

Función jurisdiccional y legitimación democrática*

Giovanni Moschella
Universidad de Mesina

SUMARIO: I. EL FUNDAMENTO DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO.— II. SOBERANÍA POPULAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA.— III. LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y RESPONSABILIDAD DEL MAGISTRADO.— IV. LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y *RESPONSIVENESS* EN LOS ORDENAMIENTOS DEL *COMMON LAW*: GRAN BRETAÑA Y ESTADOS UNIDOS.— V. LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ITALIA.— VI. CRISIS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y PERSPECTIVA DE REFORMA: EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN.

I. EL FUNDAMENTO DEL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

El problema del fundamento de la función jurisdiccional y de las potestades ejercitadas por los magistrados constituye, en el ámbito de las formas del Estado democrático construidas sobre el principio de la soberanía popular, un tema complejo y de particular interés. La teoría de Montesquieu de la separación de poderes, de la que surge el principio de la autonomía del poder judicial, históricamente se elabora teniendo como referencia el modelo de Estado absoluto, fundado en la identificación entre las nociones de soberanía y monarca¹, en el cual los jueces de nombramiento real ejercitaban las funciones propias del cargo en nombre del rey, aun estableciendo el ordenamiento una serie de institutos destinados a asegurarles un cierto grado de independencia².

* Traducción de Ascensión Elvira

¹ Cfr. PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1972, pp. 42 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1984, t. II; ROSSANO C., «La divisione dei poteri nell'attuale struttura dello stato di diritto e sociale», en *Studi in memoria di D. Petitti*, Milano, 1973.

² Cfr. LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reich* (1882), trad. it. de M. Siotto Pintor, *Il diritto pubblico dell'impero tedesco*, Torino, 1914, p. 522, el cual observa que «la característica esencial de los órganos judi-

La transformación de la forma de Estado y la transposición de la soberanía del monarca a la noción abstracta de nación, en el ámbito del Estado liberal y, posteriormente, al pueblo, en el ámbito del Estado democrático, plantea –aunque con modalidades distintas de acuerdo con las opciones institucionales adoptadas en los diversos Estados– el problema de la legitimación de la función jurisdiccional y de su adecuación al principio de la soberanía popular.

Esa exigencia de conformidad con el principio democrático atañe, verdaderamente, a todos los poderes y los órganos constitucionales. Los órganos del poder político encuentran su legitimación en los institutos de la representación política y en el desarrollo del principio de la responsabilidad política, los órganos del poder administrativo, en virtud de su tradicional articulación jerárquica, en el sometimiento al control del poder político y al gobierno, y finalmente, por lo que aquí más nos importa, los órganos del poder judicial encuentran la fuente de su legitimación en el principio de la sujeción del juez a la ley.

Hay que decir, por otra parte, que en algunas formas de gobierno, la opción ha sido la de garantizar en todo caso una relación de tipo representativo entre la magistratura y el sujeto titular de la soberanía, ya sea en la forma directa de las elecciones populares de los jueces o en la indirecta de su nombramiento gubernativo.

En razón del modelo elegido, de tipo burocrático-funcionarial³, en caso de selección por concurso público, o de tipo representativo, en caso de elección o nombramiento por parte del poder ejecutivo, el sistema de legitimación de los magistrados se analiza de forma diferente, no sólo porque sean diversas las modalidades de acceso de los magistrados a la carrera, sino sobre todo porque es distinto el circuito a través del cual se vincula la función jurisdiccional al principio de la soberanía popular.

En los ordenamientos en los cuales prevalece el modelo burocrático-funcionarial (es el caso de Francia y, por su influjo, de Italia y Alemania) –según se ha avanzado– la síntesis, en el plano teórico, se realiza gracias al principio de la sujeción del juez a la ley. Tal construcción teórica se revela coherente con un sistema constitucional expresión de un estado de derecho de corte liberal, en el cual la vigencia del principio de la separación de poderes resulta funcional con la absoluta prevalencia de la ley «como manifestación de voluntad mediante la cual el legislador podía introducir modificaciones al derecho vigente sustancialmente sin límites»⁴.

ciales no proviene de reconocer la situación de sus miembros, en cuanto están garantizados contra la remoción, el pase a la reserva, el cambio de sede, las medidas disciplinarias, etc., sino en la independencia de sus decisiones con respecto a las Autoridades superiores y particularmente al Canciller del Imperio; en su derecho y deber de decidir exclusivamente en base a su valoración de la sustancia de las cosas y a su convencimiento jurídico, y consiguientemente en la exclusión de cualquier responsabilidad del Canciller del Imperio por el contenido de estas decisiones» (párrafo recogido por PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario... cit.*, p. 144).

³ La definición es de CAPPELLETTI M., *Giudici legislativi?*, Milano, 1984, e *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, 1988.

⁴ Cfr. PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario... cit.*, p. 43.

La misma atribución a la magistratura de tales garantías de independencia se neutraliza, en esa fase histórica, por el carácter fuertemente burocratizado del orden judicial en el interior del Estado liberal y por la aversión hacia cualquier forma de función interpretativa del juez, bien sintetizada, en el plano formal e institucional, por el recurso al instituto del *référé législatif* y por la calificación del juez como *bouche de la loi*⁵.

El paso del Estado monoclasa al Estado pluriclase, y la correspondiente introducción en el contexto, entre el primero y el segundo periodo entreguerras, en *magna pars* de las formas de gobierno continentales, de constituciones rígidas que anteponen el principio de legalidad al más consistente de la constitucionalidad, impone límites, algunos de los cuales por añadidura no traspasables, al poder legislativo y a la propia soberanía popular.

La sujeción del juez a la ley viene por ciertas vías a debilitarse, en razón de la necesidad por parte del juez, en la fase de aplicación, de adecuar la interpretación de la ley a la Constitución. Tal proceso está acompañado, generalmente, de un aumento del nivel de autonomía y de independencia de la magistratura, a la cual ha de reconocerse el poder de «recurrir a instrumentos de elaboración de normas extraídas mediante la argumentación lógica de los textos legislativos», que se sustancia en un auténtico y propio poder de interpretación.

Sin embargo, la expansión del sistema de garantías a favor de los magistrados y la mayor incidencia de la actividad jurisdiccional derivada del conocimiento del poder de interpretación, vuelve a poner sobre el tapete la relación entre soberanía popular y función jurisdiccional y, en particular, el fundamento de la legitimación democrática de la magistratura.

Surge, en efecto, un problema de compatibilidad con el principio democrático de un aparato de control jurisdiccional que puede conducir «a la desaparición y/o a la anulación de actos de los poderes públicos constituidos según las técnicas propias de la representación política», y obra de jueces que fundan su legitimación no en tales técnicas, sino en su formación jurídica y cultural⁶.

⁵ Cfr. SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, Milano, 1979, t. I, p. 306 y del mismo autor, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 12 ss. El juez *bouche de la loi*, mero aplicador de la ley, según la clásica teoría de la separación de poderes, encuentra su origen en el periodo de apoteosis de la supremacía y de la absoluta objetividad de la ley, en un periodo histórico en el cual el papel de los jueces se amplificaba por la escasa comprensión de los textos legislativos y por el carácter de asistematicidad del ordenamiento. El juez neutro, el poder judicial invisible y nulo, está dirigido a neutralizar la parcialidad política de la ley expresión de una mayoría, que encuentra su imparcialidad en la fase de la aplicación. Lejos de debilitar el papel, la apoliticidad del juez habría debido de impedir en el modelo ilustrado la posibilidad de intervención del legislador y del Ejecutivo, determinando: a) «la absoluta imparcialidad de las decisiones judiciales»; b) «la posibilidad de concebir la total objetivación de las normas». Sin embargo, la necesidad de proceder en todo caso a una interpretación de las disposiciones normativas, y por tanto de extraer de las disposiciones la norma a aplicar, induce a instituir en la Constitución de 1791 el *référé législatif*, instrumento considerado idóneo para adecuar el principio de legalidad al de la independencia de la Magistratura. Así, en caso de conflicto entre diversos jueces, el poder de interpretar el texto normativo no claro se solicita a la Asamblea legislativa, para excluir todo poder residual (político) de creación del derecho por parte del juez.

⁶ Cfr. PIZZORUSSO A., «Principio democratico e principio di legalità», en *Questione giustizia*, 2003, n. 2, p. 340.

El criterio para el acceso a la carrera de magistrado prevalente en los modelos burocrático-funcionariales, el concurso público, si por una parte constituye el instrumento que mejor garantiza la selección de los mejores y más capaces, contemplando así la exigencia de imparcialidad e independencia del magistrado, por otro, libera a éste último de todo vínculo o responsabilidad directa sea con el pueblo sea con los órganos del poder legislativo y ejecutivo.

II. SOBERANÍA POPULAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

En ese escenario institucional se inserta el principio de la sujeción del juez a la ley, sancionada por la Constitución italiana en el párrafo II del art. 101, al cual hace de *pendant* el párrafo I del mismo artículo que establece que la justicia se administra en nombre del pueblo. En otros términos, el principio del cual el art. 101 Const., párrafo I, encuentra su realización a través del instrumento de la sujeción del juez al acto formal, la ley, expresión más plena del ejercicio de la soberanía popular que se verifica en la actividad desarrollada por el órgano directamente representativo del pueblo, el Parlamento.

Se manifiesta, sin embargo, una aparente contradicción entre el carácter prioritariamente profesional de la magistratura, que la convertiría en privada de representatividad, al menos según los cánones propios del circuito de representación política que vincula a los órganos del poder político con el sujeto titular de la soberanía, y el principio de la justicia administrada en nombre del pueblo. Como se ha sostenido, conviven en el ordenamiento italiano reglas y principios en algunos aspectos contradictorios, también a causa de la falta de desarrollo, hasta hoy, de la VII disp. trans., párrafo I, que prescribe la adopción de un nuevo ordenamiento judicial inspirado en los principios de la Carta del 1948, y convierte desde diversos puntos de vista en no homogéneo el diseño constitucional.

Un esquema reconstructivo, generalmente aceptado⁷, ha evidenciado los siguientes perfiles problemáticos:

- en el sentido del art. 101 Const., párrafo I, la justicia se administra en nombre del pueblo, principio del cual surgiría un vínculo entre función jurisdiccional y soberanía popular, pero por regla general los magistrados se nombran mediante concurso (art. 106 Cost., párrafo I), y por tanto no son responsables políticamente ante el pueblo;
- el art. 101 Const., párrafo II, sanciona que los jueces están sujetos sólo a la ley, acto capital de la voluntad política del Parlamento, pero al mismo tiempo el art. 104, párrafo I, afirma que la Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder;

⁷ Cfr. PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, p. 39.

- los magistrados se distinguen sólo por la diversidad de funciones (art. 107 Const., párrafo III), pero el CSM delibera sobre sus promociones (art. 105 Const.);
- finalmente, el ministerio público tiene un status diferenciado de aquél de la magistratura jurisdiccional (art. 107 Const., párrafo III), pero en otros artículos la Constitución lo engloba junto a los jueces en la noción de autoridad judicial.

En todo caso, la interpretación de la relación entre juez y soberanía popular en relación con las previsiones del art. 101 Const. parecen reconducirse a la calificación de la ley como expresión de la soberanía popular.

Su aplicación por parte del juez no sería otra cosa, entonces, que dar voz a la voluntad (soberanía) popular, dando así mismo fundamento y justificación a la previsión constitucional del art. 101, párrafo I, Const., según la cual la justicia se administra en nombre del pueblo.

El juez, por tanto, lejos de estar separado del sujeto titular de la soberanía, representa, en el ejercicio de sus funciones, el *trait d'union* entre sociedad e instituciones, configurándose la decisión jurisdiccional como una de las formas de expresión de la soberanía popular⁸.

Bajo este perfil no parece que pueda constituirse como elemento oponible el carácter no electivo del juez, en cuanto la legitimación, como *funditus* ha sostenido cierta doctrina, «no es necesariamente reconducible al sistema de investidura del poder, estando ella determinada también por relación a las modalidades de su ejercicio y sobre todo al contenido de éste»⁹. Indispensable, a este propósito, la llamada a la previsión del art. 1 de la Const, según el cual «la soberanía pertenece al pueblo que la ejercita de acuerdo con las formas y con los límites previstos en la Constitución»¹⁰.

No se encuentra, en el ámbito de la función jurisdiccional, forma alguna de responsabilidad político-institucional ni frente a los órganos políticos (art. 104 Const., párrafo I), ni menos aun frente al pueblo-cuerpo electoral¹¹. Según

⁸ Cfr. GIACOBBE G.-NARDOZZA M., *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, 1996, p. 48 ss. En tal cuadro interpretativo, emerge, de acuerdo con los Autores, el valor nuevo de la ley cual acto de elección política en el ámbito del orden constitucional, también en consideración al hecho de que en base al art. 3 Const., «a través de la ley la República ha de dar presencia a aquel principio de igual dignidad social que ciertamente representa uno de los datos cualificados y esenciales para comprender el alcance de todo el sistema». Se configura así un particular sistema de equilibrio que «no sólo permite, sino que impone al juez ser el punto –en el ejercicio de sus funciones– de unión entre sociedad e instituciones, que se actúa con la decisión, en la cual hecho normativo y relación controvertida concurren en igual medida a definir aquella compleja realidad identificada en el proceso».

⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰ Para una incomparable reflexión sobre los perfiles de la teoría general de la soberanía popular, a la que se reconduce la función jurisdiccional, cfr. MORTATI C., «Principi fondamentali», en BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 44 ss.

¹¹ En tal sentido cfr. ZANON N.-BIONDI F., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, p. 177 ss., donde se sostiene la tesis según la cual en tanto el sistema de selección de los magistrados permanezca exclusivamente de tipo concursal, no podrá ejercitarse forma alguna de responsabilidad política frente a los jueces, y sólo en el caso en que, en el sentido del art. 106, párrafo II, se active un sistema de elecciones de magistrados honorarios, aun limitadamente a las funciones atribuidas a los jueces individualmen-

se ha observado, la disposición constitucional de la que el art. 101, párrafo I, excluye una emanación directa de la justicia por parte del sujeto titular de la soberanía, el pueblo, aun estando previstas algunas modalidades de participación directa de los ciudadanos en la administración de justicia.

Paradójicamente, la expresión *en nombre del pueblo* parece marcar un hiato, una solución de continuidad entre pueblo soberano y jurisdicción, al contrario de lo que sucede para los otros poderes constitucionales que provienen, directa o indirectamente a través de la articulación de los circuitos de la representación política e institucional, del pueblo-cuerpo electoral. El fundamento de la legitimación del juez y de la función jurisdiccional se reenvía, por tanto, a un plano de legitimación distinto respecto al locus en el que se desarrolla la relación de representación que vincula los órganos políticos al pueblo soberano, fundado sobre la legitimación democrática de «todas las funciones políticas relevantes»¹². Esa distinta colocación de la función jurisdiccional no implica en absoluto una carencia de democraticidad, configurándose, pues, la sujeción sólo a la ley y su aplicación por parte del juez como expresiones típicas de la soberanía popular, aun en el ámbito de las formas y de los límites previstos en la Constitución.

El punto de articulación, en el plano interpretativo, afecta precisamente al límite al ejercicio de la soberanía por parte del pueblo. Parece oportuno, a este propósito, un gesto hacia la reconstrucción interpretativa efectuada, con particular referencia a la función jurisdiccional, utilizando la fascinante teoría de la *contemplatio domini*¹³. La jurisdicción, en efecto, se encuentra entre aque-

te considerados, se podría pensar en una forma de responsabilidad política institucional de los magistrados electos frente a los electores, cfr. también SICARDI S., «La posizione costituzionale del giudice tra potere e responsabilità» en *Studi Urbinati*, Milano, 1975-1976, p. 261.

¹² Cfr. ZANON N.-BIONDI F., *Diritto costituzionale dell'ordine... cit.*, p. 179. En el mismo sentido, cfr. SILVESTRI G., «Sovranità popolare e Magistratura», Relazione al Convegno di Studio *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana. La sovranità popolare*, Padova, 19-21 giugno 2003, el cual excluye una yuxtaposición entre circuito de la responsabilidad típico de la representación política y «circuito de la legitimación y de la responsabilidad de los jueces».

¹³ Cfr. CRISAFULLI V., *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954), republicado en *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 143, según el cual la Constitución italiana de 1948 introduce una auténtica y propia representación directa del pueblo por parte del Estado, en el sentido de que el Estado-sujeto actúa no sólo por cuenta del pueblo, sino también en su nombre. «La denominada *contemplatio domini*, o sea la declaración expresa de actuar por otros, que caracterizaría la representación *stricto sensu*, se reencuentra, en efecto, en la disposición de la segunda parte del art. 1 (...). En el cual se establece, precisamente, que la soberanía está y permanece en el pueblo, y que el Estado sujeto es, por tanto, sólo una entre las "formas" (*rectius*, entre los medios) en que constitucionalmente se ejerce. Esto que puede considerarse suficiente para concretar el requisito de la *contemplatio domini*, en líneas generales, con referencia de una vez por todas, a toda la potestad de gobierno cuyo ejercicio se demanda de la persona jurídica estatal. Para algunas manifestaciones, pues, de la soberanía, existen también otras disposiciones más específicas, que remachan tal requisito. Así, para la función jurisdiccional, el art. 101, al término del cual, "la justicia se administra en nombre del pueblo"; así, indirectamente, para la función legislativa, el art. 67, sistemáticamente encuadrado en el complejo de las disposiciones concernientes a la formación de la ley». Para una reproposición de tal teoría, cfr. SILVESTRI G., «Sovranità popolare e Magistratura», Relazione al Convegno di Studio *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana. La sovranità popolare... cit.* el cual observa que «de las palabras de Crisafulli emerge una concepción rigurosamente jurídica del fundamento democrático del Estado con-

llas actividades fundamentales, cuyo ejercicio, no pudiendo ejercerse directamente por el pueblo, se solicita de un órgano del Estado sujeto cuya función no constituye otra cosa más que una de las formas de desarrollo del principio de soberanía popular.

Tal principio representa un límite al ejercicio de las funciones ejercitadas por el Estado sujeto, en el sentido de que tales funciones deben reconducirse en todo caso al interés del pueblo y no al del órgano del Estado que lo ejercita. En particular, en el caso en el que se determine una contraposición entre «norma jurídica pre-establecida y decisión del juez», se abre un «vulnus» en la relación entre poder judicial y pueblo-soberano «precisamente porque el juez ejerce una función estatal como representante... del pueblo mismo y, en el momento de las decisiones, renueva solemnemente la *contemplatio domini*»¹⁴.

En la base de la relación de representación que vincula el pueblo al Estado, está la Constitución, fuente que no entra en la disponibilidad del Estado, ni siquiera en la del mismo «soberano», cuyo poder de supremacía existe sólo con los límites y formas previstos en la Constitución. Fuera de esos límites la soberanía se resuelve con el arbitrio, y con la distorsión de los valores constitucionales que no pueden encontrar legitimación en el principio democrático, en cuanto la exaltación del principio mayoritario, entendido como dictadura de la mayoría, conduce a un «exceso» de soberanía que inevitablemente modifica la esencia y su calificación de principio y de valor absoluto que encuentra su legitimación, pero también su límite, en la Constitución.

Se desprende de ello que la función jurisdiccional entra con pleno título entre aquéllas que, aun reconducibles al interés general, no se ejercen directamente por el pueblo, sino por el Estado sujeto que la administra en su nombre, sin que por ello se menoscabe su legitimación y su vinculación con la

temporáneo. Todas las potestades estatales, explicaciones de las diversas funciones, emanan de una única fuente de legitimación, al mismo tiempo jurídica y política, el pueblo, que se vale de una pluralidad de “medios” para ejercer constitucionalmente la propia soberanía. Las funciones del Estado no son pues más que formas de ejercicio de la soberanía popular. Esta última no se coagula en un punto específico, no se concentra en un sujeto determinado, sino que reside en el pueblo, es decir en la comunidad nacional, y adquiere semblanza jurídica principalmente por el trámite al Estado-sujeto en sus diversas manifestaciones funcionales». Todas las actividades institucionales, todos los actos creados por el Estado-sujeto son así «reconducibles a los intereses del pueblo, que ejercita su poder primigenio, valiéndose de instrumentos institucionales diferenciados, para la consecución de fines propios, que no se pueden identificar con aquellos de ningún órgano del Estado en particular y ni siquiera con aquéllos del Estado tomado en su integridad. Si el Estado-sujeto, en su complejidad, es representante del pueblo, la fuente de la que se origina la relación de gestión es la Constitución, así como la ley tiene lugar, en la figura civilista de la representación necesaria, del negocio de gestión, del cual a su vez se origina la relación representativa mediante la representación voluntaria. La necesidad de la representación no nace de una situación de incapacidad subjetiva del pueblo, sino de la imposibilidad de ejercicio directo de una serie de actividades, indispensables para la conservación de la polis, pero puntuales y repetitivas, de manera tal que se excluye radicalmente su ejercicio directo. Una de estas es indudablemente la jurisdicción, que se sustancia esencialmente en la resolución de controversias, en el castigo de delitos y en el resto de actividades que se sostiene deben ejercere con un alto grado de imparcialidad por sujetos dotados de una independencia reforzada y garantizada».

¹⁴ Cfr. SILVESTRI G., «Sovranità popolare e Magistratura», Relazione al Convegno di Studio *Esposito, Crisafulli, Paladín. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana. La sovranità popolare... cit.*

soberanía popular. En otros términos, el nivel de legitimación de las funciones (y de las decisiones) jurisdiccionales no se deja al consenso popular, como sucede con los órganos políticos representativos, en cuanto, como bien se ha dicho, «tales funciones se sitúan realmente “más allá” respecto al lugar en el que el consenso (pero también el disenso) del soberano democrático se manifiesta»¹⁵.

En el ordenamiento italiano la opción constitucional ha sido la de calificar la función jurisdiccional en relación con el nivel de independencia, de la cual se deduce una limitación de la responsabilidad de los jueces para los actos jurisdiccionales. Tal responsabilidad encuentra aun una justificación en el hecho de que tales actos finalizan en la realización de «valores primarios irrenunciables» de la colectividad¹⁶ y que –como ya se ha revelado– en el ejercicio de sus funciones el juez no expresa opciones autónomas, sino que sigue y se hace garante de opciones del pueblo-soberano¹⁷. Se consigue con ello que el orden judicial, aun con modalidades y formas diversas a los sujetos de la representación política, pero hábiles, en cualquier caso, para asegurarles autonomía e independencia, no esté separado del principio democrático y de la soberanía popular.

III. LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y RESPONSABILIDAD DEL MAGISTRADO

La distinta colocación de la función jurisdiccional respecto de los tradicionales circuitos de la representación política lleva a excluir cualquier responsabilidad de naturaleza política, sea de tipo clásica sea de tipo difusa¹⁸.

¹⁵ Cfr. ZANON N.-BIONDI F., *Diritto costituzionale dell'ordine... cit.*, p.179.

¹⁶ Cfr. GIACOBBE G.-NARDOZZA M., *Potere e responsabilità... cit.*, p. 62.

¹⁷ *Ibidem*, p. 72. Los autores sostienen que es propio de la finalidad de «realizar la función de garantía de la aplicación imparcial de aquella opción que el juez se sitúa en condiciones de autonomía estructural también frente al poder que soberanamente ha llevado a cabo aquellas opciones».

¹⁸ Cfr. RESCIGNO G. U., *La responsabilità politica*, Milano, 1967, p. 45. Sobre esta perspectiva se remite también a H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 42. Sobre la responsabilidad jurídica en general y sobre la responsabilidad civil en particular, cfr. RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, p. 41, el cual, como destaca Rescigno, «parece no admitir que sea posible definir la responsabilidad jurídica en general recomprendiendo varias especies de responsabilidad existentes (penal, contractual, extracontractual o civil como prefiera decir)». La diferente impostación en el esquema interpretativo de las dos figuras de la representación política y de la representación jurídica se refleja inevitablemente en la definición de la noción de responsabilidad política caracterizada por la falta de una sanción jurídica y por tanto, en algún modo, reconducible al concepto de responsabilidad jurídica entendida como «sujeción a una sanción jurídica por un hecho imputable». En ausencia de una consecuencia negativa que se deriva para el sujeto por no haber obedecido a una norma (sanción), puede concluirse, por tanto, que la responsabilidad política no es una responsabilidad jurídica y en consecuencia «no constituye una forma entre otras de responsabilidad jurídica». Los perfiles esenciales de la responsabilidad de naturaleza jurídica se encuentran en un conocido esquema reconstitutivo, que distingue tal figura entre algunos tipos:

– «si referida a una persona abstractamente, en cuanto sujeto potencial de indefinidas relaciones jurídicas, se define como la actitud de aquella persona para ser llamada para responder por su comportamiento contrario a normas jurídicas y por tanto como la actitud de aquella persona para sufrir las consecuen-

En los esquemas de responsabilidad política, a diferencia de en la responsabilidad jurídica, falta la relación jurídica principal sobre la que se inserta después la relación de responsabilidad; mientras que en la responsabilidad jurídica el sujeto responsable debe o no debe hacer algo y es por tanto potencialmente responsable, y se convierte en responsable actualmente si contraviene la obligación, en la responsabilidad política el sujeto responsable políticamente se convierte en responsable, independientemente del hecho de que estuviere o no estuviere obligado a algo; si bien es cierto que si el sujeto políticamente responsable ha violado una norma y se le quiere hacer responsable de esta violación interviene la responsabilidad civil o penal común¹⁹. Por otra parte, en la responsabilidad política, no se halla aquel elemento estrechamente vinculado al resultado jurídico de la relación, es decir la sanción, que «constituye elemento característico y esencial» de la responsabilidad jurídica. La responsabilidad vale por cuanto «es imputable y esta imputación puede producir consecuencias negativas», que se verifican y formalizan a través de instrumentos institucionales, en particular las elecciones.

Distinta es, por su parte, la configuración de la categoría de la responsabilidad política difusa, que se reconduce a la presencia de tres elementos: «la libertad de crítica política garantizada a los sujetos de la comunidad política; la existencia de varios mecanismos institucionales para remover a quienes detentan el poder político sobre los cuales pueden influir de la forma más variada las críticas, mediante la determinación de distintos equilibrios políticos»; el conocimiento tanto en los sujetos de la comunidad política como en los detentadores del poder político «de la existencia de instrumentos formales para la remoción de los titulares del poder político. En otros términos, el circuito de la responsabilidad política difusa, aun en ausencia de una sanción de naturaleza jurídica, se rige por el conocimiento en los sujetos de la responsabilidad política de poder hacer responsables a los detentadores, directamente a través de la crítica, indirectamente a través los cambios de equilibrio político que la crítica puede determinar»²⁰, a los que corresponde el conocimiento en

cias desfavorables que el derecho conecta a su comportamiento ilícito»; en tal caso, siendo el sujeto sólo una figura potencial de relaciones jurídicas, puede ser llamado a responder y en consecuencia ser responsable penalmente, pero no civilmente, en el sentido de que responde de sus delitos, «pero no por sus (tentativos) negocios»;

- si referida, por el contrario, a una persona en cuanto sujeto de una determinada relación jurídica, la responsabilidad jurídica «indica la actitud de aquella persona a ser llamada a responder del comportamiento contrario a derecho mantenido en relación con aquella relación y por tanto la actitud a sufrir las específicas consecuencias desfavorables que el derecho vincula al comportamiento ilícito mantenido dentro de aquella relación»;
- finalmente, la responsabilidad de naturaleza jurídica puede interpretarse como «actual sometimiento a las consecuencias desfavorables que el derecho conecta al comportamiento ilícito efectivamente mantenido. Tal sometimiento no se entiende como efectiva irrogación de la sanción sino como estado de sujeción, al cual resulta indiferente que siga o no siga la efectiva irrogación, que puede faltar o por causa sobrevenida jurídicamente eximente (amnistía) o por inercia o error de quien debería irrogarla, sin que por esto la responsabilidad jurídica actual haya dejado de producirse».

¹⁹ *Ibidem*, p. 48.

²⁰ *Ibidem*, p. 117.

los detentadores del poder político del deber de responder a los sujetos de la comunidad política, pudiendo ellos determinar en vía indirecta, mediante la crítica, la remoción²¹.

La aplicación de esas construcciones teóricas a la función jurisdiccional no parece practicable. Sobre la responsabilidad política *sic et simpliciter* se ha dicho ya que el acceso a la carrera de magistrado mediante concurso público priva de todo fundamento la existencia de *responsiveness* frente a los ciudadanos, pero también la sustancia de una responsabilidad política de tipo difusa²², referida a la función judicial, suscita notable perplejidad si —como se ha observado— no existe ni un momento, ni un *locus* en el cual el magistrado esté llamado a responder por su labor. Tal consideración no exime a la magistratura, como sucede con todos los órganos constitucionales y los poderes públicos, de la exposición a la crítica por parte de la opinión pública, así como de los individuos en razón de la libertad de pensamiento (y de crítica) del art. 21 Const.²³.

Lo que es cierto es que, si bien la actividad judicial tiene profundas recaídas en el interior del sistema en el que se desarrolla, no puede estar exento de todo posible condicionamiento respecto ya sea a expresiones de consenso y de disenso de la opinión pública, que respecto de los efectos, también de naturaleza política, que produce. A este propósito se dirige aquel ordenamiento doctrinario que ha reconocido en la crítica de los procedimientos judiciales por parte de la opinión pública el instrumento con el que hacer valer la responsabilidad política de la magistratura frente al pueblo soberano²⁴.

²¹ Cfr. RESCIGNO G. U, *op. ult. cit.*, pp. 129-130. En el ámbito de la responsabilidad política, se ha efectuado una ulterior distinción por la doctrina entre responsabilidad política difusa y responsabilidad política institucional, hallándose entre las dos categorías, por un lado, elementos de identificación (condivisión por parte de los sujetos activos y pasivos de la relación de una legitimación democrática del consenso político, imputabilidad a los sujetos pasivos de hechos políticos, siendo connatural a ambos tipos de responsabilidad una relación entre poder de crítica y ejercicio del poder político, influencia sobre la titularidad, duración y amplitud del poder político) y, por otro, de diferenciación, siendo en el caso de la responsabilidad política institucional mucho más empeñativa y amplia la responsabilidad de los sujetos pasivos y más amplio el poder de los sujetos activos, que en la responsabilidad política institucional están predeterminados y gozan del poder legal (o convencional) de remoción. Por otra parte, en la responsabilidad política institucional los sujetos pasivos son sólo aquellos investidos del poder político, mientras que en la responsabilidad política difusa el carácter de sujeto activo se encuentra en todos aquellos que luchan por el poder político; finalmente la responsabilidad institucional es reconducible al sujeto activo sólo por un hecho directamente imputable a él. Mientras en ciertos tipos de responsabilidad institucional, por ejemplo en la relación Parlamento Gobierno, «la relación de responsabilidad política es continua y permanente, en el sentido de que más actos distintos constituyen fases de una misma relación y en el sentido de que en todo momento puede hacerse valer la responsabilidad política, en las elecciones la relación por el contrario es periódica y recurrente, porque consiste de un sólo acto que se produce a intervalos más o menos regulares, durante los cuales el sujeto activo de la responsabilidad (el cuerpo electoral) no ostenta poder alguno con respecto al sujeto pasivo».

²² Para una opinión favorable al reconocimiento de una forma de responsabilidad política de los magistrados, sobre la base del art. 101 Const., párrafo I, cfr. RAMAT M., «Responsabilità politica della Magistratura», en *Foro Amministrativo*, 1969, III, p. 15 ss, también VOLPE G., «Sulla responsabilità politica dei giudici», en *Scritti in onore di C. Mortati*, v. IV, Milano, 1977, p. 809.

²³ Sobre esta cuestión cfr. ZAGREBELSKY G., «La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma», in *Giur. cost.*, 1982, p. 780.

²⁴ Cfr. RAMAT M., «Controllo dell'opinione pubblica e responsabilità politica dei magistrati», extraído de «Responsabilità politica della Magistratura», en PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario... cit.*, p. 270 y SENESE S., «Sovranità popolare e amministrazione della giustizia», en *Quale Giustizia*, 1973, p. 381.

Tal tesis, aun sostenida en tiempos remotos, suscita hoy aun más perplejidad en razón de los riesgos que la actual modalidad de formación (y manipulación) del consenso y de la opinión pública pudieran comportar respecto de la objetividad e imparcialidad de la función judicial y de los principios de autonomía e independencia de la magistratura. A esto se añade que el control de la opinión pública no implica sanción alguna frente al magistrado ni de tipo jurídico, contemplada por el ordenamiento sólo para comportamientos personales y no para el contenido de las decisiones²⁵, ni menos de tipo político, por cuanto el magistrado es nombrado por concurso público y no por elección.

En ese sentido parece oportuna una referencia a aquella tesis²⁶, también relevante, que identifica la realización de la representatividad de los órganos judiciales con el vínculo entre el principio de acceso a la carrera judicial mediante concurso público y garantía para todos los magistrados de poder «participar efectivamente en el ejercicio de todos los poderes inherentes a la función jurisdiccional», hasta a aquellos atribuidos a la Corte de Casación. De acuerdo con tal doctrina el instrumento del concurso público, abierto a todos los ciudadanos en posesión de los requisitos y culminado por una selección en base al grado de conocimiento técnico-jurídico y no en base a la opinión política de los candidatos, aseguraría, dentro del orden judicial, una suerte de campeonato de las opiniones presentes en la sociedad, del cual manaría aquella representatividad y legitimación de la función jurisdiccional «sin la cual la atribución de las sentencias al pueblo italiano resultaría una amarga ficción».

Sin embargo, esa interpretación, como ha reconocido ya la doctrina dominante, parece desprovista de fundamento, no pudiéndose en modo alguno sostener «la correspondencia entre la composición de la magistratura nombrada por concurso y la composición de toda la comunidad estatal en lo que concierne a la distribución de las ideologías políticas»²⁷.

La inexistencia de formas de responsabilidad política no excluye, no obstante, la activación de formas de responsabilidad jurídica como la penal, civil y administrativa. En la imposibilidad de profundizar en esta sede sobre esos perfiles, hay que manifestar en cualquier caso que el juez está sometido a responsabilidad penal, frente al conjunto de los ciudadanos tanto como particular, como en el ejercicio de sus funciones.

El sometimiento del magistrado a la responsabilidad penal no incide, por otra parte, en el plano de la autonomía y la independencia, regulándose tal

²⁵ El acto típico de la función jurisdiccional, la sentencia, se distingue por las aportaciones de los otros órganos o poderes estatales y por aquéllas de los mismos ciudadanos por el hecho de que las pevisions en ella contenidas «no pueden ser revocadas, modificadas, o en cualquier caso declaradas ilegítimas si no mediante otros pronunciamientos jurisdiccionales» (SANDULLI A. M., «Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione», en *Studi in onore di A. Segni*, Milano, 1967, v. IV, p. 267). Se configura, por tanto, una eficacia sustancial de lo juzgado como elemento distintivo de la función jurisdiccional, como tal no reformable por parte de órganos no jurisdiccionales y «reflejo simétrico objetivo de la especial independencia de los jueces en el ordenamiento» (SILVESTRI G., *La separazione dei poteri...* cit, t. II, p. 216).

²⁶ Cfr. BORRÈ G., MARTINELLI P., ROVELLI L., «Unità e varietà nella giurisprudenza», in *Foro it.*, 1971, pp. 45 ss.

²⁷ Así PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario...* cit, p. 47.

tipo de proceso mediante un sistema de garantías y con la impronta del principio de la taxatividad de los comportamientos ilícitos.

La responsabilidad civil del magistrado, derivada de la relación profesional instaurada con el Estado, vale frente a las partes en el proceso y a otros sujetos que reciben un daño injusto (patrimonial o no patrimonial) que consista en un comportamiento (también omisivo), acto o medida judicial reconducible al magistrado y realizado con dolo o culpa grave. Análogamente a cualquier otro empleado público, tal responsabilidad recae sobre el Estado, salvo la acción de resarcimiento del Estado frente al magistrado.

Finalmente, se prevé una responsabilidad disciplinar que el orden judicial va a hacer valer frente a sus componentes con el fin de sancionar comportamientos personales ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional, considerados lesivos para el prestigio del orden judicial.

Se ha observado²⁸ que la modalidad de desarrollo del procedimiento disciplinar a cargo de los magistrados constituye un punto de acuerdo entre principio democrático y principio de independencia, implicando, por una parte, al Ministro de Justicia, titular de la iniciativa de la acción disciplinar y *trait d'union* entre Magistratura y Gobierno, pero aun más, aunque indirectamente, entre orden judicial y asambleas representativas (ante las cuales el gobierno es políticamente responsable). El procedimiento se concluye con la decisión del CSM, en particular de la sección disciplinar, formada de manera que respete la composición mixta del órgano.

La presencia laica dentro de la CSM a quien se confía el poder decisorio en orden a la aplicación de las sanciones disciplinarias y la atribución a un órgano político, el Ministro (además del Procurador General de la Corte de Casación), de la iniciativa de la acción disciplinar, además de la atribución a la Corte de Casación de la competencia sobre los recursos contra las sanciones disciplinarias encomendadas al CSM, parecen avalar la tesis de aquella parte de la doctrina que sostienen que tal procedimiento disciplinar se aparta profundamente de las formas «de justicia doméstica» o de autocorrección interna típica del resto de órdenes profesionales.

Aparecen, en efecto, predominantes en el procedimiento disciplinar los perfiles de «naturaleza pública y jurisdiccional», con garantía de independencia e imparcialidad del juez, por el cual «el fundamento del poder disciplinar no puede buscarse, como para los empleados públicos, en la relación de supremacía especial de la Administración Pública hacia los propios dependientes, debiéndose excluir una relación de ese tipo frente a los propios magistrados, sometidos sólo a la ley»²⁹. Hay que decir, a ese fin, que la falta de tipificación de los comportamientos sancionables y el recurso a la abstracta noción de prestigio del orden judicial, que tantas dudas interpretativas ha suscitado en la doc-

²⁸ Cfr. SILVESTRI G., *Sovranità popolare e Magistratura...* cit.

²⁹ Cfr. sent. Corte cost. n.100 de 1981 y n. 289 del 1992.

trina y jurisprudencia³⁰, contrastan con la naturaleza jurisdiccional asumida por el procedimiento disciplinar, con el desarrollo del diseño constitucional, y con la estrecha relación que, en cualquier caso, vincula función jurisdiccional y soberanía popular.

IV. LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y *RESPONSIVENESS* EN LOS ORDENAMIENTOS DEL *COMMON LAW*: GRAN BRETAÑA Y ESTADOS UNIDOS

El problema de la relación entre naturaleza democrática del ordenamiento y carácter discrecional de la función jurisdiccional, resuelto a través de una vinculación directa con órganos de la representación popular o con el pueblo mismo en el ámbito de los ordenamientos del *common law*, se sitúa aun de forma completamente diferente en aquellos modelos de organización judicial que se inspiran en formas de reclutamiento burocrático-funcionario y que, así como en el modelo italiano, resuelven el problema de la legitimación democrática de la magistratura a través de la sujeción estructural de la función jurisdiccional a la función legislativa (el juez está sometido sólo a la ley) y el reenvío al principio de «la justicia se administra en nombre del pueblo». Se ha observado que esta última previsión no es suficiente para crear aquella «vinculación en términos de representación legitimadora a favor del juez como para atribuirle un significado auténticamente político, de modo que su obra pueda considerarse conforme a las ideas dominantes de una vasta sociedad»³¹.

El problema central, que queda sin resolver, es el de la relación que en un ordenamiento democrático se entrecruza entre órganos de «producción jurisdiccional» y pueblo y aun más, en un sistema caracterizado por la sujeción del juez a la ley, entre poder judicial y órganos de la representación política. A tal fin la doctrina identifica, de forma general, las principales modalidades de unión³²: *a)* la atribución de la función jurisdiccional a órganos electivos; *b)* el sometimiento de los órganos de la jurisdicción a formas de control de naturaleza política ejercitado por órganos políticos, en particular el Parlamento; *c)* la subordinación estructural de la función jurisdiccional a la función legislativa, en razón del principio de la sujeción del juez a la ley.

³⁰ Por todos, cfr. ZAGREBELSKY G., «La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali», in *Scritti in onore di C. Mortati... cit.*, v. IV, p. 857. Cfr. también la sent. del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 2001 por la cual el estado italiano ha sido condenado por violación del art. 11 de la Convención, relativo a la libertad de reunión y de asociación, a causa de una sanción impuesta por la sección disciplinar del CSM a un magistrado por su pertenencia a una logia masónica. El Tribunal, en efecto, ha mantenido que la sanción no estaba prevista ni era previsible por cuanto no predeterminada por ley como debe ser para todas las restricciones que el ordenamiento impone, con el fin de tutelar algunos valores fundamentales del Estado, como el ejercicio de la libertad de reunión y de asociación.

³¹ Cfr. SERIO M., «La responsabilità della pubblica accusa e del giudice nell'ordinamento italiano», in AA.VV., *Giustizia e responsabilità*, Milano, 2003, p. 51.

³² Cfr. GUASTINI R., «Art. 101», in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1994, pp. 167 ss.

El ordenamiento constitucional italiano, como es sabido, aunque prevé en casos limitados el recurso a los jueces electivos y a formas de participación directa del pueblo en la administración de justicia, ha optado preferentemente por la tercera de las modalidades expuestas, a través del principio de la sujeción del juez sólo a ley, que implica una subordinación estructural de la función jurisdiccional a aquella legislativa, en el sentido de que «todas las decisiones jurisdiccionales deben fundarse en la ley y ser conformes con ella»³³.

El diseño constitucional excluye formas de control por parte de órganos reconducibles al poder político, presente la solemne afirmación contenida en el art. 101 Const, párrafo I, que sanciona la independencia orgánica de la Magistratura por cualquier otro poder del Estado, si bien algunos autores sugieren la posibilidad y la legitimidad de controles externos sobre la función jurisdiccional demandados a los órganos titulares del poder legislativo³⁴.

Las modalidades de vinculación entre función jurisdiccional y soberanía recogidas en el ordenamiento constitucional vigente y fundadas en la dependencia estructural de la jurisdicción al poder legislativo y sobre la selección de los jueces por concurso público aparecen, de acuerdo con la doctrina dominante, como incompatibles, con respecto a las formas de elección de los órganos jurisdiccionales. En ese marco retenemos que pudiera resultar de interés proceder a un, aunque sucinto, análisis de algunos modelos institucionales en los cuales la relación jurisdicción/soberanía se desarrolla según las formas típicas de la responsabilidad política (elección popular de los magistrados o su nombramiento por parte de órganos políticos), también con la finalidad de verificar los efectos que la adopción de tales sistemas producen en el plano de la autonomía e independencia del poder judicial y su funcionalidad en la administración de la justicia.

En el plano teórico puede sostenerse que el fundamento de los sistemas judiciales de *common law* reposa en el reconocimiento de un papel político de la función jurisdiccional al que debe corresponder una responsabilidad de tipo directa o indirecta. Ese papel, ya históricamente identificado por el hecho mismo de que el juez, dando solución a conflictos o controversias a través de la aplicación de las normas reconocidas por la sociedad, concurre «a la distribución autoritaria de valores» y, por tanto, a una función de naturaleza política, se acentúa por la introducción del control de constitucionalidad de las leyes que, para ciertos fines, implica al juez en el proceso de definición de las normas.

Puesto que en los sistemas democráticos el ejercicio de una función política presupone una igual y contraria sujeción a una relación de responsabilidad democrática frente a los ciudadanos, se llega así a considerar una potencial

³³ *Ibidem*, p. 169.

³⁴ Sostiene GUASTINI R, «Art. 101» ... *cit.*, p. 171, que «la sujeción del juez a la ley no resulta en absoluto incompatible con cualquier forma de control de los órganos legislativos sobre la actividad jurisdiccional». Por el contrario, en opinión de A., en el ámbito de un sistema equilibrado y ordenado, los dos principios deberían ser complementarios, para evitar que la falta de controles y de sanciones rebajadas a «la observancia de la obligación de aplicar la ley», vinculándolo a los sentimientos de fidelidad de los jueces, considerados custodios de la legalidad completamente sin custodia.

‘tensión’ entre el principio de independencia de la magistratura y el principio democrático.

En los sistemas de *common law*, al menos en aquellos que nos disponemos a examinar, esto es el Reino Unido y Estados Unidos, la solución a tal *issue* se encuentra en la modalidad elegida de acceso a la carrera judicial.

En el ordenamiento británico (pero aun más en el norteamericano), el juez está legitimado para ejercer el poder no por sus conocimientos técnico-jurídicos, sino en cuanto «electo» (en el sentido etimológico del término) democráticamente o desde abajo, mediante formas de elección popular, o cooptado por otro a través de una elección efectuada por órganos del poder ejecutivo. En ambos casos el elemento común se representa por la naturaleza y el valor político de la designación, aun si, efectivamente, el sistema inglés parece tener en consideración también perfiles reconducibles a la competencia técnica y profesional de los magistrados³⁵.

En el Reino Unido *magna pars* de los cargos jurisdiccionales se atribuye a jueces honorarios (o jueces de paz) elegidos ente ciudadanos comunes, seleccionados por comisiones locales (*Local Advisory Committees*) compuestos por magistrados y representantes de los entes locales, sin particulares conocimientos jurídicos (salvo un breve curso de formación efectuado después del nombramiento). Esos magistrados honorarios, que constituyen las *Magistrates’ Courts* en el ámbito penal (*County Courts* en el ámbito civil), tienen una competencia limitada a delitos menores, pero su función en el equilibrio del sistema judicial es de particular relieve, sobre todo por la acción de filtro que desarrollan para el acceso a la *Crown Court*. A ese tribunal, con jurisdicción nacional y articulado en sedes destacadas por todo el territorio nacional, compete el juicio de primer grado para los delitos más graves y para los recursos en apelación restringida de las decisiones de los jueces ordinarios.

La composición de la Magistratura inglesa se caracteriza, en consecuencia, por un elevado número de jueces honorarios y de un limitado número de jueces profesionales que, a diferencia de los primeros, se eligen en razón de su elevada competencia técnico-jurídica. En efecto, se encuentran en el ámbito de la abogacía entre los *barristers*, es decir entre los abogados que actúan ante los tribunales superiores (en particular el *Queen’s Counsel*, abogados habilitados a ejercer ante los Tribunales de justicia internacionales o europeos) y en un número más reducido entre los *solicitors* (abogados habilitados para ejercer sólo ante los tribunales inferiores), a los cuales sin embargo permanece excluido el acceso a la Corte Suprema³⁶.

³⁵ Parar un análisis en profundidad y objetivo del sistema judicial inglés y del norteamericano cfr. GUARNIERI C.-PEDRAZZOLI P., *La Magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, p. 49 ss. Cfr. también SERIO M., «La responsabilità della pubblica accusa e del giudice nell’ordinamento italiano», RUGGIERI F., «La responsabilità della pubblica accusa e del giudice nelle democrazie occidentali», DI FEDERICO G., «Indipendenza e responsabilità del PM Alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia», todos publicados en AA.VV., *Giustizia e responsabilità... cit.*

³⁶ *N. del T.* Cámara de los Lores en su vertiente jurisdiccional

El nombramiento del juez, formalmente atribuido a la Corona, en realidad, lo efectúa el Lord Chancellor, figura expresión de una especie de contaminación entre poder jurisdiccional (preside la Corte Suprema y el Privy Council), poder legislativo (es componente de la Cámara de los Lores) y poder ejecutivo (en el gobierno es el responsable de la administración de justicia y del personal judicial), en el cual ciertamente prevalece su naturaleza de órgano político-ejecutivo y su función de vinculación entre Magistratura y poder político. La influencia del poder político en la selección de los jueces (y sobre el nivel de independencia de los magistrados) parece todavía más evidente a causa de la reserva atribuida al Primer Ministro en el nombramiento de los más elevados cargos judiciales. Para completar el panorama hay que añadir que los nombramientos se preceden de una práctica informal (y muy criticada) de consultas que prevén una participación (al menos en la forma de indicación o de parecer) por parte de la abogacía o de la propia Magistratura.

Como parcial justificación de una lógica de selección-cooptación preferentemente política de los jueces, se evidencia, en cualquier caso, que la elección se lleva a cabo teniendo en cuenta la cualificación profesional y la experiencia de los candidatos, para los cuales se requiere una elevada antigüedad en la práctica forense³⁷. No subsiste, en general, un sistema de promoción en la carrera, en cuanto que el nombramiento del juez puede referirse a cualquier tipo de tribunal. Tal previsión, junto al principio de inamovilidad (el nombramiento *during good behaviour* prevista por el *Act of Settlement* de 1701), refuerza el *status* de independencia del juez respecto al poder que lo ha nombrado. Por lo demás, el desuso que caracteriza tales formas de responsabilidad política e institucional, aun previstos por el ordenamiento inglés (*impeachment o address*)³⁸, consolida la percepción de una magistratura rodeada de un aceptado sistema de garantías con la finalidad de tutelar su independencia (interna y externa). Tales consideraciones, verdaderamente, parecen menos fundadas con referencia a los jueces honorarios, sea por la ya mencionada modalidad de nombramiento, sea porque a ellos no se les aplica la sustancial inamovilidad garantizada por el principio de *during good behaviour* sea, finalmente, porque están sujetos de forma más amplia e incisiva a formas de control y a sanciones disciplinarias por parte del Lord Chancellor.

El sistema judicial de los Estados Unidos proviene notablemente de la estructura federal del Estado y se articula en dos niveles: estatal y federal. Los jueces estatales, así como el Ministerio Público, se seleccionan habitualmente

³⁷ Sobre la cuestión cfr. GUARNIERI C.-PEDRAZZOLI P., *La Magistratura nelle democrazie... cit.*, p. 59. El sistema de selección tiende a privilegiar las cualificaciones técnicas y la experiencia profesional, con un mínimo de al menos siete años de actividad profesional. La «socialización» de los magistrados se produce así preferentemente en la abogacía, «que se convierte, por tanto, en un punto de referencia importante, y está controlada por sus asociaciones –el *Bar* y la *Law and Society*– que gozan en esto de una notable autonomía».

³⁸ El primer instituto implica la puesta en situación de acusación del juez por parte de la Cámara de los Comunes y una decisión remitida a la Cámara de los Lores, mientras que el segundo (activado una sola vez en 1830) prevé una solicitud de remoción dirigida a la Corona y votada por ambas Cámaras. Cfr. GUARNIERI C.-Pedrazzoli P., *La Magistratura nelle democrazie... cit.*, p. 60.

mediante un proceso de elección directa. Según los Estados, cambia, no obstante, el sistema de elección, con matices diversos respecto al nivel de politización de las candidaturas, que de forma general ha inducido a la doctrina a distinguir entre elecciones *partisan*, en las cuales se prevé un apoyo formal de los partidos a las candidaturas al cargo de juez y elecciones *non partisan* en las cuales no se permite ese patrocinio³⁹. Sin embargo, es incontestable que el sistema de elección directa, inevitablemente, cualquiera que sea el sistema elegido, expone al riesgo de una impronta política de la función jurisdiccional que envilece, de por sí, el carácter de imparcialidad y las exigencias de alta cualificación profesional que el cargo requiere.

No por casualidad en algunos Estados se ha introducido un sistema de selección (el denominado *merit plan*) que intenta conciliar las exigencias de naturaleza política con aquellas de competencia jurídica de los candidatos. A tal fin, se prevé la institución de una Comisión mixta (compuesta de jueces, abogados y laicos) con la función de seleccionar a un conjunto de candidatos, aunque el nombramiento del juez por parte del Gobernador por un periodo de al menos un año, al finalizar el cual el magistrado se someterá a un voto popular de aprobación que les permitirá permanecer en el cargo hasta el fin del mandato (por lo regular entre 7 o 15 años). Hay que decir, sin embargo, que ese procedimiento no reduce significativamente, aun atenuándolo, los efectos políticos de la elección, también porque casi siempre el voto popular, no pudiendo dirigirse hacia candidaturas alternativas, confirma el nombramiento efectuado por el Gobernador.

La selección de los jueces federales asume un significado político aun más profundo, en razón de la compleja disciplina que lo regula y que prevé: *a*) la designación por parte del Presidente de los Estados Unidos; *b*) la valoración del candidato efectuada por la Comisión de Justicia del Senado; *c*) una votación final, por mayoría simple, por parte del Senado. El valor político de tal procedimiento resulta claramente sea de la «natural» tendencia del Presidente a designar a los jueces en base a criterios de pertenencia político-ideológica, sea de la tendencia del Senado (confirmada por la experiencia institucional estadounidense) a desconfiar de las elecciones del ejecutivo en caso de mayorías políticas diversas de la presidencial. De aquí la necesidad de lograr un punto de equilibrio, a través de la participación de otros actores políticos e institucionales⁴⁰, con el fin de reducir, en el ámbito de la designación las exigencias de naturaleza prioritariamente política que por muchas vías hacen del juez federal un cargo de fuerte connotación política, subordinada como está su atribución a la voluntad del Presidente o a la del Senado.

Hay que decir, por otra parte, que los efectos de tal *démarche politicienne*, que aparece en estridente contraste con el principio de imparcialidad del juez

³⁹ Cfr. GUARNIERI C.-PEDRAZZOLI P., *La Magistratura nelle democrazie... cit.*, p. 72.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 70 ss. En general, además del Presidente y el Senado, se consulta a los partidos políticos, los grupos de interés, las asociaciones profesionales, las instituciones locales y también a la propia opinión pública. Por otra parte, cuando el cargo a cubrir afecta al Tribunal Supremo, resulta también de gran relieve la influencia de los medios de comunicación.

(no recibiendo –por la propia naturaleza del sistema judicial americano– tanta atención por la autonomía y la independencia de la magistratura), tienden a disolverse en el curso del desarrollo del mandato, en razón del carácter vitalicio del nombramiento, también por lo farragoso del procedimiento, son extremadamente raros.

También el cargo de Ministerio Público, sea a nivel federal o estatal, es por lo general de naturaleza electiva sobre la base de un procedimiento que toma aquél de las elecciones políticas o administrativas. El candidato al cargo de *Public Prosecutor* presenta, en efecto, a los electores de la ciudad, del condado, del Estado⁴¹, el propio programa de administración de justicia, por ejemplo la escala de prioridad de los delitos que pretende perseguir. La elección implica, por tanto, la aprobación de tal programa por parte de los ciudadanos y la acusación pública es políticamente responsable de la puesta en práctica del programa de política criminal legitimado por los electores. Obviamente tal mecanismo es posible en cuanto en los Estados Unidos la acusación pública no conlleva la obligación de promover la acción penal.

Para algunos tipos de delitos más graves el ordenamiento americano reserva la decisión jurisdiccional a un jurado (*Grand Jury*) constituido por un número variable de ciudadanos elegidos de las listas electorales. El jurado está separado de los jueces de carrera y por regla general juzga sólo sobre los hechos emitiendo su decisión no motivada, veredicto, sobre la base de la cual el juez dictará la sentencia.

En el modelo anglosajón, por tanto, «la base de arraigo del sujeto en el orden judicial presupone una forma de legitimación, por decir así, político-democrática, esto es fundada o sobre la elección o sobre el nombramiento»⁴². La relación que se instaura es reconducible al circuito de responsabilidad política frente a los ciudadanos electores o frente al órgano ejecutivo que ha procedido al nombramiento. Se activa, por tanto, un sistema de *accountability* que, en caso de traición a las expectativas o falta de realización del programa, determina una responsabilidad, entendida no como sanción jurídica, «sino como medida certificadora del decaer de la relación de confianza o las promesas hechas que habían justificado la propuesta»⁴³ y que justificar la remoción.

Se configura, por tanto, un modelo de fuerte caracterización política, prevalente en los Estados Unidos y con un mitigación en la versión británica,

⁴¹ Cfr. RUGGIERI F., «La responsabilità della pubblica accusa e del giudice nelle democrazie occidentali», en AA.VV., *Giustizia e responsabilità...* cit., p. 66, la cual evidencia que normalmente el cargo de *Public Prosecutor* representa el primer nivel de «un *cursus honorum* similar a lo que sucedía en el antiguo sistema romano, para la carrera política... El futuro representante de la acusación, de cara a las elecciones, declara cual es su programa». La exigencia de legitimar democráticamente la acusación pública es reconducible a la discrecionalidad acerca de las opciones que el titular de la acción penal puede efectuar en relación a la persecución de los delitos. A diferencia de nuestro ordenamiento, en el cual rige la obligatoriedad de la acción penal, en los sistemas de *common law*, que se caracterizan por la naturaleza privada de la acción penal, la acusación pública no se vincula y «puede decidir sobre la conveniencia o no de un juicio y, si es el caso, no proceder».

⁴² Cfr. SERIO M., «La responsabilità della pubblica accusa...» cit., p. 47.

⁴³ *Ibidem*.

(derivada de la cualificación profesional reconducible al origen forense de los jueces) que, de acuerdo con parte de la doctrina, se concilia legítimamente con una administración política de la justicia, en la cual la matriz política constituye «el parámetro de fidelidad de la acción de administración de la justicia al programa»⁴⁴. Hay que destacar además que, sobre todo en el ordenamiento inglés, subsiste un aceptado sistema de garantía en favor de la independencia del juez, que impide, de hecho, el *impeachment* del magistrado y su remoción en el caso en el que no haya llevado a cabo actos «*falling outside jurisdiction*», es decir extraños objetiva y efectivamente a la esfera jurisdiccional, sino que se haya mantenido dentro de los límites de su jurisdicción (*Act of Settlement* 1701).

Como ulterior garantía se reclama la cualificación profesional de los jueces ingleses, reconducible a la designación entre los abogados de amplia experiencia y de carrera prestigiosa. En el ordenamiento americano, por el contrario, se está en presencia de un sistema de control y de responsabilidad del juez que, en razón de las formas prevalentes de legitimación del poder judicial, la elección, asume la semblanza típica de la responsabilidad política, y se concreta en la falta de reelección. En todo caso, en el modelo estadounidense se realiza, ya sea a nivel estatal o federal, también un sistema de control endémico, de tipo deontológico, activado por parte del propio poder judicial y destinado a verificar la subsistencia y eventualmente a sancionar «comportamientos desviados» de los suyos.

Como se ha dicho, en el ordenamiento judicial anglosajón está, en muchos casos, previsto el recurso al instituto del jurado popular, que sobre todo en el ordenamiento estadounidense, desarrolla una importante función de integración entre poder jurisdiccional y sociedad civil, a la cual, a través del jurado, se le garantiza una participación directa en la administración de justicia. La misma configuración del proceso penal en los Estados Unidos está fuertemente condicionada por la presencia del jurado, al cual en definitiva corresponde dictar el veredicto, como tal no motivado y a menudo inapelable.

V. LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ITALIA

También el ordenamiento italiano, art. 102 Const., párrafo III, prevé la participación directa del pueblo en la administración de la justicia. La fórmula elegida es el resultado de una mediación respecto a posiciones enfrentadas⁴⁵

⁴⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁵ Para una breve reconstrucción del debate sobre el tema de las formas de participación popular en la administración de la justicia en la Asamblea constituyente cfr. PIZZORUSSO A., «Art. 102 Cost.», en BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1994, p. 231. De particular interés, también a la luz de algunas recientes propuestas avanzadas por la doctrina (DOGLIANI M., «Il progetto monocratico», en *La Rivista del Manifesto*, 2002, n. 24), la referencia a la enmienda (por otra parte rechazada) presentado por el hon. Togliatti destinada a limitar la discrecionalidad del legislador en orden a las modalidades de participación del pueblo, y hacerla obligatoria «en los procesos por delitos políticos».

presentes en la Asamblea constituyente, y establece, por una parte, una obligación legislativa de la institución del jurado popular y, por otro, reenvía a la ley la determinación de las modalidades con que regularlas.

La normativa vigente prevé un órgano de primer grado, la Corte penal, con competencia de naturaleza exclusivamente penal compuesta por magistrados ordinarios y por jueces populares, sorteados entre ciudadanos italianos en posesión de las normales capacidades de derecho público, de edad comprendida entre 30 y 65 años, y en posesión de un título de enseñanza de escuela media inferior.

El colegio sentenciador está compuesto por seis jueces populares y por dos magistrados, uno con funciones o cualificación de magistrado de apelación que preside el colegio y el otro con funciones de magistrado de tribunal.

El órgano de segundo grado, la Corte penal de apelación, tiene la misma composición; sin embargo, el Presidente debe ser un magistrado con funciones de Presidente de sección de la Corte de apelación (o, en ausencia de éste, magistrado de apelación idóneo para ser nombrado magistrado de casación) y el juez a latere debe ser un magistrado de Corte de apelación, mientras que los jurados populares deben estar en posesión del título de escuela media superior.

Sea en el ámbito de la Corte penal, sea en el ámbito de la Corte penal de apelación (órgano sentenciador que se pronuncia sobre las apelaciones de las sentencias de la Corte penal), los jueces y el jurado popular forman un colegio único, si bien la redacción de las sentencias corresponde, por ley, a los magistrados de carrera.

La competencia de la Corte penal y de la Corte penal de apelación se identifica sobre la base criterios reconducibles al tipo de pena prevista o al tipo de delito⁴⁶.

Un sistema similar, aunque generalizado, de participación directa del pueblo en la administración de justicia se contempla en el ordenamiento alemán, a través de la institución del «Schöffengericht» (escabinado). En efecto, el ordenamiento italiano se ha inspirado originariamente en el modelo alemán, si bien este último prevé que los jueces togados, seleccionados según el modelo burocrático funcional (sobre la base de su competencia técnico-jurídica), se acompañen de jueces laicos, junto a los cuales deciden el proceso, dictando la eventual pena, en todos los grados de juicio (con exclusión de los juicios de legitimidad).

La proporción de la relación entre jueces y jurado varía según los tipos objeto de las competencias de este colegio, y el mismo juez monocrático, competente en el ordenamiento alemán para delitos menores, decide en el ámbito de un colegio compuesto también por ciudadanos, aun si el papel de los jueces laicos resulta aquí casi un testimonio que poco incide sobre el plano de la decisión jurisdiccional.

En el ordenamiento español⁴⁷, la Constitución de 1978 establece en el art. 125 que *«los ciudadanos podrán... participar en la Administración de*

⁴⁶ Cfr. PIZZORUSSO A., «Art. 102 Cost.»... cit., p. 236.

⁴⁷ Cfr., AULET BARROS J. L., *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, Barcelona, 1998, pp. 578 ss.

Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y respecto a aquellos procesos penales que la ley determine».

El ***Tribunal del Jurado***, desarrollado por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo de 1995, está compuesto por un juez togado que preside el colegio y por nueve ciudadanos, y es competente para algunos tipos de delitos que, por su naturaleza, pueden ser evaluados por los laicos que componen el colegio (homicidio, infanticidio, omisión de socorro, amenazas), pero también para otros que presentan una mayor complejidad en el plano técnico-jurídico (p. ej., malversación de dinero público). Se excluyen, por el contrario, aquellos delitos cuyo examen pudiera constituir un serio peligro para los miembros de los jurados y para su independencia (p. ej., los delitos de terrorismo). Se establece sin embargo la competencia del ***Tribunal del Jurado*** para los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, previsión que ha suscitado mucha perplejidad en cuanto extiende la jurisdicción también a los mismos magistrados. Sobre el plano funcional, los jurados emiten el veredicto sobre la base de una declaración de hechos probados y la proclamación de culpabilidad, que debe adjuntarse a la sentencia, será pronunciada por el magistrado presidente en audiencia pública.

En Italia, el instituto del juez popular no logra, sin embargo, las modalidades de participación democrática de la administración de justicia. El art. 106 Const., párrafo II, prevé, de hecho, que la ley del ordenamiento judicial pueda disciplinar el nombramiento, también electivo, de jueces honorarios para todas las funciones atribuidas a los jueces singulares, mientras que el párrafo III del mismo artículo establece que, bajo designación del CSM puedan ser llamados a formar parte de la Corte de Casación jueces laicos elegidos sobre la base de particulares requisitos de profesionalidad⁴⁸.

No puede pensarse que a través de tales previsiones se realice cumplidamente el principio de la participación popular en la función jurisdiccional. En efecto, sobre todo el nombramiento de los jueces honorarios, más que configurar una integración entre ejercicio del poder jurisdiccional y soberanía popular o, como se ha sostenido, un encuentro entre dos culturas distintas, «aquella técnico-profesional del juez de carrera y aquella (considerada) más cercana a la realidad social del juez honorario»⁴⁹, parece reconducirse a un modelo antagonista, de estampa liberal, que volviendo a proponer la contraposición entre Estado y ciudadano, utiliza la intervención de éste último en el ejercicio de la función jurisdiccional como límite al poder del Estado.

⁴⁸ En particular, el párrafo III del art. 106 Const. establece que «bajo designación del Consejo Superior de la Magistratura pueden ser llamados al puesto de consejeros de Casación, por méritos insignes, profesores ordinarios de universidad en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio e inscritos en los registros especiales para las jurisdicciones superiores». Esa última previsión, verdaderamente, ha encontrado aplicación sólo recientemente y con criterios de elección que no siempre parecen respetar el requisito constitucional de la posesión «de méritos insignes».

⁴⁹ Así, aunque de forma crítica, GIACOBBE G.-NARDOZZA M., *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario ... cit.*, p. 55.

La Constitución italiana presenta, en esta línea, una dirección distinta, fundada en la persona y con la finalidad de valorizar de la participación popular en el cuadro de un espíritu unitario de integración casi organicista, con el Estado, cual instrumento fundamental de la tutela de la persona.

Sin embargo, ante una indiscutible crisis de la función jurisdiccional, cuyas causas por otra parte son complejas y articuladas, se ha adelantado la hipótesis, tanto en el marco político-institucional como en el doctrinal, de implantar las formas de participación directa de los ciudadanos en la administración de justicia, bien a través del instrumento, ciertamente rompedor, de la elección popular de los jueces, en particular de los jueces honorarios y del ministerio público, bien en la forma más atenuada de participación de los jueces populares, junto a los jueces togados, en todos los procesos de mérito.

A este propósito conviene distinguir entre las diversas hipótesis: una cosa, en efecto, es extender las materias competencia de la Corte penal, ampliando las modalidades de participación de los ciudadanos en la función jurisdiccional a través de su participación en los colegios sentenciadores compuestos también por jueces togados, otro es prever, así como se ha propuesto recientemente⁵⁰, la elección popular de los jueces honorarios e incluso del ministerio público.

Con referencia a la hipótesis de una elección popular del M.P., más allá de las motivaciones de carácter meramente político a ella inmanentes, lo que es cierto es que parece fisiológicamente incompatible con el vigente sistema constitucional de organización judicial, fundado sobre la obligatoriedad de la acción penal y sobre la plena autonomía e independencia del magistrado, también en relación con el sujeto titular de la soberanía.

En relación con la elegibilidad de los jueces honorarios, es cierto que tal previsión se contempla en la Constitución (art. 106, párrafo II), pero la modalidad de la propuesta de referencia (elección de un número de magistrados honorarios igual al de los magistrados togados seleccionados mediante concurso) traiciona una ratio de contraposición entre función jurisdiccional y soberanía popular del todo extraña, como se ha observado, al vigente modelo constitucional.

Por lo que se refiere, finalmente, a la ampliación de la participación de los ciudadanos en la administración directa de la justicia, se ha sostenido que a través del instituto del jurado popular, sea en la forma mixta o en la pura, la función jurisdiccional se administra no sólo en nombre del pueblo sino por el pueblo. Se mantiene, de hecho, que la participación de laicos que acompañan a los jueces togados en todas las instancias jurisdiccionales impondría «a los magistrados propuestos de forma vitalicia para el ejercicio de la jurisdicción no sólo una atención renovada a la particular problemática de la administración de justicia, sino que prefiguraría una suerte de legitimación (directa y popular) que podría contribuir a reexaminar el papel (de aplicación de la ley y de control de la legalidad del ordenamiento) del poder judicial en el respeto del prin-

⁵⁰ Cfr. la propuesta del Ministro de Justicia, hon. Castelli, en la Repubblica de 19 de marzo de 2004. Para la elección del P.M., cfr. MADDALENA M.-BORGNA P., *Il giudice e i suoi limiti*, Bari-Roma, 2003.

cipio de la separación de poderes, principio siempre cada vez más en crisis, y no sólo en nuestro país»⁵¹.

El problema se ve de forma diferente en el caso del denominado «escabinado», es decir del colegio jurídicamente compuesto de magistrados togados y de jueces populares que, conjuntamente, deciden sobre el caso, tal como sucede actualmente en el modelo italiano y en el alemán, respecto al jurado popular puro de tipo anglosajón, separado del juez togado y que habitualmente decide sólo acerca de los hechos, mediante un veredicto inmotivado sobre la base del cual el juez dicta la sentencia.

No hay duda de que en el sistema italiano del jurado popular, pero iguales valoraciones pueden extenderse al *Schöffengericht* alemán, la presencia de jueces no profesionales constriñe a aquellos togados a una valoración más profunda de los presupuestos de hecho y de derecho, mediante un proceso de integración entre la contribución de la competencia técnica y la cultura jurídica aportada por los magistrados y el sentido común y espíritu de la sociedad y de la opinión pública ofrecido por los ciudadanos jurados, que debería reforzar la independencia del juicio.

Sin embargo, parece quizás una veleidad sostener que, de por sí, tales elementos puedan configurar un ejercicio directo del poder judicial por parte del pueblo. Como se ha manifestado por muchos, de hecho, el juez togado dentro del colegio tiene el juego fácil, sea por el dominio de la técnica procesal y penal sea por su experiencia en imponer su propia opinión a los jurados, condicionando ineludiblemente la decisión judicial.

Por otra parte, cualquiera que mantenga querer consolidar el nivel de legitimación democrática de la función jurisdiccional a través de una amplia presencia de los jueces populares en los procesos, es necesario resolver algunas incongruencias que tal instituto ha evidenciado. En primer lugar, si la ratio del recurso al juez popular es la de constituir un colegio judicial expresión del «espíritu» de la sociedad civil, resulta ímprobo justificar, como ha expresado la mejor doctrina⁵², el recurso al sistema de sorteo y no más bien el recurso a la elección de jurados. Por las mismas razones, no parece razonable mantener la distinción todavía vigente entre requisitos requeridos para la capacidad de ser juez popular y capacidad electoral, o bien el diferente nivel de instrucción previsto para los componentes de la Corte penal y para los componentes de la Corte penal de apelación. Finalmente, como se ha subrayado, parece incongruente adoptar decisiones tomadas con el concurso de los jueces populares para someterlas en apelación al juicio de un colegio compuesto por magistrados de carrera, «operante según la misma técnica empleada para controlar las decisiones adoptadas por magistrados de carrera», y por añadidura el juicio de legitimidad de la Corte de Casación.

Verdaderamente, se encuentran elementos de profunda contradicción en el sometimiento al «normal sistema de impugnación» de decisiones jurisdic-

⁵¹ Cfr. RUGGIERI F., «La responsabilità della pubblica accusa e»... *cit.*, p. 72.

⁵² Cfr. PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia...* *cit.*, p. 79.

cionales expresadas con la participación de ciudadanos designados (*melius*, sorteados) por «sus cualidades de quisque de populo sin pretender de ellos preparación jurídica alguna»⁵³. No puede omitirse, al efecto, que la redacción de la sentencia se confiaba habitualmente a los magistrados togados (art. 40, párrafo IV, 1 n. 287 del 1951) y que el principio de la obligación de la motivación para todos los procedimientos jurisdiccionales del cual el art. 1 Const hace derivar una obligación, sea de hecho o de derecho, que impide –al menos mientras no se modifique la Constitución– la introducción en nuestro ordenamiento del sistema del jurado popular del modelo anglosajón.

VI. CRISIS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y PERSPECTIVA DE REFORMA: EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN

Moviéndonos en la necesaria distinción entre «momento jurisdiccional identificado en el concreto ejercicio del poder relativo y momento jurisdiccional cualificado como expresión de la voluntad popular»⁵⁴, se recuerda que la Constitución italiana reconduce en la relación entre juez y soberanía popular al principio de la sujeción del juez a la ley y al del nombramiento mediante concurso, este último instrumento considerado no sólo el más idóneo para garantizar el ingreso en la Magistratura de los mejores y más capaces, sino también para asegurar la participación de los ciudadanos en la actuación de la función jurisdiccional⁵⁵. Tal sistema, aun si constitucionalmente integrado por modalidades de participación de los jueces no togados, también electivos, en el ejercicio de la justicia, es aquél que cualifica en sentido más profundamente y completamente garantista la función que el orden judicial asume en el interior de una forma de Estado democrático.

Con referencia a las modalidades de administración directa de la justicia por parte del pueblo, hasta ahora se intenta permanecer dentro de los límites de las Constitución de 1948 y conciliar responsabilidad e imparcialidad, prin-

⁵³ Así, PIZZORUSSO A., «Art. 102 Cost.»... *cit.*, p. 237. Verdaderamente, el mismo PIZZORUSSO A, en *L'ordinamento giudiziario* ... *cit.*, p. 60, al auspiciar la introducción del jurado compuesto exclusivamente por jueces populares, con la tarea de pronunciarse sobre cuestiones propuestas por el magistrado togado que dirige el debate, sostenía la superación de la obligación de la motivación que se desprende del art. 111 Const., considerándolo adecuado gracias a la motivación ofrecida por el magistrado en orden al iter lógico seguido en la formulación de las cuestiones (con frecuencia verdaderamente decisiva) y en la aplicación de la pena, quedando inmotivado sólo el veredicto en forma de respuestas monosilábicas a las cuestiones, si se quiere reteniendo la eventual derogación del art. 111 Const. ... justificada por el hecho de que la parcial falta de motivación en los casos de recurso al jurado popular, se halla implícita en la norma que prevé este instituto, y por tanto considerando el art. 102, párrafo III, como implícitamente derogatorio del art. 111 Cost.).

⁵⁴ Cfr. GIACOBBE G.-NARDOZZA M., *Potere e responsabilità nell'ordine* ... *cit.*, p. 54.

⁵⁵ Tal tesis parece en parte reconducirse a aquella de la orientación ya expuesta y por otra parte minoritaria (BORRÈ G., MARTINELLI P., ROVELLI L., «Unità e varietà nella giurisprudenza», in *Foro it.*, 1971, pp. 45 ss.), que ha sostenido que la selección mediante concurso permite una completa representatividad de los ciudadanos y del país que se transforma en una administración democrática de la justicia, capaz de verificar el principio de la soberanía popular.

cipio este último profundamente unido a la garantía de independencia de los jueces y de los fiscales. Hay que preguntarse, de hecho, si el sistema de democracia judicial contemplado en el vigente ordenamiento constitucional es conciliable con formas de democracia directa, como la elección popular de los jueces, que pueden alterar la función garantista del poder judicial, exaltando la legitimación política y la proyección de parte (en relación con el programa o las expectativas de los electores), más que la matriz técnico-profesional y la cualificación como tercero.

La misma hipótesis de una extensión generalizada de los jurados populares en todos los grados del juicio, o de una ampliación de las materias de su competencia (p. ej., delitos de corrupción política o delitos contra la Administración pública), no parece resolutoria con respecto al *punctum crucis* de la legitimación y de la responsabilidad.

El criterio del sorteo previsto para la elección de los jueces populares, no garantiza, de hecho, ni representatividad, ni un adecuado nivel de legitimación democrática, y la participación popular en las decisiones jurisdiccionales resulta notablemente mitigada, al menos en la actual organización de la Corte penal, por la influencia de los jueces togados. Por otra parte, subsiste —como es obvio— para el jurado popular, así como para el juez, alguna forma de responsabilidad por la decisión jurisdiccional asumida. La verdad es que el ejercicio de la función jurisdiccional en el vigente sistema institucional está constitucionalmente vinculado a preeminentes exigencias profesionales y técnico-jurídicas y por tanto parece un terreno no particularmente fértil para una transformación hacia modelos de justicia de «democracia directa». Como se ha sostenido, «también en base a la moderna concepción de la democracia liberal y social»⁵⁶, existe la exigencia de conciliar la efectividad del principio democrático, que comporta elecciones por parte de los ciudadanos para todos los cargos públicos, con la efectividad del principio de legalidad que presupone que el control sobre la acción de los poderes públicos provenga por parte de «sujetos cualificados sobre todo por su formación profesional como juristas, además de su autonomía, independencia e imparcialidad»⁵⁷.

El auspiciado proceso de redistribución de la función jurisdiccional de los magistrados-funcionarios al pueblo se funda sobre una presunta identificación entre equidad (y razonabilidad) y conciencia popular. A este propósito, parece oportuno invocar la admonición de Esposito sobre los riesgos de un mode-

⁵⁶ Cfr. PIZZORUSSO A., «Principio democratico e principio di legalità», in *Questione giustizia*, cit., p. 340.

⁵⁷ *Ibidem*. En tal sentido cfr. GILARDI G., «Quale futuro per la magistratura onoraria?», en *Questione giustizia*, 2003, n. 2, p. 280, el cual revela como en «toda sociedad democrática corresponde a la jurisdicción la tarea del control de la legalidad frente a todos sin distinción. La Constitución ha establecido que el juez está sometido sólo a la ley y que la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder precisamente porque, mediante el ejercicio independiente e imparcial de las funciones a ella demandadas, la jurisdicción pueda constituir un trámite de realización de los derechos e instrumento de actuación de fundamentales principios de libertad, de emancipación y de igualdad».

⁵⁸ Cfr. ESPOSITO C., «Commento all'art 1 della Costituzione», in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 11. Sobre este punto muy eficazmente SILVESTRI G., *Sovranità popolare e magistratura ... cit.*

lo de democracia que se inspire en una idea de «soberanía popular absoluta», desvinculada de los principios y de los límites de la Constitución, aunque de ella antecedente y contrapuesta, en la que la soberanía se confunda «con el arbitrio popular» y el pueblo soberano «con la masa con sus pasiones y debilidades»⁵⁸. No parece superfluo, a tal fin, invocar, una vez más, la previsión del art. 1 de la Constitución, allí donde sanciona que «la soberanía pertenece al pueblo que la ejerce en las formas y con los límites previstos en la Constitución» y la misma *ratio* del art. 138 Const. que previendo el recuso al referéndum constitucional, cual máximo instrumento de participación del pueblo soberano en el procedimiento de revisión constitucional, le atribuye un carácter exclusivamente facultativo y constituyendo un mero requisito de eficacia, no ciertamente de perfeccionamiento de las leyes constitucionales o de revisión⁵⁹. La obligatoriedad del recurso al referéndum sancionaría, de hecho, la primacía del cuerpo electoral, respecto del Parlamento, en la función legislativa y de revisión constitucional, que conduciría inevitablemente hacia un modelo constitucional sin duda distinto de la forma de gobierno parlamentaria y caracterizado por fuertes tendencias plebiscitarias, del todo extrañas al espíritu de la Constitución.

Esas tendencias, que se fundan en la identificación entre instituciones y mayoría, como única expresión reconocida de la soberanía popular, tienen como corolario la adopción de un modelo de democracia judicial directa, en la que también el principio contenido en el art. 101 Const., «la justicia se administra en nombre del pueblo», vendría a interpretarse en el sentido de la afirmación de una única voluntad popular, que se identifica con la voluntad de la mayoría⁶⁰. El juicio en nombre del pueblo vendría así a coincidir con el juicio emitido en nombre de la mayoría, «y no ya en el sentido de todos, es decir de todos los ciudadanos en cuanto titulares de aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales»⁶¹, mientras que también la misma interpretación de la voluntad popular por parte del juez, a través de la interpretación de la ley, va a coincidir con la voluntad de la mayoría parlamentaria que aprueba las leyes. La recuperación de la concepción rousseauiana de la democracia, «basada en la unidad de gobernantes y gobernados y sobre una

⁵⁸ Cfr. ESPOSITO C., «Commento all'art 1 della Costituzione», in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 11. Sobre este punto muy eficazmente SILVESTRI G., *Sovranità popolare e magistratura ... cit.*

⁵⁹ Cfr. BÖCKENFÖRDE E. W., «Democrazia e rappresentanza», en *Quaderni costituzionali*, 1985, n. 2, pp. 227 ss. En ese ensayo, el autor parte del presupuesto de una autónoma legitimación de la democracia con respecto a las otras formas de Estado sosteniendo que son más bien las formas no democráticas las que están «constreñidas a lograr la propia fundación y legitimación frente a ella». En particular, afrontando el tema más complejo reconducible a la teoría democrática, es decir «como debe conceptualizarse la democrazia sin que se transforme en una mala utopía, sino que permanezca políticamente realizable», Bockenförde llega a la conclusión, en la estela de una posición fuertemente crítica frente a la denominada «ideología democrática vulgar», de que no se puede «hablar de un primado o de una "plusvalía democrática" de la democracia directa frente a aquella representativa indirecta, sino que es más bien esta última, es decir la representativa, la que constituye la forma propia de la democracia».

⁶⁰ Cfr. FERRAJOLI L., «Democrazia plebiscitaria e giurisdizione», en *Questione giustizia*, 2003, n. 2, p. 332.

⁶¹ *Ibidem*, p. 337.

voluntad general construida sobre un sujeto colectivo mítico»⁶², tiene así, con una solución única, a conseguir la disolución del principio de la separación de los poderes y la neutralización del papel de garantía (de tutela de los derechos) atribuido, en el Estado constitucional, a la función jurisdiccional⁶³.

Desde una óptica reformadora, la atención puede ser no obstante más ventajosa en torno a la vertiente de la gestión del servicio judicial, como momento más propio de expresión de la soberanía popular.

En tal cuadro, más que acceder a sistemas de control parlamentario sobre la función jurisdiccional que abriera el campo a formas de injerencia partidista y al riesgo de «dictadura de la mayoría», todavía más elevado después de la adopción del sistema electoral mayoritario y la subsiguiente rebaja de los niveles de garantía parlamentaria y constitucional, puede pensarse en formas y modalidades que incrementen los niveles de participación popular en los organismos de gestión y en la función de control de la cualidad y los niveles de eficiencia que el «servicio justicia» ofrece a los ciudadanos⁶⁴. La crisis de la función jurisdiccional en los ordenamientos contemporáneos, y en el nuestro en particular, parece, de hecho, también como crisis de eficiencia, por no haberse logrado standards satisfactorios de resultados, en un ámbito en el que están implicados derechos fundamentales de los ciudadanos, determina una pérdida de fe y de competencia frente al poder jurisdiccional, que justifica el actual estado de deslegitimación.

La cuestión se sitúa también, por tanto, en relación con las expectativas del cuerpo social frente a la justicia, reconsiderando el problema no sólo en atención a la eficacia jurídica de las normas, sino también a su efectividad, en el cuadro del cambio cultural que interpreta la función jurisdiccional «más como servicio al ciudadano que como poder»⁶⁵. No hay quien no vea, de hecho, como el servicio justicia «no se aprecia por el ciudadano por adecuación y eficiencia sea con respecto a las expectativas de resolución de las controversias, sea con respecto a la concreción y a la actualidad de los conflictos que se dan en la sociedad»⁶⁶. Lamentándose la excesiva lentitud de los

⁶² Cfr. BARBERA A., *Una riforma per la Repubblica*, Roma, 1991, pp. 77 ss., el cual subraya que «si la democracia directa requiere según Rousseau demasiadas condiciones (un “Estado muy pequeño”, “simplicidad de costumbres”, “igualdad en los grados y en las costumbres”), se está “contra el orden natural que la mayoría gobierne y la minoría sea gobernada” (J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, 1970, libro III, cap. 4), sobre todo si la voluntad general no es el fruto de un proceso en el que participen una pluralidad de sujetos en conflicto, no nace de elecciones de una mayoría sino del descubrimiento del interés general, podrá siempre ser que aspire al monopolio de esta verdad: el más amplio número de ciudadanos que votan es sólo uno de los síntomas, no necesario por otra parte, de la manifestación de la voluntad general». La teoría de Rousseau se retoma, pero en algunos casos llevada al extremo por SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 460, «que sostiene que la representación en cuanto dirigida a expresar la “voluntad general” y no la “voluntad de todos” (de una posible mayoría por tanto), podrá asumirse o “por una multitud aclamante” o por un jefe político» (así BARBERA A., *op. ult. cit.*, p. 78).

⁶³ Cfr. FERRAJOLI L., «Democrazia plebiscitaria e giurisdizione...» *cit.*

⁶⁴ En ese sentido, GIACOBBE G.-NARDOZZA M., *Potere e responsabilità... cit.*, p. 56.

⁶⁵ Cfr. BETTINI R., *Sociologia della giustizia e neorealismo giuridico*, Milano, 2002, p. 22.

⁶⁶ Cfr. GAMBINO S., «Magistratura e potere politico», in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

procesos, la utilización ilícita de la prisión preventiva y la incertidumbre de la pena⁶⁷.

Con referencia al rendimiento del aparato de la justicia, la perspectiva podría ser la de activar un sistema de control y de verificación *in progress* de la capacidad de trabajo y de eficiencia de las instituciones judiciales y la introducción de modelos organizativos que incrementen las formas de participación de los ciudadanos. Y tal objetivo puede perseguirse no tanto, o no sólo, mediante una extensión al recurso del jurado popular o de los jueces honorarios, sino garantizando el acceso al canal judicial⁶⁸ de grupos de otra forma marginados y –en la estela de cuanto ha sucedido en el procedimiento administrativo– activando un «proceso participado» mediante la transposición de formas de implicación de los interesados, de contra los interesados y de partes colectivas en la concreta administración de justicia⁶⁹, no separada de un profundo proceso de simplificación normativa.

Hay que decir, por otra parte, que la inadecuación y la ineficiencia de la función jurisdiccional respecto a la demanda de justicia que provienen del cuerpo social, no representa, sin embargo, el único problema o, cuando menos, ese problema está estrechamente vinculado con la incertidumbre y la imprevisibilidad de los criterios utilizados por jueces y por tribunales para

⁶⁷ El problema de la duración de los procesos, de la «honorosidad de la cantidad de procedimientos judiciales, además del carácter rutinario de su gran mayoría es ciertamente el argumento fáctico más actual y práctico para fundar una suerte de neorrealismo jurídico, en el cuadro de un cambio cultural cívico que propone leer el judicial más como servicio al ciudadano que como poder, quizás ideologizado, teleologizado o erigido en “gobierno de los jueces” por su papel de participación en los procesos de gobierno» (BETTINI R., *Sociologia della giustizia e...* cit., p. 22). Entre las propuestas dirigidas a reducir los tiempos procesales, suscita perplejidad la hipótesis de abolir el segundo grado de juicio, en el caso en que el imputado sea absuelto plenamente en el proceso de primer grado. No se quiere aquí negar la inaplazabilidad de un proceso de reforma que convierta al sistema judicial en adecuado a las exigencias de una sociedad moderna y contemple en primer lugar una recuperación de funcionalidad y la articulación de tiempos breves y sobre todo ciertos para los procesos. Sin embargo, tales objetivos no pueden perseguirse recurriendo a instrumentos del todo ajenos a nuestra tradición jurídica, como la eliminación del juicio de apelación. En ese cuadro, como se ha sostenido (Gonzales), podrían conseguirse resultados mejores con la supresión del vigente principio de la prohibición de *reformatio in pejus* en caso de recurso solicitado por el imputado, que no exponiendo al apelante al riesgo de una condena más grave, transforma el recurso en segundo grado en un cómodo instrumento dilatorio que contribuye de forma determinante al alargamiento de los tiempos judiciales.

⁶⁸ Que, como revela RODOTÀ S., «Attuali asimmetrie del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario», in *Poteri e giurisdizione*, Napoli, 1985, p. 185, «asume ... seguramente una función representativa, pero que, por este motivo, encuentra una legitimación democrática».

⁶⁹ Sostiene siempre Rodotà, *op. ult. cit.*, la necesidad de facilitar la presencia de partes distintas de las tradicionales, porque la articulación tradicional de las partes en el proceso no responde ya a la articulación de los intereses. Sostengo que nos movemos siempre en una óptica bidimensional, la parte privada y la parte pública, cuando ya la realidad es tridimensional. Y en algunos procesos esto ha sido descubierto: bien o mal el estatuto de los trabajadores y el proceso laboral habían ofrecido algunas pistas. Por tanto, la presencia de partes colectivas, posibilidad, también para compensar desequilibrios y defectos de información del juez, de presentación de aquello que en otros sistemas son las formulaciones de tesis, documentaciones por parte de sujetos que formalmente con aquella controversia o con aquel conflicto no tienen nada que ver, que con su atención demuestran que el conflicto ha entrado en una dimensión no reconducible al viejo esquema. Y, en consecuencia legitiman de nuevo el papel del juez y le brindan la posibilidad y conocimientos que de otra forma no tendría, y le abren al diálogo y le ofrecen interlocutores que de otra forma, seriamente, con una interpretación voluntarista o autoritaria, el juez buscaría en la sociedad.

resolver las cuestiones que se le someten, que parecen configurar una lesión del principio de igualdad de los ciudadanos ante al ley. En particular, se registra a menudo en la resolución de las controversias, una rígida, a veces excesiva, observación sólo de reglas legislativas, no integradas, como oportet dentro del un Estado constitucional, «por los contenidos propios derivados de los principios y de las reglas» de la Carta fundamental⁷⁰. En tal cuadro de referencia, más que reconducir la función jurisdiccional en el cauce del modelo montesquiano del juez bouche de la loi, así como se auspicia por muchos lados, se trata, por el contrario, de reforzar la función creativa de la jurisdicción.

Esa «creatividad», reconocida al juez en *magna pars* por los ordenamientos contemporáneos tanto del *civil law* como del *common law*, es sin duda *legibus soluta*, debiendo responder a criterios propios de la interpretación, en particular de aquella adecuada, fundada sobre una interpretación «débil» del derecho efectuada no sólo en base a las disposiciones legislativas, sino también conforme a valores y principios constitucionales⁷¹. Así, la prevalencia de la Constitución y de los valores a ella sometidos respecto a la supremacía de la ley expande el poder de los jueces, «no más restringido a los límites angostos de la justicia formal», sino que reduce con ello, al mismo tiempo, el poder discrecional, vinculando⁷² la aplicación de la norma general y abstracta a una elección correspondiente al parámetro de los principios y de los fines de la Constitución que, en el ámbito de un Estado democrático–constitucional, permanece como fuente primaria de legitimación del poder judicial.

⁷⁰ Cfr. GAMBINO S., «Magistratura e potere politico...» *cit.*

⁷¹ Cfr. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

⁷² Mediante una síntesis y un equilibrio de valores del que resulta «la teleología adecuada» al tipo de objeto del juicio (cfr. SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 8).