JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Justicia y Política en América Latina

Víctor Bazán
Marie-Christine Fuchs
(Editores académicos)

No.6

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

JUSTICIA Y POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

JUSTICIA Y POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA

Konrad
Adenauer
Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

2017 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19 C - 74, piso 2
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

JUSTICIA Y POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA
Editores: Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs
Coordinación editorial: Daniel Alejandro Pinilla y Ginna Rivera Rodríguez

ISBN: 978-958-35-1175-2
2942 20180016430

© Fundación Konrad Adenauer, 2018.
Fecha: abril de 2018.
Impreso en Colombia por: Editorial Nomos.
Corrección de estilo: Editorial Temis.
Diagramación: Editorial Temis.
Maqueta y diseño de cubierta: Editorial Temis.

Esta publicación se distribuye de manera gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

PRESENTACIÓN

Las relaciones ambiguas que existen entre el poder judicial y el poder político en el marco del Estado de Derecho han sido tema de debate central, motivante tanto para los teóricos clásicos como para los estudiosos contemporáneos. En términos polémicos, es una relación de odio y amor al mismo tiempo.

Nadie pone en duda que la independencia y la separación de los poderes públicos son trascendentales e indispensables para el Estado de Derecho. Sin embargo, estos dos poderes no se encuentran en un vacío, son conceptos que se solapan. Para que el sistema funcione y para que la justicia pueda controlar la legalidad y legitimidad de las decisiones políticas, deben interactuar y entrar en diálogo según la teoría americana del *checks and balances*. Ahora bien, la pregunta es: ¿hasta qué punto debe llegar su interacción y cuándo se vuelve peligroso, cuándo se pierde el balance, cuándo se cruza la línea roja?

El contenido de esta interdependencia integra cuestiones nucleares que encuentran su origen histórico en la pretensión de consolidar el paso del absolutismo a los Estados liberales de derecho y, por supuesto, en la importancia de los controles y limitaciones al poder para proteger las garantías y libertades individuales y sociales. Así, la historia de la estatalidad occidental dio lugar a la promesa de una institución judicial reconocida, independiente e imparcial capaz de no tomar partido en el ámbito político y de funcionar como instrumento al servicio de los derechos de los ciudadanos y de las leyes fundamentales, previamente establecidas, constitucionales y últimamente convencionales. Con ella nació la idea del nexo indispensable entre justicia, control de la administración pública y democracia; y la afirmación de que la estabilidad del sistema judicial es ciertamente necesaria para la paz social y el orden político.

Lo expuesto, en un primer nivel de comprensión parece tener sentido lógico y carácter de aplicabilidad lineal; no obstante, si hay una relación compleja, que llama a la humildad analítica y a la contrastación práctica es justamente esta en la que la justicia y la política se encuentran y desencuentran, tanto de manera deseable por el principio de colaboración armónica entre los poderes, como de forma problemática y "malsana", en fenómenos que algunos estudiosos han propuesto llamar judicialización de la política y politización de la justicia. Reconocemos la complejidad de la relación no solo porque su estudio amerita el despliegue de una estrategia multinivel, sino porque en términos materiales no es fácil deslindar la política de la justicia, entre otras cosas, porque al funcionar como una unidad de reciprocidad con límites difusos, los hechos políticos tienen implicaciones en el ámbito del poder judicial y viceversa.

¿Cómo se define entonces la legitimidad democrática de lo político frente a la legitimidad legal y constitucional de lo jurídico? Si el Parlamento es el centro de la democracia y de la toma de sus decisiones, ¿qué lugar le corresponde a la justicia, sobre

todo a la constitucional, en el Estado democrático de derecho, y qué funciones cumple? No solo debido a la creciente "constitucionalización" de derechos fundamentales con indicaciones presupuestales y morales fuertes como lo son, por ejemplo, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en los últimos años la agenda de los tribunales constitucionales se ha visto cada vez más intensa, más política y conflictiva, de trascendental interés moral y social, llegando en ocasiones a decisiones "casi-legislativas". De manera polémica ya se habla del "Gouvernement des juges" (el gobierno de los jueces).

Lo que distingue a ambos órganos —o al menos lo que debería distinguirles— es su manera y motivación de tomar decisiones. La política decide en función de tendencias de opinión, pretende y debe representar al electorado, se guía por consideraciones de oportunidad y popularidad. En las sentencias jurídicas, en cambio, debe prevalecer lo "racional", es decir el razonamiento, la argumentación. La decisión de un tribunal se basa en la ley, en última instancia en la norma fundamental que inspira todo el orden jurídico. La decisión judicial aplica reglas interpretativas estrictas para asegurar que un caso concreto se resuelva de acuerdo con el Derecho, y no sea producto de ponderaciones puramente políticas. Un tribunal constitucional está para hacer efectivos los límites al poder, consagrados en la Constitución.

Para que pueda cumplir con esta tarea más noble de hacer valer el Derecho, los integrantes del poder judicial deben ser elegidos en procesos idóneos basados en el principio de la meritocracia y ajenos a toda influencia política indebida. La credibilidad de la justicia, que sufre con cada nuevo escándalo de corrupción, clientelismo y nepotismo que se descubre dentro del tercer poder, depende de jueces, fiscales y abogados con excelsa integridad ética y moral. Pero, ¿cuándo la injerencia de la política en el nombramiento y la destitución de los jueces se torna indebida?, ¿qué es ético y qué moral?, son preguntas complejas en este contexto.

A estas discusiones se suman otras, todas en el contexto de los retos que trae para la administración de justicia actuar en países con profundas desigualdades sociales, altos índices de corrupción y baja eficiencia del proceso político. Se configura un amplio escenario de discusión con interesantes actores, bastidores y contrapesos cuya interpretación es tan actual como ineludible y a las cuales queremos aportar con este libro.

Conscientes de la importancia de estas reflexiones para conocer el estado actual de las relaciones entre justicia y política en Latinoamérica, y convencidos de que ellas pueden convertirse en materia de generación de propuestas sólidas para el fortalecimiento de las instituciones y el adecuado funcionamiento de los poderes del Estado, el Grupo de Estudio sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales se dedicó a estos ejes temáticos transversales durante el año 2016. En este libro se resumen los debates de la reunión del Grupo que tuvo lugar en Ciudad de México en junio de 2016 y de tres reuniones preparatorias nacionales en Argentina (también con representantes de Uruguay), Colombia, y México.

Por primera vez en la historia del Grupo se introdujo el método de realizar encuentros preparatorios nacionales en colaboración estrecha con los representantes de

los respectivos países que lo integran. Resaltamos los imprescindibles aportes que recibimos durante estos encuentros y la reunión principal del Grupo de parte de estudiantes de Uruguay, Colombia, Guatemala, Bolivia y México. Los estudiantes hicieron entrevistas a jueces, profesores, abogados en ejercicio y la ciudadanía en general para conocer su opinión sobre la relación entre justicia y política. Con fundamento en ello, y también por primera vez, se logró generar material audiovisual en el que los estudiantes documentaron varias entrevistas.

Agradecemos a los autores y comentaristas por su invaluable apoyo, al igual que a los demás integrantes del Grupo, que en los debates críticos, han contribuido a los textos contenidos en este libro. Un especial agradecimiento corresponde a Víctor Bazán, editor académico de la obra, por su incansable labor de revisión y edición en esta como en las anteriores ocasiones, así como por su dedicación y vínculo profundo con este Grupo y con el Programa Estado de Derecho.

Esperamos que la obra logre inspirar los debates sobre la compleja relación entre la política y el tercer poder, y sobre la independencia de la justicia, la ética judicial, la neutralidad y objetividad de los jueces que, además de la necesidad de un diálogo fructífero y contrarrestado con el poder político, debe prevalecer en cada Estado de Derecho.

Dra. Marie Christine Fuchs
Directora Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

PRÓLOGO

– I –

La obra, sexta de la serie, reúne los trabajos elaborados en el contexto del VIII Encuentro del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (FKA), celebrado en México.

En tal oportunidad, se realizaron debates públicos y reuniones con organizaciones sociales y expertos, sobre temas referidos a Migración y Asilo. Además, en el marco de las sesiones del Grupo el debate se concentró específicamente en torno a una cuestión de gran calado: "Justicia y Política", tópico que justamente da cuerpo a este volumen.

– II –

La obra cuenta con una decena de aportes provenientes de los siguientes académicos, presentados en orden alfabético según el país de pertenencia de cada uno de ellos.

1. "Justicia, política y búsqueda de mayor transparencia en Argentina", por Víctor Bazán.

2. "La justicia y la política en Bolivia", por José Antonio Rivera.

3. "Direito de reunião brasileiro: fundamentos constitucionais e judicialização da política", por Leonardo Martins.

4. "Justicia y política en Chile", por Claudio Nash Rojas.

5. "Independencia judicial y política en Colombia", por Néstor Osuna Patiño y Manuel Páez Ramírez.

6. "Justicia constitucional y política en Ecuador. Aplicación de la Constitución de 2008", por Leonardo Sempértegui.

7. "Justicia política en Guatemala", por Aylín Ordóñez Reyna.

8. "El derecho frente a las complejidades sociales. Algunos puntos de contacto entre la justicia constitucional y la protección de derechos en México", por José Luis Caballero Ochoa y José Ricardo Robles Zamarripa.

9. "Justicia y política en Perú", por César Landa.

10. "Justicia y política: el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela", por Jesús M. Casal.

– III –

Tal como lo hicimos en ocasiones anteriores, agradecemos sincera y profundamente a los colegas que integran el Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales y a otros colegas que, aunque no lo integren formalmente, contribuyen al enriquecimiento de sus tareas.

Dejamos nuestro testimonio de gratitud a la Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la FKA, Dra. Marie-Christine Fuchs, por su excelente predisposición para que el Grupo se robustezca y avance. También, nuestro sincero reconocimiento para todo su equipo de apoyo por la muy significativa y útil labor que realiza, con Ginna Marcela Rivera Rodríguez a la cabeza.

Es preciso remarcar que entre el 4 y el 8 de septiembre de 2017 se celebró en Buenos Aires, Argentina, el IX Encuentro de este Grupo de Estudios, cuyas tareas centrales se enfocaron en el asunto de los "Derechos fundamentales, constituciones políticas y modelos económicos", con muy provechosos y alentadores resultados generales. Tanto derivados de las discusiones internas, como de las actividades académicas públicas realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Nos referimos en este último caso al seminario público "Modelos económicos, constituciones políticas y derechos fundamentales" y al café y debate sobre "Desafíos y retos de Argentina en materia de justicia".

En septiembre de 2018 se llevará a cabo el X Encuentro del Grupo. En tal ocasión, Lima (Perú) será la sede. Se examinarán asuntos de gran magnitud y de palpitante prospectiva: la Ejecución y el cumplimiento de sentencias de tribunales nacionales e internacionales, así como la Corrupción y el Estado de Derecho.

Se trata de un nuevo desafío y una importante oportunidad para que el Grupo continúe interactuando con profesionales provenientes de especialidades diversas y con formaciones científicas también distintas. Seguramente, ello redundará en una fecunda labor para cumplir los objetivos propuestos para la citada reunión.

– IV –

Este volumen se sumerge en cuestiones conflictivas y desafiantes para el Estado Constitucional y Convencional. Es que la trama de relaciones entre *justicia y política* está lejos de ser lineal. Por el contrario, en general se presenta como un fenómeno complejo y poliforme.

Cada escenario analizado (Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Perú y Venezuela), naturalmente presenta sus propias particularidades fisonómicas, realidades, necesidades, retos y urgencias. También, puntos comunes o de convergencia.

Solo resta esperar que la obra sea realmente provechosa tanto para profesores, investigadores y estudiantes; como para el desarrollo de las actividades cotidianas de jueces y magistrados, fiscales y defensores, autoridades legislativas y ejecutivas, defensores del pueblo, abogados litigantes, organizaciones no gubernamentales y demás actores de los respectivos sistemas de justicia.

Como siempre ocurre, el lector tendrá la última y más importante palabra en torno a la obra que aquí presentamos.

San Juan, Argentina, 2017
Víctor Bazán
Editor académico

ÍNDICE GENERAL

PÁG

Presentación VII
Prólogo XI

JUSTICIA, POLÍTICA Y BÚSQUEDA DE MAYOR TRANSPARENCIA EN ARGENTINA

VÍCTOR BAZÁN

1. Itinerario 1
2. Apreciaciones de contextualización 2
   A) Reforma constitucional de 1994 2
   B) Justicia y política en interacción 4
   C) Una muestra de la politización partidocrática de la justicia 5
3. Tensión constitucionalismo y democracia. El caso "Rizzo" como ejemplo de una relación friccional bien resuelta por la CSJN 7
   A) Un espacio de tirantez 7
   B) La CSJN y el caso "Rizzo" 9
4. Dos cuestiones conflictivas para el gobierno actualmente en el poder y su relación con el poder legislativo y la CSJN 12
   A) Designación de los dos nuevos jueces de la CSJN 12
   B) Un cortocircuito entre el actual gobierno y la CSJN por la edad de los jueces para mantenerse en su cargo 14
5. Un acercamiento a las sentencias estructurales: entre la justicia y la política 18
   A) Visión panorámica 18
   B) Praxis de la Corte Suprema argentina 19
   C) Diálogo jurídico-político 21
6. Libertad de configuración normativa del legislador. Un acercamiento a la inconstitucionalidad por omisión 23
   A) Libertad configurativa del legislador 23
   B) Inconstitucionalidad por omisión 25
7. Apuntes sobre la lucha contra la corrupción y la impunidad. Otro espacio de interacción entre la justicia y la política 31
   A) Acerca de la corrupción 32
   B) Contexto legal e infralegal 34
   C) Ciertas innovaciones normativas en la Corte Suprema 35
   D) Ciertos instrumentos internacionales vinculados con la materia 38

PÁG

E) Sumaria referencia a la accountability 40
F) Aspectos adicionales sobre corrupción en Argentina y cierre del tema ... 41
8. Observaciones finales 45

LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA EN BOLIVIA

JOSÉ ANTONIO RIVERA

1. Introducción 49
2. Contexto explicativo de la relación nacional entre justicia y política 49
3. La relación entre los que imparten justicia y los que ejercen el poder político 55
4. Percepciones ciudadanas sobre las prácticasde relacionamiento entre la justicia y la política 61
5. Mecanismos de elección y nombramientos 67
6. Reformas constitucionales en torno al equilibrio de poderes 75

DIREITO DE REUNIÃO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

LEONARDO MARTINS

1. Relato introdutório: seminário e mesa redonda promovidos pela KAS e AASP em São Paulo 78
A) Objetivo 78
B) Destinatários e participantes do evento 79
C) Desenvolvimento, primeiros efeitos e conclusões heurísticas 79
2. Fundamentos Constitucionais do Direito de Reunião à luz do direito comparado alemão 80
3. Provocações conclusivas 101
Bibliografía 103

JUSTICIA Y POLÍTICA EN CHILE

CLAUDIO NASH ROJAS

1. Introducción 107
2. Diseño constitucional 108
3. Hitos de la actuación política de la justicia en la historia reciente 110
A) Gobierno Salvador Allende y golpe de Estado 110
B) El silencio de la justicia bajo la Dictadura Militar 111
C) La justicia y su función política en la transición a la democracia 112
4. Los debates políticos actuales y el papel de la justicia 114
A) Tribunal Constitucional 114
B) Poder judicial 117
C) Convergencias 120

PÁG

5. Configurando un nuevo entendimiento de la relación justicia y política en Chile 121
6. Conclusiones 125

INDEPENDENCIA JUDICIAL Y POLÍTICA EN COLOMBIA

NÉSTOR OSUNA PATIÑO
MANUEL PÁEZ RAMÍREZ

1. Independencia, imparcialidad y eficacia de la administración de justicia 127
2. Puntos de contacto entre la política y la justicia en la dinámica constitucional de los poderes 143
   A) Presencia nacional y capacidad de respuesta 145
   B) Presupuesto 148
   C) Nominación 151
   D) Condiciones laborales de los jueces, fiscales y empleados de la justicia. 155

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA EN ECUADOR. APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

LEONARDO SEMPÉRTEGUI

1. Introducción 159
2. La norma jurídica. Atribuciones y conformación de la CCE 160
   A) Ordenamiento jurídico hasta 2007 160
   B) Ordenamiento constitucional a partir de 2008 163
   C) Integración de la Corte Constitucional 167
   D) Blindaje jurídico a los jueces de la CCE. Constitución de 2008 170
3. La evidencia. ¿Cómo ha actuado la CCE? 171
   A) ¿Qué debe observar un juez constitucional al momento de resolver? 171
   B) Algunos casos emblemáticos 174
4. Conclusiones 178

JUSTICIA Y POLÍTICA EN GUATEMALA

AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA

1. Contexto general guatemalteco 181
2. Sistema de selección de jueces y magistrados en Guatemala 186
3. Reformas constitucionales al sector justicia 189
4. Sentencias relevantes sobre la selección de jueces y magistrados 191
5. Percepción ciudadana con relación al tema 194
6. Reflexiones finales 196

EL DERECHO FRENTE A LAS COMPLEJIDADES SOCIALES. ALGUNOS PUNTOS DE CONTACTO ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN MÉXICO

José Luis Caballero Ochoa
José Ricardo Robles Zamarripa

Pág

1. Introducción 199
2. Algunos trazos generales sobre la relación entre justicia y política..... 199
3. Los fallos seleccionados..... 201
4. "Vasos comunicantes" entre las sentencias seleccionadas 209
5. Puntos destacables en los fallos analizados 211
6. Conclusiones 211

JUSTICIA Y POLÍTICA EN PERÚ

César Landa

1. Contexto explicativo de la relación entre justicia y política 213
2. Mecanismos de selección para el nombramiento de jueces y su relación con el poder político..... 217
   A) Nombramiento de jueces y fiscales 218
   B) Nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional..... 221
   C) Perfil del magistrado..... 224
3. Decisiones constitucionales relevantes 225
   A) Caso "Tribunal Constitucional" (exps. 340-98-AA/TC, 358-98-AA/TC y 002-96-I/TC) 225
   B) Caso Alfredo Jalilie (exp. 4053-2007-PHC/TC)..... 228
4. Balance y análisis..... 229
5. Conclusiones 231

JUSTICIA Y POLÍTICA: EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN VENEZUELA

Jesús M. Casal

1. Las vinculaciones, naturales o patológicas, entre justicia y política..... 233
2. El Tribunal Supremo de Justicia y la política en Venezuela 234
   A) La indebida afectación de la integración de la Asamblea Nacional..... 235
   B) El cercenamiento de las funciones de legislación y de control de la Asamblea Nacional..... 237
   C) El desconocimiento de la facultad de la Asamblea Nacional de designar a los Rectores del Consejo Nacional Electoral..... 242
   D) Vulneración de la autonomía política de la Asamblea Nacional..... 243
3. Reflexión final 243

JUSTICIA, POLÍTICA Y BÚSQUEDA DE MAYOR TRANSPARENCIA EN ARGENTINA

Víctor Bazán*

1. Itinerario

Intentar abarcar íntegramente aquí la trama de vínculos entre justicia y política en Argentina sería tarea inagotable y de antemano condenada al fracaso.

Por tanto, y como objetivo más acotado y modesto, en primer término presentaremos algunas consideraciones de contextualización para describir el paisaje constitucional tras la reforma de 1994 en el área de los derechos humanos, efectuar un acercamiento preliminar a la interacción de justicia y política y comentar brevemente una muestra de la politización partidaria de la justicia en los órdenes federal y nacional.

Seguidamente, abordaremos la siempre presente tensión entre constitucionalismo y democracia en general y, ya en particular, las fricciones entre los poderes judicial y legislativo (también ejecutivo, por supuesto), para pasar a examinar un caso concreto resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que refleja esa tirante conexión.

A continuación, nos detendremos en un par de cuestiones conflictivas para el gobierno actualmente en el poder (desde diciembre de 2015) y su relación con el Congreso y la CSJN en torno a la designación de los dos nuevos ministros que en 2016 se incorporaron a ese Alto Tribunal; y además, un desencuentro entre este y el gobierno por la edad de los jueces para permanecer en sus cargos.

Pasaremos luego a enfocar panorámicamente la compleja temática de las sentencias estructurales, como búsqueda de un espacio de apertura dialógica y constructiva entre los poderes del Estado.

Desde allí nos moveremos al tema de la potestad de configuración normativa del legislador y ensayaremos una aproximación al control jurisdiccional de las omisiones inconstitucionales.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de las asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional, y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otras universidades argentinas y extranjeras.

En la última escala previa al epílogo, afrontaremos una problemática muy sensible en nuestro país: la lucha contra la corrupción y la impunidad, punto que pone en contacto frontalmente a la justicia y la política y deja al descubierto la indispensable búsqueda por robustecer cuantitativa y cualitativamente la transparencia en el accionar de los poderes del Estado y demás órganos constitucionales.

El cierre de este trabajo contará con ciertas observaciones recapitulativas que se unirán a otras vertidas en su nudo argumental.

2. Apreciaciones de contextualización

A) *Reforma constitucional de 1994*

Como insumo analítico de importancia figura la potente influencia que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en la esfera de los derechos humanos y zonas temáticas aledañas. Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse:

• La amplificación de la matriz de derechos explícitos, por ejemplo, al incorporar expresamente los siguientes: derechos políticos, en el artículo 37; derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, en el artículo 41; derechos de usuarios y consumidores, en el artículo 42.

• La expresa consagración de los procesos constitucionales de *amparo*, *hábeas data* —aunque sin utilizar literalmente esa nomenclatura— y *hábeas corpus*; todos desplegados en el artículo 43.

• La reconfiguración del *principio de igualdad*, por medio de la conjugación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material, real o sustancial*. Esta última vertiente se observa v. gr. en el artículo 37, relativo a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; y en los siguientes incisos del artículo 75: 2, sobre igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional; 19: acerca de la sanción por el Congreso de leyes de organización y de base de la educación que, *inter alia*, promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, y 23: en uno de cuyos tramos se determina que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, además de asegurar —ya en otro sector de ese inciso— un plus de protección para niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

• La *autoafirmación de la fuerza normativa constitucional* por medio del artículo 36, que además y entre otras prescripciones, determina que atentará

contra el sistema democrático quien *incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento*, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. Paralelamente, se estipuló que el Congreso debía sancionar *una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función*, lo que se cumplió con el dictado de la ley nacional 25.188[1]. En otras palabras, desde el texto constitucional se condena la corrupción y se busca la ética y la *transparencia* en el cumplimiento de la función pública, lo que redunda en una más acabada protección de los derechos ciudadanos.

• Ciertos elementos emergentes del nombrado artículo 75, inciso 19, en cuanto a la faena que el Congreso debe asumir respecto de proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

• Se establece como principio general que *los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes* (art. 75, inc. 22, párr. 1º).

• Y se atribuye magnitud constitucional *originaria* a once instrumentos internacionales (luego se adicionarían tres) en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2º), que hacen que la antigua figura de la "pirámide", en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución Nacional (C. N.), haya devenido en una especie de "trapecio", en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante interacción la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Cabe recordar que los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la acordada directamente por la Convención Constituyente de 1994, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional originaria, se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación contenida en el artículo 75, inciso

[1] Publicada en el Boletín Oficial —en adelante, B. O.— de 1º de noviembre de 1999 y denominada "Ley de Ética en el ejercicio de la función pública". Volveremos sobre este tema, al tratar el siempre irritante flagelo de la corrupción.

22, párr. 3º[2]), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley nacional 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la ley nacional 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003, y más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la que se ha otorgado semejante magnitud por la ley nacional 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

B) *Justicia y política en interacción*

La urdimbre de relaciones entre *justicia y política* en Argentina no es precisamente lineal, sino compleja y multiforme. Aunque parezca un lugar común, se aprecia una *intensa judicialización de la política y una fuerte politización (con sesgo partidista) de la justicia*.

En general, es difícil deslindar completamente la justicia de la política. Es que los avatares de esta última impactan en el sistema de justicia y, obviamente también, no pocas decisiones jurisdiccionales tienen repercusiones políticas.

La justicia es una pieza sustancial del Estado constitucional y convencional y se mueve en un escenario donde confluyen múltiples factores institucionales, jurídicos, políticos, sociales, económicos y axiológicos. Los jueces no son espectros o personajes asépticos fugitivos de la realidad, ni pueden vivir en una insularidad absoluta y radical que los mantenga completamente ajenos a los medios de comunicación, el curso del proceso democrático, la discusión política, los factores de poder, etc.

Por el contrario, deben resolver cuestiones políticas, están inmersos en lo público e institucional y muy cercanos a lo ideológico. De hecho, en el ámbito federal, la CSJN como cabeza de poder y órgano máximo de la justicia constitucional, define líneas, programas y cursos de acción públicos en el escenario de la política judicial.

Asimismo, y como en nuestro país rige un sistema de control difuso de constitucionalidad, todos los jueces pueden y deben efectivizar esa fiscalización constitucional, paralelamente al también difuso control de convencionalidad, incluso —en ambos casos— *ex officio*. Por supuesto, siempre con efectos ceñidos al caso concreto y a las partes del litigio, salvo cuando esa labor provenga de la CSJN en casos institucionales o de gran relevancia jurídica en los cuales los efectos de sus sentencias puedan tener valencia exógena, es decir, más allá del caso concreto.

[2] Ese último párrafo del artículo 75, inciso 22, dispone: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Sea como fuera, la Constitución se ubica en la intersección de la política y el derecho: política que se normativiza y norma que busca regular lo político[3] (retornaremos sobre esta cuestión).

C) *Una muestra de la politización partidocrática de la justicia*

Por su parte, y como se ha sostenido, en no pocas ocasiones la falta de consenso y la rivalidad entre los partidos políticos se traslada a las instituciones judiciales[4].

De hecho, durante el gobierno argentino anterior al actual que encabeza Mauricio Macri (MM), esto es, el que lideró Cristina Fernández de Kirchner (CFK), se suscitó una fuerte polarización del sistema judicial con la creación de la agrupación kirchnerista "Justicia Legítima", que tuvo como uno de sus principales referentes a la exprocuradora general de la Nación (cabeza del Ministerio Público Fiscal), Alejandra Gils Carbó, una figura controversial según la catalogaron varios sectores no kirchneristas[5]. Existe además una cantidad nutrida de jueces (también de fiscales) firmemente contrarios a aquella agrupación, nucleados —por ejemplo— en la Asociación de Funcionarios y Magistrados de la Justicia.

[3] Miguel Revenga Sánchez, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie "Cuadernos del Rectorado", núm. 22, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2010, pág. 40.

[4] Victoria Rodríguez Blanco, en el resumen de su trabajo "Justicia y política; una relación compleja", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 10, julio de 2014, Alicante, págs. 46-64. El artículo puede verse en *https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2014/07/10-tm-03.pdf*.

[5] La nombrada procuradora renunció con efectos a partir del 31 de diciembre de 2017, o sea, que ya no está en esa función. Mientras todavía la ocupaba, se incrementó progresivamente el número de quienes la criticaban y sospechaban de su gestión. Desde el actual oficialismo se sostuvo que carecía de "autoridad moral" para desempeñar el muy importante cargo que ostentaba, que es clave en la lucha contra la corrupción y la impunidad de altos funcionarios del gobierno que hasta diciembre de 2015 liderara CFK.

Desde una columna periodística se sintetizaba la metamorfosis que exhibió la citada exprocuradora, afirmando que al ser designada en 2012 (por la expresidenta) ostentaba un perfil independiente, el que cambió rotundamente cuando CFK "promovió, en marzo de 2013, una cruzada para 'democratizar' la Justicia. Con esa excusa, la expresidenta se lanzó a colonizar cada despacho judicial y la procuradora fue una generala victoriosa de la batalla kirchnerista" (cfr. Fernando González, "Gils Carbó y la sombra de la palabra renuncia", *Clarín*, Buenos Aires, 15 de julio de 2017, *https://www.clarin.com/opinion/gils-carbo-sombra-palabra-renuncia_0_rkeFIJwBb.html*). El autor de la aludida nota periodística también analizó la decisión de un juez de citar a Gils Carbó para declarar como imputada por la compra de un edificio para la Procuración. El fiscal actuante la acusó de fraude al Estado, abuso de autoridad, tráfico de influencias y cohecho. Ahora deberá explicar por qué el hermano del funcionario al que se le encargó la adquisición de ese inmueble cobró una comisión de tres millones de pesos.

Se observa allí una de las manifestaciones de la *grieta*. En este caso, en el frente judicial. "Grieta" es una palabra muy conocida en Argentina y que denota la división social y política como consecuencia de aproximadamente doce años de kirchnerismo en el poder, que surgen de sumar la era de Néstor Kirchner (2003/2007) y los dos períodos presidenciales de su esposa, CFK (2007/2011 y 2011/2015).

En un editorial relativamente reciente de *La Nación*, uno de los principales diarios de Argentina junto a *Clarín*, se puso de manifiesto que la "politización de nuestra Justicia es tan innegable como lamentable y lo peor que nos puede ocurrir en esta materia es acostumbrarnos al fenómeno perverso que se instaló en nuestros tribunales durante el régimen anterior [kirchnerismo]. Se ha vuelto costumbre al escribir sobre temas judiciales aclarar cuando un juez o un fiscal pertenece o es cercano a la agrupación kirchnerista Justicia Legítima"[6].

Ya en la vereda opuesta —sigue expresando el editorial— existen jueces y fiscales que no ocultan su franca oposición a aquel alineamiento político. Se pone de relieve que la situación suscitada es signo del retroceso que significa el hecho de que la política dicte la orientación y el sentido de algunas resoluciones, dictámenes y sentencias judiciales, frente a lo cual urge recordar la imperiosa necesidad de la independencia judicial. A modo de síntesis, el editorial en cuestión dice: "Resulta corrosivo para las instituciones de la República tanto la influencia de los dirigentes en la Justicia como que los jueces se arroguen funciones de aquellos"[7].

A modo de ejemplo del punto que abordamos, el 24 de agosto de 2017 la Cámara Nacional Electoral (máximo órgano jurisdiccional en materia electoral del país) decidió denunciar penalmente al fiscal federal con competencia electoral en la Provincia de Córdoba, Enrique Senestrari, quien insólitamente hizo declaraciones públicas en junio del mismo año en las que sostuvo que "ojalá" cayera el gobierno de Mauricio Macri[8]. El fiscal en cuestión era, justamente, vocal de la citada asociación civil 'Justicia Legítima'. Más allá de que el funcionario tenga libertad de pensamiento y no simpatice con el actual presidente, quien —recordamos— fue elegido democráticamente, su investidura de fiscal de la Nación hace que sea inapropiado e inconcebible que formule declaraciones públicas golpistas, desestabilizadoras y antidemocráticas[9].

[6] "Judicialización de la política y politización de la Justicia", Editorial, *La Nación*, Buenos Aires, 19 de febrero de 2017 (*http://www.lanacion.com.ar/1985929-judicializacion-de-la-politica-y-politizacion-de-la-justicia*).

[7] *Idem*.

[8] Lucio Fernández Moores, "La Cámara Electoral denunció a un fiscal que dijo que 'ojalá' se cayera el gobierno de Mauricio Macri", *Clarín*, Buenos Aires, 24 de agosto de 2017 (*https://www.clarin.com/politica/camara-electoral-denuncio-fiscal-dijo-ojala-cayera-gobierno-mauricio-macri_0_Bkfxuj2Ob.html*).

[9] Los impropios dichos de ese fiscal no fueron los únicos. De hecho, en enero de 2018 Raúl Eugenio Zaffaroni emitió en diversos medios de comunicación unas desafortunadas

Actualmente 'Justicia Legítima' ha perdido buena parte del poder que supo acumular.

3. Tensión constitucionalismo y democracia. El caso "Rizzo" como ejemplo de una relación friccional bien resuelta por la CSJN

A) *Un espacio de tirantez*

No puede dejar de considerarse la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-Parlamento en el plano del control de constitucionalidad. En otras palabras, *la siempre delicada vinculación entre jurisdicción y legislación*[10].

Como apunta Sunstein, no es sencillo analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última, y otras subvertirla. Así, la tarea por emprender consiste —desde el particular punto de vista del autor mencionado— en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas[11].

---

declaraciones, vaticinando la pronta "caída" de Macri, además de expresar que esperaba que este se fuera "lo antes posible" y hasta comparó a su gobierno con la última dictadura militar. Esas expresiones desestabilizadoras y destituyentes no provienen de un ciudadano común, sino de un personaje público, que ha ocupado cargos muy importantes como el de ministro de la CSJN argentina y, lo que es más grave aún, actualmente se desempeña como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sus manifestaciones fueron repudiadas por un gran arco político, entidades empresariales y profesionales e incluso por dirigentes de ONG en materia de derechos humanos de diversos sitios. Las desatinadas palabras de Zaffaroni, quien no puede disociar sus opiniones personales de su rol como juez de la Corte Interamericana y tiene sobre sí una alta responsabilidad institucional y un compromiso irrestricto con la democracia, son potencialmente sediciosas, al contener un mensaje no subliminal para derrumbar al orden estatuido. Lo paradójico es que Zaffaroni olvida que en 1976 asumió como juez penal jurando fidelidad a los objetivos básicos de la junta militar encabezada por Videla y al estatuto del proceso de reorganización nacional que eliminaba a la Constitución Nacional. O sea, prestó servicios en la misma dictadura con la que hoy compara al gobierno de Macri, surgido de la voluntad popular expresada en las urnas en 2015.

El compromiso de todos los argentinos es que el corriente mandato presidencial (2015/2019) se cumpla como ordena la C. N. y que en 2019 sea la decisión del pueblo por medio del sufragio la que defina al próximo presidente. Ese es el cauce institucional natural, cualquiera sea el color político de la fórmula política que se elija, a la que habremos de respetar por su legitimación en las urnas, escenario natural donde en democracia se dirimen las contiendas electorales.

[10] La frase que cierra el párrafo al que esta nota se refiere: "la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación", es paráfrasis de la apreciación de Gustavo Zagrebelsky, quien alude a "lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación" (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, pág. 152).

[11] Cass R. Sunstein, "Constituciones y democracias: epílogo", trad. de Mónica Utrilla de Neira, en Jon Elster, Rune Slagstad y colabs., *Constitucionalismo y democracia*, Colegio

Simplificando al máximo los contornos de la cuestión, movidos por un propósito referencial y partiendo de la constatación que da cuenta que democracia y constitucionalismo no son precisamente conceptos unívocos, traemos a colación a ELSTER, para quien la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio "una persona, un voto"[12].

A su tiempo, el vocablo *constitucionalismo* alude —en este contexto específico— a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario vayan más allá de la revisión en el ámbito judicial. Así, y en términos generales, puede ligarse a la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo. Aquella encarna la participación popular; este, las restricciones constitucionales[13].

De su lado, coincidimos con FERRAJOLI en cuanto a que una visión de la democracia que no sea meramente procedimentalista debe ser "garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría"[14], y dicha garantía no podría operativizarse sino por un órgano jurisdiccional.

El *constitucionalismo contemporáneo* (*neoconstitucionalismo* para buena parte de la doctrina) conlleva un fuerte remozamiento de la fórmula del Estado de derecho, que ha viabilizado el ingreso al sistema jurídico de un nutrido elenco de derechos y de normas materiales que no solamente busca limitar al legislador, sino también perfilar los ejes básicos de la convivencia en diversos ámbitos por medio de una robusta garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho hace que los principios desplacen, no reemplacen, a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador. Ello lleva a que paralelamente la otra pieza fundamental del modelo, la *democracia*, se debata entre la búsqueda de diálogo y consenso en un proceso de justicia compartido y la omnipresencia de la vocación negociadora de beneficios.

En esa línea, PRIETO SANCHÍS puntualiza que el Estado constitucional exige una nueva teoría del derecho: el citado "neoconstitucionalismo", cuyos rasgos sobresalientes son[15]:

Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública (A.C.), México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 368.

[12] JON ELSTER, en la "Introducción" a la obra citada en la nota anterior, pág. 33.

[13] *Ibid.*, págs. 34 y 36.

[14] LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, págs. 23 y ss.

[15] LUIS PRIETO SANCHÍS, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid-México, Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2003, págs. 131-132.

• *Omnipresencia de la Constitución* en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria.

• Más *principios* que reglas.

• Más *ponderación* que subsunción.

• *Omnipotencia judicial* en lugar de autonomía del legislador ordinario.

• Y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Para el citado autor, la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un "riesgo" para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia. Sin embargo, juzga que tal riesgo es "inevitable" si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo), el que, como modelo de organización jurídico-política, pretende representar un perfeccionamiento del Estado de derecho y si un postulado de este es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador[16].

Bien cierto es, añade, que el neoconstitucionalismo implica también una apertura al "judicialismo" —al menos desde la perspectiva europea—, "de modo que si lo que gana el Estado de derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales", sentido que tiene la ponderación rectamente entendida[17].

En definitiva, el modelo jurídico-político representativo del Estado constitucional contemporáneo nutre a las constituciones que, aparecidas fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden reparar la ruptura entre constitucionalismo y democracia.

B) *La CSJN y el caso "Rizzo"*

a) Al abordar la relación entre justicia y política y la tensión constitucionalismo y democracia, no puede soslayarse un fallo de gran importancia dictado por la CSJN: "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 «Gente de Derecho») c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ Acción de amparo"[18], resuelto el 18 de junio de 2013.

[16] *Ibid.*, pág. 157.

[17] *Idem*.

[18] *Fallos*, 336:760. La mayoría se integró con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay, mientras que en solitaria disidencia se manifestó el ministro Zaffaroni.

A modo de recordatorio contextual, es preciso tener en cuenta que en abril de ese año, la entonces presidenta CFK impulsó un conjunto de seis proyectos de ley para la "*democratización* de la justicia", que no pocos de sus detractores rebautizaron irónicamente como "*domesticación* de la justicia".

Algunos de esos proyectos fueron muy criticados desde la oposición. El más urticante, por su impacto institucional y la violación a la independencia judicial, fue aprobado por ley nacional 26.855[19] mediante la cual se modificaba la normativa regulatoria del Consejo de la Magistratura (C. M.), que es un órgano constitucional vinculado al poder judicial que —entre otras funciones— tiene a su cargo la selección de las ternas de candidatos a jueces nacionales y federales y puede también desencadenar el proceso de destitución de estos[20], que luego de ello llevará adelante otro cuerpo de raíz constitucional: el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115 de la C. N.).

Sin duda, esencialmente la innovación procuraba mudar la legislación relativa al C. M. para lograr, entre otras cosas, que: *i)* los consejeros abogados, jueces y académicos fueran elegidos por sufragio popular; *ii)* se ampliara el número de sus componentes, llevándolo de 13 a 19, para incrementar el factor político-partidario (principalmente a favor del oficialismo de entonces), rompiendo la composición *equilibrada* que según mandato constitucional (artículo 114) debía tener el Cuerpo[21]; *iii)* se incrementara su injerencia y poder políticos; y *iv)* se abriera la puerta para que las decisiones más relevantes que debe tomar puedan adoptarse con mayorías menos agravadas que las actuales.

b) Entre otros aspectos, el caso ofrece un par de particularidades: *i)* se activó el recurso extraordinario por salto de instancia —en los términos del artículo 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— que fue declarado admisible por la CSJN. En otras palabras, sin transitar por Cámara de Apelaciones alguna, se pasó de primera instancia (donde se había declarado la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley nacional 26.855 y del decreto del poder ejecutivo nacional 577/2013[22]) directamente a la CSJN

[19] B. O. de 27 de mayo de 2013.

[20] Es preciso advertir que los ministros de la CSJN están excluidos del radio de influencia del C. M., por cuanto este no interviene en la selección ni en la remoción de tales jueces, que son designados por el/la Presidente/a de la Nación con acuerdo del Senado y pueden ser destituidos por juicio político *(impeachment)* a cargo del Congreso Nacional. Tampoco interviene, por tanto, otro órgano constitucional: el Jurado de Enjuiciamiento.

[21] En su párrafo segundo, el citado artículo 114 constitucional determina que el Consejo de la Magistratura "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" —bastardillas añadidas—.

[22] B. O. de 27 de mayo de 2013.

dada la urgencia del Estado Nacional en que la causa fuera dirimida, y *ii)* fue la citada procuradora general, Alejandra Gils Carbó, quien emitió dictamen antes de la sentencia de la CSJN aconsejando al Tribunal que revocara el decisorio de primera instancia, o sea, que fallara a favor del Estado recurrente.

Sin embargo, seis de los siete ministros de la Corte votaron por rechazar el recurso extraordinario *per saltum* y mantener la inconstitucionalidad declarada por la jueza de primera instancia. Solo el juez Zaffaroni votó en disidencia.

Particularmente, en los considerandos 6º a 13 y 27 (del voto que encabeza el fallo[23]), la CSJN argumenta sobre la tensión que el control de constitucionalidad que está a su cargo genera en el Congreso de la Nación y por qué esa facultad-deber de fiscalización constitucional debe ser cumplida por el Tribunal. Entre otros fundamentos, sostuvo[24]:

• Con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la C. N. y la función que les corresponde a los jueces (artículos 31, 116 y 117), desde 1888 (*Fallos*, 33:162) hasta la actualidad [en ese momento, 2013] se ha sostenido "[...] que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, *constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*" (consid. 8º).

• "[...] para defender esta supremacía, el Tribunal ha declarado a lo largo de su historia —y más allá de los votos individuales de sus miembros—, la inconstitucionalidad de normas que, aun cuando provenían del órgano legislativo que representa la voluntad popular, resultaban contrarias a la Constitución Nacional o tratados internacionales y afectaban derechos de las personas" (consid. 9º, primera parte). En el segundo tramo de ese considerando, pasa la Corte a individualizar un conjunto de fallos muy importantes en los que declaró la inconstitucionalidad de diferentes leyes.

• "[...] no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que *nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional*" (consid. 10, segunda parte).

• "*La doctrina de la omnipotencia legislativa* que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo *es insostenible dentro de un*

[23] O sea, correspondiente a Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

[24] En todos los casos, las cursivas de los párrafos siguientes al presente subapartado no corresponden al original.

sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. [...] ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas" (*ibid.*, tercera parte).

• "[...] solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que *el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema*" (consid. 11).

• "Las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático. Es necesario y saludable que exista ese debate. Pero ello *no puede llevar a desconocer ni las premisas normativas sobre las que se asienta el control judicial de constitucionalidad, ni que este sistema está, en definitiva, destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno*. En este marco los jueces deben actuar en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos" (consid. 13, párr. 2º).

c) En suma, la CSJN entendió mayoritariamente que la ley resultaba inconstitucional porque: *i)* rompía el equilibrio, al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resultara directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario; *ii)* desconocía el principio de representación de los estamentos técnicos, al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos del C. M.; *iii)* comprometía la independencia judicial, al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, y *iv)* vulneraba el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, al distorsionar el proceso electoral.

El fallo es claro, didáctico y está correctamente fundado. Afrontó los ítems más controversiales de la ley objetada, por ejemplo: *i)* la *politización partidaria* de la elección de jueces, abogados y académicos para integrar el C. M.; *ii)* la *ruptura del equilibrio* en la composición de este, exigida constitucionalmente, y *iii)* el *manto de sospecha* que respecto de la imparcialidad y la independencia de los magistrados podría haber significado el hecho de aparecer en boletas electorales de partidos políticos.

4. Dos cuestiones conflictivas para el gobierno actualmente en el poder y su relación con el poder legislativo y la CSJN

A) *Designación de los dos nuevos jueces de la CSJN*

a) Según el procedimiento estipulado por la C. N., en su artículo 99, inciso 4º, párrafo primero, el presidente de la Nación nombra los magistrados de la

Corte con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

Debe advertirse que, a diferencia de los demás tribunales federales inferiores, los jueces de la CSJN no pasan por el tamiz del Consejo de la Magistratura, sino que directamente son postulados al cargo por el titular del poder ejecutivo nacional.

Durante el gobierno de Néstor Kirchner se dictó el decreto nacional 222/2003[25], que instrumenta un "procedimiento calificado de autolimitación para la designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Quien inauguró el mecanismo instituido por el citado decreto fue el ministro Eugenio Raúl Zaffaroni en 2003. Algunas de las pautas y características de dicha normativa son:

• Por su artículo 4º, producida una vacante en ese Alto Tribunal, en un plazo máximo de treinta días, se publicará en el Boletín Oficial y en por lo menos dos diarios de circulación nacional, durante tres días, el nombre y los antecedentes curriculares de la o las personas que se encuentren en consideración para la cobertura de la vacancia. Simultáneamente con tal publicación, ello se difundirá en la página oficial de la red informática del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

• Además de la documentación y las declaraciones juradas que el/los propuesto/s deben adjuntar (artículo 5º), se abre una instancia en la que los ciudadanos en general, las ONG, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos, en el plazo de quince días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial pueden presentar a aquel ministerio, por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar acerca de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada sobre su propia objetividad en torno a los propuestos (artículo 6º); igualmente puede requerirse opinión a organizaciones de relevancia en el ámbito profesional, judicial, académico, social, político y de derechos humanos a los fines de su valoración (artículo 7º).

• Se solicitará a la Administración Federal de Ingresos Públicos, preservando el secreto fiscal, informe relativo al cumplimiento de las obligaciones impositivas de las personas eventualmente propuestas (artículo 8º).

• En un plazo no superior a quince días a contar desde el vencimiento del establecido para la presentación de las posturas u observaciones, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada, el poder ejecutivo nacional dispondrá sobre la elevación o no de la propuesta respectiva; y en caso de decisión positiva, se enviará con lo actuado al Senado el nombramiento respectivo, a los fines del acuerdo (artículo 9º).

[25] B. O. de 20 de junio de 2003.

b) En diciembre de 2015, el actual presidente MM, amparándose en el artículo 99, inciso 19, de la C. N., y por medio del decreto nacional 83/2015, designó *en comisión* (o sea, temporariamente y sin acuerdo del Senado) a Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz para cubrir las vacantes en la CSJN y completar, así, el número institucional de cinco miembros estatuido legalmente[26].

A nuestro juicio, hubo allí un error político de parte del presidente. Tal equivocación fue luego corregida, se volvió sobre los pasos dados y se reinició el proceso tal como lo estipula la C. N., de resultas de lo cual aquellos jueces fueron incorporados al Alto Tribunal como resultado de un proceso constitucional regular y pertinente. Así, Rosatti asumió su cargo el 29 de junio de 2016 y Rosenkrantz el 22 de agosto de 2016.

Sin embargo, la cuestión generó un intenso debate entre los constitucionalistas que entendieron que el nombramiento "en comisión" era congruente con la C. N., y quienes estaban abiertamente en contra de esa interpretación, sosteniendo que una designación de relevante magnitud como la de jueces de la CSJN debió de entrada adaptarse a las pautas constitucionales de rigor y al decreto nacional 222/2003. En cualquier caso, pensamos que fue un paso en falso del primer mandatario que provocó alguna rispidez con el Senado de la Nación.

B) *Un cortocircuito entre el actual gobierno y la CSJN por la edad de los jueces para mantenerse en su cargo*

a) Reforma de 1994 mediante, el citado artículo 99, inciso 4º, de la C. N., aunque en sus tramos segundo y tercero, respectivamente expresa (las cursivas que se incluirán en ambos párrafos siguientes nos corresponden):

• El presidente de la Nación, "nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, *con acuerdo del Senado*, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos".

• "*Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años.* Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

b) El aludido párrafo tercero del artículo 99, inciso 4º, de la C. N., no pasó precisamente inadvertido. De hecho, generó una secuencia de contrapuntos político-institucionales entre la Convención Constituyente y la Corte Suprema sobre si la cláusula disputada era o no válida, cuestión que ha recibido distintas soluciones en la línea de pronunciamientos del Alto Tribunal como veremos a continuación.

[26] Cfr. ley nacional 26.183 (B. O. de 18 de diciembre de 2006).

A. En "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ Proceso de conocimiento"[27], el entonces ministro de la CSJN, Carlos Santiago Fayt, dedujo acción meramente declarativa de certeza en primera instancia, dirigida a lograr la invalidación de ese párrafo tercero introducido por la Convención Constituyente de 1994. Adujo que violaba la garantía de inamovilidad de los jueces consagrada en el artículo 110 de la C. N.[28]. Subsidiariamente, solicitó que se declarara que esa disposición —y la cláusula transitoria undécima[29]— no lo afectaba por haber sido designado bajo el régimen constitucional anterior a la reforma.

La Cámara de Apelaciones modificó el fallo de primera instancia y determinó que el precepto no era aplicable al peticionario.

Por último, en sentencia de 19 de agosto de 1999, la CSJN dejó sin efecto la decisión de segunda instancia, hizo lugar a la acción planteada y declaró la *nulidad* de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99, inciso 4º, *párrafo tercero* —y en la disposición transitoria undécima— al artículo 110 de la C. N.

Como muchos años más tarde (casi dieciocho), y con otra integración, lo explicitaría la propia Corte *in re* "Schiffrin" (2017), caso sobre el que volveremos, en "Fayt" *por única vez en toda la historia constitucional de Argentina se declaró nula una norma de la Ley Fundamental*.

B. Por su parte, a finales de 2016 la vicepresidenta de la CSJN (Elena Highton de Nolasco) dedujo un amparo en primera instancia, que tramitó ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal número 6, Causa número 83.656/2016, "Highton de Nolasco, Elena Inés c/ E.N. s/ Amparo ley 16.986". Señaló que se encontraba próxima a alcanzar el límite temporal de setenta y cinco años, viéndose obligada a iniciar un amparo con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la reforma introducida en 1994 al artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la C. N. Por su parte, el Estado Nacional rindió el informe de rigor oponiéndose a la viabilidad del amparo y pidiendo el rechazo de la demanda.

El planteo de la amparista fue admitido por el Titular del Juzgado (Enrique Lavié Pico), quien se pronunció el 10 de febrero de 2017, permitiéndole que

[27] *Fallos*, 322:1616. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano y López; por su voto se pronunció el juez Vázquez y en disidencia parcial se expidió el ministro Bossert.

[28] Esa norma determina: "Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones".

[29] Tal disposición transitoria de la C. N. establece: "La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el artículo 99 inciso 4º entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional".

continúe en su cargo más allá de los setenta y cinco años. La sentencia siguió el criterio que el Máximo Tribunal argentino había aplicado en el nombrado caso "Fayt", o sea, que la Convención Constituyente de 1994 se había excedido en sus funciones al limitar la edad de los jueces, razón por la cual declaró la nulidad de la reforma constitucional introducida en 1994 al artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la C. N.

Suponemos que por razones políticas el Estado Nacional no apeló el decisorio, por lo cual este quedó firme. No obstante, la causa generó alguna tirantez del gobierno con la vicepresidenta de la CSJN y, por extensión, con este Alto Tribunal.

C. Poco tiempo después de aquel fallo de primera instancia (firme) que benefició a la ministra Highton de Nolasco, el 28 de marzo de 2017 la Corte dictó sentencia en el anunciado caso "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa"[30], donde *dejó de lado lo que decidiera en "Fayt" (1999), en relación con la nulidad del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, incorporado por la innovación constitucional de 1994*.

Básicamente, en tal pronunciamiento la mayoría del Tribunal (tres votos concurrentes) restituye la validez a la única norma de la Carta Magna que fue declarada nula por la CSJN en el curso de toda la historia constitucional argentina. El fallo concentra y exuda un intenso interés institucional al restablecer la potestad del Congreso y del poder ejecutivo —como poderes políticos reconocidos por la C. N.— de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez podía continuar ejerciendo su función después de los setenta y cinco años. La norma constitucional disputada reasume su validez y vigencia y, con ello, de la totalidad de las cláusulas de la C. N., con las modificaciones introducidas por la Asamblea Constituyente de 1994.

Los tres ministros que configuraron la mayoría coincidieron en las siguientes cuestiones:

• La Convención Reformadora actúa como *poder constituyente derivado*, reuniéndose con el objeto de modificar, o no, solamente aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.

• Dentro de los límites de la competencia habilitada, dicha Convención es libre para determinar *si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará*.

• El control judicial de la actuación de una Convención Reformadora debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, de acuerdo con el *alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente*. En caso de duda, debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención.

[30] *Fallos*, 340:257. En votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti; mientras que en disidencia se expidió Rosenkrantz.

• La ley nacional 24.309, que declaró la necesidad de la reforma, en su artículo 3º, tema 'e', habilitó a la Asamblea Reformadora para *actualizar las atribuciones del Congreso y del poder ejecutivo contenidas en la C. N., incluyendo los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales* imperante en el país.

• Esa habilitación sostiene la conclusión de que la necesaria intervención de los poderes ejecutivo y legislativo —cuando los jueces federales alcanzan la edad de setenta y cinco años— *aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente*.

• Como anticipábamos, la única ocasión en la historia argentina en que la CSJN declaró la nulidad de una cláusula de la C. N. fue en "Fayt", sentencia en la cual la Corte *puso en ejercicio un control restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que limita severamente la competencia del órgano reformador*.

• Debe abandonarse la doctrina utilizada en "Fayt", sustituyéndosela por *un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo*. En ese sentido, la aplicación de la *nueva doctrina* lleva a concluir que la Convención Constituyente de 1994 *no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, de la C. N., ni ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno*; ello así, porque *el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces*.

En su disidencia, el juez Rosenkrantz sostuvo:

• Lo que estaba en discusión no era la razonabilidad de la limitación del mandato de los jueces sino la validez constitucional del proceso por el cual se introdujo esa reforma, añadiendo que la Convención Reformadora modificó un artículo que no estaba habilitado por el Congreso nacional para ser reformado y, por tanto y al establecer un límite temporal al mandato de los jueces, violó la C. N.

• Las normas que rigen el proceso de reforma constitucional son de crucial importancia para la efectiva vigencia del sistema de derechos y libertades consagrado en la C. N., ya que hacen a la estabilidad misma de dichas garantías. Agregó que el estricto apego a la declaración que efectúa el Congreso de la Nación respecto de la necesidad de la reforma es el único mecanismo existente para evitar que las convenciones constituyentes se conviertan en "Cajas de Pandora" e introduzcan temas no sometidos al debate público en forma previa a la elección de convencionales constituyentes. Según su visión, este modo de entender las cuestiones en juego es el único que asegura la efectiva soberanía del pueblo de la Nación.

• Durante más de veinte años la sentencia recaída en "Fayt" tuvo un pacífico cumplimiento por todas las autoridades constituidas, independientemente de

su signo político, afirmando que cuando se juzga la validez de una reforma constitucional corresponde ser especialmente consistentes a lo largo del tiempo, lo que demanda un respeto más riguroso hacia los precedentes de la CSJN.

A modo de brevísimo colofón, y más allá de las diversas reacciones que el caso generó, lo cierto es que se está ante la presencia de una sentencia de fuerte contenido institucional que obviamente excede el interés de las partes involucradas y devuelve su validez a la cláusula de la Ley Fundamental que fuera declarada nula.

Asimismo, se observa una posición mayoritaria de la CSJN que se muestra más considerada con la Convención Reformadora, que actúa como poder constituyente derivado y que restituye la potestad del Congreso y el poder ejecutivo —como poderes políticos reconocidos por la Constitución— en punto a ejercer las funciones que aquella les atribuyó para definir como representantes del pueblo si un juez puede o no continuar ejerciendo su magistratura después de los setenta y cinco años.

5. Un acercamiento a las sentencias estructurales: entre la justicia y la política

A) *Visión panorámica*

Una interesante instancia de entrecruzamiento constructivo entre justicia y política la ofrecen las llamadas "sentencias estructurales". Disculpándonos por la tautología, se trata de "megasentencias" que abordan temas estructurales y complejos

Algunos de estos son transversales a distintos países latinoamericanos, por ejemplo, en relación con *sistemas de salud, hacinamiento en las cárceles* y *seguridad social*. Otros, corresponden a fenómenos específicos que suceden en un país determinado, v. gr., el lacerante *desplazamiento forzado* que arrasó con diversos derechos fundamentales de cientos de miles de personas en Colombia[31] como consecuencia del conflicto armado que lleva más de cinco décadas y que hoy transita un esperanzador proceso de paz, que ojalá finalmente dé frutos firmes y perdurables[32].

[31] Que diera origen a la sent. T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana, emitida el 22 de enero de 2004. Vale aclarar que se acumularon 109 acciones individuales para proteger los derechos esenciales de multitud de víctimas del citado conflicto armado.

[32] Cabe recordar que en el plebiscito de 2 de octubre de 2016 triunfó el "no", naufragando así el acuerdo suscrito por el presidente colombiano Juan Manuel Santos y el líder de las FARC, Rodrigo Londoño, conocido también como 'Timochenko'. Continúan las negociaciones para incorporar a los nuevos acuerdos varias de las propuestas de quienes votaron por la negativa en tal consulta.

Sostiene Osuna que por medio de las "sentencias estructurales" los jueces hacen un importante esfuerzo para dar efectividad a los enunciados constitucionales "cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves a los derechos humanos, frente a los cuales esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes"[33].

Así, tales pronunciamientos dialógicos implican el pasaje de una protección casuística (*case by case*) en cuestiones recurrentes de violación a los derechos humanos, a una respuesta jurisdiccional holística que puede involucrar al legislativo, al ejecutivo y a otros órganos constitucionales del Estado en un esquema de políticas públicas.

Justamente, el éxito o el fracaso de los decisorios estructurales se anudan a la existencia o no de colaboración y voluntad política de los poderes e instituciones públicos involucrados en la construcción sentencial.

Constituyen un instrumento útil para inducir o movilizar la adopción de políticas públicas por el poder ejecutivo y ordenar al legislativo la emanación de normas jurídicas. Con todo, la CSJN debe actuar con prudencia para provocar la menor intrusión posible en el despliegue de las atribuciones competenciales de los poderes políticos, de manera de lograr que las megasentencias en cuestión tengan la debida legitimidad jurídico-política.

B) *Praxis de la Corte Suprema argentina*

El Alto Tribunal nacional ha emitido sentencias estructurales (hasta ahora de dificultoso cumplimiento), por ejemplo, en[34]:

[33] Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en Víctor Bazán (ed. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, N° 5, Bogotá, Universidad de Chile y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2015, pág. 92.

[34] Corresponde también incluir siquiera una mínima alusión a la importante sentencia de la CSJN encaminada a establecer mecanismos para que los ciudadanos puedan exigir colectivamente el derecho al agua potable. Nos referimos al caso "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ 'Aguas Bonaerenses S. A.' y otros s/ Amparo", de 2 de diciembre de 2014 (*Fallos*, 337:1361). Votaron concordantemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

Entre otras cosas, la CSJN dijo que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, siendo asimismo fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia. Además, entendió que correspondía calificar en los términos de la causa "Halabi"

• "Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus"[35], de 3 de mayo de 2005, donde por vez primera admitió un hábeas corpus correctivo y colectivo, en este caso, articulado por el Centro de Estudios Legales y Sociales en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados[36]. Entre otras muchas cuestiones, la Corte elevó las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas", recogidas por la ley nacional 24.660, al nivel de estándar básico infranqueable como elenco de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana.

• "Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado nacional y otros", que es una suerte de megaproceso referido a la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (y a su saneamiento) y que originó varias resoluciones.

(sobre la que volveremos) a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable, el objeto de la pretensión —por su carácter— resulta insusceptible de apropiación individual y la pretensión incoada persigue que la provisión domiciliaria en red de ese bien se realice con características y contenidos que cumplan con los estándares normativos vigentes.

Posteriormente, la CSJN hizo alusión a esta sentencia en *Fallos*, 339:1223 (de 2016) y 340:257 (de 2017).

[35] *Fallos*, 328:1146. La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el juez Boggiano y, también disidentemente —aunque solo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

[36] Hubo asimismo un pronunciamiento de la CSJN en la misma materia, *in re* "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ Acción declarativa de certeza (Condiciones de las cárceles de Mendoza)", de 13 de febrero de 2007 (*Fallos*, 330:111). Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; mientras que el juez Fayt lo hizo según su voto.

El Alto Tribunal daba respuesta así a requerimientos de la Corte IDH. Justamente, la resolución que brevemente anotamos se relaciona con otra que la CSJN tomara el 6 de septiembre del 2006, sobre la base de las decisiones provisionales aplicadas por la Corte IDH, por medio de las cuales se requirió al Estado Nacional que tomara las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de los internos, en forma inmediata y de manera eficaz, de modo que no se produjera una muerte más. En consecuencia, la Corte argentina intimó al Estado Nacional a adoptar las medidas que pusieran fin a la situación de riesgo e inseguridad que se vivía en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza; y, asimismo, instruyó a todos los tribunales mendocinos que, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

La de 8 de julio de 2008[37], es una sentencia colectiva, en la que el Tribunal prefiguró un plan que se debe cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca creada por la ley nacional 26.168[38] (entidad a la que puso en funcionamiento), imponiendo sanciones para el caso de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado nacional y de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

C) *Diálogo jurídico-político*

El escenario más propicio para el desarrollo de este modelo sentencial es el constitucionalismo dialógico. O sea, que los esfuerzos deben orientarse hacia soluciones concertadas entre la CSJN y los restantes poderes públicos en el contexto de una dinámica institucional sustentable en el Estado constitucional y convencional.

Si bien el Alto Tribunal puede tener sus propios programas o políticas públicas o "de Estado" como el propio presidente Ricardo Lorenzetti[39] denomina a estas últimas (refiriéndose por ejemplo a la *política de Estado* en materia de gobierno abierto, comunicación, transparencia y lucha contra la impunidad), no puede implantar *per se* una arquitectura institucional sobre alguna cuestión de carácter general sin el concurso de los restantes poderes y órganos del Estado, pero sí podría sentar algunas pautas o bases genéricas de orientación para que ella sea diseñada y desarrollada por las instituciones competentes.

Como puede suponerse, el tema de los fallos estructurales se mueve hacia espacios jurídicos arduos y complejos y, para algunos, no demasiado ortodoxos al "invadir" competencias de los poderes representativos que tienen legitimidad democrática directa. Sea como fuere, consideramos que —sensatamente empleados— representan un importante medio para dar comienzo de solución o respuesta a *violaciones sistemáticas de determinados derechos fundamentales* y a *obligaciones contraídas por vía de instrumentos internacionales* en esa materia, o bien para superar un *estado de cosas inconstitucional*, tal como en algunos pronunciamientos sostuviera la Corte Constitucional de Colombia que muestra una interesante praxis en el particular.

Este mecanismo sentencial, que suele tener una configuración complicada, presenta dificultades en las etapas de ejecución y monitoreo. En ese sentido, resulta trascendental que la dinámica relacional de los poderes del Estado se

[37] *Fallos*, 331:1622. El fallo fue suscrito por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Antes y después de la referida sentencia definitiva, se dictaron otros numerosos resolutorios.

[38] B. O. de 5 de diciembre de 2006. Debe recordarse que la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo fue creada como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

[39] Ricardo Lorenzetti, "Prólogo", *Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (2003-2016), 1ª ed. especial, Corte Suprema de Justicia de la Nación, VII Conferencia Nacional de Jueces, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pág. 4.

lleve adelante en términos cooperativos y armónicos para articular las políticas públicas y proteger y realizar los derechos básicos en la zona de funcionamiento del Estado constitucional y convencional.

En relación con la tutela de tales derechos esenciales, vale traer a colación a Alexy quien rememora que el Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo en el caso "Lüth"[40] (1958) "que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, 'para todos los ámbitos del derecho'. Esto lleva a un 'efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)' de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; [pues] los derechos fundamentales se vuelven ubicuos"[41].

[40] 7 *BverfG* 198, 1958. El caso "Lüth" es un precedente muy importante en la historia institucional del *BVerfG*. Lo reseñaremos a continuación.

En su sentencia de 22 de noviembre de 1951 el Tribunal Estatal de Hamburgo había condenado al Sr. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, bajo apercibimiento de pena de prisión o multa, a abstenerse de: *a)* solicitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas que no incluyeran dentro de su programación el film "*Unsterbliche Geliebte*" (de 1951, que no tenía un contenido antisemita), y *b)* incitar al público alemán a no ver esa película. Esta era obra de Veit Harlan, realizador de varios films antisemitas durante el auge del nazismo. Es más, había sido el principal responsable de las películas de divulgación de las ideas nazis. Entre estas, la más conocida fue "*El judío Süß*", de 1941.

Contra aquel pronunciamiento, el Sr. Lüth interpuso recurso de amparo constitucional, que fue resuelto por la Sala Primera del *BVerfG* el 15 de enero de 1958. Esta entendió que el Tribunal Estatal había desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuía al *derecho a la libertad de expresión*, también allí donde este entraba en conflicto con los intereses privados de terceros, omitiendo los criterios basados en los derechos fundamentales. Violaba, así, el derecho fundamental del recurrente contemplado en el artículo 5º, párrafo 1, frase 1, de la Ley Fundamental.

En definitiva, anuló el fallo objetado que, según el *BVerfG*, había ignorado el efecto de irradiación de la libertad de expresión en la interpretación del concepto "contrario a las buenas costumbres" del artículo 826 del Código Civil.

El caso presenta numerosas aristas de interés. Por ejemplo:

• La visibilización de la *dimensión objetiva y axiológica de los derechos fundamentales*, al afirmarse que la Ley Fundamental había establecido también en la parte dedicada a estos derechos "un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales", añadiéndose que tal sistema de valores "debe regir en todos los ámbitos del derecho como decisión constitucional fundamental".

• Que el sentido del instituto del amparo constitucional radicaba en que los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían ser examinados por el *BVerfG* a la luz de los derechos fundamentales.

• La *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, o sea la *Drittwirkung*.

• La importancia de la *ponderación* en caso de colisión de derechos o principios.

[41] Robert Alexy, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, trad. y ed. de Rubén Sánchez Gil, México, D. F., Porrúa e IIDPC, 2009, pág. 6.

O sea que los principios iusfundamentales valen para todos los ámbitos del derecho y, en esa línea, se instala la *ubicuidad de los derechos fundamentales* que les permite irradiarse hacia todo el sistema jurídico.

En suma, la irradiación y la ubicuidad de los derechos y la garantía de su protección y desarrollo efectivo, imponen a las sentencias estructurales de la CSJN que busquen abastecer tales objetivos tuitivos y concretizadores y alcanzar un equilibrio constitucional razonable en su interrelación con los poderes públicos, sobre la base del principio de colaboración armónica[42].

Dicho de otro modo, cerrar las puertas a un hiperactivismo avasallante y abrirlas a un temperamento jurisdiccional tan dinámico como prudente y consciente de sus límites y de la autoridad democrática de los poderes políticos.

6. Libertad de configuración normativa del legislador. Un acercamiento a la inconstitucionalidad por omisión

A) *Libertad configurativa del legislador*

El de la potestad configurativa del legislador es un principio conocido e importante. Con todo, no supone un poder absoluto ni arbitrario, sino que debe ser ejercido dentro de los límites constitucionales impuestos.

Se sigue de ello que, frente a un mandato constitucional, el legislador goza de esa libertad de configuración normativa. Pero bajo el manto de esa libertad no puede omitir *sine die* el dictado de la normativa necesaria para operativizar aquel encargo constitucional.

Por ejemplo en Alemania, la categoría jurídico-política de la *libertad de configuración del legislador* (*gesetzgeberischen Freiheit*) ha adquirido un importante desarrollo jurisprudencial y doctrinal y ha suplantado a otra denominación, la de "discrecionalidad" (*Ermessen*) del legislador. De cualquier modo, y valga el juego de palabras, esa "libertad" del legislador no es ni puede ser una zona "liberada" o inmune al control por el órgano correspondiente de justicia constitucional.

La *razonabilidad* en el ejercicio de aquella libertad es una de las piezas cruciales del engranaje que mueve las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia en cuestión. Si bien estos últimos órganos deben conducirse con deferencia prudente y reflexiva respecto del margen de apreciación del legislador, este no puede ignorar *ad æternum* las demandas de actuación concreta que la Constitución le fija.

[42] En esa línea, por ejemplo el artículo 113 de la Constitución colombiana establece: "Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. *Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*" —cursivas añadidas—.

Explica SCHNEIDER que el (por entonces) *nuevo* concepto (*libertad de configuración del legislador*) significaba que, dentro de los límites extremos (arbitrariedad, desproporcionalidad, abuso), no se producía control de contenido de las decisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, lo que ciertamente no impedía un control de comportamiento o de procedimiento[43].

Ya desde otro perfil, resulta válida la aportación de REVENGA SÁNCHEZ, para quien la *fuerza normativa de la Constitución* no surge del vacío y la normatividad constitucional "presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el derecho —política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político— *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*"[44] —énfasis agregado—.

Acierta GARRORENA MORALES cuando afirma que las decisiones que contienen las sentencias de los tribunales constitucionales, además de resoluciones judiciales, son actos de neto *indirizzo político*; añadiendo que en definitiva la sentencia constitucional *es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en unidad de acto*, "ése es su riesgo, pero [...] también, en mayor medida, su riqueza y su virtud"[45].

Con relación al problema general que afrontamos, HÄBERLE expresa que el proceso político "*no está excluido de la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua*. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también 'confirmaciones', que constituyen más que mero 'material objetivo' para la (posterior) interpretación constitucional; *son una parte de la interpretación de la Constitución*, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador 'como' intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional, porque su amplitud se delimita en cada caso de forma téc-

[43] HANS-PETER SCHNEIDER, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes" trad. de Joaquín Abellán, en, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, núm. 5, mayo-agosto 1982, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 55.

[44] MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, cit., pág. 40.

[45] ÁNGEL GARRORENA MORALES, "La sentencia constitucional", en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1981, pág. 27.

nicamente muy distinta, esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente"[46] —cursivas añadidas—.

En el fondo, el hecho de que los pronunciamientos constitucionales repercutan en el ordenamiento jurídico, actuando como fuentes creadoras de derecho, no autoriza a predicar la transmutación del juez constitucional en legislador. Aunque con idéntico énfasis, debemos reiterar que este último no puede escudarse en su libertad configurativa para eludir o posponer ilimitadamente la manda constitucional que le impone materializar las determinaciones normativas contenidas en la Ley Básica.

B) *Inconstitucionalidad por omisión*

a) Pero, ¿qué sucede si el Congreso se mantiene impasible en esa situación letárgica que mencionábamos en el párrafo final del subapartado anterior, pese a la expresa norma constitucional que le impone legislar? ¿Existe alguna solución jurisdiccional para movilizar la voluntad legislativa en punto a la sanción de la normativa ausente? ¿Qué acontece si el legislador emana un dispositivo normativo que deja arbitrariamente fuera del mismo a personas o grupos a quienes de modo legítimo les correspondía quedar comprendidos por la legislación en cuestión?

b) Como anticipábamos, el Estado contemporáneo es Estado constitucional (también convencional), en cuyo marco la Constitución (como los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía homóloga a ella) ocupa un lugar sustancial en el sistema jurídico y destila fuerza normativa, lo que implica la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

La potestad de ejercer control sobre las pretericiones inconstitucionales recibe sustento y legitimación dado que el vigor jurídico y fáctico de tal bloque constitucional es presupuesto de intangibilidad de los caracteres fundamentales de supremacía y normativa de la Ley Fundamental[47].

Se trata de una temática conflictiva, cuyo examen implica ingresar a sitios arduos del control de constitucionalidad. Además, se conecta con temas complejos como los de *la eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos sensibles al intentar corregir indolencias fundamenta-

[46] Peter Häberle, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución", trad. de Xabier Arzoz Santisteban, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, núm. 11, 2008, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, págs. 39-40.

[47] Sobre el tema, ver el libro de Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017, *passim*.

les —principal pero no exclusivamente— del legislador, que puede sentirse *invadido* en ámbitos que considera de su exclusiva incumbencia, o bien, *limitado antidemocráticamente*.

c) Como se sabe, en distintas latitudes jurídicas y por diferentes vías: constitucional (nacional y local en países con estructura federal), legal y jurisprudencial, se han adoptado normas o implantado respuestas jurisdiccionales para atemperar o eludir los efectos nocivos de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Para ilustrar la cuestión, pasamos a enumerar algunos ejemplos:

• *En textos constitucionales nacionales*: i) *europeos*: Portugal y Hungría (fue además pionera la Constitución de 27 de febrero de 1974 de la denominada —y hoy desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia, en su artículo 377), y ii) *latinoamericanos*: Brasil, Venezuela y Ecuador.

• *En constituciones locales*: Provincia de Río Negro en Argentina; los Estados de Brasil, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1988, y un importante número de entidades federativas en México, pese a que la Constitución federal no contiene norma alguna al respecto.

• *Por la senda legislativa*: Costa Rica y República Dominicana.

• *Por la vía jurisprudencial*: i) en *Europa*: por ejemplo, Alemania, España e Italia, y ii) en el ámbito *latinoamericano*: v. gr., Argentina, Colombia, Guatemala, México, Perú.

d) Un acercamiento taxonómico primario, tomando como punto de partida de la tradicional clasificación de Wessel[48], permite distinguir entre omisiones inconstitucionales *absolutas o totales* y *relativas o parciales*.

En las *absolutas o totales* hay ausencia de cualquier norma legislativa de desarrollo del mandato constitucional. Es decir que la inactuación legislativa en el particular es completa o radical.

En las *relativas o parciales* sí se ha dictado un dispositivo legislativo, pero de modo insuficiente, parcial o discriminatorio, excluyendo injustificadamente de su cobertura a determinados grupos o personas o a ciertas situaciones que debieron haberse incluido, de lo que se deriva una violación al *principio de igualdad* o, en algunos casos, a otros principios, valores o derechos como el *debido proceso*. El incumplimiento del mandato constitucional se da aquí al haber el legislador obviado ciertos aspectos o destinatarios de la normación que debieron haber sido previstos. Se configura, entonces, una exclusión arbi-

[48] Franz Wessel, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuad. 6, 1952, pág. 164.

La distinción wesseliana fue exhaustivamente estudiada por Costantino Mortati, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore", en *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. iii, Milano, Giuffrè, 1972, págs. 926 y ss.

traria de beneficio. En síntesis, la legislación presenta un contenido normativo inferior al exigido constitucionalmente.

e) Concretamente, y en lo que de modo específico atañe a Argentina, debe subrayarse la utilidad de poner en funcionamiento mecanismos jurisdiccionales que, sin deteriorar la autoridad democrática del legislador, resguarden la dimensión normativa de la Constitución, amparen su contenido axiológico y aseguren su supremacía. Nuevamente, *la justicia y la política en interacción* no siempre armoniosa o lineal.

Siguiendo el trazado jurisprudencial de la CSJN, puede detectarse —con mayor o menor contundencia o grado de verbalización— la presencia de diversos antecedentes en materia de fiscalización sobre las pretermisiones inconstitucionales, algunos de los cuales fueron emitidos incluso con anterioridad a la multicitada reforma de 1994.

Así, de modo sucinto se pueden computar enunciativamente los siguientes pronunciamientos, que *infra* serán abordados también brevemente: "Bonorino Peró, Abel y otros c/ Gobierno Nacional"[49], de 15 de noviembre de 1985; "Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo"[50], de 7 de julio de 1992; "Mignone, Emilio Fermín s/ Promueve acción de amparo"[51], de 9 de abril de 2002; el ya aludido caso "Verbitsky, Horacio"; "Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ Reajustes varios", sentencias[52] y II[53], respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007; "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo ley 16.986"[54], de 24 de febrero de 2009; "Dávila Lerma, Carlos Alberto c/

[49] *Fallos*, 307:2184. El pronunciamiento fue unánime y en la ocasión el Tribunal estuvo compuesto por los siguientes conjueces: Bidart Campos, Gavier, Moisset de Espanés, Morello y Terán Lomas.

[50] *Fallos*, 315:1492. La mayoría quedó integrada con los jueces Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene [h.] y Belluscio.

[51] *Fallos*, 325:524. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López; en sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los jueces Boggiano y Bossert; mientras que los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría.

[52] *Fallos*, 329:3089. Unánimemente se pronunciaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

[53] *Fallos*, 330:4866. Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

[54] *Fallos*, 332:111. La mayoría se integró con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se expidieron los jueces Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el ministro Fayt.

Provincia de Formosa y/u otros”[55], de 5 de junio de 2012; “Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción”, de 20 de agosto de 2014[56]; “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo”[57], de 11 de noviembre de 2014; y “Villarreal, Mario Jesús c/ PEN - PLN y Máxima AFJP s/ Amparo”[58], de 30 de diciembre de 2014.

Un esquema presentado a grandes rasgos sobre el recorrido jurisprudencial de la CSJN, nos permite insinuar las siguientes líneas salientes de los fallos preindividualizados.

a) En “Bonorino Peró” (caso resuelto por conjueces) ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una *omisión inconstitucional* violatoria de una garantía contenida en la Ley Fundamental consistente en la necesaria preservación de la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados” (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual la Corte Suprema resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

b) En “Ekmekdjian c/ Sofovich” dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la inacción legislativa en perfilar la normativa reglamentaria del artículo 14 de dicho instrumento internacional podía suscitar la violación del mismo al no hacer posible su cumplimiento. Desde una mirada profunda de la cuestión puede intuirse una interesante (aunque embrionaria) muestra de *retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de omisiones normativas*. En otras palabras, una muestra seminal de *preterición inconvencional*.

c) En “Mignone”, por medio de una especie de *sentencia exhortativa multilateral*, declaró inconstitucional el artículo 3, inciso ‘d’, del Código Electoral Nacional, y dispuso urgir a los poderes legislativo y ejecutivo que adoptasen las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de las personas detenidas no condenadas, estableciéndoles para ello a aquellos poderes políticos un plazo de seis meses.

d) En “Verbitsky”, como vimos, diseñó una *sentencia estructural*, al involucrar en sus requerimientos a los tres poderes de la Provincia de Buenos

[55] Causa ‘D.518.XLI.RHE’. Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni.

[56] Causa CSJ 9/2012 (48-Z). Votaron los ministros Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi.

[57] *Fallos*, 337:1263. Se expidieron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton, Fayt y Maqueda.

[58] Causa ‘CSJ 000049/2011 (47-V)/CS1’. Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda; mientras que en disidencia votó la jueza Highton de Nolasco.

Aires: ejecutivo, legislativo y Suprema Corte de Justicia. Y, paralelamente, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio. En algún punto, el fallo revela la detección de *omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga* en que incurrían las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y dispuso exhortar al ejecutivo y el legislativo provinciales a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponerles un criterio temporal fijo para concretarlo.

e) En "Badaro" I, descubrió y declaró la existencia de una *omisión legislativa inconstitucional* lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 bis de la Ley Fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al poder ejecutivo nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias. Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: *i)* por un lado, *detecta la omisión inconstitucional*; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excedería su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar directamente las medidas necesarias para suplir la omisión, y comunica lo decidido a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable produzcan la normativa pertinente, y *ii)* por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo criterio normativo.

Ya en "Badaro" II, ante el transcurso de un lapso temporal prolongado sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara, y frente a la *persistencia de la inacción legislativa*, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizatorio de la prestación previsional del accionante, que con el tiempo adquirió valor de premisa actualizatoria general, es decir que cuenta con un valor exógeno.

f) "Halabi" es relevante porque el Tribunal adhiere a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable (cfr. artículo 43, párr. 2º, de la C. N.). Al respecto, interpretó que

había mediado *mora legislativa* en la regulación de las "acciones de clase" y fijó determinados lineamientos que regularían la tramitación de las mismas hasta tanto el congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto (la que hasta la actualidad no se ha emitido).

g) En "Dávila Lerma" la doctrina dimanante del sucinto fallo lleva a concluir que si en una causa los jueces manifiestan al peticionante algo así como que "su planteo es correcto y Ud. tiene razón, pero precisa una norma del legislador que solucione su reclamo", estarían dimitiendo al ejercicio de su jurisdicción, que comprende el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia. Y por extensión, puede predicarse que ello implica habilitar una herramienta significativa para que desde la jurisdicción se corrijan también *pretermisiones del legislador* violatorias de la Constitución.

h) En "Zartarian" la Corte detectó una suerte de *omisión inconstitucional* relativa [sin usar literalmente esa expresión], considerando que no se había justificado razonablemente que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas (o sea, el tratamiento diferenciado a hombres y mujeres para acceder a la pensión por viudez) respondiera a un fin trascendente que únicamente pudiera ser alcanzado por ese medio. Así, ante la falta de ejercicio del control de constitucionalidad en la instancia jurisdiccional correspondiente y los derechos en juego, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la norma debatida.

i) "Municipalidad de La Rioja" es un fallo de magnitud institucional y muy importante para el sistema federal argentino. La Corte descartó el argumento del Superior Tribunal provincial según el cual la *omisión del poder legislativo de La Rioja* no podía ser objeto de una acción judicial por constituir una "cuestión política no justiciable". Al respecto, afirmó que no era posible sostener que el dictado de la ley de coparticipación municipal —o sea, el acatamiento de la Constitución— quedara supeditado al logro de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en más de dieciséis años no habían sido conseguidos. Instó a los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia a asegurar el cumplimiento de la Constitución, proveyendo los recursos financieros a sus municipios de acuerdo con criterios preestablecidos y destacó la gravedad que ostentaba la ausencia de dicha ley.

j) En "Villarreal", por último, constató una *preterición normativa* del poder ejecutivo en cuanto se abstuvo de expedir las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de una ley de la Nación, la 26.425, publicada el 9 de diciembre de 2008 y que dispone la unificación del sistema integrado de jubilaciones y pensiones en un único régimen previsional. O sea, el Tribunal verificó la falta de aplicación de un mandato legislativo expreso que finalmente anclaba sus raíces en normas y cláusulas constitucionales: el artículo 14 bis, en relación con derechos vinculados a la seguridad social, y el artículo 75,

inciso 23, en tanto se afectaba a uno de los grupos vulnerables definidos en la C. N. como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos: los ancianos.

f) Efectuada la precedente exploración del itinerario jurisprudencial de la CSJN en el tema de la inconstitucionalidad por omisión, y como anunciábamos, puede testimoniarse aquí otro punto de encuentro (a veces conflictivo) entre justicia y política.

De cualquier modo, la labor jurisdiccional que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión y eventualmente el tipo de sentencia por dictar, no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego, según el caso, todas o algunas de las siguientes: *i)* normatividad y primacía de la Constitución; *ii)* deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad; *iii)* connotaciones jurídicas y axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la preterición provoca; *iv)* lapso temporal por el que viene prolongándose la inactividad del órgano silente, ya sea en cuanto al dictado de la normativa de desarrollo constitucional (omisión absoluta), como en la optimización o adaptación de la sancionada deficientemente con un contenido normativo menor al estipulado por la Ley Fundamental (omisión relativa); *v)* radio de acción del legislador en el supuesto específico de que se trate; *vi)* particularidades de la situación jurídica, política e institucional del momento; *vii)* elenco de posibilidades al alcance de la judicatura para diseñar una respuesta jurisdiccional material y financieramente posible y sustentable, e, *inter alia*, *viii)* prefiguración de las consecuencias de su pronunciamiento.

En otras palabras, cabe esperar de la CSJN un *activismo prudente y equilibrado* que sin generar un temerario desborde de su marco competencial, tampoco la conduzca a incumplir la exigencia axial que sobre ella se cierne en punto a garantizar la supremacía y la normativa constitucionales.

A pesar de que para algunos el control sobre las inercias legislativas (en algunos casos, incluso del poder ejecutivo) supone riesgos de "intromisión" de la magistratura jurisdiccional en las tareas político-normativas del legislador, en puridad aquellos están ínsitos en el desarrollo de la función jurisdiccional y en la tarea de control en sí misma. Dicho de otro modo, los pretendidos "peligros" *se presentan tanto cuando el objeto de la fiscalización estriba en un comportamiento activo o positivo, como cuando consiste en una omisión*.

7. Apuntes sobre la lucha contra la corrupción y la impunidad. Otro espacio de interacción entre la justicia y la política

Para desarrollar la temática que anuncia el epígrafe, enfocaremos sucesivamente los siguientes asuntos: la problemática de la corrupción; su contexto legal e infralegal; algunos antecedentes normativos (acordadas) de la CSJN;

ciertos instrumentos internacionales relativos a la lucha contra la corrupción y la impunidad; la significativa temática de la *accountability*, y determinados aspectos y episodios específicamente vinculados a estas cuestiones en nuestro país.

A) *Acerca de la corrupción*

La corrupción es un problema crudo, sumamente complejo y multifacético, que debe ser abordado holística e interdisciplinariamente. Hace tiempo dejó de ser un problema local para transformarse en un fenómeno transnacional que afecta —en mayor o menor medida— a todas las sociedades y economías, lo que torna crucial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.

Compromete de manera muy grave a la democracia, la gobernabilidad y el desarrollo socioeconómico del Estado y demanda una seria y sistematizada coordinación interinstitucional para sortear la impunidad, involucrando al ministerio público, el poder judicial, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Policía Federal, los Servicios de Inteligencia Financiera, otras instancias de control como por ejemplo la Oficina Anticorrupción, etc. Sin olvidar los aportes de la sociedad civil, las ONG y, naturalmente, cada ciudadano desde su lugar; entre otros actores involucrados.

Sin duda, la lucha contra la corrupción y la impunidad debe incluir un sistema articulado de políticas de Estado, pero fundamentalmente es indispensable que medie *voluntad política* para perseguir aquellas insidiosas conductas y juzgarlas con la celeridad que corresponde.

También debe involucrar programas de prevención, mediante políticas concertadas y eficientes que incluyan la participación de la comunidad y reflejen los principios del Estado constitucional y convencional, el imperio de la ley, los valores democráticos, la correcta gestión de los asuntos y bienes públicos, la ética, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas, entre muchos otros aspectos.

En primer lugar, es preciso identificar con claridad las prioridades y los principales desafíos estructurales de la corrupción en nuestro país, ámbito en el que —como anticipábamos— se intensifica la demanda de justicia.

Como se sabe, las prácticas de corrupción lesionan a la comunidad, vulneran derechos, corroen las instituciones y socavan la democracia. Por su parte, el desarrollo de la institucionalidad democrática no se logra con ignorancia o desconocimiento de la Constitución, indiferencia o comportamientos anómicos, entendidos estos últimos como representativos de la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales[59]; sino con una firme actitud que de-

[59] Cfr. Carlos S. Nino, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

note la toma de conciencia del trascendente papel que la sociedad adquiere en un Estado de derecho.

Es preciso robustecer la *cultura de la legalidad*, esto es, el acatamiento espontáneo del derecho; además de construir una ciudadanía más informada, reflexiva y crítica respecto de sus instituciones y normas[60].

La anomia puede ser "atacada" básicamente con educación cívica, información pública veraz, transparencia en el accionar de los gobernantes, combate de estos a la corrupción y a la impunidad y conductas éticas consistentes, es decir, coherencia entre el mensaje que transmiten y lo que hacen en la realidad, de manera que la ciudadanía pueda vivenciar el cumplimiento de la Constitución y el resto de las normas por parte de las autoridades públicas en una suerte de pregón con el ejemplo, que lleve a los ciudadanos a internalizar que actuar de acuerdo con la ley y acatarla es una forma de enaltecer al Estado de derecho en el marco de una conducta *con sentido* y además *ética y jurídicamente plausible*.

El ciudadano *tiene una obligación moral de obedecer al sistema normativo del Estado*, en la medida que las normas y ese Estado respondan genuinamente a procedimientos democráticos, respeten los derechos humanos y deparen garantías procesales y constitucionales reales e idóneas para su tutela.

Algunas de las soluciones o al menos de las medidas coadyuvantes para luchar contra el deletéreo flagelo de la corrupción pasan por ejemplo por la existencia de políticas públicas serias y eficaces en la materia; una justicia penal que actúe con valentía, rapidez y efectividad para juzgar y condenar a los corruptos; instrumentos eficientes de rendición de cuentas, y mecanismos actualizados y conducentes al recobro de activos provenientes de aquella (bienes y caudales malversados o robados).

En relación con el último de los temas aludidos, uno de los aspectos más novedosos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (sobre la que volveremos) estriba en el tratamiento que otorga a los fondos derivados de actos de corrupción desviados de los erarios nacionales a terceros países. Según la Convención, los Estados Parte deben prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y fortalecer la cooperación internacional para su recuperación.

Un avance en materia de lucha contra la corrupción —al menos desde la esfera normativa— puede encontrarse en la sanción de la ley nacional 27.304 y el decreto nacional 1.144/2016[61] que la promulga, mediante la cual:

[60] Respecto del aserto que cierra el párrafo, ver Jaime Cárdenas Gracia, "¿Es posible el Estado de Derecho sin adhesión al sistema normativo?", en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, México D. F., IIJ de la UNAM, 2007, pág. 241.

[61] Tanto la ley como el decreto fueron publicados en el B. O. de 2 de noviembre de 2016.

• Se sustituye el artículo 41 ter del Código Penal, lo que implica reducción de escalas penales para aquellos partícipes o autores de determinados delitos, que aporten información precisa, comprobable y verosímil[62].

• Se incorpora el artículo 276 bis, *ibid.*, que castiga a quienes, beneficiados por aquella figura del artículo 41 ter, brinden maliciosamente información falsa o datos inexactos.

• Y, entre otras cosas, se determina hasta cuándo puede materializarse el acuerdo con el *imputado arrepentido* [antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equivalente], además de los criterios para aplicar los beneficios, los requisitos formales y el procedimiento.

B) *Contexto legal e infralegal*

Un cuadro normativo legal y sublegal enunciativo, que directa o indirectamente se vincula con la compleja problemática de la corrupción en Argentina, comprende por ejemplo:

• La ley nacional 25.188[63] y sus modificaciones (leyes 26.857[64] y 27.126[65]), de "Ética en el ejercicio de la función pública", que establece en su artículo 1º un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

[62] Como se establece en el aludido artículo 41 ter del Código Penal, para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportados contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

La misma norma añade que, cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión o reclusión perpetua, la pena solo podrá reducirse hasta los quince años de prisión y la citada reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

[63] B. O. de 1 de noviembre de 1999.

[64] B. O. de 23 de mayo de 2013.

[65] B. O. de 5 de marzo de 2015.

• La ley nacional 25.233[66], por cuyo artículo 13 se crea la Oficina Anticorrupción (OA) en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, teniendo a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional. Por medio del decreto nacional 102/99[67] se reglamentan las funciones y estructura de la OA. Dicha normativa fue modificada por el decreto nacional 226/2015[68], que sustituyó los artículos 6º y 7º de aquel decreto, estableciendo respectivamente que la conducción, representación y administración de la OA será ejercida por el Secretario de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción (con rango y jerarquía de secretario), y que dicho funcionario deberá poseer título universitario, sólida formación académica, antecedentes profesionales calificados en derecho, ciencias sociales o economía y una reconocida trayectoria democrática y republicana.

• La ley nacional 25.246[69], que —entre otras cuestiones— da una nueva denominación al Capítulo XIII, Título XI, del Código Penal, el que pasa a llamarse: "Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo", sustituyendo los artículos 277 a 279 de dicho Código. Además, ya por imperio del artículo 7º de la ley nacional 26.683[70], se crea la Unidad de Información Financiera (UIF) que funciona con autonomía y autarquía financiera en jurisdicción del Ministerio de Finanzas (ver artículo 5º del decreto nacional 2/2017[71]), regulándose su funcionamiento, competencias, etc.

• La ley nacional 25.164[72], "Marco de Regulación del Empleo Público Nacional", en relación con las incompatibilidades y el empleo público.

• Y la ley nacional 24.767[73], de Cooperación Internacional en materia penal, que regula aspectos relativos a la extradición, asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos, y cumplimiento de condenas.

C) *Ciertas innovaciones normativas en la Corte Suprema*

Por la Acordada 34/2014[74] se crea —bajo la superintendencia directa de la CSJN y como complemento de los Cuerpos Técnicos Periciales y demás

[66] B. O. de 14 de diciembre de 1999.

[67] B. O. de 29 de diciembre de 1999.

[68] B. O. de 23 de diciembre de 2015.

[69] B. O. de 10 de mayo de 2000.

[70] B. O. de 21 de junio de 2011.

[71] B. O. de 3 de enero de 2017.

[72] B. O. de 8 de octubre de 1999.

[73] B. O. de 16 de enero de 1997.

[74] B. O. de 22 de octubre de 2014. Fue firmada por los ministros Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que el juez Zaffaroni se abstuvo.

Peritos— un *Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación* (PJN), *Especializados en Casos de Corrupción*. Dicho Cuerpo actuará a requerimiento de los magistrados judiciales con competencia criminal y estará integrado por diez expertos, que deberán reunir los requisitos exigidos para ser miembro de los cuerpos periciales del Tribunal y serán elegidos por este mediante concurso abierto de evaluación y antecedentes. La acordada en cuestión también aprueba el "Reglamento General del Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración Pública".

En sus considerandos, entre otras cuestiones, se resalta:

• La importancia de cumplir con el objetivo constitucional de afianzar la justicia y la necesidad de profundizar los cambios tendientes a lograr el más eficaz desempeño de la función judicial en todas las instancias y jurisdicciones de la Nación.

• Tales objetivos adquieren particular relevancia en el supuesto de los delitos contemplados en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en la Convención de la ONU contra la Corrupción, de las cuales Argentina es Parte, y que el preámbulo de esta última pone de manifiesto la "preocupación" de los Estados por diversas cuestiones que importan actos de corrupción de funcionarios de los poderes de un Estado, que comprometen "la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia", además de lo consagrado en su artículo 1º en cuanto a que la finalidad de dicha Convención es "promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos".

• Es tarea de todos los poderes del Estado y, en particular, de los jueces agilizar los procesos en los que se combate la corrupción, lo que se vincula con la necesidad de satisfacer el referido mandato constitucional, el valor de integridad de la función pública, la credibilidad que en ella deben tener los ciudadanos, así como el derecho de todo funcionario a obtener una sentencia definitiva.

• La Corte considera necesario dedicar esfuerzos presupuestarios a fin de contar con un cuerpo de peritos especializado en casos de corrupción de criminalidad económica; ello desde que la investigación de estos delitos demanda operaciones y conocimientos de alta especialización (artículo 476 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

• Y el Cuerpo debe elaborar los informes de su especialidad y sus respectivas conclusiones, en un tiempo razonable y sobre la base de actuaciones transparentes.

Por su parte, ante el dictado por el poder ejecutivo del decreto nacional 256/2015[75], que ordenó la transferencia del Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM) a la órbita de la CSJN, esta dispuso por Acordada 2/2016[76] la creación de la "Dirección de Captación de Comunicaciones del Poder Judicial de la Nación", órgano encargado de realizar las interceptaciones y captación de comunicaciones privadas en todo el territorio nacional y que actúa con autonomía de gestión[77]. Cabe recordar que por el referido decreto la Corte es el único órgano del Estado encargado de ejecutar interceptaciones o captaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente.

Ya la Acordada 3/2017[78] dispuso que el "Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializados en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración Pública", creado por Acordada 34/2014, funcione en la órbita de la "Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado del Poder Judicial de la Nación" y bajo su superintendencia administrativa, manteniendo la autonomía técnica de su actividad pericial.

Para cerrar, recordamos que el 10 de abril de 2017 la CSJN firmó con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación un convenio de colaboración para el combate del lavado de activos, la financiación del terrorismo y delitos conexos graves. Se propone la realización de actividades de coordinación y cooperación interinstitucional entre las partes a efectos de mejorar la efectividad del combate contra la criminalidad organizada y el terrorismo, en el marco de las obligaciones derivadas de las convenciones elaboradas por la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos en estas materias —aprobadas por las leyes nacionales 24.072, 25.632, 26.023, 26.024, 26.097—, así como también de los "Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo y la Proliferación", elaborados por el Grupo de Acción Financiera (GAFI).

[75] B. O. de 29 de diciembre de 2015.

[76] Dictada el 15 de febrero de 2016 y signada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

[77] Algunas reservas por parte de la Asociación por los Derechos Civiles sobre la cuestión pueden verse en "Reflexiones sobre la creación de la Dirección de Captación de Comunicaciones", de 19 de febrero de 2016. Es importante la referencia a los "Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones" (*International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance*), que establecen una serie de estándares para evaluar si las prácticas de vigilancia estatales se corresponden con los derechos humanos (*https://adcdigital.org.ar/2016/02/19/reflexiones-sobre-la-creacion-de-la-direccion-de-captacion-de-comunicaciones/*).

[78] Dictada el 20 de marzo de 2017 y suscrita por los ministros Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz.

Por su parte, en marzo de 2017 la Corte suscribió convenios con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y con al Unidad de Información Financiera (UIF).

D) *Ciertos instrumentos internacionales vinculados con la materia*

Entre los documentos internacionales que, con mayor o menor intensidad, tocan puntos relativos al flagelo de la corrupción y la lucha contra la impunidad, pueden citarse los que figuran a continuación.

a) En primer lugar, la *Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, aprobada por la Ley Nacional 25.319[79].

b) Asimismo, la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios* (que se combina con la citada Convención de la ONU contra la Corrupción), aprobada por la ley nacional 25.632[80]. Dos son los protocolos que contiene: *i)* para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y *ii)* contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

La Convención alude, entre otros puntos, a la cuestión de la corrupción en el artículo 8º, titulado "Penalización de la corrupción", en cuyo inciso 2º expone que cada Estado considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción; el artículo 9, "Medidas contra la corrupción", incisos 1º y 2º, respectivamente, sobre la adopción por cada Estado Parte de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, que sean eficaces para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, y acerca de la adopción por aquellos de medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación. Por su parte, el segundo de los protocolos complementarios, en su artículo 3º, "Definiciones", concretamente en el inciso 'c' al referirse a qué se entiende por "documento de identidad o de viaje falso", incluye en el apartado ii) a aquel expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, *corrupción* o coacción o de cualquier otra forma ilegal.

c) En perspectiva comparada, otros instrumentos multilaterales focalizados en la prevención y el combate contra la corrupción son, *inter alia*: el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo

[79] B. O. de 18 de octubre de 2000.

[80] B. O. de 30 de agosto de 2002.

de 1997[81]; el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997[82]; el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999[83]; el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999[84] y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003[85].

d) El Estado argentino es Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley nacional 24.759[86], como de la Convención de la ONU, aprobada por la ley nacional 26.097[87].

La Convención de la ONU contra la Corrupción es el primer instrumento jurídico de carácter global para enfrentar esta problemática. Fue adoptada en diciembre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, al reunir las 30 ratificaciones requeridas. La integran, aproximadamente, 126 Estados y sus *objetivos* son:

• Adoptar medidas para *prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción*, así como el fortalecimiento de las normas existentes.

• *Aumentar la transparencia* en su administración pública.

• *Independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, como también la importancia del ministerio público*.

• Fomentar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la *prevención y la lucha contra la corrupción*.

• Y promover la integridad, la *obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos*.

De su lado, la Convención Interamericana contra la Corrupción entró en vigor el 6 de marzo de 1997 conforme a su artículo XXV. La han ratificado o adherido a ella, según corresponda, 32 países. Solo Barbados (la firmó pero

[81] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 195, 25 de junio de 1997.

[82] Ver *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta E.98.III.B.18).

[83] Consejo de Europa, European Treaty Series, núm. 173.

[84] *Ibid*., núm. 174.

[85] El artículo 5º de esta última Convención ("Legislación y otras medidas"), incluye previsiones sobre estímulo y protección de informantes internos, protección de testigos y sanciones por reportes falsos.

[86] B. O. de 17 de enero de 1997.

[87] B. O. de 9 de junio de 2006.

no la ratificó) y Cuba (no la firmó) no son Estados Parte de la Convención. Argentina la suscribió el 29 de marzo de 1996, la ratificó el 4 de agosto de 1997 y depositó el instrumento de ratificación el 9 de octubre de 1997.

Entre sus *propósitos* (artículo II) se cuentan:

• Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los *mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción*,

• Y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de *asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción* en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Por su parte, el artículo III estipula algunas medidas preventivas, entre ellas, en su inciso 11 figuran *mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las ONGs* en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

En suma, ambas convenciones (de Naciones Unidas e Interamericana) promueven la transparencia, el acceso a la información pública y la participación de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción.

E) *Sumaria referencia a la accountability*

Es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles —ejercicio de simplificación mediante— a una suerte de "*accountability*", término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la "rendición de cuentas", ya mencionada en este trabajo.

De hecho, se ha sostenido que el término *accountability* es una expresión intraducible, relacionada con la responsabilidad y —justamente— la rendición de cuentas, además de afirmar que el poder judicial —como toda organización— "debe monitorear, planear y mejorar su producto para cumplir así con su responsabilidad con el público" [88].

No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que solo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios y diáfanos. En este entramado se hace cada día más evidente la necesidad del aporte suplementario que pueda brindar el control social o ciudadano de los asuntos públicos resulta provechoso para *estimular la transparencia*, mitigar arraigadas prácticas corruptas y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas.

Es indispensable pugnar por la modernización del funcionamiento del poder judicial para, entre otros objetivos, proporcionar un mejor servicio al sistema democrático.

[88] Linn Hammergren, "Independencia y *accountability* de los jueces" (*http://www.dplf.org/sites/default/files/21_hammergren_independencia_y_accountability.pdf*).

Como *mutatis mutandis* ha sostenido Ovejero Fuente, la teoría de la *accountability* se creó como respuesta a la incapacidad de los gobiernos para reformarse y actualizarse por cauces tradicionales o por medios directamente participativos. Permitió abrir las puertas de las instituciones públicas al examen social sin necesidad de grandes reformas estructurales[89].

Añade la citada autora que si bien la *accountability* resulta difícil de aplicar en el ordenamiento español debido a la concepción formalista del juez como mero aplicador de la ley y a la alta importancia del principio de independencia judicial, lo que ha suscitado medidas débiles y que no producen sanciones, aclara —respecto de la *accountability* vertical— que ya no se puede mantener aquella concepción formalista, pues el juez no es un mero aplicador de la ley, integra el ordenamiento y crea derecho incidiendo con su actuación en la vida político-social de la comunidad, por lo que si esto se admite ha de asumirse que tienen responsabilidad política y *deben ejercerla bajo el amparo de la legitimidad democrática como el resto de los poderes*[90]. Así, pormenorizadamente propone instrumentos para fortalecer la rendición de cuentas del poder judicial[91], tomando elementos de la teoría de la *accountability*, que incluyen tanto el desarrollo de medidas *verticales* de conexión con la voluntad popular como el fortalecimiento de medidas institucionales *horizontales* de rendición de cuentas.

Evidentemente, esta última se vincula de manera estrecha con la independencia, la legitimidad y la transparencia del judiciario, además de ser un instrumento efectivo para exigir su responsabilidad política o responsabilidad pública, que testimonia cómo se enriquece su relación no solo con los otros poderes del Estado, sino también con los ciudadanos.

Por lo demás, es indispensable que reine la prolijidad, la responsabilidad y la diafanidad en el manejo y ejecución del presupuesto del departamento judicial, tema de alta sensibilidad que desde luego se vincula con la transparencia.

F) *Aspectos adicionales sobre corrupción en Argentina y cierre del tema*

No es casualidad que el propio Presidente de la CSJN, luego de afirmar que esta ha cumplido un papel decisivo en la historia del país de los últimos años, haya enfatizado que el Tribunal incorporó a su agenda de trabajo *desafíos que comprometen seriamente el porvenir de las generaciones futuras*: como la

[89] Ana María Ovejero Fuente, "Accountability judicial y Consejo General del Poder Judicial", en Luis Aguiar de Luque (ed.), *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 219 y ss.

[90] *Ibid.*, pág. 235.

[91] *Ibid.*, págs. 237 y ss.

crisis ambiental, *el narcotráfico, la corrupción* y lo que se denomina la nueva esclavitud del siglo XXI, expresada en la trata de personas[92].

Refrenda tal posición aseverando que en ese recorrido aparecen dos grandes corrientes temáticas que se encuentran presentes desde el origen de nuestra Nación: *i)* la corriente igualitaria, basada en la tutela de los vulnerables, el reconocimiento de los derechos humanos, la lucha contra la discriminación de todo tipo y un modelo social más justo; y *ii)* la tendencia republicana, *enfocada en la defensa de las instituciones, la división de poderes, la transparencia, la libertad de expresión y la lucha contra la impunidad*.

En este punto no puede olvidarse la impronta que el Constituyente inoculó al artículo 36 de la C. N., fundamentalmente en la parte referida a la corrupción pública. Si bien la redacción en el particular no es demasiado pormenorizada, lo importante es que aludió expresamente a un flagelo que erosiona las bases de la democracia y el sistema republicano.

Siendo así, es preciso profundizar cuantitativa y cualitativamente la *voluntad política* para investigar posibles hechos de corrupción de altos funcionarios del gobierno anterior e incluso las eventuales inconductas de quienes actualmente (y desde diciembre de 2015) conducen el país.

El poder judicial debe adelantar más prontamente las causas de —presunta— corrupción [recordar por ejemplo la citada Acordada 34/2014 de la CSJN] y otras cuestiones institucionalmente muy complicadas, por ejemplo el sensible caso del asesinato del fiscal Alberto Nisman y el *affaire* 'Odebrecht'. Debería igualmente avanzarse en los procesos de investigación y posibles cesantías por el Jurado de Enjuiciamiento de algunos magistrados investigados, obviamente resguardando de manera escrupulosa sus garantías constitucionales. Cabe recordar que el 17 de noviembre de 2017 fue destituido por "mal desempeño" el camarista federal Eduardo Freiler, quien muestra un crecimiento exonencial de su patrimonio que resulta imposible de justificar con los ingresos que percibía como juez.

Según una nota periodística de *Clarín*[93], en nuestro país se dictan muy pocas condenas en causas de corrupción contra funcionarios que hayan sido secretarios de Estado, ministros, jefes de Gabinete, vicepresidentes o presidentes. Además, *las causas de corrupción demorarían un promedio de catorce años y, por lo general, prescribirían* los delitos investigados. Si bien se aclara que aún no hay datos oficiales, se estima que en los últimos veinte años solo habría *5 condenas firmes* de funcionarios de alta jerarquía por delitos de corrupción,

[92] Ricardo Lorenzetti, "Prólogo", *Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (2003-2016), cit., pág. 3.

[93] Alejandro Alfie, "La lucha contra la corrupción: en veinte años, solo cinco condenas firmes", *Clarín*, 22 de junio de 2017 (*https://www.clarin.com/politica/lucha-corrupcion-veinte-anos-solo-condenas-firmes_0_HkacuduX-.html*).

entre los que destacan el exsecretario de Transporte, Ricardo Jaime; la extitular de ENTel, María Julia Alsogaray, y la exministra de Economía, Felisa Miceli. Sigue libre el *expresidente Carlos Menem*, pese a que la Cámara Federal de Casación Penal confirmó recientemente su condena a siete años y medio de prisión por "contrabando agravado" de armas, que le había sido impuesta en 2013, aunque Menem[94] tiene fueros del Senado y planearía apelar su condena ante la CSJN. De su lado, por ejemplo, *el exvicepresidente Boudou* afronta varios procesos entre los que sobresale la causa 'Ciccone', que se generó a raíz de que, mientras ocupaba el cargo de Ministro de Economía y a través de testaferros, aquél se interesó por la adquisición del 70% de las acciones de esa compañía, encargada de la impresión de papel moneda. Fue imputado por negociaciones incompatibles con la función pública y cohecho.

Desde otro costado, el 25 de enero de 2017, *Transparency International* difundió los resultados del Índice de Percepción de la Corrupción 2016 (CPI, por sus siglas en inglés), otorgándole a Argentina 36 puntos sobre 100 posibles, y ubicándolo así en el puesto 95 del *ranking*. Nuestro país pasó de obtener 32 puntos en 2015 a 36 en 2016, lo cual implicó un avance de 12 puestos en el *ranking* internacional. *A pesar de haber subido cuatro puntos en el índice, sigue ubicado entre los países percibidos como altamente corruptos*[95].

A su tiempo un relevamiento periodístico de *La Nación* sintetiza el estado de las causas por (supuesta) corrupción que, entre otras personas de su entorno familiar o político, tienen a la expresidenta CFK (senadora nacional por la Provincia de Buenos Aires a partir del 29 de noviembre de 2017) como investigada, imputada o procesada, según corresponda[96]. Algunos de los casos que la involucran —de dominio público— son: *Dólar futuro, Hotesur, Los Sauces, la Ruta del dinero K*; aunque una publicación periodística menciona que en total la exprimera mandataria tendría (hasta finales de junio de 2017) 96 causas penales[97].

Sería muy útil, plausible y sano para la república y el sistema democrático que aquellas y otras causas donde existen denuncias graves de corrupción

[94] En agosto de 2017 y sobre la base de una sentencia de la CSJN, la Cámara Nacional Electoral —integrada por tres jueces suplentes— habilitó la candidatura a senador por la Provincia de La Rioja del expresidente Carlos Menem, quien el 27 de noviembre de 2017 juró como tal por el período 2017-2023, es decir, su tercer mandato como senador.

[95] "Índice de Percepción de la Corrupción 2016. Argentina debe aumentar sus esfuerzos para luchar contra la corrupción", Poder Ciudadano (*http://poderciudadano.org/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2016-argentina-debe-aumentar-sus-esfuerzos-para-luchar-contra-la-corrupcion/*).

[96] Ver *http://www.lanacion.com.ar/1981559-causas-cristina-kirchner*.

[97] Respecto de este último dato ver Edi Zunino, "Justicia. Todas las causas" (dentro de una cobertura mayor llamada "Cristinosis", págs. 20-25), *Noticias*, Año XXXIII, núm. 2.113, Buenos Aires, 24 de junio de 2017, concretamente en recuadro inferior de pág. 24.

progresen, no se aletarguen y que los casos se investiguen a fondo, para determinar la culpabilidad o la inocencia de los graves delitos que se adjudican a la expresidenta y a otros (importantes) exfuncionarios de su gestión, familiares o allegados[98]. Del mismo modo, y con igual celo y premura, debería investigarse cualquier conducta que constituyera un hecho de corrupción por parte de integrantes del actual equipo de gobierno.

Además del importante derecho ciudadano a conocer la verdad, contar con esos resultados concretos genera un *positivo y eficaz efecto inhibidor*.

Es institucionalmente muy importante que la sociedad perciba y compruebe que los actos de corrupción son seriamente investigados, juzgados y en su caso condenados como corresponde. La población precisa y merece visualizar las conclusiones tangibles de esas investigaciones.

Ojalá que la política clientelar, populista y autoritaria instaurada por el gobierno de CFK, con el entramado de corrupción estructural que generó, pueda superarse paulatinamente para avanzar hacia nuevas etapas de crecimiento, desarrollo y respeto por valores democráticos y republicanos fundamentales.

Conviene advertir que para que todo lo anteriormente expresado se concrete, debe existir decisión política, objetivos claros y una justicia valiente que no trepide en avanzar en la lucha contra la impunidad, sin rodeos ni retaceos.

Antes de pasar al epílogo de este trabajo, citamos un claro mensaje del exsecretario general de la ONU, Kofi Annan, para quien: "La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana"[99].

[98] En líneas generales, las presuntas conductas delictivas que se les endilgan son: defraudación contra la administración pública, asociación ilícita, lavado de dinero, malversación de caudales públicos, enriquecimiento ilícito, negociaciones incompatibles con la función pública e incumplimiento de los deberes de funcionario público. A ello se añade, entre otras cosas, el Memorándum de entendimiento entre Argentina e Irán y el supuesto encubrimiento del atentado a la AMIA por el gobierno kirchnerista, que el fallecido fiscal Nisman planteó en su denuncia.

Debe reconocerse que, principalmente a través del juez Bonadío, la justicia ha avanzado en la detención de varios exfuncionarios kirchneristas o miembros de tal entorno, además de algunos sindicalistas. Citamos ejemplificativamente a Lázaro Báez, Carlos Zannini, Héctor Timerman, Luis D'Elía, José López, Julio De Vido, Roberto Baratta, César Milani, Víctor Manzanares y los sindicalistas Omar Suárez y Juan Pablo Medina. Algunos de ellos recobraron por ahora su libertad, aunque en mayor o menor medida todos se encuentran fuertemente vinculados con hechos de corrupción.

[99] En "Prefacio", *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito [Viena], New York, ONU, 2004, pág. III.

8. Observaciones finales

1. La trama de relaciones entre justicia y política en Argentina no es precisamente lineal, sino compleja y multiforme. La remanida frase que habla de *judicialización de la política y politización de la justicia* adquiere en Argentina encarnadura real y comprobable.

2. Si bien evidentemente existen zonas tensionales entre la justicia y la política, no es precisamente lo ideal que esa interacción esté radicalmente teñida de celos políticos, espíritu confrontativo o puja de poder.

Por el contrario, deben consolidarse las vías actualmente vigentes y crear otras para construir líneas de diálogo y cooperación del poder judicial con el Congreso, el ejecutivo y demás órganos constitucionales. La búsqueda debe encaminarse hacia el robustecimiento de una "dialéctica institucional correcta"[100], pugnando por un equilibrio constitucional sustentable entre aquellos sobre la base del principio de colaboración armónica que permita engrosar el sustento basal de la institucionalidad democrática. Precisamente ello sería la (anhelada) imagen de un país con madurez política y fortaleza institucional.

3. El fallo de la CSJN recaído en "Schiffrin" (2017) abandona la doctrina jurisprudencial sentada en 1999 en "Fayt" sobre la nulidad del artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, de la C. N., incorporado por la reforma de 1994. De esa manera, el Tribunal restituye validez a la única norma de la Ley Fundamental que fuera declarada nula en el curso de toda la historia constitucional argentina.

El pronunciamiento concentra una intensa magnitud institucional al restablecer la potestad del Congreso y el ejecutivo —como poderes políticos reconocidos por la Constitución— de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez puede o no continuar ejerciendo su función después de los setenta y cinco años. La Corte establece, entre otras cuestiones, un nuevo estándar de control por el poder judicial sobre la actuación de la Convención Constituyente, determinando que aquel debe adoptar la máxima deferencia posible hacia esta última, de conformidad con el alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la soberana voluntad del pueblo expresada a través de dicha Convención.

4. La tensión constitucionalismo y democracia o CSJN y Congreso de la Nación, en mayor o menor medida estará siempre presente. El Máximo Tribunal se pronunció *in re* "Rizzo" (2013), un caso de alto voltaje institucional, argumentando con solidez en torno a aquella relación friccional.

[100] La frase entrecomillada corresponde a Michele Taruffo, "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22, abril de 2005, México D. F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fontamara, pág. 17.

En esa ocasión sostuvo, *inter alia*: *i)* bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular *no puede propugnarse el desconocimiento del orden jurídico*, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional; *ii)* la *doctrina de la omnipotencia legislativa*, que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución, con lo cual, ni el legislativo ni ningún departamento del gobierno pueden ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas, y *iii)* que solo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura *la supremacía de la Constitución, no la del poder judicial o de la CSJN*.

5. El control sobre las omisiones inconstitucionales del legislativo (en ocasiones, también del poder ejecutivo), que nos instala en un escenario de interacción no idílica ni lineal entre la justicia y la política, es una herramienta útil para coadyuvar a la superación de tales actitudes indolentes y contraconstitucionales, para resguardar la magnitud normativa de la Carta Básica, su contenido axiológico y supremacía, además de optimizar la protección de los derechos fundamentales. Es que si bien el legislador cuenta con la potestad de configuración normativa, esta no puede ser ejercida arbitrariamente mediatizando *sine die* los mandatos de la Ley Básica.

6. Con mayor o menor grado de intensidad o fuerza discursiva, computando un segmento temporal reciente o relativamente cercano en el tiempo, la Corte ha acudido a salvar o remediar pretericiones inconstitucionales en causas importantes. Por ejemplo, "Badaro" (movilidad de haberes jubilatorios), "Halabi" (visualización de intereses individuales homogéneos como derechos de incidencia colectiva y creación pretoriana de las 'acciones de clase') y "Municipalidad de La Rioja" (exigencia a los poderes ejecutivo y legislativo de esa provincia para que sancionen la ley de coparticipación municipal de tributos).

7. El terreno más fecundo para la germinación de la tipología *sui generis* que encarnan las 'sentencias estructurales' lo ofrece el constitucionalismo dialógico. En ese marco, adquieren anclaje las respuestas jurisdiccionales con contenido jurídico y político, concertadas entre la CSJN y los restantes poderes públicos y órganos del Estado, para afrontar de manera integral asuntos problemáticos o neurálgicos, entre otros: sobrepoblación de establecimientos penitenciarios, protección del ambiente, salud, seguridad social.

8. Dichos fallos estructurales, entendidos y aplicados correcta y prudentemente, son útiles para generar puntos de encuentro entre la Corte, los poderes legislativo y ejecutivo y demás órganos constitucionales, en aras de repensar, formular o materializar nuevas normas y políticas públicas en materia de *derechos fundamentales* o atacar situaciones que matricialmente entrañan un *estado de cosas inconstitucional*.

9. En la conflictiva área temática de la corrupción y la lucha contra la impunidad debe concurrir un compromiso ético y jurídico de la justicia federal y el Ministerio Público Fiscal argentinos para avanzar con la mayor celeridad posible en las megacausas de corrupción que involucran a algunas de las más altas autoridades del gobierno inmediatamente anterior al actual (o sea, el encabezado por CFK). Ello, para determinar inocencias o culpabilidades; transparentar las circunstancias fácticas tal como ocurrieron; conocer la verdad; sancionar a los responsables, y procurar que no solo se ataque discursivamente sino con hechos y políticas palpables a la corrupción estructural que lamentablemente erosiona el tejido social y socava las instituciones democráticas del país.

10. Incrementar cuantitativa y cualitativamente la lucha contra la impunidad es un imperativo institucional que no admite demoras ni excusas. Corresponde diseñar, desarrollar y monitorear políticas de Estado y medidas concretas que permitan combatirla y desarticularla, así como acciones preventivas para evitarla o desalentarla.

11. Resulta sumamente significativo que la ciudadanía perciba que los hechos de corrupción son debidamente investigados, juzgados y condenados. Aquella tiene legítimo derecho a obtener resultados tangibles y concretos, lo cual —entre otros beneficios— depara un verdadero efecto inhibidor.

12. Ciertas medidas coadyuvantes para acercar alguna solución a las prácticas sistemáticas de corrupción radican —además de las políticas públicas 'anticorrupción' y la oportuna y eficaz intervención de la justicia penal— en la existencia de instrumentos eficientes de rendición de cuentas, la más avanzada tecnología, el manejo de información absolutamente actualizada y mecanismos viables y pertinentes para el recupero de activos. Indiscutiblemente, la batalla contra la corrupción y la impunidad debe involucrar a *todos* los poderes del Estado y demás órganos constitucionales competentes, mientras que el abordaje debe ser interdisciplinario.

13. Como se ha puntualizado, la contribución de la ética a la democracia es fundamental para el abordaje de asuntos como la *transparencia, la rendición de cuentas, el papel de los órganos de control y la impartición de justicia*[101].

14. El imperativo contenido en el Preámbulo de la C. N. en punto a *afianzar la justicia*, supone inexcusablemente *transparentarla*. Es que quitar todo manto de opacidad en la administración pública, el judiciario, el legislativo y otras instancias del poder, repercute en la maximización de la tutela y la realización de derechos fundamentales de la ciudadanía.

15. Un escenario ideal sería que jueces probos, independientes e imparciales activen los controles de constitucionalidad y convencionalidad para

[101] Ricardo Uvalle Berrones, "La importancia de la ética en la formación de valor público", en *Estudios Políticos*, 9ª época, núm. 32 (mayo-agosto, 2014), México D. F. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos, pág. 63.

custodiar adecuadamente los valores y principios democráticos y el sistema institucional, al tiempo de proteger efectivamente y con sensibilidad social los derechos básicos (expresión directa de la dignidad humana) y contender jurídicamente contra la impunidad.

16. La lábil y compleja atmósfera en la que conviven la política y la justicia hace aconsejable que, en su interacción con los poderes políticos, la CSJN y los tribunales inferiores se conduzcan de modo razonable, proactiva pero no impulsivamente, con valentía pero sin temeridad ni sobreactuaciones, respetando la investidura institucional de aquellos poderes, sus respectivas competencias y la legitimidad democrática que ostentan.

LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA EN BOLIVIA

José Antonio Rivera*

1. Introducción

Asunto de trascendental importancia en el análisis del Estado constitucional de derecho es la relación entre justicia y política; ello en razón del papel que debe desempeñar el órgano judicial en el fortalecimiento de ese modelo de Estado.

Los jueces y magistrados que integran el órgano judicial dejan de ser meros aplicadores de la ley para convertirse en los intérpretes de la Constitución y las leyes, así como las normas del bloque de constitucionalidad, de manera que el papel que desempeñan en el Estado constitucional de derecho no se agota en resolver los conflictos y controversias entre los particulares y de estos con el Estado; sino que se amplía hacia la racionalización del poder político y el resguardo de los principios democráticos, a cuyo efecto deben ejercer el control del ejercicio del poder político. También incluye el papel de pacificar la sociedad resguardando y protegiendo los derechos humanos.

El cumplimiento de esos nuevos roles en el Estado constitucional de derecho genera la necesidad de replantear la relación entre justicia y política; de manera que la misma sea de carácter horizontal, en el marco del respeto del sistema de los pesos y contrapesos, garantizando un sistema judicial independiente e imparcial, capaz de racionalizar el ejercicio del poder político y resguardar el régimen democrático.

2. Contexto explicativo de la relación nacional entre justicia y política

En un Estado constitucional de derecho, la función que desempeña el órgano judicial es amplia, no se reduce a resolver los conflictos y las controversias

* Magíster en Derecho Constitucional. Exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. Presidente del Capítulo Boliviano del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Autor de varios libros y ensayos sobre Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos.

emergentes de la aplicación de la Constitución y las leyes; además de esta última, desempeña las funciones de racionalización del ejercicio del poder político, de resguardo y defensa del Estado democrático, y de pacificación de la sociedad, por medio del resguardo y protección de los derechos humanos y fundamentales. En consecuencia, el juez ya no es el "ser inanimado por medio de cuya boca habla la ley", no es un mero aplicador de la ley, es el intérprete de las normas del ordenamiento jurídico y guardián del Estado democrático constitucional de derecho.

Dado el papel trascendental que desempeña el órgano judicial en el Estado constitucional de derecho, una condición básica para el adecuado cumplimiento de sus funciones es el respeto y la garantía de su independencia, así como de los magistrados y jueces, tanto en la dimensión orgánica cuanto en la dimensión funcional, lo que supone que en el ejercicio del poder político del Estado la relación entre justicia y política deba ser horizontal, en un plano de igualdad y de respeto recíproco; situación que solo será posible lograr cuando los ostentadores del poder político respeten y resguarden la independencia judicial.

No debe olvidarse que uno de los elementos esenciales del Estado constitucional de derecho es que el poder político se ejerce sobre la base del principio de separación de funciones, con un sistema de frenos y contrapesos para racionalizar el ejercicio del poder político; y uno de los principios sobre los que se configura ese modelo de organización social y política es que el órgano judicial cuente con una independencia garantizada para ejecutar el control jurisdiccional sobre el ejercicio del poder político. La infracción a ese principio y la ausencia del mencionado elemento esencial produce el debilitamiento del Estado constitucional de derecho.

Una de las condiciones básicas para garantizar la efectiva independencia judicial, es la autonomía económica-financiera y administrativa de la que debe gozar el órgano judicial, lo que supone que debe tener la capacidad de elaborar su presupuesto anual y, una vez aprobado por el órgano legislativo, ejecutar ese presupuesto por medio de su organismo administrativo, exento de las injerencias del órgano ejecutivo. De otro lado, para garantizar la independencia de los magistrados y jueces, resulta necesario establecer las condiciones y procedimientos constitucionales y legales para su selección y nombramiento, así como para el desempeño de sus funciones, exento de toda injerencia de quienes ostentan el poder político; lo que implica que el ordenamiento jurídico del Estado debe contemplar ciertas exigencias que eviten la politización contingente de los jueces, exigencias relacionadas con: a) la formación y experiencia jurídica sólida verificable por procedimientos expeditos; b) la idoneidad para el desempeño de la función de magistrado o de juez, también verificable por procedimientos expeditos; c) un procedimiento de designación o nombramiento que le dote de legitimidad democrática in-

directa; d) la garantía de estabilidad e inamovilidad en el desempeño de sus funciones; e) la definición del sistema de incompatibilidades y prohibiciones, y f) la definición del régimen de inmunidades.

Si bien son esas las condiciones básicas para garantizar la independencia judicial, acontece que en la realidad cotidiana quienes ostentan el poder político despliegan acciones que menoscaban la independencia de los magistrados y jueces, así como del propio órgano judicial, acciones que tienen la finalidad de neutralizar el control judicial al ejercicio del poder. Con relación al órgano judicial las acciones desplegadas son, entre otras, las bajas asignaciones presupuestarias y, en su caso, recortes al presupuesto; demoras en los desembolsos de recursos presupuestados, imposición de niveles salariales. Respecto a los magistrados y jueces la injerencia política en las designaciones, la imposición de períodos de mandato para el ejercicio de sus cargos, desconociendo el sistema de la carrera judicial, y la eliminación del fuero constitucional para la determinación de la responsabilidad penal emergente del desempeño de funciones.

En el Estado boliviano, el órgano judicial no ha tenido ni tiene plena independencia; pues no estuvo ni está exento de las intrusiones políticas, lo que ha provocado una grave crisis de legitimidad y credibilidad. Acontece que, debido a que la aprobación del presupuesto para el órgano judicial está en manos del órgano legislativo, y se realiza sobre la base de la propuesta del órgano ejecutivo, y que el sistema de la selección y designación de magistrados y jueces permite la injerencia política, los gobernantes de turno siempre han desplegado acciones orientadas a lograr una subordinación del órgano judicial, con la finalidad de evitar el control judicial al ejercicio del poder político, de manera que la relación no es horizontal sino vertical.

Si bien es cierto que desde sus orígenes[1] la Constitución proclamó el principio de separación de funciones y reconoció la independencia de cada uno

[1] La Primera Constitución, de 1826, conocida como la Constitución Bolivariana, proclamó el principio de división de poderes, hoy separación de funciones, en su artículo 9º, en los siguientes términos: "El Poder Supremo se divide, para su ejercicio, en cuatro secciones: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial". En la reforma constitucional de 1831 se suprimió el Poder Electoral. La Constitución reformada el año 1868, en su artículo 5º proclamó lo siguiente: "La división, independencia y armonía de los poderes políticos es el principio conservador de los derechos de los bolivianos y de las garantías que esta Constitución reconoce". La Constitución reformada el año 1967, en su artículo 2º proclamó lo siguiente: "La soberanía reside en el Pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La independencia y coordinación de estos poderes es la base del gobierno. Las funciones del poder público; legislativa, ejecutiva y judicial, no pueden ser reunidas en el mismo órgano". Finalmente, la Constitución reformada el año 2009, en su artículo 12.I proclama lo siguiente: "I. El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos legislativo, ejecutivo, judicial y electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos".

de los órganos del poder constituido, no es menos cierto que en la práctica el órgano judicial no gozó de plena independencia con relación a los otros órganos de poder. Los ostentadores del poder político siempre retuvieron para sí mecanismos que les permitieron subordinar el órgano judicial a sus intereses políticos. Así, en el orden económico no se le reconoció autonomía económica, y apenas en la reforma constitucional de 1967 se incorporó ese reconocimiento[2], aunque en la práctica esa autonomía fue y es relativa, ya que, de un lado, la asignación presupuestaria es insuficiente para los requerimientos del órgano judicial[3]; y, de otro, existen injerencias del órgano ejecutivo en la ejecución presupuestaria.

De otro lado, el sistema de selección y designación de magistrados y jueces fue diseñado de tal manera que permite la injerencia política.

Con relación a la selección y designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, hasta el año 2009[4], la labor estuvo encomendada al órgano legislativo, en un primer momento por intermedio de la Cámara de Censores[5]; posteriormente la Cámara de Senadores[6], luego la Cámara de Diputados[7],

[2] El artículo 119 de la Constitución de 1967 preveía lo siguiente: "El poder judicial goza de autonomía económica. El presupuesto nacional le asignará una partida fija, anual y suficiente, que será centralizada, con las rentas especiales que se crearen para el servicio del ramo, en el Tesoro Judicial, el que funcionará bajo la dependencia de la Corte Suprema de Justicia".

[3] Según datos oficiales proporcionados por el Consejo de la Magistratura la asignación presupuestaria de los últimos años, fue la siguiente: para la gestión 2012 un 0.30% del Presupuesto General del Estado (PGE); para la gestión 2013 un 0.28% del PGE; para la gestión 2014 un 0.29% del PGE, para la gestión 2015 un 0.29% del PGE, y para la gestión 2016 un 0.29% del PGE.

[4] En la reforma constitucional de 2009 se ha introducido la modalidad de elección por voto popular con sufragio universal para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Constitucional Plurinacional y del Tribunal Agroambiental; pero se ha reservado para la Asamblea Legislativa Plurinacional la atribución de seleccionar, por dos tercios de votos de los miembros presentes, a los candidatos, lo que en la práctica ha dado lugar a que siga primando el criterio de la afinidad política y no la idoneidad y probidad para acceder al cargo.

[5] La Constitución Bolivariana de 1826, en su artículo 60, num. 1), determinó que era atribución de la Cámara de los Censores (tercera Cámara del Poder Legislativo), "escoger de la terna que remita el Senado, a los individuos que deben formar la Corte Suprema de Justicia". No se previó votación cualificada, por lo que se entiende que debió hacerlo mediante simple mayoría de votos.

[6] En la Constitución reformada el año 1839, en su artículo 37, num. 6) se determinó que era atribución del Senado: "Elegir a los ministros de la Corte Suprema de entre los que propongan los concejos municipales". Esa atribución se mantuvo en las reformas constitucionales de 1851 y 1868.

[7] La Constitución reformada en 1878, en su artículo 60, num. 2) determinó que es atribución de la Cámara de Diputados: "Elegir magistrados de la Corte Suprema de las ternas

pero también se otorgó la atribución al presidente de la República[8]. Como se podrá advertir, la atribución asignada por la Constitución dio lugar a que el gobierno de turno haga uso de su mayoría parlamentaria para designar como magistrados a profesionales que tengan afinidad con su línea política, con honradas excepciones. La situación se agravó en aquellas coyunturas políticas en las que se instauraron gobiernos *de facto* luego de golpes de Estado, alzamientos armados y sediciones, pues en esos casos fue el Presidente *de facto* el que directamente realizó las designaciones.

Respecto a los vocales de las cortes distritales de justicia, hoy tribunales departamentales de justicia (jueces del Tribunal de Apelación), la Constitución asignó esa atribución a la Cámara de Senadores[9], la Cámara de Diputados[10], el Presidente de la República[11] y la Corte Suprema de Justicia[12]. La selección y designación de estas autoridades judiciales no siempre tuvo su base en la comprobación de la idoneidad y probidad.

---

propuestas por el Senado", manteniéndose dicha atribución en las reformas constitucionales de 1880, 1945, 1947, 1961 y 1967.

[8] La Constitución reformada en 1831, en su artículo 72, num. 28) determinó que era atribución del Presidente de la República: "Elegir a los ministros de la Corte Suprema y Superiores de Justicia, de la terna que le pasare el Senado", habiéndose mantenido en la reforma constitucional de 1834 y 1843.

[9] La Constitución Bolivariana de 1826, en su artículo 47.8) concedió a la Cámara de Senadores la atribución de elegir a los vocales de las Cortes de Distrito, de ternas presentadas por los cuerpos electorales. La Constitución reformada el año 1839 le asignó la atribución de elegir a los vocales de los juzgados de alzadas de ternas propuestas por los concejos municipales. Mediante la reforma constitucional de 1947, se asigna a la Cámara de Senadores la atribución de elegir por mayoría absoluta de votos a los vocales de las cortes distritales de justicia, de ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia; atribución que se mantiene en las reformas constitucionales de 1961 y 1967.

[10] La Constitución, reformada el año 1868, en su artículo 56.2), asignó a la Cámara de Representantes (diputados) la atribución de nombrar a los magistrados de las Cortes Superiores de Distrito a propuesta en terna del Poder Ejecutivo.

[11] La Constitución, reformada el año 1831, en su artículo 72.28), asignó al Presidente de la República la atribución de elegir a los vocales de las cortes superiores de justicia, de terna que le presente la Cámara de Senadores; atribución que se mantuvo en la reforma constitucional de 1834. Mediante la reforma constitucional de 1843, también se asignó al Presidente de la República la atribución de elegir a los vocales de las Cortes Superiores de Justicia de ternas que le remita la Cámara de Representantes, artículo 43.22 de la Constitución.

[12] Mediante la reforma constitucional de 1994, se asignó a la Corte Suprema de Justicia la atribución de designar, por dos tercios de votos, a los vocales de las cortes distritales de justicia, de nóminas presentadas por el Consejo de la Judicatura. La Constitución vigente, reformada el año 2009, mantiene esta modalidad de selección y designación.

Con relación a la selección y designación de los jueces de instancia, también se asignó la atribución al presidente de la República[13], a la Cámara de Diputados[14] y a la Corte Suprema de Justicia de las ternas enviadas por las cortes superiores de distrito; tanto la selección cuanto la designación, no siempre tuvieron su base en la comprobación pública de la idoneidad y la probidad, pues en muchos casos primaron otros factores como la afinidad política. De otro lado, los jueces desempeñaban sus funciones con un período de mandato fijo, con posibilidad de ser ratificados en el cargo por otro período; por lo tanto, no imperaba el sistema de carrera judicial. Esos son, entre otros, los factores que dieron lugar a que la independencia de los jueces se debilitara frente a quienes ostentan el poder político, y que la relación entre la política y la justicia no sea horizontal.

Desde la restauración del régimen democrático en 1982, se ha pretendido construir un sistema judicial independiente e imparcial con un elevado índice de legitimidad y credibilidad, enfrentando una crisis que afectaba y aún le afecta. Sobre la base de acuerdos políticos propiciados por el presidente de la República de ese entonces, Jaime Paz Zamora, se procedió a reformar la Constitución, habiéndose plasmado la misma mediante la promulgación de la ley 1.473 de Necesidad de reforma de la Constitución Política del Estado, de 1º de abril de 1993, y la ley 1.585 de reforma a la Constitución Política del Estado, de 12 de agosto de 1994. Por medio de estas, con relación al sistema judicial del Estado, se introdujeron las siguientes reformas: a) se creó el Tribunal Constitucional, asignándole la función de ejercer el control de constitucionalidad en los ámbitos normativo, competencial y tutelar, constituyéndose en el máximo guardián y último intérprete de la Constitución; b) se creó el órgano de autogobierno del órgano judicial, como fue el Consejo de la Judicatura, asignándole la potestad administrativa y disciplinaria; c) se modificó el sistema de selección y designación de los magistrados y jueces; para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia) se previó que la selección de candidatos la realizaría el Consejo de la Judicatura, previo concurso público de méritos, y la designación la realizaría el Congreso Nacional, en sesión conjunta de ambas cámaras, por dos tercios de votos del total de sus miembros; respecto a los vocales de la Corte Superior de Distrito (hoy Tribunal Departamental de Justicia), se determinó que la selección de los postulantes la realizaría el Consejo de la Magistra-

[13] En la Constitución reformada el año 1861, en su artículo 54.1, se asignó al Presidente de la República la atribución de nombrar a los vocales de los tribunales de partido y jueces instructores, a propuesta de las cortes de distrito; atribución que se mantuvo en la reforma constitucional de 1871.

[14] La Constitución reformada el año 1839, en su artículo 24.2, asignó a la Cámara de Diputados la atribución de elegir a los jueces de letras de la República de ternas propuestas por los concejos municipales del departamento.

tura, previo concurso público de méritos y con aplicación del sistema de la carrera judicial, y la designación la realizaría la Corte Suprema de Justicia por dos tercios de votos de sus miembros; finalmente, respecto a los jueces de instancia se previó que los candidatos serían seleccionados por el Consejo de la Judicatura aplicando el sistema de carrera judicial, las promociones verticales, la formación inicial de jueces por el Instituto de la Judicatura y el concurso de méritos y exámenes de competencia, y serían designados por la Corte Suprema de Justicia; d) implantación del sistema de carrera judicial para los vocales de las cortes superiores de distrito y los jueces de instancia, así como para el personal de apoyo jurisdiccional, eliminando el período de mandato como una garantía para la independencia judicial, a cuyo efecto se creó el citado Instituto de la Judicatura como Escuela de Jueces, institución encargada de la formación y capacitación inicial de postulantes a jueces, y la capacitación y actualización permanente de los jueces en ejercicio, y e) se reconoció a las autoridades naturales de los pueblos indígenas originarios la potestad de ejercer la administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad con sus costumbres y procedimientos. Complementariamente, por medio de reformas legislativas, se creó la jurisdicción especializada en materia agraria[15].

Sin embargo, a pesar de las medidas referidas no se ha logrado superar la situación de subordinación del órgano judicial hacia los que ostentan el poder político del Estado; no se ha logrado dotar al órgano judicial de plena independencia y tampoco que los magistrados y jueces ejerzan sus funciones jurisdiccionales con total independencia. Al contrario, en la última década se ha agravado la situación, pues desde el gobierno se han desplegado una serie de reformas constitucionales y legales que debilitó aún más la independencia del órgano judicial, en vez de fortalecerla.

3. La relación entre los que imparten justicia y los que ejercen el poder político

Debido fundamentalmente a la voluntad de los que ostentan el poder político del Estado y las deficiencias del diseño y organización del órgano judicial, como se anticipara, la relación entre los que imparten la justicia (magistrados y jueces) y los que ostentan el poder político no es horizontal, no se desarrolla mediante mecanismos y prácticas reglados por la Constitución y las leyes. Por lo tanto, no es una relación que tenga su base en el plano de la igualdad, el respeto de la independencia y en el marco del sistema de pesos y contrapesos.

[15] Mediante la ley 1.715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, se creó la jurisdicción agraria ejercida por medio del Tribunal Agrario nacional y los jueces agrarios, con la potestad de resolver los conflictos emergentes de la posesión, derecho de propiedad y actividad agraria, así como de la actividad forestal y de uso y aprovechamiento de aguas.

El artículo 1º de la Constitución caracteriza a Bolivia como un Estado de derecho, lo que significa que ha adoptado un modelo de organización social y política en el que toda actividad del Estado se subordina al ordenamiento jurídico, en cuya cúspide en encuentra la Constitución como la norma suprema que fija las condiciones de validez de todo el ordenamiento jurídico y del ejercicio del poder del Estado. Cabe recordar que el Estado de derecho tiene como uno de sus elementos esenciales que el poder político se ejerce sobre la base del principio de separación de funciones, como un sistema de frenos y contrapesos para racionalizar el ejercicio del poder político y se configura sobre un conjunto de principios, siendo uno de ellos que el órgano judicial cuente con una independencia garantizada para controlar jurisdiccionalmente el ejercicio del poder político. Para concretar el Estado de derecho, el artículo 12.I de la Constitución proclama el principio de separación de funciones, declarando la independencia de los órganos de poder, y los subprincipios de coordinación y cooperación entre los cuatro órganos de poder[16].

Como garantía de concreción del Estado de derecho y el principio de separación de funciones, la norma prevista por el artículo 178.I de la Constitución proclama la independencia como uno de los principios constitucionales que sustentan el ejercicio de la potestad de impartir justicia; y en el parágrafo segundo del citado artículo se prevén las garantías para la independencia judicial mediante la institucionalización de la carrera judicial y el reconocimiento de la autonomía presupuestaria del órgano judicial.

Sin embargo, toda esa previsión constitucional se ve menoscabada por la actitud asumida por quienes ostentan el poder político que, en una pretensión de hegemonía de poder, utilizan indebidamente el sistema de selección e integración de los tribunales de justicia y el Consejo de la Magistratura, así como la potestad legislativa y la de aprobar el presupuesto y asignar recursos, para debilitar, si no eliminar, la independencia judicial.

De un lado, haciendo uso indebido del mecanismo de selección de candidatos para el cargo de magistrados de los máximos tribunales de justicia del Estado, en la práctica han cooptado políticamente a esas autoridades; asimismo, han cooptado a los miembros del Consejo de la Magistratura. El resultado de ello es que en la selección de candidatos y la designación de los vocales de los tribunales departamentales de justicia (tribunales de apelación) y los jueces de instancia, que es competencia de las mencionadas autoridades, ha imperado más la afinidad política que la idoneidad y probidad, salvo honradas excepciones. Con ello han logrado reducir la independencia de esas autoridades a niveles muy bajos, ya que las autoridades judiciales seleccionadas y designadas

[16] El artículo 12.I de la Constitución prevé lo siguiente: "I. El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos legislativo, ejecutivo, judicial y electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos".

sobre la base de la afinidad política asumen una conducta de lealtad política, en perjuicio de la independencia que les confiere la Constitución.

De otro lado, despliegan acciones concretas para debilitar la independencia judicial, como la de restringir la asignación presupuestaria al órgano judicial, fijar en la ley un período de mandato a los jueces de los tribunales de apelación[17]; suprimir el fuero constitucional a los jueces de instancia y de apelación[18], y someter a la competencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional a los magistrados de los máximos tribunales de justicia para su juzgamiento por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones, reconociendo la potestad de sustanciar un proceso penal que concluya con la emisión de una sentencia condenatoria y la aplicación de penas privativas de libertad; además de disponer la suspensión de los magistrados procesados a la sola aprobación de la acusación formal en la Cámara de Diputados[19].

[17] El legislador boliviano, desconociendo la carrera judicial establecida por el artículo 178.II.1 de la Constitución, ha fijado un período de mandato para los vocales de los tribunales departamentales de justicia (tribunales de apelación) en cuatro años, y con derecho a una nueva designación en el cargo por una sola vez. Así lo dispone el artículo 46 de la ley 25 del Órgano Judicial.

[18] Los jueces de apelación (vocales de los tribunales departamentales de justicia) y los jueces de instancia no gozan de fuero constitucional para su juzgamiento por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones, sino que son juzgados por los tribunales ordinarios como cualquier ciudadano. Así lo dispone el artículo 392 de la ley 1970 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto prevé lo siguiente: "Los jueces serán juzgados de conformidad al procedimiento común. Durante la etapa preparatoria no les serán aplicables medidas cautelares de carácter personal. Solo serán suspendidos de su cargo por el Consejo de la Judicatura, cuando sean formalmente acusados ante el juez o tribunal de sentencia, excepto cuando se sustancie con anterioridad un proceso disciplinario, en los casos que corresponda". En aplicación de esa norma se decretaron suspensiones de jueces de instancia y de tribunales de apelación sin goce de haberes, lo que en el fondo se constituyó en una aplicación de condena anticipada; de manera que, ante el riesgo de sufrir una suspensión del ejercicio de sus funciones sin goce de haberes, emergente de la imputación formal planteada en su contra por el ministerio público, los jueces se cuidaban de emitir un fallo en contra del Estado aunque este no tenga la razón por la conducta negligente o ilegal de sus servidores públicos. La norma procesal que preveía la suspensión del ejercicio de sus funciones a los jueces sometidos a proceso ante la presentación de la acusación formal, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

[19] Por previsión del artículo 159.11 de la Constitución, "son atribuciones de la Cámara de Diputados: acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo y del Control Administrativo de Justicia [Consejo de la Magistratura] por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones"; y por previsión del artículo 160.6 de la misma Constitución, "son atribuciones de la Cámara de Senadores: juzgar en única instancia a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo, del Tribunal Agroambiental y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuya sentencia será aprobada por al menos dos tercios

Dadas las circunstancias referidas, en los hechos no existe una relación horizontal entre los que ostentan el poder político y quienes ejercen la potestad de impartir justicia; no se desarrolla la relación en el marco del principio de separación de funciones y el respeto a la independencia del órgano judicial; la relación se desarrolla mediante mecanismos no reglados como las directrices, instrucciones, presiones y amenazas a los jueces y magistrados, por vía indirecta y, en algunos casos, por vía directa.

Sobre el punto, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su Informe A/HRC/16/20/Add.2, de 2 de febrero de 2011, ha señalado que el órgano judicial "sigue también expuesto a presiones políticas y económicas de diversa índole". Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe OEA/Ser.L/V/II, de 28 de junio de 2007[20], ha indicado lo siguiente: "La Comisión observó diversos elementos que pueden cuestionar la independencia, imparcialidad e idoneidad de los jueces en Bolivia. En primer lugar, y tal como se detallará en los siguientes numerales, se tomó conocimiento de algunas falencias en cuanto a los procesos de designación de los funcionarios judiciales y del ministerio público, así como de la debilidad y falta de consolidación de un sistema disciplinario"; también destacó que "existe una percepción muy fuerte de que los poderes ejecutivo y legislativo no respetan la independencia judicial. En tal sentido se recibieron denuncias sobre la continuidad de la injerencia desde las más altas autoridades del Estado mediante declaraciones públicas manifestando oposición directa

---

de los miembros presentes, de acuerdo con la ley". En desarrollo de las normas constitucionales glosadas, se expidió la ley 944, Ley para el juzgamiento de la Presidenta o Presidente y/o de la Vicepresidenta o Vicepresidente, de altas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura, Tribunal Constitucional Plurinacional y del Ministerio Público, cuyo artículo 39 prevé: "La aprobación de la acusación, conllevará la suspensión de la acusada o el acusado en el ejercicio de su cargo y se procederá a su reemplazo, conforme a lo establecido en las normas de la materia", con cuya aplicación a la sola aprobación de la acusación separan del cargo al magistrado bajo la figura de suspensión, hecho que aconteció con el magistrado Gualberto Cusi del Tribunal Constitucional Plurinacional, quien se encuentra suspendido de sus funciones desde el 30 de octubre de 2015; y el artículo 45 otorgaba competencia a la Cámara de Senadores para dictar sentencia condenatoria e imponer una pena privativa de libertad en contra del magistrado sometido a proceso. Tal norma fue modificada, previendo que la competencia del Senado solamente es para destituir de su cargo al magistrado, como una medida de desafuero constitucional, y remitir al tribunal judicial competente para que sustancie el proceso penal.

[20] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Informe evacuado por la CIDH como resultado de la visita realizada a Bolivia entre el 12 y 17 de noviembre de 2006, publicado por determinación adoptada el 28 de junio de 2007. Disponible en *http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07cap1.sp.htm#A*.

a ciertas decisiones judiciales, o posicionándose sobre casos pendientes de decisión, particularmente los de mayor sensibilidad para la opinión pública".

En el orden económico, las presiones se generan por medio de la reducción de asignación presupuestaria, que en los últimos años fue sistemática, al grado de que para este año la asignación alcanza al 0.30 por ciento del Presupuesto General del Estado (PGE); reducciones con las que han obligado a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y los vocales de los tribunales departamentales de justicia a reducir sus sueldos, además de imponerles una serie de restricciones en infraestructura y equipamiento. La reducción o congelamiento de sueldos constituye una vía indirecta de afectación a la independencia de los magistrados y jueces.

El gobierno ha creado un "Gabinete Jurídico", que se encarga de ejercer un permanente control y presión sobre los magistrados y jueces, pues dicho Gabinete instruyó a los abogados del Ministerio de Gobierno que concurran a las audiencias públicas de acciones penales calificadas de importancia. La labor desarrollada por esos abogados fue muy negativa para el sistema judicial, ya que menoscabaron la independencia de los magistrados y jueces; fue tan negativa que los integrantes, haciendo mal uso de las potestades conferidas, llegaron al extremo de extorsionar a jueces e incluso a los litigantes, lo que terminó en un escándalo público, motivando la instauración de acciones penales y el encarcelamiento de parte de los que integraban ese Gabinete[21].

Lamentablemente, el gobierno utiliza al ministerio público para ejercer presión sobre los jueces y magistrados. Es cada vez más frecuente que los fiscales de materia, cuando no logran sus objetivos acusen a los jueces de prevaricato, los enjuicien y logren su encarcelamiento mediante detención preventiva, incluso con allanamientos de los despachos judiciales. Entre muchos casos en los que se ha producido esa forma de presión hacia los jueces se pueden señalar dos.

El primero, es el caso de una jueza de instrucción penal cautelar de San Ignacio de Velasco, del Distrito Judicial de Santa Cruz, misma que fue aprehendida en su Despacho por agentes policiales y del ministerio público el 11 de julio de 2011, acusada de haber cometido los delitos de prevaricato, uso indebido de influencias e incumplimiento de deberes en el proceso seguido por el Fiscal Coordinador de la Unidad de Fiscales Especializada en Anticorrupción. Ello porque, en aplicación de las normas de la Constitución, la

[21] Si bien era de conocimiento público la presión que ejercían los abogados del Ministerio de Gobierno sobre magistrados y jueces en acciones penales instauradas contra exautoridades públicas, la extorsión que habían realizado esos abogados salió a luz pública, con ribetes de escándalo público y dio lugar a la instauración de procesos penales, con la denuncia planteada por un ciudadano americano, Jacob Ostreicher. Al presente el proceso penal sigue en curso de trámite, algunos imputados se encuentran recluidos en la cárcel pública, y otros se han sometido a un procedimiento abreviado, en el que se les ha impuesto penas mínimas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, los estándares mínimos internacionales y las normas del Código de Procedimiento Penal, dispuso la nulidad de actuados realizados por los agentes de la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico que arrestaron al piloto de una aeronave y el precintaron la avioneta por la supuesta comisión de delito de transporte de sustancias controladas, disponiendo la libertad irrestricta del imputado y la devolución de la aeronave a su propietario[22]. Se instauró en su contra la acción penal y una vez presentada la imputación formal por el ministerio público, el juez cautelar competente dispuso la detención preventiva de la jueza, decisión que fue adoptada con una serie de defectos legales identificados por el tribunal de apelación, y que muestran que en el fondo la determinación fue adoptada bajo presión política[23].

[22] De los antecedentes puestos a conocimiento de la jueza se tiene que JCRB fue detenido en la localidad de San Ignacio de Velasco el 22 de junio de 2011, a hrs. 10:00 a.m., por agentes de la Fuerza Especial contra el Narcotráfico. A hs. 16:00 del mismo día y con posterioridad al arresto y el precintado de la avioneta piloteada por el imputado se presentó en el lugar el fiscal de materia antinarcóticos junto a una perito a quien le recibió juramento y se procedió al microaspirado de la avioneta cuyas muestras dieron positivo a cocaína. El 28 de junio de 2011 el detenido fue presentado ante la jueza cautelar quien señaló audiencia de medidas cautelares, en la que la defensa del imputado planteó incidente de nulidad de actuados y demostró lo siguiente: 1) que el arresto fue realizado sin intervención del ministerio público y sin antes tener indicio de la comisión de delito alguno; 2) que el recojo de pruebas por medio de microaspirado y la recepción del juramento de la perito se realizó sin control jurisdiccional tal como dispone el Código de Procedimiento Penal no obstante existir juez de instrucción en el lugar; 3) que el "examen de laboratorio" se realizó a la intemperie sobre una mesa rústica contaminando la muestra, y 4) que la presentación del imputado ante la jueza cautelar, fue a los seis días de su detención. Por su parte, el fiscal de materia indicó que la detención fue ordenada por teléfono porque se encontraba en otro distrito judicial, que si bien no se informó al juez instructor para el control jurisdiccional antes del recojo de evidencias y la designación de perito, sí se lo hizo con posterioridad en fecha 23 de junio elevando informe al juzgado de instrucción de San Ignacio de Velasco. Tomando en cuenta el defecto absoluto de actuaciones sin control jurisdiccional invocados por la defensa y la imposibilidad de rectificar, la juez cautelar anuló los actuados realizados por el ministerio público, en consecuencia dispuso la libertad irrestricta del imputado y la devolución de la aeronave a su propietario.

[23] La determinación del juez cautelar, de aplicar la detención preventiva, fue adoptada en contra de los estándares mínimos internacionales establecidos por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Impugnada que fue, el tribunal de apelación anuló el auto porque estableció los siguientes defectos: a) no reúne gramaticalmente ninguna de las condiciones de que habla el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal (CPP); b) respecto a los defectos absolutos en los que ha incurrido el juez *a quo*, no dio cumplimiento al artículo 123 del CPP que indica cómo debe dictarse una resolución sustentando en la parte resolutiva las normas procesales o constitucionales en que se basa para aprobar o rechazar los incidentes; c) que al tiempo de considerar el pedido del ministerio público de aplicación de la medida cautelar de carácter excepcional de detención preventiva, no cumplió con lo esta-

El segundo, el caso del juez de instrucción penal cautelar de la ciudad de Cochabamba, quien, en una acción penal instaurada en contra del ciudadano OCR por la comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas, dispuso la aplicación de la medida sustitutiva de detención domiciliaria del imputado y no la de detención preventiva en la cárcel pública como solicitó el fiscal de materia. Ante la determinación adoptada, el Ministerio de Gobierno presentó denuncia en contra del juez cautelar sindicándole la comisión de los delitos de prevaricato e incumplimiento de deberes. Instaurada la acción penal e iniciadas las investigaciones, las fiscales de materia del Programa Integral Anticorrupción, apoyadas por unidades policiales, procedieron al allanamiento del despacho del juez cautelar[24].

4. Percepciones ciudadanas sobre las prácticas de relacionamiento entre la justicia y la política

La percepción ciudadana en general, respecto a las prácticas de relacionamiento entre la justicia y la política, es *negativa*. En su mayoría, los ciudadanos consideran que existe una relación vertical, caracterizada por la subordinación de la justicia hacia a la voluntad y por los designios de la política; de ahí que la percepción mayoritaria es que no existe una verdadera independencia judicial.

Esa percepción negativa sobre la independencia judicial y la deficiente relación entre la justicia y la política se ha acentuado en los últimos años, en razón

---

blecido por los artículos 233 y 236 del CPP, normas que le indican cómo debe el juez dictar una resolución, más al contrario trata de desvirtuar cada uno de los delitos imputados por el ministerio público, haciendo una simple relación de hechos sin indicar ni fundamentar por qué él cree que no existen los indicios sobre los delitos imputados, tampoco señala en qué norma procesal o constitucional se basa para ir descartando cada uno de los delitos imputados por el ministerio público para solamente dejar el de incumplimiento de deberes; y d) respecto al riesgo procesal de obstaculización para nada fundamenta conforme establece el artículo 235.II del CPP, constituyendo defecto absoluto que vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa. El tribunal de apelación, a tiempo de anular el auto apelado, dispuso que el juez cautelar emita una nueva resolución fundamentada en Derecho reparando los errores anotados; asimismo, dispuso que la jueza procesada permanezca detenida hasta que el juez cautelar emita nueva resolución en audiencia pública; esa audiencia no pudo realizarse por varios meses debido a que, a solicitud del Ministerio de Gobierno que se ha constituido en querellante en ese proceso penal, se suspendían las audiencias señaladas, dando lugar a que la jueza cautelar sometida al ilegal proceso se mantenga recluida ilegalmente por casi dos años.

[24] La acción tenía una clara intención de intimidar a los jueces cautelares; propósito que finalmente fue logrado cuando en el mes de septiembre de 2011, agobiados por las presiones e intimidaciones desplegadas por medio de acciones penales instauradas en contra de algunos jueces cautelares, los seis jueces cautelares de la ciudad de Cochabamba presentaron renuncia colectiva a sus funciones.

de que el órgano judicial no cumple a cabalidad con su función de racionalizar el ejercicio del poder político, pues no existe un adecuado control judicial al ejercicio del poder del Estado. En casos de mucha trascendencia en los que se vulneraron derechos humanos con un ejercicio excesivo o arbitrario del poder, la actuación del órgano judicial no fue efectiva.

Así, en el caso de la intervención violenta con uso excesivo de la fuerza policial, a la marcha pacífica de los pueblos indígenas originarios Amazónicos Yuracarés, Trinitarios y Chimanes, exigiendo al gobierno sus derechos colectivos reconocidos por la Constitución, como los derechos a la autodeterminación, a la territorialidad, a su existencia libre, a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas y el derecho a la consulta previa, que fueron vulnerados por el Estado[25], la acción del ministerio público y del órgano judicial no fue efectiva para identificar y sancionar a los responsables de las acciones de graves violaciones de derechos humanos de los indígenas originarios que protagonizaron la marcha pacífica desde la región de la Amazonía hasta la sede de gobierno, y hasta el momento de elaborar este trabajo aun no se había sancionado a los autores de tales violaciones de derechos.

Otro caso importante, en el que la acción de la justicia no resultó efectiva contra quienes ostentan el poder político, fue el relativo a la muerte de tres ciudadanos que eran parte de una protesta social en contra de la Asamblea Constituyente realizada en la ciudad de Sucre. Resulta que, en noviembre de 2007, la Directiva de la Asamblea Constituyente decidió reinstalar sus sesiones en el Liceo Militar de la ciudad de Sucre, cuya población salió a las calles en protesta y exigiendo se incluya en el orden del día de la sesión plenaria el tema: *Sucre como capital plena del Estado*[26]. La policía reprimió duramente a los manifes-

[25] El gobierno nacional tomó la determinación administrativa de construir la carretera que una las ciudades de Cochabamba y Trinidad, cuyo segundo tramo entre Villa Tunari-San Ignacio de Moxos atraviesa el territorio indígena del Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS) ubicado entre los Departamentos de Cochabamba y el Beni, en el que están asentados los pueblos indígenas originarios; territorio que tiene la doble categoría de parque nacional, de un lado (Parque Nacional Isiboro Sécure [PNIS] creado por el decreto ley 7.401 el 22 de noviembre de 1965); y, de otro, un territorio indígena protegido, pues el 24 de septiembre de 1990, fue reconocido como territorio indígena mediante el decreto 22.610 y recibe la denominación de TIPNIS. En 1997, por resolución administrativa del INRA se consolida de manera legal la propiedad colectiva del territorio bajo la figura de Tierra Comunitaria de Origen (TCO) y se delimita la "línea roja" (línea que delimita la zona de amortiguamiento, por tanto la entrada de colonos por encima de esta línea). El 13 de junio del 2009 el gobierno entrega el título ejecutorial del TIPNIS a la subcentral TIPNIS por 1.091.656 hectáreas y la zona colona dentro el área protegida queda limitada a 124.000 hectáreas.

[26] Al constituirse en República Independiente, Bolivia adoptó como su Capital y sede de gobierno la ciudad de Sucre; sin embargo, cuando los liberales salieron airosos en la disputa con los conservadores en la denominada Revolución Federalista de 1898-1899, trasladaron

tantes en la Zona de la Calancha, con saldo de tres personas muertas. Hasta hoy no se ha logrado identificar a los autores materiales ni intelectuales de esos hechos, o sea que los responsables no están siendo juzgados. Por lo tanto, no serán sancionados. Y todo porque los autores del hecho eran agentes del gobierno. En cambio, en mayo de 2008, un grupo de universitarios de Sucre redujeron a dieciocho campesinos que se habían trasladado a aquella ciudad para expresar su apoyo al presidente del Estado; los trasladaron a la Plaza 25 de Mayo, donde les obligaron a pedir perdón de rodillas y semidesnudos ante la multitud; una conducta de los universitarios absolutamente reprochable. Por esa acción, no solo los autores materiales, sino los miembros del Comité Interinstitucional de ese entonces, que son de oposición al gobierno, fueron sometidos a proceso y a la fecha pesa sobre ellos una sentencia condenatoria con penas privativas de libertad. La sentencia fue impugnada y se encuentra a la espera de resolución del tribunal de apelación.

Otro es el del 11 de enero de 2007, en el que los campesinos productores de hoja de coca de la zona del trópico del Departamento de Cochabamba, que se trasladaron a la ciudad de Cochabamba para exigir la renuncia del Prefecto de Departamento, Manfred Reyes Villa, se enfrentaron con jóvenes y ciudadanos que salieron en marcha pidiendo que se desocupe la ciudad. Como consecuencia de los lamentables enfrentamientos perdieron la vida el campesino Juan Tica Colque, por impactos de arma de fuego, y el joven Christian Urresti, que fue brutalmente golpeado por una turba enardecida de sitiadores cocaleros hasta provocarle la muerte y luego fue colgado de un árbol a muy pocos metros de su domicilio. El ministerio público ha sometido a proceso penal al supuesto autor de la muerte del campesino, contra quien se ha emitido sentencia condenatoria imponiéndole una pena de quince años de reclusión en la cárcel pública. Sin embargo, a pesar de haber transcurrido más de diez años del lamentable suceso, no se ha identificado a los autores de la horrenda muerte de Christian Urresti, quien fue asesinado de manera salvaje; por tanto, no fueron ni serán sometidos a proceso y menos sancionados[27], todo porque pertenecían al bando de los grupos sociales que apoyan al gobierno.

Durante los días 7 y 8 de mayo de 2010, los pobladores de Caranavi procedieron al bloqueo de la carretera a los Yungas del Departamento de La Paz, demandando del gobierno central la construcción de una planta procesadora de

---

la sede de Gobierno a la ciudad de La Paz; de manera que, al presente, Sucre es la Capital del Estado boliviano pero no la sede de gobierno; por ello, las instituciones representativas de Sucre exigieron a la Asamblea Constituyente que se incluya en la Constitución una norma que declare a Sucre como la Capital plena, lo que suponía trasladar la sede de Gobierno a esa ciudad.

[27] A pesar de existir videos y testimonios que individualizan a los autores del crimen de Urresti, la investigación desarrollada por el ministerio público no ha logrado identificar a los autores materiales, razón por la que los fiscales de materia han solicitado en dos oportunidades el archivo de obrados, vulnerando el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de las víctimas, que son los padres de Christian Urresti.

cítricos. Por órdenes gubernamentales, efectivos de la Policía Boliviana intervinieron violentamente el lugar para levantar el bloqueo, circunstancias en las que dos jóvenes, David Calisaya y Fidel Hernany, perdieron la vida. A pesar de haber transcurrido cerca de siete años desde el hecho, los responsables no han recibido la sanción respectiva, pues no existe una sentencia condenatoria en contra de los autores intelectuales y materiales del hecho.

El 10 de agosto de 2016, miles de mineros organizados en cooperativas iniciaron bloqueos de rutas en protesta contra la aprobación en el Congreso de una reforma a la ley de cooperativas, que permitía la organización de sindicatos de trabajadores al interior de las cooperativas mineras, además exigían al Gobierno la atención de otros puntos. Luego de un cuarto intermedio, el 24 de agosto retomaron las medidas de protesta, debido a que el presidente del Estado promulgó la ley. Los bloqueos fueron intervenidos por la policía boliviana generándose violentos enfrentamientos entre los mineros y efectivos policiales con resultados lamentables como la muerte de cuatro mineros, varios mineros y efectivos policiales heridos, además del asesinato del viceministro de Régimen Interior. Los posibles autores del asesinato del viceministro han sido identificados, sometidos a proceso penal y detenidos preventivamente por orden judicial; sin embargo, hasta la fecha no se han identificado ni sometido a proceso penal a los autores de la muerte de los cuatro mineros.

Ante denuncias planteadas en contra de exautoridades públicas, catalogadas como opositoras al régimen de gobierno, tanto el ministerio público cuanto el órgano judicial son relativamente eficientes, sustancian procesos penales incluso con aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva y en rebeldía de los procesados[28], vulnerando sus derechos fundamentales. Sin embargo, no actúan con la misma eficiencia y eficacia cuando se trata de instaurar y sustanciar

[28] El 31 de marzo de 2010 se ha promulgado la ley 4 de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz", en la que se han creado tipos penales de corrupción, como el delito de enriquecimiento, enriquecimiento de particulares con afectación al Estado, favorecimiento al enriquecimiento ilícito, y otros, asimismo se han incrementado las penas para los delitos relacionados con la corrupción. Aplicando retroactivamente esa ley penal sustantiva se han instaurado acciones penales en contra del exgobernador del Departamento de Tarija, por delitos de enriquecimiento ilícito y en contra de su madre e hijas, por el delito de favorecimiento al enriquecimiento ilícito, incriminando hechos acontecidos entre los años 1996 al 2008, con la agravante que las acciones penales se sustancian en su ausencia, ya que los acusados se encuentran domiciliados en Asunción (Paraguay) en calidad de refugiados; los han declarado en rebeldía y prosigue el trámite de la acción penal. También han instaurado y vienen tramitando acciones penales (más de 20) en contra del exprefecto del Departamento de Cochabamba, mismos que se vienen sustanciando en ausencia del procesado que se encuentra domiciliado en Estados Unidos de Norteamérica con asilo político, lo declararon en rebeldía y designaron defensor de oficio; tres procesos ya cuentan con sentencias condenatorias.

acciones penales en contra de autoridades y funcionarios del actual gobierno, ante graves denuncias de corrupción[29].

Ese accionar del órgano judicial da lugar a que los ciudadanos y ciudadanas tengan una percepción negativa sobre la independencia judicial y el relacionamiento entre justicia y política. En un sondeo de opinión realizado mediante el sistema de entrevistas directas a ciudadanos y ciudadanas de organizaciones sociales y de los ámbitos jurídico, político y judicial, se ha logrado establecer que si bien las percepciones sobre el relacionamiento son variadas, al final todas coinciden en que la relación no es horizontal, sino de una lamentable e inaceptable subordinación de los jueces y magistrados a los ostentadores del poder político (ejecutivo y legislativo).

Los ciudadanos que integran las organizaciones sociales, los abogados del ejercicio libre de la profesión y algunos jueces, conciben como criterio ideal a un magistrado y juez independiente desvinculado del mundo político; por ello, consideran que es necesario que la justicia sea "pura y apolítica". En cambio los periodistas, políticos e investigadores no conciben un juez neutral apolítico, por lo que consideran que no puede lograrse una justicia apolítica ya que el órgano judicial es un órgano de poder del Estado y cumple funciones esenciales de racionalización del poder político y resguardo del régimen democrático, es decir que ejerce el poder político del Estado. Por tanto, plantean que debe buscarse que los jueces y magistrados sean independientes e imparciales, pero no neutrales, para lo cual creen que es necesario adoptar un adecuado sistema de selección y designación de aquellos y otorgarles garantías constitucionales de estabilidad, permanencia e inamovilidad.

La mayoría de los entrevistados sostiene que una relación adecuada entre el órgano judicial y el poder político debe sustentarse en el respeto recíproco a la independencia de los órganos de poder proclamado por la Constitución, construyendo una relación horizontal y no vertical, que dé lugar a la aplicación del sistema de pesos y contrapesos. Sin embargo, también la mayoría de los entrevistados considera que en la actualidad la relación no se da en esos términos, sino que es una relación vertical de subordinación del órgano judicial al ejecutivo y legislativo.

[29] Se han presentado denuncias de sobreprecios en la adjudicación de obras con financiamiento del programa "Bolivia cambia - Evo Cumple", mala ejecución de las obras, sin que se hubiese abierto investigación alguna. Por medio de una auditoría externa realizada por la Contraloría General del Estado se ha establecido un desfalco millonario en el Fondo de Desarrollo Indígena y Campesino, denominado caso Fondioc, en el que la Contraloría halló 153 obras no ejecutadas que causaron un daño económico al Estado superior a los 71 millones de pesos bolivianos. Se trata de un caso que involucra a altas autoridades del gobierno (Ministros de Estados, Viceministros, entre otros), instaurándose acciones penales no contra todos los involucrados. Hasta la fecha no se tiene sentencia.

Consultados sobre si perciben que el órgano judicial contribuye de alguna manera al proceso democrático, la mayoría de los entrevistados sostiene que debería contribuir generando el contrapeso, racionalizando el ejercicio del poder político por medio del control judicial, y pacificando la sociedad mediante la protección efectiva de los derechos humanos, pero consideran que en la práctica no se cumple ninguna de esas funciones dada la excesiva subordinación de los jueces y magistrados al poder político.

Sobre la pregunta: ¿además de un ejercicio independiente de administración de justicia, qué otras características debe tener un órgano judicial para contribuir a la profundización del proceso político democrático?, gran parte de los entrevistados considera que los jueces y magistrados deben tener una justa remuneración, poseer idoneidad profesional y probidad, y estar en un sistema de carrera judicial que garantice su estabilidad laboral, pero sometidos a una permanente evaluación de desempeño.

Con relación a las áreas en las que no se expresa una relación colaborativa entre el órgano judicial y el poder político, los entrevistados coinciden en identificar que se produce en el ámbito *económico*, por la no asignación de un presupuesto adecuado y suficiente; en el *administrativo*, por el no resguardo y respeto de la autonomía del manejo administrativo y económico; y en el *jurisdiccional*, en la inejecución de sentencias, y en la no gestión de solución de conflictos y controversias.

De otro lado, los entrevistados, aunque con algunas diferencias de criterio, consideran que la acción de los políticos, en general, y del gobierno, en particular, influye negativamente en las decisiones de los jueces, situación agudizada en los últimos años, ya que se ha instrumentalizado la justicia para desplegar una persecución a los líderes cívicos, ciudadanos y políticos de oposición y las personas que expresan un pensamiento u opinión diferente a la del oficialismo[30].

[30] Se citan como ejemplos de ello el caso denominado “El porvenir”, un incidente lamentable que se produjo en 2008 protagonizado por organizaciones sociales afines al gobierno que realizaban una marcha hacia la ciudad de Cobija protestando contra el Prefecto Leopoldo Fernández, de la oposición. Se lamentaron varios muertos por disparos de armas de fuego, cuyos autores no fueron identificados, pero se encarceló al Prefecto de oposición, trasladándolo del Departamento de Pando a La Paz para someterlo a un proceso violando sus derechos. El gobierno ejerció presión sobre los fiscales y jueces, habiendo promovido a la jueza, que admitió una competencia que no le correspondía y decretó la detención, al cargo de fiscal departamental y actualmente diputada por el oficialismo. El proceso cuenta al presente con una sentencia condenatoria de quince años; el procesado después de haber estado encarcelado más de cinco años, al presente guarda detención domiciliaria sin que se le permita hacer valer esa su detención como parte de su condena. Asimismo, se tiene el caso denominado “Terrorismo” montado por el gobierno, en el que han encarcelado a varios líderes cívicos, ciudadanos y políticos de oposición, con un fiscal de materia que ha salido del país y pedido

Respecto a la consulta sobre si los mecanismos de selección y designación de los jueces y magistrados permiten una relación armónica entre el poder político y el órgano judicial, los entrevistados coinciden en afirmar que *no*, porque los mecanismos están permeados por las decisiones políticas, existe mucha injerencia del órgano ejecutivo en los procedimientos de selección y designación, que genera una suerte de derecho de los gobernantes a exigir y presionar a los jueces y magistrados, forjando una relación no armónica.

5. Mecanismos de elección y nombramientos

Una de las reformas principales introducidas a la Constitución en 2009, con relación al sistema judicial del Estado, fue la referida a la modalidad de selección e integración de los máximos tribunales de justicia del Estado.

Como se tiene referido en puntos anteriores de este trabajo, la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por previsión del artículo 117.IV de la Constitución reformada en 1994 era realizada por el Congreso Nacional por dos tercios de votos del total de sus miembros, de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura[31]. Los magistrados del Tribunal Constitucional, por previsión del artículo 119.II de esa misma Constitución, eran designados por el Congreso Nacional por dos tercios de votos de los miembros presentes, de nóminas elaboradas por la Comisión Mixta de Constitución del Congreso Nacional previo concurso público de méritos.

Tomando en cuenta que la designación se realizaba por una votación cualificada, con una representación muy fraccionada, previa a la votación, en el Congreso Nacional las bancadas políticas realizaban negociaciones para lograr la mayoría requerida. Esa acción de construcción de los acuerdos fue calificada por la opinión pública como un sistema de "cuoteo", es decir, una distribución de cuotas entre las diferentes bancadas políticas; argumentando que esa modalidad de designación restó legitimidad a los magistrados designados, pues se cuestionó duramente el modo de selección e integración de estos dos altos tribunales de justicia.

Ante la creciente crítica ciudadana a tal modalidad de designación y con el argumento de otorgar una legitimación democrática directa a las autoridades de los máximos tribunales de justicia del Estado y evitar el "cuoteo" o distribución de cargos por los partidos políticos con representación parlamentaria,

---

refugio en Brasil, denunciando que el caso es un montaje. Sin embargo, los jueces tramitan el proceso bajo influencia del denominado "Gabinete Jurídico" del gobierno; un proceso que tiene siete años de trámite sin sentencia y con imputados encarcelados.

[31] El Consejo de la Judicatura, hoy Consejo de la Magistratura, elaboraba las nóminas de candidatos a ocupar el cargo de ministro (magistrado) del Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia), previo concurso público de méritos.

en la reforma constitucional de 2009 se modificó el mecanismo de selección e integración, introduciendo la elección por voto directo y sufragio universal de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, y consejeros del Consejo de la Magistratura; lo que así está previsto por los artículos 182, 188, 194, y 198 de la Constitución[32].

La selección de los candidatos que serán propuestos para la votación ciudadana, por previsión de la Constitución, corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional, misma que selecciona a los candidatos postulados mediante dos tercios de votos de los miembros presentes. Se entiende que esa determinación debiera ser adoptada previa comprobación pública de la idoneidad y probidad de los postulantes, hecho que en la primera elección no aconteció. Con relación a la postulación para el cargo de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la norma prevista por el artículo 20.II de la ley 25 del órgano judicial establece que los profesionales abogados que tengan interés en acceder al cargo podrán presentar su postulación de manera directa o, en su caso, podrán ser postulados por organizaciones sociales o instituciones civiles debidamente reconocidas, norma que es aplicable para la presentación de postulación para optar al puesto de magistrado del Tribunal Agroambiental y consejero del Con-

[32] Con relación a la elección de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 182 de la Constitución prevé lo siguiente: "I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. II. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que este proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral. III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El órgano electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos. IV. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas. V. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. La Presidenta o el Presidente del Estado ministrará posesión en sus cargos". Respecto a la elección de los magistrados del Tribunal Agroambiental, el artículo 188 de la Constitución prevé lo siguiente: "I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Agroambiental serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia". Con relación a la elección de los consejeros del Consejo de la Magistratura, el artículo 194 de la Constitución dispone lo siguiente: "I. Los miembros del Consejo de la Magistratura se elegirán mediante sufragio universal de entre las candidatas y los candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional. La organización y ejecución del proceso electoral estará a cargo del Órgano Electoral Plurinacional". Finalmente, respecto a la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, el artículo 198 de la Constitución prevé lo siguiente: "Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia".

sejo de la Magistratura. Respecto a la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, por previsión del artículo 199.II de la Constitución y del artículo 19 de la ley 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, los profesionales que cumplen con los requisitos y tengan interés de acceder al cargo podrán presentar su postulación a la Asamblea Legislativa Plurinacional, pudiendo también presentar la postulación las organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

La primera elección de los magistrados de los máximos tribunales de justicia realizada en octubre de 2011 no dio los resultados esperados de otorgar la suficiente legitimidad democrática a esas altas autoridades judiciales, proscribir la injerencia política en la integración de los tribunales de justicia y fortalecer la independencia del órgano judicial, así como de los magistrados y jueces; al contrario, visibilizó las grandes dificultades que se deben y tienen que enfrentar con la aplicación de esta nueva modalidad.

Uno de los problemas que incidieron negativamente en el proceso de elección por voto popular de los magistrados fue la injerencia político-partidaria en la selección de los candidatos. Conforme a las normas previstas por la Constitución y las leyes 25 del órgano judicial, 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional y 26 del Régimen Electoral, la Asamblea Legislativa Plurinacional es la encargada de seleccionar, por dos tercios de votos de los miembros presentes, a los candidatos y candidatas de entre los profesionales abogados que presentan su postulación. Se entiende que esa selección debe estar precedida de la comprobación pública de la idoneidad y probidad de los postulantes, lo que supone una verificación de los conocimientos, capacidades, habilidades y destrezas para el ejercicio de la función judicial por parte de los postulantes, así como la verificación de su respeto a las reglas de la ética y los principios morales en el desarrollo de su vida cotidiana y el ejercicio profesional. Nada de ello aconteció.

A pesar de existir exigencias de la sociedad civil para que la selección de los candidatos se sustente en la meritocracia y propuestas técnicamente elaboradas para la comprobación pública de la idoneidad y probidad[33], la Asamblea

[33] El Colegio de Abogados de Cochabamba presentó ante el Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional una propuesta concreta para la comprobación pública de la idoneidad y probidad de los postulantes, consistente en la creación de una Comisión Examinadora integrada por prestigiosos juristas nacionales designados por la Asamblea Legislativa Plurinacional de nóminas propuestas por las Facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas, y por los Colegios de Abogados; la comprobación de la idoneidad, consistiría en verificar que los postulantes sean poseedores de conocimientos, capacidades, habilidades y destrezas para el desempeño de la función judicial, mediante un concurso público de méritos, para comprobar la formación profesional y la experiencia; un examen de competencia, para verificar la idoneidad académica y funcionaria, comprobando que sea poseedor de capacidades, habilidades y destrezas, y una entrevista personal para la comprobación de la idoneidad gerencial, la idoneidad psicológica, por medio de la verificación de las convicciones jurídicas

Legislativa Plurinacional tomó la determinación de seleccionar a los candidatos previo concurso de méritos para la sola comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la postulación, no para acreditar la idoneidad académica. A ese efecto, se aprobó un reglamento interno de preselección de candidatas y candidatos para la conformación de los altos tribunales de justicia del Estado, cuyas normas no garantizaron la comprobación pública de las capacidades, habilidades y destrezas para el desempeño del cargo que deben poseer los postulantes a magistrados, ya que la comprobación de la formación profesional y la experiencia, realizada mediante el concurso de méritos, no fue con la asignación de puntajes, si no que solamente se redujo a la comprobación de si cumplen los requisitos, lo que en el fondo no constituye un concurso de méritos. En suma, la comprobación de las capacidades, habilidades y destrezas de los postulantes se redujo a una entrevista personal en la que se formuló a cada postulante tres preguntas sobre conocimientos enciclopedistas.

Como resultado final del proceso aplicado por la Asamblea Legislativa Plurinacional, la selección de los candidatos tuvo su base en la afinidad política y la imposición de la mayoría que ostenta el movimiento político en función de gobierno, no en la demostración pública y objetiva de la idoneidad y probidad de los postulantes, pues varios funcionarios de gobierno de niveles de confianza fueron habilitados como candidatos a magistrados, y varios candidatos que no fueron elegidos terminaron siendo designados como funcionarios de nivel de confianza política del gobierno.

Un segundo problema fue la prohibición impuesta por la Constitución y la ley 26 del régimen electoral a los candidatos y terceras personas de realizar campaña electoral. El artículo 182.III de la Constitución prevé lo siguiente: "Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación"; en desarrollo de la norma constitucional, la ley 26, en su artículo 82, estableció prohibiciones a los candidatos, medios de comunicación social, terceras personas y autoridades públicas de realizar campañas directas, indirectas, de emitir opiniones y generar espacios de opinión, prohibiciones excesivas que vulneraron el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información[34].

---

de los postulantes, examinando su compromiso con el Estado constitucional de derecho, con la Constitución y con los derechos humanos. Finalmente, la comprobación de la probidad con amplia participación social. La propuesta no fue considerada por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

[34] El artículo 82 de la ley 26 del régimen electoral, prevé lo siguiente: "En el marco del régimen especial de propaganda para los procesos de elección de autoridades del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, se establecen las siguientes prohibiciones: I. Las y los postulantes, desde el momento de su postulación, bajo sanción de inhabilitación, están prohibidos de: a) efectuar directa o indirectamente cualquier forma de campaña o pro-

La norma prevista por el artículo 182.III de la Constitución dispone que "el órgano electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos"; norma constitucional que fue desarrollada por el artículo 80 de la ley 26 del régimen electoral, por cuyo mandato el Tribunal Supremo Electoral es la única instancia autorizada para difundir los méritos de los postulantes seleccionados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, dentro de los cuarenta y cinco días previos a la votación, resguardando la igualdad de condiciones de todos los candidatos[35]. En cumplimiento de las

---

paganda relativa a su postulación, en medios de comunicación radiales, televisivos, escritos o espacios públicos; b) manifestar opinión ni tratar temas vinculados directa o indirectamente a su postulación en foros públicos, encuentros u otros de similar índole; c) emitir opinión a su favor, o a favor o en contra de otros postulantes, en medios de comunicación radiales, televisivos, escritos o espacios públicos; d) dirigir, conducir o participar en programas radiales o televisivos, o mantener espacios informativos o de opinión en medios escritos, o e) acceder a entrevistas, por cualquier medio de comunicación, relacionadas con el cargo al que postula. II. A partir de la convocatoria, los medios de comunicación, bajo sanción y sin perjuicio de su responsabilidad penal, están prohibidos de: a) difundir documentos distintos a los producidos por el órgano electoral; b) referirse específicamente a una o un postulante, en forma positiva o negativa; c) generar espacios de opinión de ninguna índole sobre los postulantes; d) dar espacios de opinión, conducción o participación en programas a cualquier postulante. III. A partir de la convocatoria, ninguna persona particular, individual o colectiva, organización social, colegiada o política, podrá realizar campaña o propaganda a favor o en contra de alguna o algún postulante, por ningún medio de comunicación, incluyendo internet y mensajes masivos de texto por telefonía celular, constituyendo falta electoral sin perjuicio de su calificación penal. IV. A partir de la convocatoria, ninguna autoridad o institución pública podrá emitir opiniones o realizar acciones que favorezcan o perjudiquen a alguna de las postulaciones, constituyendo falta electoral sin perjuicio de su calificación penal".

Esas prohibiciones violan el derecho a la libertad de expresión, de pensamiento y opinión de los candidatos; violan el derecho a la libertad de información de todos los ciudadanos y ciudadanas; finalmente violan el derecho a la libertad de información de los medios masivos de comunicación social, de los periodistas y trabajadores de prensa, quienes se verán obligados a no difundir información obtenida a través del periodismo investigativo sobre los antecedentes personales, la militancia partidaria y la verdadera formación y experiencia de los candidatos; pues como ha señalado la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "al concentrar la difusión de información únicamente en el órgano electoral, la ley parecería estar yendo más allá de lo estrictamente necesario para cumplir los fines legítimos que busca conseguir".

[35] El artículo 80 de la ley 26 del régimen electoral prevé lo siguiente: "El Tribunal Supremo Electoral es la única instancia autorizada para difundir los méritos de los postulantes seleccionados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, dentro de los cuarenta y cinco (45) días previos a la votación. El Tribunal Supremo Electoral establecerá un formato único, impreso y audiovisual que garantice la igualdad de condiciones de todos los postulantes, durante el proceso de difusión de méritos. El Tribunal Supremo Electoral difundirá, al menos, lo siguiente: a**)** Una separata de prensa, en la que se presenten los méritos de cada una o uno de las o los

normas referidas el Órgano Electoral Plurinacional difundió los méritos profesionales de los candidatos.

La forma en que la Asamblea Legislativa Plurinacional realizó la selección de los candidatos y las limitaciones a la realización de campañas en medios de difusión de las cualidades personales y profesionales de los postulantes generaron una reacción negativa en los ciudadanos y ciudadanas, de manera que un 62 por ciento de electores votaron nulo y blanco, y solamente un 38 por ciento votaron a favor de los candidatos.

Según los datos oficiales difundidos[36], de los 5.243.375 ciudadanos registrados en el padrón electoral y habilitados para votar, solamente emitieron su voto a favor de los candidatos: a) del Tribunal Constitucional, un total de 1.758.283 ciudadanos; b) del Tribunal Agroambiental, 1.768.576 ciudadanos; c) del Consejo de la Magistratura, 1.752.010 ciudadanos. Las cifras demuetran claramente el bajo nivel de adhesión ciudadana al sistema de elección por voto popular de los magistrados, lo que parece indicar que no todo el pueblo boliviano estuvo de acuerdo con elegir por voto a los magistrados de los máximos tribunales de justicia del Estado.

La votación recibida por los candidatos que han accedido al cargo, en relación con el total de ciudadanos habilitados para estas elecciones no supera el 10 por ciento; así, por ejemplo, el candidato a magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional que más votación obtuvo, solamente recibió el respaldo del 5,29 por ciento de los ciudadanos del padrón electoral frente al 94,71 por ciento de ciudadanos que no lo respaldaron; el candidato que ingresó como séptimo magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional apenas recibió el respaldo del 1,72 por ciento de los ciudadanos del padrón electoral; además, el séptimo magistrado suplente obtuvo el respaldo del 0,82 por ciento de ciudadanos que integran el padrón electoral, ni siquiera el 1 por ciento. En consecuencia, los profesionales que han accedido a los cargos de magistrados de los altos tribunales de justicia carecen de legitimidad democrática material.

En el caso del Tribunal Agroambiental, de los ciudadanos que accedieron al cargo de magistrados el que obtuvo mayor votación tiene un total de 292.740 votos, lo que significa que apenas ha recibido el apoyo del 5,58 por ciento del

---

postulantes, que se publicará en los diarios necesarios para garantizar su difusión en todo el territorio del Estado. La separata también será expuesta en todos los recintos electorales el día de la votación. b**)** Los datos personales y principales méritos de cada una o uno de las o los postulantes, en los medios radiales que sean necesarios para garantizar la difusión en todo el territorio del Estado. c) Los datos personales y principales méritos de cada una o uno de las o los postulantes, en los medios televisivos que sean necesarios para garantizar la difusión en todo el territorio del Estado".

[36] Datos oficiales proporcionados por el Tribunal Supremo Electoral; disponible en: *http://www.oep.org.bo/*.

total de ciudadanos que integran el padrón electoral; la ciudadana que obtuvo el cargo como séptima magistrada ha recibido un total de 81.933 votos, lo que significa que recibió el apoyo de apenas el 1,56 por ciento; así mismo el séptimo suplente ha recibido un total de 53.137 votos, lo que significa que recibió el apoyo de apenas el 1 por ciento.

De los ciudadanos que accedieron al cargo de consejeros del Consejo de la Magistratura, la candidata que obtuvo la mayor votación recibió un total de 461.415 votos, lo que significa que recibió el apoyo del 8,80 por ciento del total de ciudadanos que integran el padrón electoral. El candidato que accedió al cargo en quinto lugar obtuvo un total de 120.010 votos, lo que significa que recibió el apoyo del 2,29 por ciento. El ciudadano que accedió al cargo como quinto suplente obtuvo un total de 75.627 votos, lo que significa que recibió el apoyo del 1,44 por ciento del total de ciudadanos que conforman el padrón electoral.

De los ciudadanos que accedieron al cargo de magistrados al Tribunal Supremo de Justicia, el candidato por el departamento de Chuquisaca ha recibido un total de 33.694 votos, lo que significa que apenas ha obtenido el apoyo del 11,89 por ciento del total de ciudadanos del padrón electoral de ese departamento; la candidata por el departamento de La Paz ha recibido un total de 260.935 votos, lo que significa que apenas ha recibido el apoyo del 16,94 por ciento de los ciudadanos que integran el padrón electoral en ese departamento; el candidato por el departamento de Cochabamba ha recibido un total de 149.057 votos, lo que significa que apenas ha recibido el apoyo del 15,14 por ciento; el candidato por el departamento de Oruro ha recibido un total de 59.073 votos, lo que significa que ha recibido el apoyo del 22,39 por ciento; la candidata por el departamento de Potosí ha recibido un total de 51.135 votos, lo que significa que apenas recibió el apoyo del 13,51 por ciento; la candidata por el departamento de Tarija ha recibido un total de 32.817 votos, lo que supone que recibió el apoyo del 11.82 por ciento; el candidato por el departamento de Santa Cruz ha recibido un total de 155.688 votos, lo que significa que fue apoyado por el 12,23 por ciento; la candidata por el departamento del Beni ha recibido un total de 22.675 votos, lo que implica que receptó el apoyo del 11,48 por ciento; y la candidata por el departamento de Pando ha recibido un total de 10.192 votos, lo que significa que recibió el apoyo del 21,80 por ciento.

Conforme demuestran los datos referidos, en la primera aplicación del nuevo sistema de selección e integración de los máximos tribunales de justicia del Estado, mediante voto popular, no se ha proscrito la injerencia política. Por el contrario, se ha reproducido de manera más acentuada en la fase de preselección y selección de candidatos en la Asamblea Legislativa Plurinacional, ya que la selección de los candidatos tuvo su base en la afinidad política y la imposición de la mayoría que ostenta el movimiento político en función de gobierno, no en la comprobación pública y objetiva de la idoneidad y probidad de los postulantes, salvando honradas excepciones. Ello demuestra que no hubo

coherencia entre el discurso y la práctica, entre el fin perseguido y los medios empleados para alcanzar ese fin, y que tampoco se logró otorgar legitimación democrática directa a los magistrados, ya que los niveles de votación a favor de los candidatos son bajísimos.

Con relación a los tribunales departamentales de justicia (tribunales de apelación), los mismos son integrados por vocales designados por el Tribunal Supremo de Justicia de nóminas presentadas por el Consejo de la Magistratura. El artículo 184.5 de la Constitución, prevé que son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia "designar, de las ternas presentadas por el Consejo de la Magistratura, a los vocales de los tribunales departamentales de justicia"; y el artículo 195.7 de la Constitución dispone que son atribuciones del Consejo de la Magistratura "preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación de los tribunales departamentales de justicia que serán designados por el Tribunal Supremo de Justicia".

En ejercicio de la atribución conferida, el Consejo de la Magistratura ha preseleccionado a los candidatos a ocupar el cargo de vocales de los tribunales departamentales de justicia, presentando las respectivas ternas al Tribunal Supremo de Justicia. Pero el resultado final no fue el esperado, ya que salvo honradas excepciones la selección no recayó en juristas que cuenten con la suficiente idoneidad y probidad para el desempeño del cargo. Ello, por dos razones: la primera, que la selección no tiene su base en una comprobación pública de las capacidades, habilidades y destrezas de los postulantes, ya que si bien se aplican exámenes los mismos solamente están orientados a comprobar los conocimientos enciclopedistas de los postulantes sobre la base de un banco de preguntas, no así las capacidades, habilidades y destrezas para el desempeño del cargo; y la segunda, que debido a que los consejeros fueron elegidos con injerencia política, también ellos hacen primar criterios político-partidarios. Por su parte, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia no han hecho primar los factores de la idoneidad y probidad, sino criterios políticos para realizar las designaciones, salvo honrosas excepciones.

El resultado concreto es que en las designaciones efectuadas hasta el presente no se ha eliminado la injerencia política, sino que se ha agudizado. El resultado de ello es que las autoridades judiciales designadas no hacen prevalecer su independencia frente a los que ostentan el poder político, ni ejercen el cargo con la solvencia esperada. Ello se refleja en los fallos que emiten, lo que da lugar a la pérdida de credibilidad y confianza de las autoridades judiciales ante la población.

Finalmente, con relación a los jueces de instancia, por previsión del artículo 195.8 de la Constitución, estos son designados por el Consejo de la Magistratura, previo concurso de méritos y exámenes de competencia[37].

[37] El artículo 195.8) de la Constitución, prevé lo siguiente: "Son atribuciones del Consejo de la Magistratura de Justicia, además de las establecidas en la Constitución y en la ley:

6. Reformas constitucionales en torno al equilibrio de poderes

Ante la profunda crisis del sistema judicial del Estado, que tenía y tiene como una de sus causas la falta de independencia de los magistrados y jueces, la Asamblea Constituyente instalada en 2006 tenía el desafío de introducir reformas estructurales para enfrentar esa crisis a partir de sus verdaderas causas.

Sin embargo, el Constituyente simplemente redujo las reformas constitucionales al cambio del sistema de integración de los magistrados de los máximos tribunales de justicia del Estado, adoptando la modalidad de elección por voto de los ciudadanos y ciudadanas, previa selección de los candidatos en la Asamblea Legislativa Plurinacional. Un sistema que, como se tiene ya referido, en su aplicación concreta no contribuyó en lo absoluto a garantizar la independencia de los magistrados y jueces.

De otro lado, se proclama en la Constitución, artículo 178.I, el principio de la independencia, como el sustento del ejercicio de la potestad de impartir justicia, principio que en la práctica queda en mera proclama formal, ya que ni la legislación ordinaria ni las acciones de quienes ostentan el poder político respetan y resguardan ese principio; al contrario, lo menoscaban como se ha indicado ya en este trabajo. Pero lo más grave del caso es que los propios magistrados y jueces no ejercen su independencia, sino que asumen conductas que reflejan un sometimiento voluntario a los designios de los políticos.

Las normas previstas por el parágrafo segundo del artículo 178 de la Constitución definen la carrera judicial y la autonomía presupuestaria del órgano judicial como garantías; sin embargo, esas normas no son cumplidas a cabalidad por quienes ostentan el poder político, pues no existe una adecuada y razonable asignación presupuestaria, lo que limita el accionar del órgano judicial, al grado de vulnerar el derecho de acceso a la justicia de los bolivianos y bolivianas, ya que la cobertura del servicio judicial solo alcanza a un 70 por ciento de los municipios, teniéndose que la carrera judicial, que ha sido reducida solo a los jueces de instancia, excluyendo a los jueces de los tribunales de apelación, no se pone en práctica a plenitud, de manera que los jueces no gozan de una estabilidad e inamovilidad funcionaria.

Una reforma constitucional regresiva, es el haber suprimido el fuero constitucional para los jueces de los tribunales de apelación y los jueces de instancia, pues ello da lugar a que, de un lado, estén expuestos a los litigantes que hacen uso abusivo de su derecho de acceso a la justicia e instauran acciones penales contra los jueces por no haber logrado una sentencia a su favor y, de otro, que los ostentadores del poder político persigan judicialmente a los jueces, cuando no logran sus propósitos.

(...) 8) Designar, mediante concurso de méritos y exámenes de competencia, a los jueces de partido y de instrucción".

DIREITO DE REUNIÃO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Leonardo Martins*

Um bom exemplo das dificuldades enfrentadas no Brasil na relação entre direito e política são as tentativas de compatibilização do exercício de tão relevante direito fundamental para a realização da própria democracia, que é a liberdade de reunião, com a segurança pública. Também essas tentativas conciliatórias ocorrem no contexto da investigação do propagado fenômeno da judicialização da política e consequente politização do direito.

Nos dias 5 e 6 de outubro de 2016, o *Programa Estado de Derecho para Latinomerica* da Fundação Konrad Adenauer (RSP-KAS), em parceria com a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), promoveu, na sede desta última, em São Paulo, um seminário intitulado "Liberdade de Reunião e seus

* Agradeço a *Beatriz Ferreira de Almeida*, mestre em direito pela UFRN, por sua atenta e cuidadosa revisão do manuscrito; e a *Jone Maciel*, igualmente mestre em direito pela UFRN, por sua generosa e sempre profícua disposição ao diálogo acadêmico em torno da presente complexa temática, com suas implicações jurídico-transdisciplinares. Ambos são membros ativos do Grupo de Pesquisa por mim liderado junto ao PPGD-UFRN: "Constituição Federal e sua Concretização pela Justiça Constitucional – CFJC".

O manuscrito foi concluído no bojo de minha missão de pesquisa na Faculdade de Direito da Humboldt-Universität zu Berlin (março a junho de 2017), a partir de um convite do colega alemão, Prof. Dr. *Martin Eifert*, e fomentada pelo Deutscher Akademischer Austauschdienst – DAAD. A essa instituição de fomento, que tem me acompanhado em boa parte de minha trajetória acadêmica, reitero aqui meus agradecimentos, já manifestados alhures e em diversas oportunidades. Por fim, agradeço à minha IES, UFRN, pelo deferimento de meu pedido de licença, desobrigando-me, em parte, das tarefas ligadas ao ensino para uma dedicação mais intensa e intensiva à pesquisa.

Por fim, agradeço ao Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, especialmente nas pessoas de sua diretora, Dra. *Marie-Christine Fuchs* e da pesquisadora e colaboradora *Ginna Rivera*, pela viabilização material e logística do seminário realizado em São Paulo, cuja palestra compõe a parte central da presente contribuição. A elas e ao colega, Prof. *Víctor Bazán*, organizador da coletânea, cabe também um agradecimento específico pela paciência demonstrada nos reiterados deferimentos de meus pedidos de prorrogação do prazo para a entrega do manuscrito e aceitação final.

As deficiências e carências do presente texto recaem, contudo, exclusivamente na minha esfera de responsabilidade.

Limites Constitucionais no Contexto da Democracia Militante: alicerces legais para uma regulamentação constitucionalmente compatível do direito fundamental às manifestações coletivas". Seu precípuo escopo foi apresentar uma primeira tentativa de —ou ao menos uma introdução a— um consistente diagnóstico sobre o complexo relacionamento aludido a partir de uma aparente ou real demanda político-legislativa tão específica quanto imprescindível.

A hipótese da necessidade, percebida ou não por atores políticos, quiçá até da referida demanda político-legislativa, pode ser mais bem explicitada com as seguintes perguntas: Como devem ser os inevitáveis conflitos resolvidos e, sobretudo, quem deve ter a competência regulatória e decisória? Aquilo que em um consistente sistema político-jurídico deveria ter uma resposta diretamente aferível do seu sistema constitucional, pelo menos no que tange ao questionamento das competências regulatória e decisória, parece não ser o caso no Brasil. Há dúvidas e divergências quanto ao "se" da regulamentação da liberdade de reunião, quanto mais as há em relação ao "como" da configuração de processos legislativos e decisórios para a matéria tendo em vista o bom funcionamento do Estado democrático de direito.

Após um breve relato do mencionado evento (sob **A.**), reproduzirei a palestra nele ministrada em que se tentou apresentar os fundamentos constitucionais do direito objetivo de reunião com o suporte comparativo do direito comparado alemão. Manteve-se o estilo de palestra, com a simples adição das referências nas notas de rodapé (**B.**). A presente contribuição será, ao final, amarrada com provocações alusivas à idoneidade para a concretização constitucional e até necessidade de um debate com um sistema jurídico-político que em relação a essa problemática passou por um vigoroso desenvolvimento bicentenário que é o alemão. Trata-se de um desenvolvimento bicentenário quando se leva em consideração os primórdios do direito policial geral, de segurança e ordem públicas, do qual partiu, como *lex specialis* e ramo específico de direito administrativo, o direito de reunião alemão[1]. Por isso, ele merece uma atenção especial de todos aqueles que seriamente quiserem tomar ciência de suas experiências, com elas discutir e refletir sobre as possibilidades de sua importação para sistemas jurídico-políticos atrelados às democracias ocidentais, mas ainda relativamente imaturos, como o são os sistemas latino-americanos (**C.**).

1. Relato introdutório: seminário e mesa redonda promovidos pela KAS e AASP em São Paulo

A) *Objetivo*

O evento perseguiu o objetivo de despertar a consciência dos participantes —relevantes operadores do direito, formadores de opinião e membros da co-

[1] Cf., por exemplo, com muitas referências: Pieroth, Schlink, Kniesel, Kingreen e Poscher (2016: 4-6).

munidade jurídico-acadêmica em geral— a respeito da falta de regulamentação legislativa para o âmbito do direito de reunião, que poderia ser em qualquer tempo examinada quanto a sua constitucionalidade.

Como se trata de um assunto que, desde as grandes manifestações ocorridas em diversos centros urbanos brasileiros em junho de 2013, inegavelmente integrantes da agenda política brasileira, suscitou um cogente debate. Sua obrigatoriedade tem lastro na missão das ciências jurídicas de perscrutar as bases normativas e metodológicas para o fortalecimento da força normativa de todas as normas constitucionais. No caso, trata-se do fortalecimento notadamente da norma definidora do direito fundamental à liberdade de reunião, em suas dimensões jurídico-subjetiva e objetiva e em face de seu papel na formação da opinião pública, que é imprescindível ao processo democrático e à realização do princípio constitucional democrático.

B) *Destinatários e participantes do evento*

O evento foi dividido em duas partes. A primeira parte consistiu-se de um seminário aberto a toda comunidade acadêmica, operadora do direito e política em geral, realizado na noite do dia 5 de outubro de 2016. Por sua vez, na segunda parte, realizou-se uma "mesa redonda", no dia seguinte, da qual participaram juízes federais, juízes estaduais, promotores de justiça, procuradores da república, advogados, defensores públicos, professores universitários, pesquisadores, membros de NGOs e representantes de veículos de comunicação social.

C) *Desenvolvimento, primeiros efeitos e conclusões heurísticas*

O projeto desenvolveu-se conforme planejado. O formato composto de duas partes, sendo a primeira pública e a segunda fechada para experts, revelou-se muito exitoso na execução.

Ainda que se deva esperar por certo transcurso de tempo, há suficientes indícios que apontam para o reconhecimento de que os efeitos e contribuições alcançados com o projeto são sustentáveis e que as repercussões no futuro próximo não cessarão. Formou-se um "mailing" com os 20 integrantes do Grupo de Experts que se reuniu na sede da AASP no dia 6 de outubro. Tal "mailing" tem por finalidade dar sequência aos debates e avaliar a possibilidade de se consolidar um Grupo de Trabalho a respeito do Direito (Objetivo) de Reunião.

Como todos os atores envolvidos atestaram, o balanço geral do evento é bastante positivo. O método adotado revelou-se perfeitamente adequado aos desafios que o tema implica. Comprova esse diagnóstico um olhar atento sobre a relação entre uma demanda de debate e sua satisfação, a que, pelo menos em parte, chegou-se por seu intermédio. Com efeito, o interesse das comunidades jurídica, política e dos meios de comunicação social, antes muito difuso, foi

abordado com muita concretude e pertinência. Satisfez-se um interesse por uma primeira discussão específica e bem orientada que se logrou suscitar.

2. Fundamentos Constitucionais do Direito de Reunião à luz do direito comparado alemão[2]

Para se pesquisar os fundamentos constitucionais do direito de reunião em um determinado Estado constitucional é imprescindível o estudo da respectiva outorga do direito fundamental à liberdade de reunião no seu estatuto constitucional. O dispositivo normativo de tal outorga é o parâmetro, por excelência, para a resposta à questão da constitucionalidade de uma regulamentação do direito por lei ordinária[3]. Dessa questão aparta-se outra relevante, que é a da sua conveniência político-jurídica[4].

Dedicar-me-ei apenas à primeira. Deixarei também de tratar da possível configuração de um sistema jurídico-objetivo do direito de reunião, que deve ser medido com base no direito fundamental à sua liberdade, do art. 5º, XVI da Constituição Federal (a seguir: "CF"). Como se trata de uma abordagem jurídico-dogmática, com o adjetivo "fundamental" refiro-me à fundamentalidade formal[5] do direito que é parâmetro do direito objetivo de reunião.

Por opção metodológica, busco desvencilhar-me da muito em voga —porém, do ponto de vista jurídico-científico, irracional— ponderação entre princípios, valores, bens ou interesses jurídicos, que se encontram quase sempre em conflito na lida do direito constitucional[6]. Falta, absolutamente, critério racional-jurídico para tais sopesamentos. De fato, o peso ou a importância de bens, princípios jurídicos ou sinônimos não se deixa definir com critério que cumpra os mais elementares requisitos de racionalidade jurídico-científica.

[2] Palestra proferida no Seminário Internacional "Liberdade de Reunião e seus Limites Constitucionais no Contexto da Democracia Militante", na sede da AASP, noite de 5 de outubro de 2016.

[3] Essa clara divisão entre parâmetro e objeto do controle de constitucionalidade tem a virtude de afastar a presente análise de abordagens axiológicas e ponderativas de princípios que não são marcadas por uma metodologia e racionalidade especificamente jurídicas. Cf. em geral: Schlink (1980) e Martins (2012).

[4] Que responde a outra espécie de racionalidade ligada a questões programáticas político-partidárias, ao cumprimento de mandatos populares e ao juízo de conveniência e oportunidade dentro de quadros decisórios materiais (margens discricionárias) abertos pelo constituinte.

[5] Cf. Dimoulis e Martins (2014: 41).

[6] A suposta técnica da ponderação tem vários matizes teóricos que a lastreiam. Na literatura jurídica brasileira, fizeram impressionantes carreiras as teorias institucional de Peter Häberle (1983) e principiológica, de Robert Alexy (1986). Crítica em relação a ambas as teorias por Martins (2012: 15-25 e 76-88); em relação à primeira, por Schlink (1980); e em relação à segunda, por Poscher (2003: 76-83).

No lugar do suposto método da ponderação, valho-me de uma interpretação sistemática. Entram em cena as categorias da intervenção estatal e dos limites à intervenção decorrentes das normas jusfundamentais[7].

Essa interpretação sistemática constitui-se de três etapas, sequencialmente investigadas[8]. Na primeira etapa, verifica-se o alcance dos direitos fundamentais junto aos quais pese uma suspeita de violação, ou por uma norma infraconstitucional, ou por sua interpretação e aplicação feita pelos órgãos estatais para tanto competentes. Nesse sentido, demonstrarei o que foi outorgado pelo constituinte como ressalva de liberdade aos titulares do direito fundamental em pauta. Analisadas serão suas condições subjetivas e/ou objetivas e seu alcance específico que, em tese, podem ser violados por uma intervenção estatal. A apreciação conjunta do aspecto normativo da verificação da área de proteção e do contraponto fático da intervenção estatal nela configura o suporte fático da hipótese de violação[9] do direito fundamental a ser sempre testada.

Em uma segunda etapa, a atenção recairá, muito sucintamente, sobre o sistema de limites constitucionais a direitos fundamentais tal qual positivado, implícita ou explicitamente, pelo constituinte. Apenas uma cuidadosa interpretação sistemática de todo o texto constitucional torna possível a aferição de tais limites constitucionais à liberdade de reunião.

Por fim, em uma terceira etapa, como os limites são concretamente traçados por titulares de poder constituído, poder esse a ser sempre limitado[10], há de se investigar os pressupostos e condições para uma justificação constitucional do traçado concreto do respectivo limite.

Antes, porém, uma última observação preliminar para refutar um equívoco muito recorrente na discussão pátria. Haveria, segundo alguns autores, quando não uma vedação, ao menos uma total dispensa de regulamentação do direito fundamental decorrente do art. 5º, XVI CF[11]. É o que ocorreria não apenas com a liberdade de reunião, mas com qualquer direito fundamental por força do §1º do mesmo art. 5º CF, segundo o qual: "as normas definidoras de direito fundamental têm aplicação imediata".

[7] Cf. Schlink (1984: 457ss.) e Martins (2012: 28-43).

[8] Cf. em idioma português, em geral: Dimoulis e Martins (2014: 133 ss.).

[9] Também a norma definidora de direito fundamental é —como toda norma jurídica— composta por suporte fático, acrescido de, ao menos, uma consequência jurídica. O suporte fático preenche-se com uma intervenção estatal não justificada por limites constitucionais proporcionalmente aplicados. A consequência jurídica é, em regra, a nulidade do ato. Cf. a seguir, no texto.

[10] A primeira função de norma definidora de direito fundamental, especialmente da categoria de *status libertatis* ou *status negativus*, é a limitação material dos poderes estatais constituídos. Cf. Dimoulis e Martins (2014: 50-52).

[11] Vide, por todos, apenas: França (2007).

O equívoco desse entendimento não reside na correta assertiva segundo a qual o direito não careceria de interposição legislativa para ser exercido por seu titular. De fato, como ocorre com todo direito fundamental de liberdade, precipuamente aqueles de marca comportamental ou situacional[12], como é a liberdade de reunião, uma legislação regulamentadora não é apenas dispensável. Sobre ela recai também, em princípio, uma suspeita de inconstitucionalidade[13].

O equívoco está presente em uma incorreta derivação do art. 5º, §1º CF: dele derivaria, segundo esse entendimento, uma vedação de lei interveniente ou configuradora de conteúdo da liberdade. Tal leitura superficial do §1º ignora o sistema de limites —notadamente o sistema de reservas legais e demais pressupostos ou aspectos jurídico-dogmáticos, tais como o papel de leis configuradoras de conteúdo de direitos fundamentais—[14],

I

Eis que chegamos à primeira —e mais longa— etapa da apresentação que corresponde aos dois primeiros passos do exame de uma hipótese de violação de direito fundamental: a delimitação do alcance do direito e a verificação da presença ou não de uma intervenção estatal nele.

1. Começo pelo alcance do direito ou delimitação da área de proteção normativa. Necessário se faz, uma vez mais preliminarmente, saber sobre qual recorte da realidade social[15] a norma constitucional incide.

Tendo em vista o teor do parâmetro constitucional, vem à pauta uma primeira diferenciação de repercussão dogmática das mais relevantes, porquanto influencia na concretização do princípio do ônus argumentativo[16]. Ônus argu-

[12] Em oposição aos direitos fundamentais de marca normativa como são, principalmente, as garantias de institutos jurídico-privados, tais como o casamento, a herança e a propriedade. Cf. a respeito Dimoulis e Martins (2014: 152) e, na literatura especializada germânica, por muitos: Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015: 60 s.).

[13] A ser confirmada ou refutada a partir do exame trifásico desenvolvido pela literatura e jurisprudência constitucionais alemãs e aqui descrito abstratamente.

[14] Leis configuradoras (*gesetzliche Ausgestaltungen*) de direitos fundamentais têm o condão de colaborar com o exercício da liberdade garantida pela norma jusfundamental. Em não sendo verificada uma intervenção estatal na área de proteção normativa, tais atuações legislativas são, em geral, compatíveis com o parâmetro constitucional jusfundamental. Trata-se, todavia, de um dos assuntos da dogmática alemã dos direitos fundamentais mais debatidos na última década. Exemplarmente, mencionem-se as seguintes exposições monográficas: Cornils (2005), Bumke (2009).

[15] Alcunhado, na literatura comparada alemã, em uma tradução literal, de "área de regulamentação" (em sentido amplíssimo) ou área da vida social. Cf. Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015) e Dimoulis e Martins (2014: 133-135).

[16] V. a respeito dessa figura a sistematização da figura cunhada precipuamente por Schlink (1976) e a recepção brasileira por Martins (2012: 33).

mentativo ao qual me refiro é aquele que deve ser cumprido pelos destinatários normativos que são os órgãos estatais, quando tiverem de obstar o exercício mais irrestrito, quiçá abusivo, do direito.

1.1 "Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas [...]". Até esse ponto, o constituinte brasileiro condicionou o gozo da liberdade a, pelo menos, duas condições a serem cumpridas por seus titulares: desenrolar pacífico da reunião e não porte de armas pelos reunidos. Teor semelhante pode ser encontrado no correspondente alemão, no art. 8 I *Grundgesetz* (a seguir: "GG"): "Todos os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente e sem armas".

1.1.1 A norma jusfundamental incide sobre o fenômeno das reuniões de pessoas naturais. Ele estará presente toda vez que pelo menos três pessoas (colégio mínimo) —logicamente, porém, também duas pessoas— encontrarem-se em determinado local, compartilhando um propósito comum[17]. Alguns autores germânicos aceitam a presença de apenas duas pessoas ao enfatizarem o aspecto comunicativo e de desenvolvimento coletivo da personalidade, segundo o qual a liberdade de reunião protegeria o indivíduo contra seu isolamento[18].

1.1.2 A reunião deve se dar em um *determinado local*; encontros virtuais não são protegidos por esse direito fundamental de comunicação, mas por outros pertinentes ao catálogo de direitos fundamentais. Trata-se de opor, jusfundamentalmente, um obstáculo àquela, em princípio, possível e potencialmente legítima competência estatal de impedir que pessoas se juntem, com emprego de seus corpos[19], em prol de algo que desejam comunicar, em um determinado local físico. É sobre tal demanda por proteção de direito de liberdade que recai a tutela do art. 5º, XVI CF.

1.2 O mencionado propósito comum, essencial à definição da reunião no sentido constitucional, deve ser diferenciado do fato de todos os reunidos poderem ter, paralelamente, o mesmo propósito sem, no entanto, estar presente o elemento da sua comunhão coletiva[20]. Com isso, excluem-se todos os aglomerados de pessoas que tenham o mesmo propósito de assistir a um evento musical, por exemplo, ou quaisquer outras formas de entretenimento protegidas por outros direitos fundamentais, mas, em princípio, não pela liberdade de reunião.

Contudo, outra opinião, aparentemente ainda minoritária, enxerga em eventos de puro entretenimento presente a reunião a ser especificamente protegida

[17] Sobre a sistematização das posições em torno desse requisito numérico, por todos: Michael e Morlok (2016: 160 s.).

[18] Cf. *ibid*., p. 159-160.

[19] Enfatizam esse aspecto Kniesel e Poscher (2007: 1009 ss.).

[20] Também chamados de propósitos paralelos. Deve estar presente um liame intrínseco, uma interdependência entre os reunidos em prol do propósito comunicativo da reunião.

pelo direito fundamental[21]. O argumento central dessa corrente, que se vale de um conceito amplo de reunião, é que se deve constatar somente o aspecto da sociabilidade como seu elemento marcante e decisivo[22]. Deve estar presente uma "mais valia do intercâmbio comunicativo, da manifestação de opiniões ou experiências"[23], que exsurgiria da sociabilidade comunitária. Excluídos seriam, praticamente, tais aglomerados somente se, na junção de pessoas, não houver comunicação verbal ou —ao menos— não-verbal ou se ela se der em um contexto de imposição ou constrangimentos ilícitos de obstrução ou direcionamento forçado das pessoas em uma dada direção[24]. De fato, o conceito de reunião protegida não abrange, em todo caso, a constrição corporal de terceiros.

Há, no entanto, quem exija que o propósito da reunião seja manifestar uma opinião como participação no processo de formação da opinião pública[25]. Outros se contentam com o propósito de manifestar qualquer tipo de opinião, como, por exemplo, de um juízo de valor atinente a interesses particulares. Assim, podem ser classificados três conceitos de reunião, do estrito ao mais amplo acima aludido, passando pelo ampliado ou intermediário que pressupõe tão somente a manifestação de uma opinião, qualquer que ela seja[26].

A par dessa definição negativa, do que não configura "reunião" no sentido do art. 5º, XVI CF, trata-se de passeatas, marchas ou aglomeração em lugar fixo que tenham por escopo chamar a atenção para qualquer questão política, social ou cultural. Excluir o propósito de manifestar opinião pertinente a interesses particulares seria desconsiderar a dimensão jurídico-subjetiva do direito fundamental[27]. Por outro lado, estendê-la a qualquer coletivo de pessoas que se comuniquem entre si parece ser ao mesmo tempo tão temerário, em

[21] Percebe-se uma clara tendência da subida do número de seus adeptos. Cf. Michael e Morlok (2016: 159-163); Möllers (2015: 186 ss.) e Schildheuer (2015: 207 ss. e 232).

[22] Cf. Michael e Morlok (2016: 159-160).

[23] *Ibid.*, p. 160.

[24] O que pode suscitar a necessidade de o Estado cumprir seu dever de tutela em face de agressões perpetradas por outros titulares de direito fundamental. Contra o Estado, esse aspecto da liberdade encontra-se amparado pelo chamado exercício negativo da liberdade, o qual corresponde ao direito de não ser forçado a participar de uma reunião; algo, como sabido, bastante recorrente em regimes ditatoriais ou autoritários. A respeito, cf. Dimoulis e Martins (2014: 137-140).

[25] Advogam por esse conceito estrito de reunião, entre outros, por exemplo: Badura (2015: 222 s.).

[26] Sobre os três conceitos aludidos e com mais referências, cf. Möllers (2015: 186 ss.) e Schildheuer (2015: 207 ss. e 232).

[27] Sobre a bidimensionalidade, vide, por muitos, o tão sucinto quanto clássico trabalho de Dreier (1993: 41 ss.). V. também: Böckenförde (1990). Na literatura brasileira: Sarlet *et al*. (2016) e Dimoulis e Martins (2014: 115-120).

face da provável acarretada ausência de contornos do direito, quanto supérfluo. A tais interesses de proteção cabe a tutela, na pior das hipóteses, do direito fundamental subsidiário à liberdade (art. 5º, *caput* CF), que pode ser interpretado como direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade[28].

Por essas razões, filio-me ao conceito ampliado de reunião. Presente deve estar, portanto, apenas uma interdependência entre os reunidos que comungam do mesmo propósito, em princípio com vistas à apresentação de uma opinião, ainda que com concepções individuais eventualmente divergentes. Em seu aspecto de contribuição para a formação da opinião pública é justamente do debate entre posições convergentes ou divergentes que se trata.

Tal interdependência não está presente em outros já aludidos aglomerados de pessoas. Pessoas curiosas que, espontaneamente, se aglomerem ao lado de um acidente automobilístico ou que estejam aguardando um ônibus passar em um ponto de parada não estão se reunindo no sentido do discutido parâmetro constitucional. Também não participará de reunião uma pessoa ou um grupo de conhecidos que estiver indo ao estádio de futebol para torcer por um time. Em tais casos, o indivíduo cumpriria seu propósito mesmo que estivesse completamente solitário. Ainda que possa ser considerado bem mais divertido torcer no meio de uma multidão, os espectadores não dependem um dos outros e não precisam, necessariamente, estar inseridos em um contexto comunicativo para dar sentido à sua ação[29].

1.3 Do ponto de vista jurídico-objetivo[30], trata-se, em primeira linha, de um direito fundamental pertinente ao sistema de direitos fundamentais de comunicação social, considerado, como todos os outros do sistema, imprescindível à formação da opinião pública[31]. De fato, viabiliza a circulação de ideias, aproxima os representados de seus representantes e, com isso, serve ao processo democrático com um todo[32].

1.3.1 Não obstante, como verificado, a reunião, no sentido do art. 5º, XVI CF, não precisa ter, necessariamente, conotação política; ter como propósito

[28] Sobre a referida subsidiariedade, v. Martins (2012: 47-54).

[29] Porém, o conceito amplo propriamente também não contempla meros aglomerados sem a presença do elemento comunicativo intrínseco. Por todos: Michael e Morlok (2016: 159 ss.).

[30] Relativo à aludida dimensão ou caráter, ou ainda um complexo de conteúdos jurídico-objetivos que funcionam como parâmetros para o poder público, independentemente da dimensão jurídico-subjetiva correspondente a uma pretensão do titular em face do Estado a um fazer ou a um não fazer.

[31] Cf. por muitos: Schulze-Fielitz (2013: 1078 ss.).

[32] A ênfase exagerada nesse aspecto funcional da liberdade que se deve à chamada teoria funcional-democrática pode subverter a primeira dimensão jurídico-subjetiva. Pode, por exemplo, levada às últimas consequências, fazer transmutar a liberdade em dever, especialmente no caso das liberdades de comunicação social. Cf. Martins (2012: 25-27; 214-215).

discutir questões públicas; nem efetivamente contribuir para a formação da opinião pública. Contudo, se os tiver, pode-se pensar em uma concorrência com a liberdade de manifestação do pensamento. Na dogmática, convencionou-se chamá-la de concorrência ideal, sem relação de generalidade-especificidade[33]. Consequentemente, não deve o intérprete, no caso, medir a suposta violação estatal de um direito fundamental apenas com base no parâmetro da liberdade de reunião, justamente por não ser o parâmetro específico em relação aos demais. Com efeito, a liberdade de reunião protege a junção física das pessoas; os demais direitos como, por exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento, protegem as esferas de liberdade pertinentes ao escopo da reunião, precipuamente em face de ulteriores sancionamentos[34].

1.3.2 Na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as chamadas "marchas da maconha"[35] teria sido o caso de se aplicar os parâmetros concorrentes da liberdade de reunião e de manifestação do pensamento, sequencialmente, admitindo-se duas hipóteses distintas de violação de direito fundamental. Embora correta em sede de conclusão, que foi pela inconstitucionalidade da proibição prévia e/ou sancionamento ulterior por juízes monocráticos e tribunais das manifestações pela descriminalização da conhecida droga, na fundamentação, não distinguiu e não descreveu com a devida precisão os parâmetros constitucionais envolvidos[36]. Consequentemente, há três problemas que precisariam ter sido mais bem aprofundados. Primeiro, apesar de ter sido a liberdade de reunião mencionada com efusivo destaque, dezenas de vezes, sua específica relevância jurídico-dogmática, sobretudo no caso de proibições judiciais arbitrárias, não restou devidamente identificada. É o que resta claro com a menção reiterada ao caráter instrumental da liberdade de reunião em prol da liberdade de manifestação do pensamento[37]. Segundo, em

[33] Cf., com referências às origens da discussão germânica, notadamente ao constitucionalista *Klaus Stern* que tanto quanto observável cunhou a classificação das concorrências entre direitos fundamentais pelas categorias "ideal" X "aparente": Dimoulis e Martins (2014: 171-175).

[34] Recaindo uma intervenção estatal sobre outro direito fundamental, outras serão as exigências e condições para sua possível justificação constitucional por causa dos limites constitucionais previstos, que são outros. Sendo outros, também não podem ser transplantados sob pena de o intérprete subverter o sistema de limites aos direitos fundamentais tal qual concebido pelo constituinte.

[35] Cf. STF-ADPF 187 (Rel. Min. *Celso de Mello*), voto disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf (acesso em 14.04.2017).

[36] Cf. *ibid*.

[37] Cf., entre várias outras passagens encontradas no voto do relator: "[...] a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre circulação de ideias, configurando por isso mesmo um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar.". Cf. *ibid.*, p. 3. Malgrado

decorrência dessa primeira carência da fundamentação, não se vislumbrou nela a aludida concorrência dos direitos fundamentais. Terceiro, como decorrência dos dois problemas anteriores, restou insuficiente porque deixou de aplicar, sequencialmente, ambos os parâmetros normativos[38].

1.4 Em face de uma dada afirmação de inconstitucionalidade por violação do art. 5º, XVI CF, responde-se, nessa primeira etapa, se a conduta que se pretenda livre da intervenção estatal está ou não coberta pela área de proteção do direito. Aqui, pode-se proceder a uma diferenciação essencial à definição do que seja, em princípio, protegido. Distingue-se entre área de regulamentação ou área da vida, de um lado, e área de proteção, de outro[39]. Direito público-

---

o tão comum e exagerado uso de adjetivações que não têm o condão de fundamentar nada, tais passagens afirmam o valor abstrato e os desejados efeitos das liberdades concorrentes, ficando devedora da descrição do suporte fático normativo, dos limites e do modo justificado de impô-los.

[38] Em que pesem os aplausos à decisão, manifestados inclusive no debate da noite do dia 5 de outubro pelo colega debatedor, Prof. Dr. *Marcos Zilli*, o problema aqui levantado refere-se à fundamentação jurídico-dogmática dos votos dos membros do STF. O dispositivo da decisão e suas consequências políticas devem ser saudadas. Porém, é passada a hora de nos despedirmos de voluntarismos judiciais e de decisões que parecem buscar persuadir interlocutores como se fossem meros partícipes do debate político, ainda que com muito poder, vale dizer: poder "supremo". No caso da decisão do STF em apreço, as decisões dos juízes penais (objeto indireto da ADPF, uma vez que a ADPF recaia –em um também recorrente uso bastante problemático dela– sobre as interpretações judiciais do art. 287 do CPB que tipifica o crime de apologia) não violavam apenas os direitos fundamentais dos manifestantes. Com efeito, violavam também o próprio princípio constitucional do Estado de direito (art. 1º, *caput* da CF) ao considerar típica em face do art. 287 do CP a conduta de reivindicar uma mudança liberalizante da lei penal. Trata-se de um erro tão crasso de interpretação e aplicação do direito ordinário que as decisões penais beiram a fronteira do crime de prevaricação judicial. Com efeito, pelo sempre lembrado princípio da motivação racional o juiz do feito até tem uma muito ampla margem de apreciação das provas trazidas aos autos, mas não para impor seus preconceitos pessoais em detrimento da correta aplicação do direito posto, o que vale principalmente no processo penal. Não se trata, portanto, de dar intepretação conforme a Constituição ao art. 287 do CP que seria o caso se fosse colocada em cheque sua constitucionalidade abstrata. Do mesmo modo, não se trata da chamada "interpretação orientada por direito fundamental" como sendo um subcaso daquela - cf. a respeito da diferença: Schlaich e Korioth (2015: 321 s.). Nesse sentido, a provocação do STF foi também equivocada. A ADPF era, rigorosamente falando, inadmissível. Para os atingidos (acusados nas ações penais públicas e sentenciados à pena prevista no art. 287 do CP) seria o caso de optar por uma das seguintes alternativas: ou pela interposição de recursos até o extraordinário; ou por avocar o CNJ; ou por uma representação junto um órgão do MPE para o ajuizamento de cabíveis ações penais por crime de prevaricação judicial. Analítico, mas ainda menos diferenciado e aquém dos atuais reconhecimentos: Martins (2013).

[39] Cf. Dimoulis e Martins (2014: 133-137).

subjetivo à abstenção de intervenção estatal está presente somente junto ao fenômeno da reunião no sentido constitucional referido e cabe apenas aos reunidos que atendam às duas condições congêneres (caráter pacífico da reunião e não porte de armas).

Isso porque o intérprete pode ter à sua frente um encontro de pessoas: primeiro, que não se encontrem reunidas no já discutido sentido do art. 5º, XVI CF; ou, segundo, que, mesmo encontrando-se reunidas, não atendam às duas referidas condições. Em ambos os casos, uma hipótese de violação restaria refutada já nessa fase preliminar da primeira etapa do exame.

1.4.1 Não há como se desenvolver aqui, exaustivamente, critérios para a aferição do caráter pacífico de uma reunião. Também o aparentemente objetivo critério do porte de armas revela problemas hermenêuticos e práticos[40]. Por ora, temos de nos satisfazer com os poucos indícios que passo a apresentar.

É cediço que nem toda violação de normas penais por manifestantes descaracterizaria o caráter pacífico de uma reunião[41]. Caso contrário, a outorga da liberdade não estaria vinculando o legislador penal e seu aplicador, tornando-se, em larga medida, inútil. O direito fundamental vincula também, obviamente, o legislador penal e seu intérprete por excelência, o juiz penal. Isso é o que se chama supremacia da Constituição, concretamente falando.

O caráter pacífico de uma reunião, em regra, não estará presente, quando o elemento comunicativo da reunião desvirtuar-se em violência física contra pessoas e/ou coisas ou adquirir transcurso sedicioso[42]. A lei federal de reuniões da República Federal da Alemanha, em seu § 13 I, n. 2, definiu a condição negativa da ausência do caráter pacífico de uma reunião com essas duas características do transcurso violento ou sedicioso, acrescentando a iminência de sua ocorrência[43].

No primeiro caso, do transcurso violento, trata-se de se excepcionar as únicas condutas, penalmente tipificadas, cuja norma definidora, sua interpretação e aplicação não precisam ser justificadas constitucionalmente por não atingirem a área de proteção da norma jusfundamental: a lesão corporal e o dano, além de suas tentativas. Questionável é se o mero planejamento de atos de violência[44] implicaria tornar a reunião *ab initio* desprotegida jusfun-

[40] Cf. da extensa literatura especializada alemã entre muitos outros: Michael e Morlok (2016: 167) e a seguir no texto.

[41] Cf. *ibid*.

[42] Cf. por todos: Möllers (2015: 188 s.)

[43] Com fundamento no § 15 I BVersG (Lei Federal de Reuniões), a jurisdição administrativa devidamente provocada pode proibir uma reunião em face da qual haja fundamentados prognósticos de que ela terá marca sediciosa. Cf. a respeito Pieroth, Schlink, Kniesel, Kingreen e Poscher (2016: 374-375).

[44] Vide a profunda análise de Enders *et al*. (2011: 39-43).

damentalmente. Na dúvida, a reunião é protegida até o ponto da tentativa da prática de atos violentos, mesmo porque também uma reunião pacífica poderá sofrer intervenções estatais justificadas no momento da imposição dos limites constitucionais do direito fundamental. A consequência jurídico-dogmática é a submissão da intervenção, em princípio pautada em limite constitucional, ao ônus argumentativo estatal como, muito sucintamente, veremos ao final[45].

No segundo caso —de a reunião adquirir um transcurso sedicioso— tem-se de avaliar que, por mais questionadora do *establishment* que seja uma reunião ou uma marcha, deve poder ser esperado dela um mínimo de comprometimento com a ordem constitucional vigente[46]. Até porque é tal ordem que protege justamente a manifestação de opiniões minoritárias, exóticas e/ou mesmo potencialmente muito desagradáveis, não apenas para os detentores de poder político, mas também para a maioria da população. O referido comprometimento mínimo faltará quando uma reunião tiver por precípuo escopo atacar a ordem constitucional, tendo um ímpeto revolucionário que se corporifica, entre outros, principalmente, em ataques deliberados a forças de segurança policiais competentes para assegurar a ordem e segurança públicas[47]. Lembre-se, aqui, do conceito de "democracia militante"[48], segundo o qual a ordem constitucional democrática deve ser apta a responder, sem quebra institucional e violação de direitos de minorias ideológicas, de maneira idônea, aos ataques provenientes de radicais à direita ou à esquerda do espectro político-ideológico.

Questionável é, no mais, se a violência psíquica presente em ações de bloqueio de vias, autoestradas ou ferrovias por manifestantes sentados ou deitados descaracterizaria o seu caráter pacífico[49]. Sem dúvida, trata-se, no caso, de uma reunião no sentido constitucional. Trata-se de uma reunião tanto com

[45] Cf. sob III.

[46] Não faria sentido considerar que o constituinte tenha aceitado a possibilidade de ter criado uma ordem constitucional vulnerável em relação a movimentos revolucionários. Toda ordem constitucional, também uma de perfil democrático e que tutele direitos fundamentais de minorias políticas, tem a pretensão de ser perene.

[47] Cf. Möllers (2015: 189).

[48] Conceito cunhado por K. *Loewenstein* e K. *Mannheim* já na década de 1930. Cf. Loewenstein (1937: 417-433 e 638-658). O conceito tem respaldo em normas da *Grundgesetz* como o positivado direito à insurreição do art. 20, IV GG; a destituição de direitos fundamentais individuais (art. 18 GG); e o processo de proibição de partido político (Art. 21 II 2 GG) que for manifestamente inimigo da ordem constitucional vigente. Apenas dois processos, no início da década de 1950, movidos perante o TCF (logo no início de sua história jurisprudencial, portanto) foram concluídos com a proibição de partidos políticos: o sucedâneo do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães e o Partido Comunista. A respeito, v. na literatura de comentários a *Grundgesetz*: Jarass (2016: 478) e Pieroth (2016: 595).

[49] Cf. da série de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão a série de decisões *Sitzblockade* I, II e III (BVerfGE 73, 206; 92, 1 e 104, 92).

fulcro no referido conceito amplo, quanto no conceito estrito. Estão presentes o elemento comunicativo e o de comunhão de propósitos. A tendência no direito comparado alemão é afirmar, pelo menos em princípio, o caráter pacífico[50]. Resolve-se o choque entre esse tipo de reunião e outros bens jurídicos na etapa da justificação constitucional a que —repito— nos dedicaremos ao final da exposição.

Dessa hipótese de proteção devem ser apartados os bloqueios incendiários[51]. Por causa de seu alto potencial lesivo à integridade física de pessoas e de provocação de danos, excluem-se da área de proteção do direito fundamental tais condutas, pouco importando seu uso como instrumento de protesto político. Também podem ser consideradas sediciosas no sentido apresentado. Destarte, mesmo sendo reunião no sentido constitucional, não cumprem a condição apriorística do caráter pacífico que deve ser observado, já nesse ponto, pelos titulares do direito.

A conduta não pacífica de apenas alguns manifestantes não descaracteriza o caráter pacífico de toda uma reunião, desde que não haja uma "contaminação" de parte considerável de seus integrantes[52]. Pelo contrário, gera a necessidade do cumprimento de dever estatal de tutela por parte de forças policiais[53].

1.4.2 Por fim, "armas" no sentido do dispositivo constitucional podem ser quaisquer objetos aptos a causar lesões corporais. Deve estar presente a intenção de, efetivamente, usá-los. Isso não se verifica, salvo elementos fáticos que apontem em sentido contrário, em manifestações de militares ou de trabalhadores rurais cujos integrantes tragam consigo, como marca simbólica, instrumentos de trabalho que sejam em si considerados perigosos[54]. Ao contrário

[50] Cf., por exemplo, por todos, com suaves reservas na formulação: Hufen (2016: 485 s.): "Também puros bloqueios por pessoas sentadas não são *ab initio* não pacíficos [...] Isso vale também —enquanto não forem investidos outros meios não pacíficos— para reuniões que, por excelência, queiram atrapalhar certos processos econômicos ('Blockupy')".

[51] Bloqueios incendiários preenchem os elementos objetivos do tipo penal de incêndio (art. 250 do CPB). Como a atuação repressora e sancionamento penal de tais condutas não podem preencher o suporte fático da norma jusfundamental em apreço, seus autores não podem se valer de uma causa excludente da antijuridicidade por força, por exemplo, da figura do exercício regular de direito, como poderia ocorrer, em tese, com o bloqueio de pessoas sentadas. Neste caso, tem-se uma coerção psíquica *passiva* que, por sua vez, não estará presente se os manifestantes se prenderem a correntes, por exemplo.

[52] Trata-se de opinião amplamente majoritária na discussão germânica. Cf. por todos: Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015: 200), com a muito importante ressalva: "Entretanto, a reunião tornar-se-á não pacífica quando o corpo diretor da reunião ou a maioria dos participantes solidarizarem-se com o comportamento não pacífico de alguns".

[53] Cf. com análises exaustivamente diferenciadas: Pieroth, Schlink, Kniesel, Kingreen e Poscher (2016: 355-389).

[54] A aludida intenção de uso de um objeto com potencial de arma ou desta em sentido estrito relaciona-se à interdependência com a outra condição para o exercício protegido da

do respectivo texto da Constituição alemã, a Constituição Federal não separou os dois elementos com a conjunção aditiva "e". Optou por separá-los apenas com uma vírgula. Assim, denotou que se trata de um indício da presença ou não da primeira característica estipulada pelo advérbio de modo "pacificamente".

2. Sobre o alcance específico[55], temos de continuar nos orientando pelo teor do dispositivo. Protegidas são reuniões havidas "em locais abertos ao público". Poderíamos derivar dessa locução que reuniões realizadas em locais fechados não seriam protegidas por direito fundamental tendo em vista o argumento *a contrario sensu*? Definitivamente, não é o caso de se imaginar que reuniões a portas cerradas não fossem protegidas. Todavia, reparem que falei em proteção por "direito fundamental", de modo genérico. O teor indica que, de fato, o constituinte não ressalvou as reuniões feitas em locais fechados ao público em razão da incidência de outros direitos fundamentais concorrentes, tal qual da inviolabilidade do domicílio. Poder-se-ia pensar também na liberdade profissional ou na liberdade de crença[56]. Por sua vez, o constituinte alemão optou, ao contrário, por proteger, em sede do direito fundamental em apreço, todas as reuniões, também as realizadas a portas cerradas. No entanto, ressalvou a possibilidade de haver intervenção legislativa apenas em face de reuniões ao ar livre. Consequentemente, outorgou a liberdade das reuniões a portas fechadas sem reserva legal.

A razão da diferenciação constitucional entre reuniões em locais abertos ao público e reuniões em locais não abertos é, como o restante do dispositivo por seu teor revela, o potencial de reuniões em locais abertos ao público chocarem-se contra outros bens jurídicos. Pensemos, precipuamente, na gestão pelo poder público do uso ordinário e extraordinário de locais públicos como vias urbanas, praças e autoestradas.

---

liberdade que é o caráter pacífico da reunião. A finalidade implícita no uso do instrumento deve ser facilitar a prática de condutas típico-penais. Cf. Thiel (2016: 259), com referência expressa a Gusy (2014). Ressalvada a possibilidade de prova contrária, em princípio é evidente que a referida finalidade não está presente nas mencionadas reuniões.

[55] Ou seja, o conteúdo propriamente dito das condutas protegidas após a definição das condutas expressamente excluídas pelo constituinte.

[56] Trata-se de uma concorrência "ideal" e não apenas "aparente". Sobre o conceito de concorrência e suas duas referidas variantes: Dimoulis e Martins, 2014: 171-175. A consequência da presença de uma concorrência ideal para o exame de constitucionalidade é que (todos) os objetos do controle devem ser medidos com base em cada direito fundamental concorrente; não se podendo excluir parâmetros supostamente genéricos em prol de específicos (caso da concorrência meramente aparente). Praticamente todos os autores germânicos reconhecem em suas análises a concorrência em tese da liberdade de reunião com os direitos fundamentais mencionados no texto. Por todos, cf. Hufen (2016:487 s.).

Esse problema não se apresenta em reuniões realizadas em locais fechados. As reuniões em locais fechados são indiretamente protegidas, na medida em que se protege como direito fundamental, entre outras, a intimidade espacial do ambiente em que se realizem, caso em que se traz à baila, como aludido, o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Isso quer dizer que, a depender de seus diferentes escopos e dos ambientes fechados ao público em que esteja sendo realizada, uma reunião será protegida pelo direito fundamental à inviolabilidade do domicílio ou à liberdade profissional, à liberdade de imprensa, à liberdade de crença ou outras imagináveis.

Não obstante, em todos os aludidos casos, têm-se ambientes não apenas fechados ao público, como também privados[57]. Se, de um lado, para ambientes abertos ao público, o constituinte considerou *a priori* digna de proteção específica toda reunião pacífica, deixando a proteção das reuniões em ambientes fechados a cargo de outros direitos fundamentais individuais; de outro, não pretendeu, em absoluto, proteger reuniões convocadas para aqueles prédios públicos não reservados a essa finalidade[58].

No direito comparado alemão, a expressão ora discutida aparece na positivação de uma reserva legal e, assim, no âmbito dos limites ao direito fundamental. Contudo, o que se entende como reunião ao ar livre, literalmente: "sob o céu livre", pode ajudar o intérprete da Constituição Federal a descortinar o sentido da locução. Trata-se de uma reunião que tenha a possibilidade de se expandir, em tese, para todas as direções, de acesso livre, portanto[59]. Sabida-

[57] Independentemente do fato de poder ser uma reunião "pública" ou "privada", apesar de a titularidade do domínio da edificação em que se realize ser privada ou ser estatal. Cf. por todos, as "formas de reunião" descritas por Pieroth, Schlink, Kniesel, Kingreen e Poscher (2016: 358s. e 359-362). A par da recorrente dicotomia "locais abertos X locais fechados", apresentam uma segunda dicotomia muito relevante para a aplicação da lá vigente Lei de Reuniões – BVersG (*lex specialis*) e das leis estaduais gerais de segurança pública (*legi generali*), qual seja: "reunião pública X reunião não pública". Combinando as duas dicotomias, identificam-se quatro tipos de reunião: públicas em locais abertos, públicas em locais fechados, não públicas em locais abertos, não públicas em locais fechados. A caracterização como pública ou não dependerá das determinações prévias dos organizadores, as quais predeterminam ou não um público-alvo, especificamente convidado / convocado para a reunião. Tais predeterminações fazem também parte da área de proteção do direito fundamental; na dúvida, também o fazem em face do teor e contexto normativo do art. 5º, XVI CF.

[58] Lembre-se que se trata de um direito de resistência à intervenção estatal, que pressupõe metodologicamente uma estrita separação entre Estado e sociedade e que, para além daquela conhecida teoria da separação, tem repercussões práticas muito concretas. Não se trata de um direito de *status activus* que preconizaria, pelo menos em tese, uma pretensão ao uso de repartições públicas. Cf. Dimoulis e Martins (2014: 50 ss. e 53 ss.) e o aprofundamento teórico e metodológico em Martins (2012: 7-43).

[59] Embora se parta, para a conceituação das formas de reunião, de uma dimensão antes social do que espacial. Nesse sentido, cf. Pieroth, Schlink, Kniesel, Kingreen e Poscher

mente, repartições públicas são abertas ao público dentro de um determinado horário de funcionamento e para uma determinada finalidade. É principalmente sua capacidade funcional[60] que está em jogo. Portanto, a ocupação de prédios públicos para fins de protesto, obviamente pouco importando a causa defendida tendo em vista o mandamento de neutralidade ética do Estado[61], não é abrangida pela área de proteção da liberdade de reunião. É o que se dá, sobretudo, porque não configuram locais "abertos ao público" no sentido do art. 5º, XVI CF.

3. Questionável é, de resto, se a locução que finaliza o dispositivo "[...] desde que não frustrem outra reunião convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso a autoridade competente" deveria ser considerada como determinante de mais condições apriorísticas a serem atendidas pelos reunidos. Alternativa de interpretação seria que tal locução encerrasse, ao contrário, limites constitucionais ao direito fundamental. Tais limitações constitucionais são externas ao suporte fático do direito fundamental, que é o parâmetro do controle de constitucionalidade de exercício de qualquer poder constituído. Por isso, sua aplicação carece de justificação constitucional.

Destarte, a classificação dogmática —assim como ocorreu acima na avaliação do caráter pacífico ou não de bloqueios de vias ou estradas por manifestantes sentados ou deitados— é de suma importância, tendo em vista suas consequências para o exame específico de constitucionalidade. Entendendo-se como condições apriorísticas, excluir-se-iam da área de proteção as condutas individuais e/ou coletivas que não as tenham observado. Na qualidade de limite constitucional, o concreto impedimento ou sancionamento das condutas representaria intervenção estatal no exercício do direito. Esta seria, então, carecedora de justificação constitucional.

(2016: 359): "reuniões ao ar livre [literalmente: "sob o céu livre" - art. 8 I GG)] são aquelas que são realizadas no [contexto do] tráfego público, independentemente das [suas] relações com edificações". Nada obstante, nesse sentido, traz-se à pauta, por exemplo, um *shopping center* devidamente coberto e com segurança privada em suas entradas, mas nunca uma repartição pública.

[60] Em prol do propósito de se garantir a capacidade funcional de órgãos de segurança pública, pode-se relativizar o direito de acesso à informação arquivada em órgãos públicos. Cf. Kugelmann (2001: 77 ss., 162, 326 ss. e *passim*); e, especificamente no campo do direito policial: Schenke (2016: 34): proibição de identificar e fotografar policial, uma vez presentes determinadas circunstâncias.

[61] V. a respeito, em geral, a muito analítica exposição monográfica de Huster (2002). Enfatiza-o também Koll (2015: 295-235) que, como aqui, parte de um entendimento liberal do direito objetivo de reunião, apesar das competências para o Estado intervir legislativamente e da possibilidade de uso do instrumento da cooperação entre manifestantes e Estado, o que segundo ele implica "chance e perigo" ao mesmo tempo (cf. *ibid*., p. 305-324).

Mais uma vez, recorro ao direito comparado alemão. Lá, a obstrução intencional de uma reunião por manifestantes contrários ao seu escopo (contramanifestação), assim como a entrada ou presença de contramanifestantes infiltrados permanecem *ab initio* desprotegidas. Em outras palavras: trata-se lá não da imposição de limite constitucional externo a ser justificada, mas de conduta não protegida. Todavia, no correspondente teor do primeiro parágrafo do art. 8 GG não há nenhuma menção à frustração de outra reunião convocada para o mesmo local. Não obstante, caso uma reunião seja convocada para apresentar uma contramanisfestação que não implique a total frustração de uma reunião fixa ou móvel já em curso em dado local, esta será, em princípio, protegida: a liberdade de reunião contempla o propósito da contraexposição. O choque entre as duas reuniões deverá ser arbitrado com base na proporcionalidade das eventuais duas intervenções ao âmbito da justificação de cada um dos limites constitucionais aplicados[62].

No caso da mencionada locução da Constituição Federal, resta em aberto a possibilidade de uma frustração de outra reunião convocada para o mesmo local, como dado objetivo, não ser intencional[63].

No mais, a possibilidade de se restringir locais de reuniões e itinerários de passeatas encontra respaldo independentemente das intenções dos organizadores ou manifestantes na reserva legal com a qual o constituinte alemão fez acompanhar a outorga do direito fundamental. Lê-se no art. 8 II GG: "Para reuniões ao ar livre, esse direito pode ser restringido por intermédio de lei ou com base em uma lei". Na Constituição Federal brasileira, não se encontra tal reserva legal. Cabe, então, ao intérprete a difícil tarefa de investigar qual o sentido da ora estudada locução. Mais precisamente: se, e em caso afirmativo, qual propósito —lícito, constitucionalmente falando— poderia ser perseguido por uma lei ordinária, pelos órgãos administrativos e/ou pelos órgãos jurisdicionais, que aqueles revisam, quanto à legalidade e constitucionalidade. Seria mais uma condição apriorística a ser atendida pelos titulares do direito fundamental ou um limite constitucional externo no sentido aqui proposto?

[62] Cf. nesse sentido: Koll (2015: 245-259). No mais, cf. o interessante caso decidido pela 1ª Câmara do 1º Senado do Tribunal Constitucional Federal alemão publicada em: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – NVwZ*. Ano 2007. P. 1180 ss. Cf. também seu uso em cursos de direitos fundamentais como, principalmente, de Schildheuer (2015: 231-235) e amplo aprofundamento analítico e comparativo em: Martins (2017).

[63] Mais uma razão para que o legislador adense com máxima precisão os critérios para o procedimento de prévio aviso, distribuindo as cabíveis competências. Se não se pode condicionar a liberdade de reunião a uma autorização prévia, como deveria se lidar, por exemplo, com reuniões espontâneas e/ou urgentes não convocadas com razoável antecedência? Seria um bom critério a proeminência da reunião que for antes convocada ou a primeira ocupação de determinado local aberto ao público? Cf. o aprofundamento destes e outros questionamentos em: Martins (2017).

O prévio aviso a autoridade competente determinado na Constituição Federal só pode ser entendido como meio para o alcance de dois tipos de propósito constitucionalmente lícitos: ou do propósito de se impedir, objetivamente, que uma reunião frustre outra convocada para o mesmo local, ou de todos os propósitos finais constitucionais naquele implícitos ou afins. Portanto, trata-se de um limite constitucional cujo traçado concreto deve ser justificado, e não de uma condição prévia para o seu exercício a ser atendida pelo titular, tal como ocorre com as condições do "caráter pacífico" e "não porte de armas".

4. O alcance da área de proteção da liberdade de reunião estende-se, ainda, de maneira bem específica, à escolha do local de sua realização, do trajeto no caso de passeatas ou marchas e do horário, assim como a todas as medidas pertinentes à sua organização e divulgação prévias[64].

5. Por fim, quem se manifesta pode se valer do anonimato[65]. Qualquer medida de identificação promovida por forças policiais significa uma intervenção estatal no direito. Sendo intervenção, tem de ser justificada com fulcro em um limite constitucional para a liberdade de reunião. Deduzir o contrário seria atribuir ao Estado um poder específico ilimitado em face de um direito fundamental dos mais vulneráveis —porque potencialmente hostis a governantes de plantão— qual seja, um poder de intimidar ou desestimular o exercício do direito fundamental, causando um efeito de autocensura psicológica junto aos seus titulares[66].

Exemplos aqui dos mais recentes e eloquentes para ilustrar esse reconhecimento são os manifestantes alcunhados de "black-blocks". Caracterizados por ocultarem seus rostos em manifestações, têm tal escolha protegida pela liberdade de reunião, desde que cumpram os pré-requisitos do caráter pacífico

[64] Cf. por todos: Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015: 201 s.).

[65] Por vezes, busca-se extrair, de maneira absolutamente infundada e arbitrária por ser violadora do sistema de limites específicos a direitos fundamentais concebido pelo constituinte brasileiro, da vedação do anonimato da norma definidora do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, do art. 5º, IV CF consequências para a interpretação do art. 5º, XVI CF. Mas essa transposição de limites –mais especificamente: de uma exclusão de proteção da área de proteção do art. 5º, IV CF– é indefensável. Cf. as definições e crítica de Martins (2012: 216; 251 s. e 303).

[66] De resto, assim como ocorre nos demais direitos de comunicação social do art. 5º, IV CF, deve-se prevenir o desestímulo do exercício do direito fundamental por parte daquele que teme consequências sociais negativas do mesmo exercício. Exemplos aqui não faltam. Imagine-se, exemplarmente, o caso de possíveis consequências ao titular do direito em um ambiente de trabalho mais conservador, quando o propósito da reunião da qual queira participar seja, por exemplo, a reivindicação da legalização de drogas ou a defesa de outras causas mais "progressistas". Sobre esse efeito de autocensura que deve ser combatido pelo Estado em decorrência da dimensão objetiva do direito fundamental, vide Grimm (1995) e sobre a dimensão objetiva em geral do direito fundamental em tela: Schulze-Fielitz (2013: 1069-1075).

e não porte de armas, que não procedam à violência física e que não causem dano ao patrimônio público ou privado.

6. Verificando-se a pertinência de uma conduta à área de proteção, perdura a hipótese de violação, ainda não comprovada definitivamente. Isso porque uma reunião que seja, em princípio, protegida pode sofrer intervenções estatais provenientes de órgãos dos três poderes, possivelmente justificadas constitucionalmente. Verificar uma intervenção estatal pressupõe a identificação precisa de todas as condutas e situações contempladas pelo direito fundamental, tecnicamente abrangidas pela área de proteção, o que fizemos até aqui. É a verificação de uma intervenção pela via da obstrução dos comportamentos ou de cargas sobre as situações ou seus sancionamentos *a posteriori* que torna dogmaticamente imprescindível o questionamento dos limites e limites desses, ensejando um específico ônus argumentativo a ser cumprido pelo Estado.

II

Assim, chegamos à –comparada à primeira, brevíssima– segunda etapa da exposição. O estudo dos limites constitucionais ao direito fundamental à liberdade de reunião contrapõe-nos a uma tarefa hermenêutica menos simples quando comparada à correspondente tarefa que cabe aos colegas alemães. Como já referido, o constituinte alemão fez a outorga da liberdade de reunião "ao ar livre", correspondente à locução da Constituição Federal "em locais abertos ao público", vir acompanhada de uma reserva legal. Lembrando: "[...] esse direito pode ser restringido por intermédio de lei ou com base em uma lei". Uma reserva legal é uma das duas espécies de limite constitucional; a outra é o direito constitucional colidente. Este é limite implícito, porque decorre do sistema normativo-constitucional; aquele, explícito[67].

1. No presente caso do art. 5º, XVI CF, o constituinte brasileiro não se valeu de expressa reserva legal como técnica de previsão de limite. Não obstante, uma leitura atenta do dispositivo revela que —para além das descritas condições apriorísticas endereçadas ao exercício da liberdade, a serem atendidas pelos titulares do direito fundamental (caráter pacífico e não porte de armas)— há ainda a possibilidade jurídica de o Estado intervir, notadamente, no exercício do Poder Executivo. Ou, apesar de o direito ser exercido "independentemente de autorização", cabem os seguintes questionamentos. A quem, quando e como se deve avisar previamente a autoridade competente? Quem seria essa autoridade "competente"? Qual seria o procedimento; quais os prazos e recursos inerentes a tal dever de prévio aviso? Quais as consequências do não cumprimento desse dever? Ou por outro viés: como assegurar —respeitando-se bens jurídicos ameaçados por seu exercício ilimitado, como a ordem

[67] Sobre o conceito e o sistema de limites constitucionais a direitos fundamentais, v. Dimoulis e Martins (2014: 129-151).

e segurança públicas, outros direitos fundamentais de locomoção, de reunião, à igualdade etc.— o cumprimento da condição de não frustrar "outra reunião convocada para o mesmo local"?[68].

Somente a lei pode lastrear intervenções executivo-administrativas ou judiciais. É o que determina tanto o princípio da legalidade —que se reveste, na dogmática jusfundamental, do princípio da garantia da reserva de lei—, quanto o princípio da essencialidade[69]. Este implica a obrigatoriedade de os pressupostos básicos da intervenção serem definidos pelo legislador formal, razão pela qual se transmuta em uma "reserva parlamentar", isto é, cuja normatização (dos essenciais pressupostos da intervenção) não pode ser delegada a órgãos administrativos[70]. Tais leis são passíveis de justificação constitucional, desde que atendidos os critérios a serem apresentados na seguinte e final etapa da exposição.

2. Esse reconhecimento nos faz pensar até se não seria o caso de enxergar no pouco preciso teor do artigo 5º, XVI CF, além de uma espécie de reserva legal tácita, quase um mandado legislativo, caso em que se poderia, pelo menos em tese, reconhecer até mesmo uma inconstitucionalidade por omissão. Respondo negativamente a essa pergunta. E fundamento: por mais conveniente que seja uma regulamentação legal para a disciplina dos pressupostos de intervenções executivas e/ou judiciais na liberdade de reunião, não há de se reconhecer mandados constitucionais legislativos tácitos, uma vez que isso implicaria muita insegurança jurídico-constitucional. O estado da arte não é de inconstitucionalidade por omissão, mas de precariedade jurídico-constitucional das eventualmente necessárias e, exatamente por isso, justificáveis intervenções executivas. Isso denota mais um argumento em prol da conveniência político-jurídica da regulamentação do direito fundamental e consequente configuração do direito objetivo de reunião[71].

III

Com isso, chego à última parte da exposição e do exame proposto. Uma vez concretamente traçados pelo legislador ordinário os limites previstos pelo

[68] Cf. sobre estes e congêneres questionamentos: Martins (2017).

[69] Segundo tal princípio, as questões essenciais pertinentes aos pressupostos da intervenção devem ser definidas diretamente pelo legislador formal, caso em que a reserva legal especifica-se em uma reserva "parlamentar". A respeito, vide Dimoulis e Martins (2014, p. 162 s.).

[70] Cf. Dimoulis e Martins (2014, p. 163.), com referência a Pieroth e Schlink (2012: 64-65).

[71] O papel jurídico-dogmático da configuração infraconstitucional de direitos fundamentais, principalmente aqueles cuja área de proteção não tenham marca normativa, mas apenas comportamental e, com isso, não carecendo expressamente da configuração (caso dos direitos fundamentais a propriedade, casamento e herança, por exemplo) tem merecido atenção especial da literatura jurídica especializada alemã. Por todos, v. Bumke (2009) e Cornils (2005).

constituinte e interpretados e aplicados *a posteriori* por órgãos administrativos e judiciais, chega o momento de estudar as condições definitivas de sua justificação constitucional. Para esse fim, consolidou-se o princípio da proporcionalidade como critério de aferição de observância definitiva do parâmetro constitucional. Costuma-se caracterizá-lo, com razão, como a mais decisiva das espécies de limite dos limites dos direitos fundamentais[72].

1. Não obstante, no caso do direito comparado alemão, a locução adverbial, que aparece já no primeiro parágrafo do art. 8 GG e, assim, junto à outorga do direito fundamental, "sem aviso ou autorização", é entendida como um específico "limite do limite"[73]. Tal interpretação poderia ser dada também à correspondente do art. 5º, XVI CF, "independentemente de autorização", principalmente em face do restante do dispositivo já antes explicitado. Sem embargo, a exigibilidade do prévio aviso a autoridade competente deve servir a propósitos lícitos e de lastro constitucional direto, hipótese do chamado limite do direito constitucional colidente.

2. Contudo, a inexigibilidade de autorização poderia ser também entendida como um elemento redundante e, por isso, sem significado autônomo. O efeito principal de qualquer outorga de direito fundamental de liberdade é justamente uma vedação, endereçada ao Estado, de embaraçar, previamente, a conduta dos titulares que, em princípio, deve permanecer livre de intervenções estatais[74].

3. Também deve ser avaliado se a inexigibilidade de prévia autorização não seria endereçada, em regra, apenas à Administração, ou se também ao legislador. Em outras palavras: se o legislador poderia ou não prever hipóteses de proibição prévia de uma reunião. No mínimo, viriam à pauta alguns propósitos legislativos que servissem à proteção de bens jurídico-constitucionais[75].

4. Tais questões não têm como ser agora respondidas. Em todo caso, as intervenções legislativas teriam de observar o princípio da proporcionalidade. Tal princípio funciona como critério para o cumprimento do ônus argumentativo ínsito ao processo de justificação constitucional da imposição de um limite constitucional a direito fundamental. Não se confunde, em absoluto, com a arbitrária prática da ponderação ou sopesamento[76].

[72] Que no direito constitucional alemão tomou, por assim dizer, a função da intangibilidade do chamado conteúdo essencial. Cf. por todos: Dreier (2013: 1723 e 1726).

[73] Cf. Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2015: 200 ss.).

[74] Intervenções que podem ser em tese justificadas desde que cumpridas suas condições constitucionais, notadamente um ônus argumentativo pelo Estado. Cf. Dimoulis e Martins (2014: 141-151) e Martins (2012: 28-43).

[75] Hipótese do chamado direito constitucional de colisão ou colidente. Cf. Dimoulis e Martins (2014: 163-165).

[76] Cf. descrição e crítica em: Martins (2012: 65-88).

4.1 Todavia, na literatura jurídica pátria, o princípio da proporcionalidade faz parte do rol de institutos e figuras dogmáticas dos mais polissêmicos e, assim, obscuros[77]. Sem tempo para nos debruçarmos sobre os debates semânticos, teóricos e jurídico-dogmáticos, partimos aqui de um conceito especificamente jurídico-dogmático constitucional. Segundo ele, o princípio em tela é embasado no vínculo do legislador aos direitos fundamentais[78]. Legislador que, sendo autorizado por uma reserva legal, impõe limites ao exercício mais amplo possível de direito fundamental.

Como essa autorização não é absoluta, sob pena de o legislador, praticamente, contornar seu vínculo, tornando-o inócuo, o controle da constitucionalidade material de lei concretizadora deve se valer de um critério racional-jurídico.

4.2 Assim, a proporção a ser verificada deve ser procurada na relação entre o escolhido meio de intervenção e seu propósito, e não entre grandezas rígidas (bens, valores, interesses etc.), ou entre princípios formais colidentes. À instância política, notadamente ao legislador, cabe a determinação de propósitos a serem perseguidos e a escolha dos meios de intervenção nas liberdades para tanto[79]. Aos intérpretes, operadores e pesquisadores do direito constitucional cabe a análise, primeiro, da licitude *lato sensu* dos propósitos e meios de intervenção, além de cada relação meio-fim, que deve ser caracterizada pela adequação e necessidade. Adequado será um meio de intervenção se houver uma conexão baseada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas provocado pela intervenção e o estado de coisas observável quando o propósito puder ser considerado realizado. Eis a definição técnica do chamado subprincípio da adequação[80]. Necessário será o meio adequado que, comparado a todos os demais meios alternativos de intervenção, os quais também cumpram o primeiro requisito relacional da adequação, implique o menor impacto na liberdade atingida[81]. Por assim dizer, ao exame eliminatório da adequação, sucede o classificatório da necessidade.

Para ilustrar, imaginemos que o legislador federal promulgue uma lei, motivado pelo entendimento aqui defendido segundo o qual a obrigação de realizar prévio aviso, no sentido do art. 5º, XVI CF, implica uma reserva legal tácita. Alternativamente, poderia estar reconhecendo a necessidade de se regulamentar o direito com vistas a compatibilizá-lo com direitos constitucionais colidentes. Possivelmente, um dos seus dispositivos determinasse que o prévio

[77] Cf. o minucioso debate em: Martins (2012: 176-230).

[78] Consequente acento sobre esse fundamento também em: Martins (2012: 130 ss.).

[79] Cf. Dimoulis e Martins (2014: 196 ss.).

[80] Cf. Pieroth, Schlink, Kingreen e Poscher (2016: 72) e Dimoulis e Martins (2014: 203).

[81] Cf. Dimoulis e Martins (2014: 188-192 e 210-217).

aviso devesse ser feito por pessoa identificada como líder da manifestação[82]. Ao centralizar toda a comunicação na figura do líder da reunião, a finalidade poderia ser facilitar o trâmite do planejamento e da organização pelas autoridades competentes do devido acompanhamento da reunião na configuração, por exemplo, de uma passeata. Ter-se-ia, destarte, indubitavelmente, um propósito permitido e lícito. Pressupondo-se a constitucionalidade formal da lei federal, exame que tem de ser deixado ora de lado[83], o meio teria de ser adequado e necessário. Sem dúvida, o meio fomenta o propósito. Como, todavia, são imagináveis meios alternativos também adequados, quando se tratar de reuniões com poucos participantes que não demandem grande preparação por parte do poder público, a exigência genérica não teria cumprido o critério da necessidade e, com isso, finalmente, não observado o princípio da proporcionalidade. A intervenção legislativa representaria, assim, uma violação do artigo 5º, XVI CF.

IV

Concluo com uma reflexão para instrução do cogente debate. Uma lei de reuniões que definisse os contornos do direito objetivo de reunião é, em princípio, constitucionalmente possível, ainda que deva poder ser, em qualquer tempo, em face do parâmetro do art. 5º, XVI CF, abstratamente, assim como também sua interpretação e aplicação, controlada pelo Judiciário. Sua conveniência político-jurídica também me parece óbvia. A questão é escolher um modelo legislativo que oriente o início dos trabalhos.

À disposição, temos o modelo alemão do direito policial como ramo do direito administrativo e seu especial capítulo do direito de reunião, que goza de uma longa tradição[84]. Deveríamos nos despedir de discussões acadêmicas muito abstratas e, por isso, estéreis e inconsequentes, e da velha tendência ao ecletismo teórico e metodológico. Nesse sentido, propugno por menos anglicismos incompatíveis com nossa tradição civilista, mais busca da definição de uma agenda legislativa bem instruída e ulterior sistematização jurídico-

[82] Figura prevista pela Lei Federal de Reuniões alemã. Cf. mais uma vez a descrição de partes da lei e de seus institutos de Martins (2017).

[83] A competência para legislar no âmbito do sistema federativo brasileiro a respeito da matéria não consta no rol nem competências privativas da União, nem das competências concorrentes ou comuns (art. 22 ss. CF). Para a discussão sobre qual ente federativo tenha a competência legislativa, há de se ter em mente que o direito objetivo de reunião não se resume nem à disciplina do trânsito, nem à segurança pública. Sobre as múltiplas intersecções do direito objetivo de reunião: Martins (2017).

[84] O direito geral de segurança pública e policial remonta ao sec. XIX e o de reunião, como *lex specialis* em relação àquele, à promulgação da Lei Federal de Reuniões na década de cinquenta do séc. XX. Cf. Pieroth; Schlink; Kniesel; Poscher e Kingreen (2016: 2-6).

dogmática e jurisprudencial que atenda aos critérios de racionalidade jurídica de marca germânica!

Muito obrigado pela atenção!

3. Provocações conclusivas

O *Direito* —notadamente o direito público como sistema social autônomo— somente pode cumprir seu escopo, colocando rédeas no *sistema político* —que, no regime do Estado democrático de direito, lida com a dicotomia "titularidade legítima do poder" e "oposição"—, se os cientistas que dele se ocupam lograrem desenvolver teoria, método e dogmática jurídicos que reflitam, adequadamente, os desafios de sua operação.

A rigorosa observação e estudo de experiências bem sucedidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros e a busca de um real "diálogo entre as Cortes" —que pode e deve ser criticamente acompanhado pela pesquisa jurídica especializada— pode resultar em um auspicioso processo de aprendizado recíproco. Todavia, a condição para tanto é irmos além da retórica jurídico-discursiva, das odes e apresentação de catálogos de boas intenções políticas, as quais ainda permeiam muitos dos esforços envolvidos no âmbito do direito comparado e internacional. Definitivamente, não é no sistema jurídico que serão resolvidos os problemas políticos e as mazelas socioeconômicas que há séculos assolam os países latino-americanos.

Para ilustrar, o seguinte exemplo.

Na introdução e na conclusão de um de seus ensaios jurídicos, Bernhard Schlink balizou o problema das possibilidades do Direito em face do avanço da ciência e técnica biogenética. Sem dispensar a característica elegância literária, logrou no referido ensaio, do qual foram extraídos os excertos a seguir, um tratamento estritamente sóbrio de grandes dilemas filosóficos, éticos e políticos. Dilemas estes constitutivos dos direitos fundamentais de liberdade e seus limites, da "relação de tensão" como os chama o Tribunal Constitucional Federal alemão, seguido por muitos representantes da literatura jurídica especializada daquele país. Assim como no caso do exercício de outras liberdades individuais, garantidas em normas definidoras de direitos fundamentais (lá, principalmente da liberdade científica; aqui, da liberdade de reunião), tais dilemas implicam perigos e riscos que não podem ser nem ignorados, de um lado; nem decididos mais ou menos arbitrariamente, de outro. Decisões arbitrárias são todas aquelas destituídas de rigor jurídico-dogmático constitucional e jurídico-metodológico, naturalmente pouco importando se se atende com elas a certo *milieu* ou posicionamento político-ideológico considerado —por muitos ou quem quer seja— progressista. Mesmo porque esse atendimento de demanda pode ser sinônimo de política clientelista de legitimidade questionável até mesmo no *sistema político* que deve seguir regras intrínsecas em

prol da realização da democracia, que se dirá no *sistema jurídico*, junto ao qual as decisões devem ser com um grau satisfatório previsíveis.

Nas mesmas passagens citadas, Schlink não deixa dúvidas que as possibilidades e responsabilidades do Direito são e devem ser também limitadas. O que vale para os riscos implícitos no avanço da técnica deve valer *mutatis mutandis* para o acompanhamento do desenvolvimento do direito de reunião que também é –como visto– um direito de comunicação social. Assim, não se trata de acompanhar o desenvolvimento do direito de reunião a partir de uma política de forte lastro democrático e fidelidade constitucional para cerceá-lo com vistas a impedir que o novo "criador" viole a dignidade humana ou o direito fundamental à vida das "criaturas", como é o caso dos dilemas analisados na obra citada. Contudo, trata-se de se certificar das chances e riscos para o regime constitucional e democrático de direito que derivam do, em si, salutar e bem-vindo exercício do direito de reunião:

"Quando, nos anos 1960, se questionava a responsabilidade dos físicos, a bomba atômica já havia sido há muito desenvolvida e lançada e o uso pacífico da energia nuclear encontrava-se a todo o vapor. Quando se discutia, nos anos 1970, em razão [do advento] da pílula anticoncepcional, a dissociação entre sexualidade e reprodução, esta também já se tornara realidade. Quando hoje se insiste na diferença entre criador e criatura, como se ainda fosse possível interromper o processo de transformação da criatura em criador, crescem as crianças que somente graças a um ato criador humano foram concebidas in vitro. Os grandes debates do passado e o grande debate ético do presente confirmam que a filosofia, que tem a pretensão de ensinar como o mundo deve ser, sempre chega atrasada

"[...].

"Ensinar ao mundo que ele deve interromper o progresso técnico-medicinal para tanto a filosofia chega tarde demais e o Direito é fraco demais. Entretanto, insistir que ele deve pará-lo significa não somente perder tempo, como também não atende à responsabilidade que o Direito tem de acompanhar o progresso. Dar ao progresso um parâmetro, facilitando isso e dificultando aquilo, eventualmente também até proibindo isto é a possibilidade e responsabilidade que o Direito tem[85].

No prefácio do mesmo ensaio traduzido para o vernáculo (português), Schlink expressou-se sobre o diálogo entre os sistemas jurídicos aventado, da seguinte maneira:

A ciência jurídico-constitucional foi, durante muito tempo, uma questão nacional. Há 20 anos, o intercâmbio tem se tornado mais intenso e a ciência jurídico-constitucional, mais internacional. Nós observamos uns aos outros,

[85] Cf. Schlink (2014: 183 e 203).

conversamos uns com os outros, estimulamos uns aos outros e aprendemos uns com os outros[86].

O caso da regulamentação do direito de reunião —a se dar no contexto das salvaguardas metodológicas e jurídico-dogmáticas desenvolvidas— revela que é plenamente possível respeitar a margem de configuração da instância política que é o legislador formal ordinário sem, ao mesmo tempo, perder de vista a força normativa da Constituição. Esta deve ser atualizada pela constante possibilidade do controle de constitucionalidade dos resultados legislativos para o setor. Retóricas jurídico-discursivas despidas de preocupações metodológicas e jurídico-dogmáticas e boas intenções políticas em nada contribuem para se chegar a esse resultado.

A arte (obra artística) pode ser boa ou ruim, juízo que cabe à crítica especializada, e o exercício de sua liberdade constitucionalmente garantida ser politicamente engajado ou não. Tudo isso faz parte das possibilidades de autodeterminação do titular que são abertas por esse direito fundamental.

Por sua vez, ciência politicamente engajada não é ciência. Em não sendo ciência, não diagnostica com mínimo de procedência e precisão os complexos problemas que deveriam ser seus objetos e, por consequência, não tem como propor soluções a eles.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT: *Die Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

BADURA, PETER: Staatsrecht. *Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. 6ª ed. ampliada. Beck: München.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*. v. 29, p. 1–31, 1990.

BUMKE, CHRISTIAN: *Ausgestaltung von Grundrechten*. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderen Berücksichtigung der Vertragsfreiheit. Mohr Siebeck: Tübingen, 2009.

CORNILS, MATTHIAS: *Die Ausgestaltung der Grundrechte*: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

DIMOULIS, DIMITRI; MARTINS, LEONARDO: *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

DREIER, HORST: *Dimensionen der Grundrechte*. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993.

[86] Cf. BERNHARD SCHLINK,, Prefácio à edição brasileira de “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”, in MARTINS (2014: xxxii).

— Artikel 1 III [Grundrechtsbindung]. In: DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. Vol. I. Artikel 1-19. 3ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. P. 280-329.

— Artikel 19 II [Grundrechtseinschränkung]. In: DREIER, Horst. *Grundgesetz--Kommentar*. Vol. I. Artikel 1-19. 3ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. P. 1721-1734.

Enders, Christoph; Hoffmann-Riem, Wolfgang; Kniesel, Michael; Poscher, Ralf; Schulze-Fielitz, Helmuth: *Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes*. München: Beck, 2011.

França, Vladimir Da Rocha: Direito de reunião pacífica da Constituição Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*. v. 15, n. 61, p. 280–297, out./dez. 2007.

Grimm, Dieter: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Neue Juristische Wochenschrift – NJW.* v. 1995, p. 1697–1705.

Gusy, Christoph: *Polizei- und Ordnungsrecht*. 9ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

Häberle, Peter: *Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt. Heidelberg: Müller, 1983.

Hufen, Friedehelm: *Staatsrecht II*. Grundrechte. 5ª ed. München: C.H. Beck, 2016.

Huster, Stefan: *Die ethische Neutralität des Staates*: eine liberale Interpretation der Verfassung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

Jarass, Hans D.: Vorbemerkung vor Art. 1. In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Kommentar. 12ª ed. München: Beck. P. 15-37, 2011.

Kniesel, Michael; Poscher, Ralf: Versammlungsrecht. in: Lisken, Hans; Denninger, Erhard (org.), *Handbuch des Polizeirechts*. 4ª ed. München: C. H. Beck. P. 1009-1110, 2007.

Koll, Berend: *Liberales Versammlungsrecht*. Zum Stellenwert der Freiheit in den Versammlungsgesetzen. Baden-Baden: Nomos, 2015.

Kugelmann, Dieter: *Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

Jarass, Hans D.: Art. 18 [Verwirkung von Grundrechten]. In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Kommentar. 14ª ed. München: Beck. P. 477-480, 2016.

Loewenstein, Karl: Militant Democracy and Fundamental Rights. in: *American Political Science Review*. v. 31, P. 417–433 e 638–658, 1937.

Martins, Leonardo: *Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação:* Contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo [Manuscrito de artigo ainda não publicado, mas submetido à seleção por periódico jurídico], 2017.

— *Bioética à luz da liberdade científica*: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão [com um ensaio de Bernhard Schlink: "Questões atuais da proteção da vida pré-natal"]. São Paulo: Atlas, 2014.

— ADPF 187/DF: Marcha da Maconha. In: ANJOS Filho, Robério dos (org.). *STF e direitos fundamentais*. Diálogos contemporâneos. Salvador: Juspodivm. P. 277-305, 2013.

— *Liberdade e Estado constitucional*: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

Michael, Lothar; Morlok, Martin: *Grundrechte*. 5ª. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

Möllers, Martin H. W.: *Polizei und Grundrechte*. Ein Lehrbuch zu den Menschenrechten in der polizeilichen Praxis. 3ª ed. atualizada e ampliada. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 2015.

Pieroth, Bodo: Art. 21 [Politische Parteien]. In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Kommentar. 14ª ed. München: Beck. P. 582-602, 2016.

Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard: *Grundrechte*. Staatsrecht II. 28ª ed. Heildelberg: C.F. Müller, 2012.

Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard; Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf: *Grundrechte*. Staatsrecht II. 31ª ed. Heildelberg: C.F. Müller, 2015.

Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard; Kniesel, Michael; Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf: *Polizei- und Ordnungsrecht*. Mit Versammlungsrecht. 9ª ed. München, 2016.

Poscher, Ralf: *Grundrechte als Abwehrrechte*. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel: *Curso de direito constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2016.

Schenke, Wolf Rüdiger: *Polizei- und Ordnungsrecht*. 9ª ed. Heidelberg: Müller, 2016.

Schildheuer, Frank: *Grundrechte*. 4ª ed. Frankfurt: Jura Intensiv Verlag, 2015.

Schlaich, Klaus; Korioth, Stefan: *Das Bundesverfassungsgericht*: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. 10ª. ed. München: Beck, 2015.

Schlink, Bernhard: Prefácio à edição brasileira de "Questões atuais da proteção da vida pré-natal". In: MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica*: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão [com um ensaio de Bernhard Schlink: "Questões atuais da proteção da vida pré-natal"]. São Paulo: Atlas, 2014.

— Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: Badura, peter; Dreier, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Vol. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

— Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift - EuGRZ*. v. 1984, p. 457–468, 1984.

— Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft. *Der Staat*. v. 19, p. 73–107, 1980.

— *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

Schulze-Fielitz, Helmuth: Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]. In: Dreier, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. V. I. Artikel 1-19. 3ª ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. P. 1022-1077.

Thiel, Markus: *Polizei- und Ordnungsrecht*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

JUSTICIA Y POLÍTICA EN CHILE

Claudio Nash Rojas*

1. Introducción

La discusión sobre la relación entre justicia y política es una de las cuestiones que concitan mayor discusión y apasionamiento en el Derecho. Sin duda, resolver adecuadamente los límites del poder, delimitar los alcances de actuación de cada órgano del Estado, es un ejercicio de poder. La Constitución, en esa lógica, es el espacio normativo donde se resuelve el diseño institucional y, por tanto, la estructura de poder; se crean y delimitan las instituciones y se configuran procedimientos para resolver eventuales conflictos. Mas, esa es solo una parte de la historia. La forma en que esas instituciones actúan en la práctica, los distintos momentos históricos y sus desafíos son los que determinan la forma en que dicho diseño institucional se concretiza.

No hay duda de que la relación entre justicia y política es una cuestión normativa, pero también es práctica; y dicha práctica, es la que configura una idea o concepción del Estado de derecho en un momento histórico determinado.

En estas páginas pretendo plantear un cuestionamiento a una cierta mitología sobre la forma en que se ha resuelto la relación entre justicia y política en Chile en el último medio siglo. Parece ser un supuesto aceptado acríticamente que, a diferencia de otros países de la región, Chile ha logrado resolver una separación de la justicia de la política en términos clásicos montesquianos de división estricta de poderes, donde cada esfera de poder constitucional actúa dentro del margen de sus competencias y atribuciones, lejos del peligro que siempre acecha estos parajes constitucionales de posibles "politizaciones de la justicia" o "judicialización de la política".

Mi hipótesis es que Chile tiene consagrado constitucionalmente un modelo de separación de poderes que encapsula la actividad judicial al ámbito de la solución de controversias de alcance jurídico, distanciándola de la política como espacio de discusión de poder. Mas, en la práctica ha existido y existe una compleja relación entre justicia y política, con una mutua influencia que ha excedido —legítima e ilegítimamente— con mucho el modelo tradicional de separación de poderes.

* Ph.D. Académico de la Universidad de Chile.

A objeto de demostrar esta hipótesis, plantearé una reseña del diseño institucional constitucional chileno; revisaré algunos hitos en la historia del último medio siglo que dan cuenta de una fluida influencia de la justicia en la política chilena; se hará lo mismo respecto de algunos de los debates que actualmente están presentes en la sociedad chilena; para, finalmente, replantear la relación justicia y política en Chile a la luz del debate teórico predominante.

2. Diseño constitucional

La Constitución (CPR) de 1980[1], heredada de la dictadura militar, consagra un modelo de división de poderes donde la función de la judicatura es especialmente limitada. En las bases de la institucionalidad se establece que todos los "órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República" y que "la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley". Para mayor claridad aún de este principio constitucional, el artículo 7 señala: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en las formas que prescriba la ley". De esta forma, la Constitución establece una delimitación estricta en el actuar de las autoridades dentro del ámbito de las competencias y atribuciones dadas en el texto constitucional y establece sanciones para quienes se aparten de este actuar.

En cuanto a la actuación del poder judicial, capítulo VI, sus competencias y atribuciones se encuentran claramente delimitadas en el texto constitucional. El artículo 76 establece en su párrafo 1º lo siguiente: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".

Claramente, esta norma entrega una función principal al poder judicial: conocer y resolver las "causas civiles y criminales", esto es, le asigna una función delimitada para el ejercicio de la función jurisdiccional propia de un Estado de derecho. Esta función tiene una garantía en el mismo inciso y es la prohibición absoluta de que otros poderes del Estado puedan conocer de estas causas, pero tampoco revisar ni los fundamentos ni el contenido de las resoluciones y menos aún, revivir procesos "fenecidos". El mismo artículo 76, en su último párrafo, establece la relación del poder judicial con la fuerza pública y le autoriza a dictar órdenes para cumplir con lo resuelto por esta

[1] Constitución Política de la República de Chile 1980. Texto actual disponible en: *http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302*.

instancia, así como ejercer los medios de acción para cumplir lo ordenado. Las autoridades requeridas para dicho cumplimiento deberán "cumplir sin más trámite el mandato judicial".

En cuanto al sistema de nombramientos, en este sí hay intervención de otros poderes. Para el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, interviene la propia Corte, el Presidente/a y el Senado; para el caso de los ministros de Cortes de Apelaciones, la Suprema y el Presidente/a (artículo 78). En materia de responsabilidad, el juicio político está regulado constitucionalmente (artículos 52 y 53) y en el caso de los jueces, este procede por "notable abandono de deberes".

Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC) es un órgano de carácter constitucional (regulado en el capítulo VIII de la CPR), encargado del control preventivo y represivo de la normativa interna conforme lo dispone el artículo 93 de la CPR. Por tanto, su función dice directa relación como control del poder legislativo y en un modelo presidencialista como el chileno, donde los principales proyectos de ley son de iniciativa presidencial (artículo 65 inciso 3[2]), pasa a tener el Tribunal Constitucional una relación directa con el ejecutivo. La composición del Tribunal Constitucional es un claro modelo complejo donde participan, de distinta forma, el Congreso, la Presidencia y la Corte Suprema. La Constitución establece que sus miembros permanecerán en el cargo por nueve años y será inamovibles (artículo 92).

En cuanto a las funciones que le son asignadas a los órganos de justicia en materia constitucional, el actual texto constitucional —modificado en 2005[3]— establece que el Tribunal Constitucional conocerá de la constitucionalidad de las leyes, de la inaplicabilidad en el caso concreto y de la inconstitucionalidad de las normas (artículo 93, CPR). Por su parte, los tribunales ordinarios superiores, cortes de apelaciones y Corte Suprema, resuelven sobre los recursos de protección (tutela) y *habeas corpus* (artículos 20 y 21 de la CPR).

En definitiva, el diseño institucional limita y delimita estrictamente los ámbitos de competencia de los órganos de justicia, pero a la vez les confiere funciones que los ponen en relación con otros poderes y, en algunas materias, derechamente, los pone como control de las actividades del legislativo y del ejecutivo. En este sentido, las posibilidades de politización de sus actuaciones y de judicialización de la política no son descartables a la luz del diseño constitucional. En efecto, desde el momento que el modelo constitucional establece

[2] Artículo 65, inciso 3º: "Corresponderá al Presidente de la República la *iniciativa exclusiva* de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63" (cursivas nuestras).

[3] Ley 20.050, de 26 de agosto de 2005.

un catálogo de derechos fundamentales (artículo 19), y se abre a la protección internacional de los derechos humanos (artículo 5º inciso 2º[4]) y confiere a los órganos jurisdiccionales competencia para la protección de estos derechos, no hay duda de que el límite entre justicia y política se hace más tenue y poroso.

3. Hitos de la actuación política de la justicia en la historia reciente

Antes de entrar de lleno a las consecuencias del modelo constitucional chileno en la praxis de sus principales actores (los poderes del Estado y sus agentes) bajo el actual modelo constitucional, es interesante revisar algunos hitos en la historia reciente del país que dan cuenta de las formas en que se ha politizado la justicia y se ha judicializado la política. Para ello hay tres momentos relevantes, uno es la actuación del poder judicial en el Gobierno de Salvador Allende y específicamente en el preámbulo del golpe de Estado; otro, el papel de la judicatura bajo la dictadura militar; tercero, su papel en el período inicial de la transición a la democracia.

A) *Gobierno Salvador Allende y golpe de Estado*

Bajo el Gobierno de la Unidad Popular, presidido por Salvador Allende, la polarización fue una constante y la justicia no escapó a este fenómeno. La crisis institucional alcanzó su máxima expresión en 1973 con las declaraciones de la Cámara de Diputados sobre la supuesta ilegitimidad en la que habría caído el Gobierno presidido por Allende. La Cámara, en declaración de 22 de agosto de 1973, señaló que en cumplimiento de la función de fiscalización que le entregaba el artículo 39 de la Constitución de 1925[5] y teniendo en consideración que el Gobierno había incurrido en "un sistema permanente" de violaciones a la Constitución y la ley, llama a los ministros de Estado y a los miembros de las fuerzas armadas a poner fin a la situación[6]. Esta declaración era una clara incitación al golpe de Estado, que un par de semanas más tarde se concretaría.

[4] Artículo 5º, inciso 2º: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

[5] Función de fiscalización de los actos de Gobierno. Constitución de 1925, vigente al momento del Golpe de Estado. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1925.pdf.

[6] Acuerdo de la Cámara de Diputados sobre el grave quebrantamiento del orden legal y constitucional de la República, del 22 de agosto de 1973, disponible en: http://www.bicentenariochile.cl/attachments/017_Acuerdo%20C%C3%A1mara%20de%20Diputados%2022%20agosto%201973.pdf.

El poder judicial y, particularmente, la Corte Suprema, no estuvieron al margen de dicho conflicto. El Pleno de la Corte, en junio de 1973, envió un oficio al Presidente Allende, en el que planteaba una serie de problemas que tenía el poder judicial con el ejecutivo. Planteaba problemas sobre la persecución que sufrían los jueces, el intento que veía la Corte de que el Presidente quisiera inmiscuirse en las atribuciones privativas de los tribunales de justicia (establecidas en la Constitución de 1925 en términos similares a los que ya reprodujimos del artículo 76 de la Constitución de 1980), el permanente incumplimiento de las resoluciones judiciales, la discusión planteada por el ejecutivo sobre el mal uso que se estaba dando al derecho penal por los tribunales, y concluía con una larga enumeración de casos concretos que tensionaban la relación entre ambos poderes.

Leído el oficio en el contexto histórico, claramente era un argumento más sobre la supuesta ilegitimidad del Gobierno socialista que luego sería base del discurso de justificación del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973.

B) *El silencio de la justicia bajo la Dictadura Militar*

Durante la dictadura militar chilena (septiembre 1973 - marzo 1990), el poder judicial fue un aliado permanente del dictador. Desde el comienzo cumplió relevante papel; no deja de ser simbólico que fuera el presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia, quien en 1974 entregó la banda presidencial a Pinochet. En una dictadura violenta, como la chilena, las violaciones de derechos humanos son parte de una política de Estado que requiere la total sumisión de los poderes del Estado a la figura del dictador[7]. Así lo hizo el régimen militar al concentrar el poder ejecutivo y legislativo en manos de las fuerzas armadas y de algunos civiles cómplices; por su parte, el poder judicial no tuvo problemas en sumarse, vía inhibición de su papel de protección, a la política represora[8].

En efecto, no es posible explicarse la brutalidad de las violaciones de derechos humanos en Chile sin la participación del poder judicial, que renunció a proteger los derechos humanos de las personas perseguidas por la dictadura. Esto no fue solo una reacción inicial de posible y comprensible temor, sino que fue una política permanente durante toda la dictadura. Basta un ejemplo: entre 1973 y 1983 solo fueron aceptados a tramitación 10 de 5.400 recursos de *habeas corpus* presentados por la Vicaría de la Solidaridad.

[7] Ver Informe Comisión de Verdad y Reconciliación, 1991, Cap. IV, disponible en: http://www.ddhh.gov.cl/wp-content/uploads/2015/12/tomo1.pdf

[8] Informe Comisión Prisión Política y Tortura, 2004, Cap. III, disponible en: http://www.derechoshumanos.net/paises/America/derechos-humanos-Chile/informes-comisiones/Informe-Comision-Valech.pdf

Con ocasión de los cuarenta años del golpe de Estado, la Corte Suprema hizo un histórico *mea culpa* de su actuar en dictadura y señaló: "No cabe sino reconocer que si esos atropellos efectivamente ocurrieron, en parte se debió a la omisión de jueces de la época que no hicieron lo suficiente para determinar la efectividad de dichas acciones delictuosas, las que por cierto ofenden a cualquier sociedad civilizada"[9]. Y agregó, respecto del papel de la Corte Suprema de la época, que esta no ejerció el liderazgo esperado frente a hechos que conocía, "toda vez que les fueron denunciadas a través de numerosos requerimientos jurisdiccionales que se promovían dentro de la esfera de su competencia, negando de esta manera la efectiva tutela judicial de que gozaban los afectados"[10]. Lo que omitió esa declaración en 2013 fue la petición de perdón que se espera frente a dicha grave omisión de su función de defensa de los derechos de las personas.

De esta forma, el poder judicial cumplió un papel clave en la dictadura como parte de una política de represión masiva y sistemática: no cumplió su deber de proteger a las personas, politizando su actuar de manera evidente y condenable. Sin duda, si hablamos de politizar la función judicial, esta es la peor experiencia.

Respecto del Tribunal Constitucional hay poco que decir. Si bien volvió a funcionar en el período de la dictadura, no hubo ninguna actividad relevante a su respecto. Tal vez lo único rescatable fue su sentencia sobre registros electorales, que obligó a la dictadura a contar con estos para el plebiscito de 1988, lo que constituyó un marco mínimo de legitimidad que contribuyó al resultado final desfavorable a la continuidad del régimen militar en el poder[11].

C) *La justicia y su función política en la transición a la democracia*

Podría pensarse que el retorno a la democracia y a la normalidad institucional, implicarían que la justicia asumiría un papel activo para legitimarse democráticamente. Ayudaba a este escenario el hecho de que en 1989 se hiciera una reforma constitucional, que mejoraba la protección constitucional de los derechos humanos, estableciendo en las bases de la institucionalidad que la soberanía estaba limitada por los derechos contenidos en los tratados internacionales vigentes en Chile y que era deber de todos los órganos del Estado, promoverlos y respetarlos[12]. Asimismo, entraba en pleno vigor el sistema de

[9] Fuente: *http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/09/06/618455/suprema-reconoce-que-por-acciones-u-omisiones-el-poder-judicial-fallo-en-dictadura.html*.

[10] Fuente: *http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/09/06/618455/suprema-reconoce-que-por-acciones-u-omisiones-el-poder-judicial-fallo-en-dictadura.html*.

[11] E. Valenzuela, *Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2003.

[12] Historia de la ley 18.825 que modificó la Constitución Política, disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/596/1/HL18825.pdf

protección constitucional de derechos (al levantarse los estados de excepción) mediante la acción de protección (tutela) que permite a las autoridades judiciales tomar "las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado" respecto de algunos de los derechos constitucionales[13]. Abriendo, de esta forma, las puertas para un papel activo de la justicia para la protección —al fin— de los derechos humanos como parte esencial de su misión en un Estado de derecho.

Lamentablemente, durante un largo tiempo de la transición chilena eso no fue así[14]. Desde el retorno a la democracia surgió con mucha fuerza el tema del juzgamiento de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Mas, la dictadura había dejado un obstáculo normativo, el Decreto Ley (DL) 2.191 de 1978, que establecía amnistía por los crímenes ocurridos hasta ese momento (salvo algunas pocas excepciones)[15]. Muy tempranamente, la Corte Suprema había establecido que el decreto referido no violaba la Constitución[16]. El Presidente Aylwin, llegando al límite de sus atribuciones, en 1991 envió un oficio a la Corte Suprema en que planteaba la postura del Gobierno sobre el decreto referido, y en él sostenía la necesidad de que los casos de violaciones de derechos humanos debían ser investigados hasta determinar responsabilidades.

Tendría que pasar más de una década para que, recién en 2004, la Corte Suprema asumiera la postura que hasta hoy mantiene sobre la inaplicabilidad del DL 2.191 por ser contrario a las obligaciones internacionales del Estado de Chile que son un límite a la soberanía del Estado[17].

En consecuencia, durante años, la Corte Suprema fue un obstáculo para la verdad y la justicia en Chile. Eso la hizo ser parte de un juego político entre

[13] Artículo 20, inciso 11: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24° y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

[14] Alejandra Matus, *Libro Negro de la Justicia*, disponible en: http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/lnegro/.

[15] Decreto-ley 2.191, de 19 de abril de 1978, disponible en: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6849.

[16] Francisco Zúñiga, "Comentario a la sentencia en el 'caso Molco' de la Excma. Corte Suprema", de 13 de diciembre de 2006", en *Estudios Constitucionales*, Año 5, núm. 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2007, págs. 525-531.

[17] Corte Suprema ('Caso Sandoval'), Rol Nº 517-2004, sent. de 17 de noviembre de 2004.

el Gobierno y la oposición de la época, donde el máximo tribunal cumplió un relevante papel, mucho más allá de las funciones que le son asignadas por la Constitución.

Además de este debate fuertemente político sobre la función de los tribunales para el mantenimiento de la impunidad en Chile, también hay una cuestión que ha sido menos visible sobre la función política de la justicia en Chile y dice relación con la protección de derechos humanos a través de las acciones constitucionales. Como hemos visto, el diseño institucional asigna ciertas funciones de protección de derechos al poder judicial, constituida por una base normativa esencial para que esta protección sea efectiva. Nuevamente, el problema ha sido práctico. Durante años, los tribunales superiores de justicia en Chile tuvieron una actitud renuente a utilizar los instrumentos constitucionales e internacionales para una efectiva protección de los derechos humanos. La interpretación que han hecho de los derechos fundamentales y de los instrumentos de protección reflejaba una concepción de los derechos fundamentales que no daban cuenta de la centralidad que estos tienen para la legitimidad de la actuación estatal[18].

Solo con la aplicación de importantes reformas procesales en Chile (penal, familia, laboral) se ha comenzado a desarrollar un acervo jurisprudencial que asume una perspectiva garantista de los derechos humanos, donde se van utilizando progresivamente los estándares internacionales de derechos humanos para lograr una mejor protección de estos[19].

4. Los debates políticos actuales y el papel de la justicia

A) *Tribunal Constitucional*

Después de la reforma constitucional de 2005, que redefinió las funciones del Tribunal Constitucional, este por la vía de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad comenzó a desarrollar una actividad más visible. Pero no hay duda de que ha sido el uso del Tribunal con fines políticos lo que ha centrado la discusión en el país sobre esta institución. Este uso político se ha basado en utilizar las facultades de control preventivo que tiene asignadas el Tribunal Constitucional a fin de evitar transformaciones relevantes al diseño institucional de la dictadura. Cuatro asuntos altamente debatidos, me parece, pueden iluminar este papel político del Tribunal Constitucional chileno.

[18] Claudio Nash, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010.

[19] Claudio Nash y Constanza Núñez, "Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, 2017, págs. 185-231.

Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). No hay duda de que el tema de los derechos humanos ha sido parte esencial de la historia de Chile el último medio siglo. Después de la derrota de la dictadura en el plebiscito de 1988, la oposición y el gobierno saliente concordaron en una reforma constitucional que, entre otras materias, reformaba las bases de la institucionalidad y dotaba de rango constitucional a los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Pese a este objetivo claro, el Tribunal Constitucional en 2002 dictó una sentencia en que estableció que los tratados internacionales de derechos humanos tenían un rango simplemente legal y la reforma no habría modificado la jerarquía de los derechos humanos en el sistema normativo interno[20]. Esta errada postura, distinta de la que adoptaría en 2004 la Corte Suprema, ha provocado un efecto ralentizador en una aplicación sustantiva de las normas internacionales en Chile[21]. Afortunadamente, los últimos años esta postura ha ido evolucionando hacia una mayor integración de las normas internacionales en el debate constitucional y en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional[22].

El tema indígena y el Convenio 169. No hay duda de que uno de los grandes desafíos de Chile en materia de derechos humanos es la cuestión indígena. En ese sentido, la ratificación del Convenio 169 de la OIT era un paso esencial para fijar un marco normativo donde se pudiera desarrollar una política estatal para avanzar en las cuestiones demandadas desde los pueblos indígenas: reconocimiento, territorios, identidad cultural, entre otros. Aquí, nuevamente, el Tribunal Constitucional adoptó una posición alineada con la política segregacionista impulsada desde los sectores más conservadores de la sociedad chilena. Si bien el Tribunal no ha objetado la constitucionalidad del Convenio, sí ha dictado una serie de sentencias en las que le ha quitado peso al tratado, planteando que no sería una normativa autoejecutable, que no consagraría derechos humanos, y limitando el alcance del derecho a consulta[23].

El Gobierno de la presidenta Bachelet asumió desde un comienzo un desafío transformador. Para ello contaba, formalmente, con la mayoría de ambas cámaras. De ahí que era factible pensar en que el impulso transformador podría concretarse en modificaciones políticas y económicas profundas. Esto

[20] Tribunal Constitucional, Rol Nº 346/2002, sent. de 8 de abril de 2002.

[21] Nash y Núñez, "Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno", *op. cit.*, 2017.

[22] Constanza Núñez, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2015.

[23] Sentencias del TC sobre la materia: Tribunal Constitucional, sent. de 4 de agosto de 2000. Rol Nº 309-2000; sent. de 3 de abril de 2008. Rol Nº 1050-2008; sent. de 24 de junio de 2011. Rol Nº 1988-2011; sent. de 23 de enero de 2013. Rol Nº 2387-2012, y sent. de 30 de septiembre de 2013, Rol Nº 2523-2013.

ocurrió en materia de reforma al sistema político y parcialmente en materia de reforma tributaria. Pero en la cuestión más relevante en el debate político chileno, la reforma educacional, el Tribunal Constitucional asume plenamente su papel de guardián del modelo heredado de la dictadura. Uno de los pilares de la reforma era eliminar el lucro de la educación. Para ello se somete a discusión en el Congreso un conjunto de leyes que apuntaban en este sentido y se toma una medida administrativa para dar paso a la demanda de gratuidad de la educación superior. Un grupo de parlamentarios de derecha recurre al Tribunal Constitucional para objetar la vía de financiamiento —gratuidad a través de una glosa en el presupuesto general de la Nación— de la educación superior. El Tribunal Constitucional acogió el planteamiento de los parlamentarios, minoría en el Congreso, y determinó que el Gobierno no puede diferenciar legítimamente entre instituciones de educación superior con fines de lucro y sin fines de lucro para determinar la gratuidad de la educación[24]. Esto constituyó un duro golpe a la reforma educacional basada en el fin al lucro en la educación y constituyó un triunfo de sectores minoritarios de la sociedad en evidente perjuicio de los intereses de la mayoría.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional en el mismo sentido que el de la reforma educacional se dio en la discusión de la reforma laboral. La presidenta Bachelet planteó una reforma a la legislación laboral para fortalecer las instituciones sindicales y el derecho de huelga. Nuevamente, en vistas del consenso mayoritario en el Congreso, parlamentarios de derecha recurren al Tribunal Constitucional para evitar la reforma en un aspecto clave, la titularidad sindical. Al igual que en el caso anterior, esta postura triunfa en el Tribunal Constitucional y se impone una visión restrictiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y se interpreta el texto constitucional de forma tal que sus derechos humanos son interpretados en forma restrictiva y los límites en forma amplia[25].

Miradas en su conjunto, estas decisiones evidencian un claro uso político de la justicia por sectores conservadores, que ven en el Tribunal Constitucional un espacio propicio para oponerse a las reformas que buscan transformar elementos de fondo del modelo heredado por la dictadura. Muy decidor de esta perspectiva es el lenguaje utilizado por parlamentarios de la derecha chilena quienes “amenazan” al Gobierno con el Tribunal Constitucional y buscan con esto generar espacios de negociación que contrarían las posiciones mayoritarias en la ciudadanía chilena[26].

[24] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2935-15-CPT, sent. de 21 de diciembre de 2015.

[25] Tribunal Constitucional, Rol Nº 3016 (3026)-16-CPT, sent. de 9 de mayo de 2016.

[26] Contundentes son las declaraciones de la Ministra de Educación en relación con la gratuidad, donde califica como un abuso la “amenaza” de llevar el debate al Tribunal Constitucional por la oposición; disponible en: http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/11/23/delpiano-califica-como-abuso-amenaza-de-oposicion-de-llevar-glosa-de-gratuidad-al-tribunal.shtml.

En uso de sus facultades represivas, el Tribunal Constitucional también ha entrado al debate político al señalar la contravención constitucional de ciertos aspectos de la normativa interna que han tenido un importante efecto político. El caso más importante, por el efecto social y económico de la postura asumida por el Tribunal Constitucional, fueron sus sentencias en materia de previsión social. El Tribunal Constitucional, desde 2009, dictó un grupo de sentencias en las que establece que el sistema privado de seguros de salud (ISAPRES) estaba discriminando a las mujeres al establecer cotizaciones más altas que a los hombres[27]. Si bien el Tribunal Constitucional estableció claramente esta discriminación, aún está pendiente una reforma legal al sistema que se haga cargo del tema. Esto ha dejado sin efecto práctico a estas sentencias. No hay duda de que aquí se expresa en toda su magnitud el impacto político que puede tener una sentencia constitucional cuando toca intereses económicos de los sectores más influyentes de la sociedad.

En definitiva, el modelo constitucional chileno establece un control constitucional, por tanto, es un diseño constitucional con un actor contramayoritario (justicia). Por tanto, la cuestión no es el diseño, sino la forma en la que actúan los actores dentro de este diseño[28]. La protección de la Constitución que sería un fin legítimo para un poder contramayoritario, es usado en Chile como una tercera instancia política para conservar el modelo chileno heredado por la dictadura[29].

B) *Poder judicial*

Como ya hemos visto, la primera década y media de la transición (1990-2004), el poder judicial siguió muy arraigado al pasado dictatorial. Esto fue cambiando paulatinamente con la integración de nuevos magistrados de la Corte Suprema y con el profundo cambio cultural que implicó la reforma al proceso penal chileno[30]. El principal efecto de este cambio es que desde el año 2004 la Corte Suprema asume plenamente la reforma constitucional de 1989 en materia de derechos humanos, se separa de la tesis del Tribunal Constitucional e interpreta que los tratados de derechos humanos, en virtud del artículo 5 inciso 2º, tenían rango —a lo menos— constitucional. Esto

[27] Por todas, ver: Tribunal Constitucional, Rol Nº 1710-10-INA, sent. de 6 de agosto de 2010.

[28] Claudio Nash, *La Concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica, op. cit.*, págs. 235-257.

[29] Fernando Atria y Constanza Salgado, "El TC como tercera cámara: la continuación de la política por otros medios", en *Diario Digital El Mostrador*. 9 de marzo de 2015, disponible en: http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/.

[30] La reforma procesal penal dio paso a un sistema acusatorio reemplazando al inquisitivo vigente en Chile. Se comenzó a aplicar en diciembre del año 2000 y se completó el proceso en 2005 con la entrada en vigor del nuevo procedimiento en la Región Metropolitana.

implicó, en la práctica, dejar sin efecto la aplicación del DL 2.191 de 1978 y, además, abrió las puertas para una nueva forma de interpretar los derechos fundamentales en nuestra jurisprudencia contenciosa.

En ese marco, desde 2008 comienza a perfilarse sostenidamente una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema —más allá de los casos relativos a la dictadura militar— en una línea que ya venían asumiendo las cortes de apelaciones del país, donde los derechos humanos se comienzan a interpretar de manera más garantista y, de esta forma, comienzan a ser utilizados junto a la normativa internacional para una mejor y más profunda protección de los individuos. Claros ejemplos de esto son los distintos usos que se ha dado al DIDH en la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos. En un estudio reciente[31] hemos revisado la forma en que los tribunales han usado el DIDH y hemos podido comprobar que este ha sido usado, sustantivamente, mediante el bloque de constitucionalidad, la interpretación *pro persona* y el control de convencionalidad[32], para darle contenido a principios constitucionales, llenar lagunas, complementar y concretar derechos fundamentales consagrados legal y constitucionalmente, resolver sobre restricciones de derechos, entre otros usos[33].

Esta evolución jurisprudencial, como parece lógico, ha implicado un papel más activo de los tribunales en debates de políticas públicas. Tradicionalmente, los tribunales chilenos habían evitado entrar en temas que eran considerados propios del ámbito de "la política", particularmente en materias que implican cuestionar asuntos con impacto financiero. Sin duda el ejemplo más claro era el de la situación carcelaria. En estos casos, pese a la evidencia de las condiciones inhumanas en el sistema penitenciario chileno, los tribunales habían evitado entrar en esa discusión, aduciendo que este era asunto propio del ejecutivo[34]. Mas, los últimos años los tribunales han ido desarrollando una política cada vez más activa en la materia, llegando a dictar sentencias que establecen la obligación de la autoridad ejecutiva de adoptar medidas generales con un evidente impacto financiero[35].

[31] Claudio Nash y Constanza Núñez, Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile, Estudio en el marco del proyecto apoyado por el Fondecyt Nº 1150571, sobre "Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales superiores en Chile", Santiago de Chile (en prensa).

[32] Claudio Nash y Constanza Núñez, "Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno", *op. cit.*, 2017.

[33] Claudio Nash y Constanza Núñez, *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile*, *op. cit.*.

[34] Corte Suprema, Rol N° 3333-2006, sent. de 15 de enero de 2007.

[35] Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2154-2009, sent. 31 de agosto de 2009, consid. 8.

Asimismo, en un tema que aún tiene un importante efecto político en Chile, cual es el juzgamiento de las violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos ocurridas en la dictadura, los tribunales han asumido un inesperado liderazgo. Se ha encargado a magistrados de las cortes de apelaciones hacerse cargo de estas causas y conducirlas a su término. Esto ha implicado ampliar las investigaciones e ir dictando sentencias condenatorias en una serie de casos que habían estado décadas en situación de olvido. Asimismo, la Corte Suprema ha ido dando cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana y ha reabierto causas cerradas, acogido recursos de revisión respecto de causas con sentencias dictadas por Tribunales de Guerra, entre otras medidas. En ese mismo sentido, la justicia ha dictado importantes sentencias que han permitido la reparación de violaciones de derechos humanos, pese a los obstáculos internos opuestos por el Consejo de Defensa del Estado para intentar —con éxito en algunos casos— evitar el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos[36]. Como es obvio, en un país aún dividido por la experiencia de la dictadura militar, este tipo de actuaciones del poder judicial tienen un alto impacto político y son parte relevante de la discusión pública.

En los últimos años ha surgido en Chile la cuestión de la corrupción, que ha obligado a la sociedad y a los distintos actores institucionales (partidos políticos, autoridades, académicos, operadores de justicia) a replantearse la forma en que se han aproximado históricamente a dicho fenómeno. No hay duda de que Chile no escapa a los temas de corrupción que aquejan a muchos países en la actualidad y ahí el debate sobre el papel de la judicatura en una materia de consecuencias políticas evidentes es ineludible. Ha sido, precisamente, la justicia la que ha desempeñado un importante papel en este tema. No solo haciéndose cargo de aquellos casos que involucran actos de corrupción del General Pinochet y su entorno inmediato[37], sino también asumiendo actualmente un importante papel en causas con un fuerte contenido político. En efecto, uno de los asuntos más discutidos en Chile es el del financiamiento ilegal de la política, del tráfico de influencias y el del cohecho. Estos casos están siendo investigados por el ministerio público y, por tanto, la actuación de la justicia ha pasado a ser un elemento clave para dar una salida a este problema en el país, sobre todo porque las salidas políticas son muy difíciles en un contexto donde, precisamente, estos actores son los cuestionados. La legitimidad de la justicia para enfrentar estos casos no está en discusión. De ahí que la forma en que los afronte tendrá repercusiones políticas evidentes,

[36] Claudio Nash, *Responsabilidad internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2014.

[37] Patricio Orellana, "Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre", en *Polis, Revista Latinoamericana*, núm. 8, 2004, disponible en: https://polis.revues.org/6120?lang=en.

transformando la justicia en parte de un juego político aun de insospechadas consecuencias[38].

C) *Convergencias*

Finalmente, en este apretado repaso de temas que ha abordado la justicia y que tienen gran impacto en la política, no puede dejar de mencionarse un punto de convergencia entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, cual es el de los límites de la Constitución y, particularmente, de los derechos humanos, a la discrecionalidad administrativa del aparato de poder público[39]. Esto es muy relevante en la lógica de que los derechos humanos no solo constituyen hoy un límite al poder del Estado, sino que son un elemento de legitimidad de la actividad pública.

En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han establecido un criterio único: la discrecionalidad de la autoridad política y administrativa en ningún caso significa descontrol y menos, arbitrariedad. Para definir cuál es la base de dicho control y cuál es el límite de la discrecionalidad para que no constituya arbitrariedad, los derechos humanos tienen un papel fundamental, en particular, aquellos que provienen de fuentes internacionales. Por ejemplo, la Corte Suprema, en un caso relativo a migración, donde la discrecionalidad entregada a la autoridad administrativa es evidente, señaló que "la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona" y que "el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados Parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero. Así, aunque en principio el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"[40].

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al establecer que el DIDH en materia migratoria determina un "nuevo estándar" para el "ejercicio de [las] potestades el Ministerio del Interior"[41].

De esta forma, el DIDH pasa a cumplir una función de legitimación de la actividad estatal. Deja de ser un mero límite y se transforma en un criterio de validez sustantiva[42] con un alto impacto en la política que no solo se ve legi-

[38] Un análisis sobre el tema de corrupción y su impacto en la política y la justicia en Chile, en Claudio Nash, "Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno", en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, REDIAJ, núm. 8, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, febrero de 2017, págs. 353-408.

[39] Camilo Cornejo, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite, control y guía de la discrecionalidad administrativa*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017.

[40] Corte Suprema, Rol Nº 11521-2014, sent. 12 de junio de 2014, consid. 5º.

[41] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273-2013, sent. de 4 de julio de 2013, consid. 50.

[42] Sobre los derechos como criterios de validez sustantiva, véase: Francisco Ansuátegui, *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*, Madrid, Dykinson, 1997, págs. 65-86.

timada por aspectos procedimentales acerca de cómo se toman las decisiones y quién las adopta, sino también por aspectos sustantivos relativos a qué se decide.

5. Configurando un nuevo entendimiento de la relación justicia y política en Chile

Chile se define constitucionalmente como una república democrática (artículo 4º, CPR), por tanto, estamos ante un sistema constitucional que debe regirse por el Estado de derecho. La Constitución determina la forma en que se organiza el poder como una decisión soberana del pueblo, como un acto de voluntad colectiva, regido por ciertos principios que validan dicho diseño institucional. Mas la forma en que dicha relación se va configurando en la práctica es una cuestión de hecho y evolutiva. De ahí que sea necesario evaluar esta cuestión a la luz del debate sobre las relaciones entre poderes del Estado y sus posibles distorsiones en la práctica.

El principal punto de discusión para evaluar el diseño institucional debe ser si los poderes del Estado están actuando dentro de sus competencias y atribuciones, sin alterar el diseño institucional. Obviamente, en el siglo XXI ya no podemos seguir pensando en un modelo estanco de división de poderes, sino que debemos analizar desde la lógica de un sistema coordinado de funciones que apuntan a lograr los objetivos constitucionales de un Estado de derecho[43]. Pero ese sistema de coordinación de funciones puede verse alterado sea por el uso de la justicia con fines políticos (judicialización de la política) o la politización de la justicia mediante su captura institucional o personal[44]. Estos son los riesgos que deben ser conjurados[45].

[43] La Corte Constitucional de Colombia lo ha expresado muy claramente: "[...] el segundo modelo, conocido como el sistema de 'balances y contrapesos' o 'frenos y contrapesos', se enfoca en el aspecto dinámico del ejercicio del poder político. Reconoce que para poder garantizar la libertad de los ciudadanos es necesario controlar el ejercicio del poder del Estado, pero que esta función requiere de herramientas que permitan que los órganos del poder público se controlen mutuamente. Reconoce además que para garantizar que exista una medida suficiente de igualdad entre los ciudadanos es fundamental diseñar herramientas de cooperación entre las entidades públicas que permitan fortalecer el poder del Estado, y encauzarlo para el logro de sus objetivos. En esa medida este modelo acepta que tiene que existir un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos para que el Estado pueda garantizar, tanto las libertades básicas, como los derechos prestacionales" (Corte Const., C-630/14, de 3 de septiembre de 2014. M. P. Gloria Ortiz Delgado).

[44] Un estudio completo y muy citado es Javier Couso, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, núm. 2, 2004, págs. 29-48, disponible en *http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/art02.pdf.*

[45] Sobre estas visiones contrapuestas sobre del rol de la judicatura y la política, ver: Marco Feoli. "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América

Partamos por lo más fácil de determinar, por lo brutal. La *politización de la justicia* se entiende como el proceso de captura por parte de los intereses políticos de las instituciones judiciales y de los jueces y juezas[46]. Según Pilar Domingo es un proceso que pone al poder judicial y la función jurisdiccional al servicio de los actores políticos[47]. En el caso de Chile esta ha sido claramente, la experiencia del poder judicial en la dictadura. Sea por temor o por convicción, el poder judicial chileno fue cómplice de la dictadura militar y no cumplió su papel de control y protección de los individuos. Más compleja fue la actuación del poder judicial en la primera parte de la transición chilena, ya que si bien había cambiado el contexto, la posición de la Corte Suprema fue mayoritariamente la de seguir atada al modelo dictatorial y ser garante de la impunidad. En una transición pactada y que estuvo dispuesta a garantizar altos niveles de impunidad, la justicia pasó a ser un actor clave para que dicho modelo fuera viable. En ese mismo sentido, el papel que ha cumplido el Tribunal Constitucional como guardián, no de la Constitución, sino del modelo ideológico que sustenta el diseño constitucional heredado por la dictadura, también lo podemos encuadrar en una idea de politización de la justicia, ya que el argumento de recurrir al Tribunal Constitucional pasa a ser un elemento de negociación del debate político cuando es usado como "amenaza" a la hora de negociar proyectos de reforma profunda al *statu quo* de poder en Chile.

De ahí la importancia de la independencia de la justicia en una sociedad democrática. La Corte Interamericana ha llamado la atención al indicar que un correcto funcionamiento de la democracia y la garantía de derechos precisan un poder judicial independiente estructuralmente y con sólidas garantías de independencia personal de los jueces y juezas[48]. Dicha independencia es un requisito *sine qua non* para evitar la politización de la justicia.

El caso de la *judicialización de la política* es más complejo. Aquí la referencia es a aquella situación en la que las discusiones políticas se trasladan de

---

Latina", en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, volumen 27 (1), I Semestre 2016, págs. 77-81.

[46] Esta captura puede implicar tanto asumir que el poder judicial puede ser una suerte de "botín político" o derechamente su silenciamiento para evitar toda forma de control.

[47] Pilar Domingo, "Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends", en *Democratization* 11(1), 2004, págs. 104-126. En el caso venezolano se ha usado esta figura para describir la captura de la judicatura por parte del Ejecutivo (ver Raúl Sánchez, "La politización de la justicia en regímenes autoritarios: notas para analizar el caso venezolano", disponible en: *http://www.condistintosacentos.com/la-politizacion-de-la-justicia-en-regimenes-autoritarios-notas-para-analizar-el-caso-venezolano/*).

[48] Ver Corte IDH, "Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador", sent. de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 23 de agosto de 2013. Serie C, N° 266, párrs. 143-146.

la sede ejecutiva y legislativa a la judicial[49]. Aquí se produciría una distorsión del sistema democrático donde las decisiones políticas debieran ser discutidas en el ámbito de representatividad popular y no en sede del poder judicial cuya función no es representar a las mayorías, sino la protección de las minorías. En el caso chileno este ha sido un proceso menos recurrente que en otras latitudes, pero no está completamente ausente en el debate sobre justicia y política, particularmente en tiempos de descrédito de la política, donde surge el riesgo de que la ciudadanía busque otros cauces de expresión, uno de los cuales puede ser la vía jurisdiccional.

Lo primero, es hacer una necesaria distinción. Comparto la precisión que ha formulado el constitucionalista argentino Roberto Saba en cuanto a que el cumplimiento de la función de garantía de los derechos fundamentales por la judicatura no puede ser considerada una forma de judicialización de la política[50]. Dicha judicialización es un ejercicio lícito de la labor judicial ya que la protección de derechos es parte del diseño constitucional. La cuestión relevante es si dicha actuación se mantiene en los márgenes de legitimidad constitucional o los desborda[51].

Respecto del papel más político de la justicia dentro del diseño institucional, destacan dos procesos recientes característicos de un Estado de derecho contemporáneo[52]. Por una parte, una configuración más robusta de los derechos fundamentales que no solo incorpora la normativa de origen nacional, sino que se ha ido abriendo a la influencia de los estándares desarrollados por el DIDH. Desde esta concepción robusta de los derechos fundamentales se va ampliando y profundizando la protección de derechos humanos, lo que implica entrar en ámbitos que tradicionalmente habían sido considerados exclusivos de los actores políticos. Debates como el migratorio, derecho de participación de pueblos indígenas (derecho de consulta), situación carcelaria, sistema de previsión de salud, entre otros, son un claro ejemplo en este sentido. Asociado a esta concepción más robusta de los derechos, está el papel

[49] Sobre las ideas predominantes sobre "judicialización de la política", ver: Marco Feoli, "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina", *op. cit.*, págs. 82-89.

[50] Roberto Saba, "Las decisiones constitucionales de Ulises: acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. 2004, disponible en: *http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=yls_sela.*

[51] Esta es la clásica distinción entre control constitucional y activismo judicial. Ver Javier Couso, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *op. cit.*, págs. 37-42.

[52] Cesar Landa, "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", en Victor Bazan y Claudio Nash (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, núm. 2, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, págs. 17-42..

más activo que asume la actividad jurisdiccional como espacio de garantía y protección de derechos, pero también como actor político relevante a la hora de imponer límites a "lo decidible" desde la actividad política tradicional.

Sin duda que los casos-límite son aquellos relativos a sentencias estructurales, frente a casos de violaciones sistémicas de derechos humanos. Si bien en Chile, aún no se dictan sentencias con amplio alcance o "sentencias estructurales"[53] como ha ocurrido en Colombia y Costa Rica, entre otros, esta es una cuestión que se debe tener presente. En este tipo de sentencias, parece que la legitimidad está dada por el cumplimiento de las funciones constitucionales, con procedimientos establecidos al efecto en el ámbito de las atribuciones propias de cada órgano. En un sistema como el chileno, con una amplia apertura a la actuación judicial en las acciones constitucionales (artículos 20 y 21, CPR) es un camino que puede ir explorándose en la medida que la visión más restrictiva en la materia vaya dando paso a una interpretación amplia de las facultades constitucionales en la protección de derechos[54].

Este tipo de sentencias —estructurales— tienen innegable efecto político, tanto por el aspecto público de la mismas, donde la discusión se traslada desde la sede parlamentaria al escritorio de los jueces, como por el hecho de que las medidas que puede disponer la judicatura abarca ámbitos que tradicionalmente quedaban entregados a la esfera de competencias del ejecutivo y del Parlamento, no de la justicia. De ahí que este sea un espacio límite donde un modelo rígido de poderes separados y estancos no tiene una salida sencilla, sino que esta debe buscarse en una concepción de relación entre poderes como complementaria y de cooperación en pos del cumplimiento de los principios constitucionales.

En el mismo sentido, la persecución de los casos de corrupción debe ser evaluada a la luz de esta misma distinción entre actividad legítima e ilegítima. Es legítimo y necesario que la justicia tenga un papel relevante en la persecución de casos de corrupción, particularmente en aquellos vinculados a procesos de corrupción estructural[55]. Esto, inevitablemente, tiene consecuencias

[53] Nestor Osuna, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en Víctor Bazán (ed. acad.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, núm. 5, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2015, págs. 91-116.

[54] Aquí hay un claro ejemplo de lo difícil que se hace avanzar en un proceso más intenso de actividad judicial cuando no estamos en un contexto de una cultura de derechos fuerte, como ocurre en el caso chileno. Sobre el papel de la cultura jurídica de derechos y la judicialización de la política, ver Neal Tate, ¿"Why the Expansion of Judicial Power?", en Neal Tate y Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, págs. 27-37.

[55] En este sentido la experiencia italiana es muy relevante en cuanto al papel que puede tener la judicatura en la persecución del crimen organizado y el impacto político de esta actividad típicamente jurisdiccional.

políticas ya que los principales actores de estos casos son, precisamente, actores políticos de alto nivel (presidenta y su entorno, expresidente y su entorno, parlamentarios, entre otros)[56]. Esta es una consecuencia política inevitable y que no podría ser considerada una forma de judicialización de la política. Otra cosa es que la actuación del poder judicial se desviara de sus labores, por omitir el juzgamiento por razones políticas o la selectividad de la persecución por razones de la misma índole. Aquí estamos ante una desviación de las funciones propias de la administración de justicia (ministerio público y judicatura) que sí podría ser acusada de judicialización de la política al usar el aparato judicial con fines político electorales. La justicia debe ser cuidadosa de actuar en forma transparente y motivada para no dar la impresión de estar actuando al margen de sus funciones constitucionales.

En el esquema tradicional sobre el fenómeno de la judicialización de la política, se habla de tres momentos de desarrollo del Estado de derecho: una primera dimensión represiva del derecho, con un poder judicial al servicio del poder político; en segundo término, un derecho autónomo, caracterizado por la independencia judicial; y por último, una dimensión sustantiva, caracterizada por una búsqueda de justicia real y no formal[57]. De lo dicho hasta aquí, Chile ha transitado por el primer estadio, ha entrado en el segundo y está dando los primeros visos de un paso al tercero. De ahí la relevancia del debate sobre justicia y política en Chile.

En efecto, no hay duda de que esta relación justicia / política pasa a ser muy relevante en el momento que se discute sobre la adopción de un nuevo texto constitucional. En un nuevo diseño institucional este es un debate que debe estar presente. Cómo se distribuirá el poder, qué instituciones lo configurarán, cómo se delimitará y limitarán las atribuciones de cada uno, de qué forma se asegurará la debida protección de los derechos fundamentales por los órganos políticos. Son variados los temas que irán configurando la práctica bajo un nuevo diseño institucional en el país. Para definir ese proyecto común es necesario asumir una relación compleja entre la justicia y la política en la historia chilena, más allá de la formalidad constitucional.

6. Conclusiones

En este estudio se ha descrito el diseño normativo que da cuenta de una separación de las funciones judiciales y políticas. Asimismo, se han dado ejem-

[56] Basta pensar en la situación del Conosur, donde actualmente hay investigaciones a presidentes y expresidentes, parlamentarios y ministros de Estado en Brasil, Argentina, Chile y Perú por temas de corrupción.

[57] La distinción es formulada por Philippe Nonet y Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper Torch Books, 1978. Analizada a la luz de la experiencia latinoamericana, en Javier Couso, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *op. cit.*, págs. 42-45.

plos del importante papel que ha desempeñado la justicia en ámbitos tradicionalmente reservados a la política, en un modelo tradicional de división de poderes.

En este sentido, ha sido claro que en la historia contemporánea de Chile ha habido un uso político de la justicia que ha desbordado la legitimidad del aparato judicial.

En años recientes, se comienza a abrir la discusión sobre un fenómeno nuevo en Chile, el de la judicialización de la política. Este proceso que tiene una dimensión legítima (la protección de derechos con impacto en esferas políticas o la persecución de la corrupción) corre riesgo de deslegitimarse, lo que aún no se da en Chile, pero tal como hemos sostenido, el modelo institucional no está en condiciones de impedir.

No hay duda de que esta será una cuestión relevante en una futura discusión constitucional en Chile. Hasta dónde el diseño institucional es capaz de articular una nueva relación entre los poderes del Estado, que evite las desviaciones de la relación justicia y política y sí permita un sistema coherente de poder.

INDEPENDENCIA JUDICIAL Y POLÍTICA EN COLOMBIA

Néstor Osuna Patiño
Manuel Páez Ramírez*

La división de poderes, el sistema de pesos y contrapesos y la independencia judicial son características definitorias del constitucionalismo colombiano. El foco de atención de los estudiosos del derecho constitucional ha estado preferentemente en la relación entre el ejecutivo y el legislativo, pero cada día se hace más importante prestar atención a la forma como interactúa el poder judicial con los otros poderes, puesto que, por una parte, la antigua idea de la independencia judicial tiende a desvanecerse y, por la otra, este poder manifiesta una tendencia a convertirse en una manifestación más de la política del país. La teoría constitucional más ortodoxa propone que la función del juez y, en particular, la del juez constitucional, es distante de los demás elementos del sistema de gobierno; sin embargo, existen elementos institucionales y también de la praxis constitucional de los países, que obligan a matizar esa afirmación.

Este documento se enfocará en el funcionamiento del poder judicial en Colombia, y se dividirá en dos apartados. En el primero, se expondrán algunos postulados sobre la necesidad de independencia e imparcialidad de los jueces en cualquier sistema jurídico, los cuales, en buena medida, dependen de decisiones de los agentes políticos. Podría decirse, en términos generales, que esos criterios se cumplen formalmente en la legislación colombiana, aunque existen, sin duda, importantes desafíos en su aplicación efectiva. En el segundo apartado se abordarán diferentes situaciones, habilitadas por la Constitución colombiana, en las que existen puntos de contacto entre la administración de justicia y la política nacional.

1. Independencia, imparcialidad y eficacia de la administración de justicia

Si bien no existe un modelo ideal de sistema judicial, desde tiempo atrás diferentes organizaciones internacionales y entidades comprometidas con la vigencia de los derechos humanos han formulado numerosas claves o con-

* Profesores de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia.

diciones básicas necesarias para el adecuado funcionamiento de un sistema de justicia.

La posibilidad de contar con una estructura judicial independiente, imparcial, competente, eficiente y ajustada a las particularidades del contexto, encargada de resolver toda clase de conflictos, se considera, a la luz del derecho de acceso a la justicia, como una pretensión jurídica exigible al Estado[1]. El derecho de acceso a la justicia implica, como mínimo, el diseño, la puesta en marcha y el sostenimiento de un *especial* aparato institucional investido de autoridad para aplicar la ley[2].

La importancia del acceso a la justicia es evidente. De forma reiterada se ha sostenido que su garantía o disfrute efectivo comporta una obligación estatal que incide directamente en la vigencia del Estado de derecho y la democracia[3]; la consecución y conservación de la paz en contextos nacionales envueltos en la superación de una guerra o conflicto interno[4], y la modernización del Estado e, incluso, que puede repercutir sobre el desarrollo económico de un país[5].

Por su naturaleza de derecho fundamental, el acceso a la justicia tiene dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva, que le imponen deberes diferenciados al Estado[6]. Por el lado individual, este derecho protege la expectativa

[1] En Colombia, encuentra consagración constitucional a partir de 1991 en el artículo 229. A su vez, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho de acceso a la justicia se deriva de los artículos 8º (garantías judiciales) y 25 (protección judicial), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

[2] María Sagüés, "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos. Proyección en la jurisdicción judicial", en "La ciencia del derecho procesal constitucional", t. IX, 'Derechos humanos y tribunales internacionales', México D. F., UNAM, 2008, pág. 597.

[3] "Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers", Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, Human Rights Council, A/HRC/14/26, 9 April 2010.

[4] En tal sentido, Mauricio García, César Rodríguez y Rodrigo Uprimny, "¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia", Bogotá, Norma, 2006. Al respecto, los autores sostienen: "el logro de la paz parece tener como presupuesto necesario la existencia de una administración de justicia independiente y democrática" (pág. 40).

[5] Así lo ha sostenido, entre otras instituciones, el Banco Mundial. Ver, María Dakolias, "The judicial sector in Latin-America and the Caribbean. Elements of reform", World Bank, Technical paper núm. 319, Washington 1996, citado por Germán Burgos Silva, "Reforma judicial, desarrollo económico y banca multilateral", RDE, núm. 7, 1999, UEC, pág. 192.

[6] Sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha establecido que consiste en el alcance individual y general u "objetivo" de las obligaciones que de ellos emanan (cfr., entre otras, la sent. C-220 de 2011). Con respecto a la faceta "objetiva", la misma Corte sostiene, entre otras cosas, que "supone un tipo de relación particular entre la persona, el Estado y la sociedad. Así, la estructura y actividad del Estado deben definirse y

mencionada de obtener respuestas sustanciales a los conflictos y las omisiones que se verifiquen en la aplicación y el cumplimiento de la ley. Por el lado objetivo, el derecho de acceso a la justicia implica, como mínimo, el diseño, la puesta en marcha y el sostenimiento de un *especial* aparato institucional investido de autoridad para aplicar la ley.

La especialidad de este aparato o estructura institucional radica en que no cualquier tipo de organización pública resulta idónea para llevar a cabo la tarea de garantizar el acceso a la justicia. En otros términos, para que los jueces cumplan con sus deberes y puedan proteger las libertades individuales, garantizar el imperio de la ley y preservar la democracia, deben estar rodeados de garantías institucionales que les faciliten operar con independencia, imparcialidad y eficacia[7].

En virtud de compromisos adquiridos ante la Organización de las Naciones Unidas[8], se ha establecido que el sistema judicial encargado de velar por la efectividad de los derechos humanos debe ser *independiente, competente y eficaz.*

De acuerdo con la relatoría sobre la independencia de jueces y magistrados de la ONU[9], la necesidad de contar con un sistema de justicia *especial* emerge de la costumbre internacional, los principios generales del derecho aceptados por las "naciones civilizadas"[10] y numerosos instrumentos, el primero de ellos por la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Este tratado consagra en su preámbulo el propósito de "crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional"[11]. Adicionalmente, la Declaración

---

mantener su carácter, a partir del respeto de los derechos fundamentales" (sent. T-520 de 2003). De igual forma, "ha reconocido que su realización depende tanto de la actividad judicial, como de la existencia de leyes, normas administrativas y, en general, de políticas públicas que desarrollen sus contenidos y prevean mecanismos de seguimiento y vigilancia de la realización de los derechos" (sent. C-220 de 2011).

[7] Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación núm. R (94) 12, sobre la independencia, la eficiencia y el papel de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994), Principio V, párr. 38.

[8] Los principales instrumentos que inciden en la forma y el funcionamiento de los sistemas judiciales han sido tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los dos Pactos Internacionales en materias de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales.

[9] Informe del Relator Especial, Sr. Param Cumaraswamy, presentado de conformidad con la Resolución 1994/41 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 6 de febrero de 1995, E/CN.4/1995/39, pág. 12.

[10] Según el tenor del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[11] *Idem*, pág. 14.

Universal de Derechos Humanos de 1948, "los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de 1990 y las Directrices sobre la Función de los Fiscales de 1990"[12], integran el cuerpo jurídico internacional que le impone a los Estados el deber de asegurar un sistema judicial adecuado.

Con respecto a la Declaración de 1948, se destacan los derechos a recibir un trato igual ante la ley (artículo 7°), a disponer de un recurso efectivo ante los tribunales nacionales (artículo 8º), a ser oído por un tribunal "independiente e imparcial" en la "determinación de sus derechos y obligaciones" (artículo 10), y a disfrutar de todas las garantías necesarias para su defensa judicial, especialmente en materia penal (artículo 11).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 consagra a su turno el derecho de las personas a ser juzgadas sin demoras injustificadas y a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (artículo 14), junto con los derechos a disponer de recursos judiciales efectivos (artículo 2°) y a disfrutar de igual protección por las autoridades públicas (artículo 26). Las características mínimas de los sistemas judiciales también emanan de las obligaciones sustanciales previstas en otros artículos del Pacto como el 6º sobre el derecho a la vida y el 9º sobre la libertad personal, por cuanto ambas disposiciones exigen la intervención de los jueces ante la presencia de obstáculos que dificulten el "ejercicio y el disfrute efectivos" de tales derechos[13].

Otros tratados internacionales específicos, como la Convención contra la Tortura[14] o la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[15], estipulan la necesidad de contar con un sistema de justicia idóneo y eficaz. La primera, en cuanto ordena la adopción de medidas "judiciales eficaces" para prevenir la tortura (artículo 1º) y la segunda, cuando obliga a ofrecer una protección jurídica a la mujer mediante "tribunales nacionales competentes" (artículo 2º)[16]. En criterio de la relatoría, estos principios son compartidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) que en su preámbulo ordena "promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos".

Dentro de este marco jurídico, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento (1985) confeccionó los cita-

[12] *Idem*, págs. 13 y 14.

[13] *Idem*, págs. 18 y 19.

[14] Adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

[15] Adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

[16] Informe del Relator Especial, Sr. Param Cumaraswamy, cit., págs. 20 a 22.

dos Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, luego acogidos por la Asamblea General de la misma organización mediante las resoluciones 40/32 y 40/146, ambas de 1985. Estos Principios han adquirido la entidad de estándares internacionales[17] sobre la "organización y la administración de la justicia en cada país"[18] y son recurrentemente empleados como marco conceptual en el análisis de los sistemas judiciales nacionales[19].

En el ámbito interamericano, las características básicas de los sistemas judiciales han sido definidas especialmente a partir de precedentes jurisprudenciales en casos de violación a los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Desde su primera sentencia contenciosa, la Corte Interamericana indicó que una de las obligaciones previstas en el artículo 1.1 de la Convención, es aquella de organizar el aparato estatal de forma tal que pueda cumplir con sus deberes de respeto y protección a los derechos humanos. Según el tribunal, el artículo mencionado contiene el deber "de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[20]. Este deber de ajustar la institucionalidad en función de sus finalidades, incluye al aparato de justicia e incide en su particular diseño, composición y funcionamiento.

En fecha relativamente reciente, la Corte Interamericana sistematizó su precedente en materia de garantías judiciales (artículo 8 de la Convención Americana) y protección judicial efectiva (artículo 25, ídem.) en relación con el ejercicio de la actividad judicial[21]. Al respecto, indicó que el alcance de tales derechos debe valorarse "en relación con los estándares sobre independencia judicial" y refirió como decisiones centrales las proferidas en los casos "Tribunal Constitucional contra Perú" (2001)[22], "Apitz Barbera y

[17] Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y la función de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994), párr. 6.

[18] Preámbulo de los Principios.

[19] Estos Principios comportan interpretaciones "auténticas" de tratados internacionales suscritos por Colombia, que aun cuando actualmente no estén en vigor, son empleados aquí como un insumo jurídico útil para definir las características que debe ostentar el sistema judicial colombiano.

[20] Corte IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", sent. de fondo, 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párr. 166.

[21] Corte IDH, "Caso del Tribunal Constitucional ('Camba Campos y otros') vs. Ecuador", sent. de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de agosto de 2013, Serie C, núm. 268.

[22] Corte IDH, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú", sent. de fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2001, Serie C, núm. 71.

otros contra Venezuela" (2008)[23], y "Reverón Trujillo" contra el mismo país (2009)[24], por afrontar directamente los problemas asociados con la intromisión de las demás ramas del poder público en la judicatura. Igualmente, consideró diversos instrumentos internacionales como criterios relevantes para fijar el contenido de aquellos derechos, entre los cuales destacó los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura (1985) y la Observación General núm. 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (2007) sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, titulada "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia"[25].

Si bien los numerosos cuerpos jurídicos citados no conducen al establecimiento de un modelo determinado de sistema judicial, sí ofrecen un conjunto de características mínimas que cualquier sistema debería reunir. Con su estudio no se pretende calificar o evaluar el diseño del aparato judicial local. Tan solo se busca delinear un posible marco teórico a partir del cual resulte más fácil visualizar las falencias evidentes en los esquemas judiciales implantados en Colombia.

Atendiendo entonces los desarrollos normativos alcanzados en los ámbitos universal e interamericano, es posible sostener que todo sistema judicial debe ser independiente, imparcial, competente y eficaz, y que sus funcionarios deben operar también con independencia, ser idóneos o calificados y disfrutar de ciertas condiciones laborales. Cada uno de estos aspectos se expondrá en el siguiente acápite.

A su vez, en virtud de los mismos instrumentos y estándares, los servidores de la rama judicial también deben ser independientes, imparciales, idóneos y disfrutar de ciertas condiciones laborales favorables al desempeño óptimo de sus funciones. En principio, el régimen constitucional colombiano recoge estas previsiones y recomendaciones, pese a lo cual serían deseables mayores esfuerzos institucionales para fortalecerlos y preservarlos.

En cuanto a la independencia de la judicatura, se requiere, según recomendaciones de los órganos internacionales mencionados, entre otras cosas, las siguientes[26]:

[23] Corte IDH, "Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela", sent. de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, Serie C, núm. 182.

[24] Corte IDH, "Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela", sent. de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de junio de 2009, Serie C, núm. 197.

[25] Documento CCPR/C/GC/32, de 23 de agosto de 2007.

[26] Observación General núm. 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (2007), párr. 19.

1. Proclamar la separación de los poderes públicos en normas del más alto nivel posible, preferiblemente constitucional[27].

2. Fijar el estatuto del juez mediante leyes que establezcan procesos objetivos de selección, cualificaciones necesarias para su nombramiento, régimen salarial y prestacional, duración del cargo, causales de ascenso y retiro, y tanto las faltas como el procedimiento de sanción disciplinarios de aquellos funcionarios[28].

3. Evitar una distribución confusa de competencias entre el poder judicial y el ejecutivo[29]. Especialmente se alude a la independencia de la jurisdicción penal militar, en donde exista.

4. Limitar las potestades del Ministerio de Justicia, en especial, cuando está facultado para apelar las decisiones judiciales o inspeccionar los tribunales[30].

5. Garantizar que las decisiones judiciales no se someterán a la revisión de otra autoridad pública y que su cumplimiento no dependerá de autorizaciones gubernamentales. Salvo casos de amnistía o indultos, el gobierno no podrá inaplicarlas o restarles validez de manera retroactiva[31].

6. Asegurar la independencia financiera de la judicatura[32].

[27] Los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura (1985) indican al respecto: "1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura". En igual sentido, el principio 1, 2, a) de la Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de octubre de 1994) y el Informe núm. 1 (2001) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces.

[28] *Idem*.

[29] *Idem*.

[30] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Rumania, Documento de la ONU, CCPR/C/79/Add. 111, párr. 10, cit. por CIJ, Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales, Ginebra, 2005, pág. 22.

[31] Recomendación núm. R (94) 12, sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de octubre de 1994).

[32] Cfr., Informe núm. 2 (2001) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos CCJE a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la financiación y a la gestión de los tribunales desde la consideración de la eficacia de la justicia y respecto de las disposiciones del artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos; y Criterios y directrices de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y la justicia penal: aplicación y prioridades para el establecimiento de nuevas normas, "Aplicación de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura", Informe del Secretario General, Documento A/CONF.144/19, de 30 de mayo de 1990, párr. 72.

7. Combatir problemáticas como la corrupción (incluyendo la judicial), la delincuencia organizada, el terrorismo "o un gobierno autoritario y represivo", puesto que ante las mismas "la independencia de la judicatura puede ser un fin utópico"[33].

8. Restringir las potestades gubernamentales durante los estados de excepción. Lo anterior, por cuanto es común que en tales circunstancias el poder ejecutivo interfiera en la rama judicial de diversas maneras.

Por otra parte, en cuanto a la competencia de la judicatura, también a partir de recomendaciones internacionales, se entiende que este requisito de todo sistema judicial es una derivación del principio de legalidad, según el cual, toda autoridad pública debe tener definida previamente en la ley sus competencias y funciones. Para el caso puntual del poder judicial, la competencia significa que la ley debe establecer los asuntos que son susceptibles de resolución ante estrados judiciales y ordenar su distribución al interior de la judicatura[34].

Por otro lado, la falta de competencia de una autoridad judicial, debe sancionarse con la nulidad del procedimiento, al constituir una violación de las normas más elementales del debido proceso y del derecho a un "juez natural". En materia de justicia penal militar, la Corte Interamericana considera una violación del principio de competencia que aquella asuma el conocimiento de casos atribuidos legamente a la jurisdicción ordinaria[35]. Con respecto a ciertos "tribunales especiales" creados para combatir fenómenos como el terrorismo, es necesario también asegurar que su funcionamiento no vulnere el principio de competencia y atente contra el derecho a ser juzgado por un juez preestablecido legalmente[36].

Finalmente, tanto los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura (1985) como la Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces (1994) del Consejo de Europa, llaman la atención sobre la obligación de repartir los asuntos entre los jueces competentes de manera autónoma y a partir de criterios aleatorios como el orden alfabético.

[33] Criterios y directrices de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y la justicia penal: aplicación y prioridades para el establecimiento de nuevas normas, cit., párr. 73.

[34] Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación núm. R (94) 12, sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994).

[35] Cfr. Corte IDH, "Caso Cantoral Benavides vs. Perú", sent. de fondo, 18 de agosto de 2000, Serie C, núm. 69, párr. 75.

[36] Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, ONU, Consejo de Derechos Humanos, 13 de mayo de 2008, A/HRC/8/4, párr. 36.

En cuanto a la *eficacia*, se propone que el sistema judicial cumpla el objetivo para el cual fue concebido: brindar justicia y proteger efectivamente los derechos de la población. Hay que reconocer que las estadísticas sobre congestión judicial, morosidad e impunidad, entre otras anomalías, muestran que la obligación de disponer de un sistema judicial eficaz tal vez sea la que provoca mayores desafíos en la práctica.

Desde el punto de vista formal, el acceso a la justicia en Colombia pareciera estar debidamente garantizado por un aparato de justicia independiente, cuya estructura y funcionamiento satisface los lineamientos básicos trazados internacionalmente. Sin embargo, cuando la ciudadanía acude ante los jueces a ejercer aquel derecho emergen múltiples barreras fácticas y jurídicas que frustran sus expectativas.

Ante este panorama, se han formulado numerosos principios y recomendaciones que potencializan el disfrute real del acceso a la justicia en sus diferentes ámbitos jurisdiccionales. En general, buscan que el sistema judicial realice siempre sus funciones constitucionales en plazos razonables, atienda las necesidades especiales de la población, y sea sensible a los diferentes tipos de victimización y de delincuencia presentes en el contexto, con el ánimo de ofrecer providencias ajustadas a derecho.

Lo anterior exige inversión pública y, la mayoría de veces, reingeniería o modificaciones tanto de la estructura organizativa de la justicia como de los procesos judiciales, los auxiliares de la justicia, el componente físico o mobiliario de la rama y el personal que la integra. Es así como el derecho de acceso a la justicia comparte con los derechos económicos sociales y culturales un fuerte contenido prestacional que puede analizarse a partir de las cuatro categorías utilizadas internacionalmente[37] frente a derechos de esta naturaleza: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad[38].

Un sistema judicial *disponible* será aquel que cuente con jueces y tribunales "en cantidad suficiente"[39], edificios con instalaciones adecuadas y personal

[37] Estas cuatro categorías han sido empleadas para describir las obligaciones estatales que emanan de los derechos sociales a la vivienda, la alimentación adecuada y la educación [cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General núm. 13: El derecho a la educación —artículo 13 del Pacto—, E/C.12/1999/10 (1999)]. Para efectos de este análisis resultan pertinentes por cuanto brindan un marco analítico para estudiar la manera como los Estados deben garantizar la faceta prestacional del derecho de acceso a la justicia.

[38] Katarina Tomaševski, "Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable", *Right to education primers*, núm. 3, Raoul Wallenberg Institute - Swedish International Development Cooperation Agency, Lund, 2001.

[39] Este requisito se exige en materia del servicio educativo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la observación general citada. *Vid.*, párr. 6, a. Con respecto al sistema judicial, puede verse en: Consejo de Europa, Recomendación núm. R

de apoyo[40] (implementos de oficina, condiciones de seguridad, mobiliario para personas con alguna discapacidad, servicios sanitarios, etc.), y cuyos funcionarios sean personas calificadas y con salarios competitivos. La eficacia de un sistema nacional de justicia requiere financiación adecuada y personal con acceso a programas de capacitación[41].

La *accesibilidad* del sistema judicial procura eliminar las barreras jurídicas, físicas y económicas que impiden acceder a la justicia. Por ende, abarca tres aspectos: *i)* la garantía de acceso a la justicia a todos sin discriminación, con especial énfasis en los grupos "más vulnerables de hecho y de derecho"[42]; *ii)* la asequibilidad material o física a la oferta de justicia, "ya sea por su localización geográfica de acceso razonable"[43], por razones ligadas a riesgos en la seguridad personal derivados del acceso a la justicia o por las características arquitectónicas de las sedes judiciales. En suma, los tribunales deben ser abiertos y tener en cuenta que su "ubicación, estructura física, los procedimientos y la sensibilidad del personal afectan su accesibilidad"[44], y *iii)* la accesibilidad económica, consistente en que los costos de participación en un trámite judicial (honorarios de abogados, pólizas de seguros, gastos de transporte o recolección de pruebas, estadía en los lugares donde está la sede judicial, etc.)[45] no sean un obstáculo insalvable para acceder a la justicia[46].

Como lo sintetiza la Relatoría para la independencia de los magistrados y abogados de la ONU:

---

(94) 12, sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994).

[40] Al respecto, el principio 3, 1, d), de la Recomendación núm. R (94) 12, le sugiere a los Estados: "providing adequate support staff and equipment, in particular office automation and data processing facilities, to ensure that judges can act efficiently and without undue delay".

[41] European Commission, Directorate-General for Justice, European Union, The EU Justice Scoreboard, A tool to promote effective justice and growth (2013): "To ensure the quality, independence and efficiency of a national justice system, adequate financial and human resources are needed [...] 3.5 Promoting the training of judges can help to improve the effectiveness of justice", págs. 17 a 19.

[42] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 13, cit., párr. 6, b, i).

[43] *Ibid*., párr. 6, b, ii).

[44] U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Assistance, Trial Court Performance Standards With Commentary, julio de 1997, pág. 7.

[45] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 13, ob. cit., párr. 6, b, iii).

[46] Cfr., Standard 1.5, Trial Court Performance Standards: "*Affordable Costs of Access*. The costs of access to trial court proceedings and records —whether measured in terms of money, time, or the procedures that must be followed— are reasonable, fair, and affordable"; U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Assistance, julio de 1997.

"El acceso a la justicia requiere el establecimiento de un sistema judicial que permita la garantía de derechos y de otras medidas paralelas, como mecanismos y programas para facilitar la asistencia legal gratuita, tanto en causas penales como en el ámbito civil[47]. Esta dimensión positiva de las obligaciones del Estado, también fuertemente reconocida por el sistema europeo[48] y el sistema interamericano[49], debe analizarse con relación a las condiciones socioeconómicas y otras como la edad, la orientación sexual, las condiciones físicas y psíquicas de las personas, etc. que tienen gravitación decisiva en acceso efectivo a la justicia".

La *aceptabilidad*, a su vez, se refiere a "la forma y el fondo" del acceso a la justicia, lo cual, en materia penal, implica contar con normas sustanciales y procesales ajustadas a los estándares internacionales sobre derechos humanos. En virtud de estos mandatos, para la correcta administración de la justicia deben respetarse: la separación de los poderes e independencia judicial, la no retroactividad de la ley, las garantías de un juez natural, competente e imparcial, la doble instancia, el *ne bis in idem*, la publicidad del proceso, la presunción de inocencia, el derecho de participación de las víctimas en el proceso penal, las restricciones a la jurisdicción penal militar y, en general, todas aquellas pautas que aseguran sentencias "justas".

Por último, un sistema judicial eficiente es aquel que muestra *adaptación* a las realidades y necesidades sociales del contexto, responde de manera "diferencial" a los grupos poblacionales que acuden ante sus instancias y contiene previsiones para investigar y juzgar adecuadamente tipos especiales de criminalidad. En este orden de ideas, se espera, por ejemplo, que la justicia competente para resolver crímenes de lesa humanidad o atentados graves contra los derechos humanos, acoja metodologías y esquemas de investigación particulares que faciliten la identificación de los autores y los factores detonantes de esas modalidades especiales de violencia.

De igual forma, se aboga por procedimientos y jueces "especializados" en áreas priorizadas por la política criminal local. Muestra de esto son los protocolos para la instrucción diferencial de los llamados crímenes de odio[50] o

[47] *Vid*. TEDH, Airey c. Irlanda, sent. de 9 de octubre de 1979.

[48] Del razonamiento del tribunal en ese asunto se deduce que el Estado no solo tiene la obligación de abstenerse de interferir el ejercicio del derecho al acceso a la justicia, sino también la obligación de adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo; TEDH, Airey c. Irlanda, sent. de 9 de octubre de 1979, cit.

[49] Corte IDH, Opinión Consultiva núm. 11/90, de 10 de agosto de 1998, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos"; Corte IDH, "Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras", sent. de 15 de marzo de 1989, Serie C, núm. 6, párr. 93.

[50] Council of Europe, Commission against Racism and Intolerance, ECRI General Policy Recommendation N° 11, on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing (June 29, 2007), COE Doc. CRI(2007)39.

de crímenes como las ejecuciones arbitrarias[51], los principios rectores de la justicia para niños y niñas[52]; principios de justicia para víctimas de abuso de poder[53], principios de justicia para la lucha contra la impunidad de crímenes graves contra los derechos humanos[54], y sentencias de la Corte Interamericana que ordenan tener en cuenta los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas a la hora de aplicar la ley[55].

Ahora bien, en cuanto a la independencia personal de los jueces y magistrados, este principio establece que estos no verán interferida su labor por ninguna otra autoridad pública. Por consiguiente, deben estar exentos de cualquier clase de presión, amenaza o aliciente, directo o indirecto, que ponga en riesgo su autonomía[56].

La independencia de los jueces ha sido considerada una precondición del Estado de derecho y una garantía básica para un "juicio justo"[57], derivada de la competencia, el profesionalismo y la integridad de los individuos que ejercen tal función[58]. Entre las formas de defenderla, se encuentran la prohibición de someter las sentencias a revisión de una autoridad externa a la rama judicial y ajena a las instancias previstas en el proceso[59]; la obligación de castigar cualquier intento de incidencia en la labor del juez[60]; la necesidad de contar

[51] United Nations Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions, U.N. Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991) ["Protocolo de Minnesota"].

[52] Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), aprobadas por la Resolución 40/33 de la Asamblea General, 1985.

[53] Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, G.A. 40/34, annex, 40 U.N. GAOR Supp. (núm. 53) at 214, U.N. Doc. A/40/53 (1985).

[54] Conjunto de Principios Actualizados para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, de Diane Orentlicher, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 8 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1.

[55] P. ej., Corte IDH, "Caso Yatama vs. Nicaragua", sent. de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005, Serie C, núm. 127, párr. 218.

[56] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985 y Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de octubre de 1994).

[57] Informe núm. 1 (2001) del CCJE a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces, cit.

[58] Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Carina Knaul ,UN General Assembly, 9 April 2010, A/HRC/14/26, cit., párr. 71.

[59] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985 y Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces (adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de octubre de 1994).

[60] Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces, ob. cit.

con un órgano independiente de nombramiento y control disciplinario de la judicatura[61] y el deber de proveer los cargos de manera objetiva y por períodos de tiempo predefinidos[62]. Basta con señalar que la independencia de los jueces constituye la finalidad de todos los modelos que se enunciarán en materia de idoneidad y condiciones del servicio judicial.

Cuando los jueces disfrutan de independencia pueden obrar con imparcialidad[63]. Esta implica la toma de decisiones con fundamento únicamente en la interpretación de los hechos y las normas pertinentes[64] y la convicción de que el funcionario judicial no favorecerá a ninguna de las partes en contienda.

La imparcialidad se valora desde el punto de vista objetivo y subjetivo. El primero indica que el juez no podrá tener sesgos, vínculos personales o familiares e intereses económicos o profesionales en asuntos sometidos a su conocimiento. El segundo sugiere que los jueces deben "parecer" o dar la impresión de ser imparciales a los ojos de un "observador razonable"[65]. Lo anterior, por cuanto la confianza de las partes y del conglomerado en el juez es uno de los ingredientes de la legitimidad de sus decisiones y uno de los propósitos que deben animar la administración de la justicia[66].

Algunas situaciones incompatibles con el deber de imparcialidad de los jueces, y que pueden provenir de autoridades políticas, son las siguientes:

• Formas y causales de destitución arbitrarias. La definición de la responsabilidad de los jueces nunca debe corresponderle a las autoridades gubernamentales, solo debe tener lugar por razones graves de mala conducta o de incompetencia y siempre con apego al debido proceso[67].

[61] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Congo, Documento de la ONU, CCPR/C/79/Add.118, párr. 14) citado en CIJ, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Ginebra, 2005, pág. 21.

[62] Corte IDH, "Caso del Tribunal Constitucional ('Camba Campos y otros') vs. Ecuador", sent. de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de agosto de 2013, Serie C, núm. 268.

[63] Informe núm. 1 (2001) del CCJE a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces, cit.

[64] Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces, cit.

[65] Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 17/2 del Consejo de Derechos Humanos, ONU, 7 de agosto de 2013, A/68/285.

[66] Principio núm. 2, Principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2002), Anexo del Informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Param Cumaraswamy, de conformidad con la Resolución 2002/43 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 10 de enero de 2003, E/CN.4/2003/65.

[67] Observación General núm. 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (2007) sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cit., párr. 20.

• Demoras injustificadas en la resolución de un caso que siembran dudas sobre la objetividad del juzgador[68].

• Figuras irregulares como los jueces sin rostro, que traen consigo fuertes restricciones a las garantías procesales penales[69].

• Comentarios, en público o en privado, del juez que puedan "razonablemente" afectar el resultado del proceso y lastimar su percepción o imagen de imparcialidad[70].

En cuanto a la idoneidad de los jueces, se propone que rasgos personales como la integridad y el conocimiento en profundidad de la disciplina jurídica determinan la idoneidad de los funcionarios judiciales[71]. De ella depende su credibilidad y la calidad[72] o justicia intrínseca de sus providencias. Además, solo con jueces cualificados es posible dotar de eficacia al sistema judicial.

Entre las recomendaciones forjadas internacionalmente en este aspecto, se reitera la importancia de evaluar la idoneidad de los servidores judiciales a partir de su preparación académica y práctica. En tal sentido, sugieren que el Estado fomente su capacitación[73] y sufrague directamente los costos de dichos estudios[74], los cuales, a su vez, deben enfocarse en desarrollar sus habilidades para interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos[75], conocer las modificaciones en la legislación y la jurisprudencia nacional[76] y garantizar los derechos del sindicado y de las víctimas[77]. En países que enfrentan conflictos armados internos, la formación de los jueces debería incluir módulos sobre "mecanismos judiciales de transición especialmente destinados a abordar cuestiones relativas a graves violaciones de los derechos humanos, tales como comisiones de verdad y reconciliación, tribunales de justicia y paz, tribunales híbridos o iniciativas conexas"[78].

[68] *Ibid*., párr. 27.

[69] *Ibid*., párr. 23.

[70] Principio núm. 2.4, Principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2002), cit.

[71] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985, núm. 10.

[72] Recomendación núm. R (94) 12 sobre la independencia, la eficiencia y el rol de los jueces, cit.

[73] Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, Human Rights Council, A/HRC/14/26, 9 April 2010.

[74] Recomendación núm. R (94) 12, cit., Principio 3, 1, a).

[75] Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, 2010, cit., párr. 19.

[76] Recomendación núm. R (94) 12, cit., Principio 3, 1, a).

[77] Directriz 2, b, Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, A/CONF.144/28/Rev. 1.

[78] Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, 2010, cit., párr. 51.

De igual forma, se aconseja delegar esta responsabilidad en instituciones adscritas a la rama judicial, con el fin de evitar la posible influencia de los demás poderes públicos sobre los programas y las áreas de estudio. Al respecto, el órgano "encargado de la selección, el nombramiento, el ascenso de los jueces y la imposición de medidas disciplinarias"[79] podría ser el mismo encargado de administrar las "academias judiciales".

Ahora bien, la capacitación de los jueces comienza desde las facultades de derecho[80], por lo cual, el Estado no debería ser indiferente en cuanto al buen funcionamiento y la calidad de las que funcionen en su territorio. Esta formación debe continuar a lo largo del ejercicio del servicio judicial y comprender la evaluación periódica de los funcionarios, de manera que pueda ser utilizada como criterio de ascenso y permanencia en los sistemas de carrera judicial[81].

Por último, la idoneidad del componente humano del sistema judicial se viabiliza cuando ofrece condiciones laborales dignas, remuneraciones competitivas y oportunidades de carrera a largo plazo[82]. De no verificarse lo anterior, la experiencia muestra que los mejores profesionales se vincularán al sector privado.

Las modalidades de selección, el régimen laboral y las condiciones en las cuales se desempeñan los jueces inciden en su grado de independencia e imparcialidad. Salta a la vista que un juez elegido por clientelismo, mal remunerado, sin estabilidad laboral o en situación de riesgo por amenazas de grupos ilegales, difícilmente desarrollará sus actividades con completa autonomía y rectitud.

Por tal motivo, desde ámbitos internacionales se aconseja lo siguiente:

• *En cuanto al método de selección*, debe ser "imparcial y sin discriminación"[83]. Lo ideal es el concurso de méritos[84] administrado por un órgano de la rama judicial independiente del gobierno[85]. Con todo, en los nombramientos en el sistema judicial se debe aspirar a la igualdad de géneros[86].

[79] *Ibid*., párr. 53.

[80] Recomendación núm. R (94) 12, cit., Principio 3, 1, a).

[81] Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, 2010, cit., párr. 59.

[82] Recomendación núm. R (94) 12, cit., párr. 31.

[83] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985.

[84] Informe núm. 1 (2001) del CCJE a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces, cit., párrs. 32 y 33.

[85] Recomendación núm. R (94) 12, cit., Criterios y directrices de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y la justicia penal: aplicación y prioridades para el establecimiento de nuevas normas, "Aplicación de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura", Informe del Secretario General, Documento A/CONF.144/19 del 30 de mayo de 1990, párr. 70.

[86] Los "Commonwealth (Latimer House) Principles on the Three Branches of Government" recomiendan al respecto: "Judicial appointments to all levels of the judiciary should

• *En cuanto al sistema de carrera.* La ley debe delinear claramente la estructura y el funcionamiento de la carrera para reclutar y conservar a los jueces idóneos[87]. Mediante ley se fijarán los términos de cada cargo, de manera que se brinde estabilidad a los jueces y magistrados. Este principio de inamovilidad operará hasta cumplir la edad de retiro forzoso o el final del período para el cual fue elegido o por decisión disciplinaria. Los ascensos también responderán a la "capacidad profesional, la integridad y la experiencia demostrada"[88].

• *Otras condiciones del servicio*. Como estrategia de lucha contra la corrupción se sugiere una remuneración y prestaciones sociales fijadas por la ley[89] y adecuadas[90], es decir, coherentes con la dignidad del cargo y las responsabilidades que trae consigo, de manera que les permita vivir a los jueces "sin estrecheces financieras"[91]. También se recomienda evitar retrasos en los pagos[92].

Otra condición fundamental del servicio es la seguridad personal. Ella hace viable la independencia y la imparcialidad judiciales[93]. Al respecto, los Estados deben proveer escoltas o guardias policiales en los despachos[94] cuando las amenazas o riesgos a la vida e integridad de los jueces sean latentes. Estas obligaciones en materia de seguridad también cobijan a los fiscales[95] y abogados que actúan ante los estrados judiciales, a quienes debe garantizárseles que "a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión"[96].

---

be made on merit with appropriate provision for the progressive removal of gender imbalance and of other historic factors of discrimination", febrero de 2009.

[87] Principio 3, 1, c), Recomendación núm. R (94) 12, cit.

[88] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985, cit., párr. 13.

[89] Recomendación núm. R (94) 12, cit.

[90] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985, cit.

[91] "Aplicación de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura", cit., párr. 72.

[92] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Georgia, Documento de la ONU, CCPR/CO/74/GEO, párr. 12), citado por CIJ, *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Ginebra, 2005, pág. 21.

[93] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985, cit.

[94] Recomendación núm. R (94) 12, cit., Principio 3, 2.,

[95] Directriz 5, Directrices sobre la Función de los Fiscales, cit.

[96] Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, adoptada en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 7 de septiembre de 1990, cit., párr. 16.

Finalmente, los jueces deben disfrutar de todos sus derechos humanos durante el ejercicio del cargo. En especial, deben gozar en la práctica de los derechos a la libertad de expresión[97], la libertad de asociación[98] y el debido proceso, este último sobre todo cuando se vean inmiscuidos en asuntos disciplinarios[99].

Como puede apreciarse, el diseño y funcionamiento del sistema judicial está condicionado por numerosos requisitos que determinan su capacidad para materializar el derecho de acceso a la justicia. Retomando la advertencia preliminar, si bien no es posible extraer un modelo o paradigma de aparato judicial de los diversos instrumentos internacionales sobre el derecho a la justicia y la lucha contra la impunidad, resulta innegable que los mismos limitan positivamente la libertad de configuración estatal en este campo y contribuyen a levantar una institucionalidad judicial al menos teóricamente idónea para cumplir sus cometidos.

En el siguiente apartado se describirá a grandes rasgos el sistema judicial colombiano, con las modificaciones más sobresalientes que experimentó durante el período objeto del presente trabajo.

2. Puntos de contacto entre la política y la justicia en la dinámica constitucional de los poderes

Como es sabido, "[e]l acceso a la justicia está condicionado no solo por la existencia de una estructura judicial sino por la forma en que la misma funciona y está organizada"[100]. En Colombia, un punto de partida común en la literatura sobre el funcionamiento del sistema judicial es su permanente estado de crisis. Pareciera que desde siempre se ha percibido en el país un ambiente de inoperancia y amplia impunidad[101].

[97] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985, cit., párr. 8.

[98] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de 1985, cit. párr. 9; y Principio IV de la Recomendación núm. R (94) 12, cit.

[99] *Idem*.

[100] Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, ONU, Consejo de Derechos Humanos, 13 de mayo de 2008, A/HRC/8/4, cit.

[101] Ya para 1987 se sostenía que "hay un consenso general de que la justicia se halla en una grave crisis, y este consenso viene expresándose desde hace varios años". Igualmente, en 1962 el Ministro de Justicia Vicente Laverde Aponte le manifestaba al Congreso de la República que "si hay algo a todas luces evidente es la ineficacia casi absoluta de nuestra actual organización judicial para combatir con éxito la delincuencia" (Jaime Giraldo, Alfonso Reyes y Jorge Acevedo, "Reforma de la Justicia en Colombia", Instituto SER de Investigación, Bogotá, 1987, pág. 61). Más aún, desde el siglo xix se oyen voces de "crisis en la justicia", no solo en Colombia sino alrededor del mundo. Así, por ejemplo, para 1838 y 1837, los Tribunales Superiores de Antioquia y Magdalena, respectivamente, se quejaban de la falta de efectividad

En general, de manera constante se publican estudios y análisis del sistema judicial que demuestran su incapacidad para satisfacer las demandas de la población, y en particular aquellas relativas a la imposición de sanciones penales[102]. El panorama negativo de la justicia penal muestra su alta ineficacia en la conducción de procedimientos que finalicen con el esclarecimiento de los hechos criminales y la aplicación de sanciones penales. Así, se encontró que durante la década de los noventa alrededor del 95 por ciento de las muertes violentas quedaron sin resolverse (M. García, C. Rodríguez y R. Uprimny) y que durante los años 1996-2003 "aproximadamente el 77% de los procesos penales iniciados ante la Fiscalía General de la Nación salió de la competencia de ésta sin que se hubiera realizado una investigación de fondo de los respectivos delitos" (*idem*).

Adicionalmente, la situación de los funcionarios de justicia ha sido delicada. Las amenazas y atentados contra su vida e integridad son una estrategia más que común para su constreñimiento. Basta mencionar al respecto que entre 1979 y 1991, 290 funcionarios judiciales fueron asesinados en el país (CCJ, 1992), y que solo entre 1997 y febrero de 2001, 98 funcionarios de la Fiscalía General corrieron la misma suerte[103].

En épocas más recientes, un nuevo espectro de hechos ha agravado el anterior panorama: varios escándalos de corrupción han salpicado a exmagistrados y magistrados en ejercicio de las altas Cortes, a tal punto que el Senado de la República aplicó el procedimiento de *impeachment* a un magistrado de la Corte Constitucional y luego de separarlo del cargo, remitió el expediente ante la autoridad judicial competente para su enjuiciamiento penal.

Ante estas circunstancias, podría pensarse que el sistema judicial de Colombia ha atravesado por una *crisis de funcionalidad*, sin tregua desde su creación. Esto es, que se trata de una institución incapaz de alcanzar las metas para las cuales fue diseñada o que no logra responder y acoplarse a los cambios que experimenta la sociedad y a las expectativas que se fincan en ella[104].

Sin el ánimo de ofrecer una mirada integral a los diversos factores que inciden en la "crisis de la justicia", a continuación se ofrecerán algunos datos e indicadores que pueden facilitar la comprensión de las causas o detonantes de esa ineficacia judicial en el país.

---

del sistema judicial en Colombia (en Germán Silva, "El mundo real de los abogados y de la justicia", t. iii, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, págs. 99 y 100).

[102] Mauricio García, César Rodríguez y Rodrigo Uprimny, "¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia", Bogotá, Norma, 2006, pág. 30.

[103] *Ibid*., pág. 36.

[104] Cfr. Manuel García, "Transformaciones del derecho y crisis de la justicia", en *Revista Derecho del Estado*, núm. 7, 1999, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 74.

A) *Presencia nacional y capacidad de respuesta*

No es necesario abundar en explicaciones sobre el alto nivel de criminalidad y violaciones a los derechos humanos en Colombia. De acuerdo con estadísticas publicadas por el Observatorio Hemisférico de Seguridad de la OEA en 2012[105], Colombia tiene una tasa de homicidios superior a las 20.000 personas desde antes del año 2000[106]. Solo hasta 2004 el indicador descendió a 18,888 y de ahí en adelante varía sin ascender, llegando incluso a reducirse a 15,250 personas asesinadas en 2008 (año en el cual se registra la tasa de homicidios más baja en varias décadas, antes de la culminación del conflicto armado interno).

Con todo, las tasas de criminalidad siguen siendo preocupantes, no solo en el ámbito de delitos graves como el homicidio. También lo son en asuntos relacionados con la denominada criminalidad ordinaria o común, específicamente en los delitos contra la propiedad privada. En efecto, de acuerdo con cifras de la Corporación Excelencia por la Justicia[107], delitos como el hurto común pasaron de tener 45.119 víctimas en 1999, a 83.352 en 2007[108].

Ante este panorama, era de esperarse un aparato de justicia fuerte, con cobertura nacional y presencia en las zonas más álgidas del conflicto. No obstante lo anterior, la realidad dista mucho de cumplir con estos ideales, y muestra una escasez de institucionalidad agravada por las precarias condiciones en que se prestan los servicios judiciales en los lugares en que ellos existen. Por ejemplo, en el caso de los homicidios, la tasa de impunidad entre 2005 y 2008 fue del 97.29 por ciento[109], teniéndose entonces que de los casi 62.737 homicidios cometidos en ese período, solo el 2,71 por ciento de ellos fue efectivamente investigado, juzgado y condenado[110].

Según se observa en varios estudios, a pesar de que Colombia encaja en lo que podría llamarse un aparato judicial "eficiente" por la cantidad de jueces con los que se cuenta por cada 100.000 habitantes (11.72 para 2009)[111], la falta

[105] Informe sobre Seguridad Ciudadana en las Américas 2012: Estadísticas oficiales de Seguridad Ciudadana producidas por los Estados miembros de la OEA; disponible en *http://www.oas.org/dsp/alertamerica/Report/Alertamerica2012.pdf*.

[106] *Ibid*., pág. 17.

[107] Corporación Excelencia en la Justicia, "Panorama de Justicia en Colombia", disponible en *http://www.cej.org.co/index.php/biblioteca/publicaciones?start=15*, junio de 2009.

[108] *Ibid*., pág. 22.

[109] Corporación Excelencia en la Justicia, Indicadores de justicia, Impunidad en casos de homicidio según estudio del Ministerio de Justicia y la Unión Europea, disponible en *http://www.cej.org.co/index.php/indicadores-de-justicia*.

[110] *Ibid*.

[111] Ver Sergio Clavijo, "Costos y eficiencia de la rama judicial en Colombia. Políticas de choque-operativo", Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), Centro de Estudios Económicos, Bogotá, octubre de 2012, pág. 32, cuadro 3.

de recursos tecnológicos, auxiliares judiciales, infraestructura adecuada para la prestación de los servicios y, sobre todo, el alto grado de represamiento de casos y acumulación de procesos en los anaqueles de los juzgados, impiden un desarrollo verdaderamente eficiente de las diferentes instituciones que integran, en general, el sistema de administración de justicia.

Sobre este último punto, se ha dicho que para el año 2000 Colombia tenía represados aproximadamente 6.226 procesos por cada 100.000 habitantes, es decir, 2.508.040 casos sin resolver[112]. Podría pensarse que ante semejante cifra los esfuerzos especialmente económicos para mejorar el rendimiento de la rama serían significativos, sin embargo para 2008 la cifra de casos pendientes de ser resueltos ascendía a 6.337 por cada 100.000 habitantes, es decir, un total de 2.893.583 procesos sin solución[113].

Esto quiere decir que la situación no ha cambiado mucho desde 1982, año en el que, en promedio, cada juez penal de circuito debía responder por 780 casos, un juez superior respondía por 878 y uno municipal por 672[114], cifras estas a todas luces preocupantes si se tiene en cuenta que para esa época la estructura de la administración de justicia era mucho más pobre e incipiente.

Esa acumulación excesiva de casos es, primordialmente, la que impide a los despachos de la judicatura prestar adecuadamente los servicios a su cargo. Por tanto, aunque Colombia tenga una cantidad porcentual de jueces similar a la de países como Estados Unidos (11 por cada 100.000 habitantes de 2008 a 2010), no tiene el mismo índice de represamiento con el que allí cuentan (735 por cada 100.000 habitantes en 2000 y 686 por cada 100.000 habitantes en 2008).

En cuanto a la Fiscalía, el panorama no es mejor, pues desde su existencia (1991) ha tenido serias dificultades para atender las denuncias ciudadanas, especialmente por la poca cantidad de funcionarios que en principio trabajaban allí. En efecto, para 1995 la Fiscalía ya tenía 308.368 procesos a su cargo y una planta de apenas 1.173 funcionarios, generando esto una carga de aproximadamente 262 casos para cada uno[115], esto a tan solo cuatro años de su creación.

Estudios más recientes revelan que Colombia contaba para 2007 en promedio con 7.7 fiscales por cada 100.000 habitantes[116], cifra importante pero que en todo caso no alcanza a ser suficiente para cubrir las demandas de investiga-

[112] *Ibid*., pág. 35, cuadro 4.

[113] *Idem*.

[114] Jaime Giraldo, Alfonso Reyes y Jorge Acevedo, "Reforma de la Justicia en Colombia", cit., pág. 66.

[115] Fiscalía General de la Nación, "Informe del segundo año de labores", Despachos del Fiscal y del Vicefiscal General, agosto de 1994.

[116] Corporación Excelencia en la Justicia, "Panorama de justicia en Colombia", cit., pág. 31.

ción criminal requeridas por la ciudadanía, pues los índices de represamiento y congestión de casos de la Fiscalía sigue siendo sumamente elevado. Por ejemplo, en 2010 se reportó el ingreso de 1.372.529 noticias criminales, que junto con los procesos pendientes de años anteriores alcanzaban la no despreciable cifra de 2.453.567 casos pendientes de resolver. Incluso, registrándose ese año la cantidad de egresos más importante en varios años (cerca de 900.000 de las noticias criminales que ingresaron en ese año), para diciembre de 2010 estaban pendientes de resolver 1.489.798 noticias criminales. Esto quiere decir que para el año siguiente (2011) y, de acuerdo con la cantidad de fiscales existentes por cada 100.000 habitantes para esa fecha (9.8–2011), cada fiscal habría tenido que ocuparse de 318 casos aproximadamente[117].

Ahora bien, en cuanto a la capacidad de respuesta, entendida esta como la posibilidad de los jueces de proferir sentencias definitivas en los procesos que tienen a su cargo, también encontramos enormes dificultades para las autoridades judiciales. Por ejemplo, en 1983 el juez que más sentencias profirió fue el juez penal municipal de Medellín, con 25,8 sentencias; y el que menos, el de Barranquilla con apenas 2.2[118]. Para 2011, un juez sacaba de su despacho un promedio de 510 casos al año, hecho que se aplaude por la mejora de la productividad del juez; sin embargo, debe recordarse que la cifra de represamiento de casos a 2012 ascendía a los 2,9 millones de casos[119] y, por tanto, el promedio de procesos resueltos por los jueces al año continuaba siendo insuficiente.

Finalmente, sin decir nada nuevo, se puede concluir que uno de los factores determinantes de la impunidad en Colombia es el alto grado de represamiento de procesos, junto con otras causas que serán analizadas a continuación. Es evidente que la excesiva demanda de justicia que generan los desbordados índices de criminalidad no es atendida efectivamente por los operadores judiciales, como legítimamente podría esperarse. Muy por el contrario, las víctimas de toda clase de delitos deben enfrentar constantemente distintas trabas que obstaculizan irremediablemente la respuesta pronta y efectiva de las autoridades de la judicatura, circunstancia que desemboca en la denegación de justicia e ineficacia del derecho al acceso a los recursos judiciales proveídos por el Estado.

[117] Cálculos del GMH con base en cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia.

[118] Eduardo Vélez, Patricia Gómez de León y Jaime Giraldo, "Jueces y justicia en Colombia", Bogotá, Instituto SER de Investigación, octubre de 1987, cap. III, pág. 5.

[119] Periódico *El Tiempo*, "Un juez de Colombia resuelve 448 casos al año; uno de EE.UU., 3.135. Informe de la Contraloría sobre Ineficiencia de la Rama Judicial", 17 de abril de 2012, disponible en *http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11593661.html*.

B) *Presupuesto*

Una constante año tras año en la elaboración del Presupuesto General de la Nación (PGN) es la ausencia de recursos suficientes para saldar los déficits presupuestales de la rama judicial[120].

En ese sentido, se ha identificado que el sector justicia es uno de los más grandes y que más recursos demanda, al tiempo de estar dentro de los que menos recursos recibe respecto de las enormes necesidades que lo apremian. Esto es confirmado por encuestas de percepción realizadas a los jueces de la República a finales de los años ochenta, según las cuales para el 49.6 por ciento, el gran problema de la administración de justicia está relacionado con el presupuesto. Dentro de los rubros allí contemplados, el 39.3 por ciento de los jueces consideraba como grave el problema de la asignación inadecuada de recursos a la rama[121].

Igualmente, estudios de 1987 revelan que para esa época la asignación de recursos a la rama no superaba el 3 por ciento del PGN, circunstancia que desde entonces impedía la consolidación de una infraestructura decente, en condiciones higiénicas adecuadas para la atención de los usuarios, ni qué pensar en las condiciones estéticas, pues si difícilmente contaban con servicios de aseo, alumbrado y seguridad, menos podía pensarse que las sedes judiciales fueran cuando menos agradables a la vista de los ciudadanos[122].

Según datos del Departamento Nacional de Planeación, entre 1995 y 2007 el presupuesto del sector justicia aumentó en un 2.6 por ciento, ya que en el primer año del período de cálculo la inversión real era de 2.8 billones, mientras que en 2007 la cifra había ascendido a 3.8 billones[123]. Sin embargo, ello no es del todo estimulante si se confronta ese monto de inversión con el valor del PGN. En efecto, dentro del mismo período mencionado con anterioridad el gasto en el sector justicia decreció progresivamente respecto del PGN, pues mientras en 1995 el 6.5 por ciento del presupuesto era destinado al sector justicia, en 2007 era apenas del 3.4 por ciento[124].

Aún más desalentador resulta comparar esta cifra con las asignaciones presupuestales que se dan a otros sectores, como la Defensa. En efecto, para 1995, mientras el sector Defensa contaba con una asignación de 6 billones de pesos corrientes de 2007, el sector Justicia apenas alcanzaba menos de 3

[120] Entre otras, esta es una de las causas del paro de la rama judicial en 2012.

[121] Eduardo Vélez, Patricia Gómez de León y Jaime Giraldo, "Jueces y justicia en Colombia", cit.

[122] Jaime Giraldo, Alfonso Reyes y Jorge Acevedo, "Reforma de la Justicia en Colombia", cit., pág. 80.

[123] Departamento Nacional de Planeación, "Gasto del sector justicia 1995-2007", elaborado por Mariana Martínez Cuéllar y Yezid Hernández Luna, Bogotá, 2008, pág. 3.

[124] *Ibid.*, pág. 4.

billones de pesos. Todavía más abrumadora es la participación en años más próximos, pues para 2007 el sector Defensa participaba de más de 12 billones de pesos del presupuesto nacional, mientras la Justicia apenas lograba superar los 3.2 billones de pesos[125].

Respecto de los países latinoamericanos, podemos decir que Colombia tiene en términos globales una inversión importante en el sector Justicia. Según CEJA, después de Brasil y México, Colombia es el país que más invierte en justicia en toda la región. Sin embargo, al desglosar la cifra (549.500 dólares para 2006), se tiene que Colombia está por debajo de la inversión promedio per cápita, es decir, que si bien el monto que se invierte en justicia es importante regionalmente, no lo es de conformidad con la cantidad de población y las demandas de justicia del país[126].

De acuerdo con estas cifras, es fácil entender por qué la administración de justicia tiene tantas necesidades insatisfechas, especialmente en relación con la forma en que se prestan sus servicios a la ciudadanía. Un caso emblemático que demuestra la pobreza de la rama es el de una sede judicial en Cali, que fue devastada por un atentado terrorista de las FARC-EP en 2008 y que para 2012 aún no había sido reconstruida, razón por la cual varios funcionarios judiciales de la ciudad se encontraban trabajando en condiciones de hacinamiento[127].

Igualmente, en casos registrados y documentados por la prensa nacional, se ha logrado demostrar que el 30 por ciento de los juzgados del país no cuenta con acceso a internet[128]. Inclusive, los funcionarios no poseen cuentas de correo institucional para desarrollar sus actividades[129]. También es dramática la situación del complejo judicial de asuntos penales más importante del país, Paloquemao, que de acuerdo con información recabada por el Diario *El Tiempo*, para 2011 no contaba con ascensores, limitando de manera excesiva el acceso de personas en situación de discapacidad a las audiencias[130]. Ni qué hablar de la situación de seguridad para los denunciantes de hechos violentos, como lesiones personales[131], esto entre muchas otras circunstancias deplorables en dicho centro judicial.

Esta precariedad también lleva a que el sector Justicia sea ineficiente y, por tanto, se termine negando el derecho de acceso a la justicia de las víctimas.

[125] *Ibid.*, pág. 5.

[126] *Ibid.*, págs. 6 y 7.

[127] Periódico El Tiempo, "Un juez de Colombia resuelve 448 casos al año; uno de EE.UU., 3.135. Informe de la Contraloría sobre Ineficiencia de la Rama Judicial", cit.

[128] *Ibid.*

[129] *Ibid.*

[130] Periódico *El Tiempo*, "Juzgado de Paloquemao se cae a pedazos. El edificio carece de ascensores, cobran la entrada al baño y sus sillas están en mal estado", 15 de febrero de 2011, disponible en *http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8860901*.

[131] *Ibid.*

Lo más grave del asunto es que incluso mediando el compromiso del ejecutivo y el legislativo para asignar un poco más de recursos a la rama, las necesidades de esta alcanzan unas magnitudes tan enormes que no logra superarse el déficit que la aqueja desde hace años, el cual, según el Ministro del Interior de 2010, Germán Vargas Lleras, superaba la cuantiosa suma de un billón de pesos[132].

De hecho, en informes sobre la condición financiera de la rama elaborados por el Consejo Superior de la Judicatura, se ha reconocido que la asignación presupuestal que se da al sector Justicia, incluso en vigencia de la Constitución de 1991, es insuficiente e "inequitativa"[133]. Por tanto, no cabe duda de que la justicia es como muchos la denominan "la cenicienta del poder público"[134], pues es uno de los sectores del Estado con mayores responsabilidades a su cargo y, a la vez, uno de los que menos presupuesto recibe en proporción a dichas necesidades, tal como quedó reseñado en párrafos anteriores.

Igualmente, vale la pena tocar siquiera tangencialmente el asunto de la autonomía financiera. En un primer momento, los recursos de la rama judicial eran administrados por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, entidad encargada de proveer a los despachos judiciales los menesteres que hicieran falta para el desarrollo de las funciones de los juzgados. Esta entidad fue sumamente criticada, sobre todo porque dado su carácter eminentemente centralista, era poco eficiente a la hora de atender las necesidades de los juzgados y órganos judiciales regionales, por ejemplo, el envío de papelería[135].

Gracias a los fuertes reclamos provenientes de los mismos funcionarios de la rama, se creó el Consejo Superior de la Judicatura, encargado de manejar los

[132] Periódico *El Espectador*, "Gobierno alerta déficit presupuestal para rama judicial", 25 de agosto de 2010, disponible en *http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-220912-gobierno-alerta-deficit-presupuestal-rama-judicial*.

[133] Consejo Superior de la Judicatura, Informe al Congreso de la República 2003-2004, Capítulo de Gestión Financiera, pág. 300, disponible en *http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/HOME/FINANZAS%20DE%20LA%20RAMA%20JUDICIAL[1].pdf*.

[134] Así ha sido llamada por varias figuras públicas, entre ellas los mismos jueces de la rama judicial: *http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/HOME/A%20PROPOSITO%20DEL%20NUEVO%20PROYECTO%20DE%20REFORMA%20A%20LA%20JUSTICIA.pdf* (Consejo Superior de la Judicatura); *http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/CSJ/Revista%20Judicial%20Edicion%204.pdf* (Guillermo Bueno Miranda, Magistrado Sala Disciplinaria CSJ); *http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/rama-judicial-tiene-que-dejar-de-ser-la-cenicienta-del-estado-mauricio-fajardo/20111208/nota/1530424.aspx* (Prensa, Mauricio Fajardo, Consejo de Estado); *http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/corte_suprema_rompe_silencio/corte_suprema_rompe_silencio.asp* (Prensa, Corte Suprema de Justicia).

[135] Jaime Giraldo, Alfonso Reyes y Jorge Acevedo, "Reforma de la Justicia en Colombia", cit., pág. 81.

recursos de la rama judicial y ejecutar la partida presupuestal que anualmente le era asignada.

Sin embargo, este organismo ha sido fuertemente criticado por la administración deficiente de los recursos de la rama, especialmente por la poca correspondencia que hay entre la destinación que se da a los diferentes rubros del presupuesto frente a las necesidades reales de la rama. Es por eso por lo que con las varias iniciativas de reforma a la administración de justicia se ha intentado eliminar este organismo, con el fin de sustituirlo por uno que resuelva los déficits presupuestales de la rama, realizando un mejor manejo de los recursos de la misma. Estas iniciativas, sin embargo, como es bien sabido por todos, no han dado resultados aún.

C) *Nominación*

Como se dijo anteriormente, en un sistema judicial que pretenda ser efectivo los jueces deben cumplir ciertos requisitos, especialmente aquellos relacionados con la idoneidad legítimamente exigible para el desempeño de sus funciones. Ahora bien, en Colombia el sistema judicial ha mostrado falencias en este tema, entre otras cosas, por el esquema de selección de jueces, que no siempre ha sido el de carrera.

Es bien sabido que el sistema de carrera es el más idóneo para ocupar los cargos en todas la ramas del poder público[136]. Efectivamente, un sistema mediante el cual la pretensión de acceder o ascender en cualquier entidad del Estado se materializa solo mediante un concurso basado en la meritocracia, es decir en la prueba de las habilidades y destrezas del funcionario, es el ideal para contar con servidores públicos idóneos y eficientes para desarrollar sus actividades.

Sin embargo, la historia de la carrera judicial en Colombia ha sido compleja y llena de tropiezos. Circunstancias como el Frente Nacional y la cooptación de los poderes públicos por sectores como el narcotráfico hicieron imposible que la carrera administrativa fuera verdaderamente efectiva antes de la Constitución de 1991.

En efecto, aunque en 1970 se expidió el estatuto de la carrera y se crearon organismos como el Consejo Superior de la Administración de Justicia, con el fin de administrar la carrera de la rama[137], esta no se hizo efectiva, al menos parcialmente, hasta 1978 con el decreto 52 de ese año. Decimos parcialmente porque algunos estudios de la época revelan que en realidad el acceso a los

[136] *Vid., supra*, estándares sobre funcionarios judiciales.

[137] Ver *http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/HOME/INTRODUCCION[1].pdf*, pág. 10.

cargos de la judicatura se daba en gran mayoría por recomendaciones de terceros (78%) y no por el concurso, figura central de la carrera (15%)[138].

La dificultad del ingreso que supone el sistema de recomendaciones o "a dedo", hace que los funcionarios sean propensos a la corrupción, además de no brindar certeza sobre la idoneidad de los mismos a la hora de iniciar las labores para las cuales son designados.

Con todo, esta situación fue evolucionando durante los últimos años, al punto que, de acuerdo con cifras del Consejo Superior de la Judicatura, para el 2004 el 96 por ciento de los cargos de carrera de la rama se encontraban provistos en propiedad, es decir, se había sido erradicado el problema de la provisionalidad en los cargos de la judicatura[139]. Sin embargo, aún hoy, algunas organizaciones colegiadas de abogados siguen recomendando el fortalecimiento de la carrera administrativa como una forma de garantizar la efectividad de la administración de justicia en Colombia[140], especialmente en relación con los cargos provisionales[141].

Ahora bien, las "Altas Cortes" (designación un tanto periodística con la que en Colombia se agrupa a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la Comisión de Disciplina Judicial y el Consejo Superior de la Judicatura) no se integran mediante un régimen de carrera administrativa.

La integración de estos tribunales funciona conforme a tres sistemas diferentes. El primero, para la composición de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, consiste en un sistema autocompositivo en donde cada organismo elige a sus propios magistrados. En cambio, tanto en el caso de la Corte Constitucional como del Consejo Superior de la Judicatura, el sistema de integración es heterocompositivo. Los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República (una de las dos cámaras parlamentarias), a partir de ternas enviadas por el jefe del Estado, la Corte Suprema

[138] Ministerio de Justicia y del Derecho, "Perfil de los empleados judiciales", Serie Documentos, 10, Bogotá, 1995, pág. 37.

[139] Consejo Superior de la Judicatura, "Atraso judicial en Colombia: realidades y soluciones", Bogotá, marzo de 2004.

[140] Corporación Colegio Nacional de Abogados de Colombia, "Acceso a la justicia y descongestión", Propuestas a la Comisión de Integración judicial, disponible en *http://conalbos.com/acceso-a-la-justicia-y-descongestion* (consultado el 1º de diciembre de 2013).

[141] Según Conalbos: "14. Se deben suprimir los denominados cargos en *provisionalidad* en todos los despachos, esto es factor de *congestión* en cuanto no siendo el cargo en propiedad, genera inseguridad, desconocimiento del despacho, falta de inmediación de los procesos, falta de compromiso, pues en más de las veces dos, tres o seis meses no pueden producir ningún resultado, ni para el despacho, ni para el funcionario, ni para el usuario. Es más grave aún, cuando se nombra y el encargado no reúne los requisitos de orden legal para ser titular, práctica que es y ha sido usual" (*ibid*.).

de Justicia y el Consejo de Estado. El Consejo Superior de la Judicatura, a su vez, tiene un sistema de elección mixto aunque heterocompositivo, por cuanto la elección de sus seis miembros se hace de la siguiente manera: uno corresponde a la Corte Constitucional, dos a la Corte Suprema de Justicia y tres al Consejo de Estado.

Por último, el órgano judicial de responsabilidad disciplinaria de los jueces, denominado "Comisión de Disciplina Judicial", es integrado por siete miembros elegidos todos por el Parlamento en pleno, a partir de ternas enviadas por el jefe del Estado y el Consejo Superior de la Judicatura.

A lo anterior se suma que no solo el proceso de postulación se ve revestido de criterios políticos, sino también el proceso de elección por el legislativo. Para tales propósitos, el Senado suele convocar a una audiencia pública a los candidatos a la magistratura para efectos de presentar una serie de interrogantes y formarse un criterio para la elección. Posterior a ello, se convoca por lo general, a una nueva sesión para llevar a cabo la votación y elección del candidato que pasará a integrar el órgano en cuestión. Este procedimiento suele surtirse por "bancadas", por cuanto cada partido político con representación en el Senado acostumbra a convenir el voto a favor de alguno de los candidatos.

Adicionalmente, cabe destacar que con el paso de los años y los efectos de la función del juez constitucional, parecería que se reconociese que se trata de un cargo, a lo menos, con una importancia política sustancial. De ello da cuenta una revisión histórica de la presentación de ternas desde la fundación del tribunal constitucional. Al respecto señala Palacios Torres ha señalado que "Los perfiles de quienes son elegidos como magistrados ha variado con el transcurso del tiempo. En sus dos primeros términos, la Corte Constitucional fue integrada por abogados que tenían un perfil predominantemente académico; para el tercer período (2001-2009) se mantuvo dicho perfil, aunque con una mayor participación del elemento político en el perfil de algunos de los elegidos; pero para el cuarto período (2009-2017) la diferencia en los candidatos que integraban las ternas se hizo evidente, siendo un perfil predominantemente político el elemento protagónico en las ternas elaboradas por el Presidente, y una mezcla entre un perfil académico y uno judicial lo que primó en las ternas que provenían de la Corte Suprema y el Consejo de Estado".

Ahora bien, la rama judicial en general tiene por objeto cumplir con la función pública de administrar justicia; sin embargo, debido al sistema de pesos y contrapesos y la independencia judicial, las funciones de las Altas Cortes no se reducen solo a ello. Así, por ejemplo, tales Cortes tienen iniciativa legislativa y cumplen funciones electorales; el Consejo de Estado tiene, además de la función de tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, la de cuerpo consultivo del Gobierno en materia de administración, y conoce de los procesos de "pérdida de investidura" de los congresistas.

De modo análogo, la Corte Constitucional tiene algunas funciones que van más allá de la función judicial de garantía de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución. La Corte tiene funciones de designación de altos funcionarios del Estado y otras de control de inasistencia a debates de control político, que son enteramente ajenas a la administración de justicia. En cuanto a la potestad nominadora, la Corte Constitucional participa en los procesos de designación del Registrador Nacional del Estado Civil (órgano gerencial en materia electoral), del Contralor General de la República y designa directamente a uno de los seis miembros del Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, más allá de la asignación de funciones que se acaba de reseñar, se tiene que tanto en el ejercicio de su función de juez de constitucionalidad como en el ejercicio de juez de derechos fundamentales, las sentencias de la Corte Constitucional con frecuencia tienen consecuencias políticas. En concreto se puede hablar de efectos *intrínsecamente* políticos y efectos *extrínsecamente políticos*.

La primera hipótesis sería la de aquellas sentencias que se pronuncian sobre una situación de alto interés político y por tanto, la decisión resulta, igualmente, política. A manera de ejemplo, la sentencia C-141 de 2010, en la que se declaró la inconstitucionalidad del proyecto de referendo reeleccionista, con la que se vetó la posibilidad de una segunda reelección del entonces Presidente de la República.

La segunda hipótesis comprende sentencias que no se pronuncian sobre un hecho de interés político, pero tienen consecuencias que lo afectan, ya sea el principio democrático-político de la sociedad, o las funciones de los órganos políticos.

Un ejemplo de aquellas decisiones que afectan el principio democrático-mayoritario, puede ser el grupo de sentencias que reconocen y amplían progresivamente los derechos de las parejas LGTB, como la sentencia C-683 del 2015 que avala la adopción por parejas del mismo sexo, que en la protección de los derechos de una minoría, contraría el principio mayoritario, y que ha llevado a un inusitado despliegue de activismo político de grupos tradicionalistas.

Sobre las sentencias que afectan las funciones de los órganos políticos, pueden citarse las llamadas *sentencias estructurales* en las que el juez constitucional hace un importante esfuerzo para dar efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constata la existencia de violaciones generalizadas y graves a los derechos humanos, habilitándose como máximo intérprete al definir cómo deben actuar las autoridades para garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, profiriendo sentencias con efectos *erga omnes*[142].

[142] Néstor Osuna Patiño, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos en Colombia", en Víctor Bazán (ed. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, núm. 5, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2015, págs. 91-116.

Ahora bien, los estudios de percepciones frente al sistema judicial reflejan la confianza parcial de los ciudadanos ante el aparato de justicia. Así, frente a la idea de acceder a un juicio justo, en 2004 tan solo el 46.9 por ciento de los ciudadanos confiaba en poder tener un proceso judicial con esa característica. En 2007 esa cifra se incrementó a 49.7 por ciento de los ciudadanos, es decir que en general menos de la mitad de los ciudadanos confía en poder acceder a un juicio plenamente justo y con todas las garantías[143].

De manera similar se muestran los resultados de la confianza ciudadana sobre la idea de aplicación efectiva de justicia. En efecto, para 2004 el 49.3 por ciento de los ciudadanos consideraba que en un eventual encuentro con la administración de justicia el resultado sería fallado en derecho o de manera justa. En 2007, ese indicador ascendió a 51.5 por ciento[144]. Estos datos son preocupantes, pues denotan las bajas expectativas que tienen los ciudadanos ante los órganos judiciales.

Con respecto a las percepciones sobre corrupción judicial, para comienzos de los años 80, el 68 por ciento de los entrevistados pensaba que los jueces se dejaban comprar con dinero y el 81 por ciento que los jueces generalmente no aplicaban la ley por igual a todos los ciudadanos (Losada y Vélez, 1981)[145]. En sentido análogo, para 1986 una muestra representativa de adultos urbanos arrojó que "cerca del 88% de la gente cree que en Colombia algunos jueces se dejan comprar y que en promedio 5.5 de cada 10 jueces se dejan comprar". De allí que el 85 por ciento de los entrevistados cree que la ley no se aplica por igual a todos los colombianos (Losada y otros, 1986). Ante este panorama desolador, muchos sectores compartían la existencia de una "crisis de legitimidad de la justicia", traducible en que "el sistema judicial no está contribuyendo al desarrollo de una democracia pluralista"[146].

D) *Condiciones laborales de los jueces, fiscales y empleados de la justicia*

Insistentemente los funcionarios judiciales han manifestado su preocupación por sus precarias condiciones laborales, excesiva carga de trabajo y poca seguridad con la que cuentan a la hora de cumplir sus mandatos. Aunque en la actualidad algunos consideran que los empleados de la rama judicial son los que mejor remuneración reciben respecto de los otros funcionarios del

[143] Corporación Excelencia en la Justicia, "Panorama de Justicia en Colombia", cit., pág. 24.

[144] *Ibid*.

[145] *Identificación y participación política en Colombia*, Bogotá, Fedesarollo, Editorial Planeta, 1981; cit. por Eduardo Vélez, Patricia Gómez de León y Jaime Giraldo, "Jueces y justicia en Colombia", Bogotá, Instituto SER de Investigación, octubre de 1987, cap. III, págs. 45 y 46.

[146] *Ibid*., pág. 46.

Estado[147], en todo caso, la función de administrar justicia y sus complementos son igualmente de las actividades más riesgosas al interior del Estado.

Son en verdad alarmantes las cifras sobre amenazas a jueces por el cumplimiento de sus funciones. En 1987, el 25.4 por ciento de los jueces manifestaron que ellos mismos o alguno de sus familiares había sido objeto de amenazas en razón del ejercicio de las funciones jurisdiccionales a su cargo[148].

En fecha relativamente recientemente, el Consejo Superior de la Judicatura registró que entre 2007 y 2011 más de 700 jueces en todo el país fueron víctimas de amenazas a su integridad personal, sus familiares y patrimonio[149]. Incluso, dentro del plan de medidas de seguridad implantado por el Consejo, se han tenido que efectuar al menos 90 reubicaciones con el fin de garantizar la vida de los funcionarios y sus familiares[150].

Pese a los datos anteriores, el Consejo Superior de la Judicatura ha venido implantando medidas de seguridad que han resultado ser en su mayoría efectivas para evitar el asesinato de jueces en Colombia. Según su informe de 2006, aunque en ese año se incrementaron las amenazas a los funcionarios (131 frente a 94 de 2005), también se fortalecieron varias medidas de seguridad, como por ejemplo reubicación de despachos judiciales y traslados individuales a otras regiones del país[151].

Finalmente, sobre el punto de la carga laboral, ya se ha señalado en párrafos precedentes la cantidad de procesos que deben llevar jueces y fiscales. En 1999, mientras los jueces debían llevar aproximadamente 1124 casos, de estos solo lograba resolver 399[152]. Este nivel de productividad ha sido más o menos constante, pues para 2007 un juez tenía a su cargo aproximadamente 1216 procesos, de los cuales solo puede resolver 434 al año[153].

Una carga laboral de estas proporciones dificulta la prestación adecuada de los servicios judiciales, pues se exige mucho del funcionario, pero este no puede

[147] Jorge Iván Cuervo, "El paro judicial: malas razones", en *Razón Pública*, Revista Digital, 5 de noviembre de 2012.

[148] Eduardo Vélez, Patricia Gómez de León y Jaime Giraldo, "Jueces y justicia en Colombia", cit., pág. 69.

[149] Periódico *El Tiempo*, "Jueces han recibido 750 amenazas en cuatro años", 23 de marzo de 2011, disponible en *http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9055660.html*.

[150] Periódico *El Tiempo*, "Son más de 700 los jueces amenazados en Colombia en los últimos cuatro años", 18 de marzo de 2010, disponible en *http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7715742*.

[151] Consejo Superior de la Judicatura, Informe 2006, "Función Disciplinaria", cap. 5, Gestión de la Seguridad de los funcionarios judiciales.

[152] Corporación Excelencia en la Justicia, "Panorama de Justicia en Colombia", cit., pág. 9.

[153] *Idem*.

responder de manera satisfactoria a todos los compromisos que adquiere con cada proceso. Lo anterior no solo dificulta la prestación del servicio, como ya se dijo, sino que además envía un mensaje inconveniente a los jueces, según el cual vale la pena sacrificar la calidad de los fallos en aras de mejorar los números de rendimiento de la rama, en lugar de mejorar las condiciones en que se presta el servicio para que los jueces, a la vez de ser productivos, puedan proferir fallos decentes, que mejoren la credibilidad general del sector.

En conclusión, son variadas las causas de las enormes y profundas fallas del sistema judicial colombiano, que no podría asegurarse con grado de certeza la responsabilidad absoluta de solo una de ellas por la imposibilidad de acceder plenamente a la administración de justicia colombiana.

Todas las razones generadoras de impunidad reseñadas anteriormente son complementarias y concomitantes: si un juez no cuenta con una infraestructura adecuada para atender a las víctimas y tampoco está lo suficientemente capacitado para resolver los asuntos de su competencia, pero además, tampoco recibe un salario justo y proporcional a la enorme cantidad de procesos represados, y como si fuera poco, no tiene garantizada su seguridad, difícilmente podrá atender todas las demandas de justicia que ante él sean elevadas.

Asimismo, si las víctimas no son informadas oportunamente de sus derechos y además se tropiezan constantemente con barreras institucionales que frenan su acceso a los servicios judiciales, de nada servirá tener derechos solamente de papel.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA EN ECUADOR. APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Leonardo Sempértegui*

1. Introducción

En múltiples artículos y ensayos se ha alegado sobre la indebida injerencia de la política sobre la justicia, situación que lamentablemente no es patrimonio únicamente de ciertos países, sino que se va convirtiendo en fenómeno global, en lo que sin duda constituye una regresión del Estado de derecho y su avance progresivo durante el siglo XX a escala mundial.

Es innegable, sin embargo, que a pesar de que el fenómeno de vulneración del Estado de derecho es un problema de todas las sociedades, es sin duda más agudo en determinados países que en otros. América Latina no cuenta, históricamente, con buenos resultados en las mediciones realizadas sobre esta cuestión por organizaciones internacionales especializadas[1].

Este trabajo busca analizar el estado de la interacción entre la justicia y la política en Ecuador, a la fecha actual. Debido a la importancia de la jurisdicción constitucional dentro de la vida nacional, el ámbito del estudio será el análisis de pronunciamientos en vía constitucional, principalmente en los provenientes de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) o de los jueces constitucionales de instancia. Se describirán algunos fenómenos relativos a la estructura de la justicia ordinaria, sin entrar a analizar casos específicos en tal sentido, concentrando la atención en el papel que ha desempeñado principalmente la CCE.

En primer lugar, se describirá el cambiante escenario jurídico del Ecuador durante las últimas dos décadas. En 2008 el país adoptó una nueva Constitución, que alteró la estructura institucional, otorgando nuevas atribuciones a la CCE, y no solamente ello sino una nueva función social, a su vez disminuyendo sensiblemente la importancia de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), exCorte Suprema del país.

Este cambio sin duda afectó la relación entre la justicia y la política en Ecuador, debido a que el proceso de selección de jueces de la CCE es controla-

* Master of Laws, University of Texas at Austin.

[1] Revisar *WJP Rule of Law Index 2016*, elaborado por World Justice Project.

do de manera directa por instituciones políticas, lo cual en el país es sinónimo de interferencia y condicionamiento a los magistrados designados, respecto a las causas que se conocen en la Corte y que involucran a las funciones en las que se originan.

Se analizarán varios casos en los que se requirió la revisión constitucional de la CCE, en los cuales según nuestro análisis se revela la injerencia política en la decisión jurídica. El elemento clave en estas causas es la existencia o falta de motivación jurídica, entendida como la propia normativa y jurisprudencia ecuatoriana la definen, analizada a su vez en el contexto de las partes litigantes y los derechos e intereses políticos ventilados.

Sobre los hechos y derecho a exponerse y explicarse, finalmente se extraerán algunas conclusiones sobre el estado de la relación analizada en Ecuador, y algunas sugerencias sobre cómo mejorarla para fortalecer el Estado de derecho.

2. La norma jurídica. Atribuciones y conformación de la CCE

A) *Ordenamiento jurídico hasta 2007*

Para poder apreciar con claridad la imagen de la relación entre la política y la justicia constitucional en Ecuador, es necesario entender el contexto en la que esta se desarrolla. Ello debido a que el país vivió un cambio constitucional radical en el año 2008, que suponía que "[...] el Ecuador se encuentra ahora a punto de dar el gran paso de una nueva Constitución guiado por el paradigma de los derechos humanos"[2], enfocándose la acción del Estado en el reconocimiento de los derechos, pero sobre todo en su garantía. Es decir, se habría superado la cuestión filosófica y el problema se habría vuelto únicamente político y jurídico.

Pero, ¿qué existía entonces antes de la vigencia de la Constitución de 2008? No comparto de forma alguna la consigna de refundación nacional explotada en la región como solución a problemas originados supuestamente por las acciones políticas previas, señaladas continuamente como adversas a los intereses ciudadanos[3]. Existía en Ecuador de manera anterior a la Constitución de 2008 una estructura jurídica funcional, con problemas sin duda pero con virtudes también, que ahora probablemente se aprecian más que antes.

[2] Carolina Silva Portero, "Las garantía de los derechos: ¿Invención o reconstrucción?", en Ramiro Ávila Silva (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pág. 52.

[3] Ver Michael Shifter y Daniel Joyce, "Bolivia, Ecuador y Venezuela, la refundación Andina", *Política Exterior*, núm. 123, mayo-junio 2008, págs. 63 y ss., *http://www.flacsoandes.org/internacional/publi_acade/ecuador/04shifter_michael_y_daniel_joyce.pdf*, último acceso 28 febrero 2017.

El control constitucional ha sido históricamente débil en Ecuador, adquiriendo existencia y progresiva independencia institucional a partir de 1967 (a pesar de la breve existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales entre 1946 y 1948)[4]. Sin embargo, el retorno a la democracia marcado por la Constitución de 1979 establece de forma definitiva el modelo de control constitucional, que con variantes se mantuvo hasta el año 1998.

Como es natural, la introducción de la jurisdicción constitucional en el escenario nacional fue tímida. La Constitución de 1979 estableció el principio de supremacía de la Constitución ("Las normas secundarias y las de menor jerarquía deben mantener conformidad con los principios constitucionales")[5]. La relevancia de la justicia ordinaria, expresada por su máximo organismo de la época, la Corte Suprema de Justicia, se revela en el hecho de que es este organismo, y no el Tribunal de Garantías Constitucionales también creado por mandato constitucional[6], el encargado de suspender las normas que tal cuerpo colegiado considerara inconstitucionales, y someter tal pronunciamiento al órgano legislativo, entendiéndose (aunque no se exprese así) que a este último le correspondería la corrección del yerro legal[7].

Por su parte, el Tribunal de Garantías Constitucionales tenía esencialmente las siguientes atribuciones: a) exhortar el cumplimiento de la Constitución a las autoridades públicas, b) formular observaciones sobre normas violatorias de la Constitución, c) conocer quejas ciudadanas sobre violaciones constitucionales que culminen en violación de derechos y observar a la autoridad de la que emanen[8].

Quedan claras dos conclusiones de dicha norma, y es que por un lado el Tribunal Constitucional carecía de poder jurídico real para controlar la constitucionalidad y más bien era una herramienta destinada a la recomendación de aplicación de la Constitución (atribución bastante pobre para una entidad de poder público), y por otro lado la fuerza de la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano del Estado.

El modelo antes revisado, con ciertas variaciones, prevaleció durante los años siguientes. Las codificaciones constitucionales de 1984[9] y 1993[10] otorgan

[4] Ver Hernán Salgado Pesantes, "La justicia constitucional en el Ecuador: retrospectiva y futuro", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 1, enero-junio 2003, pág. 81.

[5] Artículo 137 de la Constitución de la República de 1979, publicada en Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.

[6] *Idem*, artículos 140 y ss.

[7] No queda claro del texto constitucional qué ocurriría en caso de inconstitucionalidad de normas no expedidas por el órgano legislativo.

[8] Artículo 141 de la Constitución de la República de 1979.

[9] Registro Oficial 763 de 12 de junio de 1984.

[10] Registro Oficial 183 de 5 de mayo de 1993.

al Tribunal de Garantías Constitucionales en primer momento la capacidad de suspender normas jurídicas contrarias a la Constitución (art. 141 num. 4 de la Constitución de 1984), para luego crear una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que sería la que decidiría en final instancia si una norma inconstitucional sería expulsada del ordenamiento jurídico, luego de una demanda presentada ante el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 146 num. 1 de la Constitución de 1993). Como se ve, hasta ese momento, el modelo resulta incompleto, ya que el control abstracto de constitucionalidad apenas se va conformando en esta Constitución mencionada, sin que haya tomado real fuerza en esa época.

Ya decía el jurista Gil Barragán Romero:

"La experiencia de los últimos años ha demostrado, sin lugar a dudas, la debilidad del Tribunal de Garantías Constitucionales y su relativa ineficacia para el cumplimiento de su objetivo.

"Si bien durante buena parte de la existencia del organismo, los resultados negativos se han debido al autoritarismo y la arrogancia del poder, que no trepidaron en ignorar y menospreciar principios éticos y jurídicos que sustentan a la República, a estas causas se han sumado los vicios estructurales del Tribunal, la naturaleza de sus atribuciones, reducidas en la materia que le es propia y exageradas en materias extrañas: la supeditación de sus decisiones más importantes al Congreso y al Plenario de las Comisiones Legislativas; la falta de fuerza compulsoria para hacer respetar y ejecutar sus resoluciones. En realidad, lo esencial es la falta de una verdadera autonomía que le permita el desenvolvimiento acorde con su alto cometido"[11].

La crisis constitucional vivida por Ecuador a inicios de 1997, que se inició con la destitución del presidente Abdalá Bucaram Ortiz y tuvo que ser atendida mediante una codificación constitucional y posterior Constitución de 1998, dio paso a una reforma de la Carta Política que comenzó a dar forma a la actuación autónoma del órgano de justicia constitucional.

El artículo 174 de tal norma jurídica da cuenta de la creación de un Tribunal Constitucional, y el artículo siguiente enumera sus atribuciones. Antes de pasar a ellas, cabe resaltar que la integración del Tribunal Constitucional, tanto en la reforma de 1997 como a partir de 1998, es de alto contenido político. Dos miembros eran designados por cada función del poder público (ejecutivo, legislativo y judicial), mientras que un miembro era designado de ternas nominadas por autoridades seccionales, cámaras de la producción y organizaciones laborales y sociales[12]. Es decir, el organismo tenía un claro origen político y

[11] Gil Barragán Romero *et al*., "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en *El Tribunal de Garantías Constitucionales*. Conflictos y Jurisprudencia. Período 1980/1990", ILDIS, 1990, pág. 26.

[12] Ver Constitución de 1997, artículos 174 y ss., Registro Oficial 2 de 13 de febrero de 1997. La innovación respecto al control abstracto y concreto de constitucionalidad se replica

sus decisiones fueron, en temas políticos, alineadas con posturas ideológicas[13]. Sin embargo, nada de lo visto se compara con el sistema jurídico imperante en los años posteriores en Ecuador, como se revisará más adelante.

Respecto a sus atribuciones, este Tribunal Constitucional podía principalmente: a) Conocer demandas de inconstitucionalidad sobre normas generales o actos administrativos, y suspender sus efectos de ser el caso; b) Actuar como tribunal de apelación en procesos constitucionales de control concreto, esto es *hábeas corpus*, amparo constitucional y *hábeas data*; c) dictaminar sobre objeciones de constitucionalidad con relación a proyectos de ley y tratados internacionales, y d) dirimir conflictos de competencia o de atribuciones constitucionales.

Como queda visto, ya tenía este Tribunal herramientas suficientes para actuar de manera autónoma y tomar decisiones que tuvieran directo efecto jurídico, tanto en el ámbito general como en casos específicos, según los temas sometidos a su competencia.

B) *Ordenamiento constitucional a partir de 2008*

El fenómeno político de Rafael Correa tomó en cierta medida por sorpresa al Ecuador, ya que el candidato se presentó en 2006 como un agente de cambio y rompimiento con el *statu quo* imperante en el país, que había vivido casi una década de inestabilidad política[14]. Políticamente, la receta fue clara y simple: al no contar con fuerza legislativa, Correa se amparó en su alta popularidad para convocar a elecciones de miembros de una Asamblea Nacional Cons-

---

casi de manera textual en la Constitución de 1998 (Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998), a la que no me referiré para evitar duplicación.

[13] Claro ejemplo de ello es la decisión de declaratoria de inconstitucionalidad parcial de la Ley de Seguridad Social (Registro Oficial 465 de 30 de noviembre de 2001), que fue aprobada por resolución del Tribunal Constitucional núm. 052-2001-RA, publicada en el Registro Oficial Suplemento 525 de 16 de febrero de 2005. En dicho caso se acumularon acciones iniciadas por centrales sindicales, partidos políticos de izquierda, afiliados a la seguridad social, atacando una serie de disposiciones de la mencionada ley en las que se daba cabida a la existencia de entidades privadas para la prestación de los beneficios de seguridad social, en competencia con el monopolio estatal en la materia. Ante una nula defensa de la ley por parte de la Presidencia de la República y una escasa argumentación del Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional votó de manera consecuente al origen partidario de sus miembros y declaró la inconstitucionalidad de una serie de normas incluidas en la ley, imposibilitando en la práctica que exista competencia en el otorgamiento de prestaciones de seguridad social, situación que se mantiene hasta el día de hoy.

[14] Ver "El izquierdista Correa dobla en votos a su rival conservador en Ecuador", *http://www.elmundo.es/elmundo/2006/11/26/internacional/1164579186.html*, último acceso 28 de febrero de 2017.

tituyente[15], que expidió una Carta Política ampliamente diferenciada de las previas, amparada bajo la corriente jurídica del neoconstitucionalismo[16], que ya era moda en algunos países de América Latina, como Venezuela y Bolivia, patrocinada desde España por determinados sectores político-jurídicos[17].

Dentro de este cuerpo jurídico, que entró en vigencia luego de un nuevo referendo, en el que fue masivamente aprobado, la función de la máxima autoridad constitucional se incrementó de manera importante, como se indica a continuación:

- Artículo 94. Conocer y resolver en los casos de acciones extraordinarias de protección, interpuestas contra sentencias definitivas provenientes de la función judicial, en las que se haya violado derechos constitucionales, por acción u omisión.

- Artículo 104. Emitir dictamen de constitucionalidad de las preguntas incluidas en una petición de consulta popular.

- Artículo 129. Emitir dictamen previo para el enjuiciamiento político del Presidente y Vicepresidente de la República.

- Artículo 130. Emitir dictamen previo para la destitución del Presidente de la República por parte de la Asamblea Nacional por arrogamiento de funciones.

- Artículo 134. Presentar proyectos de ley en la materia que le corresponde de acuerdo a sus funciones.

- Artículo 139. Emitir dictamen sobre la objeción a proyectos de ley presentada por el Presidente de la República, cuando este alegue inconstitucionalidad.

- Artículo 145. Comprobar el abandono del cargo del Presidente de la República, para que la Asamblea Nacional pueda declararlo así.

Artículo 148. Emitir dictamen previo para la disolución de la Asamblea Nacional, por arrogamiento de funciones.

[15] Decreto ejecutivo 2 de 15 de enero de 2007. Ver "Correa convoca una consulta en Ecuador para formar una Asamblea Constituyente", *http://www.elmundo.es/elmundo/2007/01/15/internacional/1168897228.html*, último acceso 6 de marzo de 2017.

[16] No es este el espacio para ahondar sobre la existencia de contenido o validez del concepto de *neoconstitucionalismo*, que varios de sus proponentes cuestionan. Ver *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, entrada "Neoconstitucionalismo", autor Miguel Carbonell, *http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/101*, último acceso 6 de marzo de 2017. En este caso, la Constitución del Ecuador cumplió con la mayoría de las características escogidas por tal corriente jurídica, como son contener altos niveles de normas materiales o sustantivas, incluir un extenso catálogo de derechos, volver a la Constitución una norma presente en todas las actuaciones jurídicas de la administración pública y de justicia, promover la aplicación directa de las normas constitucionales, principalmente.

[17] Ver "CEPS, la fundación de Iglesias, Errejón, Bescansa y Alegre", *http://www.abc.es/espana/20150216/abci-ceps-fundacion-iglesias-errejon-201502161109.html*, último acceso 6 de marzo de 2017.

- Artículo 148. Emitir dictamen previo para la expedición de decretos-leyes por parte del Presidente de la República mientras la Asamblea Nacional esté disuelta.

- Artículo 168. Emitir dictamen de constitucionalidad sobre la declaratoria de estado de excepción por parte del Presidente de la República.

- Artículo 245. Emitir dictamen de constitucionalidad sobre el proyecto de estatuto para la creación de una región autónoma, y sobre sus reformas.

- Artículo 443. Calificación del procedimiento de reforma constitucional que corresponde aplicar ante solicitud de los organismos calificados para ello.

- Artículo 436.

• Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano.

• Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado y declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando sea pertinente.

• Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública.

• Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento de sentencias.

• Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, *hábeas corpus*, *hábeas data*, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

• Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.

• Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.

• Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.

• Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

Queda claro de lo dicho, que las atribuciones de la Corte Constitucional de Ecuador pueden agruparse bajo dos objetivos principales: el primero, *actuar como órgano auxiliar ante crisis o situaciones atípicas institucionales*, dando paso o evitando la cesación de los titulares de las funciones legislativa y ejecutiva, verificando la debida justificación del uso de excepciones al pleno Estado de derecho o que los actos tendientes a reformar el marco jurídico cumplan con la Constitución de manera formal y material. El primer filtro institucional aquí señalado (para controlar actos de cesación de funciones) aún no ha sido empleado en Ecuador hasta la fecha de redacción de este ensayo, el cual tiene clara justificación histórica, dado que entre 1997 y 2005 fueron removidos de su cargo tres presidentes de la república elegidos democráticamente. Es así que los legisladores constituyentes de 2008 tuvieron una consigna clara de protección del puesto del Presidente de la República, situación que además de tener motivación política y coyuntural, tiene coherencia con el modelo hiperpresidencialista que ha sido más o menos tradicional en Ecuador, incrementado en la Constitución de 1998 y reforzado en la Carta Política vigente.

Por otra parte, *la Corte Constitucional debe ser el organismo principal de defensa de la Constitución, y sobre todo de la aplicación de derechos conforme el mismo texto lo ordena*. Es así que en todos los casos sometidos a su conocimiento, o en las situaciones en las que le corresponde actuar de oficio, debe esta entidad asegurar que los actos de poder público se ajusten a la Constitución desde la perspectiva formal, y por supuesto respeten los derechos de los ciudadanos consagrados en dicha normativa. Es así que *la Corte Constitucional ha adquirido una posición de juez final en las disputas que se tramitan en tribunales y juzgados de la República*, mediante la acción extraordinaria de protección, por la cual corresponde a la Corte tutelar si los derechos constitucionales de las partes litigantes han sido adecuadamente considerados. Esto sin perjuicio de la función de juez constitucional que corresponde a todos los operadores de justicia del país, por mandato de la misma Constitución.

Comparadas con las atribuciones de otros tribunales constitucionales, podría decirse que las potestades con las que cuenta la Corte Constitucional no resultan del todo sorprendentes o excesivas[18], tanto más considerado el momen-

[18] Revisando de manera general constituciones latinoamericanas inspiradas en diversas ideologías, mi conclusión es que la Corte Constitucional de Ecuador se cobija claramente con la teoría neoconstitucionalista, con ciertas adaptaciones a la realidad nacional para tratar de garantizar la continuidad en el cargo del presidente de la República, ante intentos de destitución que fueron frecuentes en el país. Así se colige de la revisión, por ejemplo, de la Constitución Política del Estado de Bolivia, que incluye principalmente en su artículo 202 las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional (*http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf*). Por otra parte, existen Constituciones más conservadoras respecto al ámbito de acción del Tribunal Constitucional, tal como la peruana, por ejemplo, que define a dicho organismo en su artículo 201 como "el órgano de control de la Constitución" y establece sus atribuciones en el

to ideológico y jurídico en el que fue desarrollada. Sin embargo, de la corta historia constitucional aquí relatada, se concluye que en el caso ecuatoriano la Corte Constitucional asumió una cantidad importante de facultades que no tenía, que correspondían a otros organismos o que no estaban conferidas a institución alguna. Es más, la supervivencia de un régimen político o una disputa ciudadana contra el poder pueden estar en manos de la Corte Constitucional, razón por la cual contar con jueces no condicionados a los poderes públicos puede resultar definitivo para la defensa del Estado de derecho.

C) *Integración de la Corte Constitucional*

El proceso de integración del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Constitucional en Ecuador tuvo un proceso en el cual se pretendió que en él estén representados múltiples sectores sociales, además de los poderes públicos.

Para citar únicamente un ejemplo, el artículo 144 de la Constitución codificada en 1993 establece:

"El Congreso Nacional elegirá a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, por lo menos, previo informe de la Comisión de Asuntos Judiciales, en la siguiente forma:

"Tres de fuera de su seno;

"Dos de las ternas enviadas por el Presidente de la República;

"Dos de las ternas enviadas por la función judicial;

"Una de la terna enviada por los alcaldes;

"Uno de la terna enviada por los prefectos provinciales;

"Uno de la terna enviada por las centrales de trabajadores legalmente reconocidas, y,

"Uno de la terna enviada por las cámaras de la producción legalmente reconocidas".

Una integración similar, reduciendo el número de jueces a nueve y fusionando la terna de alcaldes con la de prefectos, refleja la Constitución de 1998[19]. Es decir, una participación mayoritaria de jueces provenientes de organismos políticos, dejando dos espacios a la "sociedad civil", si es que los gremios empresariales y sindicatos pueden ser colocados en tal categoría.

En la Constitución de 2008, la composición de la Corte y el procedimiento de nominación de los jueces se modificaron de la siguiente manera:

---

artículo siguiente, limitándolas básicamente a la aplicación de las garantías constitucionales (*http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_per_const_sp.pdf*).

[19] Artículo 275, Constitución 1998 Ecuador.

Artículo 432. "La Corte Constitucional estará integrada por *nueve miembros* que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un período de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años".

Artículo 434. "Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por *una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social.* La selección de los miembros se realizará de *entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores,* a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

"El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley".

Desarrollando los postulados previos, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala (artículos 179 y 180):

"*Integración de la Comisión Calificadora*. Para integrar la Comisión Calificadora se tendrán en cuenta las siguientes reglas: [...]

"2. *La Comisión Calificadora estará integrada por dos personas nombradas por la función legislativa, dos por la función ejecutiva y dos por la función de transparencia y control social*, de fuera de su seno. Las personas que integran la Comisión Calificadora deberán reunir los mismos requisitos y tendrán los mismos impedimentos establecidos para la judicatura en la Corte Constitucional, *y una vez que han sido nombradas actuarán con absoluta independencia de las autoridades nominadoras.* En los casos de representación de cuerpos colectivos, los miembros deben ser nombrados por acuerdo adoptado por mayoría absoluta.

"*Convocatoria y verificación de requisitos*. Se seguirán las siguientes etapas:

"1. Convocatoria. La Comisión Calificadora realizará una convocatoria pública para que la *función legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social presenten candidaturas* para las judicaturas de la Corte Constitucional. [...]

"3. Presentación de candidaturas. Las funciones legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social *deberán presentar, cada una, nueve candidatas o candidatos alternados, de fuera de su seno, a la Comisión Calificadora*. En caso de que los candidatos presentados no cumplan los requisitos, deberán designar reemplazos en el término de tres días".

Es decir, en la actualidad, la Corte Constitucional es un tribunal cuyos jueces son designados en un proceso manejado por medio de una comisión constituida por otras funciones del Estado, que recoge candidatos de esas mismas funciones del Estado, habiendo eliminado la representación de la función

judicial, gobiernos descentralizados y entidades del sector privado. Este hecho ha tenido como resultado que el proceso de selección de jueces tenga un menor escrutinio político y público[20], aun cuando la designación (de la Comisión Calificadora y de los jueces) siga siendo un acto político por definición.

Aquí cabe un punto de debate sumamente relevante, y es que se aboga comúnmente por despolitizar los procesos de designación judicial. Mi consideración es contraria a tal situación, dado que es innegable que las sociedades reclaman que sus funciones públicas tengan un origen democrático en el mayor sentido de la palabra. Si bien no concuerdo con los procesos de elección judicial por voto (que ocurren en ciertos países de nuestra región y en otros lugares del mundo), sí es necesario un directo involucramiento en la nominación de las altas cortes por parte de los poderes (y funcionarios) que han sido designados por decisión popular.

En ese sentido, el hecho de que sea el órgano legislativo quien indague a los candidatos y su pasado personal y profesional, hace de dicho proceso un asunto de interés nacional. Si lo hace una oscura comisión calificadora se tiene precisamente el efecto contrario: restarle relevancia al proceso y por lo tanto interés público.

Cuando una persona aspira a ser juez de la Corte Constitucional de Ecuador o de cualquier otro país, tanto más en este en el que dicho tribunal goza de facultades amplísimas, debe estar dispuesta al más duro escrutinio de su vida presente y pasada, tanto del órgano de calificación y designación como de la sociedad civil interesada en este proceso y de los medios de comunicación que a través de su investigación han colaborado en ciertos casos con la identificación de situaciones que vuelven al candidato inadecuado para el ejercicio del cargo.

Por ello, parecería que mientras no se encuentre un mejor mecanismo, la adecuada "politización" del proceso de selección de jueces constitucionales es la que garantiza mayor vigilancia, relevancia y transparencia, necesarias

[20] "La elección de candidatos para integrar la Corte Constitucional", *Diario El Comercio*, 28 de mayo de 2012, ver *http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/eleccion-de-candidatos-integrar-corte.html* (último acceso 28 de marzo de 2017); "La Corte Constitucional del Ecuador ya tiene nuevos jueces", *Andes*, 30 de octubre de 2012, ver *http://www.andes.info.ec/es/actualidad/8273.html* (último acceso 28 de marzo de 2017); "La Corte Constitucional tiene tres nuevos jueces", *Ecuavisa*, 7 de octubre de 2015, ver *http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/119288-corte-constitucional-tiene-tres-nuevos-jueces* (último acceso 28 de marzo de 2017). Los cuestionamientos a la transparencia del proceso no son nuevos ni escasos: ver "Mayoría de integrantes de la Corte Constitucional fueron candidatos del Ejecutivo", *El Universo*, 9 de noviembre de 2014, ver *http://www.eluniverso.com/noticias/2014/11/09/nota/4199216/mayoria-integrantes-fueron-candidatos-ejecutivo* (último acceso 28 de marzo de 2017).

en la designación de los jueces de un tribunal que puede modificar el curso de la vida nacional.

D) *Blindaje jurídico a los jueces de la CCE. Constitución de 2008*

Finalmente, consideradas las atribuciones, el origen, el proceso de selección y conformación de la Corte Constitucional ecuatoriana, pasaremos a revisar brevemente lo que la legislación señala sobre la permanencia e independencia en el cargo de los jueces nombrados. Como ya se señaló, es esencial que el ejercicio de las importantes atribuciones conferidas a estos jueces se ejecute con absoluta independencia política, para que se cumpla la misión de defensa institucional y de derechos encomendada a este organismo.

En tal sentido, la Constitución prescribe (las itálicas que figuran en los textos que se transcribirán, corresponden al autor):

Artículo 431. "Los miembros de la Corte Constitucional *no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen*. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.

"Sin perjuicio de la responsabilidad civil, *en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la fiscal o el fiscal general de la nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes*.

"Su destitución *será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional*. El procedimiento, los requisitos y las causas se determinarán en la ley".

Artículo 432. "La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. *Desempeñarán sus cargos por un período de nueve años, sin reelección inmediata* y serán renovados por tercios cada tres años [...]".

Artículo 433. "Para ser designado miembro de la Corte Constitucional se requerirá: [...]

"1. Haber ejercido con *probidad notoria* la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.

"2. Demostrar probidad y ética.

"3. No pertenecer ni haber pertenecido *en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político*".

De tales normas se concluye:

Los jueces de la Corte Constitucional no están sujetos a control político ni pueden ser removidos, ni por la Comisión Calificadora (que deja de existir una vez concluido el proceso de designación de jueces a su cargo) ni por las

funciones de poder público que los nominaron. Esta característica pretende recalcar la independencia que tienen los jueces con respecto a las autoridades de las que provienen, buscando garantizar precisamente que sus sentencias no se vean condicionadas políticamente.

Tienen dichos jueces un período fijo de nueve años, que no admite reducción pero tampoco reelección inmediata, pero sí con un período de por medio. Esta situación implica cierta vinculación con la función de origen, si es aspiración del juez ser reelecto probablemente tenga mayor tendencia a actuar conforme los intereses de tal función, en un país en el cual la separación de poderes no es un valor altamente apreciado.

Tienen fuero de Corte Nacional de Justicia, que debe juzgarlos en pleno y condenarlos con voto de las dos terceras partes de los jueces de tal tribunal, previa acusación del Fiscal General del Estado. Esto limita la capacidad del uso de la justicia criminal como forma de amenaza e intimidación a los jueces por sus votos en el ejercicio de sus cargos.

La destitución puede ser decidida únicamente por el pleno de la misma Corte Constitucional, asegurando de esta manera que el único control es interno, del mismo organismo.

Parecería, entonces, que las condiciones están dadas para contar con jueces que no responden al poder político y que por su duración estarán expuestos a tres presidentes y legislaturas distintas (salvo que estos funcionarios decidan reelegirse). Por lo tanto, no hay razón —en teoría– para temer por la estabilidad de los puestos o ser obsecuente con el poder político que los nombró en su cargo.

3. La evidencia. ¿Cómo ha actuado la CCE?

A) *¿Qué debe observar un juez constitucional al momento de resolver?*

La Constitución ecuatoriana recoge a lo largo de su texto algunas disposiciones que guían la función de los jueces en general y de los jueces constitucionales en particular. Las normas pertinentes se citan a continuación:

Artículo 11. “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

”3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

”Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

”Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. [...]

”5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. [...]

”8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

”Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos [...]”.

Artículo 76. “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

”1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]

”7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados [...].

Artículo 82. “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Artículo 84. “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

Artículo 132. “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

”1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes [...]”.

Artículo 226. "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución".

Artículo 424. "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

"La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".

Artículo 425. "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

"En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

"La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados".

Artículo 426. "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

"Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

"Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

Es decir, en los casos sometidos a su conocimiento el juez constitucional debe examinar, independientemente de la materia, que:

• La Constitución sea aplicada de manera directa, sin necesidad de contar con otra norma que la vuelva operativa.

• Las normas de inferior categoría relevantes para el caso no contravengan a la Constitución.

• La aplicación de los derechos concedidos en la Constitución sea progresiva y estos sean aplicados según corresponda a su más efectiva vigencia.

• Las autoridades públicas involucradas en el caso en cuestión hayan actuado en ejercicio de sus competencias legalmente establecidas.

• Se haya aplicado el debido proceso constitucional a favor de los administrados.

• Las decisiones de los poderes públicos (contenidas en actos normativos o subjetivos) se encuentren debidamente motivadas[21].

Con la aplicación de la misma norma constitucional, de manera uniforme y constante, sin duda se puede construir jurisprudencia en la materia que guíe tanto a los jueces como a la administración pública respecto a sus actuaciones. También constituyen estas sentencias una orientación para los ciudadanos, sobre la conducción futura de los tribunales, aumentando la predictibilidad del derecho y por ende generando estabilidad en el ordenamiento jurídico.

B) *Algunos casos emblemáticos*

Conforme a los criterios antedichos se analizarán algunos casos emblemáticos presentados a la Corte Constitucional en los últimos años.

a) *Inconstitucionalidad del decreto 813. Renuncia obligatoria de funcionarios públicos*

• *Antecedentes del caso*. El 20 de julio de 2011 se demandó la declaratoria de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 813, que reformó el reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público y dispuso que se realizarían "planes de compra de *renuncias obligatorias*" a funcionarios públicos. Es decir, creó una figura de cesación de funciones que implicó que la voluntad de terminar la relación provenía del empleador, pero era catalogado bajo la palabra "renuncia", de allí el término "renuncia obligatoria", que en sí mismo es una contradicción.

• *Demandante*. Diversos grupos sociales. Se alega la violación del a) derecho al trabajo, y b) la no aplicación del orden jerárquico de las normas, ya que el decreto expedido viola las consideraciones de la ley aplicable.

• *Demandado*. Estado ecuatoriano en sus funciones legislativa y ejecutiva. La función ejecutiva manifiesta que existe en la ley aplicable la posibilidad de ejecutar "compra de renuncias con indemnización", y que por lo tanto

[21] Estos dos últimos puntos hacen directa relación a casos en los que existe un particular específico que es perjudicado por un acto administrativo, por lo que su aplicación no es posible en todos los casos.

corresponde regular esa capacidad mediante decreto ejecutivo. La Procuraduría General del Estado se adhiere al razonamiento previamente expresado y señala que el pago de la indemnización justamente significa que no se vulneran derechos de trabajadores públicos en razón de la disposición señalada.

• *Resumen del análisis del caso y decisión de la Corte Constitucional*. La Corte Constitucional decide tomar un curso de reflexión cómodo, y amparada en las alegaciones de los demandantes respecto a la ilegalidad de la norma reglamentaria expedida, señala que "el sustento principal de la presente acción es una presunta contradicción entre la Ley Orgánica de Servicio Público y el artículo 8 del decreto ejecutivo" y que por tanto la impugnación no es constitucional sino "se enfoca en (la) legalidad" del mencionado decreto.

Con fundamento en tal razonamiento, rechaza las demandas de inconstitucionalidad en mención, con sentencia de 4 de abril de 2013, ejecutoriada el 11 de diciembre de 2013, por haberse resuelto en tal fecha el pedido de aclaración de una de las partes. Por lo tanto, la norma sigue siendo parte del ordenamiento jurídico y aplicada por las autoridades públicas.

• *Comentario*. En este caso, la Corte Constitucional marca un estilo que le será común en otros. Cuando existe un problema jurídico que debe resolver y que puede ser contrario a las funciones del estado, opta por evitar el problema de fondo y se contenta con desechar (o admitir las pretensiones) en función de argumentos periféricos. En el caso que nos ocupa, no se analizan varios asuntos de directa relevancia constitucional, tales como la reserva de ley (artículo 132), garantía del derecho al trabajo (artículo 33) y jerarquía normativa (artículo 425). Así mismo, deja de aplicar como organismo del Estado los artículos 11, 226 y 426 de la misma Carta Política.

Evidentemente, la Corte Constitucional busca cobijo en la precaria redacción de las demandas presentadas ante ella, la cual tampoco es razón para que la misma entidad de control constitucional reduzca su ámbito de acción y revisión, que como vimos en este ensayo, es sumamente amplio bajo la legislación ecuatoriana.

b) *Enmiendas constitucionales 2015 (sent. 001-14-DRC-CC de 31 de octubre de 2014)*

• *Antecedentes del caso*. Con fecha 26 de junio de 2014, la Asamblea Nacional le solicitó a la Corte Constitucional un dictamen respecto al procedimiento que se debe seguir para la reforma constitucional principalmente en los siguientes aspectos:

- Modificación a la acción de protección constitucional (amparo) para restringir su alcance (artículo 88).

- Limitación de capacidad de convocatoria a consulta popular por los gobiernos autónomos descentralizados (artículo 104).

• Establecimiento de reelección indefinida para funcionarios públicos (artículos 114 y 144).

• Reducción de la edad para ser presidente de la República (artículo 142).

• Ampliación de funciones de fuerzas armadas (artículo 158).

• Reducción de funciones de la Contraloría General del Estado (artículos 211 y 212).

• Cambio de régimen legal para ciertos funcionarios públicos (artículo 229).

• Eliminación de la garantía del pago de pensiones jubilares a militares y policías (artículo 370).

• Convertir la comunicación social en servicio público (artículo 384).

La Asamblea Nacional solicitó que dichas reformas sean calificadas como "enmiendas a la Constitución", lo que significa que el trámite se canalizaría al interior de la Asamblea Nacional y no como referéndum o mediante Asamblea Constituyente, mecanismos de reforma constitucional existentes en el sistema ecuatoriano.

• *Resumen del análisis del caso y decisión de la Corte Constitucional*. La Carta Política actualmente vigente establece en su artículo 444 numeral 2 que la reforma a la Constitución podrá tramitarse en la Asamblea Nacional (menor nivel de escrutinio público y carente de involucramiento directo ciudadano) cuando estos cambios: a) no alteren la estructura fundamental, el carácter o elementos constitutivos del Estado, b) no afecten el procedimiento de reforma constitucional y c) no afecten o restrinjan derechos constitucionales. Entonces, el análisis de la Corte consistió en determinar si alguna de las reformas propuestas se enmarcaba en los presupuestos antes indicados, y por lo tanto no se debería tramitar vía enmienda constitucional.

Ante la evidente situación de que varias reformas modificaban la estructura y elementos del Estado (reelección indefinida, reducción de facultades de control) y otras que reducían el ámbito de derechos (cambio de régimen legal a trabajadores del Estado, calificación de comunicación social como servicio público, no garantía de pago de pensiones jubilares), la Corte atendió la mayoría de los casos conforme el pedido de la Asamblea Nacional, controlada por el partido político del Presidente de la República. Incluso señaló que la alternabilidad democrática como principio "no se encuentra inmerso dentro de los elementos constitutivos del Estado" ecuatoriano[22].

• *Comentario*. No es posible detenerse en el análisis detallado de cada caso, sin embargo la única reforma que no fue calificada como enmienda fue la reducción del ámbito de la acción de protección constitucional, en buena medida por los compromisos internacionales que el país ha adoptado en defensa de los derechos de las personas.

Sin embargo, quedó claro para la comunidad jurídica que el esfuerzo hecho por la Corte Constitucional tuvo como objeto evitar un mecanismo de re-

[22] Sent. 001-14-DRC-CC de 31 de octubre de 2014, publicada en Gaceta Constitucional núm. 004 de 10 de noviembre de 2014.

forma más engorroso y con resultado menos predecible para el gobierno de turno, y de paso asegurar la posibilidad de que el actual presidente de la República se postule para un nuevo período. Finalmente, esta posibilidad no ocurrió por una disposición transitoria incluida en la reforma constitucional por la propia Asamblea, por pedido del presidente de la República[23], que impide que este fuera candidato en la elección de febrero de 2017, puediendo serlo en cualquier momento en el futuro[24].

c) *Consulta popular sobre paraísos fiscales (sent. 003-16-DCP-CC de 15 de noviembre de 2016)*

• *Antecedentes del caso*. Con fecha 14 de julio de 2016, el presidente de la República solicitó a la Corte Constitucional calificar la constitucionalidad del decreto ejecutivo que presentó adjunto para la convocatoria a una consulta popular, con el objeto de preguntar a la ciudadanía lo siguiente: ¿Está usted de acuerdo en que, para desempeñar una dignidad de elección popular o para ser servidor público, se establezca como prohibición tener bienes o capitales, de cualquier naturaleza, en paraísos fiscales?

El presidente argumentó que esta restricción del derecho político a ser elegido y ejercer función pública (artículo 61 nums. 1 y 7) se justificaba por el hecho de que los paraísos fiscales son usados para ocultar operaciones que puedan provenir de actos de corrupción, así como sirven para evadir impuestos, y por lo tanto no es adecuado que personas involucradas en dichas figuras actúen como funcionarios públicos.

• *Resumen del análisis del caso y decisión de la Corte Constitucional*. El texto constitucional señala que la Corte debe hacer un análisis de constitucionalidad de la pregunta presentada: "En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas" (artículo 104 último inciso). Dicho mandato se ratifica en el artículo 127 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone: "El control de constitucionalidad [...] estará encaminado a garantizar [...] la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o las medidas a adoptar a través de este procedimiento".

Sin embargo de ello, la Corte decidió limitar sus propias atribuciones y acoger el contenido del artículo 103 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, decidiendo verificar el cumplimiento de las reglas procesales, ignorando los mandatos de las normas previamente citadas, y por lo tanto evadió pronunciarse sobre la limitación del derecho político que planteó esta consulta.

[23] Ver "Rafael Correa no se presentará a la reelección en 2017", *http://www.prensa.com/mundo/reeleccion-Correa-Ecuador-elecciones_0_4349565213.html* (último acceso 31 de marzo de 2017).

[24] Enmienda Constitucional publicada en Registro Oficial, Suplemento 653, de 21 de diciembre de 2015.

• *Comentario*. No cabe más que ratificar que la Corte ha decidido complacer al poder político en los casos que son de su interés, incluso por encima de los derechos ciudadanos[25]. La consulta popular fue llevada a cabo[26], su resultado fue positivo para el poder público y actualmente se tramita el proyecto de ley para ejecutar su resultado[27].

4. Conclusiones

Como en este ensayo se relata, el lanzamiento de la Constitución de 2008 en Ecuador ocurrió en medio de un gran optimismo social, aupado por grupos de pensamiento cercanos al poder que pensaron que el discurso "emancipador del derecho" tendría acogida en un régimen como el propuesto por Rafael Correa[28]. La realidad política, luego de diez años de gobierno, ha hecho que estas ilusiones se desvanezcan progresivamente, siendo ahora feroces críticos de la realidad jurídica aquellos que fueron corresponsables, poniendo su intelecto a las órdenes del proyecto político, del proceso de captura de las funciones del Estado y de la pérdida de la independencia de la justicia, entre

[25] Incluso cuando el actor no es el Estado sino un aliado del mismo, las diferencias son notorias. Así se mira de los procesos iniciados por el colectivo "Rafael Siempre Contigo", que intentó promover un referendo para que el presidente Rafael Correa sea candidato en la elección presidencial de febrero de 2017, cuyo proceso fue atendido sumariamente por la Corte Constitucional, que calificó que la pregunta planteada debía ser tramitada como enmienda constitucional, y por lo tanto habilitó el proceso para recolección de firmas para respaldar la consulta popular en tal sentido (sent. 002-16-DRC-CC de 13 de abril de 2016). Este dictamen positivo fue emitido cuarenta y cinco días después de la petición inicial. En otros casos sin embargo, como el planteado por Unión de Sistemas Comunitarios del Agua en que se solicitó una consulta popular para verificar la voluntad de los habitantes del cantón Girón de la provincia del Azuay sobre la realización de actividades mineras en dicha jurisdicción (páramos y fuentes de agua del sistema hidrológico Quimsacocha), la Corte Constitucional se abstuvo de calificar la constitucionalidad de la pregunta antes de que se cuente con las firmas de respaldo para la consulta, so pretexto de verificar la legitimidad democrática del pedido (sent. 004-14-DCP-CC de 15 de octubre de 2014). Este dictamen negativo fue emitido dos años y seis meses luego de la petición inicial.

[26] Ver decreto ejecutivo 1.269 de 7 de diciembre de 2016.

[27] Proyecto de Ley Orgánica para la aplicación de la Consulta Popular efectuada el 19 de febrero de 2017, presentado el 13 de marzo de 2017, *http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/01870462-c644-42ea-8df6-2ebd5f7eb5bf/Proyecto%20de%20Ley%20Org%E1nica%20para%20la%20Aplicaci%F3n%20de%20la%20Consulta%20Popular%20Efectuada%20el%2019%20de%20Febrero%20del%202017%20Tr.%20276566.pdf*, último acceso 31 de marzo de 2017.

[28] Ver Ramiro Ávila Santamaría, "Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos", en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pág. 45.

otros fenómenos que hasta ahora acechan a la sociedad ecuatoriana y de los cuales costará harto trabajo liberarse.

De lo dicho en páginas previas, se colige por ejemplo que el sistema de designación de los jueces de la CCE es el menos político —irónicamente por ello el peor que se podía haber diseñado—. Tal figura, como se dijo previamente, no es inocente, y su permanencia en el tiempo asegura que la política tenga indebida influencia en la justicia, al obscurecer y volver irrelevante el proceso de designación de jueces constitucionales.

Aun cuando el procedimiento sea oscuro y se lo quiera tornar irrelevante, no queda más alternativa que una vigilancia paralela de la sociedad civil, difundida por los medios de comunicación. Existen diferentes esfuerzos en preparación para la siguiente designación de jueces de la Corte Constitucional, que se encaminarán a verificar todos los detalles de la trayectoria de los futuros candidatos, con el afán de exponer cualquier situación que pueda crear dudas sobre su competencia e imparcialidad.

En función del marco jurídico existente, quedan varias dudas por esclarecer respecto al comportamiento de la Corte y sus miembros. Por ejemplo, no se comprende la obsecuencia al poder por los jueces de la Corte Constitucional, cuando su cargo está asegurado y trasciende al régimen político, inclusive desde la perspectiva temporal. Es decir, no existen condicionamientos (al menos aparentemente) para un objetivo y jurídico proceder en los casos que se les encarga.

La obstinada defensa de los actos de poder público ha causado dos claros efectos. Por un lado, ha creado una tensión social entre el ejercicio de los derechos y las atribuciones del poder público, que parecen estar contrapuestas entre sí, cuando en realidad el Estado en ejercicio de sus potestades debe buscar la consagración de los derechos ciudadanos. Parecería que la realidad nacional se ha convertido en una carrera de restricción de derechos, mediante las modificaciones del ordenamiento positivo y al impedir la acción ciudadana por medio de los canales institucionales. Sin duda existen (y así se conocen) casos resueltos en virtud de sus méritos jurídicos; sin embargo, en los casos que son de interés para el poder, la Corte ha tenido una clara línea, que aquí ha sido descrita.

Por otra parte, lamento los años perdidos desde la perspectiva jurisprudencial, ya que la Corte Constitucional no ha buscado crear jurisprudencia que permita la vigencia y la expansión de los derechos ciudadanos (como lo manda la Carta Política), sino que ha tenido como prioridad la defensa de los actos de poder público. En consecuencia, los jueces constitucionales inferiores están huérfanos de precedentes relevantes. Me habría gustado ver a una Corte Constitucional ambiciosa, que en efecto busque la consagración de los derechos ciudadanos, inclusive una Corte activista de ser el caso. Esa sería probablemente la mejor defensa de la democracia como derecho esencial en un Estado de derecho, y esa falta es la que se siente en Ecuador hoy.

JUSTICIA Y POLÍTICA EN GUATEMALA*

AYLÍN ORDÓÑEZ REYNA**

1. CONTEXTO GENERAL GUATEMALTECO

En el contexto guatemalteco el sistema de designación de jueces y magistrados ha sido señalado de poseer una serie de debilidades como la inexistencia de una verdadera carrera judicial, un corto mandato de las más altas cortes de justicia, la posibilidad de que estas se renueven en su totalidad en el mismo momento, pudiendo ser sustituidos todos sus integrantes, además de ser electos magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de nóminas propuestas por comisiones de postulación cuyo funcionamiento ha sido cuestionando, señalándose en algunas situaciones influencias indebidas.

Al respecto, en el Informe "Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala", de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[1], se señaló: "19. En relación con la situación de la administración de justicia, durante la visita la CIDH constató serias deficiencias que aún aquejan al poder judicial. Entre los problemas más graves que afectan la administración de justicia se encuentran la impunidad estructural que comprende tanto las violaciones de derechos humanos del pasado como las conductas punibles del presente, la insuficiencia de recursos, los escasos avances en la modernización de la justicia, la deficiente capacitación de jueces y operadores de justicia, la falta de independencia e imparcialidad de algunos jueces, la politización de la justicia, las presiones de diversa índole sobre jueces y operadores de justicia, la falta de acceso a la justicia por numerosos sectores de la sociedad, la

* Para la realización de las entrevistas que se comentarán en este documento, se contó con la participación de las estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Ana Isabel Calderón Cristal y Marcela Giammattei Cáceres.

** Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Pluralista Público y Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona. Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Rafael Landívar. Coordinadora de la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad y de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

[1] Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala", Washington, D.C., 2003, págs. 9-10, disponible en *http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/GUATEMALA.2003.pdf*.

falta de aplicación adecuada de una carrera judicial y la inestabilidad en el cargo que ello acarrea. Por otro lado, tomó conocimiento del muy significativo incremento en los ataques y atentados contra la vida e integridad de jueces, fiscales y demás operadores de justicia".

Por otra parte, en 2009 el exrelator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y abogados, Leandro Despouy, realizó una visita a Guatemala y respecto de la elección de jueces señaló que era necesario hacer modificaciones al proceso de selección de magistrados, el que debía responder a criterios de transparencia y objetividad[2].

En 2014, se realizó el nombramiento de los magistrados que actualmente desempeñan la judicatura y al respecto se afirmó en el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos —OACNUDH— sobre las actividades de su oficina en Guatemala: "Los procesos de selección de las más altas autoridades judiciales a cargo de las Comisiones de postulación se destacaron por la ausencia de criterios objetivos y transparentes para evaluar los méritos de capacidad, idoneidad y honorabilidad de los candidatos. Tampoco fue promovida una inclusión equitativa en términos de diversidad étnica. Las recomendaciones del Alto Comisionado, de la Relatora Especial sobre independencia de los magistrados y abogados y de la CIDH para prevenir esta situación no fueron tomadas en consideración, como tampoco lo fueron las directrices interpretativas emitidas por la Corte de Constitucionalidad, que estaban en línea con los estándares internacionales"[3].

La CSJ y los magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones, entonces fueron seleccionados en un momento en el que se producían cuestionamientos de las actuaciones de las comisiones de postulación y del Congreso de la República, reprochándoseles haber sido objeto de influencias indebidas, ejercidas por diferentes grupos de poder tales como el económico o el político, y haber sido designados magistrados que no cumplían con el perfil requerido para ese cargo.

Derivado de ello se promovieron acciones de amparo cuestionando el proceso de selección de jueces y magistrados, surgiendo la petición de diferentes sectores de la población en cuanto a que se realicen reformas a la Constitución en materia de justicia, así como modificaciones a la Ley de la Carrera Judicial para garantizar los mecanismos idóneos de selección de jueces y magistrados.

[2] Naciones Unidas, "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo", Informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, adición, misión a Guatemala, 2009, pág. 32, disponible en *http://www.ohchr.org.gt/cd_instrumentos/documentos/Magis3.pdf*.

[3] Naciones Unidas, "Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala", 2014, pág. 7, disponible en *http://www.ohchr.org.gt/documentos/informes/InformeAnual2014(esp).pdf*.

Cerca de cuatro meses después de integrada la CSJ y la Corte de Apelaciones, se presentan cuestionamientos hacia integrantes del organismo ejecutivo que fueron señalados de pertenecer a un grupo que defraudaba al Estado, consistentes, entre otros, en el requerimiento de pagos ilegales para evadir el desembolso de los impuestos, además acusados de realizar contrataciones fraudulentas. Esos señalamientos también recayeron sobre la Vicepresidenta de la República y posteriormente sobre el Presidente, que llevaron a la dimisión de ambos funcionarios. Estos están siendo procesados, acusados de corrupción, defraudación tributaria y negociaciones lesivas al Estado y, a la fecha (2017), se encuentran privados de libertad.

Dentro de ese ambiente se produjeron elecciones generales en Guatemala, para Presidente y Vicepresidente de la República, diputados, alcaldes y corporaciones municipales, a finales de 2015, buscando la población candidatos idóneos, honorables, que no presentaran señalamientos de corrupción, por lo que se exigía "honradez" aunque no se contara con amplia trayectoria política. En ese ambiente, un candidato proveniente de un recién fundado partido político, que no se caracterizaba por ser de los políticos "tradicionales" obtuvo el mayor puntaje, desplazando así a aspirantes con mayor trayectoria política.

Se percibía en Guatemala un ambiente de rechazo a la clase política tradicional, y una exigencia de "transparencia" y "honorabilidad" entre quienes fueran designados como nuevos funcionarios públicos. La participación de la población desde 2014 ha sido muy activa, y la exigencia de juzgamiento a quienes se les reprochan actos contrarios a la ley también ha sido amplia. La intervención de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala —CICIG— y del ministerio público ha sido determinante para iniciar y proseguir las denuncias presentadas contra funcionarios públicos. En cuanto a la campaña electoral, se cuestionó el actuar de los partidos políticos por actos como campaña anticipada, superar los límites de gasto electoral y evadir la transparencia en los aportes recibidos por estos.

Con relación al *financiamiento de la política en Guatemala*, en un documento de 2015 la CICIG puntualizaba: "[...] en Guatemala los gastos en las campañas electorales son excesivos y desproporcionados; la manera como los partidos y candidatos recaudan y gastan los recursos abre la puerta al financiamiento ilícito, y los controles, regulaciones y sanciones establecidos en la legislación son muy débiles y completamente insuficientes [...] El carácter de ilicitud tiene dos dimensiones. En primer lugar, es ilícito porque no se reportan ni se registran de acuerdo con la normativa electoral, es decir, todo financiamiento que no se contabilice, independientemente de su origen y de las intenciones del donante, pasa a estar al margen de la ley. En segundo lugar, en muchos casos, el financiamiento que entra a las campañas tiene un origen propiamente ilícito, pues proviene de actos de corrupción, de actividades

criminales o, por su monto, se ajusta a los delitos de financiamiento electoral y de financiamiento electoral ilícito”[4].

Los partidos políticos han sido sumamente cuestionados por carecer de un eficiente sistema de manejo de sus finanzas e incurrir frecuentemente en gastos excesivos para las campañas electorales, recibiendo más votos aquellos partidos que movilizan más dinero, lo que provoca el interés de financistas que apoyan a estos y posteriormente existe un vínculo entre ellos y los funcionarios electos, lo que puede tornarse en una relación indebida para el sistema democrático.

También se afirmó en el citado documento: “[...] La fortaleza de los partidos no depende de su programa político, de sus propuestas, sino de la posibilidad de atraer financistas/candidatos. Estos, a su vez, no se vinculan con los partidos por razones ideológicas sino meramente instrumentales. El partido es visto como un vehículo temporal para llegar a un cargo de elección y ya en el ejercicio del mismo no se tendrá lealtad alguna hacia el partido, sino se buscará aquel instrumento que les permita la reelección. Esto explica en parte el excesivo transfuguismo parlamentario y la fluidez del sistema de partidos”[5].

El sistema de partidos políticos en Guatemala ha sido muy cuestionado. Así, derivado de las debilidades presentadas en las elecciones, principalmente las efectuadas en 2011 y 2016, se formularon reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, que pretenden fortalecer el sistema de controles al financiamiento de partidos políticos, así como la inclusión de asuntos relevantes como el voto en el extranjero. Esta normativa se publicó el 25 de mayo de 2016, iniciando su vigencia, ocho días después de su publicación en el *Diario Oficial*[6].

Con la normativa sin modificaciones se realizaron las elecciones a finales de 2014, habiendo asumido el actual gobierno en los primeros meses de 2015, en un ambiente de elevada desconfianza hacia el sector político. No obstante, dicha desconfianza resulta menor respecto del poder judicial. La población

[4] Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, “Financiamiento de la política en Guatemala”, Guatemala, Serviprensa, 2015, págs. 61-62.

[5] *Ibid*., pág. 63.

[6] Dentro de los aspectos más relevantes de estas reformas se encuentra la inclusión de varias normas de control y fiscalización del financiamiento de las organizaciones políticas, detallándose lo referente a la regulación, prohibiciones y obligaciones con relación al financiamiento. Se regularon sanciones más drásticas hacia los partidos políticos que infrinjan las normas allí contenidas, que van desde la amonestación pública, multa, suspensión temporal, suspensión de recibir financiamiento público o privado hasta la cancelación de la personería del partido. Los montos de las multas también se elevaron entre quinientos a doscientos cincuenta mil dólares americanos. Se regula el voto nulo, que, si llegare a ser la mitad de los votos válidamente emitidos, provocará la declaración de nulidad de las elecciones en donde corresponda y estas se repetirán. Las referidas normas serían aplicables en el siguiente proceso electoral; sin embargo, en el efectuado en 2014 aún no se encontraban vigentes.

considera que existen jueces correctos, que desempeñan su función observando la ley y que inspiran confianza a la población, así como satisfacción de que juzguen debidamente y sean sancionados los responsables de hechos contrarios a la ley; sin embargo, también se presenta desconfianza respecto del organismo judicial. En forma particular, la CSJ designada en 2014 ha sido cuestionada respecto de varios de sus integrantes. De los trece magistrados designados, tres se han separado del cargo, uno por renuncia y los otros dos por haberse iniciado proceso penal en su contra y encontrarse privados de libertad. También se ha cuestionado la designación de la Presidenta de la CSJ, que fue dejada en suspenso por la Corte de Constitucionalidad a raíz de reproches realizados con la conformación de los electores para ser nombrada en el cargo. Todos estos aspectos han debilitado la imagen de la CSJ, que constituye el más importante Tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, puede señalarse que durante 2015 los organismos ejecutivo, legislativo y judicial presentaron una propuesta de reformas constitucionales, que fue apoyada por el ministerio público, el procurador de los derechos humanos, la CICIG y la OACNUDH. Aquella se sometió a discusión de la sociedad civil y de diferentes instituciones, que hicieron aportes a la misma. Posteriormente se presentó una iniciativa de reforma constitucional al Congreso de la República por diputados de ese organismo, que se identifica con el número 5.179. Estas reformas proponen la modificación de diecinueve artículos y la adición de seis, en su mayoría referentes al sector justicia.

Esta iniciativa fue discutida habiéndose realizado el primer, segundo y tercer debates en noviembre de 2016; en febrero de 2017 avanzaba la discusión del articulado, sin que a esa fecha hubiere sido aprobada alguna de las disposiciones relacionadas. Las reformas que se aprueben en el legislativo por un mínimo de las dos terceras partes del total de diputados, deben ser sometidas a aprobación de la población mediante consulta popular. Estas reformas se analizarán en detalle más adelante.

De lo descrito con anterioridad puede observarse que en Guatemala los cuestionamientos al organismo judicial han sido fuertes, señalándose en muchas ocasiones influencias indebidas de la política hacia aquel[7].

[7] Un caso muy emblemático de las influencias indebidas entre política y la justicia es el del diputado Gudy Rivera, quien visitó a una magistrada de una Sala de la Corte de Apelaciones, que se había postulado para la reelección, que debía realizar el organismo legislativo. La magistrada presentó la denuncia de que el diputado pretendió influir en su decisión respecto de un caso relacionado con la Vicepresidenta de la República, haciendo relación a que posteriormente se realizarían las elecciones de magistrados, en las que podría ser reelecta. La magistrada Claudia Escobar grabó la conversación, que presentó como respaldo de su denuncia y en octubre de 2016, el diputado relacionado fue condenado a trece años de prisión por tráfico de influencias y cohecho activo. Disponible en: *http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/dictan-13-aos-de-carcel-a-exdiputado-gudy-rivera* .

Por ello, después de exponer la situación actual, puede afirmarse que no ha existido un sistema de colaboración o cooperación entre la política y la justicia en Guatemala, ni una clara división de funciones sin intervenciones indebidas entre ambas.

La política ha pretendido y efectivamente ha ejercido interferencias respecto de la justicia, en situaciones como su conformación, donde se percibe más claramente. Si bien debería existir una relación de cooperación, esto debería darse en el marco de respeto a las funciones de quienes participan en dicha relación.

2. Sistema de selección de jueces y magistrados en Guatemala

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, actualmente vigente, los jueces, secretarios y personal auxiliar del organismo judicial son nombrados por la Corte Suprema de Justicia, reconociéndose la carrera judicial para regular lo referente a ingresos, promociones y ascensos. Se prevé también en la norma constitucional que el período por el que ejercerán sus funciones los jueces de primera instancia será de cinco años, pudiendo ser nombrados nuevamente[8].

Por su parte, los magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones y de la CSJ son electos por el Congreso de la República, de una nómina que contiene el doble de magistrados a elegir, elaborada por una comisión de postulación. Las comisiones de postulación que elaborarán las nóminas de las que se eligen los referidos funcionarios, las integran un representante de los rectores de las Universidades del país, que la preside, los decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada Universidad del país, un número equivalente de miembros electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala e igual número de representantes electos por magistrados (en caso de elaboración de nómina para la elección de magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones, estos últimos representantes deben ser de la CSJ, mientras que, para la elección de magistrados

[8] Ver artículos 208 y 209 de la Constitución. El artículo 208 dispone: *Período de funciones de Magistrados y Jueces*. "Los magistrados, cualquiera que sea su categoría, y los jueces de primera instancia, durarán en sus funciones cinco años, pudiendo ser reelectos los primeros y nombrados nuevamente los segundos. Durante ese período no podrán ser removidos ni suspendidos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la ley".

Por su parte, el artículo 209 determina: *Nombramiento de jueces y personal auxiliar*. "Los jueces, secretarios y personal auxiliar serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia. Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición. Una ley regulará esta materia".

de la CSJ, los magistrados que las integrarán serán de las Salas de la Corte de Apelaciones)[9].

El proceso de selección de magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones y de la CSJ realizado en 2014, fue seriamente cuestionado por jueces y magistrados que denunciaron incumplimiento de los procedimientos para la selección de los magistrados idóneos, y por diversos sectores que reclamaron la falta de idoneidad de los seleccionados.

La OACNUDH sobre las actividades de su oficina en Guatemala, afirmó: "La renuncia [...] de una magistrada de la Corte de Apelaciones (que había sido reelecta para su puesto) por irregularidades durante el proceso de selección fue respaldada por numerosos jueces y magistrados, reflejando la inconformidad general con el trabajo de las Comisiones de Postulación. En respuesta a ello y a las impugnaciones mencionadas arriba, la Corte de Constitucionalidad

[9] Ver artículos 215 y 217 de la Constitución Política de la República de Guatemala. El artículo 215 establece: "*Elección de la Corte Suprema de Justicia*. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por el Congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las Universidades del país, quien la preside, los decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada Universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y demás tribunales a que se refiere el artículo 217 de esta Constitución. La elección de candidatos requiere el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión. En las votaciones tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia elegirán, entre sus miembros, con el voto favorable de las dos terceras partes, al presidente de la misma, el que durará en sus funciones un año y no podrá ser reelecto durante ese período de la Corte".

El artículo 217 dice: "*Magistrados*. Para ser magistrado de la Corte de Apelaciones, de los tribunales colegiados y de otros que se crearen con la misma categoría, se requiere, además de los requisitos señalados en el artículo 207, ser mayor de treinta y cinco años, haber sido juez de primera instancia o haber ejercido por más de cinco años la profesión de abogado. Los magistrados titulares a que se refiere este artículo serán electos por el Congreso de la República, de una nómina que contenga el doble del número a elegir, propuesta por una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las Universidades del país, quien la preside, los decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada Universidad del país, un número equivalente de miembros electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La elección de candidatos requiere el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión. En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de postulación como para la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación".

suspendió provisionalmente la toma de posesión de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Apelaciones”[10].

Como se indica en el informe anterior, se presentaron múltiples cuestionamientos respecto del procedimiento de selección de magistrados de las Salas de la Corte de Apelaciones y CSJ, incluyéndose falta de procedimientos claros y transparentes en los que se valorare debidamente la experiencia, honorabilidad e idoneidad de los participantes. También se cuestionó la inexistencia de una verdadera carrera judicial, en la que, tomándose en cuenta los méritos, capacidades y trayectoria de los aspirantes a cargos, se realizara la elección. Otro aspecto que ha sido señalado es la inexistencia de una verdadera carrera judicial, ya que se regula el ingreso a esta y se prevén ascensos entre jueces de paz y primera instancia, pero los magistrados de Salas de la Corte de Apelaciones y CSJ pueden ser electos en su totalidad por personas ajenas a la carrera judicial. Provoca una situación compleja la designación íntegra en un mismo momento de la totalidad de los funcionarios que integran la CSJ y las Salas de la Corte de Apelaciones al no existir una adecuada transición en los mandatos judiciales.

Sobre el tráfico de influencias, se señaló: “El proceso de elección de magistrados a CSJ y Salas de Apelaciones fue un proceso marcado por la negociación política y el tráfico de influencias. Pese a los esfuerzos de la sociedad civil para ejercer una auditoría social efectiva y un proceso de observación directa de todas y cada una de las sesiones de ambas comisiones de postulación, no se pudo evitar que el proceso final resultara altamente viciado. La prensa y los observadores internacionales también sostuvieron una presencia constante en las sesiones de las comisiones de postulación. El tráfico de influencias quedó evidenciado en el hecho que 10 de los 11 comisionados que integraron la comisión postuladora a CSJ, fueron seleccionados para las nóminas de candidatos a salas de apelaciones y, posteriormente, electos por el Congreso como magistrados de Sala. En el caso de los comisionados del Colegio de Abogados para la CSJ, 7 de 11 fueron incluidos en la nómina final como candidatos a Magistrados de Sala y electos por el Congreso de la República”[11].

En lo referente a las influencias políticas se puntualizó en el citado documento: “Los órganos de protección de derechos humanos consideran que la intervención de órganos políticos como el legislativo o ejecutivo en la selección y nombramiento de operadores de justicia, si bien no viola *per se* la independencia judicial, puede representar riesgos para la independencia de las y los operadores judiciales, ‘por el alto grado de politización’. De ahí que los Estados

[10] Naciones Unidas, “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en Guatemala”, cit., pág. 7.

[11] Impunity Watch, “Procesos de elección de magistrados en Guatemala y Honduras”, Impunity Watch Guatemala, 2015, pág. 19.

deban tomar previsiones adecuadas para que se cumplan principios como la difusión previa de las convocatorias, plazos y procedimientos; la garantía de acceso igualitario e incluyente de las y los candidatos; la participación de la sociedad civil, y la calificación con base en el mérito y las capacidades profesionales. En el caso del nombramiento por el poder legislativo para evitar la politización, se debe establecer un proceso de mayoría calificada. El Comité de Derechos Humanos recomienda la conveniencia de que la selección y nombramiento de las y los operadores de justicia de todas sus jerarquías sea realizado por un Consejo Nacional de la Judicatura, como entidad independiente, encargada del gobierno y de la administración del Poder Judicial"[12].

Dentro de este contexto surgió un serio reclamo en pro de la urgente realización de reformas constitucionales y legales para fortalecer el sistema de justicia en Guatemala, desde la normativa que rige su integración en el marco constitucional, hasta las disposiciones legales que la desarrollan, de manera que se cumpla con los estándares internacionales para garantizar la independencia judicial y que los miembros de la judicatura sean personas idóneas para el desempeño de ese cargo.

3. Reformas constitucionales al sector justicia

Durante el año 2015 los presidentes de los organismos de Estado, con el apoyo de la Secretaría Técnica del Diálogo Nacional integrada por el ministerio público, el procurador de los derechos humanos, la CICIG, la OACNUDH, y la Oficina Coordinadora Residente del Sistema de Naciones Unidas en Guatemala presentaron un documento base que contenía la propuesta de reformas en materia de justicia. Partiendo de ese documento se invitó a todos los sectores sociales a dialogar y presentar propuestas al respecto. Como ya se señaló, finalmente se presentó la iniciativa 5.179 que pretende la introducción de reformas constitucionales, particularmente al sector justicia.

Uno de los asuntos más novedosos lo constituye el reconocimiento de las funciones jurisdiccionales ejercidas por autoridades indígenas ancestrales. La propuesta prevé que se adicione en el artículo 203 de la Constitución, referente a la independencia del organismo judicial y potestad para juzgar, lo siguiente: "Las autoridades indígenas ancestrales ejercen funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias instituciones, normas, procedimientos y costumbres siempre que no sean contrarios a los derechos consagrados dentro de la Constitución y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Las decisiones de las autoridades indígenas ancestrales están sujetas al control de constitucionalidad".

[12] *Ibid.*, págs. 8 y 10.

Otro aspecto de relevancia lo constituye el fortalecimiento de la carrera judicial. A ese respecto se propone la inclusión en el artículo 205 del texto constitucional, que alude a las garantías de la administración de justicia, de un literal que establezca: "b) La carrera profesional basada en concursos públicos de oposición con criterios objetivos y transparentes, que garanticen la igualdad y no discriminación, así como la selección basada en los méritos de capacidad, idoneidad, honradez y especialización". De igual manera se prevé el artículo 208 constitucional, puntualizando lo referente a la carrera judicial; además, se propone la creación del Consejo Nacional de Justicia, como órgano encargado de la formulación, gestión y ejecución de las políticas de modernización y fortalecimiento judicial, administrativas y financieras del organismo judicial. Este Consejo elaboraría las nóminas de candidatos a magistrados de la CSJ, de las cuales debería elegir el Congreso de la República; asimismo, designaría a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad que corresponda nombrar por parte del organismo judicial. De esa manera dejarían de funcionar las comisiones de postulación como entes encargados de elaborar las nóminas de candidatos de las cuales se elige a los magistrados.

Otra de las reformas propuestas es la variación del período de funciones de los magistrados de la CSJ a nueve años, a diferencia del actual que es de cinco años. Se incrementan los años de experiencia que deben poseer los candidatos a magistrados tanto de las Salas de la Corte de Apelaciones como de la CSJ.

Dentro de los temas propuestos, se incluyen igualmente reformas para el ministerio público precisando su autonomía en el ámbito constitucional, así como puntualizando que la elección del fiscal general y jefe del referido ente, si bien la realizará el Presidente de la República, lo hará de una nómina de cuatro candidatos integrada por dos propuestos por el Congreso de la República y dos por la CSJ.

Las modificaciones propuestas también prevén la variación del sistema de integración de la Corte de Constitucionalidad, estableciendo que durarán en sus cargos nueve años y se renovarán por tercios cada tres años. Se harían las designaciones por el Consejo Nacional de Justicia, el Presidente de la Nación y el Congreso de la República[13].

A inicios de febrero de 2017, si bien se han superado las tres lecturas, aún se encuentra en la discusión por artículos, en la que se podrán incluir enmiendas,

[13] La iniciativa 5.179, que contiene la propuesta de reforma constitucional, se discutió en primer debate el 15 de noviembre, en segundo el 22 de noviembre y en tercero el 28 de noviembre, todos de 2016, encontrándose en fase de discusión por artículos, a inicios de febrero 2017, ocasión en la que se podrán presentar proyectos de enmiendas. La iniciativa contiene propuesta de reforma de diecinueve artículos de la Ley Suprema y de adición de seis disposiciones finales.

y debe adoptarse la decisión respecto de cada norma, por lo que todavía deben proseguir el estudio y el análisis. Algunos puntos han provocado particular discusión, tal es el caso del reconocimiento del pluralismo jurídico, toda vez que se han presentado diferentes posturas al respecto.

Como se adelantó, una vez que sea aprobado el documento de reformas constitucionales, derivado de la rigidez constitucional que posee el texto supremo guatemalteco, lo aprobado por el Congreso de la República con dos terceras partes del total de diputados, debe ser sometido a ratificación de la población mediante consulta popular. De ser aprobadas por la población, cobrarán efectos sesenta días después de que el Tribunal Supremo Electoral anuncie los resultados.

Si bien se ha llevado a cabo una amplia discusión y análisis de las reformas constitucionales, y se evidencia la necesidad de fortalecer la regulación de asuntos como el referente a la integración del organismo judicial, hay mucho debate aún y posturas bastante opuestas en la población. Es claro que ha existido una fuerte crítica y señalamientos al procedimiento para la designación de jueces y magistrados y es muy conveniente fortalecerlo, dotarlo de procedimientos transparentes y objetivos que permitan la selección de personas competentes y capaces, sin que se presenten indebidas injerencias en los procedimientos de selección.

4. Sentencias relevantes sobre la selección de jueces y magistrados

Acerca de la elección de jueces y magistrados, si bien se dictó una serie de fallos en casos concretos, se citarán en este estudio dos pronunciamientos: uno que resulta interesante por el reconocimiento de estándares internacionales que deben respetarse para elegir a los jueces, y el segundo porque se refirió a un conflicto que cuestionaba en general el proceso de la elección de magistrados de Salas de la Corte de Apelaciones y de la CSJ.

El primer caso se resolvió mediante la sentencia de 13 de junio de 2014 (exp. 2143-2014)[14], en la que se describe la importancia de la utilización de un sistema adecuado para la selección de funcionarios judiciales.

En el referido fallo se afirmó: “[...] Si se tiene en cuenta la importancia y las dificultades de la tarea que el juez debe realizar, parece muy normal que la sociedad exija en él numerosas cualidades de muy diversa naturaleza. Unas son de carácter moral y otras de carácter técnico. De otra parte, como la función judicial no es únicamente un acto formal, sino también un acto humano y social, es absolutamente preciso que el juez posea una formación integral y se encuentre al día acerca de las corrientes doctrinales más recientes así como

[14] Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad de carácter general parcial, exp. 2143-2014, Gaceta núm. 112, sent. de 13 de junio de 2014.

de los resultados de las investigaciones referentes a su profesión. Importa mucho la personalidad del juez, incluso tanto como su propia preparación técnica. Con relación a su selección, considera que un método eficaz capaz de asegurar la selección de candidatos a partir de sus calificaciones personales y profesionales, es más importante que el mismo sistema de nombramiento. El método de selección de jueces es el factor objetivo más importante para lograr un personal idóneo en el ramo".

En la sentencia aludida se recogen los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, donde se puntualiza: "Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que este no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio".

De igual manera, en el resto de la sentencia se mencionan otros estándares internacionales que deben ser tenidos en cuenta para la elección de jueces y magistrados.

Ahora bien, durante el proceso de selección de magistrados de Salas de la Corte de Apelaciones y de la CSJ realizado en 2014, se formularon no pocos cuestionamientos que se tradujeron en amparos que denunciaban arbitrariedades en casos concretos y también planteamientos que reprochaban el proceso en general, objetando el actuar del Congreso de la República por "haber evadido su responsabilidad de nombrar a personas idóneas, capaces y honorables para integrar el organismo judicial, porque en un acto 'aparentemente legal' nombró magistrados, sin haber entrado a examinar detenidamente, como lo exige su mandato constitucional, si las nóminas entregadas eran producto de un proceso legal o si el proceso estuvo viciado o manipulado, convirtiéndose en ilegal e ilegítimo". Correspondieron a esta acción los expedientes acumulados 4639-2014, 4645-2014, 4646-2014 y 4647-2014[15].

Si bien inicialmente se otorgó la protección provisional y se suspendió la toma de posesión de los magistrados electos, al dictarse sentencia se denegó el amparo en una decisión adoptada por la mayoría de magistrados del Tribunal. Para ello, se consideró que el proceso está dividido en fases bien definidas, siendo estas: el procedimiento de selección y proposición de candidatos, pri-

[15] Disponible en *www.cc.gob.gt*.

mordialmente a cargo de la respectiva comisión de postulación, y el proceso de elección de quienes ocuparán los cargos respectivos, función que corresponde con exclusividad al Congreso de la República.

De esa cuenta se señaló que era procedente analizar los reproches que se formularon a la autoridad cuestionada derivados de la función constitucional que legalmente le ha sido atribuida en el proceso de selección y elección de magistrados, según el mandato constitucional, y no lo acontecido en etapas distintas. Se consideró en el fallo[16] que: "[...] el Congreso de la República tiene la responsabilidad política, como representante de la voluntad soberana del pueblo, de realizar una adecuada elección entre los candidatos elegibles que integran la nómina remitida por la Comisión de Postulación correspondiente. Carece entonces este organismo de Estado, de potestad para abstenerse de realizar aquella elección, la cual tiene la obligación de efectuar conforme el mandato constitucional, texto del que esta Corte es el intérprete supremo. Esa elección debe hacerse de acuerdo con la Ley orgánica que rige el proceder de ese organismo de Estado y las prácticas parlamentarias correspondientes que sustenten la juridicidad de su actuación. [...] No se encuentra establecida facultad, en la Constitución, ley orgánica, o Ley de Comisiones de Postulación, que autorice al Congreso de la República a abstenerse de realizar aquella elección o a revisar instancialmente lo actuado por las comisiones de postulación, erigiéndose como órgano jerárquicamente superior, de estas, menos aún existe potestad conferida al organismo legislativo, que le autorice a poder reenviar una nómina de candidatos elegibles propuesta por una comisión de postulación que corresponda, para que mediante la anulación de lo actuado por esta, se subsanen supuestos errores de procedimiento en los que incurrió en el decurso de su actuar el que concluye con la remisión de la nómina de candidatos elegibles".

Sin embargo, esa decisión se adoptó por mayoría de los integrantes del Tribunal, habiéndose presentado votos disidentes por la minoría de este[17]. Señalaron los magistrados disidentes dentro de sus argumentos: "[...] El Congreso de la República, en tanto autoridad máxima y responsable del nombramiento de los magistrados, incurre en la violación de los derechos denunciados por los amparistas al no haber cumplido con su deber de control interorgánico que le exige verificar que el proceso íntegro de selección y nombramiento de los citados funcionarios se haya realizado en estricto apego al mandato constitucional y las reglas que rigen dichos procesos por las leyes respectivas". Se estimó además, por los referidos magistrados, el incumplimiento de la

[16] Corte de Constitucionalidad. Amparo en única instancia, exps. acumulados 4639-2014, 4645-2014, 4646-2014 y 4647-2014, Gaceta núm. 114, sent. de 19 de noviembre de 2014.

[17] El Tribunal se integró por cinco magistrados, habiéndose adoptado la decisión por mayoría de tres, frente al disenso de dos de ellos.

sentencia 2143-2014, relacionada con anterioridad, concluyéndose: “Cuando los órganos —comisiones de postulación y Congreso de la República— que intervienen por mandato constitucional y legal en el proceso de selección y nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Apelaciones, no cumplen a cabalidad con la literalidad y finalidad de las normas legales que regulan dicho proceso, y, como consecuencia, se culmina con el nombramiento de magistrados sin que se haya comprobado fehacientemente que dicha elección atendió exclusivamente a sus méritos de capacidad e idoneidad para tales cargos, así como que converge en ellos la reconocida honorabilidad; se produce la vulneración del derecho constitucional de los ciudadanos a contar con un organismo judicial independiente —imparcial, capaz e idóneo—, garantía tutelada en los artículos 113, 203 y 205 de la Constitución”.

Dictado este fallo quedó sin validez la suspensión provisional decretada con anterioridad, por lo que asumieron los magistrados que habían sido electos. Al concluir este proceso se percibió la fragilidad del sistema, advirtiéndose que, finalmente, quedaron fuera de la selección, magistrados de amplia trayectoria, mientras que fueron electos quienes habían sido cuestionados, demostrándose también las debilidades de la carrera judicial. El proceso en general fue señalado. Así se dirigieron reproches a integrantes de las comisiones de postulación, se acusaron parentescos entre algunos de ellos y ciertos candidatos, se criticó la selección de postulantes inidóneos y se cuestionó al Congreso de la República por la elección de candidatos que no reunían el perfil que debe poseer un magistrado. Derivado de ello cobró impulso la reforma constitucional en lo referente al sistema de justicia, así como los retos para Guatemala referentes a fortalecer el sistema de elección de jueces y magistrados, proceso que, como se señaló en páginas precedentes, se encuentra en curso. Debe tenerse presente que si se llevan a cabo las reformas constitucionales o legales, e incluso con la normativa vigente los funcionarios que participen en estos procesos deben actuar con total transparencia e independencia, seleccionando a aquellos candidatos que reúnan las calidades exigidas nacional e internacionalmente, toda vez que la función de impartición de justicia es fundamental en un Estado de derecho.

5. Percepción ciudadana con relación al tema

Para integrar este documento se hicieron una serie de entrevistas, de manera que se pudiera obtener la percepción de la población respecto de la política y la justicia. Las entrevistas se efectuaron a distintos sectores de la población, hombres y mujeres que transitaban por la vía pública en sectores como el Centro Histórico de la ciudad capital, así como a estudiantes de diferentes carreras universitarias, tanto de la universidad estatal como de centros de estudio

privados, a auxiliares judiciales y trabajadores del sector privado, a personas que participaron en distintas actividades de manifestación pública acontecidas en el país. También se entrevistó a juristas expertos y a profesionales de la política y la filosofía. Las personas que participaron en algunas entrevistas, principalmente las realizadas en la vía pública, fueron seleccionadas al azar. La duración de estas entrevistas fue corta, mientras que las voces expertas fueron seleccionadas procurando obtener las diferentes perspectivas del tema de investigación. Se realizaron aproximadamente treinta entrevistas.

El resultado global que se percibe es una desconfianza generalizada de la población guatemalteca hacia el sistema político y judicial, desconfianza que fue relacionada principalmente con el factor corrupción.

En lo que respecta a las valoraciones entre el poder político y el judicial en el Estado, se consideró que el primero busca incidir en el segundo, desde un punto de vista utilitario, particularmente teniendo en cuenta que, en su gran mayoría, es el poder político el que decide quienes serán los magistrados que integren las altas Cortes del país. Sin embargo, se concuerda en que recientemente la postura del poder político ha cambiado y continuará cambiando, pues por primera vez en la historia del país se persigue activamente, desde el ámbito judicial, a los integrantes del poder político que han incurrido en actos de violación a la ley.

Con relación a la independencia de los organismos del Estado, la percepción general es que existen influencias indebidas entre ellos; así, fueron señaladas presiones, principalmente, de los miembros de los organismos ejecutivo y legislativo, hacia el sector justicia[18]. Las personas con especialización en el tema, resaltaron la importancia de respetar el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos para que se logre el cumplimiento de las funciones encomendadas a cada ente público, precisando que la labor judicial debe ser ajena a cualquier influencia que pudiera provenir de los distintos poderes estatales. Se afirmó además que cada organismo del Estado debe cumplir con las funciones que la ley le asigna; sin embargo, ello no debe implicar distancia, sino cooperación dentro del marco legal.

Adicionalmente, en lo referente al control o supervisión de la labor judicial, aunque gran parte de los entrevistados coincide en que deben existir mecanismos de control de los órganos estatales, entre ellos el poder judicial, no existe consenso sobre a quién puede encomendarse esa tarea. Más allá del control legal, se mencionó que en el organismo judicial debe hacerse una continua evaluación del desempeño de los operadores de justicia para deter-

[18] Incluso las influencias se han observado dentro del propio organismo judicial, desde los más altos funcionarios hacia jueces de una jerarquía menor. Actualmente se sigue un proceso judicial contra una magistrada de la Corte Suprema de Justicia, señalada de haber citado a un juez de primera instancia para solicitarle determinadas actuaciones en un caso en el que se juzga al hijo de la magistrada.

minar su continuación en el cargo. Los entrevistados ven en forma favorable que ha existido una auditoría social fuerte que está supervisando el actuar de funcionarios públicos, entre ellos del organismo judicial y del sector político[19].

Al ser entrevistados respecto del tipo de juez que se requiere en Guatemala, según nuestro contexto político y social, las respuestas fueron coincidentes al señalar que los jueces deben ser imparciales, objetivos, además de poseer valores como integridad y honestidad. También se mencionó en varias ocasiones, como característica importante, la representatividad, que debe reflejar la diversidad cultural que presenta el país; circunstancia que no se aprecia en su composición actual. Se consideró imperativo que se establezca y respete una verdadera carrera judicial, que permita a los operadores de justicia más capacitados ascender dentro del organismo judicial y ocupar los puestos más importantes en las altas Cortes del país.

Para finalizar, debe indicarse que, a pesar de observarse pesimismo en algunas respuestas y desencanto respecto de los grupos políticos o el sector judicial, varios entrevistados, principalmente los jóvenes, indicaron que, de encontrarse dentro de sus posibilidades, estarían dispuestos a desempeñarse como jueces o políticos, con el objeto de mejorar, con su participación, la situación actual de Guatemala.

6. Reflexiones finales

Para finalizar resulta interesante citar lo afirmado por el profesor Gimeno Sendra, en su exposición sobre el tema: "[...] Nuestra Constitución, que teóricamente ha consagrado plenamente el principio de la división de poderes, configura a la política y a la justicia como dos órdenes perfectamente diferenciados, los cuales debieran funcionar como círculos concéntricos, en los que, en caso de conflicto entre ellos, la última palabra la ha de ostentar el poder judicial, ya que es, por ella, configurado como el más alto poder de decisión dentro del Estado. Sucede, sin embargo que, en nuestra práctica cotidiana, las relaciones entre la justicia y la política no se encuentran tan diferenciadas, sino que, en estos últimos tiempos han surgido dos nuevos fenómenos que contradicen a nuestra Ley Fundamental: me estoy refiriendo a los conocidos como la «judicialización de la política» y la «politización de la justicia»"[20].

[19] Se han formulado denuncias contra políticos, jueces, empresarios y diferentes personas que ostentan poder y se han obtenido sentencias condenatorias, todo ello ha estado apoyado por la ciudadanía, que ha participado en la denuncia y seguimiento a esos casos. Han sido relevantes los procesos seguidos contra el expresidente Otto Pérez Molina y la exvicepresidenta Roxana Baldetti Elías, así como contra varios funcionarios públicos.

[20] José Vicente Gimeno Sendra, "Lección inaugural: justicia y política", Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2016.

Debe afirmarse que si bien se debe mantener una separación de poderes, también es cierto que deben existir controles interórganos, los que, siempre que sean ejercidos dentro del marco constitucional y legal, contribuirán al correcto ejercicio del poder. Si bien se pretende que existan jueces independientes, no podría pensarse en que esa independencia sea ajena a todo tipo de control, pero este debe ejercerse debidamente en el contexto legal, por procedimientos claros y preestablecidos, debiéndose evitar las influencias indebidas entre política y justicia[21].

[21] Victoria Rodríguez Blanco, "Justicia y política: una relación compleja", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Alicante, vol. I, núm. 10, 2014; y Daniel Delgado Ávila, "El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. xi, 2011.

EL DERECHO FRENTE A LAS COMPLEJIDADES SOCIALES. ALGUNOS PUNTOS DE CONTACTO ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN MÉXICO

José Luis Caballero Ochoa*
José Ricardo Robles Zamarripa**

1. Introducción

En este texto, en primer lugar, se presentan algunas ideas sobre la relación entre justicia y política que sirven de marco a las líneas posteriores del artículo. Luego se abordan los fallos constitucionales seleccionados y se realiza una síntesis de los puntos centrales de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "la Corte", "la Suprema Corte" o la "SCJN"). Más adelante se esbozan algunos *vasos comunicantes* entre los fallos elegidos y puntos que de ellos se deben destacar. El texto cierra con algunas conclusiones.

2. Algunos trazos generales sobre la relación entre justicia y política

La publicación en la cual se inscribe este artículo hace referencia a un binomio de larga data en el desarrollo y relaciones de las ciencias sociales: la justicia y la política. Si bien, dependiendo del enfoque, el derecho no necesariamente es equivalente a la justicia, se sabe que es uno de los medios principales para alcanzar su cometido.

Por lo anterior, vale la pena hacer una breve referencia a la relación entre derecho y política con el objetivo de enmarcar las ideas que se presentan en este texto, y las conexiones existentes entre las sentencias elegidas para el análisis.

La separación tajante entre derecho y política es un dogma que a pesar de serlo, ha sido muy importante en la historia de las ideas jurídicas[1] pues ha permitido marcar una categórica división entre las "razones del derecho" y las

* Académico. Investigador y actual Director del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México.

** Integrante del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México.

[1] Carlos Santiago Nino, "Derecho, moral, política", en *Doxa*, 14, 1993, págs. 35-46, esp. pág. 38.

"razones de la política". Esto ha dado origen a tensiones importantes entre estos dos ámbitos de la vida social que han concentrado gran parte de los debates contemporáneos[2].

Tanto la definición del derecho (o de la justicia) como de la política, dependerá ampliamente del punto de partida que se seleccione para abordarles. Ello da lugar a enfoques diversos como aquellos que sostienen que habrá política donde haya relaciones de poder y ante ello resaltan la importancia de "descanonizar" el derecho[3]. O aquellas que indican que el derecho y la política son dos emanaciones de la misma entidad (la sociedad) y que su separación es solo consecuencia de la percepción dualista o pluralista que se tenga de lo existente[4].

Algunos puntos de contacto entre derecho y política —por medios distintos— coinciden en el objetivo general de dar orden a las relaciones sociales en las que se aplican. No obstante, la separación entre derecho y política es importante en la medida que esta permite tener claro que muchas veces los fines específicos que se persiguen son distintos[5].

Como se señaló, al mencionar a la política se hace referencia a relaciones de poder. Por ende, hablar de política significa hablar de poder y poder y derecho son dos caras de una misma moneda[6]. En otras palabras existe multiplicidad de razones para hacerse cargo tanto de las coincidencias como de las divergencias que existen entre el derecho y la política pues así se realiza un acercamiento menos "ingenuo" a la complejidad social que nos circunda.

Por último, es importante resaltar que las cortes constitucionales —hoy día— desempeñan un papel fundamental en el abordaje de esta tensión entre lo jurídico y lo político, pues usualmente deciden sobre situaciones de hecho que a menudo tienen que ver con problemas socialmente complejos y que interfieren con conductas políticamente condicionadas realizadas por otras autoridades estatales, por lo que sus decisiones siempre estarán más o menos políticamente impregnadas[7].

[2] Giovanni Marini, "Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione", en *Pòlemos*, 1/2010, págs. 31-76, esp. pág. 31.

[3] Boaventura de Sousa Santos, "La transición postmoderna. Derecho y política", en *Doxa*, 6, 1989, págs. 223-263, esp. págs. 247 y 250.

[4] Miro Cerar, "The relationship between law and politics", en *Annual Survey of International & Comparative Law*, Volume 15, Issue 1, 2009, pág. 20.

[5] *Ibid*, pág. 31.

[6] Norberto Bobbio, "Norberto Bobbio: entre el derecho y la política", en *Boletín del Área de Derecho Público*, 9, disponible en *http://www.eafit.edu.co/revistas/badp/Documents/badp9/BADP-09-norberto-bobbio.pdf*, consultada el 25 de abril de 2017, págs. 4 y 5.

[7] Miro Cerar, "The relationship between law and politics", cit., pág. 23.

En suma, la complejidad de nuestras realidades exige ser conscientes de que —en un amplio sentido— la política no puede existir sin el derecho y que el derecho no puede existir sin la política[8]. Y que, en el análisis de dicha complejidad, el papel de las cortes constitucionales tiene gran relevancia.

Por ello, en lo que sigue se abordarán tres sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que son expresión de la aplicación del derecho, pero también de los matices e implicaciones políticas y sociales de dichos fallos en el sistema social mexicano, y que permiten ilustrar el derrotero de su justicia.

3. Los fallos seleccionados

Antes de abordar el contenido de cada uno de los fallos elegidos, podría sostenerse que en los últimos años existió una modificación en el énfasis impreso por la SCJN al decidir casos relativos a presuntas violaciones a derechos humanos que conllevaban la consideración de los estándares contenidos en el bloque de constitucionalidad (en nuestro contexto "parámetro de control de la regularidad constitucional").

En un primer momento, a partir de la decisión sobre el expediente Varios 912/2010, la Corte dedicó esfuerzos importantes a precisar las pautas generales de interacción entre el sistema constitucional mexicano y la normativa internacional obligatoria para México[9]. Luego, la SCJN centró sus esfuerzos en la aplicación de dichas pautas generales a situaciones concretas en materia de derechos humanos; este "movimiento" parece ser uno de los primeros pasos de la Corte hacia la concretización del sistema de protección de derechos humanos vigente en México, a raíz de las reformas constitucionales del año 2011.

En el presente artículo se resalta el desarrollo jurisprudencial de la Corte en las siguientes sentencias, todas ellas derivadas de un amparo en revisión[10]:

a) *Amparo en revisión 208/2016*. Vinculado con el derecho del padre y la madre de decidir el orden de los apellidos de sus hijos o hijas[11].

[8] *Idem*.

[9] Para un desarrollo sobre los fallos principales con este talante véase José Luis Caballero Ochoa, "Informe sobre la justicia constitucional en materia de derechos humanos", en Víctor Bazán (ed. acad.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, núm. 5, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2015, págs. 287-297.

[10] Este amparo es una decisión por la cual un tribunal de alzada (un tribunal colegiado o la Suprema Corte) revisa la decisión emitida por una autoridad judicial inferior.

[11] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 208/2016, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto en sesión de 19 de octubre de 2016.

b) *Amparo en revisión 644/2016*. Vinculado con el derecho de la madre privada de su libertad y del menor de edad a una separación paulatina y contacto posterior constante[12].

c) *Amparo en revisión 706/2015*. Relacionado con el derecho de dos personas del mismo sexo a contraer matrimonio y la relación entre el recurso de amparo y el estándar de reparación integral desarrollado en el Sistema interamericano de derechos humanos (SIDH)[13].

a) Amparo en revisión 208/2016. El recurso de amparo fue interpuesto por la Asamblea Legislativa y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal contra una sentencia emitida —en juicio de amparo indirecto— por el Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa con sede en la Ciudad de México. Los hechos que dieron lugar a la interposición del amparo indirecto en primera instancia, tuvieron como centro la imposibilidad del padre y de la madre de registrar a sus hijas recién nacidas con el apellido materno primero, y el apellido paterno después. Ello ante la negativa verbal de las autoridades del registro civil de realizar la anotación en ese orden[14].

Con fundamento en la referida situación, la Suprema Corte debía determinar si la sentencia de primera instancia que había otorgado el amparo al padre y la madre de las niñas afectadas fue dictada conforme a derecho, pues había sido combatida por la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo locales.

En su análisis de fondo, la SCJN indicó que es un derecho de los padres el decidir el orden de los apellidos de sus hijos e hijas y que dicha decisión no puede limitarse por razones de género[15]. Sustentó su decisión en el derecho al nombre en relación con la vida privada y familiar, y en el análisis de proporcionalidad en sentido amplio de la medida legislativa impugnada.

La Corte comenzó por analizar el artículo 58 del Código Civil para el Distrito Federal en tanto este establece que al momento de realizarse el registro se deben insertar los nombres propios y los apellidos paterno y materno que le correspondan[16]. Y destaca que si de una interpretación literal no se des-

[12] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 644/2016, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto en sesión de 8 de marzo de 2017.

[13] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 706/2015, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 1º de junio de 2016.

[14] Dado que sus hijas vivían con ciertas complicaciones de salud y que existía la necesidad de registrarlas durante los primeros seis meses posteriores a su nacimiento, el padre y la madre accedieron a registrar a sus hijas en el orden indicado por las autoridades del registro (*ibid*., pág. 2).

[15] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 208/2016, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto en sesión de 19 de octubre de 2016, pág. 16.

[16] El contenido textual de dicho artículo es el siguiente: "El acta de nacimiento contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombres propios

prende necesariamente una prelación entre los apellidos, analizará el sentido interpretativo que los operadores jurídicos han dado a la norma y concluye que la interpretación consolidada de la norma es aquella según la cual el apellido paterno va primero y después el materno[17].

Además, luego de referirse a los estándares nacionales e internacionales aplicables a la protección de la familia[18], a la vida privada[19] y al nombre[20], reiteró que los padres tienen el derecho a nombrar a sus hijos e hijas sin injerencias arbitrarias del Estado, lo cual comprende no solo el derecho a elegir el nombre, sino también el orden de sus apellidos. Además señaló que la prelación "tradicional" de los apellidos respondía a una situación social de desigualdad de género por el que era considerado "normal" que el apellido del hombre prevaleciera mientras el de la mujer se perdía[21].

Esto último es una muestra palmaria de la vinculación que existe entre derecho y política (en su sentido más amplio) pues una cuestión que se ubicaría en el terreno de lo "dado por hecho" —el orden preestablecido de los apellidos— fue develado en la argumentación de la Corte como una práctica construida con fundamento en la desigualdad histórica y presente entre hombres y mujeres y aceptada como parte de las pautas sociales cotidianas[22].

El segundo gran pilar argumentativo de la SCJN se centró en analizar si existía justificación constitucional para que la medida legislativa limitara *prima facie* el contenido del derecho. Concluyó, después de realizar un examen de proporcionalidad, y un recorrido histórico sobre el uso y prelación "tradicional" de los apellidos, que la norma impugnada contribuyó a perpetuar relaciones históricas de poder del hombre sobre la mujer a través del orden de los apellidos señalado, y que dicho propósito normativo está prohibido constitucionalmente pues se basa en un prejuicio que discrimina y disminuye el papel de la mujer en el ámbito familiar[23]. También añadió que este derecho de elegir la prelación de los apellidos no afectaba la seguridad jurídica[24].

---

y los apellidos paterno y materno que le correspondan; asimismo, en su caso, la razón de si el registrado se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del mismo. Si se desconoce el nombre de los padres, el juez del registro civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta" (reformado, G. O. 29 de julio de 2010).

[17] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 208/2016, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto en sesión de 19 de octubre de 2016, págs. 15-16.

[18] Reitera que no se hace referencia a un "modelo de familia" particular, sino a la familia como realidad social protegida por el marco constitucional (*Ibid*., pág. 18).

[19] *Ibid*., págs. 17-19.

[20] *Ibid*., págs. 21-22.

[21] *Ibid*., págs. 19-20.

[22] *Ibid*., págs. 19-22.

[23] *Ibid*., págs. 23-26

[24] *Ibid*., pág. 29.

En consecuencia, la Corte determinó que el artículo 58 del Código Civil era inconstitucional[25] como también la negativa de las autoridades de registrar los apellidos de las hijas en el orden solicitado por el padre y la madre[26] y, por tanto, los agravios de las autoridades, infundados[27]. Por ello, acoge y protege a los solicitantes de amparo y modifica la sentencia recurrida[28].

b) Amparo en revisión 644/2016. Este recurso de amparo fue interpuesto por la quejosa en representación de su hija menor de edad, en contra de una sentencia dictada por el Juez Noveno de Distrito en el Estado de Puebla en un juicio de amparo indirecto. El problema de hecho que dio origen a este fallo, derivó de la decisión tajante de las autoridades de un centro de reinserción social (CERESO) de separar a la quejosa —mujer privada de su libertad— de su hija menor de edad, sin que se acatara un proceso paulatino y respetuoso de los derechos de la madre y de su hija[29].

La norma que se atacó como inconstitucional es el artículo 32 del reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla en tanto establece que "los niños que residan con su madre interna no podrán permanecer en el CERESO después de cumplir los tres años de edad"[30]. Asimismo, se combatió mediante este amparo la determinación del director del CERESO de separar de forma categórica a la quejosa de su hija, y no permitir a esta última su entrada posterior a dicho Centro, amparado en el antes mencionado artículo del Reglamento.

Esto, alegó la quejosa, era inconstitucional pues violaba la protección constitucional de la unidad familiar, privaba a la niña de su derecho a convivir con su familia y ello podría provocar afectaciones a su integridad psicológica y emocional. Por lo que la separación entre ella y su hija debería ser paulatina en respeto al principio de interés superior del niño[31].

Aun ante estos argumentos, en primera instancia, el juez de amparo sobreseyó el recurso respecto del Congreso de Puebla (como autoridad emisora)

[25] *Idem*.

[26] Como consecuencia de ello, la Corte ordenó la expedición de nuevas actas de nacimiento de las menores de edad en el orden solicitado por el padre y la madre (*Ibid.*, págs. 30-31).

[27] *Ibid*., pág. 14.

[28] *Ibid*., pág. 31.

[29] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 644/2016, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto en sesión de 8 de marzo de 2017, pág. 1.

[30] *Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla*, Gobierno del Estado de Puebla, publicado el 14 de septiembre de 2011, artículo 32, disponible en *http://ojp.puebla.gob.mx/index.php/reglamentos/otros/item/reglamento-de-los-centros-de-reinsercion-social-para-el-estado-de-puebla*, página consultada el 28 de abril de 2017.

[31] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 644/2016, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto en sesión de 8 de marzo de 2017, págs. 5 y 7.

y lo negó respecto de los actos reclamados al gobernador del estado (como autoridad emisora) y al director del CERESO (como autoridad ejecutora). Ello debido a que a su juicio, la norma impugnada no vulneraba ni el interés superior del niño ni el derecho a la convivencia familiar y, por el contrario, la norma se trataba de un supuesto imprescindible para proteger adecuadamente a los niños pues un CERESO no es lugar adecuado para el sano desarrollo de la niña[32].

Con estos antecedentes, la SCJN emitió su decisión. Antes de referirnos a cada uno de los problemas que se debían resolver, la SCJN subrayó que el interés superior del menor debe prevalecer en cualquier contienda judicial donde estén involucrados los derechos de los niños. Por ende, todas las cuestiones abordadas en su fallo estarían orientadas a asegurar el respeto de dicho principio[33].

En función de ello, la SCJN estructuró su decisión en tres etapas: 1) el estudio del principio del mantenimiento del menor con su familia biológica que privilegia la permanencia de este con su madre; 2) los desafíos que la situación de reclusión conlleva para la relación maternal, con el objetivo de articular los deberes del Estado frente a ello, y 3) el análisis sobre la pertinencia de que la separación se produzca para resguardar el interés superior del menor pero siempre que aquella se presente bajo ciertas condiciones que garanticen el mayor grado de satisfacción de los derechos de los niños[34].

Por último, se ocupó del análisis y establecimiento del alcance de la norma y el acto de aplicación impugnados a la luz de la doctrina constitucional[35].

En cuanto al primer punto, la SCJN retomó diversa normativa internacional del sistema de Naciones Unidas[36] así como jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[37] sobre el derecho de los niños de permanecer con su familia biológica a menos que existan circunstancias excepcionales que hagan que esa no sea la medida más protectora para ellos. Luego la Corte indicó que en línea con dichos estándares internacionales, la Primera Sala del Tribunal ha establecido el principio de permanencia con la familia como una protección fundamental que brinda estabilidad y permanencia al niño en el seno familiar[38].

La Corte, tras presentar una revisión de la literatura especializada sobre el particular vínculo que se desarrolla entre las madres y sus hijos en los primeros

[32] *Ibid*., pág. 6.

[33] *Ibid*., pág. 12.

[34] *Ibid*., pág. 14.

[35] *Idem*.

[36] *Ibid*., págs. 15-16.

[37] *Ibid*., págs. 16-17.

[38] *Ibid*., págs. 17-19.

años de edad[39], concluyó que la relación afectiva entre un niño pequeño y su progenitora tiene crucial importancia en el desarrollo del infante y que es muy importante que madre e hijo tengan contacto próximo, personal y frecuente en la medida de lo posible, a menos que ello sea contrario a los intereses del niño o de la niña[40].

Por lo que respecta al segundo punto de análisis constitucional, la Primera Sala de la SCJN se pronunció en concreto sobre las particularidades de la relación materno-filial en casos en que la madre está privada de la libertad. Con fundamento en literatura especializada y estándares internacionales, la Corte indicó que la situación de reclusión constituye contexto complejo para dicha relación[41].

No obstante, ello no implica que tal relación no deba existir, sino que el Estado tiene a su cargo un deber de debida diligencia reforzado para asegurar la adopción de medidas específicas encaminadas a garantizar que el niño o la niña disfruten la relación con su madre, a pesar de las adversas condiciones[42]. Y que el Estado debe asegurar que la situación de reclusión no se traduzca en la necesidad de separar al niño del seno materno, pues el derecho internacional y la doctrina desarrollada por la Primera Sala protegen el derecho del menor a permanecer con su progenitora siempre que existan bases sólidas para sostener que la situación es apropiada a la luz del interés superior del niño[43].

Por lo que respecta al tercer factor (la separación del menor de edad), la Corte concluyó que si bien las autoridades legislativas podían prever la separación entre el menor de edad y la madre, dada la importancia de la relación entre madre e hijo en los primeros años de vida, en conexión con el interés superior del menor, condicionan la forma en la que dicha separación puede darse. Esta separación debe ser sensible y gradual y luego de darse, garantizar el contacto cercano y frecuente entre madre e hijo siempre que sea lo más benéfico para el menor de edad[44].

Por último, la Corte precisó el alcance de la interpretación de la norma impugnada con respecto al bloque de constitucionalidad. Retomó las condiciones específicas que deben asegurarse para que la separación respete la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, concretamente el principio del interés superior del niño y concluyó que si estas condiciones son respetadas y la interpretación conforme se realiza de forma adecuada en respeto a las

[39] *Ibid*., págs. 20-22.

[40] *Ibid*., págs. 22-23.

[41] *Ibid*., pág. 24.

[42] *Ibid*., págs. 25-26.

[43] *Ibid*., págs. 29-30.

[44] *Ibid*., pág. 34.

pautas establecidas en el fallo, la separación no resulta inconstitucional *per se*[45] (artículo 32 del reglamento de los CERESO).

Para concluir su análisis, la Suprema Corte, evaluó la constitucionalidad del acto concreto del director del CERESO que decidió separar a la quejosa de su hija menor de edad. E indicó que dicha autoridad solo se había basado en que el criterio de la edad para determinar la separación fue establecida de forma tajante y definitiva sin considerar las exigencias que supone el respeto al interés superior de la niña[46]. Por tanto, declaró inconstitucional la aplicación de la norma bajo análisis y ordenó anular la determinación del director y, en su lugar, ordenar un proceso de separación respetuoso del interés superior de la menor de edad[47] conforme a las pautas establecidas por la propia SCJN en la parte dispositiva de la sentencia[48].

c) Amparo en revisión 706/2015. El recurso de amparo lo interpuso una pareja de mujeres en contra de la sentencia que resolvió, en primera instancia, su solicitud de amparo al no estar de acuerdo con la interpretación realizada y señalar que existía una omisión legislativa pues el juez de primera instancia no se había pronunciado sobre las medidas de reparación solicitadas[49]. El problema por el cual las quejosas interpusieron la demanda de amparo indirecto consistió en que la oficialía 1 del Estado de Chihuahua, les negó su solicitud de contraer matrimonio por no cumplir los requisitos exigidos por la normativa aplicable[50].

La Primera Sala de la SCJN al realizar su análisis, centró su atención en dos cuestiones centrales. Por un lado, evaluó la constitucionalidad de los artículos 134 y 135 del Código Civil del Estado de Chihuahua, que conciben al matrimonio como una institución que consiste en el acuerdo mutuo entre hombre y mujer, que tiene por finalidad la ayuda mutua y la perpetuación de la especie. Por el otro, se pronunció sobre las posibilidades de utilización del recurso de amparo como mecanismo para lograr la reparación integral.

Este fallo de la SCJN es relevante en primer lugar porque hace claridad sobre los límites de la interpretación, pues indicó que dicha interpretación no es suficiente para erradicar la discriminación que subsiste en ordenamientos jurídicos que solo permiten el matrimonio entre hombre y mujer, y por ende ordenó modificar la sentencia recurrida y declarar inconstitucional también

[45] *Ibid*., págs. 35-38.

[46] *Ibid*., págs. 39-40.

[47] *Ibid*., pág. 41.

[48] *Ibid*., págs. 42-43.

[49] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 706/2015, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 1º de junio de 2016, págs. 10-11.

[50] *Ibid*., págs. 1-2.

el artículo 134 del Código Civil chihuahuense, por ser violatorio del derecho a la igualdad y no discriminación[51].

El otro punto central de la argumentación de la Corte fue el análisis de la relación entre el juicio de amparo y los estándares de reparación integral desarrollados en el seno de la jurisprudencia del sistema interamericano. Esto respondió a que una de las exigencias de las quejosas era que la violación a sus derechos, derivada de la discriminación padecida, fuera reparada de conformidad con el estándar interamericano de reparación integral[52].

La Suprema Corte reconoció que el juez de primera instancia no se pronunció sobre las medidas de reparación solicitadas, por lo que procedió a realizar su análisis para lo cual divide su fallo en: a) la doctrina interamericana sobre reparaciones por violaciones a derechos humanos; b) análisis de si el tipo de reparaciones decretadas por la Corte IDH son compatibles con el marco legal y constitucional que regula el amparo, y c) la respuesta a los conceptos de violación de las quejosas[53].

En cuanto hace al primer literal, la Corte recorre exhaustivamente los estándares desarrollados por el tribunal interamericano en materia de reparaciones y el sistema de responsabilidad internacional del cual se derivan y las califica como medidas excepcionales que, en su mayoría, responden a graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos[54].

La Corte también analizó la reparación prevista en el juicio de amparo. La SCJN reconoce la existencia de un derecho a la reparación integral exigible de las autoridades nacionales y en concreto su análisis se centró en determinar si los jueces de amparo pueden decretar medidas reparatorias más allá de la restitución del quejoso en el derecho violado. En ese análisis el tribunal contrastó el "alcance reparatorio" del amparo medido frente a los estándares desarrollados desde el SIDH[55]. Destacó que es cierto que existe un derecho a la reparación integral pero ello no significa que el amparo sea vía suficiente para obtener dicha reparación sino que las víctimas se encuentran facultadas para acudir ante las autoridades competentes para acceder a los aspectos restantes propios de la reparación integral[56].

[51] *Ibid*., págs. 14-17.

[52] La reparación integral incluye la restitución, indemnización, medidas de satisfacción, garantías de no repetición, rehabilitación, entre otras. Para un mayor desarrollo véase Yuria Saavedra Álvarez, "Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos", en *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, módulo 7, México D. F., coeditado por la SCJN, la OACNUDH y la CDHDF, 2013.

[53] SCJN, Primera Sala, sent. de amparo en revisión 706/2015, ministro ponente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelto el 1º de junio de 2016, pág. 20.

[54] *Ibid*., págs. 36-39.

[55] *Ibid*., págs. 39-69.

[56] *Ibid*., págs. 49-50.

Por último, la SCJN concluyó que los argumentos de las quejosas que exigían la reparación integral eran infundados ya que la desaplicación de las normas impugnadas era suficiente para restituirlas en el goce del derecho violado y que, en consecuencia, no procedía dictar otras reparaciones por esa vía[57]. No obstante, precisó que la sentencia era en sí misma una forma de reparación y que dado que los órganos de impartición de justicia estaban obligados a aplicar la jurisprudencia que consideró inconstitucional cualquier norma que impida el matrimonio entre personas del mismo sexo, ese criterio vinculante constituía medida de no repetición[58].

Con fundamento en lo anterior, la Corte modificó la sentencia recurrida y otorgó el amparo de las quejosas en contra de la expedición y promulgación de los artículos 134 y 135 del Código Civil de Chihuahua, así como su aplicación.

4. "Vasos comunicantes" entre las sentencias seleccionadas

Como puede advertirse de las síntesis de las sentencias elegidas, se trata de situaciones fácticas diversas; no obstante, entre ellas se pueden percibir diversos *vasos comunicantes* que las vinculan y que, en su conjunto, perfilan uno de los "rostros" de la justicia constitucional reciente en México.

Uno de los primeros puntos de conexión consiste en que los tres fallos son una manifestación del uso de las herramientas constitucionales/convencionales derivadas de las reformas en la materia, especialmente de la interpretación conforme. Dentro de sus líneas es común encontrar referencias y usos de las normas presentes en el bloque sobre derechos humanos; contrastes entre los diversos sistemas normativos aplicables sin importar su origen, así como ejercicios de ponderación y ampliación del criterio de control de la regularidad constitucionalidad más allá del texto constitucional.

Asimismo, esta trilogía de decisiones permite advertir el seguimiento y aplicación de las pautas generales que se han establecido en los fallos "estructurales" decididos por la SCJN que definieron los contornos del sistema mexicano de protección de derechos humanos[59].

Dentro del cúmulo de herramientas mencionadas destaca el uso que hace la Corte de la interpretación conforme, pues esta ha sido utilizada como herramienta importante para el juicio de constitucionalidad y, además, esta figura ha servido para modular los alcances de los "efectos constitucionales" de los fallos. De igual forma, en estos fallos se hacen importantes precisiones sobre los alcances de la interpretación conforme al establecer que hay ocasiones en

[57] *Ibid*., págs. 71-72.

[58] *Ibid*., pág. 71.

[59] En particular se hace referencia a la decisión sobre el expediente Varios 912/2010 y la Contradicción de tesis 293/2011.

que esta no es suficiente para superar la inconstitucionalidad de una disposición normativa claramente violatoria de los derechos y principios reconocidos en el sistema constitucional mexicano.

Otro punto de contacto entre los fallos es el uso metódico del derecho constitucional de fuente internacional para abordar los problemas que debe resolver la Suprema Corte; en particular, destaca el recurso al sistema interamericano y cómo en algunos casos se hace una detenida contrastación entre los estándares nacionales sobre derechos o figuras jurídicas y aquellos provenientes del sistema de Naciones Unidas u otros sistemas regionales de protección de derechos humanos. Esto también ha servido para establecer los límites del diseño jurídico institucional mexicano para responder ante ellos (como se advirtió con el caso del recurso de amparo y los estándares interamericanos sobre reparación integral).

Otro vaso comunicante que destaca entre los fallos elegidos para su análisis es que los tres constituyen un acercamiento de la justicia constitucional a situaciones socialmente complejas y políticamente relevantes[60]. Como se indicó, uno de ellos versó sobre el derecho del padre y la madre de elegir el orden de los apellidos de sus hijos e hijas, y cómo el sistema constitucional ampara dicha elección aun cuando históricamente dicho orden ha sido un resultado más de la desigualdad de género presente en nuestras sociedades. Uno de los fallos abordó la compleja relación materno-filial en casos de madres privadas de su libertad; en este caso la justicia constitucional estuvo de lado de la efectiva protección ponderada y argumentada tanto de los derechos de la niña involucrada como de su madre, por lo que rechazó una interpretación y aplicación *ad literam* de la norma.

Por último, la justicia constitucional se acercó a la desigualdad y discriminación en contra de personas homosexuales que deciden casarse y, además, se pronunció sobre los alcances y límites de recurso de amparo y reconoció la imposibilidad de que por ese medio, se cubran todos los estándares de reparación integral que exige el derecho internacional de los derechos humanos.

En suma, esta tríada de fallos constitucionales es manifestación palpable del contacto de lo jurídico con lo social (y lo político) que permite advertir en qué grado el derecho puede responder ante las exigencias sociales y, en ese proceso, intentar moldear algunas dinámicas sociales mediante la justicia constitucional. En ese proceso, de forma simultánea, el sistema jurídico también es "moldeado", ampliado o restringido en función de los canales de contacto con la realidad social y política que, por mucho, supera el espectro de lo que el derecho puede abarcar.

[60] Es importante reconocer que el abordaje de estas "complejidades" en los fallos siempre va acompañada en los fallos de una investigación sobre las fuentes especializadas en la temática concreta que se aborde.

5. Puntos destacables en los fallos analizados

Como se adelantó, los fallos seleccionados son una muestra evidente del contacto constante entre realidad social/política y la justicia (en este caso la constitucional). Esta conexión, lejos de ser interpretada como una "contaminación" del sistema jurídico, debería ser interpretada como manifestación de su riqueza y, en última instancia, de su capacidad de ser una institución al servicio de la sociedad.

Lo anterior no quiere decir que en el abordaje de estas situaciones se abandone todo principio o regla jurídica, antes bien que dichos principios y reglas sean interpretados de la manera más amplia posible —dentro del ya limitado espectro de lo jurídico— con el ánimo de acercar la justicia a las personas que muchas veces no tienen acceso a ella.

Se trata entonces de que los tribunales que deciden cuestiones constitucionales hagan el mejor uso de las herramientas a su alcance para intentar —de forma seria, ponderada y argumentada— acercarse a una respuesta que, desde el derecho, resuelva las complejidades sociales y políticas y ayude a transformar prácticas y entendimientos que impiden la construcción de una sociedad más incluyente, igualitaria y respetuosa de las situaciones y condiciones de vida de todas las personas.

6. Conclusiones

La justicia constitucional puede ser una vía importante para que los puntos de contacto entre la realidad social y el derecho, sean espacios de reacción efectiva frente a las exigencias sociales siempre en el marco de los principios y reglas vigentes en el sistema constitucional de un país determinado.

Los fallos resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son una muestra de la capacidad del sistema jurídico para abordar y resolver problemáticas sociales sumamente complejas por estar conectadas con "tradiciones" y entendimientos sociales que han excluido y subyugado a personas cuyas vidas no corresponden a los "ideales sociales" exigidos en una época y contexto determinados, lo que explica la lógica contramayoritaria de la protección de los derechos.

No obstante, es importante precisar que allí donde hay virtudes de la justicia constitucional también pueden existir defectos en cuanto la propia justicia institucional sea la que reproduzca situaciones o decida cuestiones contrarias a los derechos humanos.

Por ello, es importante que todo tribunal determine en cada una de sus decisiones cuál es el papel que cumplirá en la lucha constante por los derechos y la justicia.

JUSTICIA Y POLÍTICA EN PERÚ

César Landa*

1. Contexto explicativo de la relación entre justicia y política

La crítica sobre la función de los jueces tiende a intensificarse en épocas de profundos y rápidos cambios económicos, políticos, sociales, culturales y tecnológicos. Ello apunta, por un lado, al alejamiento de las demandas de la realidad social y, por otro, incide en su obsecuencia judicial frente a los cambios políticos del gobierno. Esto se hace evidente en momentos de crisis nacionales o de guerras, cuando la justicia se ha convertido en defensora del *statu quo* o cuando en sus decisiones ha asumido el programa político del poder.

En efecto, la experiencia histórica enseña que frente a las decisiones políticas y económicas, en épocas de crisis o de guerra, el control de la justicia, en algunos casos, ha resultado debilitado cuando se ha enfrentado con el poder, muchas veces pegado al texto literal de la Norma Suprema. Y, en otros, también se ha resquebrajado interpretándola más allá de lo previsible. Ahora, es cierto que en algunas circunstancias los jueces han sabido adaptar un criterio jurisprudencial prudente frente a las cuestiones políticas.

En el actual proceso democrático, el control constitucional que han ejercido nuestros jueces muestra la necesidad jurisprudencial de contar con un test destinado a evaluar casos difíciles o decisiones judiciales límite, manteniendo el equilibro y la unidad entre el derecho y la política. Esto es así pues la línea interpretativa que han trazado los operadores de justicia entre el control jurídico y el control político no es lo suficientemente clara, lo que puede llevar al supremo intérprete a la orilla del debate político, antes que jurídico.

No obstante, como ya se mencionó, en épocas de crisis y cambio social, se han dejado oír radicales opiniones que expresan, por un lado, el voluntarismo judicial de muchos jueces, sustentado en un criterio discrecional de la justicia, que se identifica directamente con la política; y, por otro, el positivismo judicial que usualmente fosiliza al derecho alejándolo de la realidad y cerrando puertas a soluciones sensatas frente a los conflictos.

* Exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Expresidente del Tribunal Constitucional de Perú.

Así, frente a estas dos formas de mentalidad judicial, contrarias en sus fundamentos, pero convergentes en la instrumentalización de la Constitución, debemos oponer una teoría del control judicial que busca acercarse a la verdad progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que, contemporáneamente, se denomina *razonabilidad*.

Ella se hace imprescindible ante la insuficiencia normativa del texto constitucional y la responsabilidad de la justicia de controlar la constitucionalidad de los actos de poderes públicos y privados, unas veces más sutiles y en otras más groseros. Para tales fines, se requiere considerar no solo el carácter normativo de la Constitución, sino también el sistema de valores que le dan validez. Esto lleva a crear criterios constitucionales de interpretación, partiendo de construir el marco valorativo que fundamenta la Constitución, lo cual permitiría a los magistrados aplicar razonablemente la norma constitucional.

Ahora bien, esta interpretación podrá ir mutando en función de su tarea pacificadora de los conflictos políticos. Claro está que esa función pacificadora, únicamente se logrará cuando las resoluciones de nuestros jueces sean acatadas por el legislador y la opinión pública asiente sus decisiones. Ello es factible, siempre que tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional ejerzan un método jurídico de interpretación constitucional razonable, previsible y controlable.

Conviene mencionar ahora la necesidad de dejar de lado la vieja tesis de los actos justiciables y no justiciables, puesto que entre ambas existe un baremo de posibilidades de actuación judicial. Precisamente, son estas las que otorgan sentido real a la posición de nuestra Corte Suprema y, en particular, del Tribunal Constitucional, respecto de su función de control constitucional.

Con ello se plantea que, dada la constante renuencia del poder judicial de analizar y resolver de forma clara cuestiones políticas, el Tribunal Constitucional se erige en un órgano final de control de los excesos del poder público —legislativo, judicial y ejecutivo— y de los poderes privados y, por ende, el control constitucional limita el poder político y tutela los derechos fundamentales, no existiendo zonas exentas de su control, por cuanto si se acepta que la Constitución contiene lagunas jurídicas excluidas al control de la jurisdicción constitucional se estaría aceptando que, junto al orden jurídico constitucional, exista otro orden político desvinculado del control constitucional a libre arbitrio del poder mayoritario de turno.

En relación con esto, resulta pertinente traer a colación la ley 28.642, dictada por el Congreso el 8 de diciembre de 2005, donde se establecía: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones [JNE] en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva”.

Dado que los partidos políticos representados en el Congreso consideraron que el proceso electoral debía mantenerse ajeno al control constitucional, al modificar el artículo 5, inciso 8º, por medio de la mencionada ley, se le otorgó la responsabilidad al JNE de resolver en definitiva instancia las controversias electorales.

Los supuestos por los cuales ni el poder judicial ni el Tribunal Constitucional podrían revisar las decisiones del JNE se ampararon en los artículos 142 y 181 de la Constitución. Según esto, se afirmaba que toda revisión de las resoluciones emitidas por dicha institución afectaría la seguridad jurídica y atentaría contra la autonomía que le ha sido constitucionalmente atribuida.

El artículo 142 de la Constitución, establece: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral". Mientras que su artículo 181, dispone: "El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a la ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno".

Una interpretación literal de dichos preceptos, propia del primer positivismo jurídico, permitiría sostener que, en ningún caso, una resolución del JNE sea susceptible de ser revisada en sede jurisdiccional, ordinaria ni constitucional. Ni siquiera en aquellos supuestos en los que resulte manifiestamente contraria a los derechos fundamentales de la persona; es decir, aun en los casos en que contravenga abiertamente los derechos fundamentales.

Sin embargo, el tránsito del Estado legal al Estado constitucional, implica, fundamentalmente el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, constatar su capacidad de vincular jurídicamente a todos los poderes públicos, determinando la invalidez de todo acto o toda norma que la contraríe, con fundamento en el principio de supremacía jurídica de la Constitución. Sin embargo, este tránsito no es pacífico, y muchas veces muestra avances y retrocesos.

La Constitución, en tanto norma jurídica suprema, preside todo el ordenamiento jurídico y exige la actuación de todos los poderes públicos de conformidad con ella, según los artículos 51 y 43 de la Constitución. En consecuencia:

a) Ninguna disposición constitucional puede ser interpretada de modo aislado, sino de acuerdo con el principio de unidad de la Constitución, a efectos de asegurar el principio lógico de no contradicción entre las disposiciones de mayor y menor jerarquía.

b) Y todo conflicto entre las disposiciones constitucionales debe ser resuelto "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos. Este es un mandato que emana del

principio de interpretación constitucional de concordancia práctica y de interpretación de la ley conforme a la Constitución.

De esta manera, no cabe sacrificar los derechos fundamentales, convirtiendo en absoluto el principio de seguridad jurídica que subyace en la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE en materia electoral, pues en el Estado constitucional no existen órganos exentos de control constitucional, como tampoco en mérito de ello se puede desconocer la seguridad jurídica electoral, pilar de la democracia representativa, sino que mediante el control constitucional excepcionalmente se debe permitir revisar afectaciones de los derechos fundamentales.

Entonces, es necesario que el Tribunal Constitucional, como última y definitiva instancia de las resoluciones denegatorias de los derechos fundamentales, asegure una revisión jurisdiccional de las resoluciones del JNE en caso de que estas resulten violatorias de los derechos fundamentales, sin que ello signifique vaciar de contenido al principio de seguridad jurídica electoral.

La reforma introducida al artículo 5, inciso 8º, del Código Procesal Constitucional no propiciaba esta interpretación optimizadora, sino que pretendía desconocer la vinculación del JNE a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral, lo cual, potencialmente consagra la impunidad de las violaciones constitucionales en las que estas puedan incurrir.

De este modo, nadie duda que sea vital en un Estado de derecho preservar la seguridad jurídica del proceso electoral, pero no es constitucionalmente válido pretenderlo a costa de la desprotección de los derechos fundamentales. De igual forma, con respecto a la autonomía del JNE, basta decir que, por ejemplo, de conformidad con el artículo 139.2 de la Constitución, el poder judicial también goza de independencia y autonomía y, sin embargo, a nadie se le ocurriría negar que sus resoluciones, incluso las de su máxima instancia (la Corte Suprema), sean susceptibles de ser revisadas por el Tribunal Constitucional mediante el proceso de amparo o el *habeas corpus*, claro está, salvo que resulten contrarias a los derechos fundamentales.

Dicho esto, resulta claro que la reforma introducida al artículo 5, inciso 8º, del Código Procesal Constitucional pretendió desconocer la vinculación del JNE a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral.

No está de más decir que toda institución o poder del Estado, en su actuación, debe respeto a la Constitución y a los derechos y valores fundamentales que en ella se consagran. Por esto mismo, en 2007, mediante el expediente 00007-2007-PI-TC, nuestro Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo en cuestión y señaló: “[...] es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional

de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, «debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación», ha establecido que «dicho recurso debe ser sencillo y rápido», tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral"[1].

Este caso evidencia la posición del Tribunal Constitucional como órgano supremo de la interpretación y del control no solo de la Constitución, sino también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aclara que no hay institución pública que pueda ser inmune al control constitucional y, por ende, no hay decisión que pudiera quedar exenta de revisión en caso de que se presuma la existencia de una vulneración de derechos fundamentales.

La justicia constitucional entonces aparece como una de las posibilidades sólidas para articular legítimamente la defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política

Frente a esto, se plantean problemas como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al gobierno de los jueces[2], sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos, ya que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones, ante ningún poder público. Sin embargo, una cuidadosa selección de los magistrados, el establecimiento de las garantías institucionales que les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional, en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.

2. Mecanismos de selección para el nombramiento de jueces y su relación con el poder político

Con respecto al proceso de selección de jueces y en referencia a las facultades electorales para su nombramiento, existen en Perú dos mecanismos de elección según se trate de la administración de justicia ordinaria del poder judicial o de la administración de justicia especializada del Tribunal Constitucional. Estos procesos se encuentran a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura y del Congreso de la República respectivamente.

[1] Tribunal Constitucional, exp. 00007-2007-PI/TC.

[2] Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L' expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois,* Paris, Giard & C., 1921, págs. 220-236.

A) *Nombramiento de jueces y fiscales*

En el caso de la función de selección y nombramiento de jueces y fiscales, el actual modelo constitucional y su desarrollo legal respectivo, ha permitido establecer un procedimiento reglado compuesto por etapas que se resumen en la evaluación de habilidades, destrezas y conocimientos, mediante la rendición de una prueba escrita; la calificación del desarrollo profesional del postulante mediante la evaluación de su *curriculum vitae*; una evaluación psicológica por medio de la aplicación de un test, y una evaluación personal mediante la realización de una entrevista.

Nuestra Constitución en los artículos 150 y 154.1 dispone que, con relación a la administración de justicia ordinaria, la selección y nombramiento de jueces y fiscales recae en el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), con lo cual se toma distancia del modelo anterior, basado en el Congreso, al despolitizar formalmente esta función y al designar a un ente diferente del poder judicial y del ministerio público para llevar a cabo la misma.

El actual diseño constitucional encarga las funciones de selección, nombramiento, evaluación, ratificación y destitución a un órgano constitucional autónomo, el CNM, compuesto por siete consejeros, designados por la Sala Plena de la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos y cinco representantes de organizaciones de la sociedad civil: universidades públicas y privadas, colegio de abogados y otros colegios profesionales. El CNM no cuenta con consejeros designados por el ejecutivo ni el legislativo.

Si bien se ha avanzado en establecer protocolos y criterios objetivos para la selección y el nombramiento de jueces y fiscales, aún se producen filtraciones en dichos concursos. En la Carta de 1993 se optó por la participación de la sociedad civil, como alternativa para desterrar la ilícita injerencia político-partidaria en la designación de jueces y fiscales; sin embargo, esta fórmula constitucional no solo no ha alejado la ilícita injerencia partidaria, sino que le ha sumado otra distorsión igualmente grave: la ilícita influencia de "redes de corrupción"[3].

Según la información recibida, estas redes de corrupción inclusive han extendido su influencia a algunas Facultades de Derecho y colegios profesionales[4]. Muestra de ello es el mercado de títulos profesionales y grados académicos que se ha formado alrededor de los concursos de selección y nombramiento y los procedimientos de evaluación y ratificación. Gracias a dicho mercado, a ciertos candidatos(as) o magistrados(as) les resulta demasiado sencillo obtener títulos y grados que los favorecen al momento de la evaluación curricular. A

[3] Término que utiliza, en su exposición de motivos, el Proyecto de ley 424/2011-PJ presentado el 11 de octubre de 2011 al Parlamento por el poder judicial.

[4] Ver *http://elcomercio.pe/politica/gobierno/rector-alas-peruanas-dijo-que-volveria-pagar-viaje-algun-magistrado-noticia-371790?ref=flujo_tags_514807&ft=nota_10&e=titulo.*

lo anterior se suma también un mercado ilegal de publicaciones que se ha formado alrededor de los concursos y procedimientos que convoca el CNM. De esta manera, algunos candidatos(as) o magistrados(as) pueden mostrar como suyas algunas publicaciones de dudosa calidad y procedencia, a fin de elevar su calificación curricular[5].

Todo esto denota que, a pesar del distanciamiento del modelo político y de los avances en cuanto a la especialización y establecimiento de criterios objetivos, el procedimiento de selección y nombramiento aún adolece de cuestionamientos y falencias. Estos problemas parecerían no responder tanto a fallas en el actual diseño institucional —aunque existan aspectos que se deben mejorar—, sino a ilícitas injerencias políticas o redes de corrupción que operan sobre el CNM y a la cuestionable actuación de algunos consejeros.

Sobre lo último, mencionar que como consecuencia del empañado concurso desarrollado entre 2009 y 2010 para nombrar fiscales supremos, fue destituido por el Congreso de la República un consejero, habida cuenta que se demostró que entre él y un postulante se dio una reunión; luego se habría acreditado un incremento patrimonial considerable del consejero durante los años que estuvo en el cargo[6]. Finalmente, dicho concurso tuvo que ser anulado por el propio CNM.

Otro de los sucesos que puso en evidencia dificultades en materia de los procesos de selección en la judicatura ordinaria, es el caso del fiscal Mateo Castañeda; funcionario que, luego de renunciar al ministerio público, postuló al concurso de fiscales supremos convocado por el CNM. Este exmagistrado se voceaba como el candidato preferido del gobierno, por su vinculación directa con el APRA —partido de gobierno de entonces— y por el tratamiento que dio a casos que involucraban a personajes del partido con sucesos de interceptación telefónica en los que, según el testimonio de uno de los procesados por este caso, habría intervenido para evitar que se involucre en el espionaje a figuras políticas en ese entonces en ejercicio[7], al participar directamente en las investigaciones policiales cuando su cargo de superior no se lo permitía.

Pese a su fuerte nexo político, el Instituto de Defensa Legal (IDL) presentó una tacha contra su admisión como candidato, argumentando que no habría cumplido los requisitos necesarios para participar en el concurso por un cargo

[5] Una investigación periodística difundida por IDL-reporteros reveló que el candidato César José Hinostroza Pariachi habría plagiado gran parte de la tesis de otra persona. Ver *https://idl-reporteros.pe/tres-por-uno/*.

[6] Ver *http://blog.pucp.edu.pe/item/92474/efrain-anaya-incremento-patrimonio-durante-cinco-anos-en-el-cnm*.

[7] Ver *http://diario16.pe/noticia/6591-alan-podraia-ser-citado-en-caso-btr*.

a fiscal supremo, puesto que no cumplía con los quince años exigidos por la Constitución Política, en la condición de abogado con la que postulaba[8].

Al respecto, el artículo 147.4 de la Constitución dispone: "Para ser magistrado de la Corte Suprema se requiere: [...] Haber sido magistrado de la Corte Superior o fiscal superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años". Sin embargo, el CNM se pronunció declarando infundada la tacha y aceptando como válida la interpretación según la cual, los candidatos a juez o fiscal supremo pueden considerar como años de ejercicio de la abogacía, el tiempo de servicios como juez o fiscal, burlando así los requisitos claramente alternativos y no acumulativos establecidos en la Constitución. Admitida su candidatura al cargo, el CNM decidió finalmente, pese a la controversia que generó el caso, no nombrar como fiscal supremo a Mateo Castañeda.

La interpretación del CNM apuntaba a eliminar las diferencias en el ejercicio como juez y el de la práctica privada, para permitir que el abogado que ha sido magistrado superior no tenga que ejercer quince años consecutivos para poder aspirar al cargo de magistrado (juez o fiscal) supremo, o, que el magistrado que no tiene diez años de ejercicio de la judicatura se le sumen los años que le faltan por los años que tiene de abogado, con lo cual el contenido del artículo 147 pierde totalmente su fundamento.

Las Cortes Supremas y la Fiscalía Suprema son actores que poseen importantes funciones como la de acusación y juzgamiento de jefes de Estado y altas autoridades políticas por delitos de corrupción cometidos durante su período de mando, por violaciones de derechos humanos cometidas en períodos de interrupción de la democracia, entre otras[9]. En ese sentido, el CNM representa a la sociedad en general cuando nombra, ratifica o destituye jueces. El modelo de selección y nombramiento de jueces pretende, por lo tanto, mantener a la judicatura y los fiscales alejados de las injerencias políticas que determinan investigaciones y sentencias parciales y poco transparentes.

Por lo mencionado, más allá del nombramiento del exfiscal y del problema que se suscitó con su no nombramiento como fiscal supremo, no solo es necesario introducir mejoras en el diseño institucional del CNM y sus funciones, sino que es fundamental que lleguen a dicho órgano constitucional consejeros(as) de destacada trayectoria no solo profesional, sino también ética

[8] Ver *http://larepublica.pe/24-10-2010/presentan-tacha-contra-el-ex-fiscal-mateo-castaneda*.

[9] De hecho, en el derecho comparado, el sistema de elección de los jueces supremos es objeto de constante estudio, dado el importante papel que cumplen como tercer poder del Estado. Con relación al papel del ministerio público, la reforma procesal penal nacional ha involucrado que dicha entidad asuma con mayor protagonismo la función que le corresponde en la persecución del delito.

y democrática, que realicen una adecuada interpretación de nuestra Constitución, de acuerdo con los estándares y principios que se promueven en el ordenamiento; y que representen la reserva moral de nuestro país y estén a la altura de tan importantes funciones que la Carta de 1993 les ha encomendado.

También es importante destacar como avance positivo en el procedimiento de evaluación y ratificación, la investigación que ahora hace el CNM en relación con el patrimonio del magistrado y de su cónyuge —cruzando varias fuentes de información—, con la finalidad de establecer serios desbalances patrimoniales que no puedan ser justificados por la persona sometida a ratificación.

Asimismo es un logro que la decisión del CNM de ratificar o no a un juez o fiscal, esté debidamente sustentada en argumentos objetivos como los siguientes: serias deficiencias en la producción jurisdiccional, gruesos errores en la calidad de sus sentencias o dictámenes, desbalance patrimonial no justificado, denuncias de violencia familiar, acoso sexual, incumplimiento de obligaciones alimentarias o que afecten el interés superior del niño, entre otros; pues esto denota el esfuerzo de establecer criterios clave para la evaluación del desempeño de nuestros jueces y fiscales durante el ejercicio de sus cargos.

B) *Nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional*

Con relación al proceso de selección para la administración de justicia especializada, el artículo 201 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso de la República el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del Congreso Unicameral, integrado por ciento treinta representantes.

Es comprensible que en la designación de las magistraturas constitucionales, los partidos políticos con representación parlamentaria tengan interés de influir en la nominación y designación de los magistrados; ello es ineludible, dado que existe innegable interrelación entre la Constitución y la política. Pero, ese proceso político debe justificarse mediante el requisito de los dos tercios de miembros del Congreso, lo que supone mínima y obligatoriamente el diálogo, la negociación y la concertación y, a su vez, sirve como un mecanismo de control de las minorías a fin de evitar que la mayoría pueda excederse. Así, el número de votos requerido para ser designado miembro del Tribunal Constitucional es ochenta y siete, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 52 literal a) del Reglamento del Congreso, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución, el número legal de congresistas es de ciento treinta.

Sin embargo, la práctica de la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional ha puesto en evidencia un doble déficit para el sistema democrático de control constitucional. Debido a que su desarrollo se ha caracterizado, por la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente

deterioro del proceso de selección y el maltrato de los candidatos, y por el fortalecimiento del sistema de cuotas y negociación política partidaria que finalmente permite transar, entre la mayoría y las minorías parlamentarias, las nominaciones de los candidatos, por ejemplo, de los años 2006 y 2007, que hicieron del Tribunal Constitucional un prisionero de los favores o los intereses políticos parlamentarios del gobierno del Partido Aprista Peruano y sus aliados fujimoristas.

Así, en el año 2007 fueron elegidos como nuevos magistrados del Tribunal Constitucional Luis Alarcón, Vladimir Paz de la Barra, Gerardo Eto y Javier Ríos Castillo. Fue este último quien provocaría los cuestionamientos a la mencionada elección tras la difusión de la instantánea gráfica de su reunión con oscuros personajes del gobierno de Fujimori y el APRA, luego de que fuesen sorprendidos por la prensa. En dicha reunión, se encontraban el exministro del Interior aprista y condenado por corrupción, Agustín Mantilla; el sentenciado por compra de equipos de intervenciones telefónicas y allegado de Vladimiro Montesinos —exasesor presidencial de Fujimori y condenado a prisión—, Óscar López Meneses; los militares en actividad, general EP Roberto Vértiz Cabrejos y comandante EP Germán Cuadra, y el hasta entonces candidato al Tribunal Constitucional y abogado de pasado proceloso, Javier Jesús Ríos Castillo.

Dado este dantesco cuadro, el Pleno del Congreso optó por anular súbitamente la elección de los cuatro magistrados debido a la bochornosa imagen del electo magistrado Javier Ríos Castillo.

Ese cuadro, sin embargo, no fue óbice para que el Congreso volviera a elegir a cuatro nuevos magistrados que se integraron al Tribunal Constitucional (Álvarez Miranda, Eto Cruz, Calle Hayén y Beaumont Callirgos), bajo la batuta de dicha alianza; articulándose los jueces apristas (Mesía Ramírez) con los conservadores (Vergara Gotelli), abanderados incluso de un discurso distante de los valores de la lucha contra la corrupción y la impunidad en la violación de los derechos humanos que propiciaban los primeros magistrados que integraron el Tribunal en los primeros años de la transición democrática.

Esto produjo una jurisprudencia contraria, en diferentes grados de intensidad, a la lucha contra la corrupción e incluso de tolerancia pasiva en algún caso con el narcotráfico, favoreciendo la impunidad de la violación de los derechos humanos. Este escenario de los últimos años llevó al desprestigio del Tribunal Constitucional frente a la opinión pública, general y especializada, y profundizó la desconfianza de la opinión pública ciudadana sobre el Congreso.

De este modo, las fuerzas democráticas del Estado y de la sociedad deben llevar a cabo un examen del Tribunal y de la actuación de sus nuevos integrantes, con el que se busque fortalecer al Tribunal Constitucional para que institucionalmente asuma un compromiso militante con los valores y principios del Estado constitucional, que honre la neutralidad, incorruptibilidad y

sabiduría en el quehacer jurisdiccional, mediante sentencias que vuelvan a ser dignificantes por el fondo y por la forma para todos los ciudadanos, y de esa forma, evitar decisiones de la autoridad jurisdiccional que se tornen subjetivas y parcializadas y que respondan a inconfesables criterios políticos que estuvieron detrás de la elección de sus miembros.

Vencido el mandato del expresidente aprista Alan García, en el marco del nuevo gobierno del todavía Presidente, Ollanta Humala (2011-2016), se llevó a cabo otro proceso de elección de magistrados que también se vio manchado por la injerencia de intereses políticos. Así, tras haberse vencido el mandato de dos magistrados en 2011 y al vencerse el de cuatro en 2012, para el año 2013 se produjo el cambio de seis magistrados que pese a la expectativa no solo de la renovación de los jueces, sino también de su jurisprudencia, no se realizó con independencia del poder político que ostentaba la mayoría parlamentaria en el Congreso.

Ese año, el Congreso eligió como nuevos magistrados del Tribunal Constitucional a juristas como Francisco Eguiguren, José Luis Sardón y Ernesto Blume. Pero, también se nombró a los cuestionados exlegisladores nacionalistas Cayo Galindo, Víctor Mayorga y al exparlamentario miembro del partido fujimorista y defensor del expresidente Alberto Fujimori —condenado por delitos de lesa humanidad—, Rolando Sousa.

Dicha elección generó protestas de ciudadanos e instituciones vinculadas con la defensa de derechos humanos, materializadas en marchas que mostraban la inconformidad de la sociedad civil con la manera como se hacía peligrar la democracia. La forma de elección de magistrados, cuyo fundamento es la proporción de las fuerzas políticas del Congreso —partido nacionalista peruano y partido fujimorista—, provocó el rechazo de lo que la ciudadanía calificó como "repartija"[10].

Esta elección de miembros vinculados a partidos políticos representados en el Congreso, mostraba una clara intención del poder de "politizar" una institución tan importante como lo es el Tribunal Constitucional y que, en principio, debería ser autónoma, independiente e imparcial. La cercanía de estos personajes y su afinidad con grupos de gobierno y de la oposición, hacían que la elección llevada a cabo careciera de objetividad y que resultara mermada la credibilidad de los parlamentarios con relación a su compromiso con la justicia y la democracia.

Dadas las protestas motivadas por el descontento de la población, el Congreso se vio presionado a anular la elección de todos los miembros nominados para el Tribunal Constitucional.

[10] Término empleado en redes sociales para convocar a las marchas contra la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo y BCR. Ver *http://elcomercio.pe/politica/gobierno/minuto-minuto-congreso-elije-integrantes-tc-bcr-defensor-pueblo-noticia-1605038*.

La consecuencia inevitable de estos procesos de selección de magistrados ha generado el deterioro no solo del Tribunal Constitucional, debido a la falta de independencia de la mayoría de los magistrados en el ejercicio del control de la actuación gubernamental, sino también del modelo democrático del consenso, ahondando la desconfianza de la opinión de la ciudadanía sobre el Congreso. La falta de transparencia en los procesos de selección que adelanta el Congreso, torna evidentes los deseos de controlar al Tribunal, primero mediante la elección de sus magistrados y luego sometiéndolos al poder público y privado por medio de los procesos y sentencias emitidas *ad hoc*.

Finalmente, en 2014, el Congreso eligió seis nuevos magistrados del Tribunal Constitucional[11] en virtud de un acuerdo multipartidario que recogía por un lado el consenso entre candidatos de trayectoria profesional y democrática en principio no discutible y, por otro, que atendía lo demandado por la opinión pública.

C) *Perfil del magistrado*

En relación con el perfil del magistrado, este está referido al denominado requisito de legitimidad, o conforme a derecho; lo que quiere decir que el electo debe ser, ante todo, un jurista con vastos conocimientos de la ciencia constitucional y excelsas cualidades humanas, que pueda aportar sus conocimientos del derecho y su experiencia frente a las causas, y que sepa mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista delimitan el perfil o legitimidad del magistrado[12].

El magistrado debe, asimismo, contar con valores de justicia, eficacia, sabiduría, valentía, moderación y humildad intelectual; con estos principios y valores, se pretende poder asumir correctamente asuntos complicados que a menudo se presentan como intereses contrapuestos, donde se debe estar abierto y dispuesto a incorporar distintas opiniones y puntos de vista.

En la toma de sus decisiones judiciales los magistrados deben ser independientes del poder político y de los poderes privados, por lo que determinar el grado de independencia que deben mostrar los futuros magistrados es un factor esencial en el procedimiento de selección de los mismos. Una garantía

[11] Ernesto Blume Fortini, Marianela Ledesma Narváez, Manuel Miranda Canales, Carlos Ramos Núñez, José Luis Sardón y Eloy Espinosa-Saldaña se convirtieron en los nuevos miembros del Tribunal Constitucional. El Congreso de la República realizó esta elección luego de haber superado las diferencias entre los partidos políticos, que en algún momento fueron acusados de negociar las candidaturas.

[12] Jochen Abraham Frowein, Hans Meyer und Peter Schneider, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt*, Metzner Verlag, Frankfurt, 1973, págs. 73 y ss.; asimismo, Otto Kirchheimer, *Politische Justiz, Europäische Verlagsanstalt*, Germany, 1981, págs. 37 y ss.

de esto es evaluar su historial profesional, su actuación pública en defensa de la democracia y los derechos humanos, su vinculación con la realidad social, antes que con los poderes políticos o grupos de interés privados.

Por ello, se debe cuidar que una determinada fuerza política o económica no esté solapadamente detrás de la candidatura de los magistrados porque, posteriormente, se dejará sentir en sus votos o ponencias una suerte de deuda de los magistrados no con la Constitución sino con los poderes *de iure* o *de facto*.

Resulta necesario saber cuál es el compromiso de los candidatos a jueces, con las principales manifestaciones y distintas formas de pensamiento de la sociedad, a fin de que las diversas fuerzas mayoritarias y minoritarias de la sociedad, así como el gobierno y la oposición, tengan confianza y se sientan representados en el poder judicial y en el Tribunal Constitucional, con magistrados defensores de la Constitución y no de partidos o grupos de interés.

3. Decisiones constitucionales relevantes

A continuación se da cuenta de dos casos que tuvieron especial relevancia política en el Estado constitucional del derecho, en las últimas dos décadas.

A) *Caso "Tribunal Constitucional" (exps. 340-98-AA/TC, 358-98-AA/TC y 002-96-I/TC)*

En el año 1995, durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori, el Congreso aprobó una ley que interpretaba retroactivamente el artículo 112 de nuestra Constitución, con la que se pretendía desconocer el período presidencial de Fujimori, que había iniciado con la Constitución de 1979, para permitirle una segunda reelección en el año 2000, a pesar de que la Constitución rechazaba esta posibilidad[13].

Siendo así, el Colegio de Abogados de Lima interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la mencionada ley, puesto que consideraba que esta carecía de generalidad y, más bien, fue aprobada y promulgada para favorecer al Presidente en ejercicio.

Luego de aceptada la demanda de inconstitucionalidad y de conocerse el fallo que implicaba que el Presidente no podría acudir a una segunda reelección, el Congreso inició un proceso de investigación contra los magistrados Manuel Aguirre Roca, Delia Revoredo Marsano y Guillermo Rey Terry, por

[13] Pese a que la Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata y que la Constitución de 1993 solo permitía una reelección inmediata, se buscaba habilitar al Presidente Fujimori para que pudiera ser reelecto en las elecciones políticas generales de 2000, con lo cual, su gobierno, que empezó en 1990 y se renovó en 1995 por cinco años más, se extendería del 2000 hasta 2005.

cuestionar una decisión política fundamental del gobierno, al votar a favor de la inaplicabilidad de la reelección presidencial para quien ocupaba el cargo de Presidente de la República, Alberto Fujimori[14].

La controversia de este caso se relaciona con la destitución de los magistrados mencionados, luego de que las investigaciones del Congreso culminaran con la publicación de resoluciones legislativas que ordenaban tal destitución. Frente a esto, los tres magistrados constitucionales, destituidos por el Congreso, interpusieron recurso de amparo y solicitaron su reincorporación al cargo, enfatizando que dicha destitución se dio a consecuencia del voto que emitieron y por lo cuales empezaron a ser presionados por políticos y medios de comunicación. Es claro que en esta oportunidad, el accionar del gobierno en contra de la jurisdicción constitucional se debió intrínsecamente a causas políticas.

Ahora bien, en la resolución sobre el recurso extraordinario interpuesto por los magistrados contra la sentencia de la Corte Suprema, que denegó la acción de amparo interpuesta por ellos contra la decisión del Congreso, el Tribunal pudo establecer jurisprudencia sobre las *political questions*.

Así, el Tribunal Constitucional afirmó en dicha sentencia lo siguiente: "Si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privado del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como 'political questions' o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros [*sic*], uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado democrático de derecho o el debido proceso material, es un hecho inobjetable que este Colegiado sí puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional[15].

Al respecto, debe destacarse que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca de un asunto tan sensible, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia comparada de la *political question*. Asimismo, es importante subrayar el argumento de la sentencia que sostuvo que es justiciable, en sede constitucional, un acto privado del Congreso que violase la razonabilidad, el Estado democrá-

[14] Tribunal Constitucional, exp. 002-96-I/TC.

[15] Tribunal Constitucional, exps. 340-98-AA/TC y 358-98-AA/TC.

tico de derecho o el debido proceso material, en la medida que el fallo estableció un criterio incipiente, pero importante, de control de los actos parlamentarios particulares. Sin embargo, es criticable que esta pauta de control constitucional no fuera aplicada para evaluar si la decisión del Congreso se ajustó al referido principio de razonabilidad, al Estado de derecho o al debido proceso.

Así, el Tribunal Constitucional optó por declarar infundada la acción de amparo interpuesta, dejando traslucir una defensa jurídica formal de la decisión política del Congreso, basándose, como argumento concluyente, en la ley, antes que en una interpretación material y concreta de los principios constitucionales que se aluden.

El dilema constitucional se profundiza cuando, a raíz de la sentencia expedida en febrero de 1997, la congresista Martha Chávez, integrante de la bancada fujimorista, interpuso contra dicho fallo constitucional una acción de amparo, ante el poder judicial, prevalida del manto protector del gobierno de Fujimori.

Este proceso judicial contra una sentencia del Tribunal Constitucional abrió una grave fisura en la articulación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, puesto que si un juez o corte judicial ordinaria podía corregir las sentencias constitucionales, entonces no había garantías ni seguridad sobre las resoluciones del Tribunal Constitucional y, por ende, sobre la supremacía constitucional.

Por ello, resulta pertinente aclarar que si bien existen entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial relaciones de coordinación e interdependencia, también se establece una relación de jerarquía funcional en la medida en que el Tribunal es instancia final de fallo, en los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento de las resoluciones denegatorias del poder judicial, situación que resulta ser una consecuencia lógico-funcional en aquellos sistemas donde los procesos constitucionales son de competencia tanto del Tribunal Constitucional como del poder judicial, lo que supone una supremacía funcional del primero sobre el segundo. No es aceptable, por ello, la posición que reduce las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial a una relación de competencia, en el sentido de afirmar que el Tribunal tiene competencia material sobre lo constitucional, mientras que el poder judicial ostenta competencia en el ámbito estrictamente legal.

Si bien los dos sistemas de justicia son independientes orgánicamente, no lo son jurisprudencialmente. Por ello, es lícito pretender incardinar las cuestiones constitucionales que el poder judicial resuelva, en vía incidental, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, esta presunción está establecida expresamente en el artículo 201 de la Constitución, el cual dispone que el Tribunal Constitucional no solo es el órgano encargado de controlar la Constitución, sino también su supremo intérprete; por tanto, no cabe

recurso alguno ante ningún órgano judicial nacional contra las resoluciones del Tribunal Constitucional, en la medida que sus decisiones constituyen cosa juzgada constitucional.

B) *Caso Alfredo Jalilie (exp. 4053-2007-PHC/TC)*

En diciembre de 2007 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia a favor de la libertad de Alfredo Jalilie —procesado por avalar el pago de 15 millones de soles por concepto de compensación a Vladimiro Montesinos, exasesor presidencial condenado por la justicia peruana—, en virtud de la gracia presidencial concedida en su beneficio.

Este polémico caso debatía la constitucionalidad de la inaplicación del indulto presidencial concedido, que permitía la continuación del proceso penal que se seguía contra el exviceministro de Alberto Fujimori, sin tener en cuenta la extinción de la acción penal que comporta el otorgamiento de la gracia presidencial. En palabras del propio Tribunal, al margen de los derechos invocados por la parte demandante, la materia constitucionalmente relevante en este caso versa sobre el conflicto que puede suscitar la institución de la gracia presidencial (reconocida en el artículo 118 de la Constitución) frente a otros bienes de relevancia constitucional que se ven protegidos por medio de la persecución penal[16].

En relación con la inexistencia de zonas exentas de control constitucional, el Tribunal manifiesta que todo acto se encuentra predispuesto al control jurisdiccional de su constitucionalidad, por lo que la potestad presidencial de conceder la gracia no impide que las autoridades jurisdiccionales ejerzan control, máxime si son razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla. De ello se concluye que la gracia presidencial no es absoluta sino que tiene límites.

Esto es así puesto que en los Estados constitucionales y democráticos, aquellos asuntos que antaño se consideraban "cuestiones políticas no justiciables" vienen cediendo paulatinamente a las exigencias propias de limitación y racionalización del ejercicio del poder público. Entonces, un acto es susceptible de ser controlado jurisdiccionalmente no por la autoridad o el poder que lo dicta ni tampoco por la materia que regula, sino porque dicho acto afecta los derechos fundamentales de las personas, así no sean absolutos, u otros bienes constitucionales, cuya protección es trascendental para el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

Sin embargo, pese al análisis que se hizo, el voto mayoritario se limita al desarrollo de ciertos aspectos de la gracia presidencial y no vislumbra como límites a "delitos constitucionalizados", entre los cuales encontramos el narcotráfico, la corrupción, el terrorismo, delitos de lesa humanidad, entre otros.

[16] Tribunal Constitucional, exp. 4053-2007-PHC/TC.

Así, el voto en mayoría suscribe que la gracia presidencial debe ser concedida por motivos humanitarios, en casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, ser portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornaría inútil una eventual condena, desde el punto de vista de la prevención especial y que, por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que la situación del procesado no sea distinta de la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneraría los fines preventivos generales de las penas, fomentando así la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes, que es necesario proteger[17].

Ya que en el caso concreto el procesado padecía de cáncer en uno de sus ojos, se consideró justificada la extinción de la acción penal que conlleva la gracia presidencial, agregando que con ello no se sacrificaban fines de la pena constitucionalmente reconocidos. En consecuencia, se estimó que la gracia concedida no resultaba inconstitucional.

En este caso se debe destacar que si bien la protección de los derechos humanos constituye una obligación nacional, la lucha contra la corrupción y la impunidad frente a cualquier tipo de delito se erige también como límite constitucionalmente válido frente al otorgamiento de este tipo de garantías para quienes han infringido la ley. Esto es relevante, puesto que el voto en mayoría debió ajustarse al principio de razonabilidad, fundamentando y motivando su decisión de tal forma que no se generan dudas ni incertidumbres en relación con la materia debatida en la sentencia, pues se dejó entrever el vicio argumentativo entre su respuesta y la cuestión política analizada.

4. Balance y análisis

El estado actual de nuestro sistema de justicia requiere del fortalecimiento democrático de los mecanismos de selección de los magistrados y la reorganización funcional de su labor judicial, debido a la crisis de legitimidad de sus resoluciones jurisdiccionales y su extrañamiento social, todo lo cual hace necesario que el órgano de control constitucional sea objeto de estudio y crítica.

En tal sentido, la legitimidad del Tribunal Constitucional se gana o se pierde en el proceso de control constitucional de los actos normativos de los poderes públicos y de tutela de los derechos fundamentales, pero es evidente que el poder ejecutivo, el Congreso y el poder judicial, así como los poderes privados, no constituyen organismos constitucionales dóciles a las decisiones de la justicia constitucional. Por el contrario, a menudo se presentan conflictos de diferente envergadura.

[17] *Idem*.

Sin embargo, no se puede negar que el actual Tribunal ocupa un lugar en el sistema de división de poderes. Es del caso recordar que, si bien la división del poder como garantía de la libertad es constitutiva del Estado democrático moderno[18], no se puede afirmar que el poder solo pueda ser racionalizado en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial.

En la medida en que han sido razones históricas y políticas las que originaron este sistema de división tripartita del poder, se puede afirmar que, en la actualidad, hay poderosas razones que han dado origen a la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los hombres de las acciones de las autoridades de los tres poderes clásicos del Estado, creando nuevos órganos de naturaleza constitucional[19]. De ahí que el control de las normas legales y judiciales que afectan los derechos fundamentales sean materia de impugnación y anulación ante el Tribunal Constitucional, que al ejercer la función de control constitucional, ha llevado a replantear la clásica idea de la división tripartita de poderes.

Pero no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos, la que crea conflictos institucionales. Antes bien, son los peligros fundados contra la libertad, por parte de autoridades, los que dan lugar a dicho conflicto, llegando a veces a tener profundas repercusiones políticas. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de las normas no busca sustituir la forma de gobierno, pero sí procura, mediante el control jurisdiccional, asegurar el balance y la cooperación entre los poderes, en función de la tutela de los derechos fundamentales, realizando así el principio de supremacía constitucional

Ello es posible a partir de entender que, en primer lugar, el Parlamento no es más el poder absoluto y no justiciable y, en segundo lugar, que la justicia, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no pone en cuestión el balance de poderes, sino que lo afirma. Lo cual no es óbice para que se presente el peligro del gobierno de los jueces[20]; sin embargo, aun cuando siempre existe el riesgo de hacer política con la justicia, lo que supone terminar politizando la justicia, no existen conflictos extrasistémicos entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, en las sociedades democráticas avanzadas.

[18] Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker&Humblot, 1928, pág. 126.

[19] Mauro Capelletti, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en Louis Favoreu, *et al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, Madrid, CEC, 1984, págs. 604-614.

[20] Edouard Lambert, *Le gouvernement des judges et la lutte contre la législation sociale aus États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, cit., págs. 8-29.

Por el contrario, la actuación judicial unas veces moderada y otras *normativista*, se ha visto acompañada de contundentes y nuevos argumentos jurídicos, que hacen en todo caso discutible su obra, pero nunca desconocida por la autoridad[21], logrando así, afirmar su legitimidad constitucional gracias a su juego flexible con el poder y con el soporte o crítica de la opinión pública.

5. Conclusiones

La naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinada, por un lado, porque sus decisiones pueden tener efectos políticos y, de otro, porque cabe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas.

Por eso se debe tener en cuenta que en países con tradición desintegrada e inestable, donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, nunca puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar, salvo que las técnicas de la interpretación constitucional abran nuevas vías que, al final, generen consensos.

Se puede decir que la experiencia del funcionamiento de la justicia en Perú demuestra que el Tribunal Constitucional no ha logrado ocupar una posición definida en el régimen político, no obstante que el sistema constitucional haya establecido sus fines y competencias, lo cual además refleja que es necesario que el Tribunal Constitucional reconstruya legítimamente un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino del modelo de control y balance de poderes, lo que requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos.

La posición del Tribunal Constitucional en el régimen político no puede ser analizada, por lo tanto, desde una perspectiva dogmática o neutral con la democracia, sino desde la defensa y desarrollo de las relaciones integradoras del gobierno y la oposición.

La legitimidad constitucional se convierte, entonces, en el concepto clave. Esto en tanto permite entender el papel de la jurisdicción constitucional, en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y límites del presidencialismo, así como de sus relaciones con el poder ejecutivo, el Congreso y el poder judicial.

Es posible conseguir esta legitimidad judicial del Tribunal Constitucional en el proceso de control constitucional de los actos normativos de los poderes públicos y privados. Ello implica recomponer el viejo constitucionalismo, a partir de ciertos principios y realidades evidentes: la necesidad de asumir el carácter abierto y dinámico de la Constitución, reconociendo los diferentes in-

[21] Pedro de Vega, "Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, 1979, pág. 417.

tereses de la sociedad y no el de unos pocos, lo cual se concreta en la tolerancia social, el consenso político y, finalmente, en el pluralismo jurídico.

Sin embargo, la ciudadanía no debería sobrecargarse de expectativas en la justicia constitucional, en la medida que el exceso de judicialización de muchas cuestiones "políticas", de ordinario termina en la politización de la justicia.

Por otro lado, la falta de legitimidad del poder judicial es uno de los efectos más relevantes de la crisis de la justicia en Perú, lo que refleja, a su vez, la crisis del Estado de derecho, pues dicho poder carece episódicamente de independencia frente al poder político y a los grupos económicos, y no consigue la legitimidad ciudadana.

Esta situación de falta de legitimidad es explicable, en cierta medida, por la existencia de serios déficits o mínima formación profesional de gran parte de los magistrados (no solo de la falta de independencia judicial), que a menudo dan muestras de ejercer su función jurisdiccional con razonamientos paradójicos. Por un lado, cumplen su función jurisdiccional sin apartarse de los tradicionales vicios formalistas del proceso judicial, por otro, ejercen su tarea con una informalidad propia de un lego, pero destinada al servicio de los poderes públicos y privados. Por estas razones, el saber popular ha llegado a ironizar la imagen del juez, como aquel que aplica la ley severamente para el enemigo y da todo para el amigo.

En consecuencia, se puede afirmar que la justicia peruana está inmersa, mayoritariamente, en un concepto positivista-normativista, en virtud del cual los magistrados son solo la boca que pronuncia las palabras de la ley, disociando, cuando menos, norma de realidad.

En otras palabras, la mayoría de los magistrados no incorporan en su razonamiento judicial, fenómenos de la realidad social concreta y de la doctrina, sino de manera excepcional. Lo que no obsta que existan jueces y magistrados que realizan una labor jurisprudencial en armonía con la defensa de la Constitución y los derechos humanos. Esto explicaría la existencia de su función de administrar justicia, de manera más cercana a los ciudadanos y en el marco del ordenamiento constitucional y los tratados internacionales. Planteamiento que en la práctica judicial pasa por verificar la forma de su articulación con la justicia constitucional.

Resulta necesario, por tanto, contar con operadores de justicia y magistrados con vocación democrática, lo cual implica tanto su independencia en la toma de decisiones judiciales del poder político y de los poderes privados, como dotar de contenido a la norma, según la realidad que se presenta de acuerdo con la normativa internacional y los criterios jurisprudenciales que hacen que los derechos que están en juego se materialicen de manera concreta en cada caso. De esta forma, el magistrado debería estar comprometido con los cambios que la sociedad demanda y, en ese sentido, es muy importante que la interpretación de las normas se realice de acuerdo con la realidad que se plantea en cada caso concreto, según el criterio de razonabilidad.

JUSTICIA Y POLÍTICA: EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN VENEZUELA

Jesús M. Casal*

1. Las vinculaciones, naturales o patológicas, entre justicia y política

Resulta evidente que hay relaciones estrechas y multidimensionales entre la administración de justicia y política. Estas son especialmente visibles en el campo de la jurisdicción constitucional. El clásico debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre la defensa o salvaguarda de la Constitución se sitúa en medio de esa tensión entre los dos conceptos. La justicia constitucional ha sido tildada frecuentemente de política y el propio derecho constitucional ha sido denominado en determinados períodos y latitudes como derecho político.

La conocida discusión sobre el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad de las leyes y sobre su legitimidad está conectada íntimamente con esa temática, pues adquiere mayor justificación y dramatismo si se estima que dicho control es una simple prolongación de la política pero por otros medios, colocados en manos distintas de las de los representantes electos directamente por el pueblo.

Dejando de lado los detalles de una controversia que entronca con cuestiones fundamentales de la Filosofía del Derecho, la evolución de la jurisdicción constitucional comparada demuestra que el Derecho constitucional y la justicia constitucional están ampliamente influenciados por la política, pero también enseña que esta se ve orientada o acotada por aquellos. Muchas de las teorías destinadas a explicar el comportamiento judicial coinciden en que el derecho cumple un papel en la determinación de la decisión de controversias constitucionales o, al menos, en la construcción de los márgenes dentro de los cuales ella puede ser tomada. En el fondo lo que ocurre es que existe una relación dialéctica entre derecho y política, que aflora singularmente en la justicia constitucional y en la cual los polos en tensión reclaman una solución ajustada a sus exigencias más depuradas o radicales pero al mismo tiempo admiten modulaciones ante la necesidad de considerar la significación del concepto contrapuesto.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y exdecano de su Facultad de Derecho.

Hay pues vinculaciones naturales entre la justicia constitucional y la política, que están presentes en el mismo procedimiento de designación de los magistrados de las altas cortes, los cuales normalmente no son seleccionados mediante concursos basados exclusivamente en los conocimientos demostrados en una prueba técnica, sino en procesos en los que se ponderan factores ligados a la visión filosófico-política y a la manera de entender y afrontar asuntos controversiales en una sociedad. La necesaria conexión democrática de la jurisdicción constitucional pasa por el procedimiento de designación de los magistrados y por aspectos referidos al período de ejercicio del cargo y otros similares. Esta conexión democrática evita que los tribunales o salas constitucionales sean un cuerpo extraño a las corrientes de pensamiento y a las preocupaciones presentes en una sociedad determinada, sin que esto implique sacrificar la independencia que distingue el trabajo judicial ni la idea del control jurídico del poder político.

Los verdaderos problemas comienzan cuando la relación entre justicia y política se hace patológica y la primera resulta asfixiada por la segunda, o la primera intenta desconocer el campo específico de la segunda. Es lo que sucede cuando no hay independencia judicial y los jueces constitucionales asumen el papel de garantes de una dominación ideológica, de forma militante, en un extremo o, en el otro, cuando estos se inhiben de intervenir en controversias con significación política y renuncian al despliegue de mecanismos de control judicial sobre la actuación del legislador y, en su caso, del gobierno. También se pervierte la relación entre la justicia constitucional y la política cuando los tribunales o salas constitucionales invocan la Constitución como pretexto para hacer valer su propia concepción sobre los temas morales, económicos o sociales que subyacen a una controversia jurídico-constitucional. En otras palabras, cuando el activismo judicial no está referido a la Constitución sino más bien al pensamiento de sus custodios, que la usan para desarrollar una postura política o económico-social tan válida y a la vez opinable, en términos constitucionales, como las demás que compiten democráticamente en el espacio de la deliberación pública. Aquí la política es sacada de su esfera propia y es entronizada en los estrados judiciales, en perjuicio del principio democrático.

En este contexto de la vinculación patológica entre la justicia y la política ha de ubicarse el caso venezolano, como seguidamente explicaremos.

2. El Tribunal Supremo de Justicia y la política en Venezuela

El Tribunal Supremo de Justicia se encuentra notablemente politizado, en el sentido más negativo del término, a causa de su subordinación activa al gobierno y de su explícita adhesión a la ideología que profesa. Ello se ha puesto de manifiesto principalmente en su Sala Constitucional, que sobresale entre las demás por la extensión de sus atribuciones y por haberse superpuesto a

ellas por medio de mecanismos procesales como la revisión de sentencias por motivos constitucionales, el avocamiento y la facultad de resolver conflictos de competencia entre las mismas.

En particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejemplifica de modo palmario la situación en la cual la jurisdicción constitucional asume funciones de afianzamiento de la dominación autoritaria. Antes de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015, la Sala Constitucional se distinguió por avalar la actuación del Poder Ejecutivo Nacional y de la Asamblea Nacional, mayoritariamente oficialista, al declarar sin lugar los recursos interpuestos contra sus actos.

Más aún, su papel ha sido no solo de pasividad ante acciones inconstitucionales de los poderes públicos sino incluso se ha caracterizado por anticiparse a las iniciativas gubernamentales, colocando argumentativamente bases para una "huida hacia adelante", es decir, para una intensificación o profundización de medidas ya adoptadas o de aspiraciones programáticas o intereses no satisfechos. En tal sentido, la Sala Constitucional ha establecido interpretativamente los fundamentos para la reelección indefinida del Presidente de la República; para la censura judicial de informaciones y de la programación de los medios de comunicación; para la ampliación del ámbito del reglamento en el campo de la actividad económica, en detrimento de la reserva de ley; para la denuncia por Venezuela de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; para la centralización de competencias constitucionalmente atribuidas a los Estados con el carácter de exclusivas; para la intervención estatal en la economía con mínimos límites sustantivos, entre otros vectores jurisprudenciales favorecedores de la expansión del poder gubernamental.

Después de las elecciones del 6 de diciembre de 2015, que dieron la victoria a la oposición, no ha cambiado la naturaleza de la Sala Constitucional como instancia política de dominación autoritaria, pero ahora su militancia a favor del gobierno se traduce en el socavamiento de las posibilidades de actuación de la Asamblea Nacional. Sus sentencias, junto a algunas de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, dictadas desde finales de 2015 hasta el momento de escribir estas líneas, en 2017, han conducido al completo bloqueo del Parlamento y de las atribuciones que le son propias en una democracia. Esta agresión ejecutivo-judicial contra el Parlamento es demostrativa de la falta de independencia del Tribunal Supremo de Justicia y del servicio que activamente presta al gobierno y a su política, así que nos centraremos en esa vertiente de la labor jurisdiccional de este Tribunal.

A) *La indebida afectación de la integración de la Asamblea Nacional*

La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia afectó arbitrariamente la integración de la Asamblea Nacional, al conocer de un recurso contencioso electoral referido a las elecciones celebradas en los circuitos del Estado

Amazonas y de la Región Sur Indígena, en el cual se solicitaba la nulidad de estos comicios, así como el otorgamiento de un amparo cautelar dirigido a suspender los resultados de la elección durante la tramitación del proceso. La medida de amparo cautelar, adoptada el 30 de diciembre de 2015 y que aún está en vigor, suspendió los efectos de la proclamación de tales diputados y se tradujo en la prohibición de que los ciudadanos que habían sido proclamados con tal condición se incorporaran a la Asamblea Nacional. De esta forma la Sala Electoral se apartó de los principios del derecho electoral recogidos en sentencias de esta Sala, que reiteradamente han hecho valer una presunción favorable a la voluntad expresada por los electores, y contrarió la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de amparo, que no permite emplear este instrumento procesal para dejar sin efecto o suspender la proclamación de una persona como titular del cargo para el que fue electa. La sentencia de 30 de diciembre de 2015 fue emitida además en período de vacaciones judiciales, quebrantando la transparencia y confiabilidad en la administración de justicia, con el agravante de que esa Sala laboró con la única finalidad de recibir el correspondiente recurso contencioso electoral y de otorgar el amparo cautelar, sin dar oportunidad para la revisión del expediente por los afectados y para la eventual presentación de oposiciones contra la medida, todo lo cual quedó diferido hasta la reanudación del despacho judicial, en fecha posterior al 5 de enero de 2016, en la cual debía celebrarse la instalación de la Asamblea Nacional y la elección de su Junta Directiva. Con esta sentencia se vulneró severamente, además, el derecho a la participación y a la representación política de los electores de las respectivas circunscripciones, que quedaron sin representación política propia ante la Asamblea Nacional.

Esta fue una decisión judicial tomada para despojar a la oposición democrática de la mayoría de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional que obtuvo en las elecciones de diciembre de 2015, y que ha marcado las relaciones entre el Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional. Ha sido, a fin de cuentas, el ariete con el cual el oficialismo, aliado con el Tribunal Supremo de Justicia, suprimió esa mayoría calificada y terminaría liquidando funcionalmente a la Asamblea Nacional, por medio de la inédita figura jurisprudencial referida a la supuesta situación de desacato en que se hallaría el Parlamento al haber incumplido la prohibición judicial de incorporación de los ciudadanos que fueron proclamados como diputados en los circuitos correspondientes. La Asamblea Nacional los incorporó y juramentó el 6 de enero de 2016, en uso de la facultad constitucional de calificar a sus miembros (artículo 187, num. 20), pero luego dejó sin efecto su decisión ante la adopción de la sentencia que aludió al mencionado desacato y a sus consecuencias. No obstante, volvió a incorporarlos el 28 de julio de 2016, como se explicará, lo cual dio lugar a sentencias de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional que invalidaron de antemano toda actuación de la Asamblea Nacional que se realizara mientras tales ciudadanos fueran consi-

derados miembros del Parlamento. Esta descabellada tesis de la situación de desacato como causa general invalidante ha sido aprovechada por el gobierno para desmontar la institucionalidad parlamentaria.

B) *El cercenamiento de las funciones de legislación y de control de la Asamblea Nacional*

En este ámbito debe hacerse una mención especial a los pronunciamientos de la Sala Constitucional, pues este órgano, que debería ejercer un control judicial de constitucionalidad de las leyes, se ha convertido, desde comienzos de 2016, en un filtro político de la actividad de la Asamblea Nacional, que bloquea sistemáticamente sus actos, sin fundamento jurídico-constitucional e incluso contrariando la interpretación de la Constitución que es cónsona con su normativa y que ha prevalecido en los más de diecisiete años de vigencia de la Constitución en materias como la iniciativa legislativa, el alcance de los poderes parlamentarios de control e investigación y la representación en juicio de la Asamblea Nacional.

La Sala Constitucional, confabulada con el presidente de la República, ha llevado a cabo su propósito de impedir que la Asamblea Nacional pueda controlar al gobierno y legislar en beneficio de la comunidad.

La Asamblea Nacional no puede controlar de manera efectiva al gobierno y la administración pública nacional, como prescribe la Constitución (artículo 187, num. 3) y es propio de toda democracia, porque la Sala Constitucional, en sentencia dictada el 1º de marzo de 2016 (sent. 09/2016), redujo al mínimo la significación y operatividad de las interpelaciones o requerimientos de comparecencia de funcionarios ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, y suspendió el régimen sancionatorio previsto en la ley en caso de inobservancia de las citaciones correspondientes, emanadas del Parlamento, lo cual se ha traducido en la práctica, con la aquiescencia del Presidente de la República, en el absoluto desconocimiento de las solicitudes de comparecencia o de información que la Asamblea Nacional ha dirigido a ministros u otros funcionarios del poder ejecutivo nacional. Conviene poner de relieve que, en virtud de esa decisión, la Fuerza Armada Nacional fue excluida del ámbito de estos poderes de control e investigación de la Asamblea Nacional, lo cual ha sido invocado incluso por oficiales que desempeñan funciones civiles en la administración pública.

Más recientemente el Presidente de la República, mediante la prórroga de un estado de excepción de emergencia económica que ya se ha prolongado por más de un año y excede con creces, desde el punto de vista temporal y sustantivo, lo permitido por la Constitución, insiste en facultarse a sí mismo para dejar sin efecto los votos de censura que de acuerdo con la Constitución la Asamblea Nacional puede emitir contra ministros o el vicepresidente ejecutivo, en el marco de su competencia de control político sobre el gobierno,

y que acarrean la remoción inmediata del funcionario cuando se alcanza la mayoría calificada constitucionalmente establecida (artículo 246). Un decreto similar anterior le llevó a ignorar el voto de censura formulado por la Asamblea Nacional contra el ministro del Poder Popular para la Alimentación, pese a que dicho voto obtuvo la mayoría necesaria para la automática remoción del ministro, a quien la Cámara consideró responsable político de la situación de desabastecimiento que sufre el país en el rubro de los alimentos.

Se ha suprimido también, durante el denominado estado de emergencia económica, la facultad de aprobación de la Asamblea Nacional en materia de contratos de interés público, competencia indelegable de este órgano parlamentario, y el Presidente de la República se ha arrogado por decreto la facultad de "aprobar" tales contratos, que el mismo poder ejecutivo nacional o los órganos que de él dependen suscriban. Igualmente, el estado de excepción ha permitido ilegítimamente al poder ejecutivo nacional efectuar gastos no previstos en la ley de presupuesto sancionada por la Asamblea Nacional en el período anterior, sin contar con la autorización del Parlamento, como ordena la Constitución (artículo 187, num. 7). Lo más grave es que mediante uno de los decretos de emergencia económica de 2016 el Presidente de la República se facultó a sí mismo para dictar regulaciones presupuestarias para el año 2017, desconociendo así una atribución histórica de los Parlamentos en las democracias, que la Constitución claramente reserva a la Asamblea Nacional (artículo 187, num. 6). La declaración del estado de excepción ha permitido al Presidente de la República gobernar sin Parlamento desde enero de 2016.

Todo esto ha ocurrido merced a sentencias de la Sala Constitucional que han suprimido interpretativamente el control de la Asamblea Nacional sobre los decretos de estado de excepción y que han confirmado la vigencia y validez de los decretos o prórrogas correspondientes, pese a la desaprobación del Parlamento. Una de las reinterpretaciones más perversas de la Constitución, entre las elaboradas por la Sala Constitucional, ha sido precisamente la que reduce el control de la Asamblea Nacional sobre la declaración de los estados de excepción por el Presidente de la República a una simple oportunidad para debatir y pronunciarse sobre su contenido, carente de consecuencias jurídicas, es decir, de implicaciones sobre la vigencia o mantenimiento del estado de excepción. Últimamente el Presidente de la República ni siquiera se molesta en remitir a la Asamblea Nacional los decretos en los que declara o prorroga un estado de excepción, los cuales la califican como un órgano "inhabilitado" para ejercer sus funciones constitucionales, ahora con el argumento del desacato constatado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Los últimos decretos de estado de excepción han afectado además garantías de derechos humanos, sin que la declaración correspondiente haya sido notificada a la Organización de las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos, como ordenan los instrumentos internacionales y la Constitución, lo que ha obstaculizado el control internacional.

En sentencias recientes se ha recortado aún más el ámbito del control parlamentario (sents. de la Sala Constitucional 948/2016, de 15 de noviembre de 2016, y 12/2017, de 31 de enero de 2017), pues se ha prohibido mediante decisión cautelar que la Asamblea Nacional pueda adelantar procedimientos que conduzcan a declarar la responsabilidad política del presidente de la República, pese a ser esta una atribución comprendida en el artículo 222 de la Constitución —incluso según interpretación previa emanada de la misma Sala—, que faculta a la Asamblea Nacional para declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos.

En el ámbito de la legislación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contrariando su jurisprudencia anterior y la praxis institucional democrática venezolana, mutiló el alcance de la iniciativa legislativa que puede originarse en el Parlamento y ha censurado permanentemente por razones políticas las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, a instancias del Presidente de la República, quien en lugar de promulgarlas las envía a la Sala Constitucional, para que esta, con criterios de la misma naturaleza, impida su entrada en vigor. Una estocada decisiva contra la autonomía parlamentaria en el campo legislativo se produjo en virtud de un nuevo criterio jurisprudencial, conforme al cual la Asamblea Nacional no puede sancionar leyes de manera independiente, a partir de sus propias apreciaciones técnicas, en consulta con todos los órganos del poder público y con la sociedad, pero con autonomía en la adopción de la decisión final, como dispone la Constitución, sino que las leyes tienen que ser "concertadas" con el poder ejecutivo nacional, en todo lo que concierne a su contenido siempre que este tenga implicaciones económico-financieras, y con el "poder popular". En la sentencia respectiva nuevamente es invocado el estado de excepción como pretexto para este inadmisible cercenamiento de la división de los poderes (sent. 269/2016, de 21 de abril de 2016).

A lo anterior se suma una sentencia de la Sala Constitucional que agudiza el cerco ejecutivo-judicial contra la Asamblea Nacional (sent. 808/2016, de 2 de septiembre de 2016). Se trata del pronunciamiento según el cual son nulos todos los actos que emanen de la Asamblea Nacional mientras se mantengan incorporados los diputados del Estado Amazonas y de la Región Sur Indígena, que debieron solicitar su reingreso a la Asamblea Nacional ante la seria demora de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en resolver la oposición que interpusieron contra la medida cautelar acordada por dicha Sala, que suspendió la proclamación de estos diputados. Esta insólita medida cautelar dejó a los electores del Estado Amazonas y de la Región Sur Indígena sin representación parlamentaria, vulnerando sus derechos de participación política, tal como lo advirtió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (comunicado del 29 de julio de 2016: "CIDH expresa preocupación ante falta

de representación de pueblos indígenas en Asamblea Nacional de Venezuela). La necesidad de mantener a estos electores con representación parlamentaria mientras se ventila el proceso judicial relativo a la impugnación de los resultados electorales correspondientes, y la irracionalidad y violación al debido proceso en que incurrió la Sala Electoral al oír tardíamente esa oposición y al considerar como no presentada la de la Asamblea Nacional, llevó a tales diputados a solicitar su reincorporación y a asumir el ejercicio de la representación parlamentaria el 28 de julio de 2016. Pero la citada sentencia 808/2016 y las que la han secundado, han dejado a la Asamblea Nacional sin capacidad de acción a causa de dicha reincorporación, en virtud de la insólita tesis creada jurisprudencialmente según la cual el incumplimiento de alguna sentencia del Tribunal Supremo de Justicia por un órgano del Estado, la Asamblea Nacional en este caso, acarrea la invalidez de todos los actos que dicte, mientras el desacato persista. No es aceptable que un órgano fundamental del Estado y del sistema democrático como la Asamblea Nacional vea cercenadas judicialmente todas sus atribuciones constitucionales ante el supuesto incumplimiento de una sentencia, al no poder emitir actos válidos. A lo sumo podría discutirse sobre la validez de los actos para cuya adopción el voto de los diputados en cuestión hubiera sido determinante.

El balance del control político de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la Asamblea Nacional es elocuente: del total de quince leyes sancionadas por la Asamblea Nacional en 2016 solo una fue promulgada, relativa a la interrupción de las comunicaciones telefónicas en establecimientos carcelarios, pues el Presidente de la República no la envió a dicha Sala solicitando se declarara su inconstitucionalidad sino que ordenó su publicación; y una segunda, referida al bono de alimentación y medicinas para pensionados y jubilados, fue declarada "conceptualmente constitucional" por la Sala Constitucional, pero se prohibió su entrada en vigor hasta que se determinara su viabilidad económica junto al ejecutivo nacional, atendiendo a los criterios fijados en la sentencia 269/2016, y reposa desde entonces en un limbo del cual aún no ha salido, pese a la insistencia de la Asamblea Nacional en su promulgación. La Ley para la Activación y Fortalecimiento de la Producción Nacional fue sancionada pero no remitida al Presidente de la República a fin de evitar la declaratoria de su inconstitucionalidad, a la espera de cambios institucionales que hagan previsible un control constitucional y no meramente político. Las demás leyes sancionadas fueron declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional, mediante control preventivo, por consideraciones jurídicamente objetables que encubren criterios políticos y, después del 28 de julio de 2016, también por el manido argumento de la situación de desacato de la Asamblea Nacional.

Estas sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Electoral se han dictado, por lo demás, mientras la Asamblea Nacional se encuentra en estado

de indefensión jurídica, por determinación de estas mismas Salas, ya que desde 2016 estas han conferido a la Procuraduría General de la República, órgano vinculado al poder ejecutivo nacional, un monopolio de la representación judicial de los órganos del poder público nacional que constitucionalmente no le corresponde y que nunca ha sido admitido, pues solo lo ostenta en relación con las controversias o intereses patrimoniales (artículo 247 de la Constitución), no respecto de la defensa judicial de actos dictados por órganos constitucionales autónomos, que están facultados para tener su propia representación judicial. De allí que no se reconozca la atribución del Presidente de la Asamblea Nacional, que ha sido ejercida pacíficamente desde la instalación de la Asamblea Nacional en 2000, según lo dispuesto en el Reglamento Interior y de Debates, de actuar en juicio en representación de este órgano legislativo y de sus actos y de otorgar poderes judiciales a esos efectos, sin depender de la Procuraduría General de la República, cuya intervención en juicio solo es requerida, en relación con órganos constitucionales externos al poder ejecutivo nacional, cuando se trate de demandas o litigios patrimoniales.

El cerco ejecutivo-judicial contra la Asamblea Nacional ha llegado a su máxima expresión con la sentencia de la Sala Constitucional de 11 de octubre de 2016 (814/2016), que abre una nueva etapa de la agresión al Parlamento: la de la sustitución de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional u otras instancias que esta determine. En esta decisión la Sala Constitucional facultó al Presidente de la República para dictar, mediante decreto ley, el presupuesto nacional del año 2017. Además, se autorizó a sí misma para ejercer el control sobre el presupuesto adoptado por el Presidente. En tal sentido, dispuso que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, el Presidente debía presentar ante la Sala Constitucional el decreto ley correspondiente. Se estableció, adicionalmente, que "aun cuando la Asamblea Nacional regresare al cauce constitucional" se mantendrá el presupuesto adoptado por el Presidente de la República, durante todo el 2017, sin que la Asamblea Nacional pueda introducir modificaciones. La Sala declaró también que asumirá la tarea de control durante la ejecución del presupuesto. Por tanto, en esta nueva fase de socavamiento de la institucionalidad democrática la Asamblea Nacional es reemplazada por la Sala Constitucional, y el procedimiento parlamentario, por otros que la misma Sala diseña, lo cual es francamente antidemocrático, pues el Parlamento es insustituible como instancia representativa y plural, legitimada directamente por el voto popular para tomar las decisiones fundamentales para la comunidad, mediante una deliberación política pública.

Ya el Presidente de la República presentó ante la Sala Constitucional dicho decreto ley, la cual lo declaró constitucional. Sin embargo, el mismo no ha sido publicado aún en la Gaceta Oficial por lo que no ha entrado en vigor. Es importante subrayar que de acuerdo con la Constitución venezolana el poder ejecutivo solo puede elaborar el proyecto de ley de presupuesto, para su con-

sideración por la Asamblea Nacional, que lo aprueba mediante ley (artículos 187, num. 6, y 313). Esta regla no conoce excepción alguna. La falta de presentación oportuna del proyecto de ley de presupuesto por el poder ejecutivo ante la Asamblea Nacional, "por cualquier causa", produce la reconducción, para el año siguiente, del presupuesto del año fiscal en curso (artículo 313 de la Constitución). La sentencia de la Sala Constitucional ha suscitado una situación insólita en la cual ni se produjo la reconducción ni aún ha sido publicada oficialmente la normativa presupuestaria del actual ejercicio fiscal.

C) *El desconocimiento de la facultad de la Asamblea Nacional de designar a los Rectores del Consejo Nacional Electoral*

La pretensión de sustituir a la Asamblea Nacional por medio de una Sala Constitucional supeditada a los intereses gubernamentales se ha puesto de manifiesto con la sentencia de la Sala Constitucional que designa unilateral e írritamente nuevos rectores en el Consejo Nacional Electoral, con sus suplentes (sent. 1086 de 13 de diciembre de 2016). En diciembre de 2016 debían ser designados dos rectores del Consejo Nacional Electoral, con sus suplentes, ante el vencimiento del período correspondiente, competencia constitucionalmente reservada a la Asamblea Nacional, que ya había adelantado el proceso de selección, en el cual hubo una amplia participación ciudadana mediante la presentación de postulaciones. Sin embargo, poco antes de que la Asamblea Nacional procediera a efectuar la respectiva elección, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, invocando una omisión legislativa que en realidad no ha existido, designó a los titulares de estos cargos para un nuevo período de siete años, con lo cual vulneró nuevamente las atribuciones constitucionales del Parlamento, así como el derecho a la participación ciudadana, pues impuso unas designaciones que están completamente al margen del procedimiento de consulta y postulación ciudadana que se había llevado adelante en la Asamblea Nacional.

Por otro lado, al actuar así la Sala Constitucional contradijo su jurisprudencia anterior referida a la omisión legislativa, ya que esta a lo sumo podría justificar designaciones provisionales, cuya validez expiraría tan pronto la Asamblea Nacional completara el trámite para la designación de las autoridades respectivas y alcanzara el acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes. La sentencia de la Sala Constitucional fue emitida además quebrantando el debido proceso, pues la Sala Constitucional no dio oportunidad para que la Asamblea Nacional, que ni siquiera fue citada —u otros interesados— expresaran en el proceso su posición sobre una acción judicial que afectaba gravemente sus funciones constitucionales. Adicionalmente, la sentencia de la Sala Constitucional invocó como fundamento no solo el supuesto incumplimiento de los lapsos legalmente establecidos para efectuar tales designaciones, sino también la situación de desacato en que se encontraría la Asamblea Nacional,

que le impide dictar actos que sean considerados válidos, lo cual confirma que esta tesis del desacato como causa de inhabilitación global de la Asamblea Nacional fue ideada para avanzar en el desarrollo incontrolado de la gestión gubernamental y en el dominio político de la institucionalidad.

D) *Vulneración de la autonomía política de la Asamblea Nacional*

Uno de los más recientes atropellos judiciales contra las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional se ha cometido mediante la sentencia 2/2017, en la cual se declara la nulidad de la decisión de la Asamblea Nacional de elegir su junta directiva. De acuerdo con la Constitución, la Asamblea Nacional debe elegir su junta directiva al inicio de cada período legislativo anual, elección que se realizó con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento Interior y de Debates de este cuerpo legislativo, el 5 de enero de 2017. Pero la Sala Constitucional anuló este acto aduciendo que la Asamblea Nacional se encuentra en desacato y que mientras no salga de esa situación, a instancias de la junta directiva de período vencido, no podría instalarse el período de sesiones de 2017 ni elegirse la nueva junta directiva.

Esta sentencia ha ocasionado enormes problemas en el funcionamiento del Parlamento en materia no solo política sino también administrativa y financiera y representa una grave afrenta a la significación constitucional de la Asamblea Nacional como órgano democrático.

3. Reflexión final

La experiencia sucintamente narrada demuestra los daños institucionales que puede ocasionar la instrumentalización de la justicia por la política o, en otras palabras, la falta de independencia judicial y la colonización de la jurisdicción constitucional por una hegemonía ideológica o de partido. Esto conduce a una reflexión sobre la importancia de diseñar mecanismos institucionales y barreras sociales y culturales ante las amenazas de ocupación de la institucionalidad por liderazgos o proyectos políticos que por definición estén cerrados a la alternancia, esto es, a la aceptación y conservación del marco constitucional dentro del cual se produce un pendulamiento de ofertas electorales y programas de gobierno que, por su sujeción al pluralismo, preservan el espacio común para la lucha democrática. Más allá de la apelación genérica a la separación de poderes y a la significación de los controles interorgánicos e intraorgánicos, es necesario levantar un inventario de instrumentos específicos probados en sistemas democráticos que hayan funcionado como factores efectivos de contención de procesos tendencialmente autoritarios, así como sembrar o fortalecer iniciativas sociales (y económicas) que favorezcan la capacidad de respuesta de las organizaciones sociales e individuos ante tales peligros.

Esto debe ir acompañado de programas destinados a consolidar una cultura de la democracia y el Estado de derecho. Es preciso superar la idea, muy extendida en países latinoamericanos, de que quienes ganan las elecciones pasan a ser dueños de todos los asuntos políticamente relevantes y, en tal condición, colocan acólitos en las instituciones llamadas constitucionalmente a cumplir funciones de control. Los pesos o contrapesos requeridos por el Estado de derecho solo son posibles si se acepta una base legítima de poder en los cuerpos judiciales, la cual, manteniendo su vinculación con la dinámica democrática, posee una fundamentación y una fuente distintas a las de la elección de gobernantes o representantes populares. Estos cimientos del trabajo judicial en la democracia están enraizados en el valor del derecho y la argumentación jurídica como vías con identidad propia, aunque no exentas de influencias, para la construcción de soluciones; en la independencia judicial y en las virtudes del oficio del juez, todo ello asumido con múltiples aperturas a la corriente democrática que subyace y soporta el andamiaje institucional del Estado de derecho.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Editorial Nomos, el día once de abril de dos mil dieciocho, aniversario del nacimiento de JULIÁN MOTTA SALAS (n. 11, IV, 1891 y m. 2, VII, 1972).

LABORE ET CONSTANTIA