

Jurisdicción y Estado Constitucional en Luigi Ferrajoli

Por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
Magistrado del Tribunal Supremo

RESUMEN

A partir de la peripecia biográfica de Luigi Ferrajoli como jurista, se indaga sobre su modo de entender la jurisdicción en el estado constitucional. Una aproximación al tema nutrida de la rica experiencia del autor (magistrado durante ocho años e implicado en Magistratura Democrática durante más de cuarenta), y de su reflexión como teórico del derecho. El fruto es una concepción que combina la demanda de atribución a aquella instancia de todo el espacio que realmente le corresponde en un desarrollo coherente de ese modelo de estado, con la apuesta por un exigente tipo de juez, ética, jurídica y culturalmente a la altura de ese relevante papel.

Palabras clave: *Magistratura Democrática, Derechos fundamentales, Instituciones de garantía, Juez, Garantía jurisdiccional.*

ABSTRACT

From Luigi's Ferrajoli biography as a jurist, the article asks about his understanding of the jurisdiction in a Constitutional state. It is an approach to this issue nurtured for the rich experience of the author (judge for eight years and involved in Democratic Judiciary for over forty years), and about its reflection as legal theorist. The result is a design that combines the demand for that instance allocation to all the space (that really belongs) in a coherent development of the state model, with the ethical, legal and cultural commitment of the judge for that relevant paper.

Key words: *Democratic Judiciary, Fundamental Rights, guarantee institutions, judge, court Guarantee.*

SUMARIO: 1. «COCINERO ANTES QUE FRAILE».—2. UNA MIRADA INTERNA/EXTERNA.—3. INSTITUCIÓN DE GARANTÍA.—4. INDEPENDENCIA PARA.—5. UN MODELO EXIGENTE...—6. ...Y PRACTICABLE.—7. UNA GARANTÍA INSUFICIENTE CUANDO LA ILEGALIDAD ES UN DATO ESTRUCTURAL.

1. «COCINERO ANTES QUE FRAILE»

Tratándose de Luigi Ferrajoli y de su relación con los asuntos de la jurisdicción, puede muy bien decirse, en uso de la conocida expresión coloquial, que «ha sido cocinero antes que fraile». Ya que, en efecto, previamente a decantarse por la docencia universitaria y la investigación iusfilosófica, y aun sin desligarse del todo de los temas propios de esta que ya le ocupaban desde el final de la licenciatura, ejerció durante años como profesional de la administración de justicia, en calidad de pretore, en la ciudad toscana de Prato¹. Pero, apurando la metáfora y sin traicionar su sentido, cabe afirmar que, en su caso, el hecho colgar la toga no supuso nunca perder de vista o dar la espalda a las cuestiones, siempre de alta densidad problemática, tópicamente simbolizados por este indumento. Así, lo cierto es que persistió en ambas dedicaciones, de modo que, es posible decir, Ferrajoli, aun «siendo fraile», no ha dejado nunca de «practicar la cocina» con una cierta asiduidad y notable fortuna. De ello dan fe sus primeros espléndidos trabajos críticos sobre el modelo judicial here-

¹ Luigi Ferrajoli fue *pretore* en Prato desde 1967 a 1975. De lo que supuso para él la dedicación de esos años, ha dicho: «Creo que esa experiencia judicial fue decisiva en mi formación: porque me condujo, desde los cielos de la lógica y de la teoría, a poner los pies en la tierra, y porque me hizo experimentar los caracteres clasistas de nuestra justicia y la distancia, por ausencia o debilidad de las adecuadas garantías, entre el deber ser constitucional del derecho y su ser efectivo, todavía infectado por la vieja legislación fascista» (en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 15-16). Para algunas referencias a esta etapa de nuestro autor, cfr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Luigi Ferrajoli. Los derechos rigurosamente en serio», en *Nexos*, junio de 2008, pp. 39 ss.; ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, con prólogo de G. M. GALLEGU GARCÍA, Siglo del Hombre-EAFIT, Bogotá, 2011, pp. 135 ss.

dado² y sobre el papel del juez en la interpretación³; los muchos otros producidos a lo largo de los años, con frecuencia al hilo de la reflexión estimulada por Magistratura Democrática⁴; la excepcional teoría crítica de la jurisdicción contenida en *Derecho y razón*⁵; y la, ciertamente, rica e innovadora caracterización de la misma, como articulación esencial del estado constitucional, alumbrada ahora en *Principia iuris*⁶.

Lo apuntado hace patente que, en la materia que nos ocupa, el primer Luigi Ferrajoli fue ya autor de una obra de muy notable calidad y largo recorrido, hecha de la más rica reflexión teórica y también de experiencia, dos perspectivas que raramente coinciden. Una reflexión que enseguida ampliaría su objeto al campo del proceso penal como espacio de poder, en el marco del estado como aparato.

Derecho y razón ilustra muy bien sobre la calidad del desarrollo de semejante *iter*, que tuvo una primera interesantísima etapa en las voces redactadas por nuestro autor para el *Dizionario critico del diritto*⁷, reveladoras de la presencia inequívoca del ilustrado, que siguiendo en su proyección intelectual un itinerario con precursores tan preclaros como Beccaria, Filangieri y Pagano, siente la necesidad de hacer un primer *ajuste de cuentas* con el sistema penal. No en vano desasosegante lugar de encuentro del ciudadano de a pie con el poder estatal, producido de la forma más intensa y de mayor recurrencia estadística.

² Al respecto, pueden verse *Por una reforma democrática del ordenamiento judicial* (1973); *Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano* (1973); y con Salvatore SENESE y Vincenzo ACCATATIS, *Por una «Magistratura Democrática»*, ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Política y justicia en el estado capitalista*, Fontanella, Barcelona, 1978.

³ Me refiero a *Magistratura Democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, en P. BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, Roma-Bari, 1973, pp. 105 ss. (también incluido en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Política y justicia*, cit., pp. 197 ss.).

⁴ De entre los múltiples trabajos que cabría citar, subrayo: *Per una storia delle idee di Magistratura Democrática*, en Nello ROSSI (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1994, pp. 55 ss.; y «Giurisdizione e democrazia», en *Democrazia e diritto*, núm. 1/1997, pp. 285 ss.

⁵ Cfr., L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, R. CANTARERO, A. RUIZ MIGUEL, J. TERRADILLOS BASOCO, Trotta, Madrid, 10.ª edición, 2012, en particular los capítulos dedicados al problema, los límites y la decidibilidad de la verdad procesal (pp. 45 ss.) y el titulado «¿Cómo juzgar? Las garantías procesales», pp. 603 ss. Más recientemente, también en *Costituzionalismo e giurisdizione*, en «Questione giustizia», núm. 3/2012, pp. 7 ss.

⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho. II. Teoría de la democracia*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, Trotta, Madrid, 2011. Cfr., en particular, vol. I, pp. 816 ss., 824 ss. y 831 ss.; y vol. II, pp. 196 ss., 207 ss.

⁷ C. DONATI (ed.), *Dizionario critico del diritto*, Savelli editore, Milano, 1980. Me refiero a las voces: «Misure cautelari di polizia», «Misure di prevenzione», «Misure di pubblica sicurezza», «Pena (principi teorici)», «Pena (profili reali)», «Processo penale (profili teorici)», «Processo penale (profili reali)», «Reato (principi teorici)», «Reato profili reali», «Sanzione», «Sospetto (reati di)».

El responsable de la desoladora historia de errores y horrores⁸ que ha llegado hasta nosotros y que, en medida nada desdeñable, a pesar de esfuerzos tan granados como el de Ferrajoli, persiste en sus constantes. Tanto que, según he escrito en otra parte, no ha dejado de *dar trabajo* al autor del memorable «*libriccino*»⁹.

Si hubiera que caracterizar en pocas palabras la naturaleza del esfuerzo de Ferrajoli, en lo que aquí interesa, diría que se distingue, esencialmente, por un sólido y radical anclaje en los principios, de los que parte siempre con desarrollos de ejemplar coherencia, connotados regularmente por la audacia en el planteamiento. Esta última es una constante que ilustraré con dos ejemplos bien expresivos: tanto al tratar de la terrible institución que es la prisión provisional¹⁰, como cuando se ocupa del papel del juez como garante de los derechos frente a otras instancias de poder¹¹, asuntos-test en los que los autores acostumbra a derrochar altas dosis, más o menos explícitas, de *realpolitik*, las propuestas de Ferrajoli se mueven, en cambio, de manera exclusiva conforme a esa orientación de transparente y esencial principialismo constitucional. De este modo, el recurso a la formalización lógica, que en otro podría responder a una evasión en la *taxonomía*, a un prurito clasificatorio sin más, en él expresa y traduce una tensión de doble vertiente, esto es, de rigor conceptual y de *impegno* ético y cívico.

⁸ «Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores», ha escrito plásticamente Ferrajoli (en *Derecho y razón*, cit., p. 603).

⁹ Es la expresión hecha famosa por A. MANZONI para referirse al libro de Beccaria (en *Storia della colonna infame*, ed. de C. RICCARDI, prólogo de G. VIGORELLI, en *Edizione Nazionale ed Europea delle Opere di Alessandro Manzoni*, XII, Centro Nazionale Studi Manzoni, Milano, 2002, p. 55; hay trad. esp. de E. GALLEGU, *Historia de la columna infame*, con nota de L. SCIASCIA, Alianza, Madrid, 1987; también de E. DI FIORI, Bruguera, Barcelona, 1984). Me he referido a ella en Introducción a C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, prefacio de P. Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, Trotta, Madrid, 2011, pp. 10.

¹⁰ Según he escrito en otra parte («Presunción de inocencia y prisión sin condena», ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 262), «Luigi Ferrajoli es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación». En efecto, pues frente al punto de vista más general en la doctrina, que se pronuncia por la asunción del problemático instituto por razones pragmáticas, en el mejor de los casos, al precio de alguna mala conciencia, Ferrajoli es de una claridad diamantina: «no solo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales» (*Derecho y razón*, cit., p. 555).

¹¹ Para Ferrajoli, el judicial «se configura, respecto a los otros poderes del estado, como un *contra-poder*, en el doble sentido de que tiene encomendados el control de la legalidad, es decir, de validez de los actos legislativos tanto como el de los actos administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del estado» (*Derecho y razón*, cit., p. 580).

2. UNA MIRADA INTERNA/EXTERNA

Otro rasgo que debe destacarse en Ferrajoli es que su tratamiento de los problemas de la jurisdicción, a diferencia de lo que ocurre en las habituales aproximaciones en clave, por lo común, exclusivamente politológica, opera en una perspectiva dual externa/interna. Esto le permite dar cuenta, de una manera sumamente articulada, de la peculiar inserción del juez como titular de poder –que, siendo parte del estado, «no es propiamente un órgano del estado-aparato»¹²– en el marco de los otros poderes. Pero también, sin pérdida de esta relevante perspectiva, de la particular forma de integración del mismo en el propio contexto institucional; y, en fin, de su específico modo de operar con la legalidad por instrumento¹³, sujeto a un exigente deber ser¹⁴. De aquí también la eficacia del planteamiento, la productiva interlocución con los jueces que estimula, como consecuencia de que la interpelación les llega, no solo desde fuera, sino también del interior de su misma actividad de jurisdicentes y de parte de alguien que *conoce*, y, que, no solo plantea exigencias sino que brinda útiles *herramientas* de trabajo. Un modo de operar en el que se hace evidente otra productiva dualidad ya aludida, a saber la que consiste en la armónica y funcional combinación de práctica y teoría, aquí en su real unidad/distinción.

Con esta singular dimensión de las aportaciones de Ferrajoli tiene que ver su dilatada, generosa y persistente militancia en Magistratura Democrática¹⁵. La asociación de la izquierda de la judicatura italiana, nacida en 1964, a la que se debe una de las más ricas, si no la más rica reflexión en clave de cultura de la jurisdicción (en la que es patente la inspiración ferrajoliana); a la que, además, el grupo ha sabido atraer a lo mejor y más vivo del constitucionalismo italiano, a una fructífera interlocución de decenios.

Uno de los hitos más relevantes de esa ya larga historia, especialmente significativo por su carácter auroral, es el representado por la masiva y decisiva participación de Magistratura Democrática en el XII

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. al respecto, L. FERRAJOLI, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1966, pp. 290 ss.

¹⁴ Que en el estado constitucional es también *deber ser en el derecho*, que asimismo atañe al juez, al que se dirige imperativamente el específico encargo de verificar, antes de aplicarla, la constitucionalidad de la ley misma, esto es, su adecuación al deber ser constitucional (cfr. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 357 ss.; y *Principia iuris*, cit., I, pp. 13 ss. y 24 ss.).

¹⁵ Sobre Magistratura Democrática pueden verse: S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti. Magistratura Democrática nel quadro della Associazione Nazionale Magistrati*, Franco Angeli, Milano, 1987; también G. PALOMBARINI y G. VIGLIETTA, *La Costituzione e i diritti. Una storia italiana*, con prólogo de S. RODOTÀ, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

Congreso de la Associazione Nazionale Magistrati Italiani¹⁶, celebrado en Gardone los días 25-28 de septiembre de 1965¹⁷, cuya primera conclusión fue suscribir el compromiso de incorporar la Constitución como norma al circuito interpretativo¹⁸; situar el texto fundamental (bloqueado por la magistratura transfascista¹⁹) en el vértice de la kelseniana pirámide. Tal es, en rigor, lo único denotado por el sintagma «jurisprudencia alternativa»²⁰. Alternativa a la jurisprudencia conven-

¹⁶ De esa época vale la pena destacar la apreciación de L. Violante sobre la naturaleza del clima asociativo en la magistratura: «El debate entre las corrientes de la ANM no tuvo por objeto cuestiones de poder. Versó sobre la crítica de la neutralidad del derecho; la contestación de la cultura tradicional de la magistratura; la reconstrucción del papel de esta en el sistema de los poderes constitucionales; la adecuación a la Constitución de los códigos penales y las leyes de policía, procedentes del Veintenio fascista; el reconocimiento de los derechos sociales de los ciudadanos económicamente más débiles; la defensa y el reforzamiento de los valores constitucionales» (en *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, p. 42).

¹⁷ Generalmente se le conoce y evoca por el nombre de esta ciudad. Sobre él puede verse la ponencia central de S. SENESE, en *Atti del seminario su La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 46-48; también S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti*, cit., pp. 177 ss.; y G. PALOMBARINI y G. VIGLIETTA, *La Costituzione e i diritti*, cit., pp. 59 ss.

¹⁸ En Gardone se proclamaron como deberes del juez, los siguientes: «1. Aplicar directamente las normas de la Constitución al caso concreto controvertido, cuando ello sea técnicamente posible. 2. Remitir, incluso de oficio, a la Corte Constitucional, para su examen, las leyes que, en el momento interpretativo, no puedan ser reconducidas al dictado constitucional. 3. Interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que son los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal» (cit. por S. SENESE, en *Atti*, cit., p. 47).

¹⁹ Sobre la resistencia militante de la Corte de Casación italiana a aplicar la Constitución de 1948, puede verse ACHILLE BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962. En particular el capítulo III, dedicado a «I giudici e la Costituzione», con apartados de título tan expresivos como los siguientes: «La reluctancia de la Casación a la abrogación de las normas legales que contradicen la Constitución: la fatal distinción entre normas programáticas y preceptivas», «El desconocimiento de fundamentales derechos constitucionalmente garantizados en las sentencias de la magistratura», «El complejo intento de sustraer a la Corte Constitucional el control de legitimidad de las leyes fascistas: problema jurídico y aspectos políticos» (pp. 124 ss.). En general, sobre las dificultades de implantación de la nueva legalidad constitucional, cfr., del mismo autor, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, en Varios autores, *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, Bari, 1955, pp. 319 ss. También, en ese volumen, de P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, en especial los capítulos segundo y tercero, pp. 225 ss. De este último texto existen diversas ediciones, entre ellas, Giuffrè, Milano 2000; y se encuentra en curso de publicación por Tecnos, la edición española, a cargo de P. ANDRÉS IBÁÑEZ.

²⁰ Aunque la fórmula más difundida es la de «uso alternativo del derecho», con la que Pietro Barcellona tituló la obra citada en nota 3; muy demagógicamente utilizada entre nosotros por la derecha judicial y no judicial y también, en ocasiones, por socialistas en el gobierno. Obviamente, sin ningún argumento serio de sustento, pues lo abstractamente demonizado fue siempre la existencia de supuestos usos instrumentales subversivos de la legalidad, de inspiración izquierdista y poco menos que revolucionaria, francamente imposibles en contextos normativos y jurisdiccionales como el español actual. De ahí lo inespecífico de la denuncia, carente de la más mínima concreción. Curiosamente, han pasado y siguen pasando sin reproche los, estos sí, usos

cional, promovida por la Corte de Casación, claro exponente de la aludida férrea resistencia a la aplicación del nuevo texto fundamental²¹. Pues lo cierto es que, como han escrito Palombarini y Viglietta, «nadie en Magistratura Democrática teorizó o practicó el derecho libre [... que] era el que se expresaba en la jurisprudencia tradicional, que [esta sí] prescindía de la ley fundamental de la república»²². Al respecto, ha escrito, también expresivamente, Ferrajoli: «Magistratura Democrática no contestó nunca, ni siquiera cuando habló de “jurisprudencia alternativa”, la legalidad positiva. Contestó solo el monopolio ideológico de la legitimidad jurídica hasta entonces detentado por la jurisprudencia conservadora, reivindicando la superioridad de las normas constitucionales sobre cualquier otra fuente y vertiendo por vez primera la acusación de ilegitimidad sobre el derecho vigente y sobre las prácticas judiciales dominantes»²³.

La apuesta de Magistratura Democrática, que tuvo en Ferrajoli uno de sus más caracterizados exponentes es, precisamente esa: reconocer a la Constitución la plenitud de su papel normativo y a la jurisdicción todo lo que, dentro de la misma, es decir, en el modelo de estado que consagra, le corresponde²⁴. Como instancia de garantía *erga omnes* desde el derecho, sí, pero frente a la que —en tanto que, a su vez, expresión de poder— el ciudadano debe estar efectivamente garantizado. De hecho, el «*garantismo*» no tardará en ser el lema bajo el que se inscribe y con el que se identifica la actuación del grupo y su proyección jurídico-cultural. Pero me parece necesario subrayar que, en Ferrajoli, el actual significado de esa etiqueta no es el mismo que la acompañó en su entrada en la escena, en *los años de plomo*, porque a lo largo de un cuar-

retro-alternativos del derecho, verdaderas relecturas a la baja, cuando no derogatorias, de la Constitución e incluso de la ley ordinaria. Con ejemplos paradigmáticos en alta jurisprudencia de estos años, como la que se expresa, por ejemplo, en la rehabilitación probatoria del atestado policial o en la llamada «doctrina Parot», recientemente descalificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre esa actitud de un sector de la judicatura he discurrido en *¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del «uso alternativo del derecho»*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», núm. 55, marzo/2006, pp. 8 ss.; ahora en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, cit., pp. 279 ss.

²¹ En consonancia con la actitud sabotadora del mismo exhibida por el partido democristiano, que hasta la instauración, bien a su pesar, de la Corte Constitucional, pudo gobernar con las leyes liberticidas del fascismo.

²² G. PALOMBARINI y G. VIGLIETTA, *La Costituzione e i diritti*, cit., p. 104.

²³ *Per una storia delle idee*, cit., p. 66.

²⁴ Lo expresó muy bien Marco Ramat, durante muchos años secretario general de Magistratura Democrática: «Los magistrados “revolucionarios” son precisamente los que más a menudo remiten las leyes a la Corte Constitucional y tratan de aplicarlas según el espíritu y los valores de la Constitución. [...] En Italia se necesita poco para ser revolucionarios. Basta criticar el orden jurídico *vigente en contradicción con la Constitución*. En este sentido somos revolucionarios, como lo es la Constitución» (en *Un fosso di quattrocento anni*, «Il Ponte», núm. 1, 1971; ahora en M. RAMAT (ed.), *Storia di un magistrato. Materiali per una storia di Magistratura Democrática*, Manifestolibri, Roma, 1986, pp. 117 ss., la cita corresponde a p. 122).

to de siglo, la adoptada, un tanto intuitivamente, como una especie de consigna movilizadora para la acción, ha pasado a dar nombre, en su obra, a toda una construcción teórica. En efecto, pues el término fue acogido, sobre todo, para denotar y promover el activo rechazo de la legislación de emergencia y de la atribución por esta a la magistratura de una extraordinaria discrecionalidad en el uso del proceso penal y, en particular, de la prisión provisional, frente al terrorismo²⁵; mas lo cierto es que hoy evoca toda una teoría democrática del derecho y de la jurisdicción, que trasciende los límites del sistema penal, y tiene ya un desarrollo bien articulado en la última parte de *Derecho y razón*. Aquí el autor distingue tres proyecciones del concepto, que, en un primer significado «designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad”, propio del *estado de derecho*». En la segunda acepción remite a «una *teoría jurídica* de la “validez” y de la “efectividad”, como categorías distintas no solo entre sí sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas». Y en la tercera denota «una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos»²⁶.

3. INSTITUCIÓN DE GARANTÍA

Si hubiera que resumir el sentido de la implicación de Ferrajoli en el tratamiento de la jurisdicción, sobre el que ha vertido una parte relevante de su reflexión, yo hablaría del tránsito de una primera actitud *deconstructiva* y crítica del (anti)modelo heredado de estirpe napoleónica, a otra de *construcción* del modelo del poder judicial en el estado constitucional de derecho, como parte de esa teoría, ya global, del garantismo, que no es sino la elaboración teórica de tal modelo de estado. En efecto pues, en los primeros trabajos en la materia, nuestro autor, partiendo de una valoración incuestionablemente positiva del paso dado por el texto fundamental de 1948 –que «configuró el judicial como un poder constitucional, independiente y desvinculado de los demás poderes, en particular de la tradicional sumisión al ejecutivo; confirió a los magistrados una autonomía y una dignidad que no habían tenido nunca; estableció numerosas garantías para el ejercicio de la actividad judicial»²⁷–, denunciaba con un rigor analítico y una

²⁵ «La expresión “garantismo”, en el sentido estricto de “garantismo penal” nació en la cultura jurídica italiana de los años setenta y ochenta como reacción teórica a la legislación y la jurisdicción de excepción que desde entonces han reducido de distintos modos el ya débil sistema de garantías del debido proceso» (*Principia iuris*, cit., I, p. 187).

²⁶ *Derecho y razón*, cit., pp. 851-853.

²⁷ *Posición institucional*, cit., p. 87.

penetración inusuales el marcado *décalage* existente entre esa avanzada línea de principios, y el *statu quo* orgánico de la judicatura italiana del momento, en aspectos significativos²⁸. Luego, en especial en *Derecho y razón*, se abrirá paso de manera sistemática la *pars construens*, también merced a un ejercicio teórico de una calidad sin precedentes en el abordaje del asunto, al que luego me referiré.

El planteamiento-marco es impecable, y diría que difícil de objetar (como no sea desde posiciones de la estricta, confesada o, más bien, no, *realpolitik* aludida). Dicho brevemente: el carácter de norma positiva que corresponde a la Constitución, determina su posición de vértice en el ordenamiento, presidido ahora por esa su «dimensión sustancial» que integran los derechos fundamentales. De aquí se sigue la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el ejecutivo en el ejercicio de la política, que deberá también darse, no al margen, como tantas veces ocurre, sino en la rigurosa observancia de aquellos: pues ¿si no para qué? ¿Si no para quién? En ese contexto, el papel del poder judicial como jurisdicción viene impuesto por la necesidad de dotar a los derechos fundamentales, y, en general, al derecho, de una institución de garantía de su efectividad. Esta garantía, por la misma naturaleza del objeto, solo puede prestarse a partir de una posición de independencia respecto de los sujetos cuyo poder podría experimentar las extralimitaciones que se trata de conjurar o reprimir. Porque, en efecto, resulta –también por (las peores) razones de experiencia– inconcebible la sola idea de exclusiva sujeción del juez a la ley, de no concurrir la colocación institucional y el estatuto profesional adecuados que son sus condiciones de posibilidad.

Para referirse al universo de expectativas y de bienes e intereses cuya primera garantía resulta de la configuración constitucional de algunos derechos como fundamentales, Luigi Ferrajoli ha acuñado la categoría de «esfera de lo indecidible». Esta puede recordar a la del «territorio inviolable», de Norberto Bobbio o a la del «coto vedado» de Ernesto Garzón Valdés, porque las tres remiten a la idea de limitación de los poderes públicos. Aunque lo cierto es que la construcción de Ferrajoli ofrece algunas diferencias. Porque no es solo una categoría política, sino también jurídica, como propia de la teoría del derecho. Y porque demarca un terreno blindado, mediante prohibiciones, frente a ciertas intervenciones invasivas, también de los poderes privados; y un ámbito de deberes positivos, que se concretan en vínculos impuestos al legislador.

Netamente distinta de esa «esfera de lo indecidible» es –en Ferrajoli– la «esfera de lo decidible», que es la discrecional, de la política, la propia de las «instituciones de gobierno», frente a la primera que lo es de las «de garantía». Tal distinción de planos, vista con este prisma, lleva al autor a un repensamiento del clásico

²⁸ En el trabajo citado en la nota anterior, y en *Por una reforma democrática*, cit., *passim*.

esquema de Montesquieu, que, en realidad, es un replanteamiento de la esfera pública en su totalidad. En particular, del modo de entender la separación de poderes, para dar cuenta de la complejidad del orden institucional del vigente Estado constitucional en lo relativo a los mecanismos de garantía de todos los órdenes de derechos fundamentales. Algo que no sucedía con la versión histórica del concepto, tributaria de un modelo de Estado mucho más simple, sin apenas otras funciones que las policiales, de orden público y las militares, de defensa.

La concepción de Montesquieu tenía y tiene un indiscutible valor positivo: asegurar la primacía del parlamento y garantizar la independencia judicial. Pero –vista desde hoy– también un aspecto negativo, pues todo lo relativo a la dimensión prestacional del Estado social (por no ser materia legislativa ni judicial) queda en manos de la administración pública, como mera gestión. Sin considerar, escribe Luigi Ferrajoli, que una parte esencial de esas competencias (como las relacionadas con la sanidad, la previsión social y la educación), aun siendo administrativas, tienen que configurarse como funciones de garantía de los correspondientes derechos fundamentales. Porque su ejercicio, al igual que sucede con el de la jurisdicción, consiste en verificar con tendencial objetividad, con imparcialidad, por tanto, la existencia de ciertos datos fácticos, legalmente previstos como presupuesto de aplicación de una norma²⁹.

Partiendo de la indicada diversidad de esferas «de lo no decidible» y «de lo decidible», Ferrajoli propone un nuevo diseño del marco de los poderes públicos, conforme a un criterio que es el de la consiguiente diversidad de las fuentes de legitimación de los respectivos cometidos; que lleva a que, a su entender, la separación hoy tenga que ser de las ya aludidas funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía, comprendidas las de carácter administrativo, que comparten con la jurisdicción la indicada afinidad de naturaleza.

Las funciones de garantía están fuertemente vinculadas a la ley y a la tutela de los derechos fundamentales. Tanto que, específicamente, la garantía judicial –en la línea de un planteamiento que es el de Kelsen³⁰, seguido por Häberle³¹, y que Ferrajoli³² ha cuestionado

²⁹ Cfr. *Principia iuris*, cit., I, pp. 822 ss.

³⁰ Para KELSEN, precisamente, el «concepto de derecho subjetivo es un mero reflejo de una obligación jurídica» (*Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. VERNENGO, UNAM, México, 1979, p. 141).

³¹ Cfr. *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, pp. 203-204: «La afirmación de la tutela de un derecho fundamental pertenece a su “esencia”». «El aspecto procesal de los derechos fundamentales hace efectivos sus componentes esenciales “de una forma básica”, no como una mera garantía conexas o complementaria [...] el contenido esencial de un derecho fundamental contiene su *status activus processualis*».

³² Según Ferrajoli, en los sistemas nomodinámicos cada norma debe ser concretamente producida, de tal manera que la proclamación constitucional o legal del derecho lo constituye normativamente como tal, le dota de existencia, le crea como derecho; mas *solo* como derecho, si es que no se produce mediante otro acto norma-

con implacable rigor y con eficacia– ha sido considerada parte integrante del mismo núcleo esencial de aquellos. Las funciones de garantía se distinguen también por ser «antimayoritarias», en el sentido de que han sido instituidas para asegurar los derechos fundamentales de todos, mediante la aplicación sustancial de las normas, una vez constatada la concurrencia efectiva de los presupuestos, conforme a un criterio de veracidad y sin atender a ninguna otra consideración, de oportunidad, por ejemplo. Esto las hace también democráticas, si bien de un modo distinto del convencional en sentido político, pues lo son por referirse «al pueblo entero, no ya como representación de su mayoría, sino como conjunto de todas las personas que lo componen»³³.

La judicial es la función de garantía de derechos por antonomasia, en cuanto su cometido institucional se concreta en la identificación de supuestos de hecho legalmente previstos, para la aplicación sustancial a los mismos de normas sustantivas. De aquí la sujeción *solo* a la ley. Como poder, sí, pero *poder de garantía*, que debe estar, a su vez, *rigurosamente garantizado* –ser limpiamente e intensamente legal– en su ejercicio, que, de otro modo, podría experimentar desviaciones prevaricadoras. De aquí el específico régimen constitucional de garantías del poder judicial, y la disciplina asimismo constitucional del proceso: del penal en particular, por la calidad y sensibilidad de los valores en juego. Y *en riesgo*. A lo que se debe que el principio de legalidad, el genérico imperativo de sometimiento al imperio de la ley, lo sea aquí de taxatividad o «estricta legalidad»³⁴; con coherente prolongación en el de «estricta jurisdiccionalidad»³⁵. Lo que implica una fuerte exigencia de rigor técnico en la formulación de las previsiones legales y otra no menos constrictiva en el uso judicial de la semántica del lenguaje legal, a fin de asegurar la precisión en las denotaciones fácticas, y de evitar el siempre posible desbordamiento en sede judicial de los límites marcados por el lenguaje del legislador.

tivo el establecimiento del correspondiente mecanismo de garantía. Pero la decisión al respecto no queda librada al arbitrio del legislador, pues la de dotar de efectividad a los derechos proclamados como fundamentales, es para él una obligación constitucional, cuyo incumplimiento –*que ya no compromete la existencia del derecho fundamental*– se traducirá en una laguna. (Cfr. *Derechos y garantías La ley del más débil*, pp. 44 y 59 ss.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, pp. 45 ss.; *Principia iuris*, I, p.190 y *passim*).

³³ *Ibidem*, p. 829.

³⁴ Cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 120 ss. y 375 ss.; y *Principia iuris*, cit., I, pp. 411 ss.

³⁵ Cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 124-126;

4. INDEPENDENCIA PARA

El principio de legalidad, y consecuentemente el de jurisdiccionalidad, que es su implicación³⁶, tienen su institucional piedra angular en el de independencia. Al discurrir sobre él Ferrajoli subraya dos aspectos centrales, dejados de lado con frecuencia en el tratamiento convencional y más bien político de la materia. El primero es su estrecha funcionalidad al principio de imparcialidad³⁷. Para evitar que el juez se inscriba e incida como una suerte de *parte política* en las relaciones en que interviene³⁸; y hacer que pueda operar en ellas como el hobbesiano «tercero»³⁹, como el beccariano «investigador indiferente de la verdad»⁴⁰. Algo demandado por su condición de sujeto de ese peculiar poder de cognición, que es el de enjuiciar, que por ello debe estar sustentado por una dimensión de saber⁴¹, de la que depende, con la calidad del resultado, su legitimidad. Es lo que hace que el proceso, y muy en particular el penal, sea, antes que otra cosa, instrumento o curso de adquisición de conocimiento; en cada caso, del buen conocimiento necesario de las situaciones de hecho sobre las que será preciso decidir conforme a derecho. Con esto aludo a una dimensión, la epistémica, del proceso que, no obstante su esencialidad radical, ha pasado desapercibida o permanecido en un segundo plano⁴², en la

³⁶ Lo expresa muy bien Ferrajoli: «Gracias al paradigma constitucional el principio de legalidad asume una nueva complejidad. Conforme a él, dondequiera que haya un poder, sea público o privado, normativo o ejecutivo, estatal, extra o supraestatal, deben existir normas primarias, no solo formales sino también sustanciales, que regulen su ejercicio». Mientras «el principio de jurisdiccionalidad [...] impone que dondequiera que existan normas y garantías primarias, frente a sus posibles violaciones, deben existir también normas secundarias que prevean la intervención de *garantías secundarias* o jurisdiccionales. [...] En efecto, pues sin el control de jurisdiccionalidad sobre el derecho ilegítimo, el mismo principio de legalidad resultaría de hecho reducido a la ineficacia». (En *El constitucionalismo garantista*, en preparación para Editorial Trotta, aunque el mismo planteamiento puede verse ya en *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* y en *El constitucionalismo garantista. Entre páleo positivismo y neoiusnaturalismo*, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho», núm. 34/2011, pp. 13 ss y 311 ss.).

³⁷ *Ibidem*, pp. 578 ss.

³⁸ «Para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que este no tenga en la causa ni siquiera un interés *público* o *institucional*. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio» (*Derecho y razón*, cit., p. 582). Por eso, la imagen del juez *en lucha*, recurso retórico de cierta recurrencia en el discurso de (y sobre) algunos jueces estrella, es un verdadero oxímoron.

³⁹ Cfr. T. HOBBS, *Tratado sobre el ciudadano*, ed. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, p. 38.

⁴⁰ C. BECCARIA, *De los delitos*, cit., p. 175.

⁴¹ «El juicio penal –como por lo demás toda actividad judicial– es un “saber-poder”, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*)» (*Derecho y razón*, cit., pp. 45-47).

⁴² He tratado del asunto con cierto pormenor en *La «cara oculta» de las garantías procesales*, trabajo en curso de publicación en el Libro-homenaje al profesor Gomez Canotilho, de la Universidad de Coimbra.

práctica y la cultura de los propios jueces, masivamente imbuidos de la nada inocente concepción «autocrática»⁴³ de la libre convicción, conforme a la cual el juez decidiría intuitivamente, como *por iluminación*, en la fijación de la *quaestio facti*. Esto es, no solo sin sujeción a reglas legales, que, en efecto, ya es bien sabido, no existen en la materia, sino sin sujeción a las de cualquier otro género⁴⁴. Cuando sucede que, como ha advertido también Ferrajoli con agudeza: «la fórmula de la “libre convicción”, que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo [de la inexistencia de reglas jurídicas de valoración probatoria] que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales»⁴⁵.

El segundo aspecto del principio de independencia que hay que subrayar, se expresa en la observación de nuestro autor de que «la independencia es un hecho cultural más que institucional»⁴⁶. Un rasgo del principio muy bien captado por Borrè en esta fundamental vertiente, cuando escribió que el mismo reclama «más aún que la fidelidad a la ley [...] la desobediencia a lo que no es la ley. Desobediencia al pasoliniano “palacio”, desobediencia a los potentados económicos»⁴⁷. Y es que, a mi juicio, si resulta verdaderamente importante organizar la sujeción del juez a la ley, dotándole de un estatuto idóneo a tal efecto; no menos necesario es *organizar*, en este caso *culturalmente*, la desobediencia a todo lo que no es aquella. Algo bastante más difícil y que explica que, cuando, como ocurre, en general, en nuestros países, las magistraturas están dotadas de razonables garantías estatutarias de independencia, las formas de degradación de esta, más insidiosas y más difícilmente contrastables, hallen en el terreno ideológico la vía de penetración más y mejor transitable hacia el interior *del palacio de justicia*. Históricamente, este fenómeno ha estado *confiado* a la articulación de los jueces *en carrera*, merced al poderoso instrumento de control de las expectativas profesionales de los mismos que esta brinda. Es cierto que hoy, por ejemplo, en el caso de España, aquella se ha flexibilizado sensiblemente, con la pérdida por la Casación de sus atribuciones guber-

⁴³ La expresión es de F. Carrara, que distingue ese recusable modo de decidir según «la mera inspiración del sentimiento» del fundado en la «convicción razonada» (*Programa de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. ORTEGA TORRES y J. GUERRERO LECONTE, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1957, vol. II, p. 233).

⁴⁴ «El principio de libre valoración de la prueba [...] supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase [...] sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente», se lee, por ejemplo, en una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 1993.

⁴⁵ *Derecho y razón*, p. 139.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 589.

⁴⁷ L. PEPINO (ed.), *L'eresia di Magistratura Democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 235.

nativas; pero, dado que el esquema del *cursus honorum* sigue vigente, lo está también en gran medida esa misma potente palanca de inducción de la subalternidad y el conformismo, que, de forma inevitable, se filtra también en la propia actividad jurisdiccional a través del sistema de instancias. Porque «es inevitable –como escribió tempranamente Ferrajoli– que [...] la independencia del magistrado, si no está apoyada en una sólida conciencia, result[e] fuertemente comprometida por la más o menos consciente tendencia a prevenir los eventuales juicios negativos de los magistrados superiores»⁴⁸. Hoy, en rigor, no cabría hablar de «magistrados superiores» en el viejo sentido, es decir, jurídico-formal o administrativo; pero, con todo, el sistema orgánico y la cultura del rol *tiran* del juez hacia *arriba* (que es donde está el prestigio profesional y social y la mejora económica) y quien controla esos momentos y mecanismos *de paso* continúa ejerciendo, se quiera o no, un control sobre los jueces. Evitable por estos, porque hay recursos estatutarios para ello, pero a un precio que no todos están dispuestos a pagar.

Ferrajoli ha protagonizado un intenso esfuerzo teórico en la defensa de la independencia judicial y sus garantías, tanto en el plano externo (denunciando tempranamente los riesgos del heterogobierno, pero también de autogobierno corporativo), como en el plano interno (rechazando cualquier forma de gobierno político de unos jueces sobre otros). Y ha discurrido con especial incisividad sobre el modo en que los distintos niveles de garantía señalados mantienen una estrecha relación de interimplicación, que, en el caso de la justicia criminal, incluye asimismo –en el punto de partida– las garantías penales⁴⁹. Y, por ello, sobre la necesidad de una rigurosa consagración de las garantías orgánicas, que son precondition de eficacia de las garantías procesales, a través de las cuales la independencia se hace imparcialidad en la fijación de los hechos y la aplicación del derecho en el caso concreto.

5. UN MODELO EXIGENTE...

La jurisdicción en nuestro autor es función de garantía secundaria de los derechos, a la que corresponde la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos, mediante un juicio dirigido a constatar los presupuestos de la aplicación de la norma invocada como pertinente al caso, y que se dice inobservada por quien tendría a su cargo el deber representado por la obligación de prestación o la prohibición de no lesión, en que consiste la garantía primaria⁵⁰. Pero, al

⁴⁸ *Posición institucional* cit., p. 91.

⁴⁹ Cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 537-539.

⁵⁰ Cfr. *Principia iuris*, cit., I, pp. 630 ss.

mismo tiempo, la obligación constitucional que pesa sobre el estado, de proporcionar el debido proceso (en el que se materializaría, en su caso, la aludida garantía secundaria del derecho sustancial), es garantía primaria del derecho constitucional del ciudadano a la tutela judicial efectiva. Si esta, garantía –primaria, como he dicho, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial– fuera denegada o prestada de un modo ilegítimo (en el caso, por ejemplo, de una prueba de cargo ilícitamente obtenida), surgiría, en este plano jurisdiccional, la garantía secundaria del derecho a la reparación, por la misma vía⁵¹.

En definitiva, la jurisdicción se caracteriza por ser función instrumental de tutela de los derechos vulnerados, mediante la aplicación de otros, las garantías procesales constitucionalmente consagradas, a su vez, como derechos fundamentales. Una función que se ejerce bajo la exclusiva sumisión a la ley y sin sujeción a dirección política alguna; sin ningún interés preconstituido⁵² que no sea el de la imparcial comprobación de lo verdadero y la verificación de los requisitos o presupuestos normativos; mediante decisiones emitidas caso por caso y siempre justificadas en todos sus extremos.

Se ha reprochado a Ferrajoli un supuesto exceso de judicialismo. En broma/en serio, se ha dicho alguna vez que en su planteamiento habría una cierta «*entrega* del estado de derecho a los jueces». Pero nada más incierto. En efecto, el modelo de poder judicial de Ferrajoli –cuya constitucional lógica interna es difícilmente objetable– resulta ser extraordinariamente exigente en todos sus momentos y, en particular, con la jurisdicción y con el juez. En él se encuentra, según se ha visto, un radical cuestionamiento del juicio judicial fundado en la tópica concepción de la *intime conviction* asociada a una muy arraigada mística de la inmediación⁵³, hasta hace poco de extendida e incondicionada vigencia. El cambio de paradigma se encauza por la extracción del tratamiento de la *quaestio facti* del terreno de lo inefable; y la reconducción del discurso probatorio sobre la misma al campo de lo racionalmente practicable y susceptible de traducirse en decisiones

⁵¹ De este asunto se ha ocupado ELENA MARTÍNEZ GARCÍA, en *El derecho al proceso celebrado con todas las garantías y la regla de exclusión probatoria como garantía primaria ex artículo 11,1 LOPJ*, comunicación al seminario-debate sobre *Principia iuris* con Luigi Ferrajoli, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, los días 26-27 de abril de 2012.

⁵² «La actividad jurisdiccional, como todas las actividades cognoscitivas, no está dirigida a la satisfacción de intereses preconstituidos. Los demás órganos del estado –las instituciones legislativas, el gobierno, los entes públicos, la administración pública–, aun operando con las forma y dentro de los límites establecidos por las leyes, fijan o siguen líneas o finalidades políticas más o menos contingentes, según su colocación institucional y su ámbito de autonomía. [...] Los jueces, por el contrario, no persiguen ningún interés prejudicial sino solo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto» (*Derecho y razón*, cit., p. 579).

⁵³ Me he ocupado de este asunto en *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*; ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *En torno a la jurisdicción* cit., pp. 153 ss.

dotadas de justificación expresa. Así, se pone fin al decisionismo inmotivado, de tanto arraigo en la subcultura del juez heredado, administrador de una discrecionalidad políticamente *confiable*, dada su condición de *funcionario del poder* en acto. Lo decidible y lo motivable son ahora espacios coextensivos, y la legitimidad de la decisión depende, no de la investidura o del carisma del sujeto que la emite, sino de la calidad de la resolución en un doble plano: el epistémico y el jurídico-normativo⁵⁴.

De ahí el cuestionamiento, también, del esquema subsuntivo tradicional; que en el más tópico modo de concebir la función de juzgar, atribuía a esta una dinámica lineal y elementalmente silogística y a la decisión resultante el sustrato de un conocimiento supuestamente deductivo en lo tocante a la *quaestio facti*. Ahora es bien claro que en tal consideración se prescinde del dato de que esta propuesta interpretativa no es capaz de dar cuenta de la formación de las premisas del fallo. Muy en especial de la *menor*, en la que el saber-producto del juicio versa sobre hechos particulares y se obtiene a partir, asimismo, de datos de idéntica naturaleza y siempre por inferencia inductiva y en la aplicación de máximas de experiencia, y no de alguna ley general universal en la que ya estuviera previamente incluido el conocimiento relevante relativo a aquella conclusión. El modelo silogístico, tan caro al pensamiento ilustrado, servirá para caracterizar el perfil lógico de la sentencia en su estática, es decir, una vez articulada como texto, en el que, efectivamente, los hechos deberán *funcionar* como la premisa menor, de modo que, subsumida en la mayor, de derecho, conduzcan deductivamente al fallo como conclusión.

Ferrajoli identifica en el trabajo decisonal del juez tres inferencias. La primera inductiva, en la que todos sus elementos se mueven en el plano fáctico. Sus premisas están formadas por el resultado de la prueba, esto es, los datos probatorios de cargo y descargo aportados por los distintos medios; y la conclusión, en su caso, serán unos hechos declarados probados: por ejemplo, mediante el aserto de que Fulano ha realizado tal conducta (arrebatao un bien a su titular, quitado la vida, etc.). La segunda deductiva, producida por la confluencia de ese primer plano fáctico con otro que ahora es ya de naturaleza normativa: probado que Fulano ha sustraído un bien, quitado la

⁵⁴ Precisamente, cabe afirmar que, en este plano, Ferrajoli ha dado una auténtica *vuelta de tuerca* en el tratamiento de la exigencia de sujeción del trabajo legislativo a la Constitución y del judicial a esta y a la ley. Ahora en su cuestionamiento del *topos* neoconstitucionalista de la ponderación, que él entiende no puede ser referida a, ni tener por objeto las normas, que no están sujetas —dice— a las opciones ponderadas de los legisladores y de los jueces, porque son límites y vínculos impuestos a unos y otros. A su juicio, la sola valoración equitativa posible en un marco de legalidad y separación de poderes es la relativa a los rasgos caracterizadores de las situaciones de hecho, con el fin de fijarlas como tales, a los efectos de la subsunción (cfr. *El constitucionalismo garantista*, cit., en preparación; y también en *Constitucionalismo principialista* y en *El constitucionalismo garantista*, citados).

vida, etc., deberá aplicarse a esa acción el precepto legal pertinente, para, en su virtud, concluir que Fulano ha cometido un hurto, un robo, un homicidio, etc. Esto es, ha ejecutado efectivamente un acto de una específica relevancia jurídica, aquí jurídico-penal. En fin, la tercera inferencia tiene en nuestro autor la consideración de un silogismo práctico. Ahora las premisas en presencia son solo normativas: Fulano es autor de un determinado delito, para el que la ley prevé una pena, que, consecuentemente, se le impone.

Tal proceso discursivo debe tener cumplida expresión en la sentencia. Y así, esta, como texto, al dar cuenta en la motivación de la dinámica del *iter* decisional, cubrirá la doble exigencia de justificación tanto en el plano externo (es decir, de la formación de las premisas) como en el plano interno (del fallo)⁵⁵.

6. ... Y PRACTICABLE

Parece claro, pues, que Ferrajoli no *da* nada (y menos gratuitamente) a los jueces⁵⁶. Por el contrario, toma en cuenta –en su integridad– el modelo normativo de jurisdicción y de juez del estado constitucional de derecho⁵⁷; en lugar de fraccionarlo o demediarlo subrepticia e interesadamente. Y, es cierto, en este modelo, tiene razón Prieto Sanchís, «la justicia constitucional verdaderamente indispensable [...] es la de la jurisdicción ordinaria»⁵⁸; porque sobre ella pesa el deber incancelable de leer el ordenamiento jurídico en su totalidad en clave constitucional. Y de aplicarlo operando en idéntica clave de sujeción a la disciplina constitucional del proceso. Pero en

⁵⁵ En el sentido de J. WRÓBLESKI, en *Justificación de las decisiones judiciales*, en id. «Sentido» y «hecho» en *el derecho*, ed. de F. J. CABALLERO HARRIET, con prólogo de J. Igartua Salaverría, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 35 ss.

⁵⁶ Tanto es así que él mismo ha prevenido frente a una forma de exceso de poder que se da aun contando con una razonable vigencia del régimen de garantías previsto para la actividad jurisdiccional. Esto debido a que tanto en la interpretación jurídica como en la verificación probatoria concurren márgenes de discrecionalidad ineliminables, que pueden verse reforzados cuando el referente legislativo no responde a las exigencias del principio de legalidad estricta. Cfr. al respecto *Derecho y razón*, cit., pp. 38-40.

⁵⁷ En esta perspectiva incide su preocupación por el insatisfactorio tratamiento legal y gestión de la responsabilidad jurídica de los jueces, en particular, la disciplinaria; que, a su juicio, tendría que reforzarse, cierto que dotando a su exacción del régimen de garantías imprescindible para evitar usos de la misma atentatorios contra la independencia (cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 600-601).

⁵⁸ L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 170. M. Luciani, en el caso de Italia, ha hablado de «un control paradifuso de constitucionalidad» [(«Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)», en *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 3/2012, p. 8] como efecto, en última instancia, de la preeminencia normativa de la Constitución y de la dinámica que induce en el propio sistema de fuentes y en la aplicación judicial del derecho.

esto no cabe ver una expresión de voluntarismo judicialista, sino, en toda su extensión y profundidad, la realidad del modelo; que, consecuentemente, demanda un juez con un bagaje cultural y jurídico que lo sitúe a la altura de su papel. Se trata de una opción que viene ya dada desde el momento constituyente y que, hasta la fecha, ha suscitado franca resistencia⁵⁹ –incluso en presencia de gravísimos ilegalidades debida a sujetos públicos, que *la política* ha demostrado no estar en condiciones de prevenir ni de sancionar con eficacia– lo que tendría que hacer bien patente el profundo sentido de ese modo de concebir la jurisdicción y su papel de garantía-límite *erga omnes*.

En la propuesta de Ferrajoli, corresponde a la jurisdicción como instancia asumir en plenitud el rol constitucionalmente asignado; presupuesto imprescindible para que el juez pueda, como es debido, hacer, ya en concreto, lo propio con el suyo, que consiste en decidir casos mediante la comprobación de la verdad de lo sucedido y la estricta aplicación de la ley frente a todos.

La exclusividad de la sujeción a esta reclama un tipo de inserción de la magistratura en el marco del estado, que anticipe ya en ese mismo modo de articulación institucional los rasgos que deben presidir la ulterior colocación del juez en su propio contexto orgánico. Aquel deberá responder fielmente al principio de separación, impuesto, como ya se anticipó, por la especificidad del criterio de legitimación y por la especificidad también del cometido que se trata de garantizar.

En el vigente constitucionalismo cabe registrar, es cierto, distintas modalidades de respuesta a tales exigencias de principio, de las que, sin duda, la que les da satisfacción más cumplida es la acogida por la Constitución italiana de 1948: mediante la puesta en pie del *Consiglio Superiore della Magistratura*⁶⁰ (art. 104); y al proclamar que «los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones» (art. 107,2.º), excluyendo con ello cualquier diferencia por razón de grado. Ambas previsiones llevaron consigo la drástica ruptura con el sistema precedente de integración de la judicatura en el ámbito del ejecutivo, a través de la organización jerarquizada de los jueces y por la inserción subordinada del vértice de la misma en un ministerio, materializándose con ellas, sin duda, la opción más avanzada en la materia. Es algo que puede afirmarse con rotundidad ya que es la primera vez que en la historia de las instituciones judiciales se dota al principio de independencia, en sus vertientes externa e interna –que, cabe decir, emergen con claridad, también por primera vez, como tales– del adecuado soporte institucional. Con ello, se alcanza

⁵⁹ Por cierto, en términos de un consenso tan universal que permitiría hablar de un verdadero *partido* transversal en la materia.

⁶⁰ El asunto ha suscitado una enorme bibliografía, pero para una ágil y a la vez completa aproximación al complejo fenómeno, en las sucesivas fases de su desarrollo, véase E. BRUTI LIBERATI- L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Feltrinelli, Milano, 1998.

un óptimo grado de separación y de autonomía del poder judicial como instancia. Y de independencia del juez como sujeto jurisdicente. En el caso de Italia, la independencia se extiende constitucionalmente a los magistrados del ministerio fiscal. En el que es el más coherente y adecuado desarrollo del principio; porque hay los mejores motivos, de (mala) experiencia, sobre todo, para afirmar que, en el proceso penal, la vigencia efectiva de la independencia judicial comienza por el ejercicio independiente de la acción pública⁶¹. Sobre todo, aunque no solo, en aquellos casos, casos-test, de especial gravedad representados por los delitos cometidos en los ámbitos del poder y de la política, a cuya impunidad se han orientado, regularmente, las habituales inacciones u omisiones de persecución del actor público, en la generalidad de los países de nuestro ámbito⁶².

No cabe, no es el lugar para entrar en el examen del desarrollo de la opción italiana en materia de diseño del poder judicial. Pero sí me parece necesario decir que sus vicisitudes han servido para demostrar que es posible articular la jurisdicción conforme a una exigente línea de principios, y con razonables resultados en punto a la garantía de la independencia. Lo que sugiere que la propuesta de Ferrajoli en la materia, si radical (porque aborda el asunto desde la raíz), dista de ser irrealizable⁶³. Lo acredita la calidad de la respuesta de la magistratura, desde la jurisdicción ordinaria y en el respeto del principio del juez natural, a casos de degradación de las otras instancias de poder tan masivos como el representado por el fenómeno sin precedentes de la Logia Propaganda 2 o el régimen de las *tangenti*, por no hablar de las diversas mafias y su penetración, por la vía política, en las instituciones⁶⁴. Y eso que, es obvio, el *décalage* entre el paradigma ideal y el constitucionalmente consagrado, por no hablar del existente entre este y sus realizaciones prácticas, son datos con los que –como también Ferrajoli ha reiterado en múltiples lugares de su obra– hay que contar,

⁶¹ Una bien gráfica constatación, en negativo, de esta afirmación puede verse en E. ALT, «Lo stato di coma irreversibile del pubblico ministero francese», en *Questione giustizia*, 1, 2012, pp. 185 ss.; hay trad. al español de C. Casado Navarro, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», núm. 74, 2012.

⁶² Me he ocupado de este asunto en «Por un ministerio público “dentro de la legalidad”», ahora en P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007, pp. 43 ss. También en «El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», en *Teoría&Derecho*, 1/2007, pp. 10 ss., ahora en *Cultura constitucional de la jurisdicción*, cit., pp. 247 ss.

⁶³ Cfr. las consideraciones al respecto en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos*, pp. 154-155.

⁶⁴ Lo acredita también el hecho de que Berlusconi –que con sus prácticas ilustra a la perfección la tesis ferrajoliana de que los poderes políticos, incluso *democráticamente* constituidos, se hacen «salvajes» en ausencia o en la inobservancia de las reglas constitucionales del juego (cfr. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, pp. 43 ss.)– solo halló un verdadero obstáculo a su gansteril estrategia de demolición del estado de derecho en la actuación de la magistratura. (Me he referido a este asunto en *Desviaciones criminales en la política, Constitución y jurisdicción*, pp. 89 ss.).

porque corresponden a la propia lógica y dinámica de los modelos, inevitablemente condenados a soportar, incluso en el mejor de los casos, algún déficit de fidelidad en sus plasmaciones empíricas. Por eso hay algo en lo que no cabe engañarse: los obstáculos son políticos, y tienen que ver con el hecho de que el sistema en acto precisa un alto coeficiente de ilegalidad (y de injusticia) para permanecer y reproducirse en sus constantes. Y por lo mismo también de una administración de justicia, unos jueces y unas prácticas judiciales de bajo perfil constitucional.

7. UNA GARANTÍA INSUFICIENTE CUANDO LA ILEGALIDAD ES UN DATO ESTRUCTURAL

En el planteamiento sobre el que he discurrido, es patente que Ferrajoli no confía cándidamente a los jueces (cual supuesto poder bueno⁶⁵ *per se*) la unilateral y más que *hercúlea* reconversión constitucional del estado mediante el ejercicio de la jurisdicción. Esto es algo de lo que no hay el menor atisbo y que sería incluso inconcebible en un autor de tan acreditada lucidez. No. La jurisdicción en Ferrajoli, como en el propio estado constitucional de derecho, tiene, en relación con los sujetos del poder político y de la *política*, un papel relevante, pero subsidiario, de última instancia, consistente en hacerse cargo de los casos en que aquellos, con sus actuaciones, pudieran haber incurrido en desviaciones ilegales de los respectivos roles institucionales, sobre todo de las más graves. Es obvio que, dentro de la lógica, de la fisiología del modelo como tal, los supuestos de ese género –y con ello las intervenciones judiciales en la materia, las de la justicia penal especialmente– deberían tener una incidencia del todo marginal, por el exigible eficaz funcionamiento del régimen de controles de legalidad preventivos, parlamentario y político-administrativo destinados a evitar esa clase de fenómenos. El problema (el problema por antonomasia) es que la *política*, en la real proyección de las instituciones de la democracia representativa –en particular allí donde colinda con la economía– ha acreditado una alarmante predisposición a eludir esas formas de fiscalización y, con ello, las reglas constitucionales del juego⁶⁶. Así resulta que no es que la magistratura (que, obviamente, ni hace siempre todo lo que debiera ni todo lo hace bien) haya desbordado sus márgenes, sino que una parte de notable significación de las prácticas de las otras instan-

⁶⁵ Precisamente, Ferrajoli ha puesto buen cuidado en subrayar que, en general, la previsión de las garantías, y, por tanto, en el caso de la jurisdicción, de las procesales, que se dan frente al juez, es «una suerte de desconfianza [...] en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder». Que es por lo que «“garantismo” se opone a cualquier concepción [...] basada en la idea de “un poder bueno”». (*Principia iuris*, I, p. 187).

⁶⁶ Me he ocupado de este asunto en *Desviaciones criminales en la política*, cit. *passim*.

cias de poder, tras la desactivación de todas las cautelas legalmente previstas en sus ámbitos propios, se precipita con alarmante regularidad *en el juzgado*. Naturalmente, cuando esto sucede, la respuesta judicial no es que sea legítima, es que ostenta la máxima, en el momento, la única legitimidad frente a semejantes usos prevaricadores del poder. Aquí no cabe engañarse, como no se engaña Ferrajoli: la adecuada plasmación empírica del modelo de estado constitucional de derecho requiere, ciertamente, una jurisdicción independiente y con capacidad de actuación *erga omnes* desde la legalidad constitucional. Pero, antes y en especial, necesita que esta impere regularmente con eficacia en todos los planos institucionales, de tal manera que la jurisdicción quede, exclusivamente, como auténtico remedio-límite, reservado para ocasiones (que tendrían que ser) verdaderamente excepcionales. Mas, por desgracia, no es esto lo que sucede, pues, en democracias como la nuestra, la ilegalidad es un fenómeno difuso que parece tener asignado un rol de alcance verdaderamente estructural en el estado de cosas, diría que como parte de su constitución material. Por eso, sin duda, las dificultades de aceptación que en ámbitos políticos encuentra el ejercicio independiente de la jurisdicción. Por eso también la ostensible falta de voluntad política, la resistencia incluso a llevar a cabo desarrollos constitucionales coherentes en relación con la misma, para su fortalecimiento imprescindible.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012

