

# CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN\*

LUIGI FERRAJOLI\*\*

## Resumen

Se formula una reflexión teórica sobre la naturaleza y sobre el futuro del entero sistema de garantías, frente a la expansión del ámbito de la jurisdicción equiparable al desarrollo del sistema de límites y deberes legales concedidos a los poderes públicos. A toda expansión de la legalidad debe corresponder una expansión de los espacios de la jurisdicción y, consecuentemente, un crecimiento del poder judicial que exige a su vez un reforzamiento de sus condiciones de legitimidad. Así, la expresión de la jurisdicción consecuente a la expansión de la legalidad determinada por el paradigma constitucional, permite repensar las fuentes de legitimación del poder judicial y de su separación de los otros poderes. Dicho proceso expansivo no se ha agotado y expresa una clara tendencia destinada a desarrollarse ulteriormente; crecimiento que pone en evidencia que el conjunto de las garantías y el rol de la jurisdicción son hoy en día insuficientes respecto a las funciones de protección de los derechos estipulados en las diversas cartas constitucionales estatales y supraestatales, lo que conlleva a la necesidad de repensar, también en el plano teórico, el rol de la jurisdicción.

**Palabras clave:** Separación de poderes - Estado constitucional de derecho - Legalidad y jurisdicción - Jurisdicción y Estado de derecho - Legitimación de la jurisdicción - Funciones de gobierno y funciones de garantía.

## Abstract

A theoretical reflection on the nature and future of the entire system of guarantees in the face of the expansion of the scope of the jurisdiction as compared to the development of the system of legal limits and obligations granted to the public power structures. For every expansion in legality an expansion in jurisdiction should follow and hence, a growth of judicial power which, at the same time, requires the reinforcement of its legitimacy. Thus, the expression of the jurisdiction in line with the expansion of the legality established by the constitution, allows us to rethink the sources for the legitimization of the judiciary and its separation from the other public powers. The referred expansion process is not exhausted and expresses a clear tendency towards its ulterior development; a growth that evidences that the guarantees and the role of the jurisdiction are presently insufficient in relation to the function for the protection of rights stipulated in the different statal and suprastatal constitutions, thereby entailing the need to rethink the role of the jurisdiction, in the theoretical plane as well.

---

\* Traducido del italiano al español por Yuri Alekandrov Tornero Cruzatt. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro fundador y ex Coordinador del Taller de Debate y Discusión "Renacere" (UNMSM); actualmente cursa estudios de Doctorado en Comparación Jurídica e Histórico Jurídica por la Università di Ferrara (Italia).

\*\*Professore ordinario di "Filosofia del Diritto" e di "Teoria generale del Diritto", della Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre. Abilitato alla libera docenza in "Filosofia del diritto".

**Key Words:** Separation of Powers – Constitutional Rule of Law – Legality and jurisdiction - Jurisdiction and Rule of Law – Legitimization of the jurisdiction – Functions of governance and of guarantees.

#### Sumario

1. Jurisdicción y Estado de Derecho. Del Estado Legislativo al Estado Constitucional de Derecho. 2. Cuatro fundamentos de legitimación de la jurisdicción. 3. Repensar la separación de poderes. Funciones de gobierno y funciones de garantía, primaria y secundaria. 4. El constitucionalismo de tercera generación y el futuro de la jurisdicción. 5. La jurisdicción como institución de garantía.

## 1. JURISDICCIÓN Y ESTADO DE DERECHO. DEL ESTADO LEGISLATIVO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Existe una correlación biunívoca entre Estado de Derecho y Jurisdicción: debido a que el Estado de Derecho consiste en la sujeción de los poderes públicos a la ley, el ámbito de la jurisdicción tiende a equipararse y a crecer con el desarrollo del sistema de límites y deberes legales impuestos a los poderes públicos.

En el Estado Legislativo de Derecho dieciochesco, estos límites y deberes eran mínimos. Primero, porque el rol del Estado era mínimo: defensor y garante del orden público interno mediante el derecho y la jurisdicción penal, y de la certeza del tráfico del derecho y la jurisdicción civil. En segundo lugar, porque por largo tiempo el Estado y otros entes públicos, incluida la Administración Pública, no fueron concebidos como sujetos virtualmente sometidos a la jurisdicción, ni fueron considerados justiciables los actos legislativos y administrativos. La jurisdicción era esencialmente civil y penal, ambas destinadas únicamente a los ciudadanos: la una relativa a la defensa de los derechos en las relaciones privadas y a la investigación y reparación de los ilícitos civiles, la otra, a la investigación y sanción de los ilícitos penales. Solo luego de mucha resistencia se desarrolló, en el siglo XIX, un contencioso administrativo entre instituciones públicas y ciudadanos.

Sin embargo, la ampliación del rol del derecho y la consecuente expansión de la jurisdicción surgieron, sobre todo, en la segunda posguerra del siglo pasado, simultánea y correlativamente al crecimiento de la complejidad institucional de las democracias actuales, generada por la afirmación del constitucionalismo rígido. Es con el cambio del viejo Estado Legislativo de Derecho al nuevo Estado Constitucional de Derecho, determinado

éste por la subordinación al derecho y, consecuentemente, al control de constitucionalidad, también del último rezago de gobierno de los hombres representado por la omnipotencia del legislador, que el paradigma del Estado de Derecho se ha realizado y completado plenamente. En efecto, podemos identificar dos postulados fundamentales del Estado de Derecho: *el principio de legalidad*, en razón del cual todo poder implica su sujeción al derecho y, en consecuencia, una expansión de la legalidad; y aquello que podemos denominar *principio de jurisdiccionalidad*, en virtud del cual, a toda expansión de la legalidad, cualquier acción realizada para la limitación y la sujeción de los poderes, tanto públicos como privados, debe corresponder una expansión de los espacios de la jurisdicción. Debido a que la jurisdicción interviene en presencia de las violaciones del derecho, su destino es expandirse, junto con las obligaciones y las prohibiciones impuestas al sistema de los poderes, el área de las posibles violaciones de estos derechos también podría ser afectada. Es cuanto ha ocurrido y está destinado a ocurrir aun más con la afirmación del paradigma constitucional, es decir, con la estipulación de los principios y derechos fundamentales en las Cartas Constitucionales, tanto a nivel nacional como a nivel supranacional, y con la consecuente articulación multinivel de los ordenamientos jurídicos.

La primera prolongación multinivel de los ordenamientos jurídicos ha sido determinada por el paradigma constitucional como sistema de límites y deberes impuestos por la legislación, como garantía de los derechos fundamentales estipulados en las constituciones rígidas de hoy en día. Se trató de una expansión y también un complemento no solamente del Estado de Derecho, sino también del positivismo jurídico. Contrariamente a la lectura “post-positivista” o “no-positivista” o abiertamente “iusnaturalista” del constitucionalismo ofrecida por gran parte de la filosofía jurídica actual<sup>1</sup>; en efecto, el paradigma constitucional puede configurarse como un positivismo reforzado, dado que, con este han sido estipulados como normas jurídicas positivas también las elecciones políticas a las cuales el legislador ordinario se ve obligado tenerlas en cuenta. En cualquier caso, cual fuese la lectura del constitucionalismo y de la constitución operante, se ha conseguido una importante expansión de la jurisdicción que se ha manifestado en la

---

<sup>1</sup> Es la concepción denominada “neoconstitucionalista” del constitucionalismo propuesto por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Gustavo Zagrebelsky, en base al fundamento de una renovada conexión entre derecho y moral que sería producida por la constitucionalización de los principios de justicia, como igualdad, la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales. Para una crítica de esta corriente reenvío a mi artículo *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, en “Giurisprudenza costituzionale”, 2010, n.3, pp.2771-2816, publicado en “Doxa”, n.34, junto a un amplio debate que ha seguido a mi réplica *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*.

introducción del control de constitucionalidad sobre las leyes inválidas, tanto de la jurisdicción constitucional, como de la jurisdicción ordinaria. Ha sido un cambio de paradigma de enorme dimensión, que ha ofrecido una solución, aunque contingente, al antiguo dilema y conflicto entre *ratio* y *voluntas*, entre ley de la razón y ley de la voluntad, entre derecho natural y derecho positivo, entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, entre Antígona y Creonte. En efecto, el constitucionalismo rígido es equivalente a la imposición al gobierno de los hombres, esto es al derecho positivo, de aquella ley de la razón, tanto históricamente determinada, que ha sido positivizada con la constitucionalización de los derechos fundamentales como límites y deberes de la voluntad de la mayoría.

La segunda prolongación multinivel de los ordenamientos jurídicos ha sido determinada por el desarrollo de una legalidad supraestatal, supra ordenada a la legalidad de los Estados Nacionales, la cual corresponde al desarrollo de jurisdicciones supra estatal, desde la Corte Internacional de Justicia hasta la Corte Penal Internacional, incluyendo la Corte Europea de Estrasburgo y de Luxemburgo. La soberanía, como *potestas legibus soluta*, disuelta como *soberanía interna* por la sujeción al derecho de los supremos poderes políticos, legislativos y de gobierno, y también, disminuida, en vía de principio, como *soberanía externa*, gracias a la progresiva sujeción al derecho supraestatal e internacional también de los Estados y de sus gobernantes. Es claro que este desarrollo de una legalidad supraestatal es de lejos insuficiente respecto a las promesas expresadas por tantas cartas internacionales de derechos; pero ya, hoy en día ésta configura, y sobretodo, prefigura, una expansión de la jurisdicción más allá del modelo clásico del Estado Legislativo de Derecho.

## 2. CUATRO FUNDAMENTOS DE LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

La expresión de la jurisdicción consecuente a la expansión de la legalidad determinada por el paradigma constitucional permite repensar las fuentes de legitimación del poder judicial y de su separación de los otros poderes. Enumeraré cuatro *fundamentos*<sup>2</sup> de legitimación de la jurisdicción y de su independencia: los primeros dos conexos a la estructura del Estado Legislativo de Derecho; y los otros dos generados o reforzados por la estructura del Estado Constitucional de Derecho.

El primer fundamento es la *sujeción del juez solamente a la ley*. Es a través de esta sujeción a la ley que la jurisdicción se obliga, en democracia, a la

<sup>2</sup> Los términos "fonte" y "fundamento", son usados como sinónimos por parte del autor. Se ha elegido usar el término "fundamento" (*Nota del traductor*).

voluntad política expresada por las representaciones parlamentarias. Se trata de una sujeción diferente de aquella a la cual son sometidas, en el Estado de Derecho, los otros poderes públicos, cuyo ejercicio exige solamente el *respeto* a las normas a estas supraordenadas, el ejercicio del poder judicial exige, más bien, la *aplicación sustancial* de las normas a las cuales está sometido; entonces, no es solo la simple observancia, vinculada solamente, a la prohibición de contradecirlas, como sucede en la legislación y en la administración, sino el deber impuesto por la tendencial correspondencia, o subsunción, de los hechos acontecidos a las fórmulas normativas presupuestas en la ley, vínculo impuesto a los contenidos de las decisiones judiciales<sup>3</sup>. Y, precisamente, en este deber reside el significado del adverbio “solamente”, asociado en los textos constitucionales a la “sujeción del juez a la ley”. Y, es en este “solamente” que reside el primer fundamento de la independencia de la jurisdicción. Entonces, es evidente que la sujeción a la ley, que consiste en su aplicación sustancial, será para los jueces cuanto más vinculante y cuanto más precisas, determinadas y taxativas sean las normas que éstos están llamados a aplicar. Por esto, el único modo para limitar la discrecionalidad judicial es que el legislador sepa hacer su labor, es decir, produzca normas de significado, cuanto más posible claro y unívoco. El principio de estricta legalidad, que es una meta-norma que impone al legislador el uso de un lenguaje cuanto más posible riguroso, se revela así como la principal condición de la primacía de la ley, y en consecuencia, de la política de la cual la ley se produce, y asimismo, de la independencia de la jurisdicción de cualquier otro poder.

Se consigue un segundo fundamento de la legitimidad de la jurisdicción y de su independencia: la aplicación jurisdiccional de la ley conduce a *la verdad procesal* de la certeza de los presupuestos de la decisión. Es este un segundo sentido distintivo de la “juris-dicción”. Diversamente de otro acto preceptivo (como la ley, los procedimientos administrativos y los negocios privados) la validez jurídica y la legitimidad política de las sentencias, depende de la verdad de sus motivaciones: una verdad relativa, aproximativa como se quiere, y más aún basada en pruebas, más allá de cualquier duda razonable, que solo puede provenir del respeto de las garantías epistémicas de verificabilidad y falsificabilidad en abstracto y de verificación y falsificación, en concreto, que son las garantías penales y procesales. Decimos que una sentencia es justa, más que válida, solo si consideramos plausiblemente verdadera, aunque

<sup>3</sup> Sobre las nociones de “aplicación”, “respeto”, “aplicación formal” y “aplicación sustancial” y sobre aquellas correlativas de “correspondencia”, “coherencia”, “conformidad” y “subsunción”, reenvío a *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. I. *Teoria del diritto*; II. *Teoria della democrazia*; III. *La sintassi del diritto* (de ahora en adelante *Pil, Pill y Pill*), Laterza, Roma-Bari 2007, vol.I, §§ 9.15-9.16, pp.556-566.

no absolutamente cierta, su motivación; mientras decimos que es injusta en caso contrario. Ciertamente, el juicio es siempre un saber-poder, pero este es mucho más legítimo cuanto mayor es el saber y cuanto menor es el poder: La dimensión del poder en todo caso no es siempre reconducible; y, más aún, éste solo puede ser reducido por las garantías, que por consiguiente, van identificadas y defendidas como técnicas idóneas a reducir cuanto más posible los márgenes del arbitrio potestativo, y a fundamentar las decisiones del juicio, en base a la verdad procesal y a valores de otro tipo. Es en esta naturaleza tendencialmente cognitiva de la jurisdicción en que reside el segundo fundamento de la independencia del poder judicial, en ausencia de la cual no se tiene jurisdicción sino cualquier otra cosa. En efecto, ningún consenso de la mayoría o de la opinión pública puede hacer verdadero aquello que es falso o falso aquello que es verdadero. Es este el sentido de la frase “*siempre habrá un juez en Berlín*”<sup>4</sup>: un juez debe ser capaz, gracias a su independencia, de absolver a todos o casi a todos –periódicos, fuerzas políticas, gobiernos, opinión pública– exigiendo condena y condenando cuando todos o la mayoría exigen solo la absolución. A pesar de la contradicción aparente, la sujeción del juez a la ley implica independencia y la separación de poderes de cualquier otro poder.

En consecuencia, hay una tercera fuente de legitimación del poder judicial y de su independencia del poder político, reforzado y extendido por el paradigma constitucional: la *garantía de los derechos* individuales y, en particular, de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquello que es garantizado por el juicio ya no es cualquier interés general, sino los intereses y los derechos de los individuos que son parte del proceso: los derechos fundamentales de libertad y de defensa del imputado contra los juicios y punitivos arbitrarios en el proceso penal; los derechos patrimoniales de las partes en el proceso civil; los derechos de los ciudadanos contra sus violaciones por obra de la Administración Pública en el juicio administrativo. En todos los casos el ejercicio del poder judicial interviene siempre en casos singulares, identificando el daño o la justa razón de las partes en causa –de aquí la conexión de este tercer fundamento con el segundo–, y por esto incidiendo en los derechos y en consecuencia en la libertad de la persona como particular

<sup>4</sup> “*CI SARA UN GIUDICE A BERLINO*” traducido como “siempre habrá un juez en Berlín”. Frase tomada de la dramaturgia alemana, ambientada en el siglo dieciocho, que trata acerca del caso de un molinero de Postdam que sentía la impotencia de ser atendido su reclamo de justicia a causa del sometimiento abusivo de un noble. Luego de haber buscado justicia en todos los tribunales de Prusia, el humilde molinero decide ir donde Federico II de Hohenzollern, denominado en la historia general Federico El Grande, y así, en Berlín el pobre hombre tuvo finalmente justicia: porque “el mejor juez es el rey”. Pueden encontrar un ejemplo del uso de esta frase en el título del siguiente artículo: COLLELLA, Angela. «C’è Un Giudice a Strasburgo». In: *Rivista italiana di Diritto e Procesale Penale*. 2009, p. 1801 (Nota del traductor).

*individuo*. Y, debido a que, los derechos de todo individuo están presentes, según una bella frase de Ronald Dworkin, virtualmente contra la mayoría y contra los poderes por ésta detentados<sup>5</sup>, incluso las funciones e instituciones consideradas a su garantía deben estar, virtualmente, contra la mayoría. No se puede condenar o absolver un ciudadano porque esto responde o no a los intereses o a la voluntad de la mayoría. En consecuencia, si se quiere estar en capacidad de garantizar los derechos de los individuos, la función judicial, en cuanto función de garantía, no puede ser expresión, ni depender del poder de la mayoría, sino debe estar sujeta solamente a la ley. Por esto no hay garantía jurisdiccional de los derechos sin independencia del juez y sin separación de los poderes. Bajo este aspecto, la separación de los poderes y la garantía de los derechos fundamentales, es decir, los dos elementos identificados por el art. 16 de la *Déclaration* de 1979 como esenciales en cualquier constitución, son entre sí lógicamente conexos: si reconocemos que los derechos fundamentales son derechos de todos y de cualquiera, virtualmente, contra los poderes de la mayoría, entonces también las funciones y las instituciones de garantía no pueden dejar de estar separadas e independientes de las funciones políticas y de los poderes de la mayoría que estas tienen el deber de limitar y obligar.

En fin, una cuarta fuente o fundamento de la legitimidad del poder judicial y de su singular independencia está constituido por la articulación multinivel, virtualmente determinado, que como se ha dicho caracteriza el paradigma constitucional frente a la *organización de la ilegalidad del poder*. Todas las expansiones de la jurisdicción tanto son seguidas como reunidas en un mismo sentido: acontecen gracias a la expansión del Estado de Derecho, es decir, la sujeción de los poderes públicos al derecho y al consecuente control de legalidad sobre su ejercicio mas allá de las clásicas funciones de la jurisdicción civil y penal destinada prevalentemente, no exclusivamente, a los ciudadanos comunes. La misma jurisdicción penal, reservada en su modelo clásico solamente a los culpables partícipes del daño y a otras personas o a bienes jurídicos de carácter público, hoy en día, se ha extendido de las más distintas formas, gracias a las garantías y al poder de independencia propio de los jueces y, de otra parte, al cambio de la fenomenología criminal, de las diversas formas de la criminalidad del poder, a menudo, entre éstas coincidentes y vinculadas: tanto, a los *poderes criminales* del crimen organizado, desde las mafias al narcotráfico y

<sup>5</sup> R.DWORKIN. *Taking Rights Seriously* (1977). Trad.it., *I diritti presi sul serio*. Boloña: Il Mulino, 1982, pp.274-278 e 318-323 Donde se ha defendido el carácter anti-mayoritario y anti-utilitarista de los derechos fundamentales, si por "utilidad" se entiende la utilidad general: "Un derecho en las consideraciones del Estado significa poder hacer algo aunque la mayoría piense que sería equivocado hacerlo o cuando la mayoría habría realizado un daño si esto fuese realizado" (ivi, p. 278).

terrorismo, como, a los delitos de los poderes públicos y privados, desde los delitos de corrupción, concusión y peculado, a las bancarrotas, al falso presupuesto y a las transgresiones al ambiente. En efecto, todas estas nuevas y diversas funciones consisten en diversas formas de organización del ejercicio ilegal del poder: las leyes inválidas producidas por el Legislativo, los ilícitos internacionales de los Estados o de sus funcionarios, o los crímenes cometidos por los titulares de los poderes públicos. De aquí el cuarto factor de legitimación de la independencia de los jueces, ciertamente el más evidente para el sentido común. Solo un poder judicial independiente de los poderes políticos está en capacidad de desarrollar una efectiva función de control y garantía contra las violaciones del derecho realizadas por los poderes públicos, sean estas mediante actos inválidos o con actos ilícitos.

### **3. REPENSAR LA SEPARACIÓN DE PODERES. FUNCIONES DE GOBIERNO Y FUNCIONES DE GARANTÍA, PRIMARIA Y SECUNDARIA**

Estas expansiones de la legalidad y de la jurisdicción requieren una reflexión teórica sobre la naturaleza y sobre el futuro del entero sistema de garantías. En primer lugar, este proceso expansivo no se ha agotado, al contrario, este expresa una tendencia destinada, como estamos seguros, a desarrollarse ulteriormente. En efecto, su expansión actual, el conjunto de las garantías y el rol de la jurisdicción son hoy en día, de lejos, insuficientes respecto a las funciones de protección de los derechos estipulados en las diversas cartas constitucionales y supranacionales. Lo son a nivel estatal y lo son sobre todo a nivel internacional, donde existe un vacío de derecho público y de garantías respecto, de una parte, a los nuevos derechos, y de otra parte, a los poderes salvajemente desarrollados en el mundo globalizado. Como lo he dicho antes, es parte del teorema de la teoría del Estado de Derecho el principio según el cual ante todo nuevo poder y ante toda expansión de los viejos poderes, debe corresponder una correlativa expansión de la legalidad en capacidad de controlar y de limitar su ejercicio, que a su vez implica una correlativa expansión del rol de la jurisdicción y una ulterior articulación de la separación de poderes. En efecto, las expansiones hasta ahora existentes son aún limitadas, incompletas e insuficientes respecto a las tantas premisas constitucionales formuladas en las diversas cartas de los derechos, nacionales y supranacionales, y a los poderes desregulados desarrollándose, a nivel estatal y supraestatal, tanto en la esfera pública como en la esfera económica. De aquí la necesidad de reflejar en el futuro del constitucionalismo y de repensar, en el plano teórico, el rol de la jurisdicción: no sólo de una magistratura juzgadora sino también de una magistratura más activa.



Los temas que trato de poner a reflexión son tres. En primer lugar: la clásica tripartición de los poderes diseñada, hace más de dos siglos y medio, por Montesquieu, ¿es suficiente para las finalidades requeridas por el paradigma constitucional, o más bien, debe ser repensada? En segundo lugar: las transformaciones del rol de la jurisdicción producidas por las expansiones hasta aquí enumeradas ¿son suficientes para satisfacer las premisas constitucionales formuladas con la estipulación de los tantos derechos formulados en las tantas cartas estatales y supraestatales, o requieren, más bien, una ulterior ampliación del rol de la jurisdicción, a nivel de los poderes desregulados desde los cuales los derechos son agredidos? En tercer lugar: ¿qué concepción del constitucionalismo, y qué límites y garantías son exigidas por esta expansión de la jurisdicción, a fin de que la separación de poderes garantizada por la independencia del poder judicial sea salvaguardada, indistintamente, tanto de una indebida invasión de la jurisdicción como del excesivo poder de los jueces?

Comencemos por la primera cuestión. El viejo modelo montesquiano de la tripartición refleja el paradigma del estado liberal y legislativo de derecho, esto es una fase de la historia de las instituciones ligada al Estado mínimo, garante a través de la ley de los derechos de libertad: una fase en la cual las funciones estatales se limitaban a nada menos que a la defensa militar externa, al mantenimiento del orden público interno, a una legislación coincidente tendencialmente con la codificación y a la administración de la justicia civil y penal. Hoy las funciones públicas son incomparablemente más numerosas y complejas. Tanto el desarrollo del Estado Social, como el paradigma constitucional, han producido una creciente ampliación de la esfera pública: no solo a través de la articulación multinivel de los sistemas jurídicos y la sujeción al derecho también del poder legislativo, sino además a través de la imposición a la esfera pública no solo de límites y prohibiciones de lesión correspondientes a los derechos de libertad, sino también de los deberes y obligaciones de prestaciones correspondientes a los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la instrucción y similares. Son estas las dos novedades del paradigma constitucional de hoy en día: de una parte la sujeción a constituciones rígidas de las funciones políticas, tanto legislativa como de gobierno; de otra parte, la constitucionalización, en conjunción, de los clásicos derechos de libertad, de los derechos sociales que exigen la transformación del Estado Social Burocrático del Novecientos en un Estado Social de Derecho.

De aquí la necesidad de repensar la separación de los poderes y los espacios de la jurisdicción. La separación de los poderes se funda en la diversidad

de sus fuentes de legitimación: la *representación política* como fuente de legitimidad de las funciones políticas de innovación normativa, sean estas legislativas o de gobierno, y el *principio de legalidad*, es decir, la aplicación de la ley ya producida por el ejercicio de las primeras –la jurisdicción como “dicción” o certeza de la verdad procesal– como fuentes de legitimación del poder judicial. Las dos novedades introducidas en los sistemas jurídicos –la rigidez constitucional y la constitucionalización de los derechos sociales– exigen, por consiguiente, a mi parecer, una actualización de la clásica separación y tripartición de los poderes –el legislativo, el ejecutivo y el judicial– elaborada hace más allá de dos siglos y medio antes, aún cuando todavía se buscaba afirmar la independencia y la primacía del poder legislativo frente al poder ejecutivo detentado este último por la monarquía, y la independencia de ambos del judicial. Hoy, en las actuales democracias, el poder legislativo y el poder ejecutivo están ambos legitimados por la representatividad popular y su relación, seguramente en las democracias parlamentarias, es quizás más de complementar que de diferenciar: el gobierno está vinculado a la confianza del Parlamento, está dotado de poderes de iniciativa y asimismo de producción legislativa y puede disolver las Cámaras. De otra parte, a la clásica función de garantía ejercitada por el poder judicial se han agregado, gracias al desarrollo del Estado Social, otras funciones de garantía –la educación, la sanidad, la seguridad social– que a causa de la triparticipación montesquiana, no pudiéndose ciertamente colocar en el legislativo y en el judicial, han venido siendo organizadas al interior de aquel grande contenedor que es la administración pública de las dependencias del poder ejecutivo.

Por esto, como he sostenido más de una vez, la separación que hoy debería ser perseguida es entre dos clases de funciones: las *funciones de gobierno*, que incluyen tanto el *poder legislativo* como el *poder ejecutivo*, legitimados ambos por la representación política y por esto, en las democracias parlamentarias, no separadas, sino más bien compartidas por los organismos que son los titulares; y las *funciones de garantía*, distinguidas en *funciones administrativas de garantía primaria* y *funciones judiciales de garantía secundaria*, legitimadas ambas por la aplicación de la ley como garantía de los derechos de las personas y que los parámetros solían separar y hacer independientes de las funciones de gobierno<sup>6</sup>. En efecto, si desagregamos aquel cúmulo de funciones heterogéneas denominado Administración Pública, es fácil distinguir aquellas *funciones administrativas de garantía primaria*, como la educación, la sanidad y

<sup>6</sup> Sobre esta distinción y separación renvío a mis trabajos *Pil*, §§ 12.5-12.8, pp.862-885 e *Pill*, §§ 14.10-14.12, pp.200-218.

la seguridad social, esto es consideradas a la directa tutela y satisfacción de derechos fundamentales de todos, incluso en contraste con la contingente voluntad de la mayoría. En cuanto a las funciones jurisdiccionales de *garantía secundaria*, la máxima “*siempre habrá un juez en berlín*” no podrá limitarse solamente a la clásica función civil y a la penal, sino comprenderá además la garantía de los derechos sociales; y no solo contra las violaciones de las leyes sino también contra las violaciones de la Constitución por obra de la ley misma; y no solo a nivel estatal, sino también a nivel supraestatal; y no solo en los conflictos de los poderes públicos, sino también en lo que refiere a los poderes económicos privados –los denominados “mercados”– cuya falta de límites, reglas y controles esta produciendo crisis económicas devastadoras que arriesgan convertirse en la crisis de nuestras democracias. Y no bastará un juez en Berlín, deberá ejercerse un Ministerio Público en Berlín, con capacidad de activar la tutela de los derechos fundamentales establecidos<sup>7</sup> en los diversos niveles del sistema jurídico, en las diversas jurisdicciones (tanto ordinaria como constitucional).

#### 4. EL CONSTITUCIONALISMO DE TERCERA GENERACIÓN Y EL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN

Preguntémosnos entonces, y voy así al segundo tema arriba formulado: ¿existe verdaderamente, a todos los niveles de nuestros ordenamientos y a garantía de todos los derechos fundamentales, un sistema adecuado de garantías? No trataré, por razones de espacio, de las garantías primarias y de las secundarias a nivel constitucional, ni del enorme problema de las garantías de la estabilidad económica contra los poderes salvajes del mercado y de la finanza. A este nivel hay un vacío de derecho público, y en particular de las garantías, en relación con los poderes que se han dislocado fuera de los confines de los Estados, eludiendo los límites y las limitaciones las legislaciones y jurisdicciones estatales. Se trata de una laguna que debe ser casi enteramente colmada con la construcción de una esfera pública supraestatal y con la introducción de funciones idóneas e instituciones de garantía, tanto primaria como secundaria, de los derechos fundamentales establecidos en las tantas cartas, pactos y convenciones internacionales.

En vez de comenzar por el ordenamiento italiano, trataré más bien otros ordenamientos estatales. A pesar que, en tales ordenamientos a causa de la expansión normativa del Estado de Derecho, producido por el paradigma

---

<sup>7</sup> Sobre el tema reenvío a mi artículo *Per un Pubblico Ministero come istituzione di garanzia*, en “*Questione giustizia*”, 2012.

constitucional, se ha evidenciado un adecuado desarrollo del respectivo sistema de garantías primarias y secundarias. Para responder a nuestra pregunta, conviene reflexionar sobre las innovaciones introducidas en la experiencia constitucional de algunos ordenamientos de América Latina, y en particular en la experiencia brasileña, gracias a aquello que bien podemos llamar constitucionalismo de tercera generación, a causa de los nuevos derechos estipulados, de la mayor rigidez constitucional y de las nuevas formas e instituciones de garantía.

La Corte brasileña ha instituido un procurador general titular de la acción de inconstitucionalidad para el *Tribunal Supremo Federal*<sup>8</sup>. Asimismo, en Brasil han sido introducidos los dos controles de constitucionalidad desarrollados por la tradición: tanto el control concentrado, mediante la anulación de las leyes inválidas, activado de oficio, aunque no solo por el Procurador General, sino también por los órganos políticos como el Presidente de la República, las dependencias de la presidencia de las cámaras y los gobernadores de los Estados; como el control difuso, mediante su desaplicación en el caso concreto por parte de los jueces ordinarios, según el modelo estadounidense. Así resulta enormemente reforzada la eficacia y la efectividad del sistema de las garantías constitucionales secundarias, de hecho quizás parcial en ordenamientos como el italiano, en el cual el control incidental solicitado por un juez en el curso de un proceso es limitado solo a las leyes, y no así a los actos legislativos que violan la constitución, y deja de hecho sobrevivir las mismas leyes inválidas hasta cuando el tema de la ilegitimidad no venga demostrado frente a la Corte Constitucional.

Asimismo, se han introducido en México y en muchos otros países de América Latina, instituciones de garantía de los derechos políticos. En vez de ser activadas por las mismas instituciones representativas, como sucede en Italia, con el consiguiente conflicto de intereses generado por la coincidencia de controles y controlados, todos los controles para la normalidad de los procedimientos electorales y para la correcta elección de los representantes son confiados a *instituciones electorales de garantías*, separadas e independientes

<sup>8</sup> El instituto recalca una vieja propuesta avanzada por Kelsen: "Un instituto del todo nuevo pero que requeriría la más seria consideración, sería el de un defensor de la Constitución para el Tribunal constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el proceso penal, debería introducir de oficio el procedimiento del control de constitucionalidad para los actos que considerase irregulares. El titular de una similar función debería tener, evidentemente, las más amplias posibles garantías de independencia, tanto en los conflictos con el gobierno como con el parlamento. Por esto, en lo que concierne a los recursos contra la ley, sería de una extrema importancia atribuir el derecho de proponerles también a una minoría cualificada del parlamento" (H. KELSEN. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*. (1928), § 19. En *Ibid. La giustizia costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1981, p.196).

de la jurisdicción<sup>9</sup>. Por ejemplo, en México una reforma del 1996 ha dado vida a dos instituciones electorales, una de garantía prevalentemente primaria y la otra de garantía secundaria: el *Instituto Federal Electoral* y el *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, involucrados con la vigilancia preventiva y el control en vía de contencioso de las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad, del respeto a las reglas de corrección en las campañas electorales y en los procesos de votación, del financiamiento público de los partidos y de la transparencia y sobre el respeto de los límites máximos de los financiamientos privados, de la igualdad de oportunidades ofrecidas a todas las fuerzas políticas en la esfera pública y en las competencias electorales, comenzando por el igual acceso a los espacios televisivos de la comunicación política, de la regularidad de los procedimientos electorales y de todas las controversias en materia de elecciones y sobre la observancia, en fin, de las normas que garantizan la democracia interna de los partidos. Acaso no ha sucedido que, luego de la introducción de estas instituciones, por primera vez, luego de más de setenta años, el partido de gobierno –el Partido Revolucionario Institucional– ha perdido las elecciones. Y ciertamente, donde similares instituciones hubiesen estado presentes en el ordenamiento italiano, la larga aventura berlusconiana acaso habría sido impedida o por lo menos contenida desde el comienzo<sup>10</sup>.

Una tercera innovación, quizás la más importante y original, ha sido la previsión en la constitución brasileña de deberes impuestos a los poderes públicos, esto es de cuotas mínimas destinadas a la garantía de los derechos sociales. En particular, el art. 212 establece que son destinados a la educación no menos del 18% del presupuesto de la Unión y no menos del 25% del 18% del presupuesto de los Municipios; y el art. 198, inc. 2 y 3, establece que cada año una ley complementaria establecerá las cuotas mínimas del presupuesto de la Unión, de los Estados y de los Municipios destinadas a la asistencia sanitaria, previendo que en ausencia de tal ley, se apliquen las cuotas establecidas el año precedente “aumentado como mínimo del 5% en cuanto refiere a la Unión, del 12% en cuanto refiere a los Estados y Distritos

<sup>9</sup> Para un análisis comparativo se puede revisar J. OROZCO HENRÍQUEZ. «El Contencioso electoral». En D. NOHLEN, S. PICADO e D. ZOVATTO (a cura di). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Ciudad de México: Ife, 1998, pp.708-807. En cuanto a Europa, se recuerda las competencias confiadas por los Arts. 58-60 de la Constitución francesa al Conseil Constitutionnell, en razón de la vigilancia a la regularidad de la elección del Presidente de la República, al examen de las demandas presentadas, a las decisiones, en caso de constestación, sobre la regularidad de las elecciones de los diputados y de los senadores y a la observancia de la regularidad de las operaciones del referendum.

<sup>10</sup> El artículo 10 de la ley electoral italiana n.361 del 30.3.1957, declarado inaplicable, declara inelegible “aquellos que en propio o en calidad de representantes legales de la sociedad o de la empresa privada resulten vinculados con el Estado...para concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica”, como son, ciertamente, las empresas televisoras .

Federales y del 15% en cuanto refiere a los Municipios”<sup>11</sup>. Es fácil de entender las innovaciones de similares normas. Gracias a estas, la laguna de leyes de actuación de los derechos sociales o de su inadecuación, per se incensurables, han sido cambiadas en antinomias, es decir, en violaciones de la constitución relevantes y reparables en sede jurisdiccional mediante iniciativas de los ministerios públicos a diversos niveles del ordenamiento federal.

En fin, la constitución brasileña diseña la figura del Ministerio Público como órgano complejo, dotado de competencias que van más allá de las tradicionales funciones de la acusación en el proceso penal y que lo convierte en una institución de garantía de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, auxiliar a la función jurisdiccional. Más allá del ejercicio de la acción penal, el art. 129 de la Constitución le atribuye una serie de funciones garantizadoras de iniciativas de carácter extra penal mediante los organismos jurisdiccionales, de las cuales las más importantes son “la promoción del respeto a los derechos de los ciudadanos por parte de los poderes públicos y servicios de relevancia pública, mediante adecuación de medidas de garantía” y “la iniciativa de la investigación civil y de la acción pública civil para la protección del patrimonio público y social, del ambiente y de los otros intereses difusos y colectivos” (como los derechos de los consumidores, de las minorías y similares).

Se entiende que esta extraordinaria expansión de las garantías –tanto primarias como secundarias, principalmente en materia de derechos sociales– proviene de similares innovaciones, de las cuales la cultura jurídica europea tendría mucho que aprender. En nuestros ordenamientos, la estructura garantista es aún aquella del viejo Estado liberal, falto de efectivas garantías secundarias de los derechos sociales constitucionalmente estipulados, como lo demuestran los recortes continuamente realizados a los presupuestos destinados a su sostenimiento. Medidas como los deberes de presupuestar y la intervención de la jurisdicción, activada de oficio por el Ministerio Público en caso de su violación por parte tanto de la legislación como de la Administración Pública, equivalen los unos a las garantías primarias y los otros a las garantías secundarias de todos los derechos fundamentales, comenzando por los derechos sociales.

---

<sup>11</sup> Por último, la laguna de la ley complementaria ha sido evitada por la recientísima ley n. 141 del 13 de enero del 2012, que en materia de sanidad ha confirmado el porcentaje del 12% para los Estados y del 15% para los Municipios y para la Unión, estableciendo que estos deben crecer, en el mínimo, con el crecimiento del PBI. Asimismo, el art. 34, VII, literal e) establece que la Unión no intervendrá en las políticas sociales de los estados ni de los distritos federales” sino para “asegurar la observancia” del principio de la “aplicación del mínimo requerido de entradas resultantes de impuestos estatales... para la conservación y el desarrollo de la enseñanza y para las prestaciones y los servicios sanitarios”. Sobre la importancia de los deberes de rendir cuentas, cfr. también *Pill*, § 13.19, p.98 e § 15.18, pp.402-403.

## 5. LA JURISDICCIÓN COMO INSTITUCIÓN DE GARANTÍA

La expansión de las funciones jurisdiccionales impuesta por el paradigma constitucional puesto en práctica con las radicales transformaciones en la experiencia brasileña, para mantener equilibrio entre poderes del Estado, conlleva al tercer orden de condiciones más adelante propuestas. Es evidente que todas estas nuevas funciones judiciales son funciones y no de *innovación*, como las funciones legislativas y de gobierno, sino más bien, de conservación y actuación en el orden existente, dado que intervienen y se justifican para sancionar o reparar violaciones de la ley o de la Constitución. Precisamente, son *funciones de garantía* de los derechos fundamentales, lógicamente exigidos por los límites y deberes impuestos por los derechos constitucionalmente estipulados a la esfera pública, los cuales tienen la necesidad de tener como respaldo garantías jurisdiccionales en capacidad de defenderse por sí mismas frente a sus violaciones. De aquí se deduce la independencia y la separación requerida por todos los poderes políticos del gobierno, como constitutivas de su misma naturaleza y como condiciones indispensables para el ejercicio de su rol. En efecto, se trata de nuevas funciones que señalan una tendencia expansiva de la jurisdicción, que también sería promocionable en los ordenamientos europeos, simultáneamente a la expansión, igualmente promocionable, de las garantías primarias; es decir, de límites y deberes, a la altura de los nuevos poderes que van manifestándose, principalmente, a nivel global. Se piensa solo en la necesidad y urgencia de un constitucionalismo de derecho privado y al mismo tiempo supranacional en capacidad de imponer límites y deberes a los actuales poderes salvajes del mercado y, asimismo, las correlativas garantías secundarias de tipo jurisdiccional.

Es del todo innegable que, debido a la expansión de la jurisdicción, debe darse un crecimiento del poder judicial que exige a su vez un reforzamiento de sus condiciones de legitimidad. Ciertamente, el rol de garantía en que consiste tal poder y su ejercicio, debe darse solo ante violaciones, excluyendo así toda justificación de tener miedo al denominado gobierno de los jueces y de los ministerios públicos. Como escribe Alexander Hamilton: “El judiciary [...] no puede influir ni sobre la espada ni sobre la riqueza” y por consiguiente, “sin parangón alguno, es el más débil de los tres poderes del estado”, dado que “no podrá jamás arremeter con éxito alguno contra uno de los otros dos poderes”<sup>12</sup>. En efecto, el juicio consiste en la aplicación sustancial de la ley. E interviene, puede intervenir, ya no en los espacios legitimados, sino solo en los espacios ilegítimos de la política. Y más aún en el momento mismo en el

<sup>12</sup> A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON. *The Federalist* [1788]. Tr. it. *Il Federalista*. Boloña: Il Mulino, 1997, p. 623.

cual el poder judicial se convierte en poder de control del válido ejercicio de los otros poderes también legítimos por la representación política. En consecuencia, se vuelve más esencial aún afirmar sus límites y deberes lo más rigurosamente posible como condición de su propia legitimidad. Enumeraré tres condiciones.

La primera de las condiciones consiste en el reforzamiento de las garantías jurisdiccionales. Se ha dicho que la jurisdicción es siempre un saber-poder; de aquí la necesidad de refundar la legalidad, comenzando por la legalidad penal, poniendo un freno a la inflación legislativa, que afecta al mismo tiempo la efectividad y las garantías penales y procesales. En esta perspectiva, he sostenido más de una vez, la necesidad de un reforzamiento de la reserva de ley a través de su transformación en una reserva de código: todas las normas penales y procesales, sobre la base de este principio, deberían ser incluidas en los códigos, donde se hacen más fácilmente cognoscibles, sea asegurada por lo menos la coherencia y la sistematicidad del conjunto y tenga así puesto un freno la deriva inflacionaria provocada por las leyes de emergencia o de excepción. Pero, sería igualmente necesaria una refundación de la legalidad constitucional, a través de una formulación más precisa de las normas constitucionales y en particular de los derechos fundamentales. En efecto, hay un solo modo, repito, para limitar el arbitrio judicial y para hacer efectiva la sujeción a la voluntad del legislador que el juez está llamado a aplicar: la estricta legalidad o taxatividad y, en consecuencia, la formulación cuanto menos posible unívoca y precisa de las normas.

La segunda de las condiciones refiere a la concesión misma del constitucionalismo. Justamente la expansión hasta aquí ilustrada del rol y del poder de los jueces hace, a mi propio parecer inaceptable la orientación, de la hoy largamente difundida en la literatura, del denominado “neoconstitucionalista”, que lee la mayor parte de las normas constitucionales, incluso los derechos fundamentales, ya no como reglas destinadas a la aplicación jurisdiccional ante sus violaciones, sino como principios objeto de ponderación o equilibrio, consistente en la enunciación de objetivos políticos y no en prescripciones o prohibiciones de comportamientos en estos subsumibles como *fattispecie*<sup>13</sup>. Ciertamente, tienen este sentido muchas normas constitucionales, incluso fundamentales, las cuales no se les ha configurado violaciones precisas, y

<sup>13</sup> R. DWORKIN. *I diritti presi sul serio* (1977). A cargo de G.Rebuffa. Bolonia: Il Mulino, 1982, pp.90-121; R. ALEX. *Teoría de los derechos fundamentales* (1985). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, cap.I; G. ZAGREBELSKY. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino, 2008, cap.VI, pp. 205-236.



por esto ni siquiera se precisa aplicaciones jurisdiccionales, como por ejemplo los artículos 1, 3, CPV y 47 de la constitución italiana, los cuales establecieron que “Italia es una República fundada en el trabajo”, “es deber de la República remover los obstáculos de tipo económico y social que... impiden el pleno desarrollo de la persona humana” y “la República promueve y protege el ahorro”. Aunque, es igualmente cierto, a mi parecer, que no lo son las normas sobre derechos fundamentales, de las cuales son configurables tanto la observancia como la inobservancia como cualquier otra regla<sup>14</sup>. En efecto, el tema no es puramente académico, la importancia práctica consiste en el hecho que la lectura, como principios o como reglas de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales, vale de hecho para coadyuvar, más allá de los ordinarios márgenes de opinión presentes en cierta actividad interpretativa, una propia discrecionalidad judicial. Se ha debilitado la normativa de la constitución, y consecuentemente, el primer fundamento de la legitimidad de la jurisdicción, es decir, su sujeción a la ley. El activismo judicial avalado por esta injustificada extensión de la noción de “principios”, arriesga así de resolver en una doble lesión del paradigma del Estado de Derecho: de una parte, el cuestionamiento de la jerarquía de las fuentes, dado que, la ponderación consiste en la elección de los principios constitucionales, de vez en cuando, considerados más “pesados” que otros y, de otra parte, la separación de los poderes a causa del indebido rol creativo del derecho de hecho asignado a la función judicial<sup>15</sup>.

La tercera de las condiciones, sobre el cual he insistido más de una vez, refiere a la deontología y a la responsabilidad de los jueces y ministerios públicos; se ha dicho que la independencia de éstos, es una condición necesaria para los múltiples roles de garantía de la jurisdicción. Pero también vale la tesis inversa: la independencia de los jueces y los ministerios públicos implica su rol efectivo de garantía de los derechos, como condición necesaria para su creíble defensa. Por esto, toda vez que un juez o un fiscal comenten un abuso o violan una ley, o condenan a un inocente, o asimismo violan los derechos de un ciudadano, esto amenaza la legitimidad de sus funciones y atenta contra el fundamento de su independencia. Ya que, de una parte, existe un nexo unívoco entre independencia y legitimación de las funciones de garantía, y de otra parte, al riguroso respeto de las garantías a cargo de su ejercicio. Cada juez y cada fiscal encuentran, en su larga carrera, millones de

<sup>14</sup> Sobre la noción de “regla (norma) deóntica” de un comportamiento (o de un acto) y sobre su equivalencia extensiva con su observancia o inobservancia, reenvío a *Pil*, cap.IV, § 4.7, p. 242 y cap.VIII, § 8.3, p. 424.

<sup>15</sup> Reenvío, para un desarrollo más analítico de estas tesis, a consideración de una concepción garantista del constitucionalismo, los escritos citados en la nota 1.

ciudadanos: como imputados, como partes ofendidas, como testigos, como demandantes o demandados. Naturalmente no recuerdan casi ninguna de estas personas; sino, más bien, alguna de estas personas, recordará aquel encuentro como una experiencia existencial inolvidable. Independientemente del hecho que haya habido mal o bien, recordará y juzgará a su juez, valorará la ponderación o la arrogancia, el respeto, o bien el desprecio por la persona, la capacidad de escuchar sus razones o bien la obtusidad de la burocracia, la imparcialidad o bien el pre-juicio, el sentido de humanidad o bien la inercia e insensibilidad. Recordará, principalmente, si aquel juez le ha dado miedo o le ha suscitado confianza. Solo en este segundo caso se advertirá y se defenderá la independencia como su garantía, es decir, como una garantía de sus derechos de ciudadano. Asimismo, podemos decir que, el juez advertirá aquella independencia como el privilegio de un poder odioso y terrible. Recordemos lo que escribe Tocqueville de los jueces del *ancien regime*: aquellos jueces eran independientes, porque eran propietarios de sus cargos; pero eran jueces feroces e injustos, y nadie defendía ni añoraba su independencia.