



# Cultura de la Legalidad en Iberoamérica: Desafíos y Experiencias

Isabel Wences,  
Rosa Conde y  
Adrián Bonilla (Eds.)



**FLACSO Secretaría General**  
Adrián Bonilla Soria, Secretario General FLACSO

**Editores:**  
Isabel Wences,  
Rosa Conde y  
Adrián Bonilla

344.09  
C967c    Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias / Isabel Wences Edit. ; Rosa Conde, Edit. ; Adrián Bonilla, Edit. – 1ª. ed. – San José, C.R. : FLACSO, 2014.  
314 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-9977-68-274-7

1. Iberoamérica – Legislación cultural. 2. Cultura y política – Iberoamérica.  
3. Cultura – Principio de legalidad – Iberoamérica. I. Wences, Isabel Edit. II. Conde, Rosa Edit. III. Bonilla, Adrián Edit. III. Título.

### **Créditos**

#### **Corrección de estilo:**

Alfonso Gamó

Impreso en San José, Costa Rica  
por Perspectiva Digital S.A.  
Junio 2014

Las opiniones que se presentan en este trabajo, así como los análisis e interpretaciones que en él contienen, son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de FLACSO ni de las instituciones a las cuales se encuentran vinculados.

## ÍNDICE

### CULTURA DE LA LEGALIDAD EN IBEROAMÉRICA: DESAFÍOS Y EXPERIENCIAS

#### INTRODUCCIÓN

Isabel Wences y Rosa Conde ..... 5

#### PRIMERA PARTE CULTURA DE LA LEGALIDAD: DILEMAS TEÓRICOS Y DESAFÍOS EN SU CONSTRUCCIÓN

#### **Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento**

Isabel Wences y José María Sauca ..... 17

#### **La “cultura de la legalidad” como discurso académico y como práctica política. Un reporte desde América Latina**

Diego López Medina..... 47

#### **Estado de Derecho, cultura de la legalidad, y buena gobernanza**

Manuel Villoria y Fernando Jiménez ..... 83

#### **Cultura de la legalidad y buena justicia**

José Juan Toharia..... 119

#### **La responsabilidad social de los medios: un nuevo contrato por el derecho a la información**

Javier Redondo..... 137

**SEGUNDA PARTE**  
**ESCENARIOS Y EXPERIENCIAS**  
**SOBRE CULTURA DE LA LEGALIDAD**

<b>Cultura de la legalidad y desigualdad social.</b> <b>Consideraciones sobre el caso español</b>	
María Luz Morán .....	163
<b>Cultura de la legalidad y confianza política en España</b>	
Francisco Llera.....	195
<b>Instituciones informales: discusión conceptual y</b> <b>evidencia empírica en el caso ecuatoriano</b>	
Santiago Basabe-Serrano .....	219
<b>Pluralismo jurídico y cultura de la interlegalidad.</b> <b>El caso del derecho indígena en México</b>	
Anna Margherita Russo.....	241
<b>Acción estratégica y cultura de la informalidad:</b> <b>la reforma judicial en Argentina</b>	
Mariana Llanos .....	277
<b>CONCLUSIONES</b>	
<b>La cultura de la legalidad:</b> <b>una agenda de investigación posible</b>	
Adrián Bonilla .....	297

## CULTURA DE LA LEGALIDAD Y BUENA JUSTICIA

*José Juan Toharia*

En el curso de una entrevista concedida en 1961 al diario británico *The Observer*, el dramaturgo Arthur Miller ofreció la siguiente memorable respuesta a la pregunta de qué era para él un buen periódico: “Un buen periódico, supongo, es una nación hablándose a sí misma”. En realidad, esta contestación es mucho más que una feliz descripción del medio informativo ideal. Esas mismas palabras sirven también para expresar, de forma concisa y probablemente inmejorable, lo que, en definitiva, caracteriza a la democracia: ser la única forma de organización política que —con todas sus posibles insuficiencias, deficiencias o defectos— tiene como finalidad última posibilitar el diálogo —cotidiano, fluido, natural y sin coacción ni cortapisa alguna— de la ciudadanía consigo misma<sup>53</sup>.

La democracia tiene, por definición, que ser un sistema dialogante pues se basa en el incondicional reconocimiento del pluralismo (de valores, ideas, actitudes y estilos vitales) que caracteriza a una sociedad verdaderamente abierta y libre. Su razón de ser es doble: propiciar la libre expresión de ideas y, al mismo tiempo, hacer posible la convivencia pacífica de quienes las expresan. Para conseguirlo —y para evitar, al mismo tiempo, que una sociedad que se quiere institucionalizadamente plural pueda derivar en sociedad invertebrada (es decir, en mera yuxtaposición de compartimentos sociales estancos entre sí, por decirlo con terminología orteguiana)—, el radical respeto a la diversidad y al pluralismo ha de estar acompañado de un idéntico respeto, sin fisuras ni excepciones, a lo establecido en un sistema legal que ha de ser igual y común para todos. Pluralismo y generalizado

---

53 De ahí, por ejemplo, la extrema importancia dada por uno de los padres fundadores de la democracia estadounidense a la libertad de prensa: “The basis of our governments being the opinion of the people, the very first object should be to keep that right; and were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter. But I should mean that every man should receive those papers and be capable of reading them”. Carta de Thomas Jefferson a Edward Carrington, 1787 (ME 6:57). ME = Memorial Edition of the Writings of Thomas Jefferson, Lipscomb and Bergh, eds., Washington DC, 1903-1904, 20 vols. Asimismo, en carta a Thomas Cooper de noviembre de 1802 (ME:10:341) afirma: “The press [is] the only tocsin of a nation. [When it] is completely silenced... all means of a general effort [are] taken away.” Y en otra carta a La Fayette de 1823 (ME 15:491) insiste: “The only security of all is in a free press. The force of public opinion cannot be resisted when permitted freely to be expressed. The agitation it produces must be submitted to. It is necessary, to keep the waters pure”.

e idéntico sometimiento —sin excepciones— a la ley son, en última instancia, las vigas maestras que permiten que la democracia merezca ser descrita como una nación que se habla a sí misma.

La peor amenaza para una convivencia abierta y en libertad (es decir, para una convivencia democrática) radica en la tentación —siempre latente— del *unanimismo*. Consiste este en creer que, en el ámbito de las decisiones que afectan a la vida colectiva, pueden existir verdades absolutas e indiscutibles que, indefectiblemente, han de ser compartidas —necesaria y unánimemente— por todos, sin posibilidad alguna de reserva o negación. De ahí que en democracia tienda a preferirse el uso del término *ciudadanía* (que connota un conjunto de individualidades con rasgos diferenciadores entre sí) en vez de términos como *pueblo*, *comunidad* o *nación* (que sugieren la existencia, en la población, de una comunión ideológica, intensa, homogéneamente extendida y laminadora de posibles matices: es decir, de un latente *unanimismo*). La consolidación de una cultura de la legalidad, indispensable para una vida política plenamente democrática, no presupone —ni exige— otro lazo entre los miembros de una sociedad que el exclusivo hecho de compartir el mismo y común marco de derechos y obligaciones que ellos mismos se han dado a través de sus legítimos representantes. Sencillamente, la cultura de la legalidad no es, en definitiva, otra cosa que la cultura de la ciudadanía.

Instaurar y consolidar instituciones plenamente democráticas es una tarea compleja, delicada y en modo alguno instantánea. Conseguir que en la sociedad cristalice, paralelamente, una cultura cívica (o una cultura ciudadana, o de la legalidad, si se prefiere) supone un empeño aún más lento y difícil. El buen funcionamiento cotidiano de una democracia necesita, junto al pertinente ensamblaje de instituciones representativas de la voluntad popular, la existencia de una muy concreta cultura política en la población que propicie el predominio en su seno de “personalidades democráticas”. Hace ahora medio siglo, Almond y Verba (1963) —en su ya clásico estudio *La cultura cívica*— trataron de desarrollar y validar empíricamente el concepto de “personalidad democrática” (o “talante democrático”) tal y como había sido delineado, algunos años antes, por otra figura decisiva en la consolidación de la investigación sociológica y politológica

contemporánea: Harold D. Lasswell<sup>54</sup>. En el resurgir de las democracias tras la Segunda Guerra Mundial (tras su profunda y generalizada crisis en los años inmediatamente previos a la misma), los sociólogos y politólogos consideraron oportuno no prestar solamente atención a sus elementos estructurales sino también (y quizá especialmente) a las pautas culturales que deberían articular su vida cotidiana para garantizar así su estabilidad y vitalidad. Se contaba entonces además, por primera vez, con un instrumento (el sondeo de opinión, tal y como quedara diseñado desde 1935 por George H. Gallup) que permitía captar, medir y seguir con razonable fiabilidad los estados de opinión de la ciudadanía. Fue posible así una esclarecedora línea de indagación, antes imposible, sobre la cultura y sobre la personalidad democrática, sus características, sus pautas de cambio, sus vaivenes y las probables causas de los mismos.

En su obra seminal, Almond y Verba explicitaron lo que los datos de su investigación permitían configurar como rasgos prototípicamente característicos de la “personalidad democrática”: la existencia de un *ego* abierto en la mayoría de los individuos (es decir, una predisposición a mantener actitudes acogedoras e incluyentes respecto de los demás); la generalizada capacidad de compartir valores básicos con otros; una orientación valorativa, en los individuos, multipolar, en vez de monopolar, con el consiguiente predominio de mentalidades abiertas, poco proclives por tanto a la intolerancia, al dogmatismo o al fanatismo; una básica confianza (o en todo caso, un moderado o escaso recelo) hacia el entorno relacional e institucional; y una relativa ausencia de ansiedad o inseguridad respecto de las propias circunstancias vitales.

Un cuarto de siglo más tarde, Inglehart (1988), y también a partir del análisis de una copiosa información demoscópica, abundó en esta misma dirección señalando que la existencia entre la ciudadanía de una básica sensación de satisfacción respecto de las propias circunstancias vitales y respecto de su entorno socio-político presenta una clara correlación con la existencia de sociedades desarrolladas y con instituciones democráticas estables.

---

54 H. D. Lasswell (1951). Casi dos decenios después, esta caracterización de Lasswell de la “personalidad democrática” fue revisada y desarrollada por Fred I. Greenstein: “Harold D. Lasswell Concept of Democratic Character”, en *The Journal of Politics*, vol. 30, n° 3, August 1968, pp. 696-709.

En la actualidad, el análisis de las actitudes ciudadanas respecto de sus instituciones está experimentado un nuevo auge: en el caso de las democracias consolidadas, por los múltiples casos de alarmante desplome de la confianza ciudadana en las instituciones democráticas y de su identificación emocional con ellas; y en el caso de las democracias jóvenes (o con un historial de recurrente inestabilidad política), por el deseo de monitorizar el grado en que pueda ir pudiendo cristalizar una nueva cultura cívica de inequívoca identificación con las instituciones y procedimientos democráticos.

La cultura de la legalidad, como rasgo característico de la sociedad democrática (y en el sentido tal y como ha quedado aquí entendida), no es algo que, una vez alcanzado, resulte estable e irreversible. La experiencia enseña más bien lo contrario: en todas las democracias se registran, periódicamente, fluctuaciones (de intensidad y efectos variables) en cuanto al grado de identificación y confianza de la ciudadanía con sus instituciones. Lipset y Schneider (1983) pudieron detectar, a principios de la década de 1980, una clara tendencia a la erosión de la buena imagen que desde los años 50 habían logrado mantener las principales instituciones de la vida social y política estadounidense. Estudios posteriores, entre los que resulta especialmente destacable el de Kenneth Newton y Pippa Norris (2000)<sup>55</sup>, han configurado todo un nuevo subcampo de investigación que la actual crisis económica no ha hecho sino potenciar. Sin duda, y en alguna medida, como ya sugerían Lipset y Schneider, esta pauta de generalizada creciente desafección ciudadana respecto de sus instituciones en buen número de las democracias consolidadas resulta explicable porque en las mismas existe un público cada vez más atento a la realidad circundante, más informado sobre la misma y más exigente en cuanto a las reacciones, actuaciones y prestaciones institucionales; y, por tanto también, más crítico y difícil de contentar.

En todo caso, de la evidencia empírica disponible parece posible extraer una conclusión tentativa: no todas las instituciones se ven afectadas, en tiempos de crisis de credibilidad, del mismo modo. En prácticamente todos los casos para los que se dispone de datos (y a modo de ejemplo ilustrativo, en los cuatro que quedan recogidos en el Cuadro 1) se registra una pauta similar: hay instituciones que

---

<sup>55</sup> Los *trilateral countries* considerados son EEUU, Canadá, Japón y los que componían la Unión Europea en la fecha del estudio.

parecen representar *el núcleo duro* de la confianza ciudadana; es decir, que son claramente menos propensas que el resto a desgastarse y verse afectadas por las oleadas críticas o de desafección cuando estas se producen. Se trata, fundamentalmente, de instituciones (o grupos sociales) que la ciudadanía percibe como protectores o altruistas, es decir, movidos fundamentalmente por el servicio al bien común. Es el caso de la policía y de las fuerzas armadas<sup>56</sup>, del mundo de la ciencia y de la educación pública, de la sanidad pública, y de las asociaciones voluntarias y de las ONG. En cambio las iglesias organizadas, los medios de comunicación, las grandes compañías, los bancos, los sindicatos, los políticos, los partidos políticos y los parlamentos (que tienden a aparecerse al ciudadano medio como entidades defensoras o propiciadoras de intereses sectoriales, por legítimos o importantes que estos puedan ser) son las instituciones cuya confianza —o legitimidad— social resulta ser más directamente vulnerables y quebradiza.

En el panorama institucional que recoge el Cuadro 1 no puede sino resultar llamativa la posición intermedia que ocupa la Administración de Justicia y que refleja la profunda ambivalencia que, incluso en democracias consolidadas y avanzadas como las consideradas, tiende a inspirar. En realidad, son excepcionales los países en que la ciudadanía expresa una clara satisfacción con su sistema de justicia. Lo usual es que predomine, como mínimo, la ambigüedad cuando no la crítica acerba. En principio puede sorprender que esta sea la imagen generalizadamente predominante respecto de una institución de importancia capital para la vida democrática y para la consolidación de una cultura de la legalidad. Un análisis más detallado y parsimonioso de la cuestión permite, a la vez, detectar y relativizar las causas y consecuencias de esa ambivalencia.

---

<sup>56</sup> La alta evaluación que, en todas las democracias estables, suelen merecer la policía y las fuerzas armadas (y que desde la perspectiva de países con experiencias recientes o reiteradas de regímenes dictatoriales puede quizá resultar sorprendente) resulta sin embargo plenamente lógica y esperable: se trata de instituciones armadas respecto de cuyo comportamiento no resulta posible para la ciudadanía albergar recelo alguno sin, al mismo tiempo, cuestionar la salud misma del sistema democrático.

Los distintos rasgos y características que cabría exigir a justicia ideal, a la “Buena justicia”, pueden quedar en esencia resumidos en dos: confiabilidad moral y eficiencia técnica. O lo que es igual, imparcialidad y eficacia<sup>57</sup>.

La imparcialidad implica respeto estricto al principio de igualdad ante la ley y ante su aplicación, con total equidistancia respecto de las partes. Ello requiere una situación de independencia. Sólo la justicia real y efectivamente independiente merece con propiedad el nombre de tal, pero no porque la independencia constituya el *fin* de la justicia, sino porque es el imprescindible *medio* que le permite ser plenamente imparcial. La independencia tiene así —conviene subrayarlo— un carácter instrumental respecto de la imparcialidad. De hecho, lo que históricamente dio origen a la configuración de la justicia como parte del entramado institucional del Estado fue precisamente el intento de recubrirla con un manto de oficialidad para mejor resguardarla de las posibles presiones e influencias de las partes enfrentadas en los litigios (Shapiro, 1981). Lo cual, sin duda, abrió la puerta a una nueva e impensada posible fuente de condicionantes: los generados por esa misma maquinaria estatal supuestamente protectora y de la que había pasado a formar parte. Por eso la justicia solo cuenta con garantías razonables de independencia, y por tanto de imparcialidad, en un sistema democrático: es decir, en el seno de un Estado de derecho con leyes democráticamente elaboradas y con controles nítidos y eficaces sobre las esferas de influencia y actuación de las distintas instituciones.

Pero no basta con garantizar en la máxima medida posible que la justicia sea imparcial: es preciso, además, que sea eficaz. Ello implica, al menos, tres cosas: en primer lugar, que sea accesible, es decir, que carezca de cualquier tipo de traba o barrera que impliquen discriminación en la obtención de una adecuada tutela y protección judicial. En segundo lugar, que proporcione solución razonablemente diligente a los conflictos que le son presentados. Y en tercer lugar que garantice la adecuada y puntual ejecución de sus sentencias.

---

<sup>57</sup> Utilizo aquí ideas que, en una primera versión, expuse ya en un texto publicado en *Revista de Occidente*, Abril 2000, n° 227.

CUADRO 1				
Porcentaje de ciudadanos que, en cada país, evalúa positivamente a cada una de las siguientes instituciones				
	España	Francia	Italia	Estados Unidos
<b><i>Instituciones políticas</i></b>				
El Rey/El Presidente	50	31	45	36
El Parlamento	28	24	9	10
El Gobierno	26	21	16	–
Los partidos políticos	12	12	7	–
<b><i>Instituciones económicas</i></b>				
Las pymes	90	75	-	65
Las grandes empresas	46	42	-	22
Los bancos	15	25	23	26
<b><i>Otras instituciones</i></b>				
La escuela pública	85	73	48	32
La policía	83	66	74	57
Las asociaciones voluntarias	75	69	75	–
El sistema de salud	73	82	54	35
Las fuerzas armadas	72	73	71	76
La Administración Pública	70	57	18	–
Los jueces/los tribunales	50	58	43	–
La iglesia católica (en EEUU: “las iglesias organizadas”)	41	31	37	48
Los sindicatos	28	35	20	20

**Fuente:** Para España, “Barómetro de confianza institucional” de Metroscopia, oleada de julio 2013 (trabajo de campo llevado a cabo entre el 15 de junio y el 15 de julio). Para Francia, CEVIPOF-Opinion-way, 2013; para Italia, Informe EURISPES 2013; para Estados Unidos, Gallup, 2013. Las instituciones aparecen ordenadas, en cada grupo, de mayor a menor porcentaje de evaluación positiva obtenido en España.

En efecto, una sentencia imparcial pero exasperantemente tardía (o que al poder ser impunemente incumplida carezca de efectos reales) no es sino papel mojado, de primera calidad sin duda, pero no por ello menos inservible.

Todos estos rasgos que, sintéticamente, cabe subsumir bajo la doble etiqueta de imparcialidad y eficacia, tienen exactamente la misma importancia en la configuración de la “buena justicia”, sin que quepa establecer prioridades u gradaciones jerárquicas entre ellos. La justicia ideal debe ser tan imparcial como rápida y diligente, como accesible o como garantizadora del cumplimiento de lo que decide. En la práctica, sin embargo, suelen producirse desequilibrios y

asincronías en el grado de desarrollo de cada uno de estos requisitos. Lo usual es que en las democracias consolidadas y estables la imparcialidad de los Tribunales (y en consecuencia la independencia y por tanto la garantía de igual trato a los ciudadanos por y ante la ley) se halle en mejor situación global que la eficacia de los mismos. Sin duda porque la existencia de una justicia independiente (con todos sus correlatos) constituye uno de los requisitos insalvables para considerar que un sistema es democrático mientras que la eficacia de su funcionamiento dista mucho de verse atribuida una significación de equivalente trascendencia. Ello propicia que en el debate político democrático el tema de la independencia de la justicia sea recurrente en tanto que su nivel de eficacia (o más exactamente, de su falta de eficacia) reciba únicamente una atención esporádica y, la más de las veces, impregnada de la desalentada resignación que produce la contemplación de un fenómeno natural catastrófico e incontrolable ante el que no se sabe muy bien qué hacer.

La percepción de la independencia como el problema siempre central y siempre pendiente de la justicia tiene sus raíces en la concepción de ésta como *poder*. Es este un enfoque muy extendido y arraigado, sustentado en argumentos de autoridad clásicos y tenidos por tan evidentes como incuestionables. Montesquieu y su doctrina de la separación de poderes suelen constituir la munición más tópicamente utilizada al respecto. Da igual que, en realidad, Montesquieu nunca dijera lo que de forma tan generalizada se ha dado en convenir que dijo<sup>58</sup>. Lo que el Barón de La Brède propone en el famoso Capítulo VI del Libro XI de su *El espíritu de las leyes* es, en realidad, una justicia estamental –iguales juzgan a iguales-, no profesional, elegida *pro tempore* y además sin capacidad creativa jurídica alguna (“la boca por la que habla la ley”): una variante de jurado, en suma. Desde una óptica democrática, una tal justicia solo constituiría un *poder* en la medida en que, al ser sus miembros elegidos por el cuerpo social, representara su voluntad. Pero tratar de apelar a Montesquieu para reivindicar el carácter de *poder* para un cuerpo funcional reclutado por concurso-oposición resulta, cuando menos, peculiar. Montesquieu (que publica su *Esprit des lois* en 1748: es decir, 28 años antes de la revolución americana, 41 años antes de la revolución francesa) no pensaba que

---

<sup>58</sup> Sobre el generalizado y consagrado malentendido respecto de Montesquieu y su división de poderes, vid. García Pascual (1997) como texto más reciente que contiene una clara y bien documentada síntesis al respecto.

hubiera más poder legítimo que el parlamento: su “división de poderes” era más bien una “diversificación de funciones”, que no implicaba la atribución de una legitimidad de origen diferenciada para cada una de estas.

En realidad, estamos ante un extenso y profundo malentendido necesitado, una vez por todas, de clarificación. Cuando se habla de justicia y democracia no siempre se contextualiza adecuadamente el debate, como si todos los aspectos y cuestiones implicados en la cuestión constituyesen dimensiones unívocas. No es así. En realidad, existen dos grandes y diferenciados modelos de organización de la justicia en una sociedad democrática, emanados de las dos grandes revoluciones democráticas originarias: la americana (1776) y la francesa (1789). Y conviene no confundirlos. Ambos modelos (a los que por conveniencia expositiva denominaré, en adelante, simplemente como “modelo anglosajón” y “modelo napoleónico”, respectivamente y siguiendo una convención terminológica ya consagrada) comparten unos mismos presupuestos ideológicos de partida: la existencia de un Estado de Derecho en una democracia pluralista y representativa. Y ambos modelos tienen asimismo en común su carácter de reacción frente a matrices jurisdiccionales anteriores, a las que re-definen y superan. Pero los dos modelos difieren de forma profunda en su entendimiento del modo en que, en una democracia, la justicia debe quedar sintonizada con la soberanía popular.

El modelo de justicia napoleónico (que predomina en la Europa continental y en la gran mayoría de países latinoamericanos) tiene como objetivo esencial impedir que la actuación de los jueces pueda interferir o desvirtuar la voluntad popular expresada en las leyes elaboradas por sus legítimos representantes. El recuerdo del freno que, en Francia, los *Parlements* (que pese a su nombre eran fundamentalmente instituciones judiciales) representaron frente a la autoridad real en el *Ancien Régime*, se encuentra sin duda en la base de esta preocupación. Así se afirma que en una democracia el único papel posible para el juez es la aplicación fiel y exacta de la ley: Robespierre llegó incluso a proclamar que “la palabra jurisprudencia debería ser eliminada de nuestro vocabulario”. Es la aplicación de forma escrupulosamente mecánica de leyes democráticamente elaboradas lo que confiere carácter democrático a la justicia. El juez es un funcionario (altamente especializado, pero funcionario al fin)

anónimo: el sistema presupone su plena intercambiabilidad de los jueces dado que al quedar sometidos en su actuación exclusivamente al tenor literal de la ley para nada han de contar sus características personales. Se trata de un sistema que se quiere “a prueba de personas”.

En cambio, el modelo anglosajón de justicia surgido de la revolución americana configura al juez como poder, real y verdaderamente, —y no ya solo de forma puramente simbólica o verbal, como en el modelo napoleónico—. A la justicia se le atribuye, en efecto, la aplicación de las normas democráticamente elaboradas (a las que, eso sí, deberá conceder primacía sobre la *common law* o derecho de elaboración judicial, en caso de conflicto entre ambas) y, además —y esta es la innovación radical frente al modelo judicial británico heredado en la etapa colonial— el control sobre el contenido de tales normas para garantizar que mayorías parlamentarias esporádicas no alteren con sus decisiones el pacto social fundamental contenido en “la ley suprema del país”, es decir, en la Constitución. Por otro lado, las características personales de los jueces no son irrelevantes, sino fundamentales: los jueces son escogidos por lo que piensan y para que actúen conforme a ello. Además, el sistema de elección de los jueces contribuye a reforzar y a hacer más claramente perceptible la condición de poder de la justicia, dentro del conjunto de contrapesos y equilibrios establecidos por la Constitución estadounidense de 1787. En efecto, los componentes de la judicatura son, o bien nombrados por los representantes legítimamente elegidos del poder soberano (Parlamento o Ejecutivo, según los casos) o bien son elegidos directamente por la ciudadanía mediante procesos electorales de carácter partidario o no partidario<sup>59</sup>.

Ambos modelos originarios de organización de la justicia en un sistema democrático han experimentado en los dos siglos transcurridos desde su formulación, matices y retoques, en ocasiones importantes. Los más significativos han correspondido al modelo napoleónico. En efecto, diseñado inicialmente para ser un sistema de justicia rígidamente respetuoso de la voluntad popular, acabó siendo una maquinaria de Administración de Justicia a prueba de toda influencia o interferencia

---

59 Todavía a la altura de 1994, y a pesar de la creciente popularidad de los sistemas de selección “de mérito” (que en el caso de los jueces estatales combinan el nombramiento inicial de los jueces por el ejecutivo estatal con un posterior referéndum popular sobre su ratificación o no en el cargo), el 70% de todos los jueces estatales norteamericanos habían sido elegidos mediante elecciones. Los jueces federales son propuestos por el ejecutivo federal y sometidos a ratificación por el correspondiente comité del Senado.

ideológica o política. Lo cual en principio puede sonar bien pero en la práctica ha significado que el sistema resultaba igualmente operativo en un contexto no democrático. Cuando las normas a aplicar dejaban de tener condición democrática, la Administración de Justicia perdía asimismo, automáticamente, su condición de democrática pero no por ello veía alterada su dinámica funcional. Desde primera hora hubo analistas (como por ejemplo Tocqueville, originalmente juez de profesión) que percibieron con claridad esta seria deficiencia estructural del sistema judicial napoleónico, que le permite una inquietante *flotabilidad* y permanencia por encima de los avatares políticos de la sociedad. La existencia de democracia, la quiebra de la misma y su posterior retorno no tienen por qué implicar cambios estructurales ni funcionales (ni, prácticamente, tampoco personales) en este tipo de sistema de justicia. El caso de Italia, Alemania o España a lo largo del siglo XX –por citar solo tres casos especialmente obvios– constituye prueba concluyente a este respecto. De ahí la gradual introducción de correctivos, tales como el creciente papel de la jurisprudencia y, sobre todo, gracias a la influencia de Kelsen, y a lo largo de finales de la década de 1920 y de la de 1930, la introducción de un equivalente a la *judicial review* o control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (básicamente, bajo la forma de Tribunales Constitucionales, diferenciados de los ordinarios).

El sistema judicial español representa un caso prototípico de sistema napoleónico. Y es en ese inescapable contexto en el que hay que situar y entender el debate sobre la independencia judicial y la pretensión de configurar real –y no solo nominalmente– a la justicia como un poder. La *espiral independentista*, respetable sin duda en cuanto a su motivación última, solo puede tener resultados perversos en un sistema judicial de corte napoleónico.

El primer paso dentro de esa espiral es la búsqueda de una plena independencia respecto del sistema político, algo en principio loable. Para ello se intenta transmutar la *independencia de ejercicio* en *independencia de origen* como forma de garantizar que la justicia quede totalmente a cubierto de cualquier posible interferencia por parte del poder político<sup>60</sup>. La búsqueda de esa *independencia de*

---

60 Al que, por lo general, suele olvidarse adjetivar adecuadamente como lo que es: “democrático”. Lo cual no es olvido baladí: no es lo mismo tratar de establecer barreras frente a un poder tiránico o ilegítimo que frente a un poder surgido de la libre voluntad popular y representante, por tanto, de la misma. Lo que debe mover a recelo frente al poder no es que sea poder, sino que no sea democrático, matiz éste no siempre adecuadamente tenido en cuenta.

*origen*<sup>61</sup> (es decir, de una independencia no funcional, sino estructural) se traduce en la exigencia de una situación de “libre flotación” institucional para la justicia, al margen de los mecanismos de control consustanciales a toda democracia. Y aquí es donde el inicial propósito deja de ser loable para convertirse en inaceptable pues de esta manera más que hacerse plenamente independiente la justicia deviene, en realidad, plenamente *irresponsable*: es decir, exenta de todo control y de toda obligación de rendir cuentas a nadie (privilegio éste que en una democracia no tiene nadie, ni siquiera el parlamento, representante directo de la voluntad soberana y que periódicamente ha de someterse al veredicto popular)<sup>62</sup>. Y finalmente se concluye que solo la justicia puede reclutar a la justicia, u organizar a la justicia, o gobernar a la justicia, o evaluar a la justicia, o sancionar a la justicia: sin intervención de institución ajena alguna (por más que ésta pueda representar al poder soberano, es decir, a la voluntad popular) ya que ello –se arguye– podría entrañar un riesgo para la independencia. El esquema de los Consejos de la Magistratura para el auto-gobierno de la justicia, según el modelo italiano, representa la formulación extrema de este planteamiento. Sólo que a estas alturas ya es bien sabido que el modelo italiano es en realidad un anti-modelo: basta con atender al demoledor y perspicaz análisis de Di Federico (1998) para captar hasta qué punto la obsesión independentista ha terminado por generar en el país transalpino una situación justamente opuesta a la perseguida: inseguridad y desigualdad jurídica y al mismo tiempo un funcionamiento judicial exasperantemente lento. No por azar la justicia italiana resulta ser la peor evaluada por su ciudadanía entre todos los países de la Unión Europea.

La segunda vuelta de tuerca en la “espiral independentista”, una vez afirmada la ruptura de todo posible vínculo con el resto de la trama

---

61 Que la independencia funcional esté estrecha e irremediamente vinculada a la independencia estructural o de origen resulta más que discutible. El caso de los países anglosajones parece constituir una clamorosa prueba en sentido contrario. En Estados Unidos y en el Reino Unido los jueces son nombrados por el gobierno (gobierno democrático, habría que añadir) sin que ello parezca mermar en nada la independencia de aquellos en el ejercicio de sus funciones: lo que el poder (democrático, recuérdese) decide es quien ha de juzgar, no como ha de hacerlo –que es de lo que realmente se trata. En Estados Unidos, por ejemplo, no escandaliza que el Presidente nombre a los jueces del Tribunal Supremo, ni que este nombramiento recaiga sobre personas con ideología afín a la suya: sí lo haría en cambio que tratase de influirles en sus decisiones.

62 La configuración de la justicia como un poder (o más bien, como un contra-poder) fomenta por otra parte en quienes la desempeñan una actitud de “hostilidad al poder y en particular al poder ejecutivo por sistema y como principio de actuación” como si el juez “fuese el único puro y todos los demás, en especial quienes desempeñan otros poderes del Estado, tuviesen siempre las manos sucias”(Tomás y Valiente, 1996: 143)

institucional del Estado, es la aspiración a presentar a la justicia como radicalmente identificada con la voluntad popular. Se persigue sin duda con ello adquirir una legitimidad “democrática” que justifique esta nueva y auto-proclamada condición de poder originario (que no delegado). Y así se habla de una justicia defensora de los ciudadanos o, más aún, portavoz de ellos.

La idea del juez como *protector del ciudadano* frente al poder político (como si, en una democracia, este fuese un irremediable y prepotente depredador) se plasma en la idea del juez como “guardián de las libertades”<sup>63</sup>. En realidad, para quien no se encuentre cegado por el vértigo independentista, la pregunta que igualmente cabría plantear es: ¿y por qué no ha de ser también tarea del juez proteger al poder político (legítimo, democrático, no se olvide) frente a aquellos ciudadanos que pudieran indebidamente amenazarlo? Y es que en realidad, en una democracia el juez solo debe ser guardián de la legalidad.

El concepto de un juez protector del ciudadano conduce naturalmente a la idea de que, además de su aliado natural, es también su intérprete y portavoz. El juez pasaría así a ser no ya la boca de la ley sino del propio pueblo soberano. Sin duda es una constante en los textos emanados de nuestros tribunales la afirmación de que sus decisiones beben en la conciencia social (y por tanto la reflejan). Y ciertamente la propia ley otorga al juez la capacidad discrecional de interpretar cuando existe “alarma social” o “escándalo público”, atribución esta en modo alguno desdeñable y que sin duda ha de haber contribuido a fomentar la ilusión de que, por la pura y exclusiva naturaleza de sus funciones, los juzgadores devienen automáticamente zahoríes sociales. ¿Puede realmente pensarse que el juez, por el solo hecho de serlo, se halla unido por alguna suerte de invisible cordón umbilical con la conciencia social, de forma que, sin intermediación alguna, es capaz de aprehenderla y expresarla? ¿No implica ello creer en la posibilidad de una sintonía directa, natural y espontánea, con el cuerpo social, cuando menos equiparable, si no superior, a la forma indirecta y menos automática que representan las elecciones? ¿Y no fueron acaso “los nacionalsocialistas alemanes quienes precisamente habían propugnado que el juez ya no está sujeto a la ley o al legislador, sino

---

63 En esta línea parece apuntar la sentencia 110/86 del Tribunal Constitucional español que configura al juez ni más ni menos que como “guardián natural de la libertad” (el subrayado es mío).

al ordenamiento concreto extralegal (... teniendo así) que actuar como portavoz autorizado de las exigencias de la conciencia del pueblo”? (Hernández Martín, 1991: 109). Conviene pues aclarar las cosas: en una democracia no hay más “voz del pueblo” que la que –con todas las imperfecciones e insuficiencias que se quiera señalar– se expresa a través de las urnas. Y en un sistema judicial napoleónico el juez se encuentra fuera de todos los cauces legítimos por los que se expresa la voluntad popular. Pretender así hablar en nombre de la sociedad solo puede derivar en ejercicios de ventriloquía tan peligrosos como ilegítimos.

Evidentemente, una justicia que se atribuya la misión de ser un contra-poder, de proteger a la ciudadanía y de hablar en su nombre no puede sino necesitar –y exigir–, para tamaña tarea, una total e ilimitada de libertad de movimientos. La espiral independentista desemboca así en sus estadios más caricaturescamente extremos: la libertad de acción (“la independencia”) del juez no debería verse entorpecida ni por la propia ley<sup>64</sup>, ni por exigencia alguna de coherencia decisoria<sup>65</sup> ni, finalmente, por la propia realidad social<sup>66</sup>. Todo cuanto directa o indirectamente pueda ser susceptible, ahora o más adelante, de plantear alguna amenaza o traba a la independencia judicial debe ser combatido de raíz. El problema está, evidentemente, en determinar a quién debe corresponder la determinación de lo que puede constituir una de tales amenazas: es decir, a quien toca determinar qué debe entenderse exactamente por independencia y por amenaza a la misma y por forma de combatirla. Desde la óptica independentista no hay duda: tales determinaciones solo pueden competir, de forma exclusiva...¡a los propios potenciales afectados! Así, y paradójicamente, un planteamiento nacido de la búsqueda de más y mejor democracia a través de una impecable e ilimitada independencia judicial termina queriendo realizarla mediante el nada democrático camino del corporativismo más cerrado y extremo. Y es

64 Como observa García de Enterría (1997: 56) “ante una legislación fragmentada, casuística, cambiante, con partes que caen con frecuencia en obsolescencia por desajustes sistemáticos el papel del juez se realza. Pero este realzamiento del papel del juez no puede nunca llevarle a una independencia respecto de la ley”. Y sin embargo ¿No equivalen a un intento de “independencia respecto de la ley” las cada vez más frecuentes y aplaudidas apelaciones a la primacía del “Derecho” sobre la ley?

65 Entender la independencia como libertad para poder cambiar de criterio según los casos, ¿no abre la puerta a la incertidumbre y a la arbitrariedad? ¿Y no es “la arbitrariedad, más que la injusticia, lo contrario del derecho” (Menéndez, 1997: 80)?

66 Y de ahí las sentencias “audaces”, las que ignorando “deliberadamente las consecuencias sociales, producen graves daños de difícil reparación” (Hernández Martín, 1991: 177).

que el destino final inevitable de la “espiral independentista” es un territorio poblado de despropósitos, como ocurre siempre que duerme la razón. Si la independencia debe extenderse a todo, todo puede, potencialmente afectar a su vez a la independencia: un intento de reforma procesal, una simple reorganización de la oficina judicial, una nueva forma de retribución o una evaluación del rendimiento o, incluso, una simple encuesta de opinión. El celo independentista encamina así a la institución hacia la esclerosis. La situación de la independencia acabará siendo espléndida, quizá hasta casi óptima (¡faltaría más!) pero en todo lo demás la justicia puede acabar siendo un perfecto desastre. Y es que, como señala Simon (1985: 60), en una democracia la independencia del juez, por sí sola, “no ofrece ninguna garantía para una justicia adecuada o satisfactoria para todos”. Hernández Martín (1991:198) va más lejos y llega a la conclusión de que “al contrario de lo que habitualmente se piensa, la crisis de la justicia no tiene su origen en la falta de independencia, sino en el exceso de ella (...) La exageración de la independencia judicial es en todo caso un factor negativo para la Administración de Justicia”. En realidad, en un sistema como el nuestro, “la independencia judicial se justifica en la vinculación única del juez a la Ley; es decir, la independencia judicial es, en realidad, una dependencia: la exclusiva dependencia a la ley” (Hierro, 1998).

Se impone así la conclusión de que en una democracia que cuenta con una justicia organizada según el modelo napoleónico, como es el caso de España y de la gran mayoría de los países de América Latina, hay mayor riesgo para la igualdad y seguridad jurídica de los ciudadanos en la mala organización y en el mal funcionamiento de la justicia que en el mayor o menor grado de independencia de esta respecto del poder (democrático, siempre y en todo caso, no se olvide). Si un tribunal tarda cinco o seis años en zanjar una cuestión de poco consuelo servirá a los afectados pensar que, a cambio, el órgano jurisdiccional ha dedicado un celo extremo a pulir con cuidado exquisito hasta el más mínimo detalle o perfil de su independencia, —por lo demás difícil y en todo caso no impunemente vulnerable, por principio, en una democracia—.

La plena y consecuente toma de conciencia del problema de la lentitud en el funcionamiento de la justicia solo resulta posible desde una opción ideológica que configure en cambio a la justicia como un *servicio*, —es decir, como un *poder delegado*. En realidad, esta es la

única configuración que es acorde, en un sistema judicial como el de nuestros países, con los requisitos de un sistema democrático, pues permite compatibilizar la independencia de ejercicio con la rendición de cuentas. Como señala McKechnie (1996): “La independencia sin responsabilidad es una ilusión. Sólo se confía un poder independiente a quienes rinden cuentas de su ejercicio”. En una democracia exigir a la justicia que dé cuentas al cuerpo social de temas tales como la *ratio* sentencias/juez en las distintas áreas o niveles jurisdiccionales, o de la duración media de los casos por área o nivel jurisdiccional, o de la forma en que se organiza la oficina judicial (por poner solo tres ejemplos más bien banales), no constituye un ataque a su independencia sino en realidad una forma de contribuir a consolidarla y reforzarla. La ciudadanía propende, en efecto, a identificarse antes y más intensamente con las instituciones que tienen un funcionamiento eficaz y de calidad que con aquellas que con el envaramiento del porte, el engolamiento del tono o la autoproclamación de importancia tratan de enmascarar sus carencias funcionales. En el concreto caso de la justicia, el clamor ciudadano, en los países del mediterráneo europeo, en las democracias latinoamericanas consolidadas y desde luego en España, no es por una mayor independencia (no porque se le atribuya poca importancia, sino porque se la percibe holgadamente suficiente), sino por una mayor agilidad y eficacia. Y es un clamor que no puede seguir siendo ignorado, y que requiere soluciones urgentes.

## **Bibliografía**

- Almond G. y S. Verba (1963). *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*. Princeton, N. J.: Princeton University Press
- Di Federico, Giuseppe (1998). "Prosecutorial Independence and the Democratic Requirement of Accountability in Italy". *British Journal of Criminology*, 38 (3): 371-387. (Una primera versión de este trabajo fue publicada en *Poder Judicial*, n° 48, 4° Trimestre, 1997, con el título: "La independencia del Ministerio Fiscal y el principio de responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada".
- García de Enterría, Eduardo y Aurelio Menéndez (1997). *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*. Madrid: Civitas.
- García Pascual, Cristina (1997). *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Edicions Alfons El Magnánim.
- Greenstein F. I. (1968): "Harold D. Lasswell Concept of Democratic Character". *The Journal of Politics*, 30 (3): 696-709.
- Hernández Martín, Valeriano (1991). *Independencia del juez y desorganización judicial*. Madrid: Civitas.
- Hierro, Liborio (1998). *Estado de derecho. Problemas actuales*. México: Fontamara.
- Inglehart, Ronald (1988). "The Renaissance of Political Culture". *American Political Science Review*, 82: 1203-1230.
- Lasswell, H. D. (1951). "Democratic Character". En *Political Writings of Harold D. Lasswell*. Glencoe, IL: The Free Press.
- Lipset S. M. y W. Schneider (1983). *The Confidence Gap*. Nueva York: The Free Press.
- McKechnie, John (1996). "Directors of Public Prosecutions: Independent and Accountable". *Western Australia Law Review*, 26: 268-285.

Newton, K. y Norris, P., (2000). "Confidence in Public Institutions: Faith, Culture or Performance?" En *Disaffected Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries?* S. J. Pharr y R. D. Putnam (eds.). Princeton, N.J.: Princeton University Press.

Shapiro, Martin (1981). *Courts. A Comparative and Political Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press.

Toharia, José Juan (1999). "La independencia judicial y la buena justicia". *Justicia y sociedad*, n° 3.