ser previamente establecidos, como tampoco son previsibles las mayorías que han de decidir sobre dichos contenidos. Esto se debe a que no son predeterminables las orientaciones políticas que se adoptarán, ya que éstas dependen de la lucha política de las diferentes corrientes ideológicas. Por tanto, la ley, desde un punto de vista político, es entendida *"como un sistema de valores que no puede ser fijado de antemano, al modo de los iusnaturalismos racionalistas, sino que tiene que reflejar las valoraciones sociales y políticas de ese momento concreto. Pero unas valoraciones que son cambiantes y plurales, porque cambiante y plural es el entramado social del que emanan. Por eso, la Ley, expresión de la lucha política que se desarrolla en sociedad, tiene reservado un puesto primordial."*⁴⁴.

Ahora bien, las reglas del juego democrático, entre las que se encuentran las normas que rigen los procedimientos para la toma de decisiones, se encuentran recogidas en la Constitución. En este sentido, al no preverse los contenidos de la ley, por ser imprevisibles para los grupos que tomarán la decisión dentro del espectro político pluralista⁴⁵,

43. Luigi Ferrajoli (et. al.), *El Estado constitucional de derecho hoy: El modelo y su divergencia de la realidad*. Op.cit. p. 24.

44. Marina Gascón Abellán, *Presentación: la concepción del Derecho en <<El derecho dúctil>>* en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, Ministerio de Justicia, BOE, Madrid, 1996, p. 18.

45. Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, traducido por Rafael de Agapito Serrano, editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 194 - 195. Op.cit. Cap I.

la constitución juega un papel fundamental, como la norma que encierra las reglas de procedimiento y límites a esa decisión política ⁴⁶. La constitución no solamente establece los límites y las formas en que se puede decidir, sino también aquello que no se puede decidir, tal es el caso de decisiones que podrían afectar los derechos fundamentales ⁴⁷.

Pero entonces, ¿cuál es la razón fundamental de la separación entre la ley y los derechos? Es importante dejar claro que no se deben confundir ley y derechos fundamentales. La labor del juez es aplicar, interpretar e integrar la ley y garantizar los derechos ⁴⁸. La separación entre estas dos realidades jurídicas tiene una explicación histórica que parte del desarrollo de la crisis del Estado de Derecho liberal. La otra explicación es el aspecto práctico del cambio de posición de los derechos y de la ley en la constitución como norma fundamental que se manifiesta en unidad de conjunto de los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico.

46. Según Luigi Ferrajoli la constitución es un sistema de vínculos y equilibrios que debe ser reconocida como la principal garantía de la democracia. Siguiendo con la opinión de Ferrajoli, la constitución no debe ser vista sólo desde la perspectiva formal, es decir, como conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría sino también desde el punto de vista sustancial, en cuanto sistema de derechos fundamentales estipulados contra cualquier tentación absolutista, en garantía de la igualdad y de las necesidades vitales de todos. Este papel del Derecho como sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la democracia se funda en una característica estructural propia del actual Estado constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho, según el viejo esquema positivista, no sólo es producido por fuentes y en formas cuyo carácter democrático - representativo es posible garantizar, sino que está también programado en sus contenidos por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respeto y a la satisfacción de los derechos fundamentales. Véase AA.VV, *El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Luigi Ferrajoli *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Editor Perfecto Andrés Ibañez, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 22

47. Ernst Wolfgang Böckenförde. Op.cit. pp. 97 - 98. Y Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 69. Estos autores opinan que puede decidirse sobre cualquier cosa por mayoría, al analizar el caso pueden suceder dos cosas, la primera que no se decida manteniendo el *status quo* afectando derechos fundamentales, y el segundo, que decidiendo afecten derechos fundamentales, y aunque fuese por mayoría no se estaría decidiendo democráticamente.

48. Esta aclaración es necesaria en cuanto a que desde la perspectiva del Derecho dúctil (Zagrebelsky) frente a la sociedad pluralista, permite que la interpretación pueda ser hecha por un grupo abierto de órganos y personas. En tal sentido Peter Häberle plantea la tesis sobre la cuestión de los participantes en la interpretación, y se refiere básicamente a la interpretación constitucional. La tesis –según Häberle– es: “en los procesos de la interpretación *constitucional* se insertan potencialmente *todos* los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos o grupos. ¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales!. La interpretación constitucional es un proceso consciente, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una <<sociedad cerrada>> de los intérpretes jurídicos <<agremiados>> de la constitución y de los participantes formales en el proceso constitucional. En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas –en la medida en que son participantes materiales–, porque la interpretación constitucional contribuye a la constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista. Peter Häberle, *Retos actuales del Estado Constitucional*, traducido por Xabier Arzos Santiesteban, Oñati, IVAP, 1996, p. 18.

En relación al aspecto histórico, la evolución que ha tenido el Estado de Derecho pasa por el momento en que los derechos reconocidos en la legalidad se incorporan a la constitución. La ley y los derechos eran confundibles, ya que las leyes contenían los derechos. El problema fundamental era básicamente que el principio de mayoría que caracteriza a la democracia se vinculaba a la idea de la Ley como modo de expresión de un fundamental derecho político, por lo que cualquier decisión, en este ámbito, iba encaminada al reconocimiento legítimo de cualquier derecho por ser decisión mayoritaria y democrática. Pero este decisionismo en la legalidad, propio del Estado de Derecho decimonónico, entró en contraste con la diversidad de opiniones y proyectos que acaban por cerrar las nuevas posibilidades y realidades políticas que se presentarían con el devenir del tiempo. Es así como la Ley, fruto de las razones y las voluntades políticas, se debería ir afirmando, en el transcurso del tiempo, para responder a esas nuevas realidades políticas y sociales. Esto producía, entre otras cosas, inseguridad jurídica en el conglomerado social y político, debido a la falta de coherencia de la ley con la realidad y las expectativas de los nuevos grupos sociales y políticos. Para solventar este fenómeno se buscó la fórmula en la cual los contenidos de la ley que se traducían en derechos, deberían “tomarse como punto de partida, <<natural>> y no controvertido, de cualquier orden social y político, y del que nadie pudiera separarse. La tranquilidad de los particulares y su participación leal y sin reservas mentales en la vida colectiva dependían de esta seguridad”. De esta forma se va configurando el moderno Derecho Constitucional en el que las manifestaciones políticas de partidos e intereses no van a ser confundidas con los derechos fundamentales.

En este sentido se puede decir, con Gustavo Zagrebelsky, que lo que caracteriza al Estado Constitucional actual es, ante todo, “la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de Derecho del siglo XIX estaban unificados o <<reducidos>> en la ley. Para expresar cumplidamente la soberanía histórico-política de la clase social dueña de la ley —como se señaló anteriormente en el aspecto histórico— y para hacerse posible en la práctica, la <<soberanía>> de la ley debía suponer también la reconducción y, por tanto, la reducción a la propia ley de cualquier otro aspecto del Derecho. En esta reconducción y reducción consistía propiamente el positivismo jurídico, es decir, la teoría y la práctica jurídica del Estado de Derecho decimonónico”⁴⁹.

49. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 40, 41 y 68

Superada la anterior visión y concepción de derechos y legalidad, la positivación de los derechos en la constitución fragmenta el contenido de la ley que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios; en cambio, la constitución expresará la de los derechos inviolables, como patrimonio jurídico de sus titulares, independientemente de la ley, determinando en consecuencia, el límite entre el poder del Estado y la libertad de los particulares.

En la actualidad existe una confrontación constante entre lo que son los contenidos de la ley y los derechos constitucionalizados, especialmente los derechos sociales. Entre las causas que han originado este conflicto entre leyes y constitución se encuentra la crisis actual de la ley⁵⁰.

El profesor Miguel Ángel García Herrera expresa que “es comprensible que la primera alusión a la crisis de la legalidad vaya asociada a la contradicción entre el Estado de Derecho, límites y prohibiciones impuestas a los poderes públicos de forma cierta, abstracta y general para la tutela del ciudadano, y el Estado social, demanda de prestaciones sociales no siempre predeterminadas de forma abstracta y general, y por ello discrecionales, sustraídas a los principios de certeza y legalidad a la intermediación partidista”. Esta situación no deja de traer consecuencias para el ordenamiento jurídico, lo cual -en opinión del profesor García Herrera- “repercute drásticamente en el principio de legalidad al generar fenómenos de distorsión, inflación legislativa, como obligada respuesta a las presiones de intereses sectoriales y corporativos, pérdida de generalidad y abstracción de las Leyes, abundancia de Leyes-medida, acentuación de la descodificación, fragmentación de la legislación. El resultado de esta situación es la congestión legislativa caracterizada por la dispersión y contradicción, en la que la abundancia normativa va acompañada por el desinterés hacia la construcción de un sistema de garantías de los derechos sociales, lo que comporta en ocasiones no sólo el desconocimiento de los derechos, sino también la consolidación de espacios de decisión gestionados burocráticamente”.

En definitiva, frente al panorama caracterizado por la pérdida del valor regulador de la ley, se hace necesario caer en la cuenta que la necesidad de la apelación a la legalidad podría ser un enunciado vacío si no se repara en las vicisitudes por las que atraviesa el instrumento regulador legislativo⁵¹. Este fenómeno afecta directamente a la función

50. François Terre, *La crise de la loi: Archives du Philosophie du Droit*, Tomo XXV.

51. Miguel Ángel García Herrera, *Poder judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional*. Op. cit. p. 72.

que deben desarrollar los jueces como aplicadores del ordenamiento jurídico en los casos concretos que tienen conocimiento. La posición del juez frente al ordenamiento jurídico debe enmarcarse dentro de la concepción del Estado de Derecho; un modelo de Estado en que se vinculan los poderes públicos a la ley. En el moderno constitucionalismo, como se ha venido reiterando, la ley tiene su vigencia precisamente porque su contenido debe derivar de la constitución⁵²; en este sentido los jueces también se encuentran vinculados especialmente a ella. Es por eso que la misma constitución posee los mecanismos por los cuales hace valer los derechos de manera efectiva, por medio de la vinculación de los poderes públicos a la constitución y a las leyes, y en caso de su vulneración, la jurisdicción está para garantizar dichos contenidos. Como consecuencia, la realidad jurídica exige al juez la capacidad de interpretar e integrar un ordenamiento jurídico al cual está sometido y en el que se encuentra con leyes, y sólo desde el Derecho Constitucional será capaz de darle cohesión y sentido a ese ordenamiento jurídico.

2.1.3. El principio de jerarquía normativa y la función judicial.

En las anteriores líneas se han adelantado algunos aspectos relevantes de la constitución con relación al resto del ordenamiento jurídico y muy especialmente con la ley. Ahora no se pretende desarrollar la teoría clásica sobre la jerarquía normativa expuesta por el maestro Hans Kelsen y luego ampliada de manera teórica y práctica en los distintos ordenamientos jurídicos democráticos. Se trata de seguir con la discusión sobre la solución y convergencia entre ley y derechos o entre ley y constitución como el marco jurídico con el que el juez actúa.

Tal como se ha argumentado con relación a la crisis de la ley, que, entre otras cosas, es reflejo de la crisis de valores de la realidad jurídica y social, cabe preguntarse: ¿qué papel juega el juez en la democracia, si se ha dicho reiteradamente que el juez está sometido y vinculado a esa ley?. Formulando de otra forma la pregunta, ¿qué significa sometimiento exclusivo del juez a la ley en el siglo XXI?. El profesor Vicente Gimeno Sendra argumenta que “El principio liberal, de sumisión del Juez a la ley, no cabe entenderlo hoy como el de mecánica aplicación de cualesquiera norma jurídica, sino como <<vinculación a la Ley y al derecho>> (art. 20.3 Bonnergrundgesetz), de conformidad con el principio de <<jerarquía normativa>>, de tal

52. Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

suerte que incumbe al Juez, previa a la aplicación de la norma, un doble examen, jurídico-formal y material tendentes a constatar su legitimidad con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico”⁵³.

Lo anterior implica que la conversión de la funcionalidad del juez ya no significa la aplicación automática de la norma, sino más bien, la interpretación racional y razonable del Derecho manifestada en la obligación de motivar y fundamentar sus fallos. En este sentido, la ley se caracterizará, ya no sólo por su legitimidad democrática, sino porque su legitimidad deviene de un ordenamiento donde rige el contenido constitucional en donde el juez es, o debería ser, su garante y su defensor.

Cuando se dice que el juez está sometido y vinculado única y exclusivamente a la ley, se quiere expresar, dentro del principio de jerarquía normativa, que la labor de interpretación del Derecho se hará bajo los parámetros de los principios, valores y normas constitucionales. De esta manera se explica el examen previo de constitucionalidad realizado por el juez al momento de aplicar la norma, la cual deriva del principio de interpretación conforme a la constitución. Esto no significa tampoco que el juez aplique de forma mecánica los principios, los valores y las normas constitucionales. Esta idea mal concebida puede traer diversas interpretaciones, entre las cuales se encuentra la sustitución de unas normas por otras en el caso de aplicación inmediata de la Constitución. La función del juez no es desvincularse de la ley⁵⁴. No se puede negar que el juez es el juez de la constitución, pero está obligado a aplicar la ley como fruto inmediato de la democracia. En este sentido, el poder judicial se ve inmerso en una realidad política que tiene que afrontar de manera equilibrada y moderada con sujeción al Derecho.

Las exigencias constitucionales actuales establecen que el poder judicial debe adecuar su actividad a los derechos fundamentales juntamente con la realidad de la evolución y las formas de mutación del poder. El profesor García Herrera es de la opinión que “La comprensión de la función jurisdiccional debe realizarse en continua conexión con el entramado constitucional, los principios que la inspiran y la evolución que experimenta”. Más adelante explica su afirmación diciendo que, “*de la misma forma que la modificación de la forma de*

53. Vicente Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*. Op. cit. p. 284.

54. En palabras de Hernández Martín, la constitución como instrumento “ha operado con un fin inverso al inicialmente previsto, igual que ha sucedido con los principios generales. De ser un medio para conseguir la vinculación del juez (a falta de otro mejor) ha pasado de ser el medio para conseguir que el juez se desvincule de la norma, y doblegue esa voluntad”. Valeriano Hernández Martín, *Independencia del Juez y desorganización Judicial*. Op. cit. p. 115.

Estado incide en la dialéctica entre el Parlamento y el Gobierno en el sentido de acentuar el protagonismo del primero o favorecer la autonomía del segundo, de propiciar la capacidad de dirección de las Cámaras debilitar el control del poder ejecutivo, también las incidencias fisiológicas de la dinámica del poder no pueden menos que repercutir en la conformación del poder judicial, su posición en el sistema constitucional y la permanente redefinición de su función” 55.

En este marco de ideas se debe comprender que el juez es la voz que pronuncia las palabras irrevocables del Derecho, en cuanto a su función consustancial, la cual significa sometimiento exclusivo a la ley y al Derecho, es decir, a normas que están legitimadas constitucionalmente. Lo que trae como consecuencia, siguiendo el principio de jerarquía de las normas, que el juez realiza una labor de intérprete y aplicador de la ley en el caso concreto por medio de un examen previo de la constitucionalidad de las normas 56.

Este enfoque constitucional mal entendido puede traer consecuencias negativas al orden y a la seguridad jurídica pretendida por el Estado de Derecho. Incluso esta concepción ha sido parte de la crisis de la ley. Esta crisis desde el aspecto interno del ordenamiento jurídico obedece a un fenómeno que ha sido denominado hiperconstitucionalización del sistema, es decir, los derechos (especialmente los individuales) se han extendido a tal grado que dejan poco margen a la ley y al principio democrático para su actuación. En otros casos sucede una hipoconstitucionalización, es decir, un progresivo vaciado de derechos sociales frente a la extensión exagerada de los derechos individuales de algunos individuos. Las circunstancias así descritas hacen que la situación sea cada vez más compleja y difusa para los jueces, al tener que decidir qué norma aplicar y cómo aplicarla. Ellos, los jueces, están sometidos al ordenamiento jurídico, por tanto, su labor es proceder a su integración, tarea en la que se deben en un primer momento a la ley, es decir, al principio democrático de legalidad. En pocas palabras, en la decisión judicial, la constitución como norma jurídica no debe sustituir a la ley; al contrario, los jueces están obligados constitucionalmente a aplicar la ley y a integrar el Derecho.

55. Miguel Angel García Herrera, *Poder judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional*. Op.cit. p. 62.

56. Al respecto, José Manuel Bandrés, *Poder Judicial y Constitución*, Bosch, Barcelona, 1987; Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989; Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; Cristina Alberdi Alonso, *El Poder Judicial como garante del Estado de Derecho. Mandatos constitucionales y política judicial*, en *Sistema Español: poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial*, Poder Judicial, CGPJ, número especial V, 1998 Ernesto Pedraz Penalva, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, Madrid, 1990.

En los casos de las crisis de la ley que se manifiestan vacías de contenido y por ende de contenido constitucional o fragmentadas, terminan por alejarse de los valores constitucionales. Todo ello trae como consecuencia efectos perniciosos en la judicatura que, o se <<politiza>> en el primer caso, si trata de colmar aquel vacío con fines u objetivos constitucionales concretos, o se ve imposibilitada, en el segundo caso, al interpretarlas o aplicarlas conforme a los valores constitucionales⁵⁷.

Esta labor de integración e interpretación del ordenamiento jurídico hace que la función judicial sea un tema delicado y fundamental para la convivencia social, sobre todo cuando en las manos de los jueces se encuentran los derechos y las soluciones de muchos conflictos sociales. Los jueces son los llamados a administrar la justicia que el soberano se ha querido dar en la constitución y en las leyes. En este sentido se pueden citar la palabras de Otto Bachof que se pronuncia en esa línea: “La Ley en su sentido clásico, la regla general y abstracta del comportamiento humano para cierto tiempo, no se encuentra ya en el primer plano de la realidad legislativa, las Leyes son muchas veces actos de dirección política, ciertamente no por ello exentas de la sujeción al valor de la justicia, pero no primariamente expresión de ese valor” es por eso necesaria “una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden que la Constitución ha establecido como fundamentales permanezcan protegidos...” esa fuerza “sólo puede ser el Juez”⁵⁸. Esto no significa que el juez deba ignorar la norma jurídica a la cual está obligado (la ley), caso distinto es que después de analizada y estudiada conforme a la constitución resulte que dicha norma es incompatible con lo expuesto en la norma fundamental⁵⁹. Esta situación requiere de mayores exigencias en términos de calidad de la creación normativa y formación del juez y de su profesionalización.

57. Carlos de Cabo Martín, *Sobre el concepto de Ley*. Op.cit. pp. 80- 82.

58. Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, prólogo de Tomás-Ramón Fernández, Civitas, 1987, p. 45 y ss.

59. La aplicación de la constitución como norma jurídica y su defensa es una de las funciones básicas del juez según la doctrina y la jurisprudencia actual. Valeriano Hernández Martín cita algunas voces contrarias a esta situación como la de Alejandro Nieto y la de Luis Díez -Picazo. Nieto basa su postura en la sustitución de la ley por la constitución, haciendo de ésta una repetición de la aventura ilustrada nada más que en vez de la ley de la constitución. Además se basa en el hecho que las constituciones modernas tienen un contenido tan impreciso y unos principios tan contradictorios que desde ellas es posible que cualquier desarrollo. Habría que analizar la propuesta realizada por Luis Díez -Picazo frente a lo que ha denominado “degradación de la ley”, en la que propugna una vigorosa reacción, que se sintetiza en tres puntos: 1) la revalorización de la Ley; 2) una tendencia restrictiva en la aplicación directa de la Constitución, y 3) el abandono del Derecho Judicial. Valeriano Hernández Martín, *Independencia del Juez y desorganización judicial*. Op. cit. 122 - 123.

2.2. Legitimidad democrática del poder judicial.

2.2.1. Legitimidad de origen.

No cabe duda desde la perspectiva jurídica y política y especialmente desde el Derecho Constitucional que la justicia emana del pueblo. La legitimidad de la función jurisdiccional encontraría su primera justificación en este aspecto. La constitución es la norma que recoge esa voluntad soberana que sea un poder independiente e imparcial el que administre justicia. La doctrina es coincidente en que la función judicial posee dos tipos distintos de legitimación: una de origen y otra en razón de su ejercicio. La legitimación de origen es aquella que se encuentra vinculada al principio democrático de participación popular, en el sentido que el pueblo participa en la selección directa de los jueces para ejercer las funciones jurisdiccionales (como es el caso de algunos tribunales del sistema del Common Law). Diferente a la legitimación de origen es el sistema de nombramiento de jueces en el modelo jurídico continental europeo, en la cual no son elegidos popularmente, es decir, no son elegidos directamente por el pueblo. Este tipo de legitimidad queda matizada por la profesionalidad de los jueces y magistrados basada en su elección por méritos sometidos a pruebas y procesos de formación.

El profesor Mauro Cappelletti señala que es un error identificar democraticidad con representatividad popular. La legitimación del juez no deviene de su representatividad popular en elecciones sino de los caracteres de la función que desarrolla. Nicolò Trocker coincide con el profesor Cappelletti en que existe una confusión en identificar la legitimidad de la función del juez con la de la representatividad. A juicio de Trocker la verdadera legitimación del juez viene dada por la manera en que están llamados a realizar su función, antes que del modo en que son reclutados sus componentes, la cual tiene su fuerza y sus límites en el sometimiento a las garantías en el plano formal y procesal⁶⁰. Habría que agregar, además, que la función del juez no es una función para sí, sino de cara a la sociedad, por lo que la comunicabilidad entre juez y pueblo se da a dos niveles: por un lado, el conocimiento del Derecho a través de sus sentencias, y por otro, la accesibilidad del pueblo a la justicia.

Este último punto nos conduce de nuevo al tema de la racionalidad o la fuerza de la razón como manifestación concreta de la legitimidad del poder judicial. Razón o racionalidad que se hace notar en la motivación de las sentencias. Es decir, para que un pueblo

60. Nicolò Trocker, *La responsabilità del giudice*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4/ 1982, p. 1300. En estos planos formales y procesales, se recoge que la motivación de las sentencias es fundamental para la legitimidad de la función jurisdiccional del poder judicial.

conozca el Derecho y acceda a la justicia, entre otras cosas, es fundamental la motivación y el grado de racionalidad que manifiesten los juzgadores en las sentencias. A continuación se hace una breve reseña de los diferentes tipos de legitimidad.

2.2.2. Legitimidad de ejercicio.

Con respecto a la legitimidad de ejercicio existen tres teorías que explican o que tratan de fundamentar de manera diferente la legitimidad del poder judicial en razón de su ejercicio, y en especial de la función del juez:

a. Legitimación a través del proceso.

Niklas Luhmann es uno de los que han desarrollado las ideas sobre las cuales la legitimación del juez debe llegar a todos sus actos, no sólo al comienzo de su función. La actividad judicial se legitima por el proceso mismo y no por los contenidos valorativos contenidos en él. Esta visión pragmática de Luhmann sobre la legitimación del juez a través del proceso entra en contradicción con la idea de Trocker, en que la legitimidad del juez deviene del respeto de las garantías procesales que limitan la función judicial. Trocker alude al proceso pero desde los valores y principios que garantizan la función jurisdiccional en el plano procesal y formal. El profesor Gimeno Sendra y el magistrado Perfecto Andrés Ibañez, criticando la postura de Luhmann, coinciden en que dicha concepción “conduciría a una desresponsabilización del juez por sus opciones”, lo cual puede ser extremadamente peligroso, ya que el proceso puede ser instrumentalizado para cualquier fin alejado de los principios y valores constitucionales.”⁶¹

“De este modo –comenta Perfecto Andrés Ibañez– será a través de la rigurosa observancia del régimen de garantías constitucionalmente previsto, y del fiel cumplimiento de las exigencias procedimentales, es decir, de la observancia de la inmediación, de la efectividad del contradictorio, del respeto al principio de la presunción de inocencia en sus múltiples proyecciones, de la autenticidad en la motivación de las resoluciones... como puede y debe legitimarse el juez”.

b. Legitimación del juez por medio de la sumisión a la ley e independencia judicial.

61. Vicente Gimeno Sendra, *Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2-3/1978, p. 332 y ss.

El profesor Gimeno Sendra explica que la “legitimación de la actividad judicial estriba en la sumisión del juez a la ley en su independencia, que es, en definitiva, lo que la sociedad reclama del oficio judicial”⁶². El sometimiento del juez a la ley, hemos dicho, significa que el juez está subordinado –como dice el profesor Juan Luis Requejo Pagés– “a la totalidad del sistema y facultado para fiscalizar las sucesivas aplicaciones normativas teniendo como único parámetro el conjunto del ordenamiento estructurado sobre la base del principio de jerarquía normativa, si bien introduciéndose algunas alteraciones en la lógica de este principio cuando se trata de verificar la juridicidad de las normas con rango legal (independencia y sometimiento exclusivo a la Ley)”⁶³. No obstante, para el profesor Requejo Pagés la legitimidad del juez no viene dada por la sumisión a la ley e independencia judicial, sino porque las resoluciones judiciales tengan la característica de la cosa juzgada, y es en la cosa juzgada en que reside su legitimidad. Frente a la posición de Requejo Pagés se encuentra la del sometimiento del juez a la ley e independencia judicial, la cual tiene una proyección política, que nace de la interpretación de la norma conforme a la Constitución (principio de jerarquía), que se materializa garantizando los derechos fundamentales frente al poder de las mayorías y el control de la legalidad frente a los poderes públicos (independencia judicial).

Maria Rosaria Ferrarese cataloga a este tipo de legitimación como una función legitimadora del Poder. Es decir, que dentro del Estado de Derecho el poder judicial tiene como función el control de la actividad de las otras articulaciones estatales, a fin de evitar que sus prácticas puedan derivar por cauces diversos y producirse en función de otros fines que los legalmente establecidos⁶⁴. Luigi Ferrajoli comenta las palabras de Ronald Dworkin al referirse a este punto: “los derechos son triunfos frente a las mayorías”, y agrega que, “también el poder judicial establecido para su tutela debe ser un poder virtualmente situado <<frente a las mayorías>>”. Ferrajoli agrega que el poder judicial dentro de la democracia frente a los otros poderes del Estado, “puede decirse incluso que es un *contra-poder*, en el doble sentido de que a él le corresponde el control sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos, y por tanto sobre las agresiones, de todo tipo, a los derechos

62. Vicente Gimeno Sendra, *Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*. Op. cit. p. 40.

63. Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 177. Para el profesor Requejo Pagés la legitimación del juez viene dada por aquellas sentencias que han pasado por autoridad de cosa juzgada.

64. Maria Rosaria Ferrarese, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 66.

derechos de los ciudadanos”⁶⁵. En definitiva, la única manera para lograr dicho control del poder es a través de un poder sometido a la ley e independiente.

c. Legitimación de jueces y magistrados por la constitución.

La constitución se considera como fuente de legitimación del poder judicial. Al carecer el poder judicial de una legitimación representativa del electorado, es en la constitución en donde se puede encontrar una legitimación derivada, es decir, del reconocimiento en las constituciones democráticas que la potestad jurisdiccional viene del mandato del pueblo y que es administrada por jueces y tribunales, dicho mandato se convierte en un mandato no directo sino derivado por medio de la constitución.

De la constitución pueden establecerse dos fuentes legitimadoras; por un lado, el establecimiento del estatuto jurídico del juez, en el que se establece una reserva de ley en el sentido de regular todos los aspectos concernientes a la carrera judicial; y, por otro, estarían los principios que fundamentan la función jurisdiccional (unidad y exclusividad de la jurisdicción) y que están estrechamente ligados a la independencia judicial y con el concepto de poder judicial.

2.2.3. Fuentes de legitimación material y formal. El poder incómodo.

Se puede iniciar afirmando que la fuente de legitimación del poder judicial es material y formal. La material se encuentra fundada en la vinculación de los jueces a los principios, valores y normas, tanto morales como jurídicas que forman el ordenamiento jurídico⁶⁶, es decir, valedora de los derechos del individuo y de la constitucionalidad de las normas⁶⁷.

65. Luigi Ferrajoli, *Jueces y Política*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertad, Universidad Carlos III de Madrid, nº 7, año IV, enero 1999, pp. 72, 73.

66. El profesor Gregorio Peces-Barba afirma que “Si los derechos forman una determinada moralidad de defensa de la dignidad del hombre, de su libertad y de su igualdad, y si el Derecho es Derecho Estatal en el mundo moderno, sólo la integración de esos dos elementos –moralidad y Derecho– puede dar eficacia social a la dignidad, a la libertad y a la igualdad; o dicho de otra manera, sólo un poder político que asuma esa moralidad como propia, y ése es el poder político democrático, puede impulsar la idea de los derechos humanos”. Gregorio Peces-Barba, *Los textos de la Revolución Francesa*. Primera parte: *Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789*. Dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II, V.3. Capítulo XVI, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Op. cit. p. 168.

67. Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op. cit. p. 292.

La fuente de legitimidad formal deriva de la sujeción del juez a la ley, pero sobre todo a la ley procesal, es decir “al conjunto de normas que limitan y encauzan la función judicial y que no permiten la discrecionalidad de los jueces en sus actuaciones (la obligación de argumentar o motivar sus decisiones, su imparcialidad, el carácter contradictorio del proceso o el hecho de que la potestad jurisdiccional no pueda ponerse en funcionamiento por la propia iniciativa del juez, etc.)...” 68. Estas fuentes de legitimación “reconocen las transformaciones del principio de legalidad en los Estados constitucionales y permiten fundamentar la legitimidad sobre la legalidad”.

En este sentido, desde la función política del poder judicial dada por la sumisión del juez a la ley y la independencia frente a los otros poderes, sean estos fácticos o poderes del Estado, su legitimación viene a manifestarse como un poder incómodo. En palabras de la profesora García Pascual: “Es en este marco en el que debemos acostumbrarnos a entender el poder judicial que ha abandonado el anonimato en el que le permitía vivir su esencia burocrática para empezar a ocupar un lugar, efectiva y no sólo nominalmente, en el juego de poderes y contrapoderes que caracterizan la vida de una Democracia. En este sentido el poder judicial, en la medida en que no puede o no debe tolerar la ilegalidad ni la contravención al ideal normativo que constituye la Constitución (y ello a pesar de que tales ilegalidades o contravenciones vengan desde la más altas cimas del poder económico o del Estado), se ha convertido en un poder que bien podemos calificar de incómodo para la Administración y para el resto de poderes del Estado. Es curiosamente en la capacidad para <<incomodar>> a los demás poderes o para frenar posibles actividades ilegales de los mismos donde radica su esencia democrática” 69.

68. En opinión de otros autores (véase Ignacio Colomer, *La motivación de las sentencias: aproximación a un modelo*, Revista de Derecho Procesal, números 1- 3, Madrid, 2001, pp. 168 - 174) con respecto a la discrecionalidad del juez, ya que el juez si realiza una labor discrecional sobre la libertad de elección de la mejor decisión que debe adoptar en el caso concreto, por eso la obligación de motivar las sentencias. Esto se podrá ver con mayor amplitud cuando abordemos el tema de la motivación.

69. Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op. cit. pp. 280 y 292.

3. La imparcialidad del juez y la garantía de independencia judicial.

3.1. La imparcialidad del juez.

La imparcialidad del juez es esencial en la función jurisdiccional, la cual debe rodearse de todas las garantías necesarias para asegurar el derecho fundamental de los ciudadanos a un juicio imparcial. Esta idea se recoge en las constituciones bajo el principio que los asuntos jurisdiccionales sean conocidos por jueces imparciales e independientes⁷⁰. Así lo reconoce el Derecho internacional de los Derechos Humanos, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la que en su artículo 10 dice: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”*.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se reconoce el derecho: *“Artículo 14.1 Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley...”*.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 dice lo siguiente: *“Artículo 6.1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley...”* De esta manera se puede constatar que el derecho a un juicio imparcial e independiente se recoge en la Declaración de Derechos Humanos, en el convenio y pacto como derecho esencial en el plano jurisdiccional.

Para comprender en qué consiste la imparcialidad del juez o de los tribunales que administran justicia es necesario preguntarse cuál es la finalidad de este principio y derecho. Al respecto se han dado diferentes respuestas, y casi todas coinciden en que la imparcialidad debe permitir la justa aplicación del derecho alejando o impidiendo consideraciones subjetivistas del juez⁷¹. La imparcialidad pretende

70. M.A. Fernández - Ronderos Martín, *El derecho fundamental al juez imparcial. Su restricción en el proceso penal actual*, <<La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal>>, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 273 y ss.

71. Michele Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano : A. Giuffrè 2, 1997, pp. 315 y ss. No hay que negar que en las decisiones judiciales se encuentran juicios subjetivos de valor de los jueces.

“que el juzgador se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado”⁷². En este sentido el juez debe encontrarse en una posición que no condicione el momento de la aplicación del Derecho frente a las partes. Él debe estar en una posición de tercero “supra partes”⁷³. Tal como lo diría Werner Goldschmidt: “la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez”⁷⁴. En la sentencia del 1 de octubre de 1982 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Piersack, la imparcialidad fue definida como “ausencia de prejuicios o parcialidades”. Esta definición de imparcialidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretende además dirigir un mensaje en garantía de los ciudadanos, en el sentido de lograr “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”.

3.1.1. Perspectiva subjetiva y objetiva de la imparcialidad.

Se puede deducir de las anteriores afirmaciones que lo que preocupa a la teoría procesal es la convicción personal del juez en el momento de resolver el caso concreto. Estos criterios subjetivos han sido determinados en favor de las partes dentro del proceso y en beneficio de la sociedad. Es decir, es una garantía que pretende evitar que dentro de un proceso jurisdiccional el juez tenga intereses (en general) con respecto a una de las partes en litigio. Por ejemplo, tener vínculos familiares o afectivos, ser denunciante o denunciado, haber ostentado un cargo con respecto a alguna de las partes y por tanto encontrarse en una posición de compromiso frente a una de ellas. Pero puede suceder que el juez no sólo tenga un interés subjetivo en beneficio o afectación de las partes en el proceso, sino interés en el objeto mismo del proceso⁷⁵.

Por tales razones no sólo se distinguen aspectos subjetivos, sino también aspectos objetivos de la imparcialidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia antes citada (caso Piersack) y en muchas otras sentencias del mismo tribunal, ha dicho que: “Se puede

72. Joan Picó I Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 23.

73. Enrico Tullio Liebmann, *Fundamento del principio dispositivo*, Rivista di diritto processuale, Padova: CEDAM, 1960, p. 561.

74. Werner Goldschmidt, *La imparcialidad como principio básico del proceso*, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, III/ 1950, pp. 184 y ss.

75. Por objeto del proceso se va a entender “el tema (o conjunto de temas) que debe resolver el órgano jurisdiccional (thema decidendi). Son los titulares del derecho a la jurisdicción –o derecho a la tutela judicial efectiva– en cuanto actúan como promotores de la actividad jurisdiccional, quienes introducen estos <<temas>> al incoar el proceso mediante el ejercicio de aquel derecho (acción).” José Almagro Nosete, Vicente Gimeno Sendra, Valentín Cortés Domínguez, Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal*, Tomo Op. cit. p. 304.

distinguir así entre aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto y a las partes, imparcialidad que debe ser presumida salvo que se demuestre lo contrario; y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto al objeto mismo del proceso, presumiéndose la falta de imparcialidad si no concurren las citadas garantías⁷⁶.

Este segundo aspecto, el objetivo, es referido al interés directo o indirecto que el tribunal o el juez pueda tener, no ya con respecto a las partes, sino con respecto al objeto mismo del litigio. El ejemplo más claro que la doctrina aporta críticamente es cuando el juzgador realiza directamente la práctica probatoria; el juez ya no será imparcial por tener un criterio pre establecido al momento de juzgar. Liebman afirma lo siguiente: “no se puede dudar que la imparcialidad del Juez queda comprometida cuando debe juzgar acerca de una prueba elegida y buscada por él mismo y por su iniciativa adquirida para el proceso⁷⁷”.

Se podrían distinguir dos tipos de aspectos objetivos: uno referido al interés directo que el juzgador pueda tener con el objeto del proceso en cuanto a que es él quien incorpora y valora la prueba al momento del juzgamiento; y el segundo, que se derivaría de un interés indirecto del juzgador por beneficios a terceros en el proceso judicial. Estos dos tipos se deducen de la sentencia antes mencionada. El común denominador en este aspecto es el interés directo o indirecto del juez en el objeto o asunto litigioso dentro del proceso. Por ejemplo, practicar u omitir pruebas u otras actuaciones procesales que le permitieran hacer triunfar su interés como si el juez fuese parte.

Para garantizar la imparcialidad del juez se han creado algunas figuras jurídicas que permiten a las partes tener la seguridad que la resolución será apegada a Derecho: la abstención y la recusación⁷⁸.

76. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de Jurisprudencia (1959 -1983), pp. 870 y ss.

77. Enrico Tullio Liebmann, *Fundamento del principio dispositivo*. Op. cit. p. 557 y 563. José Antonio Díaz Cabiale, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 405, comenta que Liebman llega a argumentar que por estas razones lo que “se hace es aumentar las posibilidades probatorias del M.F. y no del Juez, cuando lo que está en juego es un interés público”.

78. La abstención y recusación son dos garantías que aseguran la imparcialidad del juez. En la primera de ellas el juez se abstiene (motu proprio) razonada y motivadamente de conocer un asunto. En cambio en el caso de la recusación son las partes en el litigio las que solicitan que el juez natural no conozca de la causa por considerar que existen elementos suficientes para que dicho juez no desarrolle el proceso. La consecuencia inmediata, si procede, es la separación del juez que conoce de la causa. Todos los factores que pueden traer como consecuencia la abstención o la recusación deberán estar establecidos por la ley, ya que como garantía de la imparcialidad y como elemento subjetivo con respecto a las partes o como elemento objetivo, exige certeza en

¿Cómo se garantiza la imparcialidad en un modelo en el que el juez conoce la prueba previamente antes del juicio?. La respuesta es obvia si se toma en cuenta la imparcialidad objetiva que proviene del conocimiento previo por parte del juez de la prueba a valorar en el proceso. La vulneración de la imparcialidad se puede dar cuando el juez ha conocido e incorporado la prueba previamente, actividad que puede conllevar en palabras de Díaz Cabiale: “una toma de postura anticipada, que le predisponga respecto al resultado del proceso, provocando una devaluación del resto de actuaciones que impida al órgano jurisdiccional dictar una resolución adecuada”⁷⁹. El Tribunal Constitucional en la sentencia 145/88 fundamento jurídico 5, reconoce que la actividad instructora del juez puede llevar a prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado (si es en materia penal). No se refiere la sentencia a la actividad probatoria como si la finalidad de la actividad instructora y probatoria no fuesen predicables para ambas partes ⁸⁰.

Para garantizar estructuralmente la imparcialidad juzgadora del juez dependerá del diseño del proceso mismo y de las características del modelo procesal y del diseño institucional de la garantía de independencia. Es decir, se requiere de un modelo procesal que responda a los principios de aportación de parte y acusatorio. Una de las características del proceso penal inquisitorio –modelo que se pretendió superar con la revolución francesa– es que en el juez recaía toda la actividad instructora y por ende probatoria y a la vez juzgadora. El procesado estaba condenado antes del juicio, desde que el juez tenía contacto con los hechos y con la persona del reo.

No es necesario insistir, pero considero importante hacerlo, en que la imparcialidad y las características que se han mencionado de ella deben ser aplicables a todo tipo de procesos. No es exclusividad del proceso penal, aunque sea de mayor trascendencia por la situación jurídica del derecho de libertad de las personas. Obviamente los bienes

en la medida. José Almagro Nosete, Vicente Gimeno Sendra, Valentín Cortés Domínguez, Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal*, Op. cit. pp. 113 -115. También se puede ver Víctor Moreno Catena, Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. cit. pp. 83 - 86. La abstención es considerada por algunos autores como un verdadero deber jurídico, cuya inobservancia puede traer como consecuencia responsabilidad del juez o del magistrado. Víctor Moreno Catena, *Algunas notas sobre la abstención del juez*, <<Justicia>>, III, 1988, p. 561. Víctor Fairén Guillén, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 112. Andrés de la Oliva Santos (con Fernández M.A.), *Derecho Procesal Civil*, T.1, Editorial Madrid, 1994, pp. 395 y ss.

79. José Antonio Díaz Cabiale, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Op. cit. p. 415.

80. Lo que diferencia a una de otra es la presencia de garantías. José Antonio Díaz Cabiale, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Op. cit. p. 416.

y posesiones de las personas podrían ser afectadas con la falta de imparcialidad de los jueces, por lo tanto, la imparcialidad debe ser extendida a todo tipo de procesos, incluidos los procesos constitucionales. Los tribunales constitucionales o las jurisdicciones constitucionales son las defensoras de la constitución, su importancia es obvia, mal haría si sus resoluciones están plagadas de intereses particulares o incluso político partidaristas.

3.2. La garantía de independencia judicial.

La independencia del poder judicial es un tema obligado cuando se habla del poder judicial. En primer lugar, porque la función judicial⁸¹ posee la convicción que la administración de la justicia no es algo mecánico y predeterminado; y en segundo lugar, porque la independencia judicial sólo tiene sentido en la medida en que las resoluciones judiciales añaden algo a las previsiones normativas. La independencia judicial es fundamental sobre todo para la existencia y pervivencia del modelo de Estado de Derecho democrático. La independencia judicial, como requisito necesario en el Estado de Derecho y la democracia, trae como consecuencia garantizar un juicio imparcial. Lo que a la vez se traduce en la credibilidad social del sistema.

Por tanto, se hace imprescindible que los ciudadanos asuman y aprecien los valores en que se funda el Estado de Derecho, y eso se logra cuando las instituciones del Estado respetan la ley y la constitución, y en el caso del poder judicial a través de la función de juzgar. La independencia de los jueces y magistrados tiene como objetivo lograr que el juzgamiento se realice de manera imparcial transmitiendo a la sociedad unos valores de cara a una convivencia segura y pacífica. En este sentido es apropiado el comentario de Luis María Díez-Picazo: "Como suelen decir los juristas ingleses, no basta que se haga justicia, sino que ésta debe ser vista"⁸².

Por la relevancia que la independencia judicial trae consigo no ha hecho falta que sobre la misma se digan muchas cosas. Es un

81. Debemos recordar que hemos definido la función judicial como "el complejo de expectativas, valores y actitudes que se presentan singularmente similares en todas las sociedades que tienen un sistema judicial." Alberto Marradi, *Voz <<Sistema Judicial>>*, en Norberto Bobbio, Nicola Mateucci, Gianfranco Pasquino, *Diccionario de política*. Op. cit. p. 1461. En nuestro caso la función judicial está definida por un ordenamiento jurídico cuyo entorno es la democracia y el Estado de Derecho en los términos que los hemos venido definiendo en el desarrollo del presente estudio.

82. Luis María Díez-Picazo Giménez, *SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: NOTAS DE DERECHO COMPARADO* en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993 p. 161 - 162.

concepto que ha traído muchos problemas para filósofos y juristas por su variedad y por lo difuso que ha resultado definir la independencia judicial⁸³. Dado los diversos enfoques no ha existido un concepto unívoco, y se ha tratado como parte, tanto del Derecho Procesal, como del Constitucional, y desde el punto de vista filosófico. Así pues, tenemos, ha existido un esfuerzo por definirlo desde la persona del juez frente a las partes, como también desde la función de órgano (institución) del Estado independiente de los demás poderes, lo cual redundaría en ser una garantía del juez en el momento de aplicar el Derecho. Todos estos conceptos son válidos y no hay que desvincularlos unos de otros, tal como se verá a continuación.

Por lo anterior, es necesario explicar qué tipo de concepto es el que se va a utilizar para definir a la independencia judicial. Dos son las formas generales de concebir la independencia judicial: por un lado, como valor, y por el otro, como garantía. Luis María Díez-Picazo explica que el primero (la independencia como valor) “*suele denominarse independencia funcional –también llamada sustantiva o decisiva–, es decir, la regla básica del ordenamiento en virtud de la cual el juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional, debe estar sometido únicamente a la legalidad o, por expresarlo con precisión, al vigente sistema de fuentes del Derecho*”. La independencia judicial es “un valor a alcanzar”. En cambio, como garantía, “la independencia judicial es un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del mencionado valor, si bien éste es también protegido a través de otros principios que, en rigor, son diferentes de la independencia judicial (división de poderes, juez natural, imparcialidad, exclusividad, etc.)”. Dentro de la independencia como garantía se puede encontrar la independencia personal del juez, que le protege ante posibles intervenciones de los otros poderes en su labor decisoria.

Entrado el siglo XX ha comenzado a identificarse la independencia colectiva y la independencia interna. La independencia colectiva tiende a proteger al juez frente a la estructura del Estado y el poder en general; y la independencia interna, al juez individual frente al resto de la estructura judicial.

83. Se puede conocer dicho concepto desde diferentes definiciones. Por ejemplo: independencia individual y colectiva (Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos de Derecho Procesal, Jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981, p. 77 - 78), independencia como principio político y principio jurídico (José Castán Tobeñas, *Poder Judicial e Independencia Judicial*, Discurso pronunciado en la apertura de Tribunales el día 15 de sept. de 1951, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1951, p. 8 y ss. y 41 y ss.). Como Independencia personal y funcional (Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1983).

El profesor Luis María Díez-Picazo añade al análisis sobre la independencia judicial, que en el modelo de independencia en cada ordenamiento jurídico es necesario tomar en cuenta el sistema de gobierno que se haya adoptado dentro del género liberal-democrático (parlamentario, presidencialista, etc.) y el modelo global de organización judicial (tipo de juez y modo de selección, existencia o no de responsabilidad judicial, sistema de gobierno de la judicatura, etc.)⁸⁴.

Es así como se adopta el modelo de independencia judicial como garantía, ya que ésta no sólo abarca la concepción sustantiva o decisional en la que el juez se encuentra sometido únicamente a la legalidad, sino que toma en cuenta los factores internos y colectivos o externos que pueden influir al momento de la toma de decisión.

Entrando en materia. La garantía de independencia judicial va unida indisoluble e incuestionablemente a la concepción de Estado de Derecho⁸⁵ en su forma Estado Social y Democracia. Uno de los logros de la burguesía en el Estado de Derecho liberal fue precisamente conseguir la independencia de los jueces, contrario al sistema y funcionamiento judicial en el Ancien Régime⁸⁶. No obstante, la independencia judicial decimonónica queda superada con la concepción del Estado Social. Dieter Simon sostiene que: *“puede afirmarse que con la concepción del Estado de Derecho Democrático y Social del período posterior a 1945 y la transferencia a la justicia de la responsabilidad concreta de mediación judicial entre el principio del Estado de Derecho, el Estado social y la Democracia, se ha desvanecido en gran parte la sustancia del dogma independentista de la burguesía liberal”*. Por tanto, nos dirá el profesor Simon: *“Una interpretación instrumentalista de la independencia como medio idóneo para garantizar el correcto pronunciamiento del juez –tanto objetiva como legalmente–, en virtud de la <<identificación del Estado de Derecho con el Derecho material objetivamente correcto que se revela a los Tribunales y a la ciencia>> ..., un garante irrefutable en la discusión sobre la independencia, siempre y cuando se dé fe a lo primero y se aspire a lo segundo”*⁸⁷.

84. Luis María Díez-Picazo Giménez, Sobre la independencia judicial: *Notas de Derecho Comparado en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*. Op. cit. p. 161, 162 y 163.

85. Dieter Simon, *La independencia del juez*, Op. cit. p. 11.

86. Perfecto Andrés Ibañez, Claudio Movilla Alvarez, *El poder judicial*, Técnos, Madrid, 1986, p. 118. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Ley, Madrid, 1989, p. 11 y ss.

87. Dieter Simon, *La independencia del juez*. Op. cit. p.12.

Para el profesor Ignacio de Otto, la independencia del juez “como la del Estado y su soberanía, o como la libertad contractual de los individuos, es ante todo un concepto jurídico y ha de entenderse, por tanto, como *ausencia de subordinación jurídica*.”⁸⁸ La subordinación jurídica consiste en la creación de reglas o normas jurídicas para someter a los jueces a órdenes de los superiores jerárquicos violándoles la independencia e imparcialidad⁸⁹. Ignacio de Otto sostiene que la independencia del juez, en sentido estricto, consiste en “que los jueces y magistrados no están sujetos en el ejercicio de su función a órdenes o instrucciones de nadie”⁹⁰.

La subordinación jurídica es una violación a la independencia interna del juez. Pero a la subordinación jurídica puede agregarse la subordinación de hecho, la cual constituye otro factor que incide o puede incidir en la independencia de los jueces⁹¹. La subordinación

88. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el poder judicial*. Op. cit. p. 58. Este es un buen ejemplo de independencia interna.

89. El juez debe estar sometido única y exclusivamente a la ley y la constitución. Bartolomé Clavero, *Imperio de la Ley, regla del Derecho y tónica de Constitución*, en *La vinculación del Juez a la Ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (1997), Madrid, 1997, p.p. 41 - 78.

90. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el poder judicial*. Op.cit. p. 58 - 59.

91. En este tema entra la problemática muy discutida sobre la politización de los miembros de la judicatura, en cuanto a que si éstos pueden o no ser políticos en el sentido de poseer una ideología de algún partido político. Lo que los ordenamientos jurídicos, y en especial las constituciones democráticas de tradición latina, han prohibido es que los jueces pertenezcan a algún partido político o que realicen actividades proselitistas ejerciendo al mismo tiempo su función de juez. Esta limitación se basa en la idea de que la independencia con respecto de la política será una garantía de las partes para evitar las tendencias ideológicas en el momento de resolver; en otras palabras, que las motivaciones del juez al conocer el caso no sean por razones políticas partidistas. En todo caso, iría en contra de uno de los fundamentos de la labor del poder judicial, como limitación de los poderes en aplicación de la legalidad y garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Otro problema es la concepción de apolitividad judicial que pretende evitar que los jueces sean apolíticos. Realista es reconocer que los jueces como miembros de una sociedad plural posean una forma o modo de ver el mundo que los rodea, es decir, una cosmovisión y una ideología al respecto. Son por eso importantes los mecanismos y las exigencias democrático - procesales de la función de juzgar, entre las que se encuentran las exigencias de fundamentación y argumentación jurídica de las decisiones judiciales y la relación existente entre los jueces y la doctrina jurídica. Aparte de estas garantías de la independencia del juez hay algunas garantías que se dejan de lado, por ejemplo en el ordenamiento jurídico español, “*las garantías frente a los grupos de presión, medios de comunicación social, presiones populares, etc. Lo que ha preocupado más en los últimos tiempos son las malas relaciones entre la prensa y los jueces*”. Sobre el último punto es un comentario de los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del Juez*. Op. cit. p. 179. Y el mismo autor en *El derecho a la información y la función jurisdiccional*, en <<Actualidad Administrativa>>, 1987, núm. 47, pp. 689 - 704. Es necesario agregar respecto a la politividad o no del juez que “*El instrumento fundamental para mantener a la magistratura en situación de dependencia real, frente a los detentadores del poder político, ha sido la pretendida apolitividad de la función de juzgar y el carácter neutral del juez en la vida de la sociedad*”. Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del Juez*. Op. cit. p. 56.

de hecho es la vulneración de la independencia judicial por factores externos o del entorno del juez. Para garantizar que los jueces no sean subordinados en lo jurídico como de hecho, se ha creado la figura de la inamovilidad y de las incompatibilidades. Estas garantías deben ser establecidas por ley “para asegurar <<la total independencia de los miembros del Poder Judicial>>”⁹². De esta manera se evitan las influencias internas (órdenes jerárquicas directas o indirectas), las psicológicas (presiones de grupos y personas), o materiales (tentaciones económicas y políticas)⁹³.

Ignacio de Otto plantea que para garantizar la independencia del juez en sentido estricto frente a la subordinación jurídica “se asegura privando de fuerza de obligar a las instrucciones o, más aún, penalizando el simple hecho de dictarlas”. En cuanto a las subordinaciones de hecho, se garantiza la independencia por medio de dos medidas cautelares. En primer lugar, las cautelas que rodean “*las potestades a que está sujeto el Juez en calidad de funcionario: régimen disciplinario, ascensos, por ejemplo; e incluso, aquéllas a que está sujeto en su calidad de ciudadano, por ejemplo mediante las garantías de inmunidad frente a las detenciones. En segundo lugar, la garantía se establece mediante incompatibilidades y prohibiciones con las que se trata de evitar que nazcan vínculos, de naturaleza pública o privada, de los que pudiera resultar que a la calidad o status de Juez se añadiera otra que situase a éste en una relación de sumisión de cualquier índole.*” Juan Montero Aroca es de la opinión que dichas medidas que garantizan la independencia del juez

92. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el poder judicial*. Op. cit. p. 59.

93. Es aún más delicado cuando están en juego los Derechos Económicos y Sociales en los cuales se encuentran intereses y derechos difusos de la población frente a intereses de grupos concretos, familias o personas con poder. Frente a estas realidades se presentan oportunidades para demostrar la eficacia de la independencia y la imparcialidad de los jueces. Los intereses públicos, colectivos y difusos se presentan como una nueva misión del poder judicial frente a un poder que también es difuso, ya que se mezclan, en muchos casos, intereses oficiales del Estado y particulares. Ejemplos de esto se pueden encontrar en el ámbito del consumo (la oferta y la demanda) en la cual hay intereses colectivos como asociaciones de consumidores o consumidores individualmente determinados o asociaciones en general frente a productores o prestadores de servicios. El medio ambiente es otro ejemplo en donde entran en juego intereses colectivos o públicos y derechos individuales como podría ser la construcción de urbanizaciones, carreteras, etc, que muchas veces afectan el medio ambiente. En esto es importante la función que realizan los jueces de lo Contencioso Administrativo cuya labor de tutela requerida es fundamental en una democracia. En el ámbito laboral también se pueden encontrar problemas cuando se presentan demandas en defensa de derechos propios de una entidad sindical o asociación. El problema se presenta más agudo cuando se refiere a la existencia de un interés supraindividual como la situación jurídico - material protegida, legítima, que reclama tutela judicial. Ejemplo de esto lo constituye el caso del “honor de la colectividad judía” en la cual existe una proyección o dimensión colectiva de ese derecho que adquiere una relevancia y consistencia jurídica propia, y que como tal merece tutela. Al respecto ver Pablo Gutiérrez de Cabiéles E Hidalgo de Caviédes, *La tutela jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales Colectivos y Difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 334 - 338 y 389 - 423.

no son suficientes, ya que hacen falta “las garantías frente a los grupos de presión, medios de comunicación social, presiones populares, etc. Lo que ha preocupado más en los últimos tiempos son las malas relaciones entre la prensa y los jueces”⁹⁴.

Lo mencionado en el párrafo anterior alude al hecho que la independencia de los jueces deriva del sometimiento al imperio de la ley. La mayor garantía de la independencia de un juez se encuentra, precisamente, en la fórmula del Estado de Derecho democrático de sometimiento y vinculación exclusiva y única a la ley⁹⁵. La obligación del juez es por tanto frente a la ley, asegurando su interpretación y su correcta aplicación. En este sentido la independencia del juez constituye una garantía a la imparcialidad que rodea la función judicial. En otras palabras, la imparcialidad del juez, es decir, la actitud del juez en el ejercicio de su función en el momento del enjuiciamiento, es garantizada por medio de las cautelas de independencia en cuanto a la ausencia de subordinación jurídica⁹⁶ y las cautelas para la subordinación que pueden causar las influencias de hecho o externas⁹⁷.

94. Juan Montero Aroca, *El derecho a la información y la función jurisdiccional*. Op. cit. p. 56.

95. El tema de la vinculación del juez a la norma es un aspecto o tópico fundamental desde la Teoría del Derecho y se encuentra estrechamente ligada a la idea de la independencia y de la imparcialidad. La vinculación del juez a las normas jurídicas del ordenamiento jurídico, no se puede ver separado de la de un Estado de Derecho democrático. La vinculación por tanto se desarrolla desde los fenómenos y problemas que plantea la democracia y el Estado de Derecho.

96. El profesor Miguel A. Aparicio Pérez cita la idea de Senese, en cuanto a que el tema de la independencia es un “tema crucial que ha sido utilizado siempre en una sola dirección: independencia frente a la sociedad e independencia frente al Estado (en dirección externa, por tanto); pero que no se ha manejado nunca como independencia interna, como independencia frente al interior del propio cuerpo judicial, frente a la contundente jerarquización doméstica que conlleva la carrera judicial y el éxito en la misma.” Cita del Prólogo a la obra de Dieter Simon, *La independencia del juez*, Op. cit. p. XXIII - XXIV.

97. Es necesario partir de la idea de que el juez por su naturaleza humana se encuentra formado por las diversas realidades tanto internas de su psicología como las externas de su entorno social, político y cultural. Ambas realidades configuran el modo de pensar y de ser de la persona juez. No se puede obviar esta realidad al tomar en cuenta la función del juez en su labor de administrar justicia. Sin mayores dilaciones, es por tanto necesario garantizar que esos factores internos de psicología y externos de su entorno no afecten en gran medida la buena aplicación del Derecho. Lo que no se puede hacer es negar esa realidad y luego pretender que existan jueces totalmente desafectados por esa realidad.

Por otra parte, las razones históricas de la independencia judicial han sido mencionadas brevemente en las líneas anteriores y en el capítulo segundo de la investigación. La base histórica de la independencia judicial se encuentra en el Estado Liberal de Derecho como fundamento filosófico del actual Estado moderno. Una de las modificaciones de ese modelo de independencia judicial se encuentran en el desarrollo y surgimiento del Estado de Derecho Social y Democrático. Conceptos que acompañan al concepto de Estado Constitucional. Estos modelos de Estado que responden a momentos históricos concretos, han servido de marco funcional a la labor judicial. Esto conllevó modificaciones en la actuación judicial, que han implicado serios debates sobre la función del juez en la actualidad, debate que no terminará y que en el presente estudio se opta por un determinado modelo de funcionamiento.

Por tanto, la garantía de independencia debe ser concebida como una garantía interna y externa a la función del juez⁹⁸ que permita, entre otras cosas, el ejercicio de la imparcialidad en su desempeño. Esta garantía de independencia tiene su razón lógica e histórica, ya que para garantizar la igualdad ante la ley⁹⁹ y su justa aplicación era necesario tener jueces independientes. La historia ha dado muchos ejemplos al respecto. Uno de estos ejemplos es que la igualdad y el sometimiento a la ley e independencia judicial son principios del Estado de Derecho que se han opuesto y se oponen a cualquier tipo de totalitarismo o autoritarismo, o a cualquier tipo de forma organizativa del Estado contrario a la democracia¹⁰⁰.

Una de las conquistas del Estado Liberal de Derecho ha sido el separar la voluntad soberana del monarca absoluto y reconocer dicha soberanía en el pueblo¹⁰¹. Fruto de ese reconocimiento es que la voluntad general se expresa en la legalidad, y es precisamente la legalidad la que regirá en un Estado Democrático y conducirá los destinos de dicho Estado en la forma de Estado de Derecho Democrático. En este sistema los individuos no se someterán a la voluntad de otro individuo o individuos, sino a la legalidad como fruto del proceso de

98. Dieter Simon, *La independencia del juez*. Op. cit. p. XXIII - XXIV.

99. Francisco Rubio Llorente, *La igualdad en la aplicación de la Ley, en La vinculación del Juez a la Ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), Madrid, 1997, p. 145 -156.

100. Un ejemplo de organización y de juez antidemocrático lo constituye el nacionalsocialismo alemán, por mencionar un caso. "El juez tenía la obligación de reflejar en su decisión los principios de la dirección del Estado. De otro modo, el aferrarse al principio de independencia hubiera significado que el juez podía hacer prevalecer, en caso de conflicto, su convicción por encima del <<principio de caudillaje>>. Este peligro fue contrarrestado mediante la fórmula según la cual el principio del caudillaje era la máxima expresión de la comunidad del pueblo de forma que <<el Führer tiene la responsabilidad última de configurar el valor Derecho del pueblo>>(Tigges)". "Por otra parte, había que partir del hecho de que el Estado nacionalsocialista también había modificado la posición del juez respecto a la Ley. Sin embargo, no se podía sacar, en conclusión, ninguna decisión precisa del pensamiento concreto del ordenamiento, adaptado de forma generalizada por C. Schmitt. De éste sólo podía deducir el juez no debía apoyar su decisión en una norma general o en una decisión de un caso determinado, urgiéndosele a atenerse al orden concreto existente en la vida orgánica del pueblo. Junto con el concepto de vinculación, esto podía significar por un lado que el juez ya no estaba sujeto a la ley o al legislador, sino al ordenamiento concreto extralegal (principio popular), pero también, por el otro lado, quedaba supeditado al orden jurídico manifestado en la persona del Führer (principio de caudillaje)". Dieter Simon, *La independencia del juez*. Op. cit. p. 57 - 58.

101. El proceso de constitucionalización (de las garantías de independencia sea una de las principales demandas del constitucionalismo liberal en su lucha por limitar los poderes de los soberanos) se ha definido como "aquel proceso histórico - cultural por el que [...] viene a configurarse como una relación jurídica existente entre el detentador (o los detentadores) del poder político y los que están sujetos a ese poder", es decir, "una relación definida por, regulada por, subordinada a normas jurídicas conocibles". Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976, p. 22.

creación¹⁰² y aplicación del Derecho 103. Ningún poder deberá estar sobre la legalidad y el Derecho; más bien, el poder debe estar al servicio del Derecho y ser el instrumento para hacerlo valer.

Fruto de la relación entre Derecho y Estado es que se regula el poder a través de la legalidad. Someter al que ejerce funciones públicas a la criba de un órgano independiente se convierte en un instrumento eficaz –mejor dicho, esencial– para controlar las modalidades

102. Sobre la conceptualización de los entes que participan en la creación del Derecho, existen algunas teorías que explican, desde distintas posiciones, el fenómeno de la creación del Derecho. Por el momento se adopta un concepto que para algunos es tradicional sobre la creación del Derecho y que ayuda a comprender el papel que juega la legalidad y la función del juez. En este sentido la creación del Derecho (originaria y derivada) se desarrolla dentro del entorno de la democracia, es decir dentro del proceso de participación democrática en la que su producto es la constitución (fuente originaria) y la legalidad (fuente derivada). Para esto se ha organizado el Estado, permitiendo a los individuos a través de determinados procedimientos y reglas, participar en la elección de representantes de la voluntad general, en cuyo mandato se deposita la potestad de creación del Derecho. Estos procedimientos y reglas se encuentran regulados en la constitución y en las leyes sobre la creación de las normas. Juan Luis Requejo Pagés, cita una idea de Hans Kelsen que refuerza esta idea: "el principio organizativo de la Democracia no se acomoda en la misma medida en todos los estados de la elaboración de la voluntad estatal, sino que está indicado ante todo para el procedimiento legislativo". Ver al respecto Hans Kelsen, *Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität*, en *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, cit. Bd. 2., p. 1777. Además citado en Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción e Independencia Judicial*. Op. cit. p. 99. Ignacio de Otto opina lo siguiente: "La identificación de la función jurisdiccional con la aplicación del derecho como cosa distinta de la creación requiere algunas precisiones complementarias para salir al paso de una comprensión incorrecta de la actividad. Aplicar el derecho no significa desde luego, que la norma aplicada contenga todos los datos de la premisa mayor del silogismo con el que el juez dice para un caso concreto cuáles son las consecuencias previstas por el ordenamiento: el acto aplicativo no corresponde a ningún automatismo, no excluye por completo una labor del juez en la creación de la premisa mayor, que no viene dada en su totalidad por la Ley. Aplicación no es, en consecuencia, pura y simple subsunción del caso en una regla general preconstituida en todos sus extremos. ... Ciertamente el acto jurisdiccional va de lo general a lo particular y de lo abstracto a lo concreto, de la norma al caso, pero al resolver este último puede operar también constituyendo reglas, creando algo que en determinados casos puede denominarse derecho judicial", Ignacio de Otto, *Estudios sobre el poder judicial*. Op. cit. pp. 39 - 40.

103. Una vez establecida la norma jurídica por medio de los procedimientos establecidos en la constitución y en las leyes, es decir, una vez cumplidos los requisitos de la formación de la ley y habiendo pasado los controles que implica dicha creación, lo que impera es la ley, bajo la cual se encuentra regulada la actividad del Estado y los individuos. Esta voluntad general bajo la forma de legalidad obliga, entre otros, a los poderes a someterse a ella, bajo la idea del Estado de Derecho, y a su aplicación, como es el caso de la jurisdicción. Tanto la creación como la aplicación especifican procesal y materialmente el modelo de Estado que asumen las constituciones democráticas (para diferenciarlas de las constituciones producto no de la voluntad soberana del pueblo, sino de cualquier régimen no democrático), que se configura en el modelo Estado de Derecho Social y Democrático. De esta manera el Estado de Derecho organiza de manera lógica y jurídica la creación de normas bajo el principio de participación democrática, en tanto que la función de aplicación normativa del Derecho se inspira en el principio de legalidad. Dos serían los momentos del Derecho, por un lado, el de la creación por medio de la participación democrática y el de aplicación en que el principio democrático cede a favor del principio de legalidad. Bajo esta segunda figura es que la jurisdicción o la función del juez debe organizarse, es decir, sobre el principio de legalidad. Hans Kelsen, *Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität*. Op. cit. p. 1777.

de ejercicio del poder político, asegurando la primacía de la ley. De aquí se deriva el principio de separación de poderes que, con Montesquieu, llegó a incluir al poder judicial: "...no hay libertad cuando el poder judicial no está separado del legislativo y del ejecutivo..."; esto garantiza la interpretación del Derecho frente al Estado y frente a los individuos¹⁰⁴. Es así como cobra sentido la independencia (interna y externa) del poder judicial como garante de los derechos fundamentales en la aplicación, integración e interpretación del ordenamiento jurídico¹⁰⁵.

La imparcialidad y la independencia del juez son tan importantes que no puede concebirse un proceso judicial si no concurren estas garantías. El Tribunal Constitucional Español reconoce este aspecto en su sentencia 60 del 17 de marzo de 1995, fundamento jurídico 3, refiriéndose al derecho a un proceso con todas las garantías de lo cual deduce lo siguiente: "sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado *supra partes* y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad". Ahora se puede afirmar la importancia de las garantías de independencia del poder judicial, ya que un juez sin garantías de independencia difícilmente se podrá comportar autónomamente.

3.2.1. Garantías institucionalizadas para la independencia judicial.

a. Organizaciones de jueces.

Se ha afirmado en el desarrollo del presente estudio que la democracia y el Estado de Derecho se relacionan con lo que se denominó la legitimidad democrática del poder judicial. Al mismo tiempo se han descrito cuáles son las garantías fundamentales y estructurales con las que se debe rodear la función judicial: la imparcialidad y la independencia. Ahora nos encontramos en el momento de mencionar algunas garantías institucionales de la independencia interna y externa del poder judicial.

104. Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Asua, Taurus, Grupo de Santillana Ediciones, Madrid, 1999, p. 131.

105. La constitucionalidad de la legalidad significa que dicha norma sea válida, es decir, haber sido producida por el órgano competente, a través del procedimiento adecuado, no haber sido derogada por una norma posterior (de rango igual o superior), no estar en contradicción con las normas superiores a ella en el sistema jurídico. Ver al respecto Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 34 - 37. Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, traducción de R.J. Vernengo, México, Porrúa, 1995, p. 203 y 204. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, traducción de E. Roza Acuña, Colombia, Temis, 1987, pp. 161 - 173. Luis Recaséns Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1997, p. 306.

Dentro de estas garantías se ha incorporado el tema de las organizaciones judiciales o del asociacionismo judicial. La idea de introducir este tema se debe fundamentalmente a dos razones que se han dejado implícitas en las anteriores líneas. La primera razón es que el asociacionismo judicial es una garantía de independencia interna y externa. Es garantía interna porque es un eficaz disolvente del complejo jerárquico burocrático de mandatos no procesales al interior del poder judicial¹⁰⁶. Al mismo tiempo, es una garantía a la independencia externa porque la participación plural en el gobierno de la magistratura hace aún mejor el debate y las posiciones respecto a la función del juez¹⁰⁷. Estas razones se explican partiendo de la idea de que el juez es un ser social vinculado a una sociedad concreta y por ende un ser político. El ser político del juez no debe confundirse con activismo partidista; debe partirse desde una perspectiva antropológica y sociológica de que el juez como ser humano es un ser político y, en la función de juez, porque su labor encierra una labor política en sí misma, como la de resolver un conflicto social, garantizando el Estado de Derecho a través de normas jurídicas, cuyo contenido no puede ser otro que político. Esto sin tomar en cuenta que la lucha política de interpretación de las normas conlleva también un aspecto ideológico importante en el momento de resolver el caso¹⁰⁸.

106. Perfecto Andrés Ibáñez, *Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, nº 25, marzo de 1996, pp. 88 - 93. En palabras del magistrado Andrés Ibáñez: "Creo que es, precisamente, de lo que se trata. Un sentido de la independencia interna exige un diferente estatuto judicial del que el derecho de asociación es elemento estructural, siempre que se ejerza con verdadera autonomía. Esta no significa por definición conflicto, pero sí capacidad de conflicto, es decir, de elaboración y expresión de las propias opciones en materia de política de la justicia y de lo que en cada caso se considere más conveniente para la defensa de los derechos fundamentales, la independencia judicial, en general, los intereses constitucionales de la jurisdicción. Así se contribuye al mismo tiempo al desarrollo de la independencia externa".

107. Alessandro Pizzorusso, *La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura*, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, nº 24, noviembre de 1995, p. 67, nota 18. Respecto al nombramiento de los miembros del Consejo se sugiere que dichos nombramientos se realicen con sufragio proporcional en la elección de los miembros de la componente judicial, en el caso Español.

108. Véase el amplio estudio al respecto de la ideología y el Derecho Procesal de Mauro Cappelletti, *Proceso, Ideologías, Sociedad*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Colección Ciencia del Proceso, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1974, p. 28. "Es aquí donde se descubre la estrecha ligazón entre el tema al que se ha hecho referencia *in limine*, del "sentimiento de la sentencia". Todo hombre y así también el juez, es llevado quizá fatalmente a dar un significado y un alcance universales, aunque no también trascendentes, a aquel orden de valores que él ha estado imprimiéndose en su conciencia individual; y así es llevado a leer ese orden, que es solo suyo, también en las *praeformatae regulae iuris*, que ciertamente no fueron y no son puestas sólo por él". Por otra parte queda demostrado que los jueces conocen muy bien su posición ideológica, en este asunto el estudio de Juan José Toharia es ilustrativo, en el cual los jueces se autopoicionan desde jueces con ideología de izquierda, centro - izquierda, centro, centro - derecha. En José Juan Toharia, *El juez español: quince años después*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 3, Madrid, 1989, p.p. 350 - 357.

La otra razón para incluir el asociacionismo judicial es una razón democrática. La democracia no es exclusividad de los partidos políticos ni de las mayorías políticamente representadas. La participación, como hemos señalado, es un aspecto esencial de la democracia, sea esta participativa (directa) o representativa (indirecta). La democracia requiere, frente a la diversidad de la realidad, que el individuo participe en la discusión y el planteamiento de los problemas, en un marco de libertad y respeto, buscando el consenso frente al conflicto. La base, por tanto, de la discusión y el planteamiento de los problemas es la participación ciudadana cívica, y es aquí en donde se encuentra la razón democrática de las organizaciones judiciales, en la de ser parte de la dinámica política de un Estado y de una sociedad. El asociacionismo judicial no es el corporativismo ni el partidismo político, sino que nace como ejercicio pleno del derecho de asociación con el objeto de contribuir a la independencia judicial y a una mejor administración de justicia. Es decir, que su vocación no es la participación en la competencia política por el poder, sino, la discusión frente al poder. El asociacionismo puede servir como interlocutor entre la judicatura y los otros ámbitos de la vida social, discutiendo los diferentes problemas que aquejan a la función de juzgar y sobre las diferentes medidas de política judicial que se pueden adoptar en un momento determinado. Estas organizaciones son los mecanismos institucionales, no estatales, por medio de los cuales los jueces participan de la democracia dando a conocer sus ideas o su ideología (pluralismo) con respecto a los temas sociales que les interesen y muy especialmente los de justicia ¹⁰⁹.

En este marco de ideas, Gregorio Álvarez Álvarez opina que las asociaciones u organizaciones judiciales, “Sirven para actuar el principio de independencia judicial; para la emergencia de una conciencia política democrática, para enriquecer el debate político general sobre la justicia, y generar una dialéctica necesaria frente a los poderes del Estado; amén de su innegable incidencia en la formación del Juez tanto técnico-jurídica, como en la llamada “formación para el rol”, más allá de visiones corporativas y metafísicas de la independencia judicial”¹¹⁰.

Entre otras cosas, dentro del mecanismo de hacer sentir su voz, está la de comunicar y plantear las mejoras necesarias para realizar mejor su trabajo. Una de las funciones principales del asociacionismo es la de participar en la propuesta de candidatos de la magistratura para conformar los Consejos de la Magistratura o los componentes de los Tribunales Superiores como las Cortes Supremas o Superiores, o los

109. Jesús Fernández Entralgo, *La función política de las asociaciones judiciales en Jueces y Política*, XI Congreso de Jueces para la Democracia, Santander 7, 8 y 9 de noviembre de 1996, p. 83 - 84.

110. Gregorio Álvarez Álvarez, *Una necesidad asociativa: política judicial en Jueces y Política*, XI Congreso de Jueces para la Democracia, Op. cit. p. 74.

Tribunales Constitucionales según se denominen en su caso. El campo del debate político sobre la justicia por parte de las asociaciones de jueces no se limita al de la mesa del gobierno judicial, que es su esencia, sino, a todos los medios democráticos que permiten la exposición de sus ideas.

La experiencia de algunos países es que las decisiones trascendentales son tomadas por la cúpula del poder judicial, es decir, por los tribunales superiores. En el caso salvadoreño, la Corte Suprema de Justicia decide sobre todos los asuntos relacionados con la gestión de los tribunales inferiores y el gobierno de la carrera judicial. En la mayoría de casos no se toman en cuenta las necesidades reales de los jueces o la opinión de ellos sobre los grandes problemas de la justicia. Peor aun, los representantes políticos de la sociedad toman decisiones de reforma judicial, en algunas ocasiones, sin tomar en cuenta la realidad de lo que sucede en cada tribunal o de la opinión que podrían tener los jueces al respecto. Por ejemplo, frente a los graves problemas de criminalidad y delincuencia, las opiniones de los jueces serían un buen insumo para la adopción de políticas criminales eficaces, pero sin dejar de lado las garantías de los derechos fundamentales de los individuos, tales como la libertad, sus bienes y posesiones.

En conclusión, uno de los mecanismos idóneos que coadyuvan a la independencia judicial, aunque no el único, pero sí democrático, es la existencia de las organizaciones judiciales. Estas instituciones permiten dar a conocer y manifestar la opinión de los jueces y magistrados sobre los diferentes temas vinculados a la administración de justicia, por ejemplo, el nombramiento de funcionarios tanto de los consejos de la magistratura como de los tribunales constitucionales, como también decisiones referentes a la gestión de los despachos; y, finalmente, para influir en el diseño de la política judicial ¹¹¹.

111. La manera de influir en la política judicial por parte de las organizaciones judiciales no debe ser entendida de manera directa sino indirecta. La dirección política de un país o de una nación está en manos de quienes por mayoría han accedido al poder, es decir, los parlamentarios y los gobiernos. En un sistema presidencialista es en manos del presidente en quien se deposita el mandato del desarrollo de la política nacional. En un sistema parlamentario es el parlamento quien a través de las normas y los actos de control político es que se establece la dirección política, además de gozar de investidura democrática y participar en los circuitos en los que se exige la responsabilidad política. Por tanto, conceder potestad de dirección política a una organización fuera de la institucionalidad democrática, es violentar la división de poderes y de funciones otorgadas a los diferentes poderes instituidos. En otros términos, lo que no se puede hacer es negar que dentro de la democracia se escuchen las voces de las diferentes organizaciones sociales sobre la problemática que les compete, en este caso, sobre la administración de justicia. No son entes que participan activamente de la dirección del proceso político, para eso están los políticos, pero sí son entes que son parte importante del proceso dentro de una democracia. Su participación es fundamental al momento de la toma de decisiones, sobre todo en aquellos aspectos que influirán en su funcionalidad. Llegados a este punto es necesaria la institucionalización y la reglamentación de estos organismos, estableciendo cuales son sus fines y objetivos en el ámbito de un Estado de Derecho Democrático.

b. Consejos de la magistratura.

Todo lo anterior debe ser tomado en cuenta sin olvidar que la función democrática del juez está en su misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la constitución y la ley. La actividad de cualquier tipo de organización judicial debe estar encaminada a garantizar esa función, la cual queda materializada en muchos casos en la representación de jueces y magistrados. La participación en la elección de los miembros de los Gobiernos Judiciales o Consejos de la Magistratura tiene como objetivo claro y concreto garantizar la independencia del juez.

Los consejos de la magistratura son instituciones que canalizan y refuerzan el ejercicio del gobierno judicial; han sido creadas con el objetivo explícito de reforzar la independencia de la magistratura, un objetivo logrado en la medida en que el cuerpo llega a estar efectivamente a salvo de la influencia directa de las otras instituciones, aunque salvaguardando una “conexión” –un vínculo, un canal de influencia– con el sistema político¹¹².

Este tipo de institucionalidad permite que los jueces se desenvuelvan con la garantía que su entorno político no jurisdiccional descansará en la función de los Consejos; pero al mismo tiempo es una garantía para la ciudadanía en general, ya que se cuenta con una organización colegiada que se encarga de garantizar que la función jurisdiccional se realice de manera independiente e imparcial.

La función básica del Consejo, según Pablo Lucas Murillo, “es la de adoptar todas las decisiones relativas al estatuto personal de los jueces: desde su selección hasta su jubilación, pasando por todas las etapas e incidencias intermedias, incluidas las de carácter disciplinario”¹¹³. Los mecanismos que se han diseñado para ello han sido apuntados anteriormente, tales como la selección de los miembros que formarán parte de la judicatura, su formación técnica y jurídica, así como la formación permanente de los mismos jueces y magistrados¹¹⁴. Otra de las actividades propias de los Consejos es la

112. Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Op. cit. p. 145.

113. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*. Op. cit. p. 201 - 202.

114. Entre las funciones de los Consejos está excluida la función jurisdiccional, la cual es exclusiva del poder judicial. Para Cristina García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Op. cit. p. 252, la función del Consejo no incide sobre la función judicial en sí misma. La función como se ha indicado consiste esencialmente en el control del estatuto del juez que a opinión de Perfecto Andrés Ibañez “tiene que ser rigurosamente exterior al momento jurisdiccional”. Perfecto Andrés Ibañez y Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, Técnos, Madrid, 1986, p. 66.

de llevar a cabo el control sobre la base de evaluaciones del desempeño judicial y el establecimiento de responsabilidad de las actuaciones judiciales en el ámbito de sus respectivas competencias ¹¹⁵.

Otra de las funciones que constitucionalmente se les ha asignado a los Consejos ha sido la de superintendencia del poder judicial, cuya misión consiste en la administración de los recursos del Poder Judicial, permitiendo que los jueces y magistrados se dediquen a labores únicamente jurisdiccionales. Este sistema de administración de los recursos se realiza en aquellos sistemas en que los Consejos pertenecen al poder judicial. No obstante, aun persisten experiencias en las que las funciones administrativas de superintendencia (la asignación de recursos y de personal auxiliar) siguen siendo realizadas por los mismos jueces y magistrados o de órganos administrativos que pertenecen a la cúpula de la organización judicial¹¹⁶.

En el caso español como se verá, el Consejo General del Poder Judicial (que se encuentra dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial) es el que posee el gobierno judicial y la ley orgánica respectiva establece de qué manera participan los juzgados y tribunales en ese gobierno. En este modelo el Ministerio de Justicia del Ejecutivo participa junto con el poder judicial en proveer y elaborar el presupuesto y las políticas de desarrollo de la institución. ¹¹⁷ Existen distintas formas de organizar el gobierno administrativo y de la judicatura en garantía de la independencia judicial.

En cuanto al estatuto judicial, una de las ventajas estructurales del sistema y que es acorde al denominado modelo de Estado de Derecho Democrático, ha sido que las funciones de selección, formación, evaluación y sanción, se realicen por un cuerpo colegiado de miembros de la judicatura que se encuentran al mismo nivel jerárquico de la

115. Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, op. cit. p. 66.

116. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*, p. 204. "El modelo de Consejo que se ha institucionalizado en Europa no está llamado, en cambio, a gestionar cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, ni a las estructuras organizativas de la jurisdicción, ni los correspondientes recursos presupuestarios, aunque sí le toque ejercer cometidos de supervisión, informe y propuesta al respecto. Es significativo que donde se le encomendaron competencias sobre personal no judicial, se ha terminado por retirárselas".

117. El profesor Pablo Lucas Murillo señala que la Asociación Profesional de la Magistratura (en España), en las conclusiones aprobadas en su X Congreso, el 28 de octubre de 1995, se ha pronunciado por <<transferir (al Consejo) todas las competencias relativas a la Administración de Justicia que hoy detenta el Ministerio de Justicia, dotándole de plena autonomía para su ejercicio, incluida la gestión, la de todos los medios materiales y personales, debiendo asumir la plena potestad reglamentaria en el ejercicio de sus competencias y disponer de plena autonomía y responsabilidad para presentar su proyecto de Presupuestos, así como para su gestión y ejecución>>. Ibid. pp. 206 - 207.

organización judicial¹¹⁸. Esto hace que la pirámide jerárquica de carácter burocrático del modelo tradicional de la judicatura (en cuanto al gobierno judicial), se convierta en un sistema de participación horizontal. Un cambio de paradigma de este tipo hace que las formas y métodos en la toma de decisiones cambie estructuralmente de una forma autoritaria de ejercer el gobierno judicial a otra de tipo democrática.

Lo anterior permite que cada juez se libere de la presión extraprocesal de jueces o magistrados jerárquicamente superiores, y que su relación con dichas instancias sea únicamente procesal a través del sistema de recursos (principio de jerarquía procesal o control jurisdiccional). Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli al respecto señalan: *“El hecho de que un órgano colegial -donde por regla general están representadas todas las categorías de la magistratura- sea competente para los ascensos y los nombramientos no puede más que entrar en conflicto con la visión tradicional de la jerarquía, según la cual los magistrados de categorías superiores son los únicos que pueden evaluar a los magistrados inferiores”*¹¹⁹.

La importancia de un número mayor de jueces y magistrados en la conformación de los Consejos de la Magistratura, permite tener —en palabras del profesor Juan Antonio Xiol Ríos— un órgano deliberante o consultivo, por estar conformado por juristas, lo cual aproxima sus métodos a los métodos jurídicos. Estos Consejos deben establecer la garantía de la inamovilidad de sus miembros, ya que con esto se lograría aislarlo de posibles injerencias políticas y coyunturales, lo que lo convertiría en un órgano independiente¹²⁰.

118. Sobre este tema se ha empleado el concepto de función gubernativa o de gobierno judicial que en opinión de Juan Antonio Xiol Ríos, es una función dedicada a los nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. Juan Antonio Xiol Ríos, *El autogobierno del Poder Judicial: la situación en España*, en Documentación Jurídica, nº 45-46, 1985, p. 153.

119. Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Op. cit. p. 146.

120. Con respecto a las posibles injerencias político - coyunturales que hacen a este órgano independiente no significa de ningún modo que sea apolítica su actuación. Ya se ha dicho anteriormente que una de las funciones básicas es la de garantizar externamente la independencia del juez, lo que hace a este órgano un instrumento de contención política frente a las injerencias a nivel judicial. Juan Antonio Xiol Ríos, Juan José Gonzalez Rivas y Jorge Rodríguez-Zapata, *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado social y democrático de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1990, p. 25. Esto también es subrayado por el profesor Lucas Murillo en el sentido de que “sea cual sea el sistema concreto elegido, la polémica sobre la penetración de la política partidista en las designaciones y en el comportamiento de los consejeros ha sido inevitable, al igual que ha ocurrido con otros órganos constitucionales cuyos miembros son designados por el Parlamento. Parece, por tanto, que las causas no están ligadas tanto al concreto procedimiento de designación de los componentes de este órgano, cuanto a la relevancia de la función que desempeña y a las circunstancias particulares de cada sistema político”. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*, p. 203 - 204.

Uno de los factores importantes de la garantía externa de la independencia es que las funciones antes descritas han sido sustraídas del ejecutivo, lo cual no es suficiente si el ejecutivo sigue manejando la asignación de fondos y presupuestos del Poder Judicial. Es necesario, en este sentido, que sean este tipo de organismos (Consejos) los que sobre la base de un presupuesto autónomo puedan hacer las asignaciones de gastos. Por tanto, en palabras de Guarnieri y Pederzoli: “Una primera consecuencia del establecimiento de un Consejo Superior es un aumento de la independencia externa, debido a la reducción de los tradicionales poderes del ejecutivo...”¹²¹. La reducción de los tradicionales poderes (incluyendo el mismo judicial hacia el interior) trae como consecuencia la mejora de la independencia judicial, que empieza, por la reestructuración organizacional del poder judicial y por los manejos presupuestarios del mismo.

b.1. Modelos de gobierno del poder judicial

Un aspecto relevante en toda la discusión sobre la creación de un consejo de la magistratura es su carácter de gobierno judicial. Pablo Lucas Murillo de la Cueva presenta en términos esquemáticos —para facilitar la discusión y el análisis— tres grandes grupos de sistemas de organización del gobierno del poder judicial en un Estado de Derecho: el modelo externo, el modelo interno y el modelo institucional¹²².

a) El modelo externo. Este modelo es construido a partir de las experiencias de los Estados Unidos de América que se inspiraron en el modelo inglés. Las decisiones sobre el estatuto judicial están atribuidas a órganos externos al poder judicial. Por ejemplo, los jueces federales son seleccionados por el poder ejecutivo, donde intervienen el Presidente de los Estados Unidos y el Senado. En cambio, cada Estado de la federación posee un sistema diferente para la elección de los jueces: elección popular, designación parlamentaria, designación por el gobernador del Estado entre una lista de candidatos seleccionados por sus méritos y posterior sometimiento del elegido a la confirmación de los electores¹²³.

121. Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Op. cit. p. 146.

122. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*. Op. cit. pp. 178 -185.

123. Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory analysis of the Courts or the United States, England and France*, 6ª ed. Oxford, University Press, Nueva York y Londres, 1993, p. 33 y ss. citado por Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*. Op. cit. pp. 178 - 185.

b) El modelo interno. Este modelo opera según la figura del juez-funcionario, el cual se integra en el poder judicial tras superar una serie de pruebas que acreditan su solvencia técnica, que lo hace ingresar en una carrera judicial en la que se progresa a lo largo de los años por méritos. El estatuto judicial es minuciosamente regulado por la ley en cuanto a todos sus extremos, y la competencia de su administración es encargada a la jerarquía interna del poder judicial de forma colegiada, generalmente por los tribunales superiores o por las cortes supremas. En algunos casos excepcionales, la administración del estatuto de los jueces es realizada por el Ejecutivo y su aplicación por medio del ministerio de justicia, salvo en lo referido a lo disciplinario que se reserva a los órganos judiciales, normalmente a los de jerarquía superior. La naturaleza interna de este modelo se debe fundamentalmente a que son las instancias judiciales propias las que resuelven las cuestiones que afectan al estatuto de los jueces. En el caso de la intervención del Ejecutivo por medio de la actividad ministerial tiene un carácter reglado que le priva normalmente de todo peligro.

Este sistema, acota Pablo Lucas Murillo: *“acaba produciendo una cierta autonomía de las salas de gobierno de los tribunales, al convertirse en órganos disciplinarios —lo que, además, puede suponer que los magistrados se conviertan en jueces y partes y deban afrontar tareas que les distraigan de su cometido fundamental— o se terminaba creando órganos de carácter consultivo, al principio, y de incierta naturaleza que colaboraban con el Gobierno en la adopción de las decisiones relativas al estatuto de los jueces”* 124.

c) El modelo institucional. Este modelo encomienda el gobierno del poder judicial a órganos creados por el constituyente para desempeñar ese cometido. Estos órganos de gobierno son de carácter colegiado y son conformados pluralmente, es decir, por representantes de las distintas instancias jurisdiccionales. En algunos casos estos órganos se encuentran situados fuera del poder judicial (externos) y de los otros poderes del Estado; en otros casos, se encuentran dentro del poder judicial (internos) con distintos grados de intervención del poder ejecutivo en la administración de los recursos materiales y del personal no jurisdiccional que va desde la absoluta no injerencia hasta la participación en la asignación de esos recursos. Su misión es resolver, de acuerdo con la constitución y la ley, todo cuanto afecta a los recursos materiales y del estatuto de los jueces, para lo cual cuenta con los instrumentos necesarios para tal fin. Entre estos cabe mencionar los ejemplos de algunos casos

124. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*. Op. cit. p. 184 -185. También véase Luigi Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Jovene, Nápoles, 1973, p. 91 y ss.

de Europa que han adoptado este modelo. En Europa, por ejemplo, se tiene el Consejo Superior de la Magistratura en Francia, del mismo nombre en Italia. El caso portugués es interesante porque existen tres Consejos, un Consejo de la Magistratura, un Consejo de los Tribunales Administrativos y Fiscales, y el Consejo del Ministerio Fiscal. Finalmente, el Consejo General del Poder Judicial Español.

b.2. Autogobierno o gobierno autónomo de los jueces.

Dentro de estos modelos de gobierno judicial se han manejado diversas concepciones sobre el tipo de gobierno que en cada caso han adoptado las constituciones nacionales. Es así como se habla de autogobierno o de gobierno autónomo de los jueces. Ambos conceptos son diferentes, pero poseen el común denominador de buscar garantizar la independencia de los jueces. La variante se encuentra en la manera de garantizar dicha independencia; por tanto, es necesario precisar las diferencias entre ellos ya que las implicaciones políticas y funcionales de una u otra forma son distintas, sobre todo cuando se desarrollan en un Estado de Derecho Democrático.

La primera diferencia se da generalmente en la conformación del ente gobernante. Por ejemplo, en el autogobierno se concibe su integración únicamente por jueces, en cambio en el gobierno autónomo, su perfil está diseñado para estar integrado por profesionales del Derecho que no pertenecen a la magistratura, y también, aunque no en todos los casos, formado mayoritariamente por jueces. El autogobierno así integrado sería un ente representativo del poder judicial que garantizaría la independencia judicial. En la práctica se han encontrado otros modelos constitucionales que logran tal cometido con una estructura y una función más amplia que la del simple autogobierno.

El autogobierno se caracteriza por pertenecer organizativa y funcionalmente al poder judicial ejerciendo sus funciones a través de un consejo conformado únicamente por jueces y magistrados, se podría ubicar dentro del modelo interno o institucional, según sea conformado únicamente por la jerarquía judicial o por representación de las distintas instancias jurisdiccionales. Ubicar el autogobierno a un modelo u otro depende de su conformación.

Una de las finalidades del autogobierno es la de tutelar intereses propios de los miembros del poder judicial. El concepto de autogobierno puede traer alguna confusión, ya que de no entenderlo puede ser mal utilizado, por lo que es obligada su matización. Por un lado puede ser mal entendido como una forma corporativa referida a que los magistrados se administran por sí mismos. En cambio, desde una perspectiva teórica,

el autogobierno debería significar “*más bien, que los criterios-guía que deben presidir el desarrollo de la actividad del Consejo se inscriban todos dentro de los valores políticos subyacentes en el papel que la Constitución asigna a la jurisdicción y que son parte esencial de la forma de Estado que ella misma delinea*”¹²⁵. Una de las críticas que se hace a este modelo es su aislamiento dentro del entramado de la división de poderes. La división de poderes no debe ser entendida en que cada poder es un estanco compartimentado. Existen vínculos necesarios, si se quiere políticos, para el buen funcionamiento del Estado.

El orden positivo democrático y constitucional del *civil law*, en algunos casos, ha optado por la fórmula del gobierno autónomo que consiste en que dicho gobierno judicial es autónomo de la estructura jerárquica jurisdiccional¹²⁶ (no debe confundirse con independiente), es decir, no posee una posición jerárquica dentro de la estructura organizacional del poder judicial, pero sí vinculante en cuanto a sus decisiones respecto al gobierno judicial. El modelo que mejor permite esta vinculación institucional es el denominado modelo institucional. Lo que se pretende con este modelo no es que los jueces estén aislados dentro del Estado sino que exista una vía de comunicación entre ellos y el resto de poderes del Estado.

Lo que se pretende, en definitiva, es potenciar un sistema que permita no sólo crear un ente que ejerza las funciones de gobierno de los jueces, sino que tenga un enlace en el entramado de la división de poderes del Estado de Derecho. Efectivamente, el objetivo que se persigue es que el gobierno judicial sea por un lado garante de la independencia del juez, y también, por otro lado, que el poder judicial sea parte de los conflictos y consensos de la democracia a través de los mecanismos institucionales. El modelo que ha prevalecido en las tradiciones del *Civil Law* en Europa y que en la actualidad ha tenido gran auge a nivel latinoamericano, y que responde al sistema de frenos y contrapesos en la división de poderes, es la forma de gobierno autónomo. Esta idea se refuerza con la necesidad de afirmar que la independencia judicial no debe lograrse a cualquier costo, sino respondiendo a la institucionalidad de un Estado de Derecho en Democracia. Es así como los gobiernos judiciales o los Consejos como

125. Salvatore Senese, *Il governo della magistratura in Italia oggi. Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Franco Angeli, Milán, 1985, p. 28, citado por Cristina García Pascual en *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Op. cit. p. 269.

126. Por ejemplo el caso español, el francés e italiano. La conformación y la función de éstos entes no es de velar únicamente por los asuntos de la judicatura, sino de garantizar entre otras cosas la independencia de los jueces y de establecer vínculos externos al poder judicial. Por esas razones es que la conformación de dichos órganos de gobierno es por miembros cuyas legitimidades son distintas.

tales “deben estar sujetos al interés general de la sociedad, del Estado y del ciudadano”¹²⁷.

Además es necesario subrayar que la función del poder judicial es tan importante que no puede separarse del Estado Democrático como un compartimento estanco. Debe asegurarse que su gobierno “se lleva a cabo, no para tutelar intereses particulares que pueden ser perfectamente respetables, sino para realizar el interés que todos los ciudadanos tienen en que los jueces sean libres e independientes en el ejercicio de sus funciones”¹²⁸.

En este sentido es sumamente necesario revisar las formas en que se eligen a los miembros de los consejos de gobierno del Poder Judicial, incluidos los nombramientos de los magistrados de las cortes o tribunales supremos de justicia. Los mecanismos actuales han creado un ambiente de politización estéril, que pone en peligro las exigencias de capacidad moral y jurídica de los miembros de las cortes y los consejos, y que afectan seriamente la independencia judicial y la aplicación del Derecho en todos sus niveles.

3.2.2. La independencia judicial en los sistemas del *common law* y del *civil law*.

A continuación se presenta un cuadro comparativo de los diferentes modelos que pretenden garantizar la independencia de los jueces en países democráticos. En este cuadro se mencionan las distintas instituciones que participan en la administración del estatuto de los jueces, entre las que se encuentran, especialmente en el sistema del *civil law*, los consejos de la magistratura, y en el sistema del *common law*, la participación decisiva del legislativo y del ejecutivo.

127. Manuel Terol Becerra, *El Consejo General del Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 158.

128. Alessandro Pizzorusso, *L'autogoverno del Potere Giudiziario in Italia*, en Documentación Jurídica, nº 45 - 46, 1985, pp. 167 y 168.

La garantía de independencia de los jueces en sistemas democráticos. 129

Selección de jueces	Inglaterra	USA	Alemania	Francia	España	Portugal	Italia		
	Nombra el ejecutivo	Práctica del ejecutivo junto con el legislativo o/y pueblo	Concurso público y Ministro de Justicia del Land	Concurso público junto con la escuela para magistrados	Concurso público junto con la escuela judicial	Concurso público junto con la escuela para magistrados	Concurso público		
Carrera Judicial	No	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí, por antigüedad		
Gobierno Judicial	Lord Cancellor	Departamento de Justicia	Ministro de Justicia (papel fundamental en los Länder) junto con el legislativo a nivel federal	Presidente de la República junto con el Ministro de Justicia y el Consejo de la Magistratura	Consejo General del Poder Judicial	Consejo Superior de la Magistratura	Consejo Superior de la Magistratura		
Destitución	Legislativo	Legislativo	Tribunal disciplinario	Consejo de la Magistratura	Consejo General del Poder Judicial	Consejo Superior de la Magistratura	Consejo Superior de la Magistratura		
Modelo de gobierno judicial	Modelo externo	Modelo externo	Modelo externo	Modelo Institucional	Modelo Institucional	Modelo Institucional	Modelo Institucional		

129. Datos obtenidos en Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Op. cit. p. 48. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*. Op. cit. p. 184-185 y en Luis María Díez-Picazo Giménez, *Sobre la independencia judicial: Notas de Derecho Comparado en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*. Op. cit. p. 161, 162 y 163.

En el cuadro anterior se comparan los dos grandes sistemas jurídicos occidentales: el *Civil Law*, propio del sistema continental Europeo, y el *Common Law*, sistema jurídico anglosajón. En los países del *Civil Law* el sistema de acceso a la judicatura es distinto al sistema anglosajón. El ingreso a la judicatura generalmente es por concurso público, existiendo para ello carrera judicial que es gobernada por un Consejo de la Magistratura o en el caso de Alemania, por el Ministerio de Justicia con participación legislativa.

En cambio, en los países del *Common Law* no existe carrera judicial y el acceso a la judicatura se realiza —por ejemplo en Inglaterra en el caso de los jueces superiores— por nombramiento de la Reina a propuesta del primer ministro, escuchando para tal fin la opinión del Lord Canciller¹³⁰. El resto de los jueces son nombrados directamente por el Lord Canciller quien a la vez realiza funciones de gobierno del estatuto de los jueces¹³¹. En los Estados Unidos el sistema varía dependiendo del tipo de jueces a que se refiera. Por ejemplo, si es juez Federal se le atribuye al Presidente, con el consejo y asentimiento del senado. El gobierno judicial es realizado por el Departamento de Justicia. Los demás jueces de los Estados Federados pueden acceder a la judicatura por diversos sistemas: elección popular, designación parlamentaria, designación por el gobernador del Estado y posterior sometimiento del elegido a la confirmación de los electores¹³².

En cuanto a la destitución de un juez, en el caso inglés es excepcional; por ejemplo, los jueces superiores no son destituidos desde 1830, aunque el procedimiento es que la Reina los cese a propuesta de las dos cámaras del parlamento. Los demás jueces están sometidos a la disciplina del Lord Canciller. En este caso los jueces son nombrados de por vida, es decir, su nombramiento es vitalicio mientras observen buena conducta. En Estados Unidos la destitución de los jueces federales se hace por medio de la participación del Senado,

130. El Lord Canciller es el que se encuentra a la cabeza de la cámara de los Lores en Inglaterra, además de que dirige el Departamento de Justicia que se encarga, entre otras cosas, de suministrar a cada órgano judicial (tribunal) los recursos económicos y presupuestarios. También determina y provee del personal que necesitan los tribunales. No obstante son los tribunales o los órganos judiciales los que gozan de autonomía financiera y administrativa para gestionar cada despacho. Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory analysis of the Courts or the United States, England and France*. Op. cit. p. 33 y ss.

131. Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory analysis of the Courts or the United States, England and France*. Op. cit. p. 31-32, 48 y ss. Robert Stevens, *The Independence of the Judiciary. The view from the Lord Chacellor's Office*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 40 y ss y 78 y ss., citado por Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*. Op. cit. p. 179 -183.

132. Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 38 y ss. Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory analysis of the Courts or the United States, England and France*. Op. cit. 33 y ss.

previa acusación de la Cámara de Representantes por delitos graves; los restantes jueces de los Estados pueden ser destituidos por decisión del Congreso o por votación popular ¹³³.

En cambio, en los países del *Civil Law* la destitución es realizada por el órgano de gobierno judicial, a excepción de Alemania donde existe un tribunal disciplinario que evalúa cada caso previa denuncia. En este sistema los Consejos de la magistratura son los que gestionan la carrera judicial de jueces y magistrados, desde el ingreso hasta las formas de destitución o retiro.

Es necesario hacer una reflexión al respecto. Cuando se analizan los diferentes modelos que buscan garantizar la independencia judicial, nos encontramos con que ninguno de ellos coincide cabalmente con los otros. El desarrollo de este tipo de instituciones que en cada experiencia es distinto, ha respondido a las necesidades reales y a la cultura jurídica y democrática (al contexto) de cada país. Cada poder judicial se desenvuelve en un contexto específico, cuya cultura y problemática es diferente, por lo que los diseños de estos sistemas deben nacer de la realidad de cada entorno y del tipo de poder judicial que se tenga.

En el modelo anglosajón la idea de independencia interna y externa es inexistente; allí donde no existe carrera judicial, los jueces son inamovibles e irresponsables, y su vinculación es sobre el precedente judicial. En los casos de los tribunales colegiados existe el voto particular, lo cual hace que cada juez tenga su propia opinión sobre el caso planteado. Para los jueces en los Estados Unidos, su independencia radica fundamentalmente en el control difuso de la constitucionalidad, en la posibilidad que el juez declare la inaplicación de una ley por considerarla contraria a la constitución ¹³⁴ y por la posibilidad de revisar los actos de los poderes públicos ¹³⁵.

133. Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory analysis of the Courts or the United States, England and France*. Op. cit. 33 y ss.

134. Alexander Hamilton, *The Judges as Guardians of the Guardians of the Constitution*, en el ensayo número 78^o. Federalist: "una Constitución es, en los hechos, y como tal deben reconocerla los jueces, una Ley fundamental. Corresponde, pues, a ellos discernir su significado, así como el significado de cualquier Ley en particular emanada del órgano legislativo (...) La Constitución debería prevalecer sobre la Ley, o lo que es lo mismo, la intención del pueblo sobre la intención de sus agentes". En 1803 adquiere concreción judicial la idea arriba expuesta cuando, al sentenciar el *leading case* *Marbury versus Madison*, el Chief Justice John Marshall razonó: "La Constitución es o bien una Ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o bien está situada al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras Leyes, es modificable cuando la legislatura quiera modificarla (...). Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es Ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, de limitar un poder, que es ilimitable por su propia naturaleza". Roberto L. Blanco Valdes, *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994, 180 - 184.

El acceso a la función judicial es distinto en ambos sistemas. En los sistemas del *Common Law* los jueces son seleccionados entre juristas de altísimo prestigio que gozan de la más alta consideración social y que culminan su vida profesional en los tribunales. La judicatura y la abogacía constituyen una profesión unitaria, “*imbuida de unos mismos valores y dotada de un fuerte ethos de autoexigencia y autocontrol corporativos; y también determina, sobre todo, la inexistencia de una específica carrera judicial*”... “*Los jueces anglosajones, una vez nombrados para un Tribunal dado, no alimentan la esperanza del ascenso, porque la llegada al cargo judicial es ya en sí misma el éxito profesional*”¹³⁶. Esto explica, por otra parte, que su control es realizable por la sencilla razón que son pocos jueces.

La cultura jurídica de los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law* son también diferentes, aunque hoy en día exista una migración de instituciones procesales del sistema del *Common Law* al *Civil Law*. Esto no significa que ambos sistemas deban ser igualados y sus formas y métodos copiados. Los factores y variables que deben ser considerados en el momento del análisis y desarrollo de sistemas que garanticen la independencia judicial son los culturales y estructurales. Hay aspectos modificables y que pueden ser mejorados dentro del aspecto de la cultura jurídica y judicial en el sistema del *Civil Law*, para ello es necesario tomar en cuenta el siguiente aspecto: el tipo de juez que se heredó en el modelo continental europeo fue el juez-funcionario, el cual sí requería de una carrera judicial¹³⁷. El juez-funcionario se caracteriza porque no es un profesional prestigioso y experimentado del Derecho que culmina su carrera profesional en el ejercicio de la jurisdicción, a diferencia de los países de la cultura

135. Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press. New Haven y Londres, 1986, p. 1 y 199 y ss.

136. Luis María Díez-Picazo Giménez, Sobre la independencia judicial: Notas de Derecho Comparado en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*. Op.cit. p. 166 – 167.

137. Perfecto Andrés Ibáñez, *Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*. Op. cit. p. 88. Este tipo de juez es el modelo de juez napoleónico cuya ubicación se encuentra dentro del poder ejecutivo, es decir, la función judicial se ve como una de las funciones del Ejecutivo como administración de justicia. El juez napoleónico por tanto, se ve encardinado en una visión jerárquica y dependiente de las instancias superiores, y su cultura es por ende la cultura de la subordinación, que va ligada a la concepción de la función jurisdiccional como carrera. Una alternativa posible a un nuevo modelo y que garantizaría la independencia interna sería la de profundizar en la desactivación del componente jerárquico.

jurídica del *Common Law*. En el sistema del *Civil Law*, los aspirantes a jueces son generalmente licenciados en derecho sin experiencia previa. En este sistema no se puede hablar de unidad de la profesión jurídica, ni de mecanismos colectivos de autoexigencia y autocontrol profesionales. La lógica burocrática es la que prima ¹³⁸ y para Luis María Díez-Picazo Giménez “*a partir de este punto, resulta inevitable que todo el discurso del constitucionalismo europeo acerca de la independencia judicial, así como sus diferentes intentos de plasmación práctica, no puedan escapar a una cierta inconsistencia de origen: hacer independiente del poder político a un funcionario público y erigir poder del Estado a un cuerpo de funcionarios casa mal con los principios liberales-democráticos.*” ¹³⁹

Finalmente, la solución al problema se encuentra fundamentalmente —entre otros aspectos— en mirar al constitucionalismo moderno que cada vez va tendiendo a configurar un modelo de juez distinto del juez funcionario burócrata. En los sistemas continentales europeos de occidente, y en buena parte de los sistemas latinoamericanos,

138. En este aspecto se puede minar tanto la independencia externa y la independencia interna. Ambos sistemas de garantía de la imparcialidad del juez, pueden quedar minados si no se adopta una visión realista y actual de la evolución de la función de juzgar en el mundo actual y de la manera sutil de cómo los poderes políticos, sociales o económicos le pueden afectar. Una de las formas de minar la independencia externa es la pretendida neutralidad y apoliticidad que deben tener los jueces. En esta lógica se argumenta: 1) el juez es un técnico, por tanto su estatuto debe ser igualado al de los funcionarios de la administración pública; 2) Se respeta una limitada independencia del juez cuando su ideología no choca con la ideología del poder político dominante; 3) Limitando el ámbito de la jurisdicción en el sentido de que los jueces no cuestionen la legalidad emanada de los poderes representativos, siendo consecuentes con las ideas decimonónicas de hipervaloración de la ley. En esta línea de pensamiento se cita un ejemplo, ya conocido, del tipo de juez que se quería perfilar, se citan las palabras del señor Fraga Iribarne en las discusiones sobre el poder judicial en el seno de las cortes cuando se discutía la Constitución de 1978: “Aislados tradicionalmente en una vida separada de la sociedad, con su traje negro de ceremonia; estos hombres, que en los pueblos tradicionales de España no pueden ir al casino ni a jugar una partida de tresillo, que todos hemos visto en los viejos paseos de nuestras capitales de provincia, cerca de las Audiencias... separados de los demás, porque este sacrificio les impone su servicio al pueblo; éstos son los magistrados que nosotros queremos que, para el pueblo y por el pueblo, venimos del pueblo, administren justicia”. Con respecto a la independencia interna esta se puede ver minada de la siguiente manera: 1) La propia carrera judicial igualando al juez al funcionario público y burócrata de la administración. 2) La cúpula de la organización jerárquica del poder judicial tiende a valorar más al juez <<respetuoso con la superioridad>>; 3) La inspección de tribunales para condicionar la actividad de jueces y magistrados frente al poder constituido dentro de la propia judicatura. Ver al respecto Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del Juez*. Op. cit. pp. 55 - 82.

139. Lo que pretenden los principios liberal democráticos —entre otros aspectos— es la independencia del poder judicial de los otros poderes, por lo que los miembros de dicho poder deben ser diferentes en categoría a los del poder ejecutivo y legislativo. Al ubicar a los miembros del poder Judicial como funcionarios del orden político, se está igualando a la categoría de los miembros burocráticos de los otros poderes, lo cual no casa bien con los principios del Estado liberal-democrático. Luis María Díez-Picazo Giménez, *Sobre la independencia judicial: Notas de Derecho Comparado en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*. Op. cit. p. 170.

se está haciendo un esfuerzo desde la constitución, encaminado precisamente a reforzar las garantías de independencia interna y externa de jueces y magistrados. Un ejemplo de ello lo hemos descrito en las líneas anteriores, y es la forma cómo los diferentes Estados democráticos han creado instituciones que garantizan la independencia judicial. Dentro de la institucionalidad creada se encuentran los gobiernos autónomos de los jueces, el acceso por concurso público a la judicatura, la separación de la administración del estatuto del juez del interior de la organización judicial, la figura de la inamovilidad, la recusación, la responsabilidad de los jueces, etc., todo con el objetivo de garantizar la independencia de los jueces.

4. Responsabilidades del juez.

La responsabilidad del juez constituye, en palabras de Mauro Cappelletti, un “concepto ambiguo” porque a la vez que es un poder, le acompaña la consiguiente responsabilidad. Los poderes en democracia son controlados, limitados y responsables. En un Estado de Derecho Democrático a mayor poder, mayor responsabilidad.¹⁴⁰ Para Montero Aroca la responsabilidad del juez es el complemento de la independencia judicial y la otra columna en donde se sustenta la legitimidad democrática del poder judicial, siendo la independencia y la responsabilidad del juez las dos caras de una moneda¹⁴¹.

Ver así el fenómeno –como concepto ambiguo o como una de las dos caras de una moneda– hace que el tema de la responsabilidad, por sus repercusiones en la realidad social, se configure como un tema necesario e importante a tratar. Hasta este instante se ha argumentado la importancia fundamental de la imparcialidad en el momento de administrar justicia, a la vez que para garantizar esa imparcialidad se hace necesario la independencia judicial. Las garantías de independencia tanto internas como externas y la institucionalidad organizacional que coadyuva a esa independencia, hacen que la aplicación del Derecho por parte del juez sea en un ámbito de libertad.

No obstante, en el esquema que se ha venido desarrollando del Estado de Derecho Democrático, todas las libertades y poderes tienen sus límites; y, por ende, la actividad judicial tiene también sus límites y esos límites son establecidos por la responsabilidad del juez. La responsabilidad del juez, como límite al ejercicio de su función, constituye una garantía para el ciudadano, ya que no se aplicará el derecho de manera arbitraria y despótica, sino por jueces imparciales, independientes y responsables. Esto significa que frente al juez independiente e imparcial debe existir un sistema de responsabilidades que deberán estar cubiertas por todas las garantías necesarias para no vulnerar la independencia y la imparcialidad. Para garantizar la legalidad en la confección de las responsabilidades del juez, éstas deberán estar previamente reguladas por la ley.

Es necesario tomar en cuenta que tanto la independencia, como la responsabilidad, son dos mecanismos instrumentales que aseguran el sometimiento del juez única y exclusivamente al Derecho. Tal como señala el profesor Tomás Salvador Vives Antón: “*Un juez estrechamente*

140. Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces*, traducción de Samuel Amaral, JUS, Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas, La Plata, Argentina, 1988, pp. 22 - 23.

141. Juan Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional I, parte general*, Op. cit. p. 139.

sometido a la Constitución y a las Leyes será, por eso mismo, por la propia fuerza de su vinculación a ellas y de la responsabilidad que esa vinculación comporte, independiente respecto a cualesquiera otras instancias, esto es, independiente en el sentido exigido por la Constitución” 142.

La independencia y la responsabilidad judicial tampoco pueden ser concebidas de forma absoluta y rígida, ya que ambas instituciones deben permitir la existencia de una frente a la otra, por eso, de ser absoluta cada una de ellas, su coexistencia sería imposible¹⁴³. A continuación se presentan algunos argumentos que permiten tener una idea de la responsabilidad en un poder judicial democrático.

Uno de los factores que influyen en la necesidad de mejorar y acrecentar los controles y las responsabilidades de los jueces es el aumento y expansión de sus funciones. La realidad social cada vez más compleja en términos políticos, legislativos y sociológicos, ha exigido al poder judicial dar respuestas a esas realidades. *“La singularidad del problema social –dirá Cappelletti– de la responsabilidad de los jueces en nuestro tiempo está dada, sobre todo, por la profundidad y repercusión del problema mismo, que es la causa esencial de la extensión de las funciones judiciales”*.

Este aumento o crecimiento de las funciones del poder judicial posee diversas causas y efectos que giran sobre el eje del Estado Social, como son la inclusión de nuevas competencias a los tribunales y el aumento de las leyes, que se manifiesta en el exceso de legislación, acompañado del oportunismo político y la ambigüedad de sus disposiciones, lo cual da paso a interpretaciones legales de tipo político. Otra de las causas del crecimiento de las funciones del poder judicial ha sido que los derechos sociales, al estar vinculados al Estado benefactor, hacen que la función del poder judicial se modifique, de ser simple aplicador de la norma a ser garante de derechos, lo que al no hacerse bajo criterios procesales modernos puede traer perjuicios a la seguridad jurídica por las interpretaciones erróneas¹⁴⁴. Otro fenómeno que ha hecho que el poder judicial crezca en su función es la masificación

142. Tomás Salvador Vives Antón, *La responsabilidad del juez en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, en Documentación Jurídica, Jornadas sobre el Poder Judicial, Tomo XII, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, número 45/46, enero - junio 1985, p. 340.

143. Claudio Movilla Alvarez, *Responsabilidad del Juez*, en *Sistema Judicial Español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*, en Poder Judicial, número especial V, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988, p. 160

144. Para Mauro Cappelletti, los jueces al aplicar los derechos sociales pueden verse inducidos a interpretarlos con un erróneo criterio tradicional, de modo que la responsabilidad de los jueces consistirá en decidir si los actos del Estado, no obstante la amplitud de la discrecionalidad, están o no de acuerdo con los propósitos, a veces vagamente expuestos, de las leyes y de los derechos sociales. *La responsabilidad de los jueces*. Op. cit. p. 28 y 29.

social, es decir, los conflictos sociales además de ser complejos y difusos, son mayores, en términos de acciones grupales y de juicios de interés general.

Frente a esta realidad de la extensión de las funciones judiciales y las causas que la generan, se hace necesario describir y analizar dos aspectos de la responsabilidad de los jueces considerados discutibles y que no dejan de tener una relevancia importante en lo práctico, y son: la responsabilidad política o democrática de los jueces, y las responsabilidades civiles, penales y disciplinarias. En primer lugar, se hará un breve tratamiento, en términos generales, de las responsabilidades civiles, penales, y disciplinarias, para posteriormente tratar la responsabilidad política o democrática de los jueces que desde la perspectiva investigativa posee mayor complejidad.

4.1. La responsabilidad penal y civil de jueces y magistrados.

La responsabilidad penal o civil de jueces y magistrados puede verse en dos situaciones: una de ellas referida al juez y al magistrado como ciudadano, al margen de su función, en la que si comete delito o falta tipificado en la ley penal o civil, deberá ser procesado con todas las garantías con las que se procesa a un ciudadano común; la otra situación es la de la responsabilidad penal y/o civil del juez en el ejercicio de su función, es decir, actuando como juez en un caso concreto. La prevaricación es el delito cometido por los jueces y se encuentra tipificado en la mayoría de normas penales de los distintos países. No obstante, para proceder contra un juez o magistrado, penalmente, existen ciertas formas y garantías, debido a la función que desempeñan.¹⁴⁵

La responsabilidad civil se refiere a que jueces y magistrados serán responsables civilmente por dolo o culpa cuando de su actuación jurisdiccional causare daños y perjuicios a otras personas, dando lugar a resarcimiento por dichos daños. Un señalamiento sobre la responsabilidad civil en España hecha por Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez es que su reconocimiento sólo ha quedado doctrinariamente, ya que no existe jurisprudencia sobre este tipo de responsabilidad. Con respecto a este hecho el profesor Juan Montero Aroca ha dicho que es una “Decepción y Esperanza”¹⁴⁶. Es una decepción debido a la falta

145. Perfecto Andrés Ibáñez, Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*. Op. cit. pp. 139 - 141; Claudio Movilla Álvarez, *Responsabilidad del Juez*, en *Sistema Judicial Español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*. Op. cit. p. 161; Francisco Marín Castán, *Control democrático y legitimación del Poder Judicial en El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad*, Poder Judicial, número especial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986, pp. 107 - 108.

146. Perfecto Andrés Ibáñez, Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*. Op. cit. p. 142. y Juan

de aplicación concreta, y es una esperanza, porque al regularla y tomarla en cuenta en el ordenamiento jurídico existe la obligación, de alguna manera, a que se haga cumplir la sanción disciplinaria o la responsabilidad civil o penal.

En fin, es importante tomar en cuenta que de no existir un verdadero sistema regulado por la ley sobre la responsabilidad disciplinaria, civil o penal, podría dar paso a mecanismos de facto para el control de las labores de jueces, interfiriendo seguramente en su independencia y afectando de esa manera a la administración de justicia. Por otra parte, la falta de eficacia de este tipo de mecanismos daría paso a la arbitrariedad judicial y a un posible despotismo por parte de los jueces, lo cual se traduciría en inseguridad e incredulidad social en el sistema de justicia.

4.2. Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados.

Este tipo de responsabilidad de los jueces es muy delicada ya que tanto en la teoría como en la práctica suele traer muchas dudas y dificultades. La herramienta de la sanción disciplinaria puede ser utilizada como una arma de doble filo: por un lado puede ser usada para beneficiar a la sociedad con jueces que cumplen bien su labor o, por otro lado, ser usada como pretexto para influir en la independencia del juez y afectar la imparcialidad. El uso de conceptos indeterminados en la regulación de las sanciones disciplinarias puede traer riesgos para la independencia judicial¹⁴⁷ y su imparcialidad. En un Estado de Derecho Democrático, es necesario que la regulación de los mecanismos de control se encuentre debidamente normalizada, para evitar, precisamente, este tipo de dudas o problemas.

Ahora bien, un instrumento de control disciplinario debe garantizar que los intereses ajenos al Derecho no afecten la labor del juez. Por lo tanto, es necesario, en primer lugar, evitar el uso de conceptos indeterminados o apelativos que puedan dar lugar a confusión a la hora de aplicar una sanción disciplinaria. En segundo lugar, es inevitable, además, establecer previamente qué tipo de actos serán objeto de sanción. Es fundamental tomar en cuenta estos aspectos para evitar la utilización de la sanción disciplinaria como herramienta que ponga en peligro la independencia de los jueces. Tal como lo señala

Montero Aroca, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 157 - 159. "A pesar de todo un nuevo camino". "Un único caso de indemnización en un año y medio es decepcionante".

147. José Gabaldón López, *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, en *Sistema Judicial español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*, Poder Judicial, número especial V. Op. cit. p. 143 - 144.

Movilla Alvarez: “(...) por la proclividad a ser utilizado como forma de control ideológico y de inducción a la domesticidad jerárquica”¹⁴⁸.

Este aspecto de la responsabilidad judicial necesita de un especial tratamiento en el momento de ser regulado, ya que como indica Eduardo Jauralde: “(...) pone sobre la mesa el verdadero nudo de la cuestión y es esa tentación de fungibilidad de responsabilidades de muy diversos significado y origen.”¹⁴⁹. Es cierto –dice Movilla Alvarez– que “(...) el Juez puede equivocarse, que puede vulnerar el Derecho material o procesal en su concreto quehacer, tanto en forma intencional como culposa; pero el remedio a esta patología no puede venir por la línea disciplinaria, sino a través de los remedios procesales o de la exigencia, hasta el momento bien parca por sus insalvables dificultades, de otra forma de responsabilidad”. Tampoco es remedio establecer controles disciplinarios represivos, ni pueden estos remedios entrar en la intimidad del juez y en la privacidad de su espacio de libertad cultural, moral, religiosa y política.

Otro aspecto necesario para discutir es el relativo a la institución sancionadora. El diseño de la institución sancionadora dependerá del modelo de juez (funcionario o profesional) que se tenga o se quiera, y del tipo de organización judicial que se desarrolle. Un ejemplo de ello es el juez funcionario tipo burócrata que está inserto en un sistema de gobierno judicial que generalmente responde al tipo interno, es decir, que se encuentra dentro de la estructura jerárquica del poder judicial, o estando fuera, pertenece al poder ejecutivo. En cambio, el juez profesional es aquel cuyas responsabilidades están sometidas a control por parte de un órgano externo, autónomo, que tiene como misión asegurar y garantizar la independencia del poder judicial. Dentro del modelo externo-autónomo e independiente de los poderes fácticos y oficiales, se pueden crear o se han creado mecanismos de control y de responsabilidades que responden a un sistema de procesos que van por etapas, dependiendo del tipo de sanción y de responsabilidad de que se trate, ocupando los Consejos el último eslabón de recursos conociendo los casos más trascendentes¹⁵⁰.

148. Claudio Movilla Alvarez, *Responsabilidad del Juez*, en *Sistema Judicial Español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*. Op. cit. p. 164.

149. Eduardo Jauralde “no cree que la exigencia de responsabilidad disciplinaria permita el examen con censura crítica de fondo de las resoluciones judiciales, que podrá dar lugar a una responsabilidad penal o civil pero nunca disciplinaria”. Citado por Claudio Movilla Alvarez, *Responsabilidad del Juez*, en *Sistema Judicial Español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*. Op. cit. p. 164.

150. Claudio Movilla Alvarez, *Responsabilidad del Juez*, en *Sistema Judicial Español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*. Op. cit. p. 165 y 167.

En relación con las faltas propias dentro del proceso, ¿cómo se regula la responsabilidad de los jueces o magistrados sin vulnerar la independencia de la que gozan como garantía?, por ejemplo aquellas cometidas en los autos o en el fondo de los asuntos. ¿Qué sucede cuando no se delimita con exactitud la procedencia de la sanción procesal con aquellas de tipo disciplinario?. Una tipificación de una falta procesal en disciplinaria puede traer serios problemas en el momento de la sanción, ya que ésta puede traer afectación a la independencia del juez en el caso que conoce¹⁵¹. El sistema español prevé la sanción procesal del tribunal superior y el informe disciplinario al órgano de gobierno, recayendo en este órgano la cuestión relativa a la calificación. En definitiva, y en opinión del magistrado Gabaldón López, las medidas de control hay que tomarlas con mucho cuidado, tanto en la calificación de los hechos como en la apertura de expedientes, “Debe cuidarse incluso, a nuestro juicio, que la mera intervención inspectora o apertura de expedientes no constituya por sí una censura o corrección, incluso *a priori*, y en especial si se divulga”¹⁵².

4.3. ¿Responsabilidad política o democrática?

La responsabilidad política del juez es un tema muy discutido y al que no se le encuentra una inmediata solución —como a muchos otros temas— pero que en algunas ocasiones se evade en la práctica y muchas veces en la teoría. La responsabilidad política o democrática requiere mucha atención, no sólo teórica, sino fundamentalmente porque la realidad práctica lo exige; también es necesario definir si existen diferencias entre ambos tipos de responsabilidad; para tratar el tema se recurrirá a argumentos esgrimidos con anterioridad para ubicar el tema en la lógica argumentativa que se ha venido desarrollando.

En el modelo decimonónico de juez se ha descrito que la aplicación de la ley era silogística, automática, sin agregar racionalidad, debido a que la premisa mayor —la ley— no necesitaba de ningún tipo de añadidura racional, porque ella en sí misma era racional y respondía a la voluntad general. Por tanto, a esa norma había que agregarle una premisa menor, que estaba dada por las circunstancias concretas del caso, y la conclusión del silogismo derivaba en la solución judicial. Con respecto a la premisa mayor, ésta debía ser clara para poder ser aplicada automáticamente. En la práctica esto no sucedió y quedó sólo

151. José Gabaldón López, *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, en *Sistema Judicial español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*, Poder Judicial, número especial V. Op. cit. pp. 145 - 146.

152. José Gabaldón López, *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, en *Sistema Judicial español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*, Poder Judicial, número especial V. Op. cit. pp. 145 - 146.

en teoría. La ley decimonónica y sus consecuentes crisis no son las mismas de la época pre y post revolucionaria. La ley decimonónica no logró, al menos desde una perspectiva no burguesa, los objetivos que pretendía.

Con el desarrollo del Estado Social de Derecho esta visión de la ley cambió, porque no sólo pretendió regular los derechos subjetivos individuales aprovechando el abstencionismo estatal para permitir la autodeterminación individual, sino que intentó además la procura material (bienestar social) a través de la ley es decir, satisfacer materialmente los derechos en una actividad positiva por parte del Estado. Este cambio trajo como consecuencia nuevas formas de relaciones sociales, económicas y jurídicas. También se produjeron modificaciones en la manera de aplicar el Derecho por parte de los jueces (por lo menos en Estados Unidos de América y en algunos países europeos). El tema sigue teniendo mucha actualidad debido a los problemas que conllevan el formalismo y el conservadurismo que aún persisten en la aplicación del Derecho.

La constitucionalización de los derechos ha creado un núcleo duro de derechos fundamentales y ha incorporado un nuevo elemento que, dentro del principio de jerarquía normativa, obliga al juez a interpretar y a integrar las normas respondiendo a los valores, derechos y principios constitucionales. Así, la función del juez ya no es, ni debería ser, la de autómatas aplicación de la ley, sino la del juez que interpreta e integra el Derecho a través de la valoración constitucional y racional de dichas normas.

En este contexto, el juez ya no es el juez que aplica como un autómatas la norma, sino que incorpora al Derecho su racionalidad, para descubrir el derecho que debe aplicar, es decir, construye el Derecho utilizando las herramientas del Derecho mismo: la ley, la jurisprudencia, los principios y las normas de la constitución para resolver el caso concreto.

En este sentido el carácter político de la actividad del juez residiría, citando al profesor Vives Antón, *"en las opciones valorativas que <<velis nolis>> ha de ejercitar constantemente: según ponga el acento en unos u otros valores o principios, en el curso de su actividad sus resoluciones tomarán una u otra orientación, y de esa orientación será responsable él y sólo él"* 153.

153. Tomás Salvador Vives Antón, *La responsabilidad del juez en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*. Op. cit. p. 342.

Según lo anterior, se puede definir la responsabilidad política como “*aquella a la que el juez debe someterse por las opciones de valor que inevitablemente realiza en su trabajo, de donde derivará la exigencia complementaria de un cambio de actitud en la fundamentación de sus resoluciones (...)*.” En otras palabras, los límites de la función de los jueces y de sus decisiones están contenidos en la ley y en la constitución y “*evitan <<expresar y justificar aquellos aspectos de la decisión que, si se pusieran de manifiesto, expondrían directamente la misma decisión a una valoración política>>*”¹⁵⁴.

El tema suscita muchas dudas e inconvenientes desde el punto de vista de la independencia judicial. Pero cuando se plantea el tema desde su legitimidad, es decir, desde la legitimidad democrática del poder judicial, debe recordarse que no se habla de una legitimidad representativa del electorado¹⁵⁵, ni de los grupos parlamentarios, sino aquella que tiene su fundamento en el sometimiento exclusivo a la ley, a la constitución y el de hacer posible el sometimiento de los poderes al Derecho. Pero esa legitimidad tiene otra base que se encuentra en los derechos fundamentales y en el control de los otros poderes. Guarnieri y Pederzoli argumentan que debido a la expansión del poder judicial en la vida política es necesario establecer límites para exigir también una responsabilidad política, por lo cual, se podría hablar de tres parámetros para medir la responsabilidad política del poder judicial: el primero, referido a los derechos fundamentales de los ciudadanos en cuanto a su garantía; el segundo, la limitación al poder político; y el tercero, la soberanía popular. En fin, asegurar el buen funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho, tal y como lo hemos señalado anteriormente¹⁵⁶. ¿Cabe hablar de un control político por parte de la sociedad? o ¿de un control parlamentario o del ejecutivo desde el punto de vista institucional?; en otras palabras, ¿cabe plantearse un control político institucional y social del poder judicial?.

Hay dos tipos de control para establecer responsabilidad política que podrían ser rechazados por su posición extrema y excluyente, y son: los realizados por otro poder del Estado dentro del esquema de división de poderes o los realizados internamente por el propio poder judicial. Al primero, Mauro Cappelletti lo ha denominado de dependencia o coercitivo; y al segundo, de autonomía corporativa o de autonomía. En el primero la responsabilidad del juez nace de un control externo,

154. Perfecto Andrés Ibañez, Claudio Movilla Alvarez, *El Poder Judicial*. Op. cit. p. 148.

155. El concepto de política que se utiliza en el presente trabajo es aquel vinculado a la democracia, en el cual la política no se reduce a la de los partidos políticos sino que se expande a los conceptos de participación cívica.

156. Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Op. cit. p. 27.

es decir, está en manos —y pone el ejemplo— del ejecutivo (o del legislativo), creando una situación de peligro para la independencia de los jueces, ya que vincula al poder judicial dentro del juego político de los partidos y del Estado en general; el segundo consiste en que la responsabilidad del juez es determinada por un control interno dentro del poder judicial, creando un cuerpo separado y aislado y sin conexión alguna de los demás poderes del Estado, lo cual puede convertir al juez — en palabras de Cappelletti — “casi en un monarca, un soberano en su solitario aislamiento y distante de los controles internos y externos”. Ambos tipos de responsabilidad son rechazados por Cappelletti.¹⁵⁷

Otro tipo de responsabilidad política que ha sido denominada por el profesor Cappelletti como “subtipo de responsabilidad política” es la “constitucional”. Esta responsabilidad nace de la violación de la constitución, y se da sobre todo en los Estados Unidos de América y en Alemania (en forma de querrela) ante el parlamento o congreso. En la práctica ha sido muy poco o casi nada utilizada.

Pero, ¿qué sucede con la responsabilidad social, es decir, aquélla que nace del control de la sociedad misma y de la opinión pública?. El profesor Vicente Gimeno Sendra ante la pregunta sobre si se debe establecer una responsabilidad social de la función judicial, manifiesta lo siguiente: “*desde un punto de vista estrictamente jurídico, a la enunciada pregunta, la respuesta ha de ser rotundamente negativa, pues, ni atendiendo a la legitimación del oficio judicial, ni a la configuración de la Jurisdicción como Poder del Estado, ni a la función, que el Poder Judicial está llamado a desempeñar en el Estado de Derecho, puede sostenerse que los jueces y magistrados deban ser sometidos a cualquier género de control social*”¹⁵⁸. De aquí nace —argumenta Gimeno Sendra— “*la necesidad de que el ordenamiento establezca todo un conjunto de garantías que posibilite una auténtica independencia del juez, no sólo frente a las partes y a la sociedad, sino también frente a sus superiores y al Gobierno*”.

Esta respuesta del profesor Gimeno Sendra no está libre de críticas. Juan Igartua Salaverria, critica esa postura argumentando que contradice una de las finalidades de la publicidad de las resoluciones judiciales como es la de control de las sentencias, ya que la motivación y la publicidad de las mismas poseen dos funciones: una burocrática, de control interno de la jurisdicción a través de los recursos; y otra de índole democrática, el control social a través de la opinión pública¹⁵⁹.

157. Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces*. Op. cit. pp. 88-97.

158. Vicente Gimeno Sendra, *El control de los jueces por la sociedad*, Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 48, cuarto trimestre, 1997, p. 37-38.

159. Lo que Mauro Cappelletti ha dado en llamar “crítica de la opinión pública”. Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces*. Op. cit. p. 55.

Es por eso que, en el ordenamiento jurídico español, el principio procesal de motivación de las sentencias ha sido elevado a rango constitucional “exigible por los ciudadanos”¹⁶⁰. Pero si escudriñamos el sentido que ha pretendido Gimeno Sendra en su respuesta, no se refiere a la negación del hecho político o social o democrático (no jurídico) del control sobre la función judicial, sino, que su rechazo lo hace desde “un punto de vista estrictamente jurídico”. No es posible, interpretando a Gimeno, incorporar controles sociales en el estatuto de gobierno de los jueces. Al contrario, se debe reforzar la independencia y la imparcialidad frente a esas realidades sociales.

Es necesario diferenciar entre el control social difuso de la población sobre la administración de justicia, y las presiones a que los jueces están sometidos para la solución de uno u otro caso. El control social son las opiniones y expresiones sociales acerca de cómo está la justicia y cómo debería ser; al fin y al cabo son los derechos de los ciudadanos los que se ponen en juego, su seguridad y su orden. En cuanto a las presiones sociales, de grupos o individuos¹⁶¹, existen los mecanismos de garantía de la imparcialidad que se han analizado anteriormente, por lo que tampoco se debe confundir la reserva de informaciones en razón de investigaciones con la limitación a la publicidad del proceso. Lo que no puede hacer el poder judicial es obstaculizar los derechos democráticos de la ciudadanía y de los medios de comunicación social de expresar sus ideas y pensamientos. Por eso es tan importante la articulación de mecanismos que permitan que la población conozca el derecho judicial a través del cumplimiento y materialización del principio de publicidad¹⁶². Los medios de comunicación deben garantizar el derecho a que la población conozca cómo se está administrando justicia.

160. Juan Igartua Salaverría, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Op. cit. pp. 14 -15.

161. Por “presión” puede entenderse dentro del ámbito de las ciencias sociales o políticas, aquella “actividad del conjunto de individuos que unidos por motivaciones comunes tratan de influir, a través del uso o de la amenaza del uso de sanciones, en las decisiones que toma el poder político”. La presión social es realizada por los “grupos de presión”, que surgen “por el esfuerzo de hacer frente a un problema inmediato, se basan en un solo interés y se transforman luego para prestar los servicios que sus afiliados van considerando necesarios”... “muchos grupos de presión surgieron con la intención de defender diversos intereses”. La existencia de la presión social y de los grupos de presión es una realidad que en la democracia es “ineliminable”, por ser propia de un sistema democrático. La represión de este tipo de manifestaciones sociales es característica de aquellos sistemas políticos que niegan la libertades fundamentales, tales como los autoritarismos o los totalitarismos. Gianfranco Pasquino, *Voz <<grupos de presión>>*, en Norberto Bobbio, Nicola Mateucci, Gianfranco Pasquino, *Diccionario de Política*, traducción de José Aricó, Martí Soler, y Jorge Tula, siglo veintiuno, Madrid, 1983, pp. 726-737.

162. El profesor Gimeno Sendra destaca la importancia de la “adecuada ponderación de derechos”. Ver en Vicente Gimeno Sendra, *El control de los jueces por la sociedad*, Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 48, cuarto trimestre, 1997, pp. 37, 38, 39, 49, 50 y 56.

En consecuencia, sobre la responsabilidad política del poder judicial, hace falta mucho por hacer, discutir y sobre todo aclarar. En principio, no es recomendable ningún tipo de responsabilidad política institucional del poder judicial que nazca de poderes externos (sean el ejecutivo o el legislativo), pero sí debe existir una responsabilidad democrática.

Pero, para que exista la responsabilidad democrática debe plantearse la pregunta: ¿quién controla al controlador?, una de las formas en que el poder judicial legitima su función es a través del control del ejercicio del poder; pero, ¿quién y cómo controlar al que controla?.

Uno de los objetivos de las responsabilidades de los jueces es, precisamente, que la aplicación del Derecho realizada por la jurisdicción no debe ser arbitraria o antojadiza. La función del juez está y debe estar enmarcada por el ordenamiento jurídico, es decir, los jueces como controladores y como garantes del Estado de Derecho deben estar sometidos al Derecho. Es así como se puede hablar de que los límites a su actividad están claramente perfilados en las normas jurídicas. Pero, ¿cómo se controla ese sometimiento?.

La función de control social o extraprocesal de la motivación de las sentencias permite corregir aquellas disfunciones del poder judicial a través de la libertad de expresión y de información ¹⁶³. Visto desde una perspectiva sociológica resulta curioso e interesante, pero desde un ángulo concreto resultaría falto de eficacia real. En este sentido, se han mencionado dos tipos de control que más adelante se detallarán y que están vinculados a la motivación de las sentencias. Estos controles son los internos a la actividad juzgadora a través de los recursos y el otro es el extraprocesal realizado por la sociedad.

Se podría hablar de un tercer tipo de control de la actividad de los jueces y es el realizado por el órgano de gobierno del poder judicial. Se ha insistido en que el órgano de gobierno judicial debe ser un órgano autónomo e independiente de los demás poderes, conformado

163. Este tipo de responsabilidad, que se caracteriza por ser difusa, nace del control político social a través de la crítica pública, la opinión popular, que no tiene que ser solamente la plasmada en los medios de comunicación social. Todo esto se basa en el derecho de la población a conocer cómo se le están garantizando sus derechos y qué consecuencias trae esto consigo. La función del poder judicial en un Estado de Derecho Democrático debe traer como consecuencia paz social, seguridad jurídica y certeza para saber a qué atenerse. Si no cumple con estos mandatos mínimos, la sociedad lo reclamará en el lugar democrático que tiene para hacerlo "los medios de comunicación y la calle". Claudio Movilla Alvarez, *Responsabilidad del Juez*, en *Sistema Judicial Español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*. Op. cit. p. 161. Para garantizar el conocimiento, por parte de la sociedad, de la forma en que el poder judicial administra justicia, es que el Estado de Derecho Democrático exige del juez que motive y justifique sus decisiones.

bajo el sistema de integración colegiado, y sujeto “al interés general de la sociedad, del Estado y del ciudadano”¹⁶⁴. La función de los gobiernos judiciales, se ha dicho, no se limita a garantizar la independencia judicial sino a garantizar a los ciudadanos una buena administración de justicia.

Dentro de las actividades de los gobiernos judiciales a través de los consejos de la magistratura o de la judicatura, se encuentra la de establecer mecanismos de control por medio de inspecciones sobre la actividad que desarrollan jueces y magistrados. Esta actividad es un ejemplo de superación de la tradicional y equívoca concepción que se ha tenido sobre independencia judicial; en la cual se interpretaba que

en razón de dicha garantía nadie debía controlar al poder judicial, aduciendo que el juez hace lo que quiere. Nada más alejado de la concepción democrática del poder judicial.

La actividad de control del poder judicial, a través de la inspección realizada por el órgano de gobierno, no es una actividad represora, sino por el contrario, su finalidad es detectar disfunciones imputables al juez, para lo cual se han establecido y regulado jurídicamente las responsabilidades pertinentes. Esta función de inspección está enfocada para controlar las actividades de gestión de los tribunales y la función propiamente jurisdiccional, a raíz de quejas de los ciudadanos o de inspecciones ordinarias.

Es importante para Vicente Magro Servet, entender “que una ausencia de control conllevaría a una relajación, consustancial a la naturaleza humana, que acrecentaría los problemas que ya puede estar sufriendo el órgano en cuestión hasta llegar a extremos en los que la solución se convertiría poco menos que en una utopía”¹⁶⁵. Los miembros del poder judicial han de comprender y sentir que la función de inspección y control por parte del órgano de gobierno no es una actividad represora sino una actividad encaminada a mejorar el sistema de justicia y en la que se respeta la independencia judicial. De este control a través de las inspecciones, se obtienen insumos y recursos para el diseño de políticas judiciales y de capacitación de jueces y magistrados.

Mauro Cappelletti plantea el modelo de “responsabilidad en función de los usuarios del servicio de justicia”, que permite “combinar en razonables proporciones las responsabilidades legal, social y política sin subordinar a los jueces a los órganos políticos del gobierno ni a las

164. Manuel Terol Becerra, *El Consejo del Poder Judicial*, Op. cit. p. 158.

165. Vicente Magro Servet, *El control de la actividad de los jueces*, Boletín de Información. Ministerio de Justicia, v. 53, n° 1846, año 1999, pp. 1535 -1551.

banderías partidarias ni a grupo social alguno y sin exponerlos tampoco a vejatorias demandas de enfurecidos litigantes” Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces*. Op. cit. Esta idea esgrimida por Cappelletti refuerza el principio que en un sistema democrático “nada es incontrolado ni nadie es irresponsable”. El modelo de control externo por parte de los consejos de la magistratura, descrito anteriormente, puede combinarse con el modelo de responsabilidad en función de los usuarios del servicio de justicia propuesto por Cappelletti. Así se daría una luz a la idea de Montesquieu, que la relación de los poderes debe ser de “pesos y contrapesos”, por lo que el modelo a construir debe ser un modelo cuyas relaciones de control y responsabilidad entre los poderes puedan ser “moderadas” y “equilibradas”.

5. La motivación y fundamentación de las sentencias: exigencia democrática.

Entre las exigencias básicas de la democracia al poder judicial, y específicamente a la función del juez en el momento de administrar justicia, está la de motivar y justificar las sentencias. Ésta constituye una garantía pública del Estado de Derecho Democrático, que se traduce precisamente en la transparencia de sus actos a través del conocimiento por parte de la población y las partes del contenido de dichas decisiones. Es en este ámbito, donde el poder judicial debe traducirse en el conocimiento, por el juez, de las razones que lo llevaron a tomar una decisión. El poder judicial está doblemente llamado a motivar sus sentencias: por un lado, para dar a conocer las razones que lo llevaron a adoptar tal convicción, lo cual permitirá, entre otras cosas, ser controlado; y por otro, para legitimar su función.

El acceso a la información jurídica, en el caso de las sentencias de los jueces, constituye no sólo exigencia de la democracia, sino un derecho fundamental de las sociedades y los individuos¹⁶⁷. La legitimidad democrática del poder judicial se manifiesta entre otros factores –tal como se ha apuntado anteriormente– en que los jueces motiven, razonen y fundamenten sus sentencias.

El Derecho sigue teniendo un aspecto negativo y es que su conocimiento es de difícil comprensión para las mayorías sociales debido, en parte, al lenguaje técnico que utiliza. En este sentido, si el lenguaje del Derecho no es claro, la labor judicial en muchos aspectos sigue siendo oscura e incluso hasta tenebrosa para los ciudadanos. Un juicio o un proceso para un ciudadano honesto es un laberinto donde entra y desconoce cómo saldrá. Por esas razones, la función de juzgar debe ser transparente, accesible y estar rodeada de todas las garantías posibles. En estas circunstancias, el Derecho Procesal

167. La publicidad es un principio que descansa en la concepción liberal de la democracia. Es una garantía de que la administración de justicia sea independiente y que dicha labor encontrará un control social al conocer de sus resoluciones. Es la superación del antiguo régimen, sobre todo en materia penal, en que el proceso penal estaba dominado por el secreto, surgiendo la necesidad, según expresión de BECCARIA, de que "los juicios sean públicos y la opinión, que puede ser el único lazo de las sociedades, ponga freno a las violencias y pasiones. Beccaria, *De los delitos y las penas*, Comentario de Voltaire, traducción de J.A de las Casas, Madrid, 1968. No fue sino hasta que el viejo calificativo de "publicum" vio hacia finales del siglo XVIII, jurídicamente, reforzada su utilización con PUFFENDORF y en los que su seguimiento acometieron la tarea de sistematizar el racionalismo jurídico e histórico-socialmente, comenzó a emplearse en sus equivalentes idiomáticos nacionales, precisamente cuando tal esfera ya se había formado. Ernesto Pedraz Penalva (et. al.), *NOTAS SOBRE LA PUBLICIDAD Y PROCESO* en *ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL en honor de VICTOR FAIRÉN GUILLÉN*, tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp. 412 - 431.

juega un papel fundamental en el momento de considerar una jurisdicción democrática que se basa en la motivación de sus sentencias. El sistema procesal debe ser reflejo del modelo de Estado de Derecho democrático, o dicho en otras palabras, una de las formas posibles para conocer si un Estado es democrático es examinando el modelo procesal que posee. Es necesario, por tanto, que el modelo procesal incluya la exigencia y la obligación de motivación y fundamentación de las sentencias judiciales. Este aspecto debe estar regulado y contenido en la ley como una exigencia democrática, y no debe dejarse al arbitrio de los jueces la realización o no de la motivación de una sentencia. El constitucionalismo moderno incluye normas que exigen al poder judicial la motivación y la fundamentación de las resoluciones judiciales. No como un derecho de los jueces, de querer o no querer ejercerlo, sino, como un derecho de los ciudadanos y una obligación judicial.

También la motivación está íntimamente vinculada con la garantía de independencia e imparcialidad judicial. La motivación es un medio para conocer y garantizar que el poder judicial está siendo imparcial a través de la función juzgadora y que, a la vez, es fiel a las exigencias del Estado de Derecho democrático.

5.1. El derecho a la información jurídica: las sentencias.

Una de las características del Estado de Derecho democrático, y del constitucionalismo en la actualidad, es considerar el acceso a la información jurídica como derecho fundamental, no solamente desde el punto de vista del derecho a informar, que es uno de sus componentes básicos, integrado por el derecho a la expresión pública de ideas u opiniones y el de transmisión pública de noticias; sino más bien a través del derecho a ser informado, en sentido general, y particularmente del derecho a conocer las decisiones de los jueces y tribunales.

Los contenidos del derecho a la información fueron universalmente reconocidos con la aprobación, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, al expresarse en el artículo 19 que *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"*.

Aun cuando este artículo no lo establece así de forma tan rotunda, sí podemos decir que consagra el derecho a la información. La idea del nuevo derecho humano a la información se abrió paso gracias a la tenacidad del profesor John P. Humphrey y de dos personalidades norteamericanas bien conocidas: la viuda de Roosevelt

y el jurista Zachariach Chafee. No será hasta el año de 1963 que el derecho a la información tendrá nombre propio y será reconocido de esa manera. En efecto, el decreto InterMirífica, del Concilio Vaticano II da nombre, de forma inequívoca, al nuevo derecho humano "*Inest ergo in societate humana ius ad informationem*". A partir de 1963, aquello que con "imprecisiones proclamaba y describía el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, tenía ya nombre propio: el derecho humano a la información" 168.

En 1966, la Asamblea General de la ONU aprobó, en Nueva York, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 19 señala:

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por Ley y ser necesaria para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

En 1948, la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo IV expresa:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión, y de difusión del pensamiento por cualquier medio."

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, firmada en 1965, en el párrafo 1 del artículo 13 afirma:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y

168. Enrique Villalobos, *El derecho a la información*, Editorial UNED, San José, Costa Rica, 1997, pp. 50-61.

difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

El derecho a la información, como se puede ver en las disposiciones transcritas, abarca varios aspectos, entre ellos el derecho a informar, el derecho a ser informado, el derecho a protegerse contra la información disfuncional, y el derecho a cuestionar y discutir libremente la información recibida, todos ellos integrados a su vez por otra gama de derechos. Pero, para efectos de la investigación, nos interesa destacar el derecho a ser informado, como una "obligación de publicidad a cargo principalmente del Estado, sin perjuicio de la actividad que en tal sentido puedan ejercer los particulares, de todos los actos del gobierno y de particulares y de interés social en general" ¹⁶⁹.

Este derecho, trasladado al campo del ejercicio de la actividad jurisdiccional, lo entendemos como constituido por la posibilidad que tienen todos los ciudadanos de conocer la forma cómo resuelven los casos los tribunales de justicia en esa delicada labor.

Así entendido, se convierte en un valioso instrumento de control ciudadano por un lado, y por otro, de control del proceso judicial, por las partes. Además de lo anterior, es una herramienta de conocimiento para los jueces y tribunales, y –por qué no decirlo– hasta del legislador, como la forma más dinámica y efectiva de adecuar el ordenamiento, normalmente estático, al acelerado cambio y transformación que presenta la cotidiana realidad.

En este sentido, el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas, Venezuela, del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980, estableció lo siguiente:

"El Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente:

Teniendo presente que los conocimientos jurídicos permiten educarse para una vida consciente, basada en los principios del derecho, la justicia y la moral, mejorar el nivel general de la juridicidad y el orden público, así como realzar el papel de cada ciudadano en la solución de importantes problemas de la vida de la sociedad.

Considerando que el conocimiento de los principios y normas del derecho por parte de toda la población es un instrumento en la

169. Miguel Angel Ekmekdjian, *Derecho a la información*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1966, p. 30

prevención del delito y el tratamiento justo de los delincuentes.

Considerando que los conocimientos jurídicos son un instrumento indispensable de protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, como se ha subrayado reiteradamente en resoluciones de la Asamblea General y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

1. Exhorta a los Estados a que adopten medidas para organizar un estudio amplio de las bases del derecho en los sistemas escolares y universitarios, las instituciones educativas y culturales y las organizaciones comunitarias, a fin que los ciudadanos cuenten con los conocimientos necesarios para proteger sus derechos e intereses, en particular en las esferas de las relaciones laborales, económicas, sociales y políticas, y a que, en el proceso de la educación jurídica, presten también atención a los documentos fundamentales de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos, la lucha contra la delincuencia y el tratamiento de los delincuentes;

2. Pide al Secretario General que estudie el problema de la educación de la población, en especial de la juventud, en los fundamentos del derecho, con miras a una amplia difusión de las experiencias de los distintos países en esta esfera y la adopción de las recomendaciones respectivas, y que asegure la preparación de un programa especial de educación jurídica y de prestación de asistencia por especialistas;

3. Pide al Secretario General que señale a la atención de los Estados Miembros la necesidad que presten asistencia, a fin de garantizar que los medios de comunicación de masas, al ocuparse de los problemas del derecho y la justicia, y reconociendo los principios de la libertad de información y de la libertad de prensa, se guíen por la idea del humanismo, el respeto a la dignidad humana, las normas del derecho y el orden público, y que se abstengan de medidas que pueden llevar a la degeneración de las costumbres, influir negativamente en los valores morales y obstaculizar la prevención del delito".

El acceso a la información jurídica, basada en la anterior resolución de las Naciones Unidas, pone sobre la mesa el conocimiento social de las sentencias de los tribunales. En este sentido, la obligación de la motivación y el conocimiento de las sentencias del poder judicial, por parte de la sociedad, no sólo constituye un derecho de los ciudadanos sino una obligación por parte de la judicatura. Posibilitar al ciudadano el ejercicio de este derecho fundamental permitirá, al mismo tiempo, el control democrático sobre la actividad de los funcionarios públicos y en especial del poder judicial, además de fortalecer el Estado de Derecho.

5.2. Concepto de motivación.

La motivación puede ser entendida como la garantía que permite un correcto funcionamiento de las garantías estructurales. Sirve por una parte, para poner de manifiesto una eventual carencia de imparcialidad del juzgador; y por otra, para permitir la exigencia de responsabilidad al juez, y sobre todo para controlar la sumisión del juez a la ley, esto es, el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional en la decisión judicial ¹⁷⁰.

El juez en su labor juzgadora se encuentra con actividades que le exigirán motivación y fundamentación y otras como las regladas en donde la motivación no es una exigencia, lo que significa que aquellas actividades no regladas necesitarán obligatoriamente de motivación para la decisión adoptada. Las actividades regladas son aquellos mandatos imperativos al juez para el desarrollo de un acto procesal que no necesita de fundamentación ni de motivación, tales como aquellos que dan impulso al proceso. La motivación, por tanto, es un discurso que desarrolla una justificación racional de la decisión adoptada respecto al *thema decidendi* donde el juez da respuesta a las demandas y a las razones que las partes le hayan planteado. Son dos las finalidades que configuran la esencia de la actividad motivadora: por una parte, el hecho de ser una justificación racional y fundada en Derecho de la decisión; por otra parte, el dato de contrastar o responder críticamente a las razones esgrimidas por cada parte ¹⁷¹.

170. Gutiérrez-Alviz Armario y Víctor Moreno Catena, *Artículo 120. Actuaciones judiciales, en Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. Alzaga Villaamil), tomo IX, Edersa, Madrid, 1998, p. 403. Comentado por Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*. Op. cit. p. 131.

171. Para Ignacio Colomer Hernández es necesario distinguir entre motivación como discurso y como actividad. El primero de los aspectos es esencial para un control *ex post* de la decisión y de su correspondiente fundamentación; en cambio, la dimensión de actividad impone al propio juez limitaciones *ex ante* en relación con el contenido de la decisión. En cierto sentido funciona como un autocontrol del propio órgano jurisdiccional, que no tomará una decisión que no pueda justificar. Para los destinatarios de la exteriorización de los argumentos permitirá proceder a su control como también la verificación del concreto autocontrol efectuado por el juzgador. Ahora bien, este concepto de motivación acompaña una justificación no sólo de las pretensiones alegadas por las partes sino de las alegaciones planteadas. Es un diálogo con las partes, ilustrándoles el juez sobre la validez de sus respectivas razones de pedir y sobre la viabilidad de sus pretensiones. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*. Op. cit. p. 136.

5.3. Características del discurso de motivación 172.

a. El discurso no es libre. No hay que olvidar que el discurso justificativo constituye el principal elemento de la motivación; pero este discurso justificativo no es libre, más bien posee unos límites internos y externos. Los límites internos son aquellos que se refieren a los elementos usados en el razonamiento de justificación; y los límites externos consisten en que no se podrán utilizar proposiciones que estén más allá de la labor jurisdiccional. En relación con los límites internos, éstos condicionan los elementos (juicio de hecho y de derecho) y proposiciones o unidades conceptuales que el juzgador podrá usar en la redacción de la motivación. Estos límites, en cuanto a los elementos utilizados por el juez para motivar su sentencia, garantizan la racionalidad del razonamiento y también del discurso contenido en la sentencia.

b. El discurso es finito o limitado. El número de proposiciones que se pueden argumentar en la motivación de las sentencias es limitado, y obedece a dos elementos que restringen la argumentación, que son: primero, los elementos que el juez debe utilizar para no excederse en su función; segundo, por su extensión material, es decir, los límites materiales. Estos límites materiales “vienen individualizados por los límites de la actividad decisoria (encarnados esencialmente en el respeto del principio de congruencia y de la prohibición de *mutatio libelli* por alteración de la *causa petendi*); de donde se deduce que el *thema decidendi* determina la naturaleza finita del discurso, tanto en el ámbito material (extensión), como a nivel de contenido...”.

c. El discurso es cerrado. La motivación una vez realizada queda cerrada y prohibida para cualquier tipo de modificación o integración del discurso, sin perjuicio del llamado <<recurso de aclaración>>(cuya argumentación forma parte de la motivación original). En la motivación se deberá haber tomado en cuenta todos los elementos que han de ser justificados, puesto que a falta de cualquier aspecto no podrá ser corregida.

d. El discurso es atemporal. Esta característica está íntimamente relacionada con el cierre del discurso, ya que desde que esto ocurre se da una separación entre su autor y la justificación contenida en el discurso; y es precisamente en el momento de la justificación donde descansa la atemporalidad, por lo que no se podrán introducir elementos nuevos ni modificar los ya existentes. Otra consecuencia es que los argumentos utilizados para justificar el discurso pueden ser utilizados por el juez en otros casos similares.

172. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en Revista de Derecho Procesal. Op. cit. pp. 139 - 143.

En términos generales puede decirse que *“al final la motivación no es más que un discurso justificativo que, una vez redactado, adquiere existencia independiente de su autor, y que, por tanto, se encuentra sometido a las reglas y límites que le impone su estructura discursiva”*; ésta es, que las proposiciones redactadas por el juez son las que darán paso al cumplimiento de las funciones endoprocesales y extraprocesales que la motivación tiene asignadas.

5.4. Fines de la motivación.

Las funciones propias de la motivación se encuentran clasificadas en dos: endoprocesales, que tiene sus efectos dentro del proceso, y extraprocesales, que tienen sus efectos fuera del proceso. Este sistema clasificatorio tiene como destinatarios a un número diferente de individuos, lo cual exige que el grado de concreción de la motivación será distinto en cuanto a las exigencias de racionalidad, coherencia y razonabilidad del discurso justificativo.

Dentro de la función endoprocesal existe un auditorio técnico formado por las partes y por los órganos de control de la decisión (el juez que decide y los órganos jurisdiccionales superiores). Con respecto a las partes, la primera función de la motivación es que actúa como una garantía de la impugnación, ya que el perdedor puede tener la oportunidad de analizar si el juez ha valorado suficientemente los extremos solicitados y fundamentado las alegaciones contrapuestas. La segunda función es la interpretativa, a la cual se podrá acudir cuando exista alguna duda sobre la literalidad del dispositivo de la sentencia. La tercera función con respecto a las partes es la pedagógica, que *“refleja la importancia que la experiencia tiene en cualquier actividad de la vida, y también en las relaciones con el Poder Judicial, ya que si es posible conocer la justificación de las decisiones se podrán adecuar finalísticamente las conductas procesales futuras”*.

En cuanto a la función respecto al órgano de control que decide sobre la controversia, permite tener un autocontrol del propio juzgador para que su sentencia no tenga un control *ex post* al dictarla. Esto obliga al juez a realizar una motivación racional, coherente y razonable de la decisión ¹⁷³.

173. El profesor Ignacio Colomer señala que la racionalidad, coherencia y razonabilidad son los requisitos predicables de una adecuada y suficiente motivación de una decisión jurídica. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en Revista de Derecho Procesal. Op. cit. p. 143 y 147.

Con relación a las funciones relativas a los órganos jurisdiccionales superiores, la motivación permite que el juez superior pueda realizar un control sobre los razonamientos en la actividad justificadora, además de realizar una función interpretativa.

Sobre la función extraprocesal, el auditorio a quien va dirigida la motivación es general. Esta función permite que se realice un control social difuso sobre la administración de justicia, la cual puede derivar en responsabilidad social. Para realización de esta función se incorpora un tipo diferente de justificación que se basa en los valores determinantes de las elecciones adoptadas por el juez, ya que el control político de la decisión se hace verificando la congruencia de la elección valorativa del juez con los valores de la sociedad. El control político o democrático, externo o difuso, desarrollado por la sociedad, será siempre un control axiológico o valorativo y, al mismo tiempo, de eficiencia. Es un control sobre la racionalidad de la actuación del juzgador (extraprocesal), y no sobre la racionalidad de la motivación (endoprocesal), ya que lo que diferencia una de la otra es que la primera es una razonabilidad extraprocesal o externa,¹⁷⁴ y la segunda una racionalidad endoprocesal o interna¹⁷⁵. Por supuesto, esta función extraprocesal tiene un

174. La razonabilidad es un plus exigido a la racionalidad, ya que ésta va dirigida a un auditorio general cuyo fundamento es la aceptabilidad de dicha decisión por el conglomerado social, o la aceptabilidad por parte de la sociedad de los valores en los que la decisión va apoyada. El "ámbito razonable" delimita el conjunto de decisiones discrecionales aceptables por la audiencia técnica y la audiencia general; por tanto, no resultará admisible adoptar una solución legítima (racional) que no sea contemporáneamente razonable. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 117, citado por Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en Revista de Derecho Procesal. Op. cit. p. 161.

175. La racionalidad se compone de dos dimensiones: la racionalidad de la decisión y la racionalidad de la motivación. A) La decisión será racional cuando coincidan la racionalidad del procedimiento y los criterios que utilice el juez para lograr la decisión más racional, según el contexto dado (racionalidad de la opción del juzgador), o bien, cuando la decisión derive de razones válidas de hecho y de derecho (racionalidad en relación con la finalidad). La racionalidad de la decisión es una función de la racionalidad del iter decisorio. Es decir, una decisión será estrictamente racional cuando: 1) Respete las reglas de la lógica deductiva. 2) Respete los principios de racionalidad práctica. 3) Se adopte sin eludir la aplicación de las fuentes jurídicas de carácter vinculante. 4) No se adopte usando criterios éticos, políticos, valorativos no previstos por el ordenamiento. B) En la racionalidad de la motivación se distinguen dos concepciones: racionalidad atendiendo a la finalidad y la racionalidad justificativa. La primera consiste en que pueda aparecer justificada la decisión de modo que consenta el necesario control externo (de un tercero) sobre el fundamento racional. La racionalidad justificativa se fundamenta en la validez de los argumentos usados, y la coherencia entre tales argumentos, así como la complitud de la justificación con relación a la decisión adoptada.

En definitiva, el deber de motivar racionalmente cubre las expectativas tanto formales de la justificación, como materiales de dicha justificación. De esta premisa se deriva que una adecuada justificación es aquella que satisface el derecho de los litigantes a una resolución motivada y fundada en Derecho, es decir, que sea jurídicamente válida, por lo que los criterios de equidad no son exigibles en esta etapa del razonamiento. Michelle Taruffo, *Ragione e processo ipotesi su una correlazione*, en Scritti in onore de Elio Fazzalari, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 161; Manuel

fuerte componente de función pedagógica, ya que permite que la opinión pública conozca las razones de la concreta decisión adoptada. A la vez, permite que la sociedad sepa a qué atenerse por las consecuencias jurídicas que provocan sus conductas.

5.5. Obligación y alcances de motivar las sentencias.

a. La obligación de motivar

La obligación de motivar nace de la exigencia democrática de la publicidad de la justicia, exigencia que tiene una natural relevancia al tratarse de un Poder Judicial cuya legitimidad democrática —entre otras— se justifica a través de dicha motivación¹⁷⁶.

La publicidad “*constituye un requisito imprescindible para el desarrollo de un control difuso por parte de la colectividad, de ahí que, en consecuencia, no sean admisibles las motivaciones secretas; por lo que, habrá de garantizarse la publicidad del proceso y de la motivación desarrollada como premisas del control externo o democrático de la jurisdicción*”¹⁷⁷.

El fundamento de la obligación de motivar y de hacer públicas dichas motivaciones (función endoprocesal y función extraprocesal) tiene sus raíces en el pensamiento liberal, y especialmente en el proceso penal. Frente a las características del proceso en el *Ancien Régime*, tales como ser un proceso inquisitivo y secreto¹⁷⁸, se opuso la visión liberal del derecho a ser juzgado mediante un proceso público, como el “*mejor remedio del arbitrio judicial, como instrumento de control social de la justicia y como medio para el fortalecimiento de la confianza*”

Atienza, *Para una razonable definición de Razonable*, en Doxa, nº 4, 1987, pp. 193 - 194; Jersy Wroblesky, *Motivation de la décision judiciaire*, en *La motivation des décisions de justice*, Emile Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 119.

176. El Estado de Derecho se traduce en resolución motivada, fundada y justificada, primero como criterio básico para darle cuenta a la comunidad, y segundo, como criterio para darle cuenta a las partes, en definitiva —en palabras de Ferrajoli— este principio de motivación es considerado “como el principal parámetro tanto de legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Op. cit. p. 623.

177. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*. Op. cit. p. 165.

178. No hay que olvidar que una de las principales motivaciones en la lucha contra el *Ancien Régime* fue precisamente “*la oposición a un gobierno que ejerce su dominio a través del secreto, cuyo símbolo fueron las letras de cachet, pues, como afirmara uno de los más característicos representantes de la Ilustración en el orden jurídico, Beccaria, <<el secreto es el más fuerte escudo de la tiranía>>*”. Javier de Lucas, *Secretos de Estado*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertad, Universidad Carlos III de Madrid, nº 7. Op. cit. pp. 47- 48.

del pueblo en sus Tribunales”¹⁷⁹. La actividad motivadora, en su función extraprocesal, es fundamental para que los individuos y los diferentes grupos sociales acudan a la justicia a dirimir sus conflictos y para que se consolide la paz social y la seguridad jurídica. De lo contrario, la desconfianza en el poder judicial hace que los individuos busquen resolver sus conflictos por propia mano (autotutela) fuera del orden jurídico o institucional (autocomposición o heterocomposición), lo que trae consigo todos los males que Hobbes anuncia en su visión sobre el estado de naturaleza humana: que el hombre es el lobo del hombre, lo cual conlleva violencia y afectación de los valores humanos que dignifican su existencia.

La motivación de las sentencias es el instrumento fundamental para medir la legitimación del oficio de juzgar; la potestad juzgadora queda manifestada en la sentencia debidamente motivada. “La <<autoritas>> no se obtiene mediante la <<razón de Estado>>, sino <<con el estado de la razón>>, es decir, a través de la aptitud del órgano jurisdiccional para, sin infringir la Ley, traducir o interpretar el Derecho de conformidad con los valores constitucionales comúnmente admitidos por la sociedad en el momento histórico presente”¹⁸⁰. En tribunales colegiados compuestos por dos o más magistrados es necesario que el magistrado o los magistrados que no estén de acuerdo con la motivación o con la sentencia hagan constar sus puntos de vista motivadamente. Para Vicente Gimeno Sendra, “*De aquí la conveniencia de que, cuando un magistrado reputa injusta o falta de autoridad moral la decisión de la mayoría del Tribunal, pueda formular su voto particular discrepante, precisamente para salvar su responsabilidad ante el ulterior control social*”¹⁸¹.

Por otra parte, la obligación de motivar nace de las exigencias de los Estados democráticos, que están fundadas en sus respectivas constituciones. Se establece, por tanto, esta actividad jurisdiccional, no como mera actividad necesaria e importante, sino de imperativa jurídica constitucional. Podemos tomar como ejemplo la Constitución de España que recoge la obligación de motivar en el artículo 120.3, lo cual demuestra que el tema es un imperativo en el constitucionalismo moderno. La actividad motivadora es quizá la función más importante de la función jurisdiccional, que podría traducirse en la máxima: no

179. Este derecho fue constitucionalizado por primera vez en España en el artículo 302 de la Constitución de Cádiz de 1812. Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied/Darmstadt, 1978, pp. 42- 43; Auby, *Le principe de la publicité de la Justice et le Droit Public*, en <<Le principe de la publicité de la Justice>>, París, 1969, p. 9 y ss. citados por Vicente Gimeno Sendra, *El control de los jueces por la sociedad*, Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 48, cuarto trimestre, Op. cit. p. 49.

180. Vicente Gimeno Sendra, *El control de los jueces por la sociedad*, Revista del Poder Judicial, Op. cit. p. 51.

181. Vicente Gimeno Sendra, *Causas históricas de la ineficacia de la justicia*. Op. cit. p. 274.

hay jurisdicción sin motivación.

Esta máxima constitucional ha dado paso a que el Tribunal Constitucional Español, como garante de la constitución y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, proteja estos derechos amparado en la obligación que tienen los jueces de motivar razonada y racionalmente sus sentencias. En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha conectado la exigencia de motivación con la interdicción de la arbitrariedad, es decir, la motivación será o deberá ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico¹⁸². La obligación de motivar las sentencias, como exigencia para la defensa de los derechos fundamentales, se vincula al artículo 24.1 de la Constitución Española, en el sentido que la motivación se ha convertido en parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los procesados¹⁸³. Esto trae como consecuencia, por un lado, que el juez debe motivar, y por otro, que dicha motivación permitirá realizar un control endoprocésal de la sentencia, la cual podrá ser recurrida ante la instancia superior según sea el caso.

En la doctrina y en el ordenamiento jurídico español se vincula esta obligación de motivar con la estructura de la sentencia (art. 120.3 Constitución de España y art. 248.3 Ley Orgánica del Poder Judicial) que corresponde al principio de completitud de la motivación, que consiste en que la motivación debe corresponder cuantitativamente con el fallo. En este sentido, hay que distinguir dos realidades diversas: la congruencia de las sentencias y la completitud de la motivación. La congruencia conecta la decisión con las pretensiones de las partes y la completitud de la motivación conecta la decisión con su correspondiente justificación¹⁸⁴.

182. Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 221 del 31 de octubre de 2001, fundamento jurídico 6.

183. La sentencia del Tribunal Constitucional Español número 6 del 14 de enero de 2002, fundamento jurídico 3 dice: "... no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el art. 120.3 C.E., sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 C.E. que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión."

184. El profesor Ignacio Colomer Hernández, al referirse a las líneas de interpretación del Tribunal Constitucional que se han mencionado (interdicción de la arbitrariedad y la tutela judicial efectiva) como parte del control de la jurisdicción, habla de tres niveles en donde se realiza dicho control: el privado, institucional y difuso o democrático. El privado y el institucional son parte de lo que se ha denominado control endoprocésal y se encuentran íntimamente relacionados. El control privado es la decisión del litigante de recurrir por medio de los recursos la decisión del juez. En cambio, el control institucional es el que realizan los órganos jurisdiccionales superiores con posterioridad al ejercicio del control privado, con excepción de los recursos para unificación de doctrina o en interés de Ley, en los cuales el control institucional podrá ser excitado por un tercero.

La completitud de la motivación de las sentencias es de tal trascendencia, que al vincular la justificación con el fallo, existe la posibilidad de detectar posibles incongruencias; y esto no se trataría de algo sin importancia o de importancia relativa, sino de relevancia jurídica trascendental. Con la falta de correspondencia de la justificación con el fallo se carecería de base jurídica, debido a que se estaría fundando una afirmación que no tiene relación con la justificación¹⁸⁵. Por tal razón, la motivación de las sentencias trae consigo consecuencias jurídicas y prácticas fundamentales. Por un lado, la motivación completa implica “justificación sobre la interpretación y aplicación de las normas empleadas, sobre la determinación de los hechos probados, sobre la calificación jurídica de los hechos y sobre la declaración de las consecuencias derivadas de la decisión. Por otro lado, la justificación será completa cuando el juzgador indique las premisas, los datos relevantes para la decisión, y las reglas de inferencia sobre la base de las cuales la decisión adoptada pueda ser considerada una consecuencia racional y válida de las premisas utilizadas”¹⁸⁶.

b. Motivación y límites a la actividad discrecional del juez.

La discrecionalidad en la actividad del juez, se refiere a la libertad de elección de la solución de los casos, lo cual permite clasificar las diversas actuaciones no regladas, según el grado de libertad concedido al juez por la ley¹⁸⁷. En este sentido, se conocen tres hipótesis alrededor de la aplicación e interpretación de una norma, según la complejidad del caso que conoce y debe decidir el juez; son los casos fáciles, intermedios y difíciles.

Es necesario recordar que el juez, desde la tesis que se ha venido manejando, está sometido única y exclusivamente a la ley y, en especial, sometido a la constitución. Por tanto, la labor discrecional del juez se encuentra bajo la aplicación de la ley, pero dado el caso, bajo

Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en Revista de Derecho Procesal. Op. cit. 165 y 166.

185. Para Juan Igartua Salaverría la falta de motivación trae como consecuencia la falta de aplicación del Derecho ya que “una sentencia sin motivación no es aplicación del derecho”. Por lo que podríamos decir que si la motivación no corresponde al fallo y viceversa, no se está aplicando el Derecho, en consecuencia dicha sentencia carecería de base jurídica. Juan Igartua Salaverría, *La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias*, en Revista Vasca de Administración Pública, 1998, número 50, p. 176.

186. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en Revista de Derecho Procesal. Op. cit.

187. En esta línea, Ferrajoli plantea que el discurso de motivación debe hacerse desde dos perspectivas: una fáctica y otra jurídica. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Op. cit. p. 622 - 623. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en Revista de Derecho Procesal. Op. cit. p. 166 y 169.

esa misma ley el juez puede optar por una de las diferentes soluciones, las cuales todas podrían ser legítimas o, según sea el tipo de discreción, una única solución legítima al caso planteado¹⁸⁸.

Los casos fáciles e intermedios tienen en común que no llevan aparejado un poder discrecional de decisión. En el primer caso existe una única solución, por ser sólo una la solución que se presenta; en cambio, en el segundo caso, los argumentos de los litigantes son legítimos, pero el juez escogerá aquel argumento, mediante el empleo de reglas de interpretación y aplicación normativa, que le parezca más legítimo, desechando la aparentemente ilegítima. Los casos difíciles sí presentan dificultad en cuanto al número de posibilidades legítimas. El juez deberá escoger una de esas soluciones legítimas, utilizando las reglas de interpretación y aplicación de las normas que les parezcan más adecuadas. La ley en estos casos le atribuye al juez la máxima libertad de elección entre las diversas reglas posibles¹⁸⁹.

Ahora bien, esta libertad se encuentra condicionada por límites procesales y sustanciales. Con respecto a los límites procesales encontramos básicamente tres: el primero, referido a la imparcialidad; el segundo, a la racionalidad de la decisión; y el tercer límite, al de la justificación de la decisión adoptada. En el primero de los límites, la imparcialidad¹⁹⁰ implica dar las mismas oportunidades a las partes durante el proceso y no tomar partido por ninguna de ellas, es decir, carecer de interés personal en la solución de la causa. Otro límite procesal importante es la exigencia de racionalidad en la elección; la decisión discrecional debe ser racional, lo cual implica exigir un respeto de las reglas y principios de naturaleza técnica jurídica que disciplinan la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*¹⁹¹. Una tercera limitación se encuentra en la misma obligación de motivar, es decir, debe existir

188. La doctrina, siguiendo al profesor Colomer Hernández, "habla esencialmente de una discreción fuerte y una discreción débil". La fuerte es la posibilidad que tiene el juez de escoger entre dos o más alternativas legítimas, es decir, la posibilidad de elegir entre varias alternativas legítimas. Legítima será aquella solución cuando "sea el resultado de una adecuada aplicación de las reglas y principios que disciplinan la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*". La discreción débil se refiere a que el juez debe buscar la respuesta jurídicamente correcta al conflicto planteado. El juez carece de libertad para escoger entre varias soluciones, su libertad se circunscribe a encontrar una única solución. *Ibid.* p. 168. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 85 y ss.; Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 26 - 28.

189. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*. Op. cit. p. 170.

190. Ver título III.3 La imparcialidad del juez y la garantía de independencia judicial. En la página 221 de esta investigación.

191. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*. Op. cit. p. 170.

—dada la trascendencia de la decisión por ser legítimas todas las soluciones encontradas— justificación. A juicio del profesor Colomer Hernández, el principal límite procesal de la libertad de elección del juzgador es la motivación, ya que sin una explicación de la decisión adoptada, el ejercicio de la discrecionalidad podría convertirse en una actuación arbitraria.

En cuanto al límite sustancial de la actividad discrecional del juez “se concreta en la exigencia de razonabilidad en la elección realizada. El juzgador tiene la obligación de ejercitar razonablemente su propia discrecionalidad. Por tanto, debe comportarse como se comportaría un juez razonable”, es decir, tomando en cuenta las circunstancias del caso, lo cual significa elegir entre las soluciones legítimas aquella solución que responde “al <<equilibrio óptimo>> entre los intereses contrapuestos”¹⁹². En la motivación (límite y garantía procesal) y en la razonabilidad (límite y garantía sustancial) es donde se encuentra la clave para comprender cómo la función judicial se engarza con los principios de una sociedad democrática.

La función del juez está circunscrita a la interpretación y aplicación del Derecho, siguiendo las reglas y los principios que le permiten, en primer lugar, libertad de elección sobre cuál regla y principio; y en segundo lugar, sobre dicha base, qué solución es la que escogerá entre las soluciones legítimas que se le presentan. Por tanto, en ese margen de decisión se encuentra la discrecionalidad del juez; no de cualquier regla o principio, sino sometido a la ley y a las reglas de interpretación y aplicación de la norma a los casos que se le presentan.

Para aclarar mejor esta situación, es importante mencionar la finalidad perseguida en la relación de los diversos grados de libertad y la obligación de motivar en cada caso. Por una parte, se pretende delimitar “el concreto alcance de la justificación desarrollada por el juez respecto a sus decisiones”, y por otra, “concretar el ámbito de una eventual responsabilidad del juzgador respecto de sus actuaciones”. En las actuaciones judiciales de naturaleza reglada no existe problema de discrecionalidad, ya que la solución viene dada por la regla a utilizar, lo que no hace necesaria su justificación y motivación. En este tipo de soluciones, el juez no posee libertad de elección ni de decisión; es una norma imperativa única, por lo que el juez es irresponsable en actuaciones

192. Hemos dicho que para evitar cualquier tipo de arbitrariedad en el Estado de Derecho, se exige la obligación de motivar, tanto para el control interno como para el control externo (endo y extraprocesal) de la función jurisdiccional. Es por eso que la motivación garantiza la existencia de un conjunto de razones que justifican la solución elegida entre todas las legalmente posibles. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*. Op. cit. p. 171.

que son impuestas por la ley, al margen del control de constitucionalidad que debe ejercer el juez frente a normas inconstitucionales. El juez, en este caso, es irresponsable partiendo de la premisa que dicha ley es plenamente constitucional. En un sistema de control difuso, el juez posteriormente al análisis de la constitucionalidad del precepto de una ley o de la ley en su conjunto puede inaplicar; en caso contrario, en un sistema de control único concentrado de existir la prohibición de inaplicar, el juez tendrá que enviarla al órgano jurisdiccional competente para que declare la inconstitucionalidad o el juicio de validez correspondiente.

En relación al grado o grados de libertad de decisión y elección (cuando la ley lo permite en el caso de las no regladas) suceden dos momentos: en el primero, la libertad que posee el juez para apreciar las diferentes soluciones legítimas utilizando las reglas de interpretación y aplicación de normas; y en el segundo momento, la libertad para elegir de entre dichas soluciones legítimas cuál es la que responde a lo que se ha dado en llamar el “equilibrio óptimo” entre las partes. “De modo que el juez a la hora de motivar su decisión deberá en todo caso justificar, como mínimo, la racionalidad de la decisión adoptada, o lo que es lo mismo, deberá acreditar la legitimidad de dicha solución en la óptica del ordenamiento; y eventualmente, si hubiese varias posibles decisiones legítimas jurídicamente, habrá de justificar las razones de la adopción de cualquiera de ellas. Este segundo nivel de justificación se concreta en el deber del juez de motivar la razonabilidad de su elección entre todas las soluciones jurídicamente legítimas o válidas”. En este caso se estarían concretando los límites procesales y sustanciales. Los límites procesales en la motivación de la solución; y los límites sustanciales, en la razonabilidad de la elección realizada, entendiendo ésta como lo razonable que apunta a un resultado y no como racionalidad que responde a cuestiones procedimentales.

En síntesis, en un Estado de Derecho democrático, el juez debe, en los casos fáciles, justificar la racionalidad de la decisión única en sus aspectos internos (procedimiento de interpretación) y externos (racionalidad de las premisas y del procedimiento usado). En los casos intermedios, se exige del juez una mayor y más intensa justificación y motivación. En primer lugar, porque debe justificar la racionalidad de los aspectos internos y externos de la decisión adoptada; en segundo lugar, porque debe incluir la racionalidad de las premisas y la corrección lógica del procedimiento de inferencia (deductivo o inductivo) empleado para conocer la solución legítima; y en tercer lugar, el discurso motivador debe incluir la decisión de no elegir la solución aparentemente legítima, es decir, debe incluir las razones determinantes de su ilegitimidad.

Finalmente, en los casos difíciles no deben de olvidarse los límites procesales y sustanciales. La motivación debe justificar el respeto de tales límites, lo que obliga al juez a tener una actividad argumentativa más intensa, no bastando con justificar la racionalidad de la decisión adoptada, sino, como hemos dicho, siendo necesario motivar también la razonabilidad de la decisión. Esto exige del juez que en su discurso se encuentren la justificación interna y externa de la racionalidad y razonabilidad de la solución adoptada ¹⁹³.

193. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*. Op. cit. p. 172, 173 y 174.

6. Conclusión.

1. Poder judicial democrático. El poder judicial debe estar diseñado según el modelo de Estado de Derecho democrático y su función será la de velar porque los principios que rigen a ese tipo de Estado sean respetados y garantizados. La función principal del poder judicial en el Estado de Derecho es la defensa y garantía de los derechos fundamentales. En los regímenes no democráticos, en los que no existe el Estado de Derecho, el papel que desempeñan los jueces es muy limitado, debido a la falta de imparcialidad derivada de los dictados del régimen. En cambio, en el sistema democrático, la magistratura desempeña un papel más importante y amplio, dado que, *“una administración imparcial de la justicia es una garantía eficaz de los derechos de los ciudadanos”* 194.

Para lograr lo anterior es necesario superar la cultura y las estructuras jurídicas del juez burocrático. Los jueces burocráticos están desprovistos de los conocimientos necesarios para desempeñar las nuevas tareas que supone la defensa de los derechos fundamentales hoy en día. Además, necesitan ser conscientes de la nueva importancia política de su función, en cuanto a la labor racional y razonable en la interpretación de la constitución y las leyes. Esto implica que el reclutamiento (selección y nombramiento) y la formación misma del juez se haga junto al desmantelamiento de la jerarquía tradicional, sobre todo para compensar las consecuencias negativas de esa decadencia. En la formación judicial es necesario el desarrollo de modalidades que superen la visión tradicional del juez como el autómatas aplicador de leyes, para convertirse en intérprete e integrador del Derecho, con énfasis en interpretación, conforme a los principios, valores y normas de la constitución. Esto contribuiría a que la única manera de conseguir que el poder judicial sea un efectivo garante de los derechos fundamentales, sometiendo a los demás poderes (fácticos u oficiales) a las leyes y a la constitución, es concibiendo un poder judicial fuerte, es decir, a un poder judicial independiente e imparcial.

En síntesis, la legitimidad democrática del poder judicial viene dada por los siguientes elementos: la sumisión a la constitución y la ley, la independencia y responsabilidad de los jueces, y la motivación de sus sentencias, persiguiendo como objetivo garantizar los derechos fundamentales.¹⁹⁵ Estos elementos constituyen la

194. Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*. Op. cit. p. 140.

195. Se ha insistido que entre estos elementos cabe hablar de un poder judicial incómodo para aquellos poderes fácticos u oficiales, ya que si la obligación del poder judicial es aplicar el Derecho, no debe importar a quien le aplica ese derecho, haciendo valer el principio de igualdad y de

base desde la que se puede analizar, estudiar y conocer si un poder judicial responde a las exigencias de un Estado de Derecho democrático.

2. Derecho y política. Hay que reconocer la contribución que debe realizar el poder judicial a la moralización de la política, en correspondencia con las pautas fijadas en el ordenamiento jurídico. Esta necesaria moralización es consecuencia de la inexistencia, deterioro o falta de funcionamiento de los mecanismos de control que aseguran la adecuación de la conducta de los poderes públicos a la legalidad. La falta de coherencia de los poderes públicos con los mandatos de la ley ha conducido a que en la realidad social se manifieste una crisis de la política, y por qué no decirlo, a una crisis de la democracia. En este sentido, es necesario dejar claro, que la posición del Derecho frente a la política consiste en que ésta última se desarrolle según los dictados del Derecho y en el marco de los principios y valores en que se inspira ese Derecho. No es concebible un Estado de Derecho si el Derecho está sometido a los vaivenes de la política. Todo lo contrario, es toda política la que debe estar sometida al Derecho, incluso aquella que puede encubrirse como razón de Estado, y aun la razón de Estado misma.¹⁹⁶

Esto no significa que el papel del poder judicial es invadir el ámbito político, ya que su función es la de garantizar los derechos aplicando la legalidad, cuando las instituciones políticas han vulnerado el ordenamiento jurídico. Es difícil establecer los límites de funcionalidad del poder judicial cuando surge un conflicto político y éste es llevado a sede judicial. No se trata de que el poder judicial sustituya la labor política, mucho menos que establezca cuáles deben ser las pautas a seguir por los políticos o las instituciones políticas. El aporte del poder judicial a la moralización de la política consiste en dejar claro que el Derecho debe respetarse, sobre todo cuando ese Derecho es fruto de los procesos y procedimientos democráticos.

justicia. En la realidad, en situaciones no democráticas, los poderes tienden a quedar fuera del control de la justicia y por ende de la aplicación de la ley, por eso, un poder judicial democrático someterá a todos los poderes al Derecho, incluyendo a los poderes institucionales, económicos, sociales y políticos.

196. Eusebio Fernández García, Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1997.

3. Sometimiento del poder judicial a la constitución y a la ley. Debe comprenderse que el sometimiento de los poderes a la ley y a la constitución es una de las características del Estado de Derecho democrático. Esto significa que el poder judicial, sometido a la constitución y a la ley, se encuentra en la obligación de aplicar el Derecho, lo cual no es una actividad automática y silogística de normas y hechos, sino que implica interpretación e integración del Derecho. Para la aplicación del Derecho, los jueces deben utilizar las reglas de la hermenéutica jurídica y los mecanismos de aplicación desarrollados por la teoría jurídica. La aplicación de la ley debe ser una aplicación que responda a los principios, normas y valores constitucionales, es decir, que al interpretar el Derecho debe hacerlo conforme a la constitución. Para la profesora Cristina García Pascual, las constituciones en su carácter normativo permiten, por primera vez, en lo que respecta a la administración de justicia, distinguir los derechos de las leyes. Tal distinción tiene dos funciones principales: de un lado, una función de justicia, en la medida que la constitución fija con fuerza vinculante para todos los creadores de Derecho los mínimos derechos individuales y de justicia¹⁹⁷ que se deben respetar; por otro lado, cumple también una función de legitimidad del Derecho y del poder político¹⁹⁸.
4. Independencia, imparcialidad y responsabilidad judicial. Deben existir mecanismos institucionalizados que garanticen la imparcialidad del juez en el momento de fallar. La independencia, tanto interna como externa, es la garantía que permite que el juez sea imparcial. Se debe procurar hacer un replanteamiento serio respecto de aquellas organizaciones judiciales que responden a normas y esquemas de una visión burocrática-funcionarial y formalista del poder judicial. La organización de la estructura judicial debe ir encaminada a la mayor democratización de sus esquemas estructurales para evitar influencias jerárquicas indebidas. Esto no puede confundirse con el sistema vertical de recursos procesales, ya que éstos han de ser los únicos medios por los cuales se vinculen jerárquicamente los diferentes tribunales e instancias.

En este sentido el gobierno judicial y la administración del estatuto de los jueces deben estar bajo la responsabilidad de órganos autónomos que respondan a una visión institucional y democrática del Poder Judicial. Los consejos de la magistratura o de la judicatura

197. Entre los derechos de justicia se encuentran los denominados derechos sociales y los de solidaridad, para ello Gustavo Zagrebelsky en su obra "El Derecho Dúctil", nos presenta un análisis bastante detallado de la importancia que tienen estos derechos, así como su fundamento e historia.

198. Cristina García Pascual, Legitimidad Democrática y Poder Judicial. Op. cit. p. 289.

son buenos ejemplos de este tipo de organismos, que, independientemente del diseño constitucional que posean, su misión debe ser garantizar la independencia interna y externa del poder judicial.

Es necesario recalcar, como se apuntaba anteriormente, la revisión y reforma de los procedimientos para elegir a los miembros de los Consejos de Gobierno del Poder Judicial incluidos los nombramientos de los magistrados de las cortes o tribunales supremos de justicia. Los mecanismos actuales han creado un ambiente de politización que pone en peligro la capacidad moral y jurídica de los miembros de las cortes y los consejos. La forma en que son nombrados estos funcionarios afecta seriamente la independencia judicial y la aplicación del Derecho en todos sus niveles.

Es necesario evaluar la posibilidad que los jueces sean de extracción profesional, es decir, que tengan experiencia y moralidad comprobada. Es importante, sin duda, fomentar y añadir controles a la función jurisdiccional, regulando adecuadamente la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados. La regulación de los controles y el establecimiento de responsabilidades han de ser cuidadosamente diseñadas para no infringir y poner en peligro la independencia judicial. Se debe mantener una actitud crítica frente al poder judicial y dentro de él, con el objeto de lograr mejores espacios de democratización interna y externa para la discusión de los problemas de la justicia; para ello las asociaciones de jueces y magistrados pueden coadyuvar a esta tarea. Es claro que para la democratización del poder judicial, es necesaria la incorporación, a este proceso, de las organizaciones de jueces, magistrados y empleados, superando asimismo, las formas tradicionales de asociacionismo judicial.

5. El poder incómodo. La función de control, por parte del poder judicial, de los actos de los poderes de hecho (fácticos) y de los poderes oficiales (de los actos de la administración, de la constitucionalidad de las leyes y de todos aquellos actos regulados por la legalidad), cuando han transgredido las leyes y la Constitución, lo convierte en un poder incómodo. Efectivamente, una de las funciones principales del poder judicial para garantizar los derechos fundamentales¹⁹⁹ es, sin lugar a dudas, la limitación del ejercicio

199. El profesor Miguel Ángel García Herrera, al referirse a la defensa de los derechos fundamentales, afirma que ésta debe situarse, en primer lugar en una doble vertiente individual y política. La individual, en la esfera personal; y la política, en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales, traen consecuencias en la esfera pública. En segundo lugar, se hace necesaria la incorporación

de los poderes fácticos y oficiales, en aplicación de la ley y la constitución cuando éstos hayan atentado contra la seguridad y el orden jurídico establecidos. Por eso, es necesario un poder judicial fuerte que garantice los derechos fundamentales de los individuos frente a todo poder, lo cual es posible cuando cumple y hace cumplir la constitución y las leyes. Es en este punto, donde nace la concepción de su legitimidad: defensa de los derechos fundamentales a través de los principios, valores y procedimientos contenidos en el proceso y en el Derecho material, lo cual implica independencia y sometimiento de los poderes públicos y oficiales a la legalidad y a la constitución. Por otra parte, es necesario que en su función, el poder judicial no haga diferenciación en el momento de la aplicación del Derecho, pues éste debe garantizar el derecho a la igualdad entre las partes. Es decir, el Estado de Derecho exige al poder judicial, que frente a la desigualdad que caracteriza antropológica, social y económicamente a la individualidad humana, aplique la ley y la constitución, como garantía de que frente al Derecho todos somos iguales. Esto hace que el poder judicial se convierta en un poder incómodo para aquellos que buscan privilegios por su condición social, económica o personal.

6. Motivación y fundamentación de las sentencias. La motivación y la fundamentación de las sentencias son características de la actividad jurisdiccional del poder judicial democrático, las cuales nacen del sometimiento a la constitución y la ley. Esta característica es la que permite afirmar que la legitimidad del poder judicial se funda en una actividad racional, al desarrollar una labor de interpretación e integración del ordenamiento jurídico y del Derecho. Además, posee una legitimidad democrática, obviamente, no directa, pero sí de mandato y de reconocimiento constitucional y popular. Constitucional, porque de ella deviene el mandato, y por ende, ese mandato viene derivado del constituyente originario, el pueblo.

de los derechos sociales de los ciudadanos y sus repercusiones políticas. Se trata de mantener vigente la inspiración transformadora de la constitución y de preservar la tensión que el propio texto alienta entre realidad y proyecto, entre norma y su superación a la búsqueda de nuevos equilibrios. En tercer lugar, hay que reconocer el campo abierto por los nuevos derechos que responden a nuevas demandas sociales y que reciben un tratamiento normativo desigual. En cuarto lugar, la globalización del Derecho y la construcción de la ciudadanía universal. Miguel Ángel García Herrera, "*Poder judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional*", en *Corrupción y Estado de Derecho*, el papel de la jurisdicción, Perfecto Andrés Ibáñez editor, editorial Trotta 1996, pp. 59 - 84.

La motivación trae como consecuencia, en un Estado de Derecho democrático, seguridad jurídica, certeza, previsibilidad. Asimismo, permite tener un control democrático de la actuación judicial y el desarrollo de una mejor administración de justicia. La publicidad es un medio para que la motivación se conozca, concretando de esta manera, el anhelo liberal democrático de superación del Ancien Régime, cuando la justicia era oscura, secreta, arbitraria y despótica.

Para lograr que los jueces estén al nivel de las exigencias de la realidad actual, es imprescindible la existencia de mecanismos de evaluación y calificación de jueces. La motivación exige del juez unas dosis de racionalidad y razonabilidad, según sea el caso. Para lograr ese cometido, los jueces deben ser aptos y estar capacitados para llevar a cabo la tarea y la función de juzgar. En este sentido, la motivación es fundamental para la sociedad, ya que la función de juzgar, que se va desarrollando en todo el proceso hasta su materialización en el momento de la sentencia, debe traer como consecuencia seguridad jurídica y paz social²⁰⁰. El Estado de Derecho se traduce en resolución motivada, fundada y justificada; primero, como criterio básico para darle cuenta a la comunidad; segundo, como criterio para darle cuenta a las partes. En definitiva –en palabras de Ferrajoli– este principio de motivación es considerado “como el principal parámetro tanto de legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial”²⁰¹.

200. Ver al respecto a Manuel Atienza, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates Nº 31, 1993, pp. 249 - 252; Jerzy Wroblewski: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*; traducción de Arantxa Azurza, revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria, Civitas, Madrid, 1988, pp. 57 - 68; Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*, Op. cit. pp. 109 - 110.

201. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Op. cit. p. 623.

Bibliografía.

Abraham, Henry J., *The Judicial Process. An Introductory analysis of the Courts or the United States, England and France*, 6ª ed. Oxford, University Press, Nueva York y Londres, 1993.

Alberdi Alonso, Cristina, *El Poder Judicial como garante del Estado de Derecho. Mandatos constitucionales y política judicial*, en Sistema Español: poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial, Poder Judicial, CGPJ, número especial V, 1998.

Almagro Nosete, José; Gimeno Sendra, Vicente; Cortés Domínguez, Valentín Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal*, Tomo I (Vol. 1), Parte General, Proceso Civil (1), tirant lo blanch, Valencia, 1992.

Almagro Nosete, José, *Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución. Lecturas sobre la Constitución Española*. UNED. Madrid, 1978.

Althusser, Louis, *Montesquieu: la politique et l'histoire*, Presses Universitaires de France, 1959. Versión castellana, *Montesquieu: la política y la historia*, Ariel, Barcelona, 1974.

Alvarez Alvarez, Gregorio, *Una necesidad asociativa: política judicial en Jueces y Política*, XI Congreso de Jueces para la Democracia, Santander, Caja Cantabria, 1996.

Alvarez Gendin, Sabino, *La independencia del Poder Judicial. La especialización de los tribunales Contencioso - Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*, en Jueces para la Democracia, *Información y Debate*, nº 25, marzo de 1996.

Andrés Ibáñez, Perfecto (et. al), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

Andrés Ibáñez, Perfecto; Movilla Alvarez, Claudio, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Control Judicial del Poder Político*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertad, Universidad Carlos III de Madrid, nº 7, año IV, enero 1999.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Las definiciones del Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales*, en Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.

Aparicio, Miguel Ángel, *Organización Judicial y corporativismo del juez*, en Jornadas de estudio sobre el Poder Judicial, Editorial Nacional, Madrid, 1983.

Aragón Reyes, Manuel, *Libertades económicas y Estado social*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

Asamblea General de las Naciones Unidas, resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992.

Associació Catalana de Professionals per la cooperació; Jueces para la Democracia y la Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica*. Publicación de la Associació Catalana de Professionals per la cooperació; Jueces para la Democracia y la Comisión Europea, Publicaciones Iberia, San José, Costa Rica, 2002.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 31, Madrid, 1993.

Atienza, Manuel, *Para una razonable definición de Razonable*, en *Doxa*, n° 4, 1987.

Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *La piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

Auby, *Le principe de la publicité de la Justice et le Droit Public*, en <<Le principe de la publicité de la Justice>>, París, 1969.

Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, prólogo de Tomás-Ramón Fernández, Civitas, Madrid, 1987.

Bandrés, José Manuel, *Poder Judicial y Constitución*, Bosch, Barcelona, 1987.

Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffré, Milano, 1995.

Bayod y Serrat, Ramón, *Estado de Derecho y Poder Político*, Grefol S.A., Madrid, 1987.

Bendix, Reinhard, *National Building and Citizenship*, Wiley & Sons, Nueva York, 1964; traducción castellana, *Estado nacional y ciudadanía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974.

Betti, *Voz autotutela*, en *Enciclopedia del Diritto*, T. IV, Giuffré, Milano, 1959.

Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press. New Haven y Londres, 1986.

Blanco Valdes, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994.

Bobbio, Norberto; Mateucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco, *Sistema giudiziario, Dizionario di politica*, Milán, Utet, pp. 1945-1051. Traducción al castellano, *Diccionario de Política*, Siglo veintiuno editores, México, 1983.

Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, traducción de Juan Moreno, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.

Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, traducido por Rafael de Agapito Serrano, editorial Trotta, Madrid, 2000.

Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de Jurisprudencia (1959 -1983).

Burkhardt, Jacob, *La cultura del renacimiento en Italia*, traducción de Teresa Blanco, Fernando Bouza, Juan Barja, Akal, Madrid, 1992.

Cabo Martín, Carlos De, *sobre el concepto de ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

Cappella, Juan Ramón, *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976.

Cappelletti, Mauro, *Proceso, Ideologías, Sociedad*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Colección Ciencia del Proceso, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1974.

Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, traducción de Samuel Amaral, JUS, Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas, La Plata, Argentina, 1988.

Carrillo, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: (la aplicación jurisdiccional de la Ley 62-1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)*, BOE, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

Castan Tobeñas, José, *Poder Judicial e Independencia Judicial*, (Discurso pronunciado en la apertura de Tribunales el día 15 de septo. De 1951), Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1951.

Castro Morán, Mariano, *Función Política del Ejército Salvadoreño en el presente siglo*, UCA editores, San Salvador, El Salvador, 1989.

Clavero, Bartolomé, *Imperio de la ley, regla del Derecho y tónica de Constitución*, en *La vinculación del Juez a la Ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), Madrid, 1997.

Colajani, N., *Mani pulite? Giustizia e politica in Italia*, Mondadori, Milan, 1996.

Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las Sentencias: Aproximación a un modelo*, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, Madrid, 2001.

Comisión de la Verdad, *De la Locura a la Esperanza: La Guerra de Doce Años en El Salvador*, Informe de La Comisión de la Verdad para El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1993.

- Constitución de la República de El Salvador.** 1983-1991.
- Chomski, Noham A.,** *La Quinta Libertad: La Política Internacional y de Seguridad de Estados Unidos*, UCA Editores, San Salvador, El Salvador, 1987.
- Daga, Luigi,** *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Jovene, Nápoles, 1973.
- Dahl, Robert,** *La democracia y sus críticos*, traducido por Leandro Wolfson, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1992.
- Dahl, Robert,** *La poliarquía participación y oposición*, traducción de Julia Moreno San Martín, Técnos, Madrid, 1989.
- Denti, Vittorio,** *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971.
- De Muci, R.,** *Giudicie sistema politico*, Soveria Mannelli, Rubettino, 1995.
- Díaz Cabiale, José Antonio,** *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Editorial Comares, Granada, 1996.
- Díaz, Elías,** *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, Madrid, 1998.
- Diez-Picazo, Luis María,** *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991.
- Diez-Picazo Giménez, Luis María,** *SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: NOTAS DE DERECHO COMPARADO en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993.
- Duguit, León,** *Traité de droit constitutionnel*, 2ªed., tomo II, Instituto de Ciencias Jurídicas, París: Fontemoiney, 1921.
- Dworkin, Ronald,** *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.
- Espin, Eduardo; López Guerra, Luis; García Morillo, Joaquín,** *Derecho Constitucional*, volúmen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Ekmekdjian, Miguel Angel,** *Derecho a la información*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1966.
- Evans Hughes, Charles,** *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier,** *Iura novit curia y aplicación judicial. El voto particular*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- Fairén Guillén, Víctor,** *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990.
- Fauré, Christine,** *Las Declaraciones de los derechos del hombre de 1789.* Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Decretados por la Asamblea Nacional en las sesiones de los días 20, 21, 22, 23, 24 y 26 de agosto de 1789 y aceptados por el Rey el 5 de octubre. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Fernández-Ronderos Martín, M.A., *El derecho fundamental al juez imparcial. Su restricción en el proceso penal actual, <<La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal>>*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

Fernández García, Eusebio (Director), *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*, Editorial Dykinson, 1996.

Fernández García, Eusebio, *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Fernández García, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1991.

Fernández García, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1998.

Fernández García, Eusebio, *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.

Fernández García, Eusebio, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1997.

Fernández, Entralgo Jesús, *La función política de las asociaciones judiciales en Jueces y Política*, XI Congreso de Jueces para la Democracia, Santander 7, 8 y 9 de noviembre de 1996.

Ferrajoli, Luigi (et. al.), *El Estado constitucional de derecho hoy: El modelo y su divergencia de la realidad*, en *Corrupción y Estado de Derecho el papel de la jurisdicción*, Perfecto Andrés Ibáñez editor, editorial Trotta, Madrid, 1996.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

Ferrajoli, Luigi, *Jueces y Política*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertad, Universidad Carlos III de Madrid, nº 7, año IV, enero 1999.

Ferrarese, Maria Rosaria, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Edizioni Sicientifiche Italiane, Napoli, 1984.

Fix Zamudio, Héctor, *LA PROTECCION PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE LAS JURISDICCIONES NACIONALES*, Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, Civitas, Madrid, 1982.

Gabaldón López, José, *Sistema judicial español*, en poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial, en *Poder Judicial*, número especial V, CGPJ, Madrid, 1988.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I y II, Civitas, Madrid, 1993.

García de Enterría, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1995.

García Manzano, Pablo. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, en poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial, en Poder Judicial, número especial V, CGPJ, Madrid, 1988.

García Morillo, Joaquín. *Las garantías de los derechos fundamentales*, en Luis López Guerra, Eduardo Espin, Joaquín García Morillo, *Derecho Constitucional*, volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

García Pascual, Cristina. *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons El Magnànim. Institució Valenciana d'Estudis i Investigació, 1997.

Garretón, Manuel Antonio. *Hacia una nueva era política. Estudio sobre las democratizaciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Garrido Peña, Francisco. *Introducción a la ecología política*, editorial Comares, 1993.

Gascón Abellán, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

Gimeno Sendra, Vicente. *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, Ponencia General del 8º Congreso Internacional de Derecho Procesal, en Revista de Derecho Procesal, nº 2, dirigida a Iberoamérica, EDESA, 1987.

Gimeno Sendra, Vicente. *El control de los jueces por la sociedad*, Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, número 48, cuarto trimestre, 1997.

Gimeno Sendra, Vicente. *Fundamentos de Derecho Procesal, Jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981.

Goldschmidt, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso*, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, II/ 1950.

Guarnieri, Carlo; Pederzoli, Patrizia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Asua, Taurus, Grupo de Santillana Ediciones, Madrid, 1999.

Guarnieri, Carlo. *Magistratura e politica in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1992.

Gutiérrez de Cabeles E Hidalgo de Caviedes, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales Colectivos y Difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999.

Häberle, Peter. *Retos actuales del Estado Constitucional*, traducido por Xabier Arzos Santiesteban, Oñati, IVAP, 1996.

Hamilton, Alexander, *The Judges as Guardians of the Constitution*, en el ensayo número 78th. *Federalist*. El *Federalist*. México : Fondo de Cultura Económica, 1998.

Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, traducción José Antonio González Casanova, Ariel, Barcelona, 1980.

Hernández Martín, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

Igartua Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.

Igartua Salaverría, Juan, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999,

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de R.J. Vernengo, México, Porrúa, 1995.

Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, traducción al castellano de A. Lázaro Ros, Aguilar, Buenos Aires, 1960.

Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Traducción de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, 1996.

López Guerra, Luis; Espin, Eduardo; García Morillo, Joaquín. *Derecho Constitucional*, volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

López Guerra, Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

López Pina, Antonio. *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987.

Lucas, Javier de. *Secretos de Estado*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertad*, Universidad Carlos III de Madrid, nº 7, 1999.

Martín Castán, Francisco. *Control democrático y legitimación del Poder Judicial en El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad*, *Poder Judicial*, número especial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986.

Martínez Sospedra, Manuel. *El juez-funcionario y sus presupuestos: el nacimiento del juez ordinario reclutado por oposición (El art. 94 de la Constitución de 1869 y el sistema de la LOPJ de 1870)*, *Revista de las Cortes Generales*, nº 39, tercer trimestre, 1996.

Matteucci, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, presentación de Bartolomé Clavero, Editorial Trotta, Madrid, 1988.

Monreal, Antoni. *La división de poderes: el poder judicial*, Institut de Ciències Polítiques i Socials; Lleida: Universitat de Lleida, Barcelona, 1996 .

Montero Aroca, Juan. *El derecho a la información y la función jurisdiccional*, en <<Actualidad Administrativa>>, núm. 47, 1987.

Montero Aroca, Juan. *Independencia y responsabilidad del Juez*, Civitas, Madrid, 1990.

Montero Aroca, Juan. *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988.

Montero Aroca, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales: (el sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Introducción de Enrique Tierno Galván, Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000.

Moreno Catena, Víctor y Gutierrez-Alviz, Armario. *Artículo 120. Actuaciones judiciales*, en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. Alzaga Villaamil), tomo IX, Edersa, Madrid, 1998.

Moreno Catena, Víctor. *Algunas notas sobre la abstención del juez*, <<Justicia>>, III, 1988.

Moreno Catena, Víctor. *De la administración de justicia en Galicia*, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, (dir. José Luis Cano Fernández Valmayor), MAP, Madrid, 1991.

Moreno Catena, Víctor. *Problemas actuales de la justicia: homenaje al prof. Gutiérrez Alviz y Armario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

Movilla Alvarez, Claudio. *Responsabilidad del Juez*, en Sistema Judicial Español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial, en Poder Judicial, número especial V, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1988.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. *El Gobierno del Poder Judicial: Los Modelos y el caso Español*, Revista de las Cortes Generales, Nº 35, Madrid, 1995.

Nieto, Alejandro. *El arbitrio Judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

Oliva Santos, Andrés de la (con Fernández M.A.). *Derecho Procesal Civil*, T.1, Editorial, Madrid, 1994.

Oliva Santos, Andrés de la. *Acerca del Consejo General del Poder Judicial (I)*, Revista de Derecho Procesal, Dirigida a Iberoamérica, nº 2, EDERSA, 1994.

Oliva, Roberto. *Ponencia en Seminario sobre las Reformas Constitucionales del Organo Judicial, en Reformas Constitucionales del Organo Judicial*, publicación de la Dirección de Seminarios del Centro de Investigaciones Tecnológicas, CENITEC, San Salvador, El Salvador, 1992.

Otto, Ignacio de. *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.

Parejo Alfonso, Luciano. *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

Pattaro, Enrico. *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, LXV, Giuffrè, Milano, 1974.

Peces - Barba, Gregorio y Dorado Porras, Javier. *Derecho, Sociedad y Cultura en el siglo XVIII*. En (et. al.) *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II, V.1. *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

Peces - Barba, Gregorio; Fernández García, Eusebio; de Asís Roig, Rafael (directores), *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Peces - Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

Peces - Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales I. Teoría General*. Editorial Guadiana, Madrid, 1973.

Peces - Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1988.

Peces - Barba, Gregorio, *Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*. Separata del Tomo VI del ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO, 1989.

Pedraz Penalva, Ernesto (et. al.). *NOTAS SOBRE LA PUBLICIDAD Y PROCESO en ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL en honor de VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Pedraz Penalva, Ernesto. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, Madrid, 1990.

Pedraz Penalva, Ernesto. *Reflexiones sobre el 'poder judicial' y el Proyecto de ley orgánica*, Documentación jurídica, nº 42 - 44, 1985.

Peña Freire, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, editorial Trotta, Madrid, 1997.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Sexta Edición, Madrid, 1999.

Pérez Royo, Javier. *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.

Peris, Manuel. *Juez, Estado y Derechos Humanos*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976.

Picó I Junoy, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998.

Pizzorusso, Alessandro. *L'autogoverno del Potere Giudiziario in Italia*, en Documentación Jurídica, nº 45 -46, 1985.

Pizzorusso, Alessandro. *La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura*, en Jueces para la Democracia, *Información y Debate*, nº 24, noviembre de 1995.

Prieto, Sanchís Luis. *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Judicial System Reform and economic development in countries of the south, South-south conference on trade, finance and investment*, PNUD, San José, Costa Rica, 1997.

Rebuffa, Giorgio. *La magistratura tra professione e sistema político. A proposito di un recente libro*, Sociologia del Diritto, n. XII, 1985.

Requejo Pagés, Juan Luis. *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Rousseau, Jean Jacques. *Segundo discurso: sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombre" en Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, estudio preliminar, traducción y notas de A. Pintor Ramos, Tecnos, Madrid, 1987.

Rubio Llorente, Francisco. *La igualdad en la aplicación de la Ley*, en *La vinculación del Juez a la Ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1 (1997), Madrid, 1997.

Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia 1. El debate contemporáneo*, versión española de Santiago Sánchez González, Alianza, Madrid, 1988.

Schmitter, Philippe C. y Karl, Terry L. *Qué es y qué no es la democracia*, traducción de Fernando Reinares, Sistema 116, Revista de Ciencias Sociales, Madrid, septiembre 1993.

Sen, Amartya K. *Bienestar, Justicia y mercado*, traducción de Damián Salcedo, Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997.

Senese, Salvatore. *Il governo della magistratura in Italia oggi. Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Franco Angeli, Milán, 1985.

Shneider, Hans - Peter. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, REP, número 7, Madrid, 1979.

Simon, Dieter. *La independencia del juez*, traducción de Carlos Ximénez-Carrillo, Ariel, Barcelona, 1985.

Stevens, Robert. *The Independence of the Judiciary. The view from the Lord Chacellor's Office*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

Stein, Friederich. *El conocimiento privado del juez*, traducción de Andrés de la Oliva Santos, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

Taruffo, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: A. Giuffrè 2, 1997.

Taruffo, Michelle. *Raginone e processo ipotesi su una correlazione*, en *Scritti in onore de Elio Fazzalri*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993.

Terol Becerra, Manuel. *El Consejo General del Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Terre, François. *La crise de la loi: Archives du Philosophie du Droit*, Tomo XXV.

Toharia, José Juan. *El juez español: quince años después*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 3, Madrid, 1989.

Tullio Liebmann, Enrico. *Fondamento del principio dispositivo*, Rivista di diritto processuale, Padova: CEDAM, 1960.

Vergottini, Giuseppe. *Diritto Costituzionale comparato*, 4ª ed., Cedam, Padua, 1993.

Vila, Igleis. *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

Villalobos, Enrique. *El derecho a la información*, Editorial UNED, San José, Costa Rica, 1997.

Vives Antón, Tomás Salvador. *La responsabilidad del juez en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Documentación Jurídica*, Jornadas sobre el Poder Judicial, Tomo XII, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, número 45/46, enero - junio 1985.

Wroblewski, Jersy. *Motivation de la décision judiciaire*, en *La motivation des décisions de justice*, Emile Bruylant, Bruxelles, 1978.

Wroblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*; traducción de Arantxa Azurza, revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverría, Civitas, Madrid, 1988.

Xiol Ríos, Juan Antonio; González Rivas, Juan José y Rodríguez-Zapata, Jorge. *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado social y democrático de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1990.

Xiol Ríos, Juan Antonio. *El autogobierno del Poder Judicial: la situación en España*, en Documentación Jurídica, nº 45 - 46, 1985.

Zagrebel'sky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducido por Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

Zapatero, Virgilio. *El Club de los Nomófilos*, en Cuadernos de Derecho Público, número 3, enero-abril, 1998.



Este libro se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos UCA
en el mes de octubre de 2006
la edición consta de 600 ejemplares.

