

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eduardo Tomás Martín Richter* (Argentina)

La justicia y el poder. Una relación necesaria para el desarrollo de los procesos democráticos en América Latina

RESUMEN

El presente trabajo refuta el supuesto carácter antidemocrático de la magistratura, a partir de la ponderación de los textos constitucionales y de los tratados internacionales. Sostiene que fallos judiciales que afirmen los derechos allí reconocidos son presupuestos de la democracia participativa, postulándose un modelo de juez independiente, pero no aséptico, y señala a los consejos de la magistratura como los organismos más adecuados para designar a ese tipo de magistrados.

Palabras clave: magistratura, política, democracia.

ZUSAMMENFASSUNG

Auf Grundlage einer Abwägung der Verfassung sowie den internationalen Verträgen widerspricht der Beitrag der Annahme der angeblich antidemokratischen Ausrichtung der Justiz. Er vertritt die Auffassung, dass Gerichtsentscheidungen, welche die anerkannten Gesetze bestätigen, eine Voraussetzung für eine partizipative Demokratie sind, und vertritt dabei das Modell des unabhängigen, aber keineswegs aseptischen Richters. Zugleich ist er der Ansicht, dass der sogenannte Rat der Magistratur („Consejo de la Magistratura“) am Besten dazu geeignet ist, Richter dieser Art zu ernennen.

Schlagwörter: Justiz, Politik, Demokratie.

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires, 2004, y maestrando en Derecho Laboral. Funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén (Argentina). tinirichter@yahoo.com.ar.

ABSTRACT

This work refutes the alleged anti-democratic character of the judiciary, based on a consideration of constitutional texts and international treaties. It maintains that judicial rulings that affirm the rights recognized therein are presuppositions of participatory democracy, postulating a model of independent, but not aseptic, judges, and pointing to the judiciary councils as the most appropriate bodies for appointing these kinds of magistrates.

Keywords: judiciary, politics, democracy.

Introducción. “La justicia y el poder”

En estas primeras palabras dejemos sentado que el orden de enunciación de esos dos conceptos fundamentales, no implica ninguna preferencia jerárquica ni un juicio de valor respecto a cada uno de los significados que podemos atribuirles. Por el contrario, sí pretende expresar el presupuesto metodológico del contenido de esta investigación; indica que el núcleo de análisis será la justicia (entendida en varias de sus significaciones, principalmente la de poder judicial) y su relación con el poder (fundamentalmente el político, pero no sólo él). El objetivo será señalar, justificadamente, que sin una adecuada interacción entre la justicia y la política no es posible consolidar los procesos democráticos en curso en América Latina.

Así, en las líneas que siguen nos ocuparemos del rol de los jueces en el actual contexto latinoamericano, de su legitimidad en nuestros procesos democráticos, de los límites a su actuación política y de su independencia. Procuraremos demostrar que los pronunciamientos judiciales que afirman los derechos reconocidos en los textos constitucionales y en los tratados internacionales (como los económicos y sociales), y/o que ejercen un adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad son, además de decisiones con contenido político, presupuestos de la democracia participativa. En consecuencia, postularemos un modelo de juez “constitucionalmente comprometido”, esto es, independiente e imparcial, pero no neutral ni ideológicamente aséptico.

Más adelante puntualizaremos el análisis en un relevante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que estimamos pertinente a la aplicación de varios de los conceptos teóricos esbozados. Señalaremos a los consejos de la magistratura, plural y democráticamente integrados, como los organismos más adecuados para designar al tipo de juez que preferimos. Finalmente, cuestionaremos la participación político-partidaria y corporativa en la composición de esos consejos.

1. El nuevo rol de los jueces en América Latina

En una muy interesante clasificación, De Sousa Santos distingue tres grandes periodos en el significado sociopolítico de la función judicial en las sociedades

modernas: el período del Estado liberal, el del Estado de bienestar y el de la crisis del Estado de bienestar.¹ En la obra citada centra su primer análisis en los que denomina países “centrales” o más desarrollados, y concluye que en ellos actualmente se está atravesando en líneas generales el tercer período. Más adelante se ocupa del área que denomina “periférica” o “semiperiférica”, y sostiene que en esta última, entre la que incluye a América Latina, el desarrollo no se adecua a las trayectorias históricas de los países centrales, sino que presenta una lógica propia de evolución, hija de una historia institucional reciente conflictiva, en la que las dictaduras y otros procesos antidemocráticos han tenido enorme y desafortunado protagonismo.

Si bien cuestionamos cierta linealidad histórica del destacado autor portugués y el posicionamiento que asume respecto a nuestra región (que para todo latinoamericano debiera ser “la central”), nos resulta muy útil la clasificación que esboza para analizar cuál es y debe ser el rol actual de los jueces en América Latina. En tal sentido, un repaso general de los pronunciamientos de estos tiempos nos muestra que los magistrados judiciales han dejado de ser la lisa y llana boca de la ley, limitados a la tarea de la subsunción lógica de hechos a normas,² para convertirse en verdaderos protagonistas en los conflictos sociopolíticos contemporáneos.

Las razones que explican este cambio de paradigma y las manifestaciones que lo demuestran son de diversa índole y varían de país en país. Sin embargo, para esta investigación nos detendremos en el análisis de dos de esas razones, estrechamente vinculadas entre sí, y, al mismo tiempo, relacionadas con la cuestión de la legitimidad democrática de los jueces. Nos referimos concretamente a los pronunciamientos judiciales que reconocen y garantizan derechos económicos y sociales, y a las reformas constitucionales, institucionales y judiciales.

1.1. Los pronunciamientos sobre derechos económicos y sociales

De acuerdo con nuestro criterio, uno de los aspectos en los que se presentan las mayores contribuciones materiales del poder judicial a los procesos democráticos, aportando de ese modo a la cuestionada legitimación de los magistrados, es en el campo de los derechos económicos y sociales. Por razones de orden metodológico, en el apartado 2.2 brindaremos las razones que justifican nuestra afirmación, ocupándonos aquí de la exposición de algunos antecedentes judiciales colombianos y argentinos que expresan ese nuevo rol de los jueces.

En tal sentido, siguiendo a Uprimny Yepes, quien analiza la judicialización de la política en Colombia, es dable advertir una gran influencia de la Corte Constitucional de ese país en la política económica, debido a la jurisprudencia de este tribunal

¹ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009, pp. 80-93.

² Propia del Estado liberal en la taxonomía que propone De Sousa Santos.

encaminada a proteger los derechos sociales, especialmente a partir del año 1998.³ El autor sistematiza los casos en dos tipos de intervenciones: la protección individual o grupal de derechos por medio de la tutela y el control abstracto o general de constitucionalidad de leyes de contenido económico.

Respecto a lo primero, se sostiene que la Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por los jueces vía tutela constitucional, en virtud de la doctrina de la conexidad.⁴ Por otro lado, la Corte ha condicionado fuertemente la política económica, en virtud del control abstracto de constitucionalidad, que la ha llevado a declarar inconstitucionales ciertas leyes por violar principios y derechos básicos. En particular, la Corte ha anulado leyes que extendían el impuesto al valor agregado a productos de primera necesidad (C-776/03), o ha ordenado la indexación parcial de los salarios de los servidores públicos (C-1433/00, C-1064/01 y C-1017/03), o ha extendido beneficios pensionales a ciertos grupos poblacionales, al considerar que la restricción desconocía el principio de igualdad (C-409/94), o ha prohibido la modificación de ciertas regulaciones pensionales, por considerar que afectaban derechos adquiridos de los trabajadores (C-754/04). Todas estas decisiones implicaron costos económicos y presupuestales muy importantes.

Finalmente, quizá en uno de los ejemplos más impactantes de esa judicialización de la política económica, la Corte Constitucional intervino muy activamente frente a la crisis de los deudores hipotecarios en el año 1999, ordenando que se expidiera en siete meses una nueva ley para la regulación de la financiación de vivienda. Dicha ley fue aprobada por el Congreso a fines de ese año, incorporando, entre otras cosas, alivios a los deudores por unos 1.200 millones de dólares y sujetando nuevamente la evolución de las deudas hipotecarias a la inflación.

Un fenómeno de judicialización política similar empezó a percibirse en Argentina unos años después, concretamente a partir de 2003, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como sostiene Luis Arias,⁵ a través de la fuerza simbólica de sus decisiones, la Corte Suprema logró colocar en la agenda política cuestiones que eran desatendidas por los poderes Ejecutivo y Legislativo, tales como la limpieza del contaminado Riachuelo, la movilidad previsional o la

³ Rodrigo Uprimny Yepes, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007, pp. 58-60.

⁴ Así, a nivel general, las tutelas en donde se invocan formalmente los derechos a la salud o a la vida, en donde el peticionario reclama un tratamiento que considera necesario para preservar una vida digna, representaron en 1995 más o menos el 10% del total de tutelas presentadas y fueron aproximadamente unas 3.000. En el primer semestre de 1999, ese porcentaje se incrementó al 30% y el total de tutelas por ese concepto, en ese semestre, fue de casi 20.000, esto es, unas 40.000 al año.

⁵ Luis Federico Arias, “La justicia frente a la transformación social”, *Revista La Ley*, Suplemento Extraordinario Administrativo, núm. 1, 2010, p. 18.

problemática de los pueblos originarios, entre otras.⁶ A continuación revisaremos tres casos en los que el máximo tribunal argentino mostró una significativa apertura de la jurisdicción, subestimando reglas procesales formales, para requerir de los restantes poderes la atención de necesidades de los grupos más vulnerables.

Así, el 7 de marzo de 2006, la Corte se ocupó de los niños desnutridos de un barrio carenciado en la periferia de Buenos Aires, ordenando su inmediata asistencia, pese a considerarse procesalmente incompetente. Fue en las causas R. 1148. XLI (“Rodríguez, Karina”, del 7 de marzo de 2006) y E. 348. XLI (329:548, “Esquivel”, de la misma fecha), donde la Corte Suprema argentina emitió un pronunciamiento obligando a la provincia de Buenos Aires y a la municipalidad de Quilmes a que proveyeran alimentos para cubrir las necesidades nutricionales básicas y realizaran controles sobre la evolución de la salud de menores de edad, haciendo prevalecer la protección de los derechos fundamentales, frente a las reglas procesales de competencia.

Del mismo modo, en la causa L. 733. XLII (“Lavado”, del 13 de febrero de 2007), relativa a la situación carcelaria de la provincia de Mendoza, impuso urgentes medidas sobre la base de las decisiones provisionales adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En dicha oportunidad, señaló que “la gravedad” y reiteración de los hechos denunciados “exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expida sobre su competencia [...]. Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados”. Dicha doctrina fue reiterada en la causa D. 251. XLIII (“Defensor del Pueblo”, del 24 de abril de 2007), donde, al valorar “la gravedad de la situación”, la Corte condenó a la provincia de Buenos Aires a suministrar una droga oncológica sin considerar siquiera su competencia, como lo había hecho en “Lavado”.

⁶ Así, también en cuestiones relativas a la protección de la discapacidad (L. 1153. XXXVIII, Fallos 327:2413, “Lifschitz”, del 15 de junio de 2004; I. 248. XLI, Fallos 331:2135, “I., C. F”, del 30 de septiembre de 2008); de la niñez (G. 147. XLIV, Fallos 331:2691, “García Méndez”, del 02 de diciembre de 2008); de la salud (S. 730. XL, Fallos 327:1444, “Sánchez”, del 11 de mayo de 2004; R. 638. XL, Fallos 329:638, “Reynoso”, del 16 de mayo de 2006; F. 838. XLI, Fallos 329:2552, “Floreancig”, del 11 de julio de 2006); de la vivienda (R. 320. XLII, Fallos 330:855, “Rinaldi”, del 15 de marzo de 2007); y otras dictadas en materia provisional (I. 349. XXXIX, Fallos 328:566, “Itzcovich”, del 29 de marzo de 2005; S. 2758. XXXVIII, Fallos 328:1602, “Sánchez”, del 17 de mayo de 2005; W. 25. XLI, Fallos 328:3097, “Wittall”, del 16 de agosto de 2005; A. 465. XL, “Alvez”, Fallos 329:2158, del 30 de mayo de 2006; B. 675. XLI, Fallos 329:3089 y 330:4866, “Badaro”, del 08 de agosto de 2006 y 26 de noviembre de 2007, respectivamente); de empleo público (M. 1488. XXXVI, Fallos 330:1989, “Madorrán”, del 03 de mayo de 2007; R. 354. XLIV, “Ramos” y S. 2225. XLI, “Sánchez”, ambos del 06 de abril de 2010); laboral y sindical (C. 2605. XXXVIII, Fallos 327:3610, “Castillo”, del 07 de septiembre de 2004; A. 2652. XXXVIII, Fallos 327:3753, “Aquino”, del 21 de septiembre de 2004; M. 3724. XXXVIII, Fallos 327:4607, “Milone”, del 26 de octubre de 2004; A. 201. XL, Fallos 331:2499, “Asociación Trabajadores del Estado”, del 11 de noviembre de 2008), y medio ambiente (M. 1569. XL, “Mendoza”).

Finalmente, “la gravedad y la urgencia” también determinaron que la justicia pudiera llegar con premura a los habitantes aborígenes del Chaco, quienes se encontraban en situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas, ante la inacción de los estados nacional y provincial. Estos últimos fueron condenados por la Corte Suprema a suministrar a las comunidades indígenas agua potable, alimentos y medios de transporte adecuados a sus necesidades (causa D. 587. XLIII, “Defensor del Pueblo”, del 18 de septiembre de 2007).

1.2. Las reformas constitucionales, institucionales y judiciales

En innegables conexiones con lo anterior (al extremo que muchas veces se confunden), Pilar Domingo sostiene que las múltiples reformas constitucionales e institucionales de los últimos 20 años en América Latina han transformado el lugar que ocupa el poder judicial en los sistemas políticos.⁷ Así, muchas de estas reformas han generado nuevas estructuras de oportunidad que han facilitado la judicialización y la ciudadanización de la política, en algunos casos contribuyendo a ciertas modificaciones en las estructuras de poder institucional, promoviendo una mayor independencia de los jueces y otorgándoles mayores facultades de control de constitucionalidad y convencionalidad, por ejemplo.

En primer lugar, se han dado muchos procesos de reforma y revisión constitucional que, por lo general, han llevado a la expansión de los derechos de la ciudadanía. Ya desde la Constitución de 1917 de México, que representó un texto particularmente moderno en cuanto a los derechos sociales y económicos, el constitucionalismo en la región ha tendido a ser, por lo general, innovador y vanguardista en cuanto a la redefinición del contrato social. En segundo lugar, a lo largo de los noventa y en lo que llevamos del siglo XXI, ha habido una serie de reformas al sistema de justicia que de manera muy concreta ha alterado las relaciones de fuerza entre los poderes del Estado en muchos países de la región, así como la accesibilidad de los ciudadanos a la administración de justicia.

Por una parte, una de las innovaciones institucionales más importantes ha sido la creación de tribunales o salas constitucionales en varios países. En algunos casos, estas nuevas instituciones han generado nuevas dinámicas entre poderes, como en Costa Rica y en Colombia. En este último país, como vimos en el punto precedente, el control constitucional ha dado paso a una nueva jurisprudencia, bastante innovadora y socialmente progresista, por ejemplo, con respecto a los derechos sociales y económicos, lo que ha incidido en las políticas públicas llevadas adelante por los gobiernos de turno.

⁷ Pilar Domingo, “Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina. Ciudadanización-judicialización de la política”, *Revista Cidob d’afers Internacional*, núm. 85-86. Disponible en: www.raco.cat/index.php/revistacidob/article/viewFile/130881/180646.

Otra importante novedad institucional ha sido la creación de consejos de la judicatura o de la magistratura en casi toda la región, que se ocupan de la gestión del sistema de justicia, previéndose nuevos mecanismos de nombramiento y remoción de jueces, circunstancia que sin duda altera las relaciones entre el poder judicial y los restantes poderes, así como las que se presentan dentro de la propia organización de justicia. Sobre esta cuestión volveremos más adelante al tratar un relevante fallo de la Corte Suprema argentina.

Finalmente, acompañando a los procesos de integración regional que han tenido lugar en América Latina en los últimos años,⁸ se ha generado un nuevo discurso internacional de derechos humanos y promoción del Estado de derecho, apoyado por un creciente abanico de tratados e instrumentos jurisdiccionales. Esa expansión incluye la creación de marcos normativos internacionales concretos como, por ejemplo, los diversos convenios sobre los derechos de la mujer, de los indígenas y de la infancia. Particularmente importantes son los avances en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En la medida en que ello se ha ido ampliando, y en un contexto en el que los Estados están más preocupados por ser aceptados en la comunidad de democracias avanzadas, no puede hacerse caso omiso de las recomendaciones o fallos de la Comisión o de la Corte Interamericana.⁹ De allí que la noción de control de convencionalidad sea también tan importante en los procesos democráticos modernos, y trascienda en sus consecuencias los espacios tradicionalmente judiciales.

Estas manifestaciones de la judicialización de la política nos conducen a reflexionar, entre otros posibles tópicos, sobre dos cuestiones importantes. Por un lado, ¿están legitimados los jueces para intervenir en asuntos que, a priori, debieran ser resueltos por la decisión del pueblo en nuestras democracias? Por el otro, ¿pueden y deben los jueces asumir posturas políticas? Si es así, ¿cuáles son los alcances de esa facultad-deber? ¿Cuáles sus límites? A continuación procuraremos responder esos interrogantes.

2. La legitimación democrática de los jueces

En una reciente investigación, entre los argumentos expuestos para sostener la necesidad de la participación del sector político en la designación de los magistrados judiciales, señalamos que el de mayor peso es la falta de legitimación democrática de estos o, en forma más genérica, el carácter contramayoritario del poder judicial.¹⁰ Más adelante nos ocuparemos de la cuestión de la designación de

⁸ Entre ellos puede citarse a la Comunidad Andina (CAN), al Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la más reciente Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

⁹ Domingo, *op. cit.*

¹⁰ Eduardo Richter, "Composición y nivel de selección de los consejos de la magistratura provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires", *30 años de democracia: la implemen-*

los jueces. Bástenos aquí con señalar que el mencionado carácter emerge cuando a los jueces se les atribuye la función de controlar la constitucionalidad de las leyes sancionadas por el poder legislativo, cuyos integrantes han sido ungidos por el sufragio universal. Así, se considera que los magistrados, que arribaron a sus cargos por elección indirecta, no pueden –por vía de interpretación– declarar la inconstitucionalidad de una ley, pues ello sería ir en contra de la voluntad general que solamente encarna el parlamento.

En tal sentido, siguiendo a Gargarella, podemos decir que buena parte de los constitucionalistas y politólogos contemporáneos reconocen, al menos, la tensión existente entre la organización democrática de la sociedad y la función judicial de revisión de las leyes. Desde hace varios años, muchos de ellos se dedican a estudiar este problema haciendo referencia a la “dificultad contramayoritaria” que aparece en estos casos. Esto es, la dificultad que surge cuando un órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.¹¹

Brevemente, digamos que este carácter emerge cuando a los jueces se les atribuye la función de controlar la constitucionalidad de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo, cuyos integrantes han sido ungidos por el sufragio universal. Así, se considera que los magistrados, que arribaron a sus cargos por elección indirecta, no pueden –por vía de interpretación– declarar la inconstitucionalidad de una ley, pues ello sería ir en contra de la voluntad general que solamente encarna el parlamento.

En la práctica, este argumento es frecuentemente esgrimido por los sectores políticos de gobierno (oficialismo) para cuestionar decisiones judiciales que les resultan adversas. Así, en la Argentina por ejemplo, es común que se califique al Poder Judicial como una “corporación” o como el “partido judicial”. En el primer caso, vinculando a la justicia con los poderes fácticos o económicos más concentrados y conservadores; en el segundo, con los sectores políticos de oposición. En ambos, procurando el oficialismo generar en el pueblo el siguiente interrogante: ¿A estos jueces que resuelven en contra del pueblo (gobierno) quién los votó?

Se trata de una cuestión que, aun cuando suele ser planteada en el marco de la lucha política, debe ser abordada también por el propio poder judicial, por ser parte implicada en la controversia y, fundamentalmente, por contribuir ese debate a los procesos democráticos en curso. A continuación, aportaremos algunos argumentos en sustento de la legitimidad política de los jueces, en el afán de demostrar que esa legitimidad es también, y en última instancia, democrática.

tación de los consejos de la magistratura en Argentina, Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2015, p. 75.

¹¹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 28 y 29.

2.1. El control constitucional: el nuevo control de convencionalidad

Es indudable que el análisis de la dificultad contramayoritaria no puede prescindir de la función que las propias organizaciones democráticas les asignan a los jueces, según las constituciones, esto es, mantener siempre su supremacía. El riesgo de olvidarnos de ello es muy grave pues, como Zaffaroni, pensamos que ante la falta de una jurisdicción que imponga mínimamente la supremacía constitucional y que opere con cierto grado de eficacia en la decisión y solución de conflictos, cada vez serán menos los obstáculos al ejercicio arbitrario del poder y los límites frente a las mayorías políticas coyunturales. “No habrá un acotado espacio de juego democrático, sino una selva de disputas con cualquier medio y a cualquier precio [...] y nuestras débiles democracias serán cada día más dictaduras en envase democrático”.¹²

La Constitución representa la intención de la sociedad de autolimitarse para proteger los valores que más desea. Como Ulises cuando resolvió sujetarse al mástil del navío que comandaba para no sucumbir a los cantos de las sirenas,¹³ las sociedades modernas atan sus manos para limitar su capacidad de autovulnerarse a través de la afectación de sus cimientos axiológicos. La experiencia histórica recuerda que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia.

La supervivencia de la Constitución es una expectativa ampliamente deseada por todas las sociedades democráticas que siguen el cuño del constitucionalismo. Esa es la razón por la que está redactada en términos generales y abstractos que permiten la inclusión de todos los sectores de la sociedad, de las minorías también, y posibilita una interpretación flexible, en el sentido de variar de acuerdo con las necesidades de los tiempos. Como sostiene Sola:

[U]na Constitución supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección

¹² Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, *Cuadernos de Derecho Penal - Revista del Instituto de D. Penal y Procesal Penal del C. A. y P. Neuquén*, año II, núm. 2, 2005, p. 19. Más adelante, el autor se refiere al supuesto “gobierno de los jueces”, posibilidad que desestima de plano en los países de nuestra región: “Se han extraído frases hechas y proverbios que, fuera de marco, no hacen otra cosa que introducir confusión. Entre estos, uno de los más ridículos es la famosa bandera de la dictadura de los jueces. Pocas frases son tan absurdas frente a la realidad latinoamericana, donde los jueces tienen poco poder, en razón de su escasísima y paupérrima independencia, que es ridículo que se pretenda teñir cualquier tentativa de reivindicación de la independencia judicial con la amenaza de una dictadura. Históricamente, además, no se conoce ningún caso de dictadura de los jueces” (p. 21).

¹³ La metáfora literaria pertenece a Juan Vicente Sola (“La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional”, *Revista La Ley*, 2013, p. 1217), autor al que seguimos en este tramo de la investigación.

de los derechos humanos. La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, rige para los tiempos. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.¹⁴

Es por ello que existen derechos básicos que se encuentran fuera del alcance del poder de las mayorías circunstanciales. Son los derechos constitucionales.

Quizá siga en pie la discusión de si es al poder judicial al que le corresponde velar por la supremacía constitucional, o si, como en varios países europeos, dicha función compete a tribunales constitucionales que integran el poder legislativo. Si bien ese debate excede el marco de este trabajo, señalemos que, según nuestro criterio, la primera posibilidad es la que mejor se compadece con el diseño constitucional republicano de los Estados latinoamericanos, al tiempo que presenta muy buenos resultados prácticos para la calidad democrática de nuestras sociedades, por lo visto y por lo que se indicará en el apartado siguiente.

Una cuestión final no menor. Cuando mencionamos las reformas de las constituciones latinoamericanas de los últimos 20 años, dimos cuenta de la incorporación de diversos tratados internacionales de derechos humanos a los textos constitucionales. Ello trajo como consecuencia la aparición de nuevos organismos jurisdiccionales, en este caso internacionales, para influir en las decisiones políticas mayoritarias de cada uno de nuestros Estados. Si bien la ratificación de esos tratados internacionales ha sido obra de los poderes legislativos, representados democráticamente, la aplicación de sus normas y su interpretación de los casos concretos ha sido encargada a los tribunales y cortes, guiadas por la jurisprudencia y los dictámenes de aquellos organismos internacionales.¹⁵

Con la descripción de esas circunstancias queremos señalar que las democracias latinoamericanas actuales no se “deben” sólo a sus constituciones (mucho menos a sus decisiones legislativas); son tributarias también de diversos tratados internacionales, en especial de derechos humanos, y deben dar respuesta frente a la comunidad internacional en casos de incumplimiento. Nuevamente, el último guardián para evitar esos incumplimientos, para afirmar la vigencia de los derechos humanos y contribuir de ese modo a la consolidación democrática, es el poder judicial a través del control de convencionalidad.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Como sostiene Sagüés: “Todos los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la ‘interpretación conforme’” (Néstor Sagüés, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXL, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 146).

Esa vinculación entre democracia, magistratura y control de convencionalidad se patentiza en nuestra región al observar el carácter marcadamente presidencialista de los sistemas de gobierno, en los que en muchos casos el poder constituyente deriva de quien ejerce la presidencia, antes que del pueblo. Cuando ello ocurre, los controles tradicionales de legalidad y de constitucionalidad aparecen insuficientes para proteger los derechos humanos y la democracia.¹⁶ Esta última no se legitima sólo desde lo formal eleccionario. Su verdadera existencia se constata a cada momento, en tanto haya un derecho humano cuya vigencia práctica sea afirmada. Y cuando esto último no ocurre, compete al poder judicial efectuar el control de convencionalidad para ratificar esa vigencia y, en consecuencia, para consolidar materialmente la democracia.

2.2. La afirmación de los derechos económicos y sociales

En relación con lo anterior, y siguiendo otra obra de Gargarella, podemos afirmar que la revisión judicial en general, y el control constitucional en particular, pueden ser un instrumento crucial para enriquecer la deliberación pública respecto a los derechos sociales. Al mismo tiempo, como vimos en el apartado 1.1, el activismo judicial en el área de derechos sociales y económicos puede ser en especial relevante, dada la íntima relación que existe entre esos derechos y la participación política. Como sostenía Carlos Nino, una adecuada situación social y económica de los individuos, al igual que un adecuado nivel de educación, constituyen precondiciones para una participación libre e igualitaria en el proceso político.¹⁷ Es decir, que la ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales, dificulta el involucramiento político de las personas con más desventajas, y, por tanto, mina el valor total del proceso democrático.¹⁸

Nos parece que este es un argumento que no ha sido suficientemente valorado en el debate que estamos tratando. Lo que quiere expresarse es que una de las mayores contribuciones del poder judicial a nuestros procesos democráticos ha sido

¹⁶ En este sentido, se expresa: “Una anomalía de la región andina, hace que el poder constituyente realmente le pertenezca al Presidente de la República y no al Pueblo, en una situación en la que el control de legalidad y el control de constitucionalidad poco pueden. En sentido contrario, el control de convencionalidad aparece como una opción capaz de neutralizar la usurpación. Una buena evidencia de la insuficiencia de los controles de legalidad y constitucionalidad y la necesidad de otro control más fuerte, la ofrecen el caso peruano en la manera como se estableció allí la Constitución de 1993, así como el caso colombiano, en relación con el modo como se adelantan las sucesivas reformas a la Constitución de 1991” (Manuel Fernando Quinche Ramírez, “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, *Revista Co-herencia*, vol. 10, núm. 19, 2013, p. 197).

¹⁷ Carlos Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, p. 201.

¹⁸ Roberto Gargarella, ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006, p. 22.

la afirmación concreta de la vigencia de los derechos económicos y sociales, como presupuesto de la existencia misma de las democracias participativas y, por ello también, como elemento de justificación democrática de los jueces. En este caso, la referencia a las constituciones, a su supremacía, es indirecta; no se trata de postular la incuestionable supremacía teórica de la Constitución, antes bien se trata de señalar que los derechos económicos en ella reconocidos son condiciones necesarias para el debate democrático.

La idea que subyace, como concluye Gargarella, es que para afirmar los valores que los demócratas populistas desean respetar (por ejemplo, el valor de la participación pública en política, el valor de contar con un proceso genuinamente colectivo de toma de decisiones), se necesita asegurar la existencia y operatividad de ciertos derechos sociales y económicos básicos.¹⁹ Fallos judiciales sobre la movilidad jubilatoria, sobre los seguros sociales y la salud, sobre el acceso a los bienes más elementales (agua, vivienda, etc.), sobre el medio ambiente, se transforman así en presupuestos de la existencia de la democracia participativa. Y, por ello mismo e indirectamente, en motivos de la justificación democrática de los jueces.

3. Los jueces y la política

Lo anterior da cuenta del activo rol de los jueces en la democracia, afirmado lo cual corresponde preguntarnos cuál es la relación que deben tener los magistrados con la política o, más concretamente, cuál es el modelo de juez que conviene postular para la consolidación democrática latinoamericana.

Para introducirnos en el estudio de esta controvertida y apasionante cuestión, tomemos prestadas algunas ideas de Luis Aguiar,²⁰ quien, a partir de un desarrollo histórico similar al trazado por De Sousa Santos, plantea que con el incipiente constitucionalismo que se produjo en el mundo occidental a finales del siglo XVIII y principios del XIX, a resultas de la culminación de las grandes revoluciones liberales, el modelo de separación de poderes que allí se reflejaba contemplaba un poder judicial carente de relevancia tanto para la configuración del orden político como para contribuir a la conformación del orden social. En ese contexto se inserta el modelo de juez que el autor cuestiona para estos tiempos²¹ y que califica como

¹⁹ *Ibid.*, pp. 18-19.

²⁰ Luis Aguiar, “¿Puede el juez ser partícipe de los procesos de cambio social? Del juez monje al juez constitucionalmente comprometido”, en Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, vol. 3, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/.../res/.../DHPP_Manual_v3.345-362.pdf.

²¹ Aunque poniendo de manifiesto sus valores positivos: “Vocación y entrega a la Justicia, independencia y moderada imparcialidad en la impartición de ésta, sumisión exclusiva a la ley tanto en su actividad profesional como en su vida personal, etc. Y modelo que, en la

“juez monje”, aislado de la realidad social en la que vive, de los problemas que acosan a los ciudadanos que juzga y del marco socioeconómico y político en que estos desenvuelven su vida cotidiana.

Por el contrario, el autor citado ensalza para la actualidad, con proyección futura y en opinión que compartimos, el modelo de un “juez constitucionalmente comprometido”, cuya labor se ha visto redimensionada por: a) la ampliación del margen de disponibilidad en el proceso de selección de la norma a aplicar en los conflictos y litigios que se someten a su consideración; b) la ampliación de los métodos de interpretación jurídica, ponderando como criterio preferente el contenido de los enunciados constitucionales, con frecuencia breves y siempre generales y densos en valores; y c) el incremento de los contenidos prestacionales que registran los actuales textos constitucionales, cuya determinación en las controversias judiciales se atribuye al juez, dotando a su labor de un fuerte carácter creativo,²² cuestión que hemos abordado al tratar los derechos económicos y sociales.

Desde otra perspectiva, podemos afirmar que este nuevo modelo que postulamos para nuestra magistratura latinoamericana rechaza la idea de neutralidad ideológica, argumentando que, tras esa pretendida asepsia, lo que en realidad se esconde es otra cosa: “Camuflada como no ideología se oculta una verdadera y auténtica ideología –en este caso la ideología conservadora–, uno de cuyos ‘dogmas’ fundamentales consiste, precisamente, en defender un modelo de Juez alejado lo más posible de cualquier contaminación proveniente del mundo de la política”.²³ Esto es, el modelo de juez monje que Aguiar sitúa en la historia. Por el contrario, participamos de la opinión que sostiene que es imposible que un juez tome decisiones sin implicarse subjetivamente.

Se trata de no engañarse con respecto a las posibilidades de una justicia “químicamente” pura, administrada por sujetos igualmente puros e incontaminados. En otros términos, y como sostiene Brey Blanco, no existe ningún “lugar cognoscitivo” apolítico ni conciencia subjetiva alguna que no se encuentre marcada por ideologías o intereses sociopolíticos y económicos. Este axioma, aplicado al juez, daría como resultado la conclusión siguiente: ningún juez puede pretender ser tan distinto de los demás seres humanos como para pensar que puede resolver un caso sin verse afectado por un motivo o intención que no sea sino el ideal de “la” justicia

medida en que sitúa como principio estructural vertebrador de todo Poder Judicial y de toda actividad jurisdiccional la idea de ‘independencia’ del Juez para que su labor de mediación entre norma aplicación solo impere su exclusiva vinculación a la ley, es irreprochable” (Aguiar, *ibid.*, p. 350).

²² *Ibid.*, pp. 355-356.

²³ José Luis Brey Blanco, “Los jueces y la política: ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”, *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004, p. 39. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/.../13883>.

objetiva.²⁴ No debe confundirse esto con la imparcialidad, que es la posición que la magistratura debe adoptar respecto de las partes que convocan su intervención.²⁵

Ahora bien, ¿cuál es el límite, si es que lo hay, para esa actuación política de los jueces? Adelantemos que, de acuerdo con nuestro criterio, existe ese límite; la dificultad de definirlo desde la teoría no debe hacernos abdicar del análisis.

3.1. La independencia judicial

Un concepto clave en este caso es el de independencia judicial, tan caro a nuestra teórica tradición constitucional latinoamericana, pero tan vapuleado en la práctica por las más diversas formas de gobierno (desde autoritarismos militares hasta débiles democracias de transición, desde acérrimos conservadores nacionalistas hasta defensores del liberalismo a ultranza). Entre las ideas extremas de un juez apolítico (“monje”) y de uno completamente político (“politizado” o, mejor, “partidizado”), el modelo de juez constitucionalmente comprometido y políticamente independiente parece ser el más adecuado para la profundización de nuestros procesos democráticos. Así, si la neutralidad política de la justicia es mala (por esconder muchas veces una ideología conservadora funcional a quienes ejercen el poder, político y/o económico, formal y/o real), también lo es una administración judicial que esté políticamente “partidizada” y que no pueda desprenderse de la lucha por el poder.

De ese modo queda claro que la independencia política de los jueces no equivale a neutralidad o a falta de ideología, por el contrario, presupone a una persona que con todos los condicionamientos que su existencia y su medio le imponen, consciente de esa circunstancia, interviene en un conflicto procurando resolverlo sin hacer valer sus concepciones en el momento de decidir.

La consecuencia de esa intervención sí es política, en el sentido de defender derechos fundamentales que se consideran básicos y presupuestos de la democracia. Sostiene Jiménez Villarejo:

Política es también [...] la misión de pacificar y componer que se pone en manos del juez en una sociedad siempre conflictiva y que se ejercerá de modo distinto según la visión que el mismo tenga del hecho social del conflicto

²⁴ *Ibid.*, p. 41.

²⁵ “Es importante subrayar esto, aun cuando pueda parecer obvio, porque con frecuencia el mandato de imparcialidad suele entenderse como mandato de neutralidad general, política sobre todo, que sólo podría realizarse en un juez de naturaleza cuasidivina. Que los individuos que ostentan la cualidad de juez no están obligados a ser apolíticos ni cosa semejante es algo perfectamente obvio: ni la Constitución impone tal exigencia ni la circunstancia de que un juez tenga convicciones políticas tiene por qué afectar a su independencia e imparcialidad” (Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 63, citado en *ibid.*, pp. 41-42).

[...]. Política es igualmente, en sí misma y en sus consecuencias, la opción que frecuentemente ha de hacer el juez en el momento decisivo de responder jurídicamente, mediante la norma particular que es la sentencia, al conflicto que se le somete [...] y la posible identificación de lo justo con las pautas de distribución vigentes en toda sociedad estratificada.²⁶

4. Un caso paradigmático: el fallo “Rizzo” de la Corte Suprema argentina

Quizá, la exposición y el análisis de un resonante precedente judicial de la Argentina pueda aportar mayor claridad a la definición de cuáles deben ser esos límites de la actuación política de los jueces y, en forma general, de cómo puede resolverse la tensión que existe entre la democracia y el poder judicial.

4.1. Los antecedentes del caso

Hasta el año 1994, la designación y destitución de los jueces de la Argentina era resorte exclusivo de los poderes políticos. Al reformarse la Constitución en ese año, se introdujo el Consejo de la Magistratura con el objeto de limitar la discrecionalidad y arbitrariedad que había caracterizado al poder público en la selección de magistrados y de dotar de un mecanismo despolitizado y más técnico para su remoción, estableciendo que el Consejo cumpliría el antiguo rol de la Cámara de Diputados como cámara acusadora en los juicios políticos y creando un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que asumiría el rol del Senado como cámara juzgadora.

La norma constitucional, en su parte pertinente, establecía y establece:

El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades conferidas por ese artículo, el Congreso de la Nación sancionó las leyes 24.937 (de 1994) y 26.080 (de 2006), a

²⁶ Citado en Brey Blanco, *op. cit.*, p. 50.

través de las cuales se disponía que la designación de los consejeros fuera realizada en elecciones directas organizadas por el propio Consejo de la Magistratura entre los jueces, por un lado, y los abogados de la matrícula federal, por otro, y gestionadas por juntas electorales designadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, en un caso, y por el Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en el otro. Por su parte, en ese régimen, la representación del ámbito académico y científico dependía de la elección directa de profesores titulares de facultades y escuelas de derecho de las universidades nacionales, organizada por el Comité Ejecutivo del Consejo Interuniversitario Nacional.

En el año 2013, y bajo el pretexto de que el funcionamiento del Consejo de la Magistratura no había logrado satisfacer las expectativas sociales que llevaron a su creación (pues no se había agilizado ni transparentado la selección de jueces, ni se habían adoptado procedimientos más eficaces para su control y remoción), a instancias del Poder Ejecutivo, el Congreso dictó la Ley 26.855. Allí se introdujo una reforma sustancial al régimen imperante hasta entonces, incorporando la elección popular de jueces, abogados, académicos y científicos para ejercer funciones dentro del Consejo de la Magistratura. La norma disponía que la elección de las personas pertenecientes a esos ámbitos fuera realizada por sufragio universal junto con las elecciones nacionales –presidenciales o legislativas– y que la postulación de esos candidatos se efectivizara a través de agrupaciones políticas nacionales.

En ese contexto, el apoderado²⁷ de una agrupación de abogados que compitió en elecciones desde el año 2006, postulando candidatos al Consejo de la Magistratura, promovió una acción de amparo ante el juez federal con competencia electoral, persiguiendo la declaración de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 26.855, por comportar “una inexcusable violación del orden jurídico constitucional, vulnerando lo dispuesto por los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional”. El apoderado solicitó, asimismo, una medida cautelar tendiente a la suspensión de las elecciones para la categoría de consejeros, argumentando una ostentosa violación constitucional por parte de las normas impugnadas.²⁸

Al resolver el caso, la jueza de primera instancia difirió el tratamiento de la medida cautelar y dictó sentencia haciendo lugar a la acción, declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas y anuló el llamado a elecciones para la categoría de consejeros. El Estado Nacional apeló la decisión directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interponiendo recurso extraordinario por salto de instancia, el cual fue admitido.

²⁷ De apellido Rizzo, de ahí es que este caso judicial se conoce en Argentina como el “fallo Rizzo”.

²⁸ Ver texto completo de la acción de amparo deducida. Disponible en: http://www.genederecho.com/index_files/CMN_GDD.pdf.

4.2. El análisis del fallo de la Corte Suprema

Por seis votos contra uno, la Corte argentina confirmó la decisión de primera instancia y, como punto resolutivo más destacado, declaró la inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley 26.855.

El voto mayoritario se apoyó en cuatro argumentos; sostuvo que el ordenamiento cuestionado: 1. rompe el equilibrio, al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político partidario; 2. desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos, al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos; 3. compromete la independencia judicial, al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria; y 4. vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, al distorsionar el sistema electoral.

Como puede verse, las razones que se exponen en las tres primeras líneas argumentales de la sentencia analizada guardan estrecha relación con la cuestión de la política partidaria, pronunciándose la Corte en contra de la politización de la justicia. El argumento que subyace es que la elección popular de todos los miembros del Consejo de la Magistratura, propuestos como candidatos por los partidos políticos, afecta la independencia del Poder Judicial. Sobre el particular debemos resaltar que el tribunal argentino no ingresa en el tratamiento en general de la elección directa de los jueces, pues se trata de una posibilidad vedada por la propia Constitución; sólo resuelve que la ley cuestionada es inconstitucional por la forma en que está prevista la elección de los consejeros, esto es, a través de listas que integran agrupaciones políticas.

Hasta aquí concordamos con los argumentos de la Corte Suprema argentina. Sin embargo, entendemos que hay dos aspectos en cuyo tratamiento el tribunal no ingresa por limitaciones constitucionales (y también procesales, pues resuelve en congruencia a lo planteado en el caso) y que merecen un mayor análisis. Nos referimos a la elección popular de los jueces y, más concretamente, de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura. El tratamiento del primer tópico excede el objeto de esta investigación, pues supone aristas de la más diversa índole, tal como lo ha demostrado el proceso de reforma constitucional boliviano y sus posteriores consecuencias.²⁹ Pretender sintetizarlo seriamente en estas líneas es imposible. Por

²⁹ La reforma de la Constitución de Bolivia en el año 2008 dispuso (en lo que aquí nos interesa) la elección popular de las máximas autoridades judiciales (arts. 182, 183, 188, 194, 198 y 200). Tanto la reforma como las elecciones populares que tuvieron lugar en consecuencia fueron muy criticadas. La primera, aduciéndose que la modalidad adoptada por el constituyente no había reconocido plenamente a los ciudadanos el derecho de definir qué profesionales asumirían las funciones de magistrados de los altos tribunales de justicia, sino que los relegaba a la función de meros votantes, pues, en definitiva, los candidatos serían seleccionados por una instancia política, la Asamblea Legislativa Plurinacional. En cuanto a las elecciones populares consecuentes, se celebraron el 16 de octubre de 2011 para designar a los integrantes

el contrario, sí haremos unas breves reflexiones sobre la elección popular de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura.

Como señalamos en otra oportunidad, este tema guarda relación con la composición de ese organismo, con el sector que representa cada uno de sus integrantes y con la proporción entre sectores que debe verificarse en su seno. Agregamos aquí que lo que debe buscarse es evitar la politización partidaria de ese cuerpo colegiado, pero también su corporativización, lo que en forma indirecta puede conducirnos a jueces politizados o al modelo de juez “monje”, respectivamente.

En otros términos, si la integración marcadamente política de los consejos de la magistratura conspira contra la independencia de los jueces que se designan, su conformación corporativa es funcional a la promoción de magistrados conservadores. En el primer caso, el Poder Judicial se subordina al poder político, afectándose seriamente la independencia externa de los jueces. En el segundo, la misma independencia puede verse transgredida, de manera más sutil seguramente, por la sujeción de los magistrados a los poderes económicos más concentrados (independencia externa), o a otros jueces que se encuentran en un orden jerárquico superior (independencia interna). En todos esos supuestos lo que se resiente es la legitimidad democrática de la magistratura.³⁰

En esa línea de pensamiento, no estamos de acuerdo con la defensa que la Corte Suprema argentina hace de la representación marcadamente estamentaria del Consejo de la Magistratura. A esa postura pueden oponerse válidamente los argumentos “contramayoritarios” que ya analizamos, en tanto no deja lugar a la participación popular. Limitar la integración del cuerpo a representantes de los partidos políticos, a magistrados, abogados y académicos, elegidos *todos* por un número reducido de personas puede ser antidemocrático, aun cuando estas constituyan la totalidad del sector que se pretende representar. Para decirlo con claridad: los jueces no representan sectores, no se deben a otros jueces, a agrupaciones políticas o a facciones corporativas, ni son un Estado dentro del Estado.

No perdemos de vista que la Corte efectúa esa interpretación por considerarla acorde con el texto constitucional argentino. Sin embargo (y quizá esto sea una humilde sugerencia de reforma de esa Constitución y una modesta propuesta para ser

del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura. En la oportunidad fueron consideradas un “error” y un “fracaso”, incluso por las mismas autoridades gubernamentales que habían promovido la reforma constitucional, teniendo en cuenta el significativo abstencionismo electoral (cfr. Luis Pásara, *Elecciones judiciales en Bolivia. Una experiencia inédita*, La Paz, Fundación para el Debido Proceso, 2014, pp. 15 y 71).

³⁰ En el trabajo ya citado sostuvimos que “la condición plural de un órgano colegiado sin duda lo enriquece, le confiere mayor legitimidad a las decisiones que adopta, pues estas terminan siendo la síntesis de la confrontación dialéctica entre diferentes puntos de vista. La disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho son esenciales para el ejercicio democrático” (Richter, *op. cit.*, p. 73).

analizada en cada país latinoamericano donde funcionan consejos de magistratura o de judicatura), nos parece que siempre debe preverse una significativa participación del pueblo, del electorado general, en la elección de los integrantes de esos organismos, si se aspira a aportarles mayor legitimidad democrática a los jueces que están llamados a designar.

En tal sentido, debe recordarse que Argentina, al igual que la gran mayoría de las naciones latinoamericanas, ha adoptado la forma republicana de gobierno. Ese sistema implica la separación de los poderes y, como presupuesto del Estado de derecho, la independencia del Judicial. Pero también implica el principio democrático de soberanía popular. Y si bien es cierto que el pueblo no gobierna directamente, también lo es que ejerce su soberanía a través de las autoridades que elige y que lo representan. Sostener que los jueces integran ese tipo de autoridades y deben ser elegidos por voto popular directo nos parece teóricamente desacertado. Postular el extremo contrario (esto es, que en la elección de los magistrados no debe participar, siquiera mediatamente, el pueblo), también.

Entre ambos términos debemos encontrar el punto de equilibrio: será, a nuestro criterio, el que prevea la elección mayoritariamente popular de los miembros del Consejo de la Magistratura. Claro que proscribiendo cualquier tipo de identificación político-partidaria de los consejeros,³¹ tanto en el momento de la elección como en el del efectivo cumplimiento de funciones.

5. Conclusiones

Quizá de un modo no confesado, en las líneas que preceden intentamos establecer algunos puentes teórico-prácticos entre la política y la justicia, en el enten-

³¹ Refiriendo a los consejos de las provincias argentinas, hace poco más de un año sosteníamos: “Una muy buena forma de componer el Consejo es la que prevé la ley 9996 de la Provincia de Entre Ríos. Sólo la modificaríamos, suprimiendo la representación del Poder Ejecutivo y sustituyendo la de las organizaciones sociales, profesionales o sindicales –cuya amplitud nos parece que puede dar espacio a la participación política– por las directamente populares (como ocurre en Chubut, aunque prefiriendo que el acto eleccionario no coincida con el de cargos ejecutivos o legislativos). De ese modo el Consejo de la Magistratura se conformaría con: dos representantes de los magistrados y funcionarios judiciales, dos de los abogados, y dos de los empleados del Poder Judicial (elegidos todos por el voto directo de los representados), dos profesores de universidades que otorguen el título de abogado (elegidos por el voto de sus pares) y cinco representantes del pueblo (elegidos directamente por éste). Creemos que una composición como la propuesta, aporta legitimidad democrática y pluralidad al cuerpo, al tiempo que permite la proporcionada y equilibrada participación de los sectores más vinculados con la administración de justicia, impidiendo la imposición de cualquiera de ellos sin el consenso de los otros” (*ibid.*, pp. 79-80). Por supuesto que se trata de una propuesta que debe ser debatida y puede, sin duda, ser mejorada (creyendo hoy necesario, por ejemplo, ampliar el número de representantes populares). La citamos aquí también como disparador.

dimiento de que sin una adecuada interacción entre ellas no es posible seguir consolidando los procesos democráticos en curso en nuestra América Latina. Procuramos demostrar que, bien entendida, la justicia no deja de ser política cuando resuelve, y que la legitimidad de esa consecuencia es aportada por las constituciones, pero también por los propios sistemas democráticos de gobierno. Sin embargo, pretendimos identificar algunos límites infranqueables³² en esa relación, dados por la independencia judicial, fundamentalmente, y por la democratización de la justicia, en menor medida.

No se nos escapa que en todo lo que ha sido intención de precisar conceptos, de llenar de contenido a expresiones teóricas –tales como independencia o politización–, cuya integración suele quedar a merced de quien las enuncia (en el mejor de los casos condicionado por una ideología y por escalas de valores, en el peor, por especulaciones coyunturales), esta investigación ha sido más un humilde aporte al debate que una obra acabada. En este último sentido, no nos gustaría finalizar sin expresar con más contundencia nuestros puntos de vista, para dejar en claro desde qué posición ideológica pretendemos intervenir en esta importante discusión.

La justicia no es “químicamente pura” ni apolítica. Nunca lo ha sido ni debe serlo. Cuando de ella se han predicado esas características, es porque ha sido funcional al poder político y económico, sosteniendo una ideología conservadora. Un poder judicial encerrado en sí mismo, en tiempos de ampliación de derechos –de “ciudadanización del discurso jurídico-político” en el lúcido lenguaje de Pilar Domingo– es un peligroso anacronismo. Los procesos democráticos latinoamericanos exigen un juez constitucionalmente comprometido, en los términos acuñados por Luis Aguiar.

No se trata de confundir la falta de neutralidad con la dependencia o la parcialidad. Son conceptos bien distintos, cuya asimilación, como sostienen Blanco y Gatti, es una de las tantas ficciones sobre las que se continúa edificando el sistema jurídico en su conjunto y que esconde la protección de intereses contrarios al desarrollo socioeconómico de nuestros pueblos. Como personas de derecho, creemos que lo que sí debe garantizar la justicia es la existencia de un órgano jurisdiccional que no sea parte, que sea un tercero. “Sin imparcialidad no hay jurisdicción. Sin embargo, imparcialidad no puede confundirse con ‘neutralidad’: el juez no es neutral porque no existe neutralidad ideológica y por tanto no existe un juez ‘aséptico’ y ‘desideologizado’”.³³ Como hemos pretendido señalar en esta investigación, el juez es

³² “Injerencias indebidas”, en los términos empleados en la presentación del *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, p. 11).

³³ Oscar Blanco y Franco Gatti, “El poder judicial y la tensión entre independencia, democracia y mayorías”, *Revista Electrónica Microjuris*. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/05/27/el-poder-judicial-y-la-tension-entre-independencia-democracia-y-mayorias/>. Con cita de Ross, allí también puede leerse: “El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho esté profundamente arraigada en el espíritu del juez, como actitud moral y profesional, ver

también un ciudadano que participa en un mundo de ideas, creencias, comprensión y visión de la realidad.

Claro que el límite a esa participación política, tanto en lo que atraviesa existencialmente al juez como en lo que decide y en sus consecuencias, es su partidización, pues aquí sí podemos estar en presencia de falta de independencia. El riesgo es muy grande pues sólo la jurisdicción independiente que, consciente del medio en el que actúa, se motiva en mantener de modo irrestricto la supremacía constitucional (y convencional), es el tipo de justicia que políticamente contribuye a la consolidación democrática.

Como vimos al analizar el fallo Rizzo, la tensión entre esa necesaria independencia y el supuesto origen antidemocrático de los jueces puede resolverse acudiendo a organismos como los consejos de la judicatura o de la magistratura. Estos, consagrados a la tarea fundamental de nombramiento y remoción de los jueces, deben integrarse de un modo que exprese democráticamente la pluralidad de nuestras complejas sociedades, sin participación político-partidaria y con pocos representantes de los estamentos vinculados con el derecho y la administración de justicia (magistrados, abogados, académicos, etc.). Se trata en definitiva, y en nuestro humilde criterio, de una herramienta adecuada para que la justicia contribuya a conformar sociedades más justas.

Bibliografía

- AGUIAR, Luis, “¿Puede el juez ser partícipe de los procesos de cambio social? Del juez monje al juez constitucionalmente comprometido”, en Laurence BURGORGUE-LARSEN, Antonio MAUÉS y Beatriz Eugenia SÁNCHEZ MOJICA (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, vol. 3, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/.../res/.../DHPP_Manual_v3.345-362.pdf.
- ARIAS, Luis Federico, “La justicia frente a la transformación social”, *Revista La Ley*, Suplemento Extraordinario Administrativo, núm. 1, 2010, pp. 18-27.
- BLANCO, Oscar y Franco GATTI, “El poder judicial y la tensión entre independencia, democracia y mayorías”, *Revista Electrónica Microjuris*. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/05/27/el-poder-judicial-y-la-tension-entre-independencia-democracia-y-mayorias/>.
- BREY BLANCO, José Luis, “Los jueces y la política: ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”, *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/.../13883>.

en ella el único móvil o factor es aceptar una ficción. El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma hechos, reglas y normas en decisiones” (Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 174).

- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009.
- DOMINGO, Pilar, “Ciudadanía, derechos y justicia en América a Latina. Ciudadanización-judicialización de la política”, *Revista Cidob d’afers Internacional*, núm. 85-86. Disponible en: www.raco.cat/index.php/revistacidob/article/viewFile/130881/180646.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006, pp. 9-32.
- _____, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- NINO, Carlos, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- PÁSARA, Luis, *Elecciones judiciales en Bolivia. Una experiencia inédita*, La Paz, Fundación para el Debido Proceso, 2014.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, *Revista Co-herencia*, vol. 10, núm. 19, 2013, pp. 167-206.
- RICHTER, Eduardo, “Composición y nivel de selección de los consejos de la magistratura provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires”, *30 años de democracia: la implementación de los consejos de la magistratura en Argentina*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2015.
- RIVERA, Ginna y Christian STEINER, “Presentación”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 9-12.
- SAGÜÉS, Néstor, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXI, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 141-149.
- SOLA, Juan Vicente, “La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional”, *Revista La Ley*, 2013.
- UPRIMNY YÉPES, Rodrigo, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007, pp. 52-69.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, *Cuadernos de Derecho Penal - Revista del Instituto de D. Penal y Procesal Penal del C. A. y P. Neuquén*, año II, núm. 2, 2005, pp. 15-53.