

La división de los poderes y los límites del poder judicial

1. LA EXPANSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL Y SUS CAUSAS

En el debate sobre la justicia que se desarrolla desde hace ya varios años, el punto inicial lo constituye la conciencia general de la expansión de la función jurisdiccional en las democracias modernas, como resulta de la vasta literatura dedicada al tema en los diferentes países¹. Se trata de una conciencia que constituye la oportunidad para reflexionar en serio sobre las relaciones entre justicia, política y administración, ante la certeza cada vez más difundida de que semejante proceso, lejos de responder a razones circunstanciales de suplencia entre poderes, refleja modificaciones estructurales propiamente dichas de los sistemas políticos. En esta perspectiva, es inevitable preguntarse de qué manera la expansión de la función jurisdiccional está destinada a repercutir en el conjunto del régimen de los poderes del Estado de derecho², según un modelo que se puede considerar compartido por todas las democracias modernas. No debe olvidarse, en efecto, que el “Estado de derecho” expresa fundamentalmente una forma de Estado en la que “el poder de señorío” (*die Herrschergewalt*) se ve limitado con el fin de garantizar la libertad de

los individuos. Si, por otra parte, se considera que las características estructurales que definen ese paradigma deben identificarse ante todo en la rígida separación de los poderes y en la vigencia del principio de legalidad³, y que precisamente en este plano se advierte hoy en día una drástica alteración de la fisonomía originaria del paradigma mismo, es comprensible que la doctrina se pregunte si el principio de separación de los poderes no contiene acaso en sí, en realidad, una contradicción insuperable⁴.

El problema es de no poca monta, y en este lugar es posible proporcionar, como es obvio, tan sólo algunos motivos de reflexión, a partir, en primer término, de los factores que, según el análisis tanto sociológico como jurídico, están en la base del fenómeno.

Ante todo, se da una transformación del papel de la ley, que indica que el plano puramente formal de la legalidad, incluso en su significado más completo y profundo, ya no resulta suficiente: en la época del constitucionalismo, la uniformidad de la ley igual no está, en efecto, en condiciones de satisfacer la multiplicidad de las demandas de tutela, que son, en esencia, demandas de justicia⁵.

La ley, en cuanto está destinada a resolver problemas, se convierte fisiológicamente

en expresión de intereses, que no necesariamente corresponden a los de todos los asociados: de ahí la idea de su carácter parcial o, en cualquier caso, el ocaso de su supuesta neutralidad. Esta transformación en el contenido se advierte en el hecho de que la ley hoy en día tiende a menudo, más que a enunciar una voluntad general indistinta, a indicar un punto de mediación de intereses, incluso contrapuestos, mudables en el tiempo, en el espacio, en la duración, en las dimensiones, etc.

Ahora bien, cuando surge la dificultad, o incluso la imposibilidad, de identificar ese punto de mediación, el legislador recurre a las cláusulas generales, significativas, a medida que nos aproximamos a la concreción de los intereses, de la inadecuación del lenguaje según arquetipos generales, con la consecuencia de transferirle al juez la tarea de ponderar los intereses en juego, de identificar aquellos que deben prevalecer y de establecer en concreto la regla.

Otro factor que se debe considerar es el fenómeno, que caracteriza a las democracias pluralistas, de la disgregación, en forma simultánea con la extensión de las tareas de intervención del Estado, de la concepción monolítica de la organización pública. A esto corresponde una estructura organizacional de los poderes públicos basada en una red de centros de decisión en competencia entre sí, que requieren de una obra de control más penetrante por parte de un sujeto neutral, además en razón de la acentuada tendencia a la difusión del fenómeno de la corrupción y de la mala administración.

Puede agregarse, por otra parte, el decidido crecimiento de la denominada “demanda social de normas”⁶, contemporánea de la tendencia del Estado de derecho a transformarse en Estado social⁷, y que encuen-

tra su causa en la tensión de los individuos, así como de las organizaciones sociales, hacia el lugar en donde emergen y se consagran, al nivel normativo, nuevos intereses y nuevas pretensiones. Se trata de intereses que en el pasado estaban confiados, por lo general, al proceso de composición propio de la autonomía privada, o que incluso se consideraban carentes de un sujeto al cual imputarlos, y que exigen hoy ser reconocidos, prescindiendo de la posibilidad de referirlos a un titular, ya sea genérico o específico; basta pensar en el medio ambiente, la calidad de vida, el saber, la seguridad o la paz, además de en tantos otros bienes de este tipo.

La consecuencia es también el aumento progresivo de la conflictividad, iniciado por el creciente número de titulares de situaciones subjetivas contrapuestas o en conflicto; dicha conflictividad se convierte en la sede preferida, si bien no necesaria⁸, de composición ante la autoridad judicial, ya sea por la garantía de independencia y de imparcialidad que ésta ofrece, o ya por la capacidad que la misma demuestra para darle a los problemas respuestas con frecuencia más inmediatas y eficaces que las de los aparatos administrativos. De allí resulta, al mismo tiempo, un fenómeno de “publicación” de los ordenamientos sociales, incluso de aquellos mínimos y tradicionalmente capaces de autorregularse (escuela, familia, asociaciones), que se deriva del contacto inevitable de estos ordenamientos con la disciplina jurídica de orden estadual; se trata del fenómeno que los estadounidenses denominan de manera eficaz como *due process revolution*, que induce a quienes pertenecen a esos ordenamientos a depositar en el órgano judicial el conocimiento de los conflictos que conciernen a los diferentes aspectos de la vida de la formación social⁹.

2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En el ámbito de un cuadro definido de esta manera, la justicia constitucional, en la ambivalencia de una función que tiende a situarse en una línea de frontera entre derecho y política¹⁰, puede considerarse ella misma como la manifestación principal y más llamativa de la tendencia expansiva del papel de los jueces.

Es una opinión ya muy difundida aquella según la cual las constituciones contemporáneas son importantes no sólo por las reglas formales que enuncian, sino también por los principios y valores que expresan¹¹, los cuales indican elecciones; y las elecciones terminan por requerir una continua actividad de control de la conformidad del ordenamiento con sus principios y valores fundamentales, que comporta, cuando las normas resultan en contraste con ellos, la caducidad, en virtud del poder atribuido a un juez especial, de las leyes. Los tribunales constitucionales cumplen así la tarea de darle un contenido a esa «revolución de los derechos humanos» que caracteriza de manera peculiar a nuestra época.

El particular papel creativo de la justicia constitucional tiene su clave de bóveda en el criterio de la razonabilidad y en el papel cada vez mayor de éste.

La razonabilidad, entendida como aspiración a la justicia, se resuelve en el uso de una gama de parámetros tendencialmente abierta. Se llega así a valorar el mérito de la norma, en vista del juicio sobre su compatibilidad con los valores de la Constitución, a través de operaciones de comparación y graduación que responden a técnicas de decisión ampliamente practicadas, en especial por la jurisprudencia constitucional estadounidense, alemana e italiana¹².

La misma Corte constitucional italiana, en diversas oportunidades, ha rechazado «la

interpretación que le atribuye a un enunciado normativo un significado absurdo o no razonable», privilegiando así, desde pronunciamientos antiguos, el criterio de la «razón idónea» del ordenamiento legislativo (sent. 46 del 15 de julio de 1959; pero *cfr.* también sent. 400 del 19 de enero de 1995, y 37 del 17 de febrero de 1994). La interpretación de la ley realizada a la luz del principio de razonabilidad, al resolverse en el poder-deber del juez de establecer si el ordenamiento legislativo se adecua a su propio objeto¹³, ha terminado por favorecer una sustancial expansión en el tiempo del papel creativo de la justicia constitucional que se refleja así mismo en la tipología de las sentencias. Al pronunciarse sobre la conformidad o no conformidad de una disposición legal con el parámetro constitucional, la Corte confirma o excluye su eficacia. En la praxis de la jurisprudencia constitucional italiana este esquema, en apariencia lineal, se ha venido complicando, a tal punto que la tipología de los pronunciamientos ha terminado por enriquecerse en forma notable: al lado de los pronunciamientos de rechazo o de aceptación se habla de «sentencias interpretativas», correctivas, de adecuación, manipulativas, creativas, de integración, didascálicas. Estas locuciones sirven para indicar diferentes grados y modalidades de eficacia de la decisión respecto de la norma impugnada. Merecen especial mención tres tipos de sentencias, a saber: las sentencias correctivas, las creativas y las aditivas, es decir las sentencias que, para reparar errores u omisiones del legislador, se concretan en la formulación de nuevas normas.

3. EL JUEZ ORDINARIO

A la obra de la justicia constitucional ha correspondido en estos años la del juez

ordinario, cuya actividad a menudo ha sido estimulada e impulsada por la misma jurisprudencia constitucional hacia la búsqueda y la actuación de los valores fundamentales del ordenamiento.

A partir de la premisa según la cual también el juez ordinario es un guardián de dichos valores, la jurisprudencia constitucional en diferentes oportunidades ha enunciado, en efecto, el principio de que, antes de remitir la cuestión a la Corte Constitucional, le corresponde al juez buscar, entre las interpretaciones posibles de la norma, aquella conforme con la Constitución. De esta manera se ha asegurado, a lo largo de los años, una tutela efectiva ante situaciones que no estaban consideradas de manera expresa en las leyes, favoreciendo el reconocimiento jurídico de valores enraizados en la conciencia social, si bien no dotados de una protección normativa específica. Y esto, en buena parte, mediante la atribución del alcance de normas preceptivas, inmediatamente accionables en las relaciones entre particulares, a diferentes principios constitucionales¹⁴, y mediante la atribución, al mismo tiempo, del rango de valores constitucionales a una serie de intereses colectivos difusos, comprendidos en los denominados “nuevos derechos”¹⁵. Por lo tanto, el reconocimiento de la llamada *Drittwirkung* de las normas constitucionales le ha dado voz a nuevas situaciones jurídicas, imponiéndole al juez su ponderación y la búsqueda del equilibrio con otros intereses tradicionalmente reconocidos por los ordenamientos¹⁶.

Es interesante constatar, por lo demás, que la tutela y la actuación de los valores constitucionales en ocasiones han sido solicitados por la jurisprudencia constitucional a través de indicaciones dirigidas incluso a hacer caer la norma, cuando la misma ha resultado inadecuada para comprender la complejidad social, transformando la re-

gla en principio y atribuyéndole al juez la tarea de identificar la situación concreta de los intereses. En este sentido resulta emblemática la orientación adoptada por el juez constitucional italiano en materia de adopción. En especial, la sentencia 349 de 1998, al declarar la inexecutable del artículo 6.º de la Ley 184 del 4 de mayo de 1983 (que reglamenta la adopción y la tutela de los menores) que establecía en dieciocho años la diferencia mínima de edad entre los adoptantes y el adoptado, ha depositado sustancialmente en el juez ordinario la facultad de disponer la adopción, cuando faltan dichos requisitos, valorando exclusivamente el interés del menor, y siempre que la diferencia de edad sea del orden de la que suele existir entre padres e hijos¹⁷.

4. (SIGUE) EL JUEZ PENAL

De lo anterior resulta que el juez se ve llamado cada vez más a definir el punto de equilibrio de los intereses en juego, a través de una función que a veces cabe adscribir más a la categoría conceptual de proveer que a la de juzgar, sobre la base de una tendencia a reemplazar a la administración, que el mismo ha mostrado que secunda también desde otro punto de vista, es decir, el de una verificación de los hechos administrativos del Estado y de las disfuncionalidades respectivas, con miras al control penal de la actuación de los administradores¹⁸. Se trata de aquellas disfuncionalidades que, siendo comunes a los ordenamientos avanzados, deben reconducirse, según un agudo análisis, a la creciente anomia de la esfera pública, generada, por una parte, por la expansión global de las funciones que, en esa esfera, se refieren a la vida social, y por otro, por la reducción, en este campo, de la capaci-

dad de regulación del derecho como consecuencia de lo inadecuado de sus técnicas de garantía. A esto se agrega, además, la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a dislocarse en sedes invisibles y extra institucionales¹⁹.

Me refiero con ello a problemas bien conocidos en los diferentes países, y entre los que quisiera señalar, por su importancia, el tema de la financiación pública de la política, tema que suscita una serie de interrogativos que se refieren no solo a la posición constitucional de los partidos, sino también a la influencia que pueden tener los mecanismos de financiación sobre el carácter democrático de los procesos decisorios en el interior de los diferentes ordenamientos.

Ante estos fenómenos ha ido surgiendo, con contornos cada vez más claros, una nueva figura de juez que, luego de dejar a sus espaldas el arquetipo tradicional de guardián de la colectividad respecto, casi de manera exclusiva, de los delitos llamados comunes, tiende a constituirse en referencia estable de la verificación y del control de las disfuncionalidades de los aparatos públicos. De ahí el amplio debate sobre temas entre los que merece señalarse en particular, por su alcance de principio, el de la búsqueda –en la difundida conciencia de lo problemático del abandono del esquema tradicional de la separación de los poderes– de un nuevo posible criterio de distinción entre administración y justicia, a la luz de la especial relevancia que adquiere en materia penal el principio de legalidad estricta²⁰.

El problema más delicado es –como se sabe– el de la relación entre competencia administrativa y competencia penal (o criminal), en aquellos casos en que la ley penal requiere como elemento constitutivo del supuesto de hecho criminal la ilegalidad

del acto administrativo. En estos casos se trata, en efecto, de establecer si subsiste una esfera de la acción administrativa sustraída al escrutinio del juez penal, en aquellas hipótesis en que se discute del ejercicio del poder discrecional, y por lo tanto del corazón de la elección administrativa; o si, por el contrario, la competencia administrativa está destinada a ceder por completo su lugar a la competencia penal.

Más allá de las diferentes soluciones que se han dado a este problema en los distintos ordenamientos, quisiera poner de relieve que hoy en día existe entre los estudiosos la necesidad de una profunda reflexión sobre el tema de la legalidad, tanto penal como administrativa, con miras a una redefinición de las relaciones que, garantizando la certeza del derecho, le devuelva al derecho penal su función de control, como extrema *ratio*, sobre los delitos más graves²¹.

En cuanto a las tendencias evolutivas del ordenamiento italiano, hay dos elementos que cabe señalar, tanto desde el punto de vista del derecho sustancial como del derecho procesal. Desde el primer ángulo, debe recordarse la reforma en materia de delitos contra la administración pública, que ha llevado a la abrogación del delito de interés particular en el ejercicio de la función pública (art. 324 C. P.) y a la redefinición del delito de abuso del cargo (art. 323 C. P.), con el fin de establecer, de manera más precisa, sus elementos constitutivos, a través de la relevancia atribuida al carácter patrimonial de la ventaja ilícita perseguida por el delincuente y a la injusticia del daño ocasionado por el mismo. De esta manera se ha querido reducir el ámbito del control penal sobre la esfera de la discrecionalidad administrativa, eliminando así la falta criminal de intereses y finalidades personalistas, diferentes de los mencionados, que, como sucedía con anterioridad, atraían a la órbita

del derecho penal la actividad del funcionario público.

Desde el punto de vista de las garantías procesales, se debe recordar la reforma constitucional de fines de 1999, que luego de un amplio y encendido debate fijó, a través de la reformulación del artículo 111 constitucional, los cánones del llamado proceso justo, estableciendo en especial que el proceso penal está regulado por el principio del contradictorio en la formación de la prueba, en condiciones de paridad entre acusación y defensa, ante un juez tercero e imparcial.

5. EL NUEVO PAPEL DEL JUEZ Y LOS CÁNONES DE LA INTERPRETACIÓN

Si bien con las peculiaridades y las especificidades que, por los problemas aquí afrontados, emergen cuando nos adentramos en el campo penal, no es errado afirmar que, hoy en día, el juez, al alejarse progresivamente de la idea del poder nulo, aparece cada vez más en el centro del conflicto sustancial entre intereses²² que éste tiende a equilibrar sobre la base de cánones de juicio que ponen en crisis las reglas tradicionales de la interpretación.

En el Estado de derecho de corte liberal la ley, general y abstracta, se presume, además de igual, clara e inmediatamente descifrable en su texto, de manera que la actividad del juez consiste por lo general en la aplicación de la norma al caso concreto, según una suerte de desarrollo lineal de su obra a partir de la orden legislativa. Y ello es tan así que, en la época revolucionaria, pero también después, con la codificación napoleónica, de la actuación del juez se excluye, en principio, la interpretación. En efecto, ésta podría deformar la voluntad del legislador, al cual, por el contrario, el

juez que no logra o no puede resolver la duda interpretativa para el caso sometido a su juicio está obligado a someter la cuestión (instituto del *référé législatif*).

Si se toma en consideración el conocido brocardo *in claris non fit interpretatio*, se puede constatar que su significado más recóndito, más allá de la aparente obviedad tautológica de la fórmula, consiste, según la interpretación que propone GINO GORLA, en considerar *clarus* como sinónimo de *expressus*, de manera que, queriendo parafrasear el brocardo, se podría enunciarlo como sigue: «si nos encontramos en presencia de una norma clara, es decir expresa, específica y determinada, no hay lugar para la interpretación»²³. En otros términos, la interpretación es, en cierto sentido, una operación alternativa y puramente eventual respecto de la norma expresa, que se aplica sin más. O, mejor aún, la interpretación se identifica con la aplicación²⁴.

Los códigos, herencia de la época napoleónica, no hacen otra cosa que consagrar esta fórmula atribuyéndole el valor de precepto y reafirmando así esa suerte de delimitación de fronteras entre jueces y legisladores a que se hacía referencia: el juez, en el fondo, recurrirá a las reglas y a los criterios de la interpretación tan solo de manera residual, cuando no haya logrado aplicar la norma atribuyéndole el sentido que evidencia el significado de las palabras.

Esta perspectiva —típica del derecho entendido como sistema de conceptos obtenidos de las normas positivas según un procedimiento puramente lógico-deductivo— resulta, sin embargo, ampliamente superada por la cultura jurídica contemporánea, como lo demuestra, en el ámbito del proceso de revisión crítica del positivismo jurídico, el debate que, desde hace tiempo, se desarrolla en torno a la pre-comprensión como conjunto de conocimientos, incluso

de prejuicios, que se encuentran presupuestos en todos nuestros actos de interpretación; conjunto que el proceso de interpretación puede ir corrigiendo, pero sin el cual no se puede ni tan siquiera comenzar²⁵. Se sabe, de otra parte, que hoy por hoy se comparte ampliamente la necesidad de que la actividad interpretativa alcance resultados racionalmente aceptables y adecuados a las necesidades del caso, en el respeto del principio de proporcionalidad entre las premisas y las consecuencias del razonamiento jurídico, sin descuidar, al mismo tiempo, el aspecto teleológico de la interpretación. Más en general, es el caso de recordar el sentido que hoy se tiende a darle a la hermenéutica como método capaz de producir nuevos conocimientos, en el ámbito de sistemas que no pretenden legitimarse exclusivamente sobre la base de su racionalidad formal, sino que tienen en cuenta así mismo valores meta-jurídicos reconocidos en las cartas fundamentales, que se deben asumir como instancias superiores de control de legalidad del derecho positivo²⁶.

6. LOS REFLEJOS SOBRE EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE LOS PODERES

De lo anterior se puede deducir que la vía de la legitimación del derecho se ha alargado, al no basarse ya en el simple principio de consagración normativa²⁷, de tal manera que hace necesarios nuevos cánones de juicio, sobre la base de los cuales el juez, además de afirmar que es el guardián de los nuevos derechos, se constituye ante el poder político como intérprete de las expectativas de la comunidad, entre las cuales la de una correcta gestión de la cosa pública no es ciertamente la última.

En la reaparición, en términos actuales, de la histórica contraposición entre

gubernaculum y *iurisdictio* el acrecido papel de la justicia en los sistemas democráticos, irreversiblemente orientados hacia «la multiplicación de los centros de poder dentro y fuera del Estado»²⁸, termina por convertirse, así, en uno de los motivos fundamentales de la crisis del principio de la separación de los poderes, por lo demás ya quebrantado por el superamiento de la idea del predominio absoluto de la ley formal en el sistema de las fuentes del derecho²⁹.

Como se sabe demasiado bien, en la concepción clásica de la separación de los poderes le corresponde a la ley, entendida en sentido formal, la función de asegurar la unidad del ordenamiento, que se realiza mediante la necesaria subordinación a la orden legislativa de la administración y de la jurisdicción³⁰. Esto sobre la base del supuesto de que la ley tiene la tarea de disponer y no de proveer³¹; es decir, de establecer normas generales y abstractas que luego le corresponde a la administración traducir en reglas del caso concreto, a través de actos y disposiciones, y al juez aplicarlas al supuesto de hecho concreto, en el ejercicio de una función que se caracteriza por su contenido declarativo de la *voluntas legis*, según la visión clásica del *ius dicere*³².

Por lo demás, se puede recordar que la relación entre el poder normativo y el poder de ejecución y actuación de la ley, en los términos en que se entendía en la doctrina liberal clásica, fue sometido a revisión crítica ya por Jellinek, según el cual «la diferencia entre derecho y administración no se puede establecer sobre la base de las categorías de la generalidad y de la unidad, ni en la oposición de lo abstracto y de lo concreto, ni de lo general y lo individual»³³.

Respecto de los temas aquí indicados se puede recordar, así mismo, la reconstrucción por grados del ordenamiento jurídico, elaborada por la doctrina del *Stufenbau*,

que plantea la relación entre legislación y ejecución en términos de relación entre un acto jerárquicamente superior, la ley, y la norma subordinada, condicionada en su validez por aquélla³⁴. De acuerdo con este enfoque, todo acto jurídico del Estado es a la vez normativo respecto del acto sucesivo en la secuencia procedimental y ejecutivo respecto del acto superior, de manera que debe negarse toda separación rígida de los poderes basada en el momento de la producción normativa y en el de la ejecución, y se debe hablar, más bien, de una distribución de las funciones de creación y aplicación del derecho que se refiere también a la actividad jurisdiccional³⁵.

Se sabe así mismo que los planteamientos posteriores tienden a disociar la actividad de producción normativa de la forma del acto, y prefieren recurrir, en la reconstrucción del sistema de las fuentes, al concepto de competencia³⁶.

7. LOS NUEVOS CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DE LAS ESFERAS DE ATRIBUCIÓN: *CHEKS AND BALANCES*

Más allá de las mencionadas interpretaciones, en cualquier caso es cierto que en las experiencias contemporáneas la distinción entre producción normativa y ejecución, como contraposición entre norma abstracta y disposición concreta³⁷ tiende a desaparecer al tiempo con un papel del juez que, en su actividad de «concreción creativa» de la norma³⁸, se afirma cada vez más como el verdadero garante de la unidad y la efectividad del ordenamiento. Ante esto, el problema del Estado se convierte en el de reglamentar la nueva relación entre las diferentes funciones, a partir de la conciencia de que, si estas últimas deben reflejar el movimiento y las exigencias de la sociedad³⁹, el imperativo fundamental sigue sien-

do en cualquier caso el de evitar una excesiva expansión del momento de la autoridad en desmedro de la libertad⁴⁰.

En la búsqueda de nuevos equilibrios posibles, la reflexión teórica más reciente parece inclinarse por encontrar el significado actual de la separación de los poderes en especial en una descomposición de la autoridad que garantice la «no acumulación del poder estadual» y el respeto de la autonomía de cada centro de decisión⁴¹.

Este objetivo, según una literatura bastante aceptada, se puede realizar tan solo si se garantiza la autonomía de todos los «elementos del sistema de *checks and balances* establecido por la Constitución»⁴². En esencia, así no se quiera considerar completamente superado el esquema de la competencia general de cada órgano en relación con cada una de las funciones tradicionales, la solución del problema parece poderse encontrar en un modelo cercano al del juez Madison, de frenos y contrapesos, o de las *mutual relations* entre los diferentes centros de poder⁴³, que se concreta, en especial, en la atribución de un poder de freno a los diferentes órganos que le impide a los otros desbordarse, según la conocida fórmula *each other in their proper places*⁴⁴.

De acuerdo con los desarrollos más recientes de la tesis que se examina, se trata de organizar el Estado según un modelo en el cual la realización del equilibrio resulta confiada al conjunto de reglas formales que establecen derechos, obligaciones y controles, también –y en especial– para las funciones del legislador, del administrador y del juez⁴⁵.

Un problema peculiar de la jurisdicción es, obviamente, el de establecer la manera como debe operar el sistema de *checks and balances*, salvaguardando, al mismo tiempo, el principio de independencia y de tercería del juez, que en los sistemas de democracia madura expresa tanto una ne-

cesidad de garantía del poder judicial como el rasgo característico y unificador de la función⁴⁶. Desde un punto de vista en cierto modo opuesto al señalado, es preciso preguntarse, al mismo tiempo, qué controles deben operar respecto de los jueces, en especial en los ordenamientos de Europa continental, en donde no se encuentran para ellos, como sí sucede en otras realidades, circuitos análogos a aquellos a través de los cuales normalmente se hace valer la responsabilidad política del legislador y de los administradores.

Se afirma la doble exigencia de establecer un control eficaz sobre la actuación de los jueces que evite, al mismo tiempo, el llamado “gobierno de los jueces” y que no anule la independencia de la función jurisdiccional, que tiene uno de sus rasgos fundamentales en el principio de la “reserva de sentencia” o de “pronunciamiento de sentencia” (*Urteilsfallung*), que indica la necesidad de que el resultado de la actividad judicial —ya sea que se resuelva en la aplicación del derecho (*Rechtsanwendung*), en la concreción creativa del derecho (*rechtschaffende Konkretisation*) o en la creación directa de nuevas normas de conformidad con el sistema (*direkte systembezogene Neuschaffung*)— se consagra en una providencia no modificable por los demás poderes del Estado. Esto, sin embargo, no excluye que la providencia sea susceptible, a través de la motivación que la sostiene, de un escrutinio sobre el principio de derecho aplicado, así como de un control de legalidad constitucional.

8. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En la inagotable y nunca del todo definida confrontación entre jurisdicción, política y administración, otra institución que ha

ido adquiriendo relevancia con el correr del tiempo, en el plano del control de legalidad constitucional, es la del recurso al conflicto entre poderes del Estado como «mecanismo de seguridad»⁴⁷ del ordenamiento constitucional, destinado a componer las controversias que se refieren a la «vida del Estado» (las llamadas *Staatsstreitigkeiten*)⁴⁸, mediante la verificación de la «regularidad constitucional» y la defensa, realizada a través de la adopción de providencias constitutivas, del orden constitucional⁴⁹.

Al respecto, la Corte Constitucional italiana, sobre la base de una competencia específica que le atribuye la Constitución, ha sido llamada, en especial desde hace una década, a trazar cada vez más a menudo los límites entre la actividad de los jueces y la actividad política, en el ámbito de las garantías dispuestas por esta última en la norma contenida en el artículo 68 constitucional, que prevé, en su primer inciso, que «los miembros del Parlamento no pueden ser llamados a responder por las opiniones expresadas y por los votos depositados en el ejercicio de sus funciones».

El tema del examen de las opiniones expresadas por los parlamentarios ha sido afrontado en diversas oportunidades por el juez constitucional, en especial respecto de las actividades de divulgación externa de las elecciones y de las posiciones del parlamentario, llegando, en últimas, a la conclusión de que el criterio de distinción entre las actividades que gozan de la garantía constitucional y las actividades que permanecen por fuera de ésta se debe identificar en el nexo funcional que debe ligar la actividad parlamentaria y ese conjunto de declaraciones, juicios y críticas a menudo presentes en la actividad política de diputados y senadores. Para encontrar este nexo funcional no basta con la simple comunidad de argumentos,

objeto de actividades parlamentarias típicas y de declaraciones hechas por fuera de éstas, así como tampoco basta con la posibilidad de reconducir estas declaraciones a un mismo contexto político. Es preciso, en cambio, que la declaración pueda calificarse como «expresión de actividad parlamentaria», lo que sucede por lo común si y en la medida en que subsiste una sustancial correspondencia de significado entre las declaraciones hechas por fuera del ejercicio de las actividades parlamentarias típicas desarrolladas en el Parlamento, y las opiniones manifestadas en el ámbito de estas últimas (recientemente: sent. 321 de 2000).

9. CONCLUSIONES

¿Qué conclusiones se pueden extraer de este rápido *excursus*?

Hoy en día, más de doscientos años después de la Revolución Francesa, que afirmó la primacía de la ley igual, acaso se pueda reconocer honestamente que la ley, como mecanismo general idóneo y abstracto para la determinación de la racionalidad posible, ha manifestado ampliamente su propia insuficiencia.

La omnipotencia del legislador—coherente con la concepción clásica del Estado de derecho—, si bien auspiciada con fines de garantía general, ha terminado, muchas veces, por sofocar las exigencias reales de la vida.

Todo ello ha estimulado un papel cada vez más activo y partícipe de los jueces, que se ha traducido en una función propulsiva y creativa de la jurisprudencia, obligada a medirse con técnicas y lenguajes diferentes de aquellos tradicionalmente autorreferenciales propios del positivismo jurídico clásico. En el fondo, se trata del modo en que se manifiesta una creciente demanda de justicia sustancial: como si, al multiplicarse, por muchas razones, las posibilidades y las

ocasiones de los conflictos, explotara continuamente la necesidad de un mecanismo apto para componerlos eficazmente.

En países de tradición romano-canónica no es posible afirmar en forma drástica el ocaso definitivo de la primacía de la ley como orden general y abstracta. Pero ciertamente es posible registrar el superamiento histórico del énfasis ilustrado y la búsqueda de soluciones, racionales y razonables, que le permitan a los jueces, en la dramática confrontación entre exigencias en contraste, responder a las necesidades, a las voces de espera y de esperanza de la sociedad⁵⁰.

Sin embargo, es evidente que en un sistema en el que el control sobre el correcto ejercicio de la función jurisdiccional se halla confiado, en primer término, a los mismos jueces, corresponde a ellos «prestarle especial atención al lado objetivo de su actividad: a la cualidad de la jurisprudencia y a su función normativa». En efecto, no cabe duda que la fragmentación del derecho objetivo y su sometimiento al llamado «politeísmo de los valores reconducibles al texto constitucional» requiere, respecto de la concepción del juez como boca de la ley, una mayor conciencia de los conflictos en juego y de las cuestiones de justicia implicadas, y por lo tanto una mayor prudencia y una mayor capacidad de argumentar por principios, en función de la estabilización y la legitimación del derecho mismo.

Se trata, en otras palabras, de adquirir una familiaridad cada vez mayor con el juego de los valores en contraste, con el método de la valoración de las razones de los contendientes que se confrontan, con las innumerables posibilidades ocultas en los sucesos y en la vida de los hombres.

MASSIMO VARI

Ex Magistrado Corte Constitucional italiana

Traducción

SANTIAGO PEREA LATORRE

1. Sobre esta expansión *cfr.*: GUARNIERI y PEDERZOLI. *Democrazia giudiziaria*; C. NEAL TATE y TORBJORN VALLINDER (eds.). *The global expansion of judicial power*, 1995; ALEC STONE SWEET. *Governing with judges*, Oxford, 2000.

2. CARAVITA. “Giustizia e riforme costituzionali”, en: *La riforma costituzionale*, actas del congreso de Roma de la Asociación de Constitucionalistas, 6 y 7 de noviembre de 1998. Padua, 1999, p. 366.

3. JELLINEK. *La dottrina generale dello Stato*. Milán, 1920, pp. 604 ss.; CARRÉ DE MALBERG. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, pp. 231 ss.

4. LEISNER. “L'Etat de droit: une contradiction?”, en: *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*. París, 1974, pp. 65 ss.

5. FORSTHOFF. *Stato di diritto in trasformazione*. Milán, 1964.

6. PIZZORNO. *Il potere dei giudici*, pp. 39 ss.

7. LUHMANN. *Potere e complessità sociale*. Milán, 1979; HABERMAS. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Bari, 1975.

8. La solución de estos conflictos podría, en efecto, atribuirse en forma eficaz a autoridades diferentes de la autoridad jurisdiccional, como a autoridades administrativas, domésticas, cuasi jurisdiccionales, etc. En este sentido *cfr.* CARAVITA. *Giustizia e riforme costituzionali*, cit., p. 368.

9. BOBBIO. *Il futuro della democrazia*. Turín, 1984; ARON. *Teoria dei regimi politici*. Milán, 1973.

10. *Cfr.* también las indicaciones de SCHMITT. *Il custode della Costituzione*. Milán.

11. Kelsen. “Democrazia”, en: *Il primato del parlamento*. Milán, 1982; FORSTHOFF. *Stato di diritto in trasformazione*, cit.; *cfr.* así mismo, D'ATENA. *Principi e valori costituzionali*.

12. CHELLI. *Il giudice delle leggi*. Bologna, 1999, p. 51.

13. CRISAFULLI. “Ancora in tema di uguaglianza”, en: *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, p. 747. En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Constitucional italiana se ha referido en diferentes oportunidades a este tipo de significado de la razonabilidad, en el juicio de constitucionalidad de la ley. A simple título de ejemplo, se puede recordar que, en relación con el último inciso del artículo 13, según el cual «la ley establece los límites máximos de la detención preventiva», el juez constitucional ha afirmado que el control sobre la razonabilidad de los términos máximos de detención debe realizarse de acuerdo con los fines perseguidos por el legislador y con las circunstancias en las que éste haya actua-

do (Ley 15 del 1.º de febrero de 1982). En materia de libertad de asociación, la Corte ha considerado que los límites que a ésta se le pueden imponer deben ser «constitucionalmente justificados» y, en cualquier caso, no deben tener incidencia en «el contenido esencial y típico» del derecho tutelado (Ley 417 del 25 de noviembre de 1993); y en materia de limitación de la libertad religiosa ha afirmado el principio de la «razonabilidad, de la proporcionalidad y de la necesidad de la limitación» en relación con otras situaciones constitucionalmente relevantes (Ley 467 del 19 de diciembre de 1991). Así mismo, en el caso del derecho de actuar y defenderse en juicio, consagrado en el artículo 24 constitucional, la Corte ha afirmado que este derecho se funda en el principio de la «efectividad de la función jurisdiccional», cuyo respeto depende de la «razonabilidad» de las elecciones legislativas, es decir, de la «adecuación y efectividad de los instrumentos de defensa» y de la necesidad de «no hacer la tutela jurisdiccional excesivamente difícil» (ordenanza 390 del 9 de noviembre de 1993).

14. GUASTINI. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, 1998.

15. Como ha sucedido con el derecho al medio ambiente sano, que se considera tutelado por el artículo 32 constitucional, en cuanto comprendido en el derecho a la salud entendido como derecho a la integridad psicofísica.

16. Al respecto, en el campo del derecho civil se puede pensar en el contencioso en materia de emisiones, en donde, como consecuencia del reconocimiento del derecho del individuo a la salud, fundado directamente en el artículo 32 de la C. P., el juez ha tenido que proceder a la delicadísima obra de encontrar un equilibrio de ese interés con el del propietario, a menudo en conflicto y dotado también de valor constitucional, en un esfuerzo por ofrecerle al individuo amenazado en la integridad del bien fundamental de la salud instrumentos de tutela efectivos y eficaces, en gran parte desconocidos para el sistema del Código Civil, inevitablemente orientado según la lógica de la propiedad. Siempre en relación con el derecho a la salud, se puede reflexionar sobre la difícil obra de equilibrio desarrollada por la Corte de Casación en los casos en que la amenaza a la integridad psicofísica se deriva de la administración, cuando ésta actúa en ejercicio de poderes de naturaleza pública. Ahora bien, al respecto los resultados más recientes de esta elaboración han conducido al juez de constitucionalidad a afirmar que ante la salud la administración pública actúa siem-

pre en los hechos, con la consecuencia de que la posición alegada por el individuo respecto de la acción pública se debe valorar siempre, respecto del interés en la conservación del bien de la salud, como de derecho perfecto.

En el campo del derecho administrativo, se puede pensar en la elaboración teórica que ha conducido a admitir, con base en el artículo 24 constitucional y en la necesidad de que la tutela jurisdiccional sea efectiva, la posibilidad de tutelar, por vía cautelariva, a través de la suspensión del acto prevista por el artículo 21 de la Ley 1034 de 1971, los intereses pretendidos, en especial de los de procedimiento, abriendo así el camino para la suspensión de los actos llamados negativos. Por lo demás, se puede recordar el debate que, siempre a partir de la exigencia de efectividad de la tutela jurisdiccional, ha conducido a los jueces administrativos a aplicar la tutela por vía de urgencia prevista en el artículo 700 del CPC a los juicios administrativos en que se trate de posiciones de derecho subjetivo del recurrente, antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional que ha declarado la inexecutable del artículo 21 de la Ley 1034 de 1971 allí donde no permite que el juez administrativo adopte los proveídos de urgencia oportunos en las controversias patrimoniales en materia de empleo público.

17. Por otra parte, ya en la sentencia 303 de 1996 la Corte había afirmado la necesidad de permitirle al juez distanciarse en forma razonable, en el interés del adoptando, de la distancia máxima de edad, fijada de manera rígida en cuarenta años por el legislador, ante el peligro de un daño grave e irreparable derivado de la imposibilidad de adopción.

En el mismo sendero se sitúa la sentencia 418 de 1998 con la que la Corte ha declarado la inexecutable del inciso 1.º, artículo 177 del C. P., allí donde preveía la revocatoria de la libertad condicional en caso de condena por cualquier delito o contravención de la misma índole, en lugar de establecer que la libertad condicional se revoque si la conducta del sujeto, en relación con la condena de que ha sido objeto, resulta incompatible con la permanencia del beneficio. Por último, respecto de los menores de edad, la sentencia 450 de 1998 ha declarado la inconstitucionalidad del inciso 4.º, literal C, artículo 30 ter, que reglamenta la concesión de los permisos-premio allí donde, refiriéndose a los imputados menores de edad, impide valoraciones flexibles e individuales respecto de la idoneidad y oportunidad de medidas-premio o de beneficios, que se consideran necesarias para que la ejecución

de la pena sea acorde con la exigencia constitucional de protección del menor.

18. BERTI. *Diritto e Stato*. Padua, 1986, p. 378.

19. FERRAJOLI. “La giustizia penale nella crisi del sistema politico”, en: *Governo dei giudici. La magistratura fra diritto e politica*. Milán, 1996, pp. 65 ss.

20. FERRAJOLI. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari, 1990, pp. 380 ss.

21. Idem.

22. PIZZORUSSO. *L'organizzazione della giustizia in Italia*. Torino, 1985.

23. GORLA. “I precedenti storici dell’art. 12 disp. Prel. Cod. Civ.”, en: *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milán, 1981, pp. 443 ss.

24. MENGONI. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milán, 1996, p. 81.

25. En palabras de ESER (*Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Nápoles, 1983 [Frankfurt, 1972]), la pre-comprensión es un «aparato categorial, adquirido [...] a través de la experiencia social, con cuyo auxilio [...] a través de la experiencia social, con cuyo auxilio el juez, de manera inconsciente, elige, registra y clasifica las características ‘manifiestamente’ relevantes de un caso y de las normas apropiadas para su solución». Al mismo tiempo, la pre-comprensión está ligada a «postulados de justicia».

26. MENGONI. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit.

27. Idem.

28. SILVESTRI. “Poteri dello Stato”, en: *EdD*. Milán, 1985, p. 711; cfr. BALDASSARRE. “Lo Stato sociale: una formula in evoluzione”, en: BALDASSARRE y CERVATI (eds.). *Critica dello Stato sociale*. Bari, 1982, pp. 44 ss.; OFFE. *Lo Stato nel capitalismo maturo*. Milán, 1997.

29. SILVESTRI. “Poteri dello Stato”, cit.; LANCHESTER. “Stato (forme di)”, en: *EdD*, Milán, 1990, pp. 796 ss.

30. JELLINEK. *Legge e decreto*. Milán, 1997.

31. Cfr. CRISAFULLI. “Atto normativo”, en: *EdD*. Milán, 1959, p. 251.

32. JELLINEK. *Legge e decreto*, cit.

33. *Ibid.*, p. 182; cfr. BOCKENFORDE. *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimononico*. Milán, 1970, pp. 85 ss.

34. HAENEL. *Studien zum deutschen Staatsrechte*, II, *Das Gesetz in formellen und materiellen Sinne*, Leipzig, 1888; KELSEN. *La dottrina pura del diritto*. Turín, 1966, pp. 266 ss. Cfr. también FIORAVANTI. *Giuristi e costituzione politica nell’ottocento tedesco*. Milán, 1979, p. 61.

35. KELSEN. *La dottrina pura del diritto*, cit.

36. CRISAFULLI. “Fonti del diritto”, en: *EdD*. Milán, 1968, pp. 925 ss.
37. *Ibid.*, pp. 927 ss.; MODUGNO. “Legge”, en: *EdD*. Milán, 1973, p. 783.
38. DOGLIANI. *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*. Roma, 1997.
39. BERTI. *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*. Padua, 1986, p. 375.
40. Según la expresión de MORTATI. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padua, 1976.
41. SILVESTRI. *Poteri dello Stato*, cit., p. 710.
42. MAZZIOTTI. *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*. Milán, 1972, p. 150; SORRENTINO. “I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato”, en: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (1967), p. 670.
43. PITRUZZELLA. *La giurisdizione della Corte dei Conti nella nuova prospettiva costituzionale*. Roma, 1997.
44. *The Federalist Papers*, 1999, p. 288; BARILE, CHELI y GRASSI. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padua, 1995, p. 464.
45. Sobre el modelo de Estado como «equilibrio razonable entre autoridad y libertad», cfr. FIORAVANTI. “Stato, storia”, en: *EdD*. Milán, 1990, pp. 708 ss.; McILWAIN. *Costituzionalismo antico e moderno*. Venecia, 1956; del mismo autor, *La rivoluzione americana: una interpretazione costituzionale*. Bolonia, 1965; OAKESHOTT. *La condotta umana*. Bolonia, 1985; ORNAGHI. “Dall’ambivalenza dello Stato moderno all’analisi della condotta umana. Oakeshott e la ricerca politica contemporanea”. *Annali dell’istituto Storico Italo-Germanico in Trento* (1979, v), pp. 279 a 307.
46. SILVESTRI. *Poteri dello Stato*, cit.; SANDULLI. “Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione”, en: *Studi in onore di A. Segni*, iv. Milán, 1967, pp. 33 ss.; SATTA. “Giurisdizione (nozioni generali)”, en: *EdD*. Milán, 1970.
47. GALEOTTI. “Garanzia costituzionale”, en: *EdD*. Milán, 1969, p. 506.
48. ZAGREBELSKY. *La giustizia costituzionale*. Bolonia, p. 369.
49. GALEOTTI. “Garanzia costituzionale”, cit., p. 508.
50. DOGLIANI. *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, cit.

