

NUEVO CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

NEW CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND JUDICIAL INDEPENDENCE

NOVO CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

*Agustín Grijalva**

Universidad Andina Simón Bolívar

Recibido: 02/04/2015

Aceptado: 15/05/2015

Resumen:

En el presente ensayo se articulan reflexiones relativas a la democracia y la independencia judicial en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. La primera parte de este análisis es principalmente conceptual y busca alentar una discusión académica que apoye la reflexión sobre las relaciones entre democracia e independencia judicial. En una segunda parte, y en base a estos postulados conceptuales, hago referencia a la experiencia política reciente en los casos de Ecuador y Argentina en relación a reformas constitucionales o legales a los procedimientos de integración de los Consejos de la Judicatura, como ejemplos de la problemática sobre independencia judicial que hoy confronta la región.

Palabras clave: Juez; Neoconstitucionalismo; Democracia; Judicatura.

Abstract

The paper incorporates ideas and thoughts around democracy and independence of the judiciary in Latin American Neoconstitutionalism. The first section is mainly conceptual, and intends to foster an academic discussion that may support debate on the connection between democracy and the independence of the judiciary. The second section the author uses the concepts stated in section one to study the cases of Ecuador and Argentina, with regards to constitutional and legal reforms that gave birth to the Judiciary Councils, and analyses the issues they may pose to achieve an independent judiciary in the region.

Key words: Judiciary; Judge; Independence; Neoconstitutionalism; Democracy.

Resumo

No presente ensaio se articulam reflexões relativas à democracia e a independência judicial no novo constitucionalismo latino-americano. A primeira parte desta análise é principalmente conceitual e busca incentivar a discussão acadêmica que respalde reflexão sobre as relações entre democracia e independência judicial. A segunda parte, que se baseia nestes postulados conceituais, faz referência a experiência política recente nos casos do Equador e Argentina com relação a reformas constitucionais ou legais aos procedimentos de integração dos Conselhos da Magistratura, como exemplos da problemática sobre independência judicial que hoje enfrenta a região.

Palavras chave: Juiz; Novo Constitucionalismo; Democracia; Magistratura.

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Máster en Ciencias Políticas, University of Kansas, Lawrence; PhD en Ciencia Política, University of Pittsburgh. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo,¹ como se sabe, es una categoría teórica de origen europeo que hace relación a constituciones densas en derechos y garantías (Ahumada 2009). Este es el rasgo fundamental que esta tendencia constitucional comparte con el nuevo constitucionalismo latinoamericano y que trae aparejadas específicas, y diríamos que necesarias, consecuencias institucionales tales como el fortalecimiento de los jueces y en particular de las cortes constitucionales.

Sin embargo, hay otros aspectos que constituyen características propias e importantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano, tales como el fortalecimiento de la participación política, la preocupación por la igualdad y la diversidad, los derechos sociales y colectivos, la regulación constitucional de la economía, la apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el laicismo (Uprimny 2011).

En casos como los de Ecuador y Bolivia estas particularidades se acentúan en vista de la inclusión en los textos constitucionales de principios como el de Estado Plurinacional, el de democracia comunitaria o el de Derechos de la Naturaleza. Estas preocupaciones propias del nuevo constitucionalismo latinoamericano pueden resumirse en un interés por la democracia entendida más allá de las elecciones, en sus dimensiones política, cultural y económica.

Las diferencias entre neoconstitucionalismo europeo y nuevo constitucionalismo latinoamericano no son casuales. El nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene raíces propias en las corrientes constitucionales de democracia radical que se desarrollaron en el continente (Gargarella 2004). El interés por la democracia ha sido una constante en las sociedades latinoamericanas, marcadas fuertemente por la exclusión y la desigualdad. La preocupación por los derechos sociales, por ejemplo, nos remite a múltiples constituciones latinoamericanas que los desarrollaron en las primeras décadas del siglo

veinte, entre las cuales destaca, por supuesto, la Constitución mexicana. La necesidad de pensar nuevos modelos de constitución económica y un Estado plurinacional, expresan nuestra experiencia histórica colonial y la lucha de los pueblos indígenas.

Entre los rasgos definitorios de este nuevo constitucionalismo, como se dijo, debe incluirse la atención a la independencia de los jueces. Esta, por supuesto, vista aisladamente y en abstracto, no es una de las temáticas más originales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, puesto que el neoconstitucionalismo y el garantismo europeos dan también gran importancia al fortalecimiento e independencia de los jueces. Sin embargo, si relacionamos esta orientación sobre los jueces en las constituciones latinoamericanas con las demás orientaciones antes expresadas, y la contextualizamos históricamente, veremos que adquiere una dimensión particular para nuestra región.

En efecto, la búsqueda de más independencia para los jueces en América Latina en la presente etapa se produce en sistemas políticos y jurídicos que contienen diseños institucionales que pretenden, como se mencionó, profundizar la democracia y compaginar la igualdad y la diversidad mediante el efectivo ejercicio de una amplia gama de derechos no sólo individuales sino sociales y colectivos.

En la práctica, sin embargo, muchos jueces y tribunales en varios países latinoamericanos se hallan inmersos en las tensiones y presiones políticas generadas por las tendencias modernizadoras de gobiernos autoritarios. Mientras esta modernización apunta positivamente a un ejercicio más efectivo de los derechos sociales, el autoritarismo concentra poder y restringe la democracia política.

Es en medio de este contradictorio contexto político e institucional que la teoría constitucional latinoamericana debe reflexionar sobre el sentido de la independencia judicial ¿Qué implica ser juez en

¹ En realidad este es un término algo equívoco porque en tanto teoría, hace referencia a asuntos y enfoques muy dispares y a veces hasta contradictorios. Puede ser mejor entendido como un conjunto de críticas y debates surgidos en la Teoría del Derecho en relación al positivismo jurídico y el constitucionalismo clásicos.

América Latina cuando las constituciones establecen y protegen tantos derechos, cuando los gobiernos desarrollan legislación y políticas públicas que generan importantes cambios, no siempre positivos?

Por otra parte, en el caso latinoamericano destaca el hecho de que el tratamiento de esta independencia se refiere a todos los jueces: los ordinarios, los constitucionales y los electorales. Así mismo, está la experiencia de los consejos de la judicatura en la región, en los cuales no es raro encontrar la confusión entre funciones disciplinarias y administrativas, que les son propias, y las de orden jurisdiccional, que les son ajenas. Este no es un tema menor en una región caracterizada por una fuerte dependencia de los jueces del ejecutivo y/o el legislativo, de los

jueces de mayor jerarquía, y de los grupos de presión económica, política y mediática.

Son tales desafíos que este constitucionalismo latinoamericano plantea a los jueces en la región, lo que amerita una reflexión sobre el tipo o paradigma de juez que correspondería a este horizonte. También es necesario, para no caer en el formalismo, contrastar y entender este paradigma a partir de las condiciones históricas y actuales que afrontan estos jueces. Finalmente, habrá que identificar cuáles son los caminos a seguir para transitar desde el presente hacia ese paradigma. En este ensayo nos avocamos a ofrecer algunos elementos, aunque iniciales, en esta dirección.

DEMOCRACIA

Si el nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza, al menos formalmente, por una alta densidad en derechos operando en una democracia más profunda, el desafío para los jueces latinoamericanos ciertamente es redimensionar su labor en este nuevo contexto constitucional.

Pero el problema de entrada es, al menos, caracterizar de qué tipo de democracia estamos hablando, puesto que por su propia naturaleza este es un concepto definido de muy variadas formas, dependiendo de la posición política que se adopte. Es claro, en todo caso, que la democracia definida en las nuevas constituciones latinoamericanas va más allá de la democracia representativa, pero la incluye. Es más, la propia democracia representativa viene, desde las reformas constitucionales de los años noventa, a ser redefinida en la región mediante la incorporación de formas de democracia directa y semidirecta, u otros mecanismos de participación que incluyen el referéndum, el plebiscito, la revocatoria del mandato o la iniciativa legislativa.

Estos mecanismos, aunque potencialmente pueden enriquecer la democracia representativa, no deben ser tomados sin beneficio de inventario. Nuria Cunill² ha sistematizado y analizado múltiples casos de América Latina y de otras partes del mundo, en que las expresiones supuestamente mayoritarias o participativas han servido no para transformar relaciones de poder y redistribuir recursos más igualitariamente sino para legitimar el *statu quo*, e incluso facilitar reformas conservadoras.

De hecho, durante los años noventa del siglo veinte las reformas constitucionales que en América Latina introducen mecanismos de participación directa coinciden con los procesos de reducción del Estado y transferencia de sus recursos y competencias al sector privado. Y es que en muchas ocasiones la participación ciudadana ha sido reducida a un mecanismo puramente funcional, a las necesidades de información y gestión de la burocracia o a las necesidades de control corporativista de gobiernos populistas y autoritarios, e incluso de dictaduras.³

2 Sobre las reformas constitucionales en los noventa en América Latina, Cunill destaca que: "las reformas recurrentes se orientan a la introducción de las figuras de la iniciativa popular en la formación de las leyes y del referéndum en el nivel nacional, concebidos como derechos políticos de participación ciudadana. La Constitución de Argentina, reformada en agosto de 1994, incluye ambas figuras como derechos, y así también ocurre en las nuevas constituciones de Perú (septiembre de 1993), y de Colombia (octubre de 1991). Previamente habían sido incorporadas en la Constitución de Brasil, promulgada en Octubre de 1988" (Cunill 1997).

3 Un ejemplo muy claro de lo primero es el caso del gobierno de Fujimori, mientras que la segunda situación es ejemplificada bien por el gobierno de Pinochet. Ambos, en mayor o menor medida, apelaron a la participación de la sociedad civil como una justificación de procesos de privatización y desmantelamiento del Estado.

Se trata en todos estos casos de los riesgos de una democracia plebiscitaria o de la manipulación de la democracia.

En todo caso, el desarrollo constitucional de esta gama más amplia y compleja de mecanismos democráticos tiene consecuencias para los jueces de la región, tales como el desarrollo de tribunales especializados en materia electoral, la inclusión de la reformas judiciales como tema de referéndums, plebiscitos y debate público. Por otra parte, si el nuevo rol de los jueces latinoamericanos es fundamentalmente ser garantes de derechos constitucionales, cabe preguntarse si esto es posible y deseable, y qué consecuencias pueden y deben tener para una democracia más radical en la región.

Quizá una forma provocadora de iniciar el debate sobre la relación entre democracia y jueces, es preguntarse qué tan pertinente resulta entre nosotros la crítica contra-mayoritaria que aqueja a la legitimidad de los jueces constitucionales y a veces a los ordinarios en otras latitudes. Recordemos que el problema contra mayoritario tiene que ver con el cuestionamiento a la legitimidad de unos funcionarios, los jueces, que no han sido electos y que en ocasiones, a nombre de la Constitución y argumentando defender derechos, deciden en contra de lo determinado en la ley o lo expresado de otra forma por la mayoría de ciudadanos.

Esta discusión parecería más relevante, o al menos más práctica, en sistemas donde los jueces tienen mucho más poder. Pero en la mayoría de los países de América Latina, donde la independencia de los jueces está disminuida por presión de las otras funciones del Estado, el plantearse los riesgos de un gobierno de los jueces parecería más bien un ejercicio puramente académico. Sin embargo, esta discusión es relevante por otras razones y para otros propósitos. Es un debate que nos puede ayudar a imaginar nuevos tipos de jueces, nuevas formas de ser juez en América Latina. Para comenzar, quizá hay que ajustar la pregunta que sirve de base al debate, puesto que cuando se cuestiona cómo es posible que autoridades públicas no electas, como los jueces, invaliden decisiones de la mayoría democrática, se está sugiriendo que entre los jueces y la mayoría

democrática o sus representantes hay un conflicto irresoluble o al menos total de incomunicación, y que alguien tiene que tener la última palabra.

No obstante, estimo que lo inherente a una concepción dinámica y deliberativa de democracia es que en ella nadie tiene la última palabra, pues la democracia es debate permanente. Incluso lo que decide una mayoría coyuntural, por ejemplo, al reformar una ley mediante un plebiscito, puede y debe ser discutido, pues desde el propio punto de vista democrático puede ser contrario a lo que ha decidido antes una mayoría constituyente al dictar una constitución.

Además, las decisiones de la mayoría al expresarse en leyes o constituciones tienen inevitablemente que interpretarse. Este es un trabajo insoslayable para jueces, abogados y, lo que es más importante, para los propios ciudadanos y sus organizaciones cuando entran en conflicto entre sí o con el Estado y recurren a los jueces. En un proceso judicial hay interpretaciones encontradas entre las partes que reclaman su derecho y es el juez el que debe examinar este debate para dilucidar la solución.

La interpretación jurídica, por tanto, es o debe ser también, al final, una continuación de la discusión sobre el sentido querido por la mayoría en una ley o en la Constitución. Es por esta razón que el proceso judicial debe también ser deliberativo. Notemos que el debido proceso constitucional que debe encauzar a todo debido proceso es finalmente una estructura deliberativa que busca apoyar la búsqueda de una interpretación jurídica basada en las mejores razones y valores para tomar una decisión (Bernal Pulido 2005).

Justamente por este motivo no es admisible el planteamiento de Ferrajoli (2011), en cuanto a conceptualizar los derechos constitucionales como límites estáticos a la democracia, como aquello sobre lo que no se discute. Los derechos, como las leyes, son permanentemente objeto de interpretación, aunque existan consensos básicos o interpretaciones predominantes sobre parte de su contenido, a lo cual la teoría constitucional ha llamado núcleo o contenidos mínimos de los derechos. Hay también siempre zonas de penumbra normativa, hechos

polémicos, casos difíciles e interpretaciones axiológicas disímiles que vuelven la discusión no sólo ineludible sino necesaria.

En efecto, el planteamiento de Ferrajoli de los derechos como aquello que no se discute, sugiere una suerte de clausura o congelamiento del contenido de cada derecho en el momento constituyente. Es decir, una vez positivizado un derecho, éste no podría ser objeto de ulteriores definiciones, a efectos de que pueda actuar como un límite efectivo contra la eventual arbitrariedad de una mayoría.

Sin embargo, me parece que esto no es lo que observamos en la práctica. Una vez establecido un derecho constitucional, éste es objeto de regulación, previa interpretación, mediante la tarea legislativa; es también objeto de interpretación por parte de las autoridades públicas que según el propio Ferrajoli deben ser los garantes primarios de la Constitución. También los ciudadanos, al exigir o reclamar este derecho, deben precisar el alcance de su sentido.

Finalmente, si las garantías primarias no funcionan, el derecho deberá ser interpretado por los jueces ordinarios y luego por los constitucionales. En otras palabras, legisladores, autoridades públicas, jueces, abogados y, lo que es más importante, en general los propios ciudadanos titulares de tales derechos, continúan realizándole interpretaciones.

Este proceso de subsecuentes interpretaciones es, además, ineludible desde un punto de vista hermenéutico porque una misma norma registra cierta variación de sentidos al contrastarse con numerosas y heterogéneas situaciones fácticas. En otras palabras, no es sólo que los hechos se interpretan conforme a las normas sino que las normas mismas se interpretan conforme a los hechos, y estos, a veces, son heterogéneos, complejos y dinámicos.

Por supuesto, estas diversas interpretaciones no tienen igual valor, función o influencia. Así, por ejemplo, el legislador tratará de acotar el margen de interpretación de la autoridad pública; la interpretación de la Corte Constitucional resguardará, en su criterio, el sentido correcto de la Constitución frente a la legislación y frente a las decisiones judiciales.

Las interpretaciones doctrinales sólo tendrán la fuerza de su razonabilidad, mientras que las de los ciudadanos en general dependerán de cómo los procesen los canales institucionales o directamente de su fuerza política para promoverlas o imponerlas.

La multiplicidad de posibles interpretaciones de una misma norma tampoco implica que todas tengan igual calidad técnico-jurídica, o que todas sean conformes a la Constitución y a la propia ley. Por el contrario, fuera del rango de interpretaciones plausibles, o al menos aceptables, siempre hay otras forzadas e inconstitucionales de las cuales con frecuencia echan mano los gobiernos autoritarios.

De forma opuesta a la discusión democrática, un régimen autoritario tratará de controlar y unificar la interpretación de los derechos constitucionales y de la Constitución en general. En este esfuerzo, buscará controlar a los jueces, lo cual se concreta en el control del poder interpretativo de los mismos. Un régimen autoritario instrumentalizará el control constitucional a efectos de que la Corte Constitucional legitime sus decretos y su legislación incluso cuando lesione claramente derechos.

En definitiva, el postulado que quisiera plantear para el debate es el de que un juez democrático es aquel que en su trabajo interpretativo respeta y hace respetar las condiciones de igualdad de la discusión; aquel que escucha y dialoga con las partes involucradas, y extiende ese diálogo a la serie de discusiones que se producen en la doctrina, la jurisprudencia, la opinión pública y otros discursos relevantes para la adopción de una decisión. Incluso la propia sentencia puede ser objeto de nuevas deliberaciones mediante recursos de apelación o revisión de constitucionalidad.

En otras palabras, hay un proceso permanente de construcción de sentidos de los derechos y de la ley que se inicia una vez que ésta es promulgada. En este proceso los jueces juegan un rol crucial pero ello no implica, o al menos no debe implicar, una clausura de la construcción democrática de estos sentidos. Por el contrario, los jueces deben atender en su interpretación a estos sentidos democráticos (Nino 2005).

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO PARADIGMA Y COMO PRÁCTICA POLÍTICA

Generalmente se conceptúa la independencia judicial desde un punto de vista normativo (lo que debe ser) o desde un enfoque empírico (lo que en la realidad es). En lo que sigue se desarrollan algunos

elementos propios de cada enfoque, puesto que una visión más integral e integrada de la independencia judicial requiere justamente la confluencia de ambas perspectivas (Linares 2003).

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL NORMATIVA

La importancia de los jueces en general y de los jueces constitucionales en particular no puede ser examinada sin considerar sus relaciones con las demás funciones del Estado. En efecto, mayor presencia política de los jueces no significa necesariamente mayor independencia.

Es cierto que en América Latina los jueces vienen adquiriendo mayor protagonismo político durante los últimos años, pero a pesar de ello, o quizá justamente por ello, asistimos también a lo que se ha denominado una 'politización de la justicia'.

La 'politización de la justicia' no significa, y no podría significar, que la justicia o los jueces antes no eran políticos y ahora lo son, puesto que por su propia naturaleza los jueces siempre han sido y serán actores políticos, en tanto portadores de expresión y ejercicio de poder. Lo que queremos decir cuando hablamos de 'politización de la justicia' es que se la está manipulando o instrumentalizando por parte del gobierno de turno, de ciertos partidos o sectores políticos, y que, al menos desde un punto de vista normativo, consideramos que tal proceso es negativo en tanto distorsiona gravemente las funciones que son propias de los jueces. En definitiva, los jueces son y pueden ser actores políticos, pero esta calidad de actores implica la capacidad de adoptar autónomamente sus propias decisiones, especialmente decisiones de cómo interpretar y aplicar la ley y valorar los hechos en un caso concreto.

Esta autonomía, por supuesto, no significa autarquía. No implica que los jueces estén aislados de los procesos e incluso de las presiones políticas, o que ellos mismos no tengan posiciones políticas. Significa, simplemente, que su cargo o su carrera no deben depender primaria e inmediatamente del sentido de sus sentencias y que, justamente por ello, sus propias posiciones políticas pueden expresarse legítimamente en su interpretación profesional de la ley.

Es a esta condición de actor político por propio derecho, el cual puede interpretar la ley conforme a sus propias opciones hermenéuticas sin sufrir retaliaciones políticas, a la que podemos denominar 'independencia judicial' desde un constitucionalismo crítico. En otras palabras, los jueces son independientes porque son actores políticos que pueden decidir por sí mismos, y la politización de la justicia es contraria a su independencia porque implica que otros decidan por ellos, aunque usándolos.

Esta clarificación de las nociones de independencia judicial y politización de la justicia son importantes porque de otro modo, al usarlas, pueden adoptarse inconscientemente premisas positivistas por las cuales los jueces deben o pueden ser totalmente asepticos desde el punto de vista político. En tal sentido, la independencia consistiría en tal asepsia.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EMPÍRICA

Los estudios empíricos de políticas judiciales revelan que si bien desde el punto de vista normativo podemos distinguir de forma dicotómica entre independencia y dependencia judicial, en la práctica

institucional hallamos muy distintos tipos de jueces, e incluso distintas formas de actuación de un mismo juez.

En efecto, hay jueces alineados en términos político-partidarios que superponen las necesidades y estrategias partidistas a la lógica del Derecho; hay jueces profesionales que privilegian la institucionalización de la Función Judicial y la interpretación profesional de la ley; hay otros jueces que privilegian el avance de sus carreras y ponen en función de tal avance sus decisiones (Helmke 2002). Pero todos estos son, en alguna medida, tipos ideales de jueces, que dan cuenta del predominio de cierta lógica, puesto que incluso el mismo juez puede actuar de diverso modo frente a diversos casos y en diversos momentos políticos.

Por otra parte, el mismo juez puede, por ejemplo, actuar como un juez profesional en un caso no sometido a ninguna presión política o mediática y asumir una posición políticamente estratégica en otro caso sometido a tales presiones.

La misma variabilidad puede predicarse a nivel agregado de una corte o tribunal, institución que en realidad puede funcionar a diversos niveles, desde aquellos en que predominan las consideraciones técnico-jurídicas hasta aquellos en que predominan

las consideraciones políticas, incluso coyunturales y partidistas (Grijalva 2010).

Esta complejidad empírica nos lleva necesariamente a una concepción gradualista de independencia judicial. Bajo tal perspectiva los jueces no son simplemente independientes o dependientes, sino que son independientes o dependientes en mayor o menor grado.

Los jueces más independientes serán aquellos que con mayor frecuencia e intensidad se aproximen al referente normativo de independencia que expusimos con anterioridad. Los jueces menos independientes serán aquellos que se ubiquen más lejos de ese horizonte normativo.

De esta forma, el enfoque normativo y el empírico se complementan. El enfoque normativo opera como parámetro u horizonte de la condición empírica, proveyéndole de sentido u orientación. A su vez, el enfoque empírico complejiza al normativo, evidenciando a este último como un binomio de polaridades situadas a los extremos de un *continuum*.

IMPORTANCIA PARA LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La teoría constitucional, por supuesto, se ubica en la dimensión normativa en relación a la independencia judicial, pero no debe serle ajena la dinámica y complejidad empírica develada por los estudios políticos, pues sin tales consideraciones puede reducirse a un acendrado formalismo.

De hecho, en Latinoamérica un problema frecuente en la mayoría de países es la distancia o contraste entre lo que normativamente entendemos por independencia judicial y la realidad de los jueces y el sistema judicial. Por un lado, las constituciones garantizan la independencia de los jueces mientras por otro, los diseños institucionales para su designación, promoción y remoción, y la propia práctica política, tienden a restringir tal independencia.

Los consejos de la judicatura constituyen una instancia institucional donde suele apreciarse con claridad esta contradicción. En consecuencia,

históricamente los consejos de la judicatura surgen como un mecanismo para liberar a los jueces de tareas administrativas. Al mismo tiempo, al integrar estos consejos al interior de la propia función judicial, se pretende dotar a esta de una administración propia, diferenciada y autónoma de la del ejecutivo. La razón de esta separación radica justamente en la preservación de la independencia judicial.

No obstante en la práctica política apreciamos reiteradas intervenciones del ejecutivo o del legislativo sobre los consejos de la judicatura y, por su intermedio, sobre los jueces. Estas intervenciones radican especialmente en el diseño institucional y en la designación concreta para la integración de tales consejos.

De esta forma se produce una grave distorsión de los consejos de la judicatura, puesto que de mecanismos de descarga e independencia administrativa

sin funciones jurisdiccionales, se transforman en instrumentos de control sobre la actividad jurisdiccional de los jueces.

Mientras el diseño constitucional concibe a los consejos de la judicatura como herramientas de administración y control disciplinario de la propia función judicial que aseguran su independencia, en la práctica devienen en una suerte de mecanismos colonización del ejecutivo al interior del judicial para invadir funciones jurisdiccionales, bajo pretexto de consideraciones supuestamente disciplinarias o administrativas.

El alcance de esta intervención puede variar, limitándose a casos políticamente sensibles, o

extendiéndose a otros procesos judiciales. En todo caso, los jueces comienzan a decidir, no de acuerdo a su genuina convicción en la interpretación de la ley, sino en relación a la posibilidad de retaliaciones o premios por parte del Consejo de la Judicatura, el cual a su vez actúa de forma sistemáticamente deferente respecto a las preferencias del ejecutivo.

Por supuesto, esta instrumentalización del Consejo de la Judicatura es un incentivo para que otras fuerzas político partidistas traten también de captar espacios en esta institución. De esta forma, el control disciplinario de la justicia se convierte en objeto de disputa político-partidista.

CASOS NACIONALES

En esta sección presento los casos de Ecuador y Argentina en relación a reformas constitucionales o legales respecto a la integración del Consejo de la Judicatura durante los últimos años.

Aunque cada uno de estos países tiene sus particularidades, un patrón común viene dado por la intervención del ejecutivo o del legislativo en las normas que regulan la integración del organismo. Esta intervención tiende a aumentar la injerencia externa en el Consejo de la Judicatura, y por esta vía en la función judicial.

El caso de Ecuador

En febrero del 2011, el Presidente Rafael Correa convocó a una consulta popular. Aunque esta consulta contenía diez preguntas, algunas con complejos anexos, lo fundamental se hallaba en una reforma constitucional tanto a la forma de integración del Consejo de la Judicatura, como al poder de los jueces para dictar medidas cautelares.

En efecto, las preguntas 4 y 5 de esta consulta plantearon una reforma a los artículos 179 y 181 de la Constitución, así como a varios artículos del Código Orgánico de la Función Judicial. El

principal cambio implicaba disolver el Consejo de la Judicatura en funciones y nombrar un Consejo de Judicatura de Transición por un plazo de 18 meses, integrado por tres miembros, uno designado por la Función Ejecutiva, otro por la Función Legislativa y otro por la Función de Transparencia y Control Social.⁴ Luego de este lapso debía nombrarse el Consejo de la Judicatura definitivo, el cual pasaría a estar integrado por 5 delegados y sus suplentes elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional. La reforma incluyó además varios cambios en la estructura funcional y atribuciones de las instancias internas del Consejo de la Judicatura.

En lo fundamental, esta reforma desmanteló el diseño institucional concebido en la Constitución ecuatoriana para la integración del Consejo de la Judicatura.

En esta Constitución, el Consejo de la Judicatura era un órgano que se integraba y funcionaba de forma autónoma respecto de las demás funciones del Estado, sin participación de delegados de ninguna de

⁴ Esta función fue creada en la Constitución del 2008 y está integrada por el Defensor del Pueblo, el Contralor General, un Consejo orientado a la participación ciudadana, entre otros. Sus principales competencias tienen que ver con rendición de cuentas, control de la corrupción e incentivo a la participación.

ellas. La Constitución preveía la designación de los miembros del Consejo de la Judicatura mediante un concurso público de méritos y oposición, con paridad entre hombres y mujeres, en que se combinaban profesionales de Derecho y Administración. Este concurso debía ser organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

La Constitución ecuatoriana había adoptado este modelo debido a la crónica intervención tanto del Ejecutivo como del Legislativo en la función judicial. Se pensó, entonces, que al integrar el máximo órgano de administración de la función judicial sin ninguna intervención legislativa o ejecutiva, se propendía a una mayor independencia del judicial.

La reforma propuesta por el Presidente Correa implicaba una reforma constitucional de orden orgánico sujeto a control constitucional. Por tal razón, la Corte Constitucional examinó las preguntas para determinar si el procedimiento adoptado era el adecuado. Conforme al artículo 441 de la Constitución, el Presidente sólo puede someter a referéndum reformas a la Constitución que no alteren la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado. En consecuencia, se produjo un debate entre quienes se oponían a la consulta -aduciendo que la reforma alteraba la estructura del Estado- y el Ejecutivo -que afirmaba que la reforma no tenía dicho efecto.

Es también necesario señalar que las preguntas 1 y 2 de la Consulta planteada por el Presidente hacían, en cambio, referencia a restricciones al poder de los jueces para el otorgamiento de medidas cautelares. Para este tipo de reformas, la Constitución en su artículo 442 también limita la iniciativa del Presidente, pues indica que no podrá plantear reformas constitucionales que restrinjan derechos o garantías constitucionales.

Pese a estas expresas limitaciones de la Constitución, la Corte Constitucional aprobó por mayoría las preguntas del Presidente, dejando así el camino abierto para la Consulta. El voto de minoría articula en efecto, de forma mucho más sólida las razones de orden propiamente jurídico que la Corte debió haber

considerado para impedir la consulta en los términos propuestos.

Finalmente, la consulta impulsada por Correa tuvo lugar el siete de mayo del 2011. Los resultados favorecieron al gobierno en todas las preguntas, aunque el margen con el cual el Presidente ganó en el caso de las preguntas sobre el Consejo de la Judicatura y las medidas cautelares fue reducido.

El caso de Ecuador muestra cómo la democracia plebiscitaria puede erosionar la independencia judicial. En efecto, el gobierno de Correa planteó al país esta reforma en un momento de crisis de legitimidad, siete meses luego de que el 20 de septiembre del 2010 el Presidente afrontara una grave rebelión de la Policía. Así mismo, en la opinión pública se percibía el crecimiento de la delincuencia y la inseguridad, acompañada del deterioro del sistema judicial.

Ante esta situación, el régimen de Correa ofreció una reforma judicial, la cual hasta la fecha ha generado resultados profundamente contradictorios. Por un lado, se ha producido una importante renovación de la infraestructura física y tecnológica de los tribunales; por otro lado, hay graves cuestionamientos y preocupaciones respecto a la independencia de los jueces. Veedurías y organismos internacionales que han observado la designación de nuevos jueces en Ecuador han formulado observaciones que confirman la existencia de estos problemas.

Las dudas sobre la independencia de ciertos jueces han crecido a la sombra de procesos políticamente muy sensibles. Son internacionalmente conocidos los juicios por injuria que el presidente Correa ha impulsado contra medios de comunicación y periodistas específicos, en algunos casos por cantidades de dinero exorbitantes, y en medio de procesos judiciales en que se ha violado el debido proceso.

El caso de Argentina

La Presidenta Cristina Fernández de Kirchner presentó al Congreso, el 8 de abril del 2013, seis

proyectos de ley orientados a la reforma de la justicia. Uno de estos proyectos reformaba la forma de designación y la composición del Consejo de la Magistratura. Actualmente, el Consejo está integrado por trece miembros: tres jueces designados mediante elección por los propios jueces, dos representantes de los abogados elegidos por los abogados, además de seis legisladores, un representante del ejecutivo y otro de las universidades.

La reforma planteaba que los jueces, abogados y académicos que integran el Consejo dejaran de ser elegidos por sus pares y pasaran a ser elegidos mediante votación popular universal entre los candidatos postulados por los partidos políticos que presentasen candidatos a Presidente de la República. Mediante la reforma se ampliaba de 13 a 19 el número de miembros del Consejo de la Judicatura mediante un representante adicional de los abogados y cinco representantes adicionales de los ámbitos académico o científico. De esta forma, 12 de los 19 miembros pasaban a ser elegidos mediante sufragio popular universal entre candidatos postulados por los partidos políticos.

La crítica fundamental al proyecto fue que facilitaba que el Ejecutivo controlara la mayoría del Consejo, puesto que, al ser los consejeros elegidos mediante votación popular, un Presidente o un partido político mayoritario podían obtener también, con bastante probabilidad, los votos para designar a la mayoría de miembros del Consejo de la Judicatura, conduciéndolo a una politización partidista.

En contraste, el argumento principal del gobierno argentino fue que era necesario superar la integración corporativista del Consejo y desarrollar la participación democrática en su integración. En esta lógica se planteaba que es mucho más democrático que fueran los propios ciudadanos quienes eligieran a la mayoría de los integrantes de este organismo. Igual que en Ecuador, se apeló a la democracia para transformar el diseño constitucionalmente previsto para el Consejo de Magistratura, pero en este proceso pareció ponerse en grave riesgo la independencia judicial. De hecho, uno de los letrados más relevantes de quienes protestaron frente al parlamento argentino

cuando se aprobó la ley decía: “No a la mentirosa democratización de la justicia”.

Pese a todas las críticas y resistencia a la reforma, la mayoría oficialista en el Parlamento argentino aprobó la reforma el 25 de abril del 2013. Ante esta situación, una decena de jueces en ejercicio de sus competencias legales suspendieron la aplicación de la ley de reforma. Posteriormente una jueza federal dictó una sentencia contra la ley reformativa, la cual por pedido del gobierno pasó a ser examinada por la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, la Corte Suprema en una sentencia del 18 de Junio del 2013 dictaminó en un fallo de seis votos contra uno, que la reforma al Consejo de la Judicatura era inconstitucional. En esta sentencia la mayoría de la Corte planteó que no es posible invocar la defensa de la voluntad popular para desconocer la Constitución, pues la transgresión a la Constitución y al orden jurídico es el mayor perjuicio a dicha voluntad.

El caso argentino muestra varios aspectos comunes con el de Ecuador. En ambos países la iniciativa de la reforma surge del Ejecutivo, y este apela a la decisión electoral mayoritaria como justificación de reformas constitucionalmente cuestionables, que limitan la independencia judicial mediante un importante aumento de la injerencia del Ejecutivo en la integración del Consejo.

Pero el paralelismo con el caso ecuatoriano no termina allí: la Presidenta Cristina Fernández presentó también, como lo hizo Correa en Ecuador, un proyecto para restringir el alcance de las medidas cautelares. Esta restricción se refiere a limitaciones en la discrecionalidad de los jueces, a los plazos máximos de duración los cuales se acotan a un plazo máximo de seis meses, renovables por una vez.

Lo que se aprecia tanto en el caso de Ecuador como en el de Argentina es una restricción en la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales. En otras palabras, se limita el grado de discrecionalidad de los jueces para adoptar medidas urgentes y provisionales que permitan evitar o cesar actos violatorios de un derecho constitucional.

En consecuencia, las reformas a la integración del Consejo de la Judicatura o Consejo de la Magistratura en ambos países no responden a una lógica distinta a la que anima las restricciones de medidas cautelares también en ambos casos: se trata fundamentalmente de una limitación del poder propio de los jueces para interpretar la ley y decidir mediante sus sentencias y resoluciones como actores políticos independientes, incluso respecto a la protección de derechos constitucionales.

Estas reformas son tremendamente paradójicas puesto que en los nuevos diseños constitucionales de la región, los jueces son fundamentalmente garantes de derechos. En efecto, el esquema garantista presente en las constituciones latinoamericanas de los últimos dos decenios, se orienta teóricamente a fortalecer al poder judicial y a la justicia constitucional, así como a ampliar no sólo los derechos sino las garantías constitucionales de todo orden, y a abrir la posibilidad de una pluralidad de nuevas fuentes del Derecho.

Esta clara línea de independencia normativa, sin embargo, contrasta con los decrecientes niveles de independencia empírica. Se revela así una

profunda contradicción al interior de los propios regímenes constitucionales. Una contradicción entre la declaración dogmática de derechos y la estructuración orgánica del poder. Más específicamente, tal contradicción se produce entre los esquemas y prácticas hiperpresidencialistas que vienen desarrollándose en algunos países latinoamericanos y el garantismo constantemente declarado en sus constituciones.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, como lo destaca Roberto Gargarella, no ha reflexionado suficientemente sobre la organización del poder en las nuevas constituciones, lo que Gargarella llama la 'sala de máquinas' de la Constitución. Tomando en cuenta la ampliación e innovación de los derechos, el análisis constitucional sobre los aspectos orgánicos es aun escaso. El sistema judicial y su independencia, en particular, ameritan mayor investigación, crítica y propuestas ¿Consiste la democratización de la justicia en elegir popularmente jueces y funcionarios? ¿Cuál es el perfil del poder judicial y del juez en una democracia más profunda? ¿Cómo se articulan esta democracia y la independencia judicial?

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada, María de los Ángeles. 2009. Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo. En *Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo*, Paolo Comanducci, María de los Ángeles Ahumada y Daniel González. Madrid: Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cunill, Nuria. 1997. *Repensando lo Público a través de la Sociedad*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad.
- Ferrajoli, Luigi. 2011a. *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 2011b. *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Gargarella, Roberto. 2004. Constitución y Democracia. En *Derecho Constitucional*, Albanese et. al. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Grijalva, Agustín. 2010. *Courts and Political Parties. The Politics of Constitutional Review in Ecuador*. Pensilvania: University of Pittsburgh .
- Helmke, Gretchen. 2002. The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy. *American Political Science Review*, 96 (2): 291-303.
- Linares, Sebastian. 2003. La Independencia Judicial: Conceptualización y Medición. En *Independencia Judicial en América Latina ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?*, Germán Burgos (ed.). Bogotá: ILSA.
- Nino, Carlos Santiago. 2005. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Uprimny, Rodrigo. 2011. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (org.), 109-137. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.