



El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo*

Riccardo Guastini

Universidad de Génova
guastini@unige.it

Resumen

Considerando la idea que cualquier acto del Estado está sujeto a normas jurídicas, el autor sintetiza las consecuencias normativas del imperio de la ley en el desempeño de los órganos jurisdiccionales. Bajo la primacía del Derecho los poderes estatales admiten límites al concretarse la separación y el balance de poderes. La eficacia de la jurisdicción constitucional al ejercer el control *a priori* y *a posteriori* en sistemas concentrados y difusos está fuera de duda; sin embargo, incluso aunque las decisiones de los jueces constitucionales puedan escapar, en apariencia, de cualquier posibilidad de control normativo, el equilibrio de poderes requerirá la existencia de algún contra-poder constitucional para limitarlos.

Palabras clave

Poder judicial, imperio de la ley, legalidad, separación de poderes, Constitución.

Judicial Power and Rule of Law. A normative perspective

Abstract

Taking into account the idea of the government under the law, the author synthesizes the normative consequences of the rule of law in judiciary power effectiveness. According to the supremacy of the law powers admit legal constraints when separation and checks and balances are realized. The effectiveness of constitutional jurisdiction through *a priori* and *a posteriori* control in concentrated and diffuse systems is beyond doubt; however, even if "Justices" decisions apparently can evade any normative control, balance of powers will demand the existence of some kind of constitutional counter-power to limit them.

Keywords

Judicial power, rule of law, legality, separation of powers, constitution.

* Traducción de Diego Moreno Cruz.

1. El imperio de la ley

(1) *El imperio de la ley en cuanto tal.* Por ‘imperio de la ley’ (*Rule of Law*) entiendo el principio según el cual cualquier acto del Estado deber estar sujeto a la “ley” (en el sentido genérico o “material” de fuente del derecho objetivo), es decir, a las normas jurídicas que lo gobiernan. Resulta inútil decir que dicho principio exige que todo acto del Estado esté realmente gobernado por normas jurídicas (que no existan actos estatales deónticamente indiferentes).

(2) *Su alcance.* El principio formulado ahora se aplica a *todos* los actos del Estado. Esto significa que el principio vale para los actos jurisdiccionales, ejecutivos (administrativos) y legislativos.

La sujeción a la ley es una obviedad respecto al juez, ya que la función jurisdiccional –según un modo de ver hoy en día generalmente compartido– es precisamente una actividad aplicativa de Derecho. La sujeción a la ley, sin embargo, no es en absoluto obvia respecto a la función ejecutiva y la función legislativa.

En particular, si se aplica a los actos legislativos, el imperio de la ley presupone una constitución rígida, ya que el órgano legislativo sólo puede estar vinculado por normas constitucionales. Una constitución rígida es un conjunto de normas jurídicas que no pueden ser derogadas, modificadas o derrotadas por medio de actos legislativos ordinarios, es decir, por la mayoría política (contingente) existente. Las normas de una constitución rígida pueden ser cambiadas sólo por medio de un procedimiento especial de revisión constitucional, lo cual requiere normalmente¹ –derrotando al principio de mayoría– el acuerdo de la minoría o de al menos una parte suya.

(3) *Sus aspectos sustanciales.* El imperio de la ley es un principio puramente formal: nada dice sobre el contenido del Derecho. No obstante, tal principio carecería de relevancia práctica si el Derecho no tuviera un cierto contenido: concretamente, si no limitara sustancialmente los poderes que ese mismo confiere.

Por tanto, una buena Constitución no debe limitarse a conferir poder legislativo a un parlamento: debe incluir además una declaración de los derechos (y quizás también un cierto número de principios) que el legislador no pueda violar, aunque esto conlleve un traslado de poder desde el legislador al juez constitucional (si un tal juez existe, evidentemente).

Del mismo modo, las leyes no deben simplemente conferir poderes al gobierno y a los órganos de la administración pública: deben también establecer límites sustanciales a los poderes conferidos.

(4) *Sus condiciones de efectividad.* Para que el imperio de la leyes sea efectivo, hay una condición obvia que debe ser satisfecha: todo acto del Estado debe estar sujeto a algún tipo de control, dirigido a averiguar si es conforme a las normas jurídicas que lo gobiernan desde un punto de vista sea formal (es decir, procedimental), sea sustancial. Para este objetivo es necesario instituir uno o más órganos a los cuales les sea atribuido el poder de ejercer tal control. En general, en los Estados de Derecho contemporáneos, el control sobre la conformidad al Derecho de los actos estatales es confiado a órganos jurisdiccionales, y es difícil imaginar una solución diversa.

¹ Normalmente, pero no necesariamente, me hace notar Alfonso Ruiz Miguel.

2. Separar y balancear los poderes

La separación de los poderes debe ser netamente distinguida del balance o equilibrio de los poderes (*checks and balances*), aunque muchos, equivocándose, confundan las dos cosas.

(1) *Separación de los poderes*. La separación de los poderes, entendida en sentido estricto, significa algo más que la simple división del poder político entre una multiplicidad de órganos. Significa más bien la especialización completa de las funciones estatales más la plena independencia recíproca de los órganos del Estado. Y esto comporta la ausencia de relaciones mutuas entre el legislativo, el ejecutivo y el jurisdiccional. De tal modo, en cuanto concierne al jurisdiccional, en un régimen de separación de poderes:

(a) primero, a los jueces les está prohibido legislar, es decir, crear normas generales (recuérdese el art. 5 del Code Napoléon²); y esto parece implicar, entre otras cosas, que los precedentes judiciales no sean vinculantes (lo que equivale a decir que la separación estricta es incompatible con cualquier forma de Derecho judicial).

(b) segundo, al legislativo y al ejecutivo les está prohibido juzgar, es decir, decidir controversias particulares;

(c) tercero, ni los actos legislativos, ni los actos ejecutivos (administrativos) están sujetos a control jurisdiccional: a los jueces no les está consentido en caso alguno denegar la aplicación de las leyes, ni les está consentido anular actos administrativos (el control sobre los actos administrativos está reservado a un órgano especial de la misma administración, esto es, del ejecutivo, como por ejemplo algún tipo de “tribunal administrativo”, cuya independencia y neutralidad política no puede ser plena).

(2) *Equilibrio de los poderes*. El equilibrio o balance de los poderes, por el contrario, comporta relaciones mutuas entre los poderes del Estado y la influencia mutua de unos sobre otros. Dicho de otra forma: hace falta que para cada poder (“*faculté da statuer*”) exista un contra-poder (“*faculté d’empêcher*”).

En particular, respecto al poder jurisdiccional, el equilibrio comporta que todo acto del Estado –legislativo o ejecutivo– esté sujeto a control jurisdiccional, teniendo los jueces el poder de juzgar la conformidad al Derecho sea de las leyes, sea de los actos administrativos. (Si los jueces deben tener el poder de denegar la aplicación de leyes inconstitucionales y de actos administrativos ilegales, o incluso de anular unas y otros, es una cuestión controvertida. Volveré a esto en el § 5).

(3) *Una combinación oportuna*. La separación de los poderes es ineficaz para garantizar el imperio de la ley, ya que, en esta forma de gobierno, los ciudadanos, cuyos derechos constitucionales o legales sean violados por leyes inconstitucionales y/o por actos administrativos ilegales, no tienen acceso a algún remedio eficiente. En general, una combinación entre separación y equilibrio de los poderes parece deseable.

En primer lugar, según el principio de la separación, al legislativo y al ejecutivo –tratándose de órganos políticamente orientados– les debe estar prohibido decidir controversias.

² “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”.

En segundo lugar, a los jueces les debe estar prohibido dictar normas generales. Esto por al menos dos razones. Por un lado, el Derecho judicial es necesariamente retroactivo, ya que toda norma creada por un juez está obviamente dirigida a resolver una controversia preexistente. Por otro lado, los jueces están, como se suele decir, desprovistos de “legitimación democrática”, en el sentido que no son –o más bien: no deben ser (véase *infra*, § 6)– seleccionados con procedimientos democráticos, como la elección.

En tercer lugar, el principio del equilibrio exige que a los jueces les sea consentido controlar la legalidad (la conformidad al Derecho) de todo acto del legislativo y del ejecutivo.

3. El poder judicial y el legislativo. (I) El control jurisdiccional sobre las leyes

En un “Estado constitucional de Derecho”, en el que el imperio de la ley se extiende también al poder legislativo, el parlamento no está totalmente libre: también los actos legislativos están sujetos a control jurisdiccional en lo que concierne a su conformidad con la Constitución³. Sin embargo, son concebibles formas diversas de control jurisdiccional sobre las leyes: las distinciones principales (aunque no exhaustivas) son las siguientes.

(1) “*A priori*” v. “*a posteriori*”. El control jurisdiccional sobre las leyes puede ejercerse “*a priori*”, es decir, sobre actos que (aunque aprobados por el parlamento) no están todavía en vigor, o “*a posteriori*”, es decir, sobre leyes que ya están en vigor. Los dos sistemas pueden ser valorados desde al menos dos puntos de vista, que son ambos relevantes para la materialización del imperio de la ley.

(a) Desde el punto de vista de la certeza del Derecho, el control “*a priori*” presenta una pequeña (pero importante) ventaja. Si el acto legislativo examinado supera el control, entra en vigor y no puede estar sujeto más a discusión. Por consecuencia, en todo momento dado, el conjunto de las leyes válidas es un dato estable y conocible, de modo que una cierta forma (mínima) de certeza del Derecho está garantizada. Mientras que, en un régimen de control “*a posteriori*”, ninguna disposición legislativa puede considerarse definitivamente válida, ya que toda disposición legislativa puede en todo momento ser sometida a discusión y ser reconocida como inconstitucional.

(b) Desde el punto de vista de la garantía de la supremacía (del respeto) de la Constitución, el control “*a posteriori*” no puede evitar que una ley inconstitucional entre en vigor y que sea incluso por un largo periodo aplicada (hasta que su inconstitucionalidad no sea reconocida por el juez competente). Mientras que el control “*a priori*” parece prevenir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales.

Sin embargo, las cosas no son tan simples.

En primer lugar, el control “*a priori*” podría en realidad prevenir la entrada en vigor de cualquier ley inconstitucional sólo si fuera obligatorio, es decir, sólo si debiera ejercerse sobre todo acto del parlamento sin excepción alguna. Sin embargo, un control obligatorio de este tipo parece inadmisibles, porque tendría el efecto no deseable de transmutar al juez constitucional en algo parecido a una segunda (o tercera) cámara parlamentaria.

³ Lo que excluye la admisibilidad de leyes auto-aplicativas, es decir, leyes que tienen el contenido típico de actos administrativos, pero, siendo leyes formales, no están sujetas al control de los jueces ordinarios (y muy difícilmente pueden ser sometidas al juez constitucional). Soy deudor de esta observación a José María Sauca.

En segundo lugar, el control “*a priori*” es normalmente “abstracto”, en el sentido que no está conectado a la violación concreta de los derechos constitucionales de cualquier ciudadano en particular. El control “*a posteriori*”, por el contrario, siempre es “concreto”, en el sentido que se ejerce con ocasión de una concreta y efectiva violación de un derecho subjetivo. Ahora bien, el hecho es que la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas no puede ser plenamente apreciada “en abstracto”, es decir, antes que éstas sean interpretadas y concretamente aplicadas a supuestos de hecho específicos.

(2) *Control centralizado v. control difuso*. El control jurisdiccional sobre las leyes puede ser ejercido de forma centralizada o de forma difusa.

(a) En un sistema de control centralizado (como aquellos generalmente existentes en Europa), existe un juez constitucional especial. El Tribunal Constitucional es el único juez competente para controlar la conformidad de las leyes con las normas constitucionales que reglamentan la función legislativa. Este tipo de control puede ser ejercido “*a priori*” (como sucedía en Francia hasta hace poco) o “*a posteriori*” (como sucede en la mayor parte de los países europeos).

(b) En un sistema de control difuso (como aquel en vigor en los Estados Unidos), no existe un Tribunal Constitucional especial: cualquier juez puede controlar la conformidad de las leyes con la Constitución. Este tipo de control se ejerce necesariamente “*a posteriori*”.

Vale la pena subrayar dos diferencias principales entre estos dos sistemas de control.

(i) La primera diferencia concierne al acceso a la justicia constitucional.

En un sistema de control difuso, todo ciudadano tiene acceso directo a la justicia constitucional y, como no hay alguna diferencia entre justicia ordinaria y justicia constitucional, todo ciudadano puede actuar frente a un tribunal por la violación de sus derechos constitucionales.

Por el contrario, en un sistema con control centralizado y “*a priori*”, normalmente los ciudadanos no tienen acceso directo al juez constitucional: sólo algunos órganos constitucionales (por ejemplo, el jefe de estado, los presidentes de las cámaras, etc.), y eventualmente las minorías parlamentarias, tienen facultad de dirigirse al Tribunal Constitucional.

En general, en un sistema de control centralizado “*a posteriori*”, sólo los jueces ordinarios (i.e., no constitucionales) pueden someter casos al Tribunal Constitucional: cuando nazca una cuestión de constitucionalidad en el curso de un proceso frente a cualquier autoridad jurisdiccional, el juez somete la cuestión al Tribunal Constitucional, y suspende el proceso en espera de que la cuestión prejudicial sea resuelta. Sin embargo, nada impide que, en circunstancias determinadas, se admita el acceso directo de los ciudadanos al juez constitucional (como sucede, por ejemplo, en España y Alemania).

(ii) La segunda diferencia tiene que ver con los efectos jurídicos de las decisiones de inconstitucionalidad.

En un sistema de control difuso, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa (decisión que cualquier juez puede pronunciar) carece de efectos generales: sólo puede tener efectos circunscritos al caso decidido, “inter

partes". La disposición legislativa en cuestión es desaplicada por el juez que la considera inconstitucional, pero no es definitivamente expulsada del ordenamiento: ésta conserva su validez, y es del todo posible que otros jueces (y sobre todo órganos administrativos) continúen aplicándola. Sin embargo, en la práctica, cuando una disposición legislativa haya sido declarada inconstitucional por un Tribunal Supremo, se puede prever que los tribunales inferiores se abstendrán de aplicarla⁴.

En un sistema de control centralizado "*a priori*", la decisión de inconstitucionalidad, pronunciada por el Tribunal Constitucional, impide que la disposición que se trate sea promulgada y entre en vigor.

Normalmente, en un sistema de control centralizado "*a posteriori*", la declaración de inconstitucionalidad, pronunciada por el Tribunal Constitucional, tiene efectos generales, "*erga omnes*": de modo tal que la disposición inconstitucional es considerada definitivamente inválida, y por lo tanto excluida de cualquier aplicación jurisdiccional o administrativa.

(De hecho, existen ordenamientos donde las decisiones del juez constitucional no tienen efectos inmediatos sobre las disposiciones declaradas inconstitucionales; tienen sólo el efecto de obligar al legislador a derogar las disposiciones en cuestión. Una solución de este tipo, sin embargo, no es satisfactoria, sobre todo porque no puede en modo alguno garantizarse que el legislador cumpla sus obligaciones, y por tanto es posible que la declaración de inconstitucionalidad permanezca desprovista de cualquier consecuencia práctica y que por tanto la violación de la Constitución persista).

Cada sistema de control jurisdiccional sobre las leyes presenta ventajas y desventajas. Sin embargo, nada impide combinar sistemas diversos, para preservar así los beneficios y evitar los defectos (o los costes) de cada uno de ellos. Por ejemplo, un sistema de control centralizado "*a posteriori*" podría fácilmente ser combinado con un control "*a priori*" solicitado por las minorías parlamentarias o incluso por los ciudadanos. A mi modo de ver, esto sería sin duda recomendable. Se entiende que, en este caso, una ley que hubiera superado también el control "*a priori*" no debería considerarse definitivamente conforme a la Constitución, y por tanto excluida de cualquier control ulterior. También una tal ley, en cambio, debería ser susceptible todavía de control "*a posteriori*" cuando su aplicación a casos concretos hiciera sospechar su inconstitucionalidad.

4. El poder judicial y el legislativo. (II) Entre sujeción e independencia

(1) *Independencia del legislativo*. En un Estado de Derecho, los jueces están sujetos a la ley, no al legislador. La independencia del órgano legislativo es incluso condición necesaria para la satisfacción de los requisitos del imperio de la ley. La razón de esto es obvia: el órgano legislativo tiene, en todo momento, una orientación política definida, mientras que los jueces no deben tener alguna, ya que su tarea es sólo aplicar el Derecho, no realizar un programa político cualquiera.

La independencia del poder jurisdiccional reposa sobre dos condiciones principales:

⁴ Lo que, por otra parte, tienen la obligación de hacer en los ordenamientos donde está en vigor el principio del precedente vertical vinculante (como en los Estados Unidos).

(a) primero, los jueces –con la posible excepción del Tribunal Constitucional, donde un tal tribunal exista (véase *infra*, § 6)– no deben ser nombrados por el legislativo;

(b) segundo, y claramente más importante, el legislativo no debe tener algún poder de revocatoria de los jueces.

(2) *Sujeción a la ley*. Los jueces deben ser independientes del legislativo, pero sujetos a la ley, es decir (dejando de lado las leyes inconstitucionales), a los actos del parlamento.

Sin embargo, los actos del parlamento están sujetos a interpretación judicial. Ahora bien, es perfectamente posible que los jueces interpreten y apliquen las leyes de modo disconforme a los propósitos del parlamento. Pues bien, no contradice el imperio de la ley que el parlamento organice algún tipo de control –por ejemplo, un monitoreo permanente– sobre la interpretación judicial de la ley. Por consecuencia, el parlamento, cada vez que disintiese de la interpretación judicial de la ley, tendría el derecho no sólo de cambiar las leyes existentes (lo que es obvio), sino también de aprobar leyes de interpretación auténtica: la interpretación auténtica no contradice el principio de separación de los poderes, simplemente reafirma el principio democrático.

Nótese, sin embargo, que en ningún caso la legislación –inclusa la interpretación auténtica– puede revolver decisiones jurisdiccionales que son ya cosa juzgada⁵. El poder legislativo no puede ser extendido hasta tal punto, ya que invalidar una decisión jurisdiccional equivale a juzgar, es ejercicio de jurisdicción, y esto, sí, es incompatible con la separación de los poderes, y también con la certeza del Derecho (véase *supra*, § 2).

(3) *Control jurisdiccional sobre las leyes*. Es evidente que, en un “Estado constitucional de Derecho”, los jueces están sujetos a la legislación si, y sólo si, ésta es conforme a la Constitución. Cada vez que la ley no es conforme a la Constitución, los jueces –según los casos: todos los jueces o un Tribunal Constitucional especial– tienen el poder de denegar la aplicación de la ley, o incluso de anularla (véase, *supra*, § 3).

5. El poder judicial y el ejecutivo

(1) *Independencia del ejecutivo*. En un Estado de Derecho, el poder judicial debe ser independiente del ejecutivo: en realidad, esto es obvio y no necesita argumentación. Al igual que el legislativo, también el ejecutivo está políticamente orientado, mientras la aplicación jurisdiccional de la ley debe estar totalmente no condicionada por preferencias políticas.

Las condiciones de independencia del jurisdiccional del ejecutivo son las mismas que ya han sido enunciadas al hablar de las relaciones entre poder judicial y poder legislativo (véase *supra*, § 4):

(a) primero, los jueces no deben ser nombrados por el ejecutivo;

(b) segundo, y claramente más importante, el ejecutivo no debe tener poder de revocatoria de los jueces.

⁵ Lo que pone en tela de juicio las leyes de amnistía e indulto.

(2) *Control jurisdiccional sobre los actos administrativos*. En un Estado de Derecho, cualquier acto del ejecutivo está sujeto a control jurisdiccional (véase *supra*, §§ 1, 2).

Si los actos administrativos ilegales deban ser simplemente desaplicados (es decir desatendidos para decidir casos concretos), o deban ser sin más anulados, es una cuestión controvertible. Pero, de todas maneras, los actos ilegales del ejecutivo –sean éstos actos normativos (reglamentos) o medidas concretas– deben ser privados de todo efecto jurídico. Por otro lado, no parece aceptable que los jueces competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos sean no ya los jueces ordinarios, sino en cambio ciertos jueces “administrativos” especiales, nombrados por el ejecutivo, ya que no estaría garantizada su independencia de juicio.

6. El poder judicial en cuanto tal

(1) *Poderes*. Resumiendo (véase *supra*, §§ 3, 4, 5), en un Estado constitucional de Derecho, el poder judicial, entendido en sentido amplio (es decir, incluyendo a los jueces constitucionales), debe tener competencia para controlar la conformidad al Derecho de todos los actos legislativos y administrativos.

(2) *Selección*. En general, la sujeción a la ley no es compatible con la selección de los jueces mediante elección (véase *supra*, § 2). La elección supone candidatos que busquen votos con base en programas políticos; por tanto es un método apropiado para elegir a los candidatos a la luz de sus inclinaciones políticas.

Los jueces, por el contrario, deben ser seleccionados con base en su preparación profesional en materia de Derecho. Una selección de este tipo supone algún tipo de concurso público –es decir una selección técnica y neutral fundada sobre el mérito de los candidatos– que debería ser reservado a personas calificadas (por ejemplo: abogados, profesores de Derecho, etc.).

(3) *Nombramiento*. Excluyendo que los jueces puedan ser nombrados por el legislativo y/o por el ejecutivo (véase *supra*, §§ 4, 5), sólo se puede prever que los jueces sean seleccionados y nombrados (de forma auto-referencial) por los propios jueces: por ejemplo, por una sección *ad hoc* del Tribunal Supremo⁶.

Este método de nombramiento no es apropiado para los jueces del Tribunal Constitucional (cuando un tal tribunal sea instituido, siendo el control de constitucionalidad centralizado). Los miembros –o la mayoría de los miembros– del Tribunal Constitucional sólo pueden ser nombrados por órganos políticos. El sentido común sugiere que sean nombrados –o mejor: elegidos– por el parlamento, ya que desarrollan precisamente la función de controlar los actos parlamentarios: elegidos por mayoría calificada, por supuesto (de otro modo, el tribunal sería expresión de la mayoría política contingente). Ciertamente es inadmisibles que todo el Tribunal Constitucional sea nombrado por un órgano atribuible al poder ejecutivo, como el Jefe de Estado.

En cuanto a los jueces supremos, es preciso distinguir. Si el control de constitucionalidad es centralizado, y por tanto el Tribunal Supremo no desarrolla la función de juez constitucional (y desarrolla en cambio la función de “tribunal de casación”, que ejerce el control de legalidad sobre los fallos de los jueces de mérito), también los jueces supremos bien podrían ser nombrados por el propio Tribunal

⁶ Soy deudor de esta sugerencia a Liborio Hierro y Juan Carlos Bayón.

Supremo. Si, por el contrario, el control de constitucionalidad no es centralizado, y por tanto el tribunal supremo desarrolla la función de juez constitucional, es natural que los jueces supremos sean nombrados por órganos políticos. Pero es necesario insistir: no es admisible que todo el Tribunal Supremo sea nombrado por un órgano atribuible al poder ejecutivo, como el Jefe de Estado (es lo que sucede en los Estados Unidos, aun con algún débil contrapeso).

(4) *No temporalidad del cargo e inamovilidad.* No temporalidad del cargo e inamovilidad son condiciones necesarias de independencia (política) de los jueces. En particular, el poder judicial, a diferencia del legislativo y del ejecutivo, no debe estar sujeto a las fluctuaciones de los resultados electorales. Los jueces no pueden ser revocados, transferidos, o suspendidos, si no sólo conforme a las condiciones sustanciales y procedimentales dispuestas por la ley.

Tal vez, la regla de la no temporalidad del cargo debería valer también para los jueces constitucionales y/o supremos, como garantía de su independencia. Sin embargo, si los jueces constitucionales y/o supremos son elegidos o nombrados por tiempo determinado, es oportuno que la Constitución excluya la posibilidad de una segunda elección o nombramiento. De otro modo, ellos serían “políticamente responsables” frente a quien los ha elegido o nombrado, de modo que su independencia política no estaría garantizada, porque sus decisiones podrían estar condicionadas por la expectativa de una reelección o de un segundo nombramiento.

(5) *Condiciones ulteriores de independencia.* Es fácil enumerar una serie de condiciones ulteriores de independencia.

(a) Medidas disciplinarias: la revocatoria, la suspensión o la transferencia de un juez puede tener lugar sólo como resultado de un proceso disciplinario. Y la competencia en materia disciplinaria no puede ser confiada al legislativo o al ejecutivo: sólo puede ser confiada a la Corte Suprema.

(b) Inmunidad: ningún juez puede ser privado de la libertad sino en virtud de una decisión jurisdiccional.

(c) Incompatibilidad: a los jueces debe ser prohibida la pertenencia a partidos o a grupos de interés (incluidos los sindicatos), como también debe ser prohibida cualquier tipo de actividad política. En general, los jueces no deben desarrollar alguna actividad pública o privada que sea incompatible con su independencia.

(d) Remuneración: a los jueces debe ser garantizada una remuneración que sea proporcional a la dignidad de su oficio y al alcance de sus deberes profesionales. Una remuneración apropiada es una importante *conditio sine qua non* de independencia fáctica.

(6) *Prohibición de los jueces extraordinarios.* Las reglas en materia de competencia jurisdiccional (relativas al territorio, a la materia, etc.) deben ser predeterminadas por la ley. La creación de jueces extraordinarios –es decir, “*ex post facto*”– debe ser prohibida. Se trata de una condición elemental de imparcialidad de los jueces y de certeza del derecho para los ciudadanos.

(7) *Decisiones jurisdiccionales.* Toda decisión jurisdiccional debe estar motivada: la motivación es condición esencial para la crítica de la jurisprudencia por parte de la opinión pública y, sobre todo, para el control de la misma por parte de los tribunales superiores.

(8) *Control sobre las decisiones jurisdiccionales.* Las decisiones jurisdiccionales –como todo otro acto del Estado– deben estar sujetas a control de legalidad (de conformidad con la ley). Es obvio que tal control puede ser confiado sólo a (otros) jueces (superiores), y en particular, en última instancia, a un Tribunal Supremo, con la tarea de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las leyes.

Sin embargo, las decisiones de los tribunales supremos –por definición (de otro modo no serían “supremos”)– no pueden estar sujetas a controles ulteriores y no pueden ser *overruled*. No obstante, los derechos de los ciudadanos deben estar garantizados también contra las decisiones jurisdiccionales supremas. Por tanto, alguna forma de control parlamentario sobre la interpretación y aplicación judicial es no sólo admisible –en el sentido que no contradice la separación de poderes (véase *supra*, 4)– sino incluso deseable.

También las decisiones de los jueces constitucionales escapan a cualquier posibilidad de control y *overruling*. Sin embargo, el principio de equilibrio de poderes exige que incluso para los tribunales constitucionales exista un contra-poder, lo cual sólo puede ser el poder de revisión constitucional.

(9) *Los fiscales.* Una nota final sobre los fiscales resulta oportuna. Los fiscales, obviamente, no pertenecen al poder judicial en sentido estricto, ya que no tienen el poder de “juzgar”: ellos sólo son parte (“actores”) en el proceso penal. Sin embargo, no se puede negar que haya una conexión estrecha entre su función y la función judicial, siendo la acusación pública (en la mayor parte de los ordenamientos) una *conditio sine qua non* del ejercicio de la función jurisdiccional en materia penal. Por esta razón, en muchas constituciones los fiscales están expresamente considerados.

Algunas constituciones estatuyen la obligatoriedad de la acción penal: el fiscal tiene la obligación de ejercer la acción penal cada vez que sea conocido un delito. Es una buena regla, funcional a la garantía tanto de la imparcialidad de los fiscales, como de la igualdad de los ciudadanos.

Sin embargo, en realidad no todos los delitos pueden ser perseguidos, de modo que los fiscales, a pesar de su obligación constitucional, gozan de un poder discrecional amplio, por ejemplo de decidir si un hecho dado constituye delito, si hay pruebas suficientes para ejercer la acción penal, etc. Por lo tanto, es razonable prever que algo como un “fiscal general” tenga la obligación de referir al parlamento sobre la actividad de fiscalía, y que el parlamento tenga a su vez el poder de sugerir a él o ella un determinado curso de acción.