

LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN POLÍTICA DE LOS JUECES EN EUROPA FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Freedom of political association of Judges in Europe: An analysis through the principles of independency and impartiality

Antonio Morelli*

RESUMEN: El presente artículo pretende analizar el estatus de los jueces frente a los principios de independencia e imparcialidad que la función exige. Esto en un marco de libertad de asociación. Específicamente el artículo desarrolla la facultad de asociación que tienen los jueces europeos, como el elemento más esencial en un sistema democrático, es decir, los partidos políticos. El análisis enfoca la cuestión de la interferencia entre el poder judicial y la esfera política, ante la posibilidad más o menos implícita de limitar esta facultad de los jueces para asociarse o ejercer cualquier actividad política. Ello atendiendo las inevitables dificultades que conlleva respecto al principio de igualdad.

ABSTRACT: *The present article develops an analysis on the Judge's status against the principles independency and impartiality per se, in relation with freedom of association. Specifically, the article treats the possibility for European judges to associate regarding a quintessential element of a democratic system, that is, political affiliation. The analysis focuses on the issue of interference between the judiciary and the political sphere and the possibility of limiting judges to participate in any political activity, with the consequent difficulties related with the principle of equality.*

PALABRAS CLAVE: Estatus de los jueces, principios de independencia e imparcialidad, libertad de asociación, afiliación política, principio de igualdad.

KEY WORDS: *Judge's status, principles of independency and impartiality, freedom of association, political affiliation, principle of equality.*

Fecha de recepción: 5-11-2013

Fecha de aceptación: 20-12-2013

1. INTRODUCCIÓN

Que los valores fundamentales de la legitimidad democrática del Poder Judicial¹ se expresen a través de los principios de igualdad

* Doctor magistral en Derecho – Italia, LL.M. en European Union Law, Becario para un LL.M. en International Law en American University – Washington College of Law.

¹ En el prisma comparado global, la legitimidad democrática del poder judicial puede presentarse en tres formas diferentes: por oposición, por nombramiento político, por elección popular. En esta tripartición, el modelo romano-germánico se basa en un sistema judicial burocrático, fruto de la herencia bonapartista, mientras que el modelo anglo-americano se desarrolla en dos direcciones: por un lado, hacia un poder judicial profesional (como en el caso anglosajón); por el otro, como expresión directa Poder Judicial de la voluntad popular (es el caso de los jueces de los tribunales federales de Estados Unidos). El texto se centrará en el análisis de los

y libertad del juez de igual modo como en cualquier otro ciudadano, es un hecho consagrado en toda Constitución y sistema jurídico. Sin embargo, que el equilibrio entre los derechos de libertad y protección de la independencia puedan ser problemáticos y diferenciados en los distintos ordenamientos, también es un argumento de reflexión manifestado cotidianamente a través de las crónicas de actualidad y en la política judicial.

Se trata de "cuestiones delicadas de equilibrios y prerrogativas constitucionales"², que manifiestan la necesidad de la continua redefinición de un perímetro dentro del cual circunscribir un área caracterizada muy frecuentemente por clichés que, como tales, terminan manchando el significado de los principios más genuinos. Por lo tanto, es oportuno arrojar luz sobre los dictámenes que informan al Poder Judicial, en tonos de neutralidad, imparcialidad e independencia, para comprender y definir el rol dentro de la triangulación de los poderes estatales.

En la mayoría de los casos, los distintos modelos institucionales analizados enfocan el problema de la interferencia entre la política y el poder judicial en la posibilidad más o menos realizada de limitar la libertad de la clase judicial sobre la posibilidad de asociarse o ejercer actividad política, con las consiguientes dificultades que esto conlleva en el respeto los principios de igualdad, y colocando al juez como un ciudadano entre los ciudadanos con igualdad de derechos, también a la hora de formar parte o afiliarse a asociaciones de diferentes maneras.

*"Al juntar en el mismo sujeto su calidad de ciudadano y de magistrado, emerge la necesidad de proceder, en la evaluación el comportamiento de ese sujeto, a alcanzar un equilibrio igualitario entre lo que atañe a su derecho a la libertad como ciudadano, y lo que hace referencia al prestigio de la judicatura, en relación con su coexistencia como magistrado"*³.

El concepto de neutralidad, que debe acompañar a toda actividad judicial presupone, de hecho, una condición de independencia de los otros poderes que nos lleva a reflexionar sobre los mecanismos asociativos, en particular aquellos de afiliación a un partido político que por su esencia no pueden ser neutrales. Es necesaria, por tanto, una reflexión sobre la importancia política y social de la acción judicial ejercida por el magistrado, y un análisis de

países con un modelo de legitimidad democrática indirecta, fundada en la oposición.

² Cit. Giorgio Napolitano en la "Cerimonia del Ventaglio" del Quirinale.

³ Sentencia de la Corte Constitucional italiana del 22 de junio 1976, n. 145.

los límites sobre el equilibrio entre los límites de asociación y el principio de igualdad.

2. NEUTRALIDAD DE LA JUDICATURA: ENTRE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Una biografía apócrifa de Federico el Grande de Prusia (1712 - 1786) relata una anécdota que podría servir para la explicación del concepto de independencia del poder judicial. La historia cuenta cómo el rey, aburrido del ruido ensordecedor de las aspas de un molino de viento situado en los alrededores de su residencia de verano, propuso al molinero, dueño del molino, vender la tierra, pero fue en vano. El rey decidió entonces hacer valer su supremacía por medio de amenazas, intimidando al molinero de apropiarse del bien en cuestión mediante su poder real, y por tanto desposeyendo al propietario legítimo sin el pago de una indemnización. Tampoco las amenazas tuvieron el resultado esperado, y desencantado, el molinero respondió que en caso de que actuara así, pero tendría que rendir cuentas con los jueces de Berlín. Así que, a regañadientes, el rey se dio por vencido⁴.

El concepto de independencia del poder judicial es la clave para entender esta historia. La decisión del molinero de rechazar la primera solicitud, y luego la amenaza de su soberano, demuestra el fuerte conocimiento de la posibilidad de obtener un proceso justo ante un tercer juez, imparcial, sujeto únicamente a la ley, en virtud de la cual juzga independientemente de las presiones soberanas. El Rey es consciente de ello y es así como se resigna al ruido del molino. Este sistema de restricciones y límites al poder, de *checks and balances*, según la expresión cuñada por el derecho constitucional EE.UU., ha asumido un papel fundamental en el pensamiento constitucional moderno. Ahora, es importante entender en la práctica cómo vienen respetados estos principios, fruto del resultado de un continuo equilibrio entre ellos.

En el actual sistema judicial, la resolución de conflictos se consigue de una **forma "hetero-compositiva"**. Este mecanismo consiste en atribuir la responsabilidad de la decisión de la *litis quaestio* a un tercero, distinto de las partes. La transición de la auto-composición (una justicia administrada privadamente o particularmente) para hetero-composición en la resolución de las controversias, ha supuesto la centralización de la función judicial en manos del Estado. El juez es entonces el encargado estatal de la

⁴ Cfr. G. VANBERG, *Establishing and maintaining judicial independence*, en K. E. WHITTINGTON, R. D. KELEMEN, G. A. CALDEIRA (Eds.), *The Oxford Handbook Of Law And Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 99-100.

función judicial; un sujeto profesionalmente dedicado a la resolución de conflictos, ajeno a éstos, imparcial y *super partes*⁵.

El juez es entonces la autoridad encargada de presidir y dirigir el acto; es un tercero ajeno al conflicto y a las partes, y por lo tanto, superior a ellos. La existencia de un poder que administra la justicia en nombre y por cuenta del Estado (artículo 117.1 de la Constitución Española) se basa en tres pilares fundamentales: la imparcialidad, la neutralidad y la independencia. Estos conceptos a menudo por razones de simplicidad se confunden entre ellos, siendo todos ellos directamente correlacionados con esta posición del juez, caracterizada por la pasividad y la superioridad respecto a las partes⁶.

Las variaciones en el análisis de estos conceptos vienen dadas por la transición de una dimensión objetiva a una dimensión subjetiva de la Judicatura. La dimensión objetiva está directamente relacionada con el concepto de imparcialidad del poder judicial, mientras que la dimensión subjetiva pretende representar el momento del juicio individual de un caso determinado por un juez predeterminado.

La neutralidad es, pues, un concepto predominantemente abstracto e instrumental que se encuentra en la esencia del propio Poder Judicial, como autoridad del Estado, que *a priori* no tiene interés o perjuicio hacia las partes. Por lo tanto, la neutralidad se **puede definir como una "equidistancia"** con respecto a las partes, entendida en un sentido objetivo⁷. Así que, de acuerdo con la filosofía de Locke, el juez se configura según los principios de imparcialidad y justicia, que se manifiestan en la decisión de las controversias particulares de acuerdo con las leyes aprobadas por el pueblo⁸.

Las Constituciones nacionales requieren en los propios ordenamientos un juez predeterminado, investido de jurisdicción y competencia para el desarrollo de la propia función⁹. Esto explica el concepto de imparcialidad, entendida como el desarrollo correcto de la función de la aplicación e interpretación de las normas en casos concretos. Esto viene a manifestarse *a posteriori*, en el proceso, a través de una serie de elementos, o bien en la imparcialidad en las controversias, la ajenidad respecto a las partes, y la necesidad de no

⁵ Cfr. I. COLOMER HERNANDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 19-20.

⁶ Cfr. L. M^a DÍEZ-PICAZO, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991, p. 25; DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO y VEGAS TORRES, *Introducción al Derecho Procesal*, p. 67.

⁷ Cfr. J. L. BREY BLANCO, *Los jueces y la política*, in *Foro, Nueva Epoca*, n. 00/2004, pp. 51-56.

⁸ Cfr. J. LOCKE, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, p. 296.

⁹ SSTC 47/1983 y 23/1986.

estar subordinado a ningún propósito subjetivo¹⁰. Es aquí donde se justifica la posición de imparcialidad del juez, que no opera en su propio nombre, sino en el del Estado; una posición seguramente distinta y calificada respecto a las partes, portadora, en cambio, de intereses subjetivos¹¹.

Por otro lado, el concepto de independencia del Poder Judicial es entendido para garantizar la ausencia de influencias de cualquier tipo, especialmente las políticas. De hecho, en la tripartición de Montesquieu, el tercer poder es el único que nace con una matriz ajena a la política. Así, ante la amenaza de la interferencia o el abuso de **poder**: "es preciso que el poder detenga al poder"¹².

Por lo tanto, existe una fuerte relación entre los conceptos de neutralidad e imparcialidad, de igual modo que entre los conceptos de neutralidad e independencia. Es la propia entidad del Estado la que garantiza el principio de neutralidad, entendida como una imparcialidad objetiva por un lado; y como una declinación de la independencia a garantía de los intereses políticos y sociales por otro.

3. ESCENARIO DE ANÁLISIS: LOS SISTEMAS BUROCRÁTICOS

La distinción eterna entre los países de *Civil Law* y los países de *Common Law* se refleja también en la organización del poder judicial, creando dos sistemas diferentes: uno de tipo burocrático, fruto de la tradición romano-germánica, y el otro de tipo profesional, fruto de la tradición anglo-americana. Se trata de una mera clasificación "ideal-típica", una abstracción basada en dos polos, entre los que se desarrolla un *continuum* de situaciones concretas, que refleja la realidad de los distintos ordenamientos jurídicos¹³.

En los sistemas de tipo burocrático, la legitimación del juez se produce de una forma democrática indirecta, en la que la soberanía popular, a través de la Constitución, deposita su confianza en un poder judicial profesional y en una justicia técnica que no está sujeta al sufragio universal, sino a una oposición de naturaleza estatal.

El juez, como representante del "Tercer poder del Estado", por lo tanto, es un experto del derecho, un profesional imparcial, políticamente neutral, económicamente suficiente, y al servicio de la sociedad.

¹⁰ Cfr. J. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 186 y ss.

¹¹ Cfr. J. L. BREY BLANCO, *Los jueces y la política*, en *Foro, Nueva Epoca*, n. 00/2004.

¹² C. L. SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*.

¹³ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La Democrazia Giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 54.

En este marco, de acuerdo con los valores constitucionales, la independencia del poder judicial debe ser vista como una garantía del ciudadano y no como un privilegio del individuo. El juez está sujeto únicamente a la ley y el sistema legal respetando el principio de legalidad. Según la tradición iluminista, la sujeción del juez a la Ley **"limitada"** corresponde con la superación del despotismo, así como a un impulso hacia un sistema que es la expresión de la voluntad popular¹⁴. De acuerdo con este principio, si por un lado la elaboración de las normas es el resultado exclusivo de medidas legislativas y políticas, por otro lado, se trata de la interpretación, aplicación e integración de la compleja realidad normativa, que se convierte en una herramienta importante de la actividad judicial y constituye la otra cara de la producción de normas¹⁵. **"La ley, como cualquier actividad humana siempre será incompleta"**¹⁶, entonces necesariamente tendrá que valerse la producción jurisprudencial, dejando espacio para el desarrollo de la discrecionalidad del Poder Judicial, como consecuencia histórica de una crisis del Estado **legislativo y "monista"**, hacia un Estado de derecho con nuevas fuentes de producción normativa¹⁷.

Sin embargo, precisamente en conformidad con los principios de independencia e imparcialidad, la libertad de asociación de los jueces se convierte en un arma de doble filo: es garantizado el derecho de asociación al poder judicial, en la medida en que sea fruto de la libertad de expresión y opinión, también política; pero siempre y cuando sea libre de cada mecanismo de partido. Sería utópico imaginar una conciencia humana que no esté influenciada por la realidad socio-económica en la que está inmersa, así como sería utópico imaginar un pensamiento totalmente apolítico. Por consiguiente, la idea de un juez apolítico se considera, **a priori**, inaceptable. Sin embargo, de la misma manera, se debe evitar, al menos en las magistraturas burocráticas, una conformación del juez política o politizada. Por lo tanto, es importante no confundir el criterio de la apoliticidad con el principio de imparcialidad, que es el verdadero motor de la actividad jurisprudencial¹⁸.

¹⁴ Cfr. M. CATTANEO, *Illuminismo e Legislazione*, Milano, 1966, p. 23.

¹⁵ Precisamente la norma jurídica deja en general una serie de posibilidades abiertas. La decisión judicial retira esta indeterminación en el caso concreto, así que se configura también como un medio de producción normativo. Cfr. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 1982.

¹⁶ Cit. F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Madrid, 1925, p. 115.

¹⁷ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, 1998, p. 24-25.

¹⁸ Cfr. I. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 63; J. L. BREY BLANCO, *Los jueces y la política*, en *Foro, Nueva Época*, n. 00/2004, p. 42.

Con estos presupuestos, es ahora posible analizar e interpretar la armonía entre la esfera judicial y la esfera política, desde la cual surge un tema particularmente delicado entre el equilibrio entre los derechos fundamentales, garantizados por la Constitución, y el **status del juez**; “entre el individualismo y el estatismo; entre los derechos y la ley”¹⁹.

4. LIMITACIONES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN: EL PODER JUDICIAL Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS

En el escenario europeo, aunque con diferentes matices, el principio de separación de poderes se refleja de una manera más o menos evidente sobre la tendencia de la exclusión del poder judicial de la esfera política. La figura del juez, por definición, tercero e imparcial, se presupone ajena a la participación de partidos con el fin de garantizar una jurisdicción ecua, que encuentra su posición dentro de un Estado de derecho, basado en los principios democráticos. Por otra parte, el juez es una figura completamente inmersa en la realidad social, activa y consciente, promotora de un desarrollo social (artículo 9.2 Constitución Española, art. 3.2 Constitución Italiana)²⁰.

En este sentido, la libertad de asociación puede representar un peligro para la independencia personal del juez, ya que él mismo puede quedar dominado por una presión indirecta sobre su **modus pensandi**, ergo su propia conciencia. Pudiendo estos presupuestos llegar a afectar a la integridad del órgano judicial, y también a la justicia **tout court**, los sistemas de los países basados en el modelo de justicia burocrática, han visto un legislador propenso a contemplar la creación de restricciones a la libertad de asociación, en el momento en que están conectados a las estructuras políticas.

Desde un análisis más profundo, esta prohibición para los jueces tiene una lógica: éstos además de estar al servicio de la nación como otras categorías (militares y diplomáticos)²¹, constituyen una organización autónoma e independiente. Así que un juez que quiera unirse políticamente, se disociaría del principio constitucionalmente garantizado de autonomía del poder judicial.

¹⁹ Cit. L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 13.

²⁰ Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los principios generales del Derecho y la Constitución*, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 1163 y ss.

²¹ El artículo 98 de la Constitución italiana: “La ley podrá establecer limitaciones al derecho de afiliarse a los partidos políticos a los jueces, los militares de carrera en servicio activo, los funcionarios y agentes de policía, a los representantes diplomáticos y consulares en el extranjero”.

Especialmente en los países donde históricamente el poder judicial ha estado cerca de los regímenes totalitarios, a los jueces no se les permite participar en las instituciones partidistas, y los que son miembros de asociaciones judiciales no pueden ni siquiera llevar a cabo directamente o indirectamente, detrás del velo asociativo, actividades en este sentido. Por lo tanto, la libertad de asociación encuentra un límite expreso, tal vez también constitucionalmente como en el caso italiano y español, que quiere preservar la pureza, es decir, la imparcialidad y la independencia de esta *turris eburnea* que es la Justicia.

Las críticas a este enfoque siempre se han desarrollado desde una doble perspectiva: por un lado prohíbe el ejercicio de un derecho fundamental de los miembros del Poder Judicial; por el otro, refleja una imagen conservadora del Poder Judicial²².

Sin embargo, es importante preservar la imagen pública del poder judicial. La afiliación a un partido político implica una estrecha relación con los ideales y las estructuras organizativas internas del partido, que no combinan bien con la naturaleza de la función judicial. Por tanto, el análisis debe desarrollarse no tanto desde el punto de vista de la libertad ideológica del juez, sino desde el punto de vista de una militancia activa en el partido de forma organizada. Se trata entonces de un balance: por un lado hay que perseguir la imagen de un juez distanciado de la política, por el otro, que se encuentre inserto en los problemas sociales. Las esferas judiciales, por otra parte, se han abierto cada vez más a los fenómenos de ósmosis política-judicial, por lo que el constitucionalismo contemporáneo, a menudo se caracteriza por una mayor presencia del juez que la del legislador. Este constitucionalismo es el resultado de un compromiso entre la racionalidad de la ley y la racionalidad de la sentencia²³.

5. ANÁLISIS DE LOS CASOS

En este punto, es posible analizar caso por caso los modelos más representativos en los países de *Civil law*, lo que nos permite poner a prueba los distintos grados en los que se declina el fenómeno asociativo-partidista de la Judicatura. Se trata de *checks and balances*, que en cada uno de los estados han sido el resultado de decisiones político-legislativas, para asegurar la confianza de los ciudadanos en un tercer poder judicial eficaz e imparcial, y determinar un sólido Estado de Derecho, fundado en la separación de

²² Cfr. J. L. BREY BLANCO, *Los jueces y la política*, en *Foro, Nueva Época*, n. 00/2004, p. 59.

²³ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 35-37.

poderes. Es esto un reflejo del fenómeno histórico y social, donde la disposición es una manifestación de la voluntad de cambio y de la seguridad jurídica²⁴. Es un fenómeno teleológico, que tiene como objetivo lograr ciertos fines sociales²⁵.

Los países objetos de análisis son: Italia, España, Francia y Alemania, ejemplos emblemáticos en el cuadro europeo.

5.1. El caso italiano

En Italia, el problema del acercamiento de los magistrados al poder político ha sido objeto de discusiones desde la segunda mitad del siglo pasado: de hecho, la politización del poder judicial nació como la necesidad de buscar protección en la puerta de los candidatos o representantes electos, en virtud de beneficios de carrera, u otras ganancias.

Las actas parlamentarias italianas del 1870 son el testimonio perpetuo de los violentos enfrentamientos entre Vigliani y Mancini, **que en la época eran el "dante causa" y "el avenge causa"** (el predecesor y el sucesor) en el cargo de Ministro de la Justicia, sobre la estigmatización de la cercanía entre la política y el poder judicial²⁶.

Por lo tanto, la configuración del poder judicial como un poder autónomo, neutral e imparcial, ha llevado a el legislador constitucional republicano a proporcionar la posibilidad de limitar el derecho de limitar el derecho de afiliarse a los partidos políticos como excepción a lo dispuesto en los artículos 18 y 49, respectivamente, en relación a la libertad de asociación *tout court* y a la libertad de asociación del partido.

Con este fin, después de un *iter* particularmente difícil, en la constituyente se decidió introducir una norma *ad hoc* que atribuyera a la Ley ordinaria, la elección en merito a las posibles restricciones del derecho de asociación política de los jueces, ignorando de inmediato la inserción de la prohibición *de quo* en el texto constitucional. La decisión de utilizar en la sede constituyente una norma programática pretendía proporcionar una herramienta

²⁴ La mayoría fueron decisiones tomadas en la Asamblea Constituyente, después del conflicto bélico, para garantizar una base fuerte sobre la cual reconstruir la arquitectura social y jurídica de cada ordenamiento.

²⁵ Para el tema del debate sobre la racionalidad teleológica del sistema jurídico, véase: M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, 1997, pp. 27 y ss.

²⁶ Sobre el mejoramiento de las condiciones morales y materiales del poder judicial en Italia: Discurso del Ministro de Gracia y Justicia (P.S. Mancini) pronunciado el 19 de abril de 1877 como respuesta a las interpelaciones de los diputados Antonibon, Muratori y Toscanelli, Roma, Tip. Eredi Botta, 1877.

adecuada a las Cámaras para salvaguardar la imparcialidad y la independencia de la función, dejando al legislador ordinario la tarea de adoptar requisitos específicos sobre el tema.

La Asamblea Constituyente señaló que una prohibición explícita habría sido un perjuicio hacia los partidos, un presagio negativo hacia la política. De hecho, era necesario, por un lado asegurar la independencia del poder judicial, y por otro lado estimular la participación en la vida de la nación. Las disciplinas de los partidos hubieran podido meter a la clase judicial en la vergüenza más profunda, ya que no basta con que sea independiente, sino que "es necesario que siempre aparezca tal"²⁷.

De hecho, era necesario, por un lado, garantizar la independencia del poder judicial, y por otro, la participación en la vida de la nación:

En este contexto, la influencia de la autoritaria doctrina de **Calamandrei, según la cual** "la actividad política puede perturbar la serenidad e imparcialidad del juez, o por lo menos la confianza del pueblo en su imparcialidad y serenidad"²⁸, fue decisiva en la introducción del artículo 98.3 de la Constitución, que prevé la posibilidad de introducir con leyes limitaciones al derecho de los jueces a afiliarse a los partidos políticos, a los militares de carrera en servicio activo, a los funcionarios y agentes de policía, y a los representantes diplomáticos y consulares en el extranjero.

El sentido de esta proposición estriba, sin duda, en el rol del juez, quien es operador de espinosas, complejas e importantes **funciones que requieren un** "estatus especial de autonomía, así como una condición absoluta de imparcialidad"²⁹.

Esta particular condición del magistrado ha contemplado siempre la cuestión de la posibilidad de limitación o de restricción, con la posesión de ciertos derechos públicos subjetivos fundamentales que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos³⁰.

El tema ha tenido múltiples interpretaciones en el tiempo y ha sido objeto de innumerables comparaciones, tanto en la doctrina

²⁷ Cit. G. LEONE, en *Lavori preparatori della Costituzione della Repubblica italiana*, Resoconto della seduta di giovedì 5 dicembre 1946, Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), Asamblea Constituyente.

²⁸ Cit. P. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, Firenze, CAM, 1953, p. 39.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Cfr. G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, en A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 420.

como en la jurisprudencia, entre las que se han sustentado la posibilidad de que los jueces puedan ejercer sus derechos constitucionales reconocidos igual a todos los ciudadanos; y las que por otro lado han apoyado la indispensable condición de independencia e imparcialidad que se requiere en el orden judicial y sus pertenencias.

La *ratio* del discurso puede ser comprendida mediante la palabras de la Corte Constitucional italiana que cita: "al juntarse en el mismo sujeto su calidad de ciudadano y su calidad de magistrado, se plantea la necesidad de proceder a evaluar el comportamiento de ese sujeto, en un justo equilibrio entre lo que se refiere a su derecho de libertad como ciudadano, y lo que se refiere al prestigio de la judicatura, en coexistencia con su calidad de **magistrado**"³¹.

En las interpretaciones y debates posteriores a la constituyente, la tesis predominante afirmaba que la Constitución consiente, sin imponer, medidas restrictivas a la libertad de inscribirse a partidos para esta categoría. Ya en 1946, un referéndum organizado por la Asociación Nacional de Magistrados (ANM) entre sus miembros, manifestó que la gran mayoría de los encuestados se había pronunciado de lado de la incompatibilidad entre las funciones judiciales y la pertenencia a un partido político³².

Durante mucho tiempo, el asunto fue simplemente basado en el código ético del Poder Judicial, y las intervenciones legislativas han estado limitadas a casos esporádicos **sobre la prohibición de "la realización de actividades relacionadas con una asociación o partido político"** para los jueces pertenecientes a la Corte Constitucional ex artículo 8 Ley no. 87/1953; o sobre la exclusión vigente para los miembros del Consejo Superior de la Magistratura (CSM) de "empeñarse en actividades propias de los miembros de un partido político", ex artículo 12 de la Ley n.74/1990; o, por último, sobre la pura definición de los requisitos para el nombramiento de los jueces honorarios agregados ex art. 2, c. 3, letra d, de la Ley no. 276/1997. Esto manifiesta una dificultad reiterada en establecer un equilibrio entre libertades universales y limitaciones particulares para los miembros de esta categoría, exactamente como ya había ocurrido en la Asamblea Constituyente.

Tras años de debate y substancial vacío normativo, la original disposición constitucional programática se ha desarrollado recientemente de forma específica con el Decreto Legislativo n.

³¹ Sentencia de la Corte Costituzionale, 22 giugno 1976, n. 145.

³² Cfr. G. BORRÈ, *Commento al 3° comma dell'art. 98*, en G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 444.

109/2006, de Disciplina de ilícitos disciplinarios de los jueces, convertido en Ley n. 269 de 2006, de reforma del sistema judicial. El nuevo texto considera ilícito disciplinar, fuera del ejercicio de la función judicial, la inscripción o participación de forma sistemática y permanente en partidos políticos, o la participación en actividades en el sector económico y financiero que puedan afectar el desempeño de las funciones, o sin embargo, poner en peligro la imagen del magistrado.

En relación con la libertad de asociación, las disposiciones normativas que se ponen de relevo son las letras g) y h) del art. 3, párrafo. 1 del citado Decreto. n. 109 de 2006, sobre, respectivamente, la pertenencia a asociaciones cuyas restricciones son incompatibles con el ejercicio de la función jurisdiccional y la inscripción en partidos políticos.

Por lo tanto, se ha regulado la definición de la naturaleza de la responsabilidad disciplinaria, en las condiciones y aspectos procedurales, tratándose de un tema de gran actualidad, que afecta a la concepción de la función judicial, así como a la posición constitucional de los magistrados, ya sea en las relaciones con los usuarios del aparato judicial, o en sus relaciones con los otros poderes del Estado.

La nueva regulación ha sido objeto de las más encendidas discusiones desde diferentes partes, asimismo como criticada con argumentaciones de ilegitimidad constitucional.

De hecho, la Corte Constitucional italiana poco después, con sentencia del 24 de julio 2009, n. 224, expresó sobre la constitucionalidad del artículo 3, apartado 1, letra h), de dicho Decreto Legislativo 25 de febrero 2006, n. 109. La cuestión fue formulada por la sección disciplinaria del CSM con ordenanza del 11 de noviembre de 2008, relativamente a la compatibilidad de un expediente disciplinario respecto a la Constitución.

El *petitum* quería demostrar que la nueva Ley, introduciendo una prohibición formal y absoluta para la categoría judicial al asociacionismo político, iría mucho más allá de la disposición constitucional de reglamentación de la materia, perjudicando lo dispuesto en la Constitución sobre la garantía de los derechos inviolables, reconocidos tanto a nivel individual como en las formaciones sociales. Es un caso de equilibrio entre los derechos

fundamentales; o más bien, entre los derechos y las limitaciones inherentes a la condición de juez³³.

La Corte falló decretando una falta de fundamento del recurso, argumentando de la siguiente manera: "no hay violación de los principios invocados, ya que, en el diseño constitucional, la extrañeza del magistrado a los partidos políticos es un valor de especial importancia, que tiene como objetivo salvaguardar el ejercicio independiente de las funciones judiciales"³⁴.

En este balance la Corte se posiciona hacia la protección de un *status* particular, el del juez, a expensas del ejercicio de los derechos, aunque fundamentales, de este último. El enfoque de la sentencia debe buscarse en el correcto equilibrio entre dos derechos fundamentales inherentes a la figura del juez: por un lado, ser capaz de expresar abiertamente su subjetividad política y cultural; por el otro, el de la imparcialidad del órgano judicante, la cual se expresa no sólo en el desempeño de sus propias funciones, sino también externamente a éstas³⁵.

Las reacciones a la publicación de la sentencia fueron muchas y de diferente naturaleza, acerca de las posiciones de los jueces bajo excedencia por mandato electoral, o de los registrados en partidos políticos. La doctrina afirma que una verdadera independencia no se puede lograr con la simple prohibición de la inscripción en partidos, ya que quedan las ideologías y las convicciones políticas que un juez pueda tener³⁶.

Sin embargo, en la legislación italiana, el principio de imparcialidad finalmente acaba perdiendo de vista su esencia, en detrimento de la apariencia relativamente al problema de la compatibilidad relativa a la candidatura y a la elegibilidad de un juez³⁷.

De hecho, si el artículo 98 c. 3 de la Constitución establece la posibilidad de restringir el derecho de inscripción a partidos políticos por los miembros del poder judicial, no se encuentra una norma que prevea una limitación a la posibilidad de acceso a los cargos de elección popular, como de hecho está consagrado en la Constitución

³³ La decisión es ideológicamente la continuación un razonamiento abierto con la Sentencia n° 100 de 1981, a la que a menudo se hace referencia.

³⁴ Sentencia de la *Corte Costituzionale*, 24 luglio 2009, n. 224.

³⁵ Cfr. S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte Costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte del magistrato*, en *Federalismi, Rivista di diritto Pubblico Italiano, comunitario e comparato*, n. 16, 2009.

³⁶ Cfr. P. ZAMPETTI, *Magistrati e partiti*, en *Quaderni della Giustizia*, n. 11, 1982.

³⁷ Cfr. F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, en *Giurisprudenza italiana*, n. 4, 1985.

ex art. 51. El derecho al voto pasivo está garantizado para todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, excepto en casos de inhabilitación absoluta previstos por el artículo 7 del Decreto Presidencial 361/57, que incluye exclusivamente la categoría de los jueces de la Corte Constitucional.

Las limitaciones introducidas en el derecho de afiliarse a asociaciones de partido bien podría ser efímero al carecer de regulaciones explícitas sobre la elegibilidad. De hecho, la candidatura a las elecciones parlamentarias y locales, no puede ni debe necesariamente estar relacionada con el fenómeno de la militancia política, habiendo la posibilidad de presentarse de forma independiente en las listas electorales. Es claro que la *ratio* de la prohibición podría ser frustrada fácilmente y las garantías de independencia acabarían siendo un velo fácil de levantar, mostrando las debilidades del sistema.

Este es un tema de especial interés y relevancia, en el que la intervención del legislador es considerada por muchos urgente y necesaria, y por tanto, es oportuno recordar el vigor con el que el "*Guardasigilli*" Mancini estigmatizaba en su tiempo cualquier degeneración del sistema a través de la transferencia inmediata de todo juez interesado en la actividad política.

5.2. El caso español

El ordenamiento jurídico español regula en el Título Preliminar de la Constitución del artículo 6, la disciplina de los partidos políticos, como expresión del pluralismo, manifestación de la voluntad popular y herramienta fundamental para la participación social. Éstos son el peldaño más alto en la escala del proceso asociativo, y una forma *sui generis* del fenómeno en estudio, por lo cual fue establecido un régimen especial por parte de la Asamblea Nacional Constituyente.

En España, el deseo de establecer el poder judicial como un poder autónomo lejos de la influencia e interferencia política estaba ya presente mucho antes del proceso democrático. En los trabajos preliminares de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 es posible obtener la primera información expresada sobre el riesgo inherente a la proximidad de los jueces a las corrientes políticas. Expresan como **es "conveniente"** para los miembros del poder judicial quedarse excluidos de la esfera activa de la política, y a la vez preservar sus almas de las pasiones políticas.³⁸ Los jueces deben seguir la cualidad de rectitud e imparcialidad, de modo que siempre puedan inspirar confianza en los ciudadanos. Un juez políticamente y activo

³⁸ Cfr. ROSARIO SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 167.

públicamente no puede desnudarse de esta condición delante de las puertas de un tribunal, convirtiéndose en un candidato ya no creíble para administrar correctamente la justicia, sobre todo en los casos donde haya rivalidad dentro de un proceso juzgado por él. Siempre habrá una parcialidad de fondo, una enemistad tal vez, con un peso extremadamente influyente sobre la sentencia final, fundamento último de la institución judicial³⁹.

Esta necesidad de separación entre las dos esferas, política y judicial, fue desarrollada durante la Asamblea Constituyente de 1978, con el claro objetivo de limpiar la Justicia de la mancha causada por el apoyo al régimen durante la dictadura franquista, en un evidente estilo conservador.

La vaguedad de la estructura legal vigente durante el régimen fomentó esa conducta, que resultó perjudicial para una protección judicial efectiva, sobre todo de los "Derechos Humanos"⁴⁰.

Tal debate animó el proceso constituyente, creando mayor conciencia del hecho de que era el momento de establecer un poder judicial democrático, preservando el ordenamiento de las consecuencias perniciosas del autoritarismo⁴¹.

Esta toma de conciencia se traduce en la necesidad de formular constitucionalmente el principio de independencia del poder judicial, que implica la sumisión de los jueces únicamente a la Ley: es el artículo 117 del Título VI de la Constitución. En consecuencia, como garantía de esta disciplina, se coloca el artículo 127.1 de la Constitución, el cual establece que las tres categorías del poder judicial, es decir, jueces, magistrados y fiscales, no pueden formar parte de partidos políticos o sindicatos.

Incluso en el caso español la redacción de una disposición ad hoc en la Constitución fue el resultado de un compromiso, de un *iter* controvertido y polémico. Durante la constituyente, una opinión discordante con la disposición fue dada por los socialistas, por boca de Sr. Castellano Cardalliaguet, dentro de los Comisión de los Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. En ella se veía no tanto una limitación, sino la supresión de un derecho. En la misma línea, el Sr. Gil-Albert Velarde (Unión de Centro Democrático) temía que en la prohibición se ocultara un

³⁹ Apartado IV de "*Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial*" del 15 setiembre 1870.

⁴⁰ Cfr. F. J. BASTIDA, *Jueces y Franquismo: el pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*, Barcelona, Ariel Derecho, 1986, pp. 135-150.

⁴¹ Cfr. S. R. MARTIN RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución: los trabajos de un profesor en la comisión constitucional del Senado*, Madrid, Akal Editor, 1984, p. 306.

síntoma de desconfianza en la política y en la vida pública futura del país⁴².

Por otra parte, la condición política y social del post-franquismo, dio la bienvenida a la salvaguardia de una imagen imparcial de la Justicia, que fue defendida por las filas de la derecha y el centro-derecha. Era necesario recuperar la fe en la Ley y la Justicia, libres de interpretaciones parciales.

El principio constitucional fue posteriormente desarrollado por la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985 en el artículo 395, mediante la especificación de que los miembros del poder judicial no pueden pertenecer, ni siquiera desarrollar actividades públicas que no sean de carácter judicial. Además, el segundo párrafo del artículo impone la prohibición de presentarse a las elecciones nacionales o locales, sin perjuicio al derecho de voto activo.

Con esta disposición, el legislador español ha querido evitar que la fachada o incluso toda la imagen de la estructura del Tercer Poder pueda ser dañada por la afiliación partidista. Esto sin duda va a empañar la imparcialidad del juez, la cual podría ser aún más comprometida en el caso en el que la pertenencia a un grupo se convierta más intensa, implicando también al ejercicio de funciones de representación o de gestión, así como de la formal externalización de adhesión a una determinada ideología⁴³.

Sin embargo, si el marco constitucional delineado ha determinado la previsión de un límite al ejercicio simultáneo de la función judicial y política, nada impedía que los dos cargos pudieran llevarse a cabo en diferentes momentos. De hecho, era posible **obtener una "condición de servicio especial"** del cargo de juez para ocupar los siguientes cargos: presidente del Gobierno, ministro u otras funciones ministeriales; congresista o senador de las Cortes Generales del Estado o miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. La disciplina fue dictada por el antiguo texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 352, plenamente conforme a la Constitución. Incluso en el caso de disolución anticipada de las Cámaras, el juez despojado temporalmente de sus poderes podía permanecer así hasta la formación de las nuevas Cámaras. Una vez terminado su cargo político o representativo, el mismo juez tenía a su disposición veinte días para integrarse de nuevo a su puesto de trabajo.

⁴² Constitución Española. Trabajos parlamentarios, t. II, Madrid, Cortes Generales, 1980, pp. 1410-1413.

⁴³ Cfr. F. FLORES GIMÉNEZ, *La democracia interna de los partidos políticos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998, p. 171.

Esta disciplina fue la fuente de acalorados debates y escándalos políticos que condujeron a cambios significativos en la legislación⁴⁴. La doctrina jurídica fue categórica y unívoca sobre este punto, comentando que no existen jueces independientes si éstos aceptan intervenir en la política del estado a través de los partidos políticos. El momento de su adhesión coincide con la pérdida de la independencia⁴⁵.

El intenso debate encontró su reflejo normativo en la Ley 5 /1997, de 4 de diciembre de 1997, que modificó el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El nuevo Reglamento establece que cualquier juez o magistrado que tiene la intención de ocupar cargos políticos está obligado a notificar al Consejo General del Poder Judicial, de manera que, en el momento de su asignación política, su **status se connota por una situación de "excedencia voluntaria"** (art. 354 LOPJ). En este caso ya no se considera el tiempo transcurrido como relevantes a los fines de progresión de carrera, ni habrá una reserva de su puesto laboral previamente ocupado (art. 358 LOPJ). Además, al acabar el mandato político, iniciará un periodo de cese forzoso de la actividad durante tres años (art. 357.6 LOPJ). Igualmente, incluso aquellos que deciden seguir una carrera judicial después de un cargo político en las Cámaras o Asambleas Legislativas o Corporaciones locales, están sujetos a un análogo período de cese forzoso bajo la misma obligación⁴⁶.

El período trienal de abstención del ejercicio de actividad judicial cumple metafóricamente la función de una cámara hiperbárica para la descompresión de la politización, así como un elemento de disuasión para el desarrollo de toda actividad política por parte de los jueces. Los lazos que unen a los jueces con los sistemas de partido van deshaciéndose de tal manera, quedando menos implicaciones personales⁴⁷.

En conclusión, con este sistema, el ordenamiento español consigue garantizar un mayor rigor en la condición de magistrado. De hecho, el modelo de cese voluntario y luego forzado propuesto por la LOPJ, crea un delicado equilibrio entre el **status** del juez y la libertad de asociación, siendo al mismo tiempo una fuerte garantía del respeto de los principios de neutralidad e imparcialidad del Poder Judicial. De esta manera, la libertad político-ideológica del juez permanecerá intacta y estará sujeta a una decisión personal a la hora

⁴⁴ Es el caso del Juez Garzón, candidato del PSOE en las elecciones generales del 1993, siendo miembro de la Audiencia Nacional.

⁴⁵ Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 63-65.

⁴⁶ Cfr. ROSARIO SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 173.

⁴⁷ Ibidem.

que ésta quiera optar por la militancia a un partido, para asegurar un correcto funcionamiento del sistema.

5.3. El caso francés

En Francia, al surgir la Quinta República, se decidió regular constitucionalmente un nuevo orden de los poderes del Estado. Esta decisión terminó corroborando el brazo ejecutivo del Estado, con un fortalecimiento paralelo de las figuras institucionales, en particular el Presidente de la República y el Primer Ministro. Esto tuvo como consecuencia inevitable, primero la reducción de las garantías de independencia del Poder Judicial y luego un debilitamiento del papel del *Conseil Supérieur de la Magistrature*⁴⁸, en vigor desde la Tercera República⁴⁹.

En este marco se inserta el artículo 64, Título VIII de la Constitución francesa, que regula la renovada forma de gobierno del Estado, al proporcionar al Presidente de la República la tarea de garantizar la independencia del Poder Judicial y, a continuación, asignar al Consejo un rol asistencial, si no marginal en relación con su trabajo (art. 64, c. 1-2 de la Constitución)⁵⁰. Por estas razones, algunas doctrinas a menudo han declarado la inexistencia del poder judicial en Francia, refiriéndose al texto constitucional que habla de la "*Autorité judiciaire*" y no expresamente "*Pouvoir*". Sin embargo, esta concepción, en virtud de una *ratio* histórica y teleológica, debe considerarse infundada. Así lo afirmó el Consejo Constitucional, que asumió que el cargo de la función judicial es inseparable del ejercicio de la soberanía nacional⁵¹.

En Francia la formación de los magistrados está a cargo de la *École Nationale de Magistrature* de Bordeaux, un centro nacional de estudios jurídicos, creado a principios de la Quinta República en diciembre de 1958, que ha sido ejemplo inspirador para otros países de la Europa continental. Es un método que ha garantizado a la Francia de los últimos cincuenta años, tener una buena administración del poder judicial y preservar siempre una forma de competencia y distinción de este órgano de la Administración Pública francesa⁵². En el mismo sentido, algunas reformas recientes han adoptado medidas para modificar las instituciones administrativas de la justicia, especialmente desde un punto de vista funcional y creando

⁴⁸ Para profundizar, véase: A. MARTIN, *Le Conseil Supérieur de la Magistrature et l'indépendance des juges*, en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger*, n. 3, 1997, p. 741.

⁴⁹ El *Conseil Supérieur de la Magistrature* fue instituido el 31 de agosto 1883.

⁵⁰ Cfr. N. MERLEY, *Le Chef de l'Etat et l'autorité judiciaire sous le V République*, in *Revue de Droit Publique*, n. 3, 1997, p. 701.

⁵¹ Decisión del Conseil Constitutionnel, 5- 5-1998, Décision n. 98-399 DC.

⁵² Cfr. S. ROMANO, *Riforme della Giustizia*, en *Il Corriere della Sera*, 17 luglio 2008.

un sistema de magistrados más especializados en la organización de los tribunales del país, cuya técnica de formación, diseñada para satisfacer las necesidades de la modernidad y del progreso, tanto social como legal, podía también asegurar mayores garantías de independencia e imparcialidad⁵³.

En el contexto descrito, es conveniente especificar que la incompatibilidad entre la función judicial y el desarrollo de la política también se aplica en Francia. En Francia, la disciplina general en relación con al *status* de los magistrados se rige por la *Loi Organique tribunaux relative au statut de la magistrature*, acto *ad hoc* emitido por la Orden n. 58-1270 de 22 de diciembre 1958, que desarrolla los dictámenes del citado artículo 64 de la Constitución de la República⁵⁴.

El sistema francés quiere dar a los jueces las mismas libertades civiles garantizadas a la generalidad de los ciudadanos, aunque con ciertos límites en el nombre de la imparcialidad de la carga que recubren. En este sentido, se adaptan algunas de las disposiciones, (artículos 8 a 10) del primer capítulo, Disposiciones generales, del texto de la Ley Orgánica, que delimitan el ámbito de aplicación del **ejercicio de las libertades de estos "peculiares ciudadanos"**.

El artículo 8 de la *Loi Organique* (modificado por la Ley 2001-539 de 26 de junio de 2001) establece que el ejercicio de las funciones judiciales no sólo es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo público, sino también con cualquier otra actividad o trabajo⁵⁵. Sin embargo, hay excepciones individuales que se pueden ser concedidas a los magistrados, por decisión de los presidentes de corte, para realizar funciones o actividades que no serian susceptibles de comprometer la independencia y la dignidad de los mismos. Además, el artículo también especifica que ningún magistrado puede, sin permiso previo, participar en la investigación científica, literaria o artística.

El artículo 9 del mismo texto, modificado por *Loi Organique* n. 504-2010, 28 de junio de 2010, cita en cuatro apartados una regulación más específica del sujeto, especificando los casos singulares de incompatibilidad. Ésta afirma justamente que la figura del magistrado no sólo debe mantenerse alejada del ejercicio de una función netamente política como la parlamentaria, tanto en el plano nacional como en el europeo, sino también de los cargos auxiliares en el *Conseil Economique et Social*, órgano consultivo de materias

⁵³ Cfr. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n. 36, 1959, pp. 108-111.

⁵⁴ Cfr. A. POUILLE, *Le Pouvoir judiciaire et les Tribunaux*, Paris, Masson, 1985.

⁵⁵ Cfr. ROSARIO SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 176.

económicas, sociales y culturales, con facultad de intervención en el procedimiento legislativo.

Además, extraterritorialmente, un juez no puede ser un miembro del Congreso o de la Provincia de Nueva Caledonia, representante en la Asamblea de la Polinesia Francesa, miembro de la Asamblea de las islas Wallis y Futuna, consejero regional de Saint Barthélemy y de Saint Martin, consejero general de Mayotte y Saint Pierre y Miquelon, ni tampoco puede desempeñar el cargo de miembro del Gobierno de Nueva Caledonia o Polinesia Francesa. A nivel regional, el ejercicio de la función jurisdiccional acaba siendo incompatible con el ejercicio de un mandato del consejero regional, consejero general, consejero comunal, comisario de distrito, así como concejal de París o miembro de la Asamblea de Córcega. Además, en conformidad con el mismo artículo, nadie puede ser nombrado magistrado o permanecer en un juzgado en cuya jurisdicción haya ejercido un cargo público electivo, desde hace menos de cinco años.

Al lado de los límites personales, también hay que remarcar los límites a los cónyuges. De hecho, un individuo no puede ser nombrado magistrado en una jurisdicción que coincida en su totalidad o en parte por el ámbito territorial en el que su pareja esté elegida como diputado o senador del Estado. En conclusión, es importante recordar que el artículo establece que al final en las disposiciones en cuestión sólo se aplican a los jueces de la Corte de Casación, dejando a las más altas esferas judiciales más altas, actores de la "política del **derecho**", **están abiertas a un contacto privilegiado y directo con el entorno político.**

Cerrando el marco de las limitaciones que rodean el *status* del magistrado, es puesto el artículo 10, que aunque no proporcione un límite expreso a la libertad de asociación en partidos y sindicatos, impide que ésta pueda convertirse en una fuente de militancia activa, o que pueda desarrollarse en actos públicos sobre la base del denominado "*devoir de reserve*". Por lo tanto queda prohibida la posibilidad de que un miembro del poder judicial tome parte en las deliberaciones políticas⁵⁶.

En caso de violación de alguna de las prohibiciones prescritas, es prevista una acción disciplinaria contra el juez, de acuerdo con lo dispuesto por el Capítulo VII de la misma *Loi Organique relative au statut de la magistrature*⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. *Commission de Réflexion sur l'éthique dans la magistrature*.

⁵⁷ *Ordonnance n. 58-1270* del 22 de diciembre 1958, *Portant Loi Organique relative au Statut de la Magistrature*, versión actualizada el 15 de febrero de 2012.

Es oportuno especificar que una actividad de supervisión del sistema judicial es llevada a cabo por el Ministro de Justicia, el cual puede oponerse a ciertas actividades realizadas por un magistrado, cuando considere que, por las condiciones o la naturaleza del ejercicio, éstas vayan en contra del honor o la integridad de la función judicial, perjudicando el funcionamiento normal y correcto de la justicia. El mecanismo, aunque por un lado es garantía del correcto funcionamiento del sistema, por otra parte, es la manifestación de una interferencia continua del ejecutivo en el poder judicial, quitándole la posibilidad del desarrollo de los medios de auto-gobierno, vulnerando el requisito de independencia. Esta condición es condenada no sólo por la mayoría de las asociaciones judiciales francesas, que tratan constantemente de abrir un debate sobre el futuro del Tercer Poder⁵⁸, sino también por el Consejo de Europa, como resultado de la preocupación de que el poder político pueda controlar gradualmente la actividad judicial, frustrando el sistema de *checks and balances*.

Esta vez, no es tanto el fenómeno de la interferencia del poder judicial en las filas políticas, sino un problema de signo contrario. El balance último de la Justicia de Francia, ya entre los más bajos de Europa, ve un estancamiento en el número de jueces y funcionarios, que se han reducido a tal punto que altera el normal funcionamiento de la institución. La justicia está ahogada por el poder en la condición de que, careciendo de los medios adecuados dignos de una verdadera democracia, se encuentra frustrada en su papel de guardiana de las libertades constitucionales y no puede satisfacer las necesidades legítimas de la *societas*⁵⁹.

5.4. El caso alemán

El corpus actual de la judicatura alemana es el resultado de la evolución histórica, que pasa primero por Weimar, a continuación, por la República Federal, la cual ha construido sobre el principio de la inamovilidad el primer pilar de la independencia de los jueces⁶⁰.

El poder judicial alemán se organiza en una estructura piramidal, en el vértice de la cual se encuentran los superiores jerárquicos, y en última instancia se encuentran los Ministerios de Justicia de cada *Land*. Este sistema evidencia la tendencia del modelo alemán a crear interferencias externas a través del cual el poder

⁵⁸ Cfr. G. BERNARD, J. P. DESCHODT, *Les Forces Syndicales Françaises*, Paris, Collection Major, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 111-116.

⁵⁹ Cfr. *Quelle justice demain en France?*, en *Communiqués de presse de Syndicat de la magistrature*, 14 de diciembre de 2009.

⁶⁰ Cfr. G. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 88-93.

político puede aferrarse a las estructuras judiciales, un fenómeno presente desde el siglo XIX⁶¹. En este sentido, Alemania se convierte en el modelo ideológico de transición del modelo en cuestión basado sobre un concurso público al modelo por nombramiento político, típico de la *Common Law* anglosajón⁶².

Como se ha dicho anteriormente, los países en los que el Poder Judicial ha sido acusado de tomar cercanías con los regímenes autoritarios o totalitarios es donde se ha desarrollado una voz ideológica más fuerte en contra del proceso de afiliación de jueces a asociaciones de partido.

Una excepción a esto, sin embargo, es el caso de Alemania, donde las instancias separatistas no se han traducido en expresas garantías constitucionales que prohíben a los tribunales el ejercicio de este derecho, sino en la dirección opuesta. Hay que especificar que, en un principio, la reacción al régimen fue categórica y los constituyentes del 1949 redactaron en el artículo 137.1 la posibilidad de limitar por ley del Estado el derecho de asociación política de los funcionarios y de los empleados públicos, soldados voluntarios y de carrera, y los jueces. Sin embargo, de forma contraria a esta corriente inicial, en el año 1961 fue aprobada la Ley Ordinaria del Poder Judicial de Alemania, *Gesetzlich Vorgesehen*, la cual indica en el artículo 39 que el magistrado debe comportarse de modo que no ponga en peligro su independencia o la confianza que la sociedad le otorga, también en la realización de actividades o funciones políticas⁶³.

Es evidente, por tanto, que no se prohíbe la militancia de un juez en la política, sino que la misma es considerada por el **ordenamiento como un "pecado venial"**, que no es obligatorio confesar y que sobre todo no puede acarrear consecuencias perjudiciales⁶⁴.

En primer lugar, se debe precisar que en Alemania se distinguen las modalidades de participación de un juez en los partidos políticos, en segundo lugar que desarrolla un rol de mera afiliación, **ergo** un papel puramente pasivo, o por otro lado un papel activo. Sin embargo, esta dúplice declinación del concepto de participación, que

⁶¹ Cfr. R. CAPONI, *La Formazione del giurista in Germania*, en V. CERULLI, O. ROSELLI (a cura di), *La Riforma degli studi giuridici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005, pp. 330-338.

⁶² In questo senso è opportuno specificare che la Germania rappresenta un vero **caso d'eccezione nello scenario d'analisi, essendo l'unico** sistema tra i Paesi di *civil law* a non essersi dotato di un Consiglio superiore di Giustizia.

⁶³ Cfr. ROSARIO SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 166.

⁶⁴ Cfr. D. SIMON, *La independencia del Juez*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 88.

quiere corroborar la formación de una voluntad popular plena, se refleja sobre la independencia judicial y la doctrina alemana, que no ha dejado de señalar que el concepto de asociación política *per se* puede socavar las bases de neutralidad, separación y objetividad del poder judicial⁶⁵.

La cuestión del asociacionismo, en general, es especialmente grave, y el debate particularmente intenso en los países con un sistema pluripartidista, como es el caso de Alemania. De hecho, hoy en día la República Federal de Alemania se considera como un "*Parteienstaat*"⁶⁶, es decir, un Estado de partidos, teniendo en cuenta su gran número de afiliación a los principales partidos políticos: la Unión Demócrata Cristiana, el partido de gobierno actual (Christlich Demokratische Union Deutschlands: CDU) y el Partido Social Demócrata (Sozialdemokratische Partei Deutschlands: SPD), el Partido Democrático Libre (Freie Demokratische Partei: FDP), el Partido de la Izquierda (Die Linke: DE).

Este *status* refleja los propios efectos, incluso dentro del ámbito judicial, ya que se estima una participación del 20% de los jueces en la vida política del país⁶⁷. Incluso dentro del Partido Socialdemócrata, actualmente el segundo partido más grande de Alemania, se fundó la Asociación Social Demócrata de los Juristas, *Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen (ASJ)*, fundada en 1947, que cuenta actualmente con más de diez mil miembros. Sin embargo, a equilibrar esta tendencia, se encuentra el hecho de que la preponderancia del fenómeno trata de una mera asociación, sin involucrar un papel activo.

Otro aspecto interesante de la actividad política inherente al sistema judicial puede ser analizado en su actividad en el seno del poder legislativo. Una estimación tomada en los años ochenta reveló que el 2% de los miembros del Parlamento eran en realidad jueces⁶⁸.

Esta tendencia ha llevado a una politización inevitable del órgano judicial alemán, que puede ser muy peligrosa para su independencia y desviar sus objetivos. La cuestión, aunque nació como una reacción a la subyugación de la libertad de pensamiento y

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Cfr. *Parteienstaat* en *Meyers Enzyklopaedisches Lexikon*, vol. 18, Mannheim 1976, p. 252-253.

⁶⁷ Esta es una tendencia que ha permanecido constante desde los años 60. Véase: R. WASSERRMANN, *Justiz im sozialen Rechtsstaat*, Darmstadt, Neuwied, 1974, p. 45; también *Recht und Politik (RuP)*, 1980, p. 60 (61).

⁶⁸ Cfr. P. GILLES, *Judicial Independence and the involvement of judges in party politics and trade union activities*, en S. SHETREET, J. DESCHENES (Eds.), *Judicial Independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1985, p. 98.

a la anulación del Tercer Poder establecido durante el régimen, donde los jueces se vieron obligados a la adhesión a los principios nacionalsocialistas, es una interpretación moderna que asegura las garantías no tanto exclusivamente de la clase magistral, sino a toda la sociedad en su conjunto, como destinataria última de la actividad judicial.

El discurso de la independencia de los jueces en Alemania se refleja también desde el punto de vista de la influencia indirecta que la clase política tiene en el procedimiento de selección, nombramiento y promoción, especialmente en el nivel más alto de la Justicia Federal. El problema de la politización del poder judicial, *Politisierung der Justiz*, es un tema particularmente delicado, el cual la clase judicial alemana se ha opuesto de forma unánime para que ninguna manipulación política del Poder Judicial pueda vulnerar el principio de independencia⁶⁹.

Sin embargo, la independencia del juez es un principio constitucionalmente garantizado, es la piedra angular de la Ley Fundamental alemana, cuyo artículo 97.1 garantiza su sumisión exclusivamente a la Ley. Además, el art. 24 de la Ley Procesal alemana prevé que pueda haber recusación del juez en cualquiera de las ocasiones en las que haya un motivo idóneo que mine el principio de imparcialidad. Entre las razones de la exclusión de un juez en su función también se incluye la afiliación política del mismo⁷⁰.

En un análisis de la experiencia jurisprudencial alemana, sin embargo, hay que señalar que en el 2008 se produjo el cese de un juez honorario por ser parte de un grupo musical de extrema derecha, pro-nazi. Este es un juicio que sigue la estela de las "grandes decisiones" de la jurisprudencia constitucional teutónica, no llamativa, pero incisiva. De hecho, el Tribunal ha querido especificar que las condiciones de honorabilidad y fidelidad a la Constitución son dos requisitos esenciales dentro de la función judicial, tratándose de un juez togado o de un juez honorario. (*BverfG, 1. Camera, 2. Senato. Ord, 6. 5. 2008*)⁷¹.

En conclusión, el *fil rouge* que une a los países de Europa continental, se rompe definitivamente por Alemania en el fenómeno de la afiliación política de los jueces. En este caso, la relación entre el poder judicial y la política se plantea de una forma completamente inédita. La protección más efectiva contra la invasión recíproca de las

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Cfr. ROSARIO SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 209.

⁷¹ Cfr. F. PALERMO, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2007-2008*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5, 2009, pp. 4206-4207.

dos esferas, debe buscarse en un auto-restricción por parte del juez a través de una plena conciencia de su papel y de sus funciones. De hecho, éste es un administrador neutral, "**Sachwalter**", de la ley a disposición de la sociedad en la que opera⁷². La formación del juez desempeña un papel vital en este contexto, y esto debería ayudar a sentar las bases para el logro de un sistema judicial justo e inspirado en los principios de independencia e imparcialidad, cimientos de cualquier democracia y Estado de Derecho⁷³.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, el sistema de selección del juez mediante concurso, basado en los conocimientos teóricos, se funda en el hecho de que una prueba de este tipo pueda garantizar la idoneidad del candidato para la carrera judicial. La legitimidad del juez, analizada en su origen, por lo tanto, debe fundarse en un sistema legalmente preestablecido, sobre la base de criterios puramente objetivos, lejos de los mecanismos de clientelismo o de injerencia en la clase política. Al mismo tiempo, el acceso al poder judicial sobre la base de normas objetivas confiere al órgano la independencia y la imparcialidad que podrían verse comprometidas en otros mecanismos de contratación.

Sin embargo, es necesario tener en consideración que el magistrado de nuestro tiempo, y las funciones que realiza, ya no puede ser sólo *bouche de loi*, o un burócrata con características puramente técnicas. Cada vez más es llamado a tener una **responsabilidad "política"**, al menos en algunas circunstancias, con nuevas y más complejas funciones. Los legisladores nacionales en este sentido han entendido el peso que el poder judicial está jugando en la sociedad actual, y constantemente se está trabajando en nuevos modelos y nuevos esquemas, que en última instancia, hagan al juez participe del desarrollo de una política jurídica. De hecho, la política no debe ser considerada exclusivamente la actividad legislativa, sino también la actividad judicial en el momento decisorio, a la hora de dictar sentencia, siendo ésta una función que el juez realiza jurídicamente y socialmente en nombre del Estado⁷⁴.

⁷² Cfr. P. GILLES, *Judicial Independence and the involvement of judges in party politics and trade union activities*, en S. SHETREET, J. DESCHENES (Eds.), *Judicial Independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1985, p. 107.

⁷³ Cfr. P. PEDERZOLI, *Selezione e formazione delle professioni legali in Germania*, Padova, Cedam, 1992, pp. 40-53.

⁷⁴ Cfr. J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *El Poder Judicial, su independencia y sus relaciones con el Poder Legislativo y con el Poder Ejecutivo*, en *El Poder Judicial en Europa*, Madrid, Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 1989, p. 182.

La libertad de asociación, aunque reconocida como una libertad fundamental dentro de las constituciones estatales, se limita inherentemente a casos específicos, tales como la asociación de los jueces en los partidos políticos, para garantizar la independencia e imparcialidad del órgano. Es posible entonces distinguir entre el núcleo de los derechos humanos mínimos, encomendado al Estado de Derecho y el núcleo de los derechos vinculados a la tradición democrática liberal, es decir la libertad de asociación, ciertamente calificada como fundamental, pero no entre los derechos humanos. Sólo estos últimos responden a una triple necesidad: ser una condición necesaria para la legitimidad de un régimen y un ordenamiento jurídico; ser de validez suficiente para descartar la existencia de una justificación para la intervención violenta de otros estados a través de sanciones económicas o de una intervención militar; o delimitar el límite del pluralismo de los pueblos⁷⁵. El relativismo que caracteriza a los derechos fundamentales permite por otro lado que los distintos países adopten, dentro de los límites constitucionales o legales, limitaciones al ejercicio de la libertad de asociación de los jueces, en la medida en que pueda afectar al Estado de Derecho.

También a nivel comunitario se expresan esos principios. El artículo 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aunque por un lado ha declarado la libertad de reunión y de asociación, por otro ha establecido en el segundo párrafo la posibilidad de restricciones legítimas para **los "miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado"**, así como ha establecido en el artículo 10 una restricción *ad hoc* para la libertad de expresión como garantía de imparcialidad del poder judicial. El artículo 21 del mismo texto establece además para los mismos jueces de la Corte Europea de **Derechos Humanos la prohibición de "participar en cualquier actividad que sea incompatible con los requisitos de independencia e imparcialidad"**, de acuerdo a los requerimientos de su función y el disfrute de la más alta consideración moral.

Por lo tanto, es deseable que pueda haber un límite en este tipo de sistemas para el ejercicio del derecho de asociación, a fin de garantizar no sólo la imparcialidad del Tercer Poder, sino también para preservar la dignidad y el decoro de las cortes, y aún más la confianza que los socios individuales colocan en ella. El canon que exige que el juez actúe en nombre de la imparcialidad no significa, sin embargo, que éste no pueda tener sus propias creencias o ideologías, como cualquier otro ciudadano, pero en el momento del

⁷⁵ Cfr. J. RUBIO CARRACEDO, *La Teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización*, Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, 1997, Madrid, pp. 761-784.

juicio éste debe operar estando sujeto únicamente a la ley, y jamás a sus preferencias políticas. La militancia en partidos iría además mas allá de una esfera puramente ideológica y por esta razón las distintas jurisdicciones han optado por la inclusión de normas especiales que regulen estos casos tan delicados. En un Estado de Derecho, y en su virtud, no se trata, por tanto, de lograr un sistema de justicia que sea apolítico, sino un sistema judicial no politizado.

En el modelo de selección del juez por concurso, el juez es como un esquiador que puede ejercer su libertad de asociación, bajando entre estacas, y por lo tanto limitado en el pleno disfrute por el vínculo de la independencia.

Además, la necesidad de una prohibición a la afiliación política de los miembros del poder judicial no debe considerarse exclusivamente como un *non facere*, sino más bien como una contribución importante para el buen funcionamiento del sistema legal y judicial *tout court*⁷⁶. De esta manera, por un lado se intenta dar una protección al derecho de los ciudadanos a ser juzgados *ex lege*, y por el otro se pretende una mayor certeza y credibilidad de las decisiones y las razones jurisprudenciales. Así que las limitaciones a la libertad de asociación deben ser leídas con una visión positiva y como una garantía legal de funcionamiento adecuado del Estado de Derecho⁷⁷. De hecho, nada podría ser más perjudicial para el estado de derecho que las decisiones judiciales estuviesen basadas en razones ajenas a la ley. Por esta razón, la disciplina en análisis, aunque comprima un derecho, debe todavía considerarse como un medio para la consecución de la racionalización social⁷⁸.

Lato sensu, la libertad es la capacidad de elegir independientemente: por lo tanto, el que quiera realizar de forma independiente la carrera judicial es consciente de su decisión y de la responsabilidad que conlleva. Es la ética de la virtud de la aristotélica memoria, la que tiene que guiar la acción del magistrado, que asigna su acción a un estado deontológico, de evidente la naturaleza iusnaturalista que impone restricciones a las libertades civiles y políticas.

Es importante recordar aquí la dramática historia de Papiniano (177-213 d. C.), cumbre de la jurisdicción romana en el siglo II. Éstos, llamados por el emperador Caracalla ante el Senado en

⁷⁶ Cfr. J. L. BREY BLANCO, Los jueces y la política, in *Foro, Nueva Época*, n. 00/2004, p. 64.

⁷⁷ Cfr. J. AGUILÓ REGLA, *Independencia e imparcialidad de los Jueces y argumentación jurídica*, Isonomia, n. 6, Abril 1977, pp. 71-83.

⁷⁸ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 15.

apología de la acusación de asesinato de su hermano Geta, se negaron a descender a la arena política, prefiriendo ser decapitados en lugar de justificar un parricidio y renunciar a su independencia e imparcialidad hacia el emperador y del Senado⁷⁹.

⁷⁹ Cfr. R. G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine da R. G. Pothier (etc.) con le leggi del codice e le novelle che confermano, spiegano ed abrogano le disposizioni delle pandette*, vol. I, Venezia, 1824, p. 57.