



JUECES PROTAGONISTAS

¿UN REPLANTEAMIENTO
DE LA RELACIÓN ENTRE
POLÍTICA Y JUSTICIA?

Marco Feoli V.


EDITORIAL
UCR

JUECES PROTAGONISTAS

¿UN REPLANTEAMIENTO
DE LA RELACIÓN ENTRE
POLÍTICA Y JUSTICIA?

Marco Feoli V.


EDITORIAL
UCR
2015

347.014
F344j

Feoli Villalobos, Marco F.

Jueces protagonistas : ¿un replanteamiento de la relación entre política y justicia? / Marco Feoli V. – 1. ed. – [San José], C.R. : Edit. UCR, 2015.

xxiv, 205 p.

ISBN 978-9968-46-446-8

1. JUECES. 2. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y POLÍTICA. 3. PROBLEMAS POLÍTICOS Y PODER JUDICIAL 4. DEMOCRACIA. I. Título.

CIP/2714

CC/SIBDI.UCR

Edición aprobada por la Comisión Editorial de la Universidad de Costa Rica

Primera edición: 2015

La UCR es miembro del Sistema de Editoriales Universitarias de Centroamérica (SEUCA), perteneciente al Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA).

Corrección filológica: *Gladys Arroyo* • Revisión de pruebas: *Gabriela Fonseca*
Diseño, diagramación y portada: *Daniela Hernández* • Imagen de portada: *Marco Feoli, Basílica de Majecio y Constantino, edificación romana en la que se administraba la justicia (Enero de 2014)*
Control de calidad: *Alejandra Ruiz B.*

© Editorial Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica
Apto. 11501-2060 • Tel: 2511-5310 • Fax: 2511-5257 • administración.siedin@ucr.ac.cr
www.editorial.ucr.ac.cr

Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

Impreso bajo demanda en la Sección de Impresión del SIEDIN. Fecha de aparición, marzo 2015.
Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

PRÓLOGO.....	xv
INTRODUCCIÓN.....	xix

CAPÍTULO 1.

**LA JUDICATURA EN EL ENGRANAJE DEMOCRÁTICO:
DE JUECES SACRALIZADOS A JUECES (CO)GOBERNANTES**

A. La tercera persona del Estado trinitario: jueces, Estado de derecho y tradiciones jurídicas.....	2
A.1 Tradiciones jurídicas.....	5
A.2 Tradiciones constitucionales.....	19
B. De jueces sacralizados a jueces (co)gobernantes.....	24
B.1 Juez sacralizado.....	24
B.2 Un punto de inflexión en el modelo del juez sacralizado.....	26
B.3 Gobierno de los jueces o una relectura del principio de división de poderes.....	42

CAPÍTULO 2.

**EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y LA CONSOLIDACIÓN DEL JUEZ (CO)GOBERNANTE**

A. El surgimiento de la justicia constitucional.....	50
A.1 El surgimiento de la justicia constitucional europea: diferencias con el modelo estadounidense.....	50
A.2 La justicia constitucional en América Latina.....	58

A.3 La justicia constitucional como catalizador democrático	61
B. Justicia constitucional y robustecimiento de la judicatura	64
B.1 Constitución política y juez constitucional.....	66
B.2 Control y juez constitucional.....	69
B.3 Competencias y juez constitucional.....	71
B.4 Neoconstitucionalismo	75

CAPÍTULO 3. EXPANSIÓN JUDICIAL O DEL NUEVO QUEHACER DE LA JUDICATURA

A. Un punto de partida: el juez estructural de Fiss	81
A.1 Juez estructural, justicia constitucional y legitimidad democrática	86
A.2 Juez estructural, legitimación democrática y condiciones particulares del juez.....	96
B. De Estados Unidos en adelante	104
C. Activismo judicial y judicialización de la política: precisiones conceptuales.....	112
C.1 Judicialización de la política y activismo o nuevas formas de incidencia judicial.....	113
C.2 Activismo judicial y judicialización de la política: ¿sinónimos?.....	118
C.3 Relación entre judicialización y activismo judicial: una propuesta	133

CAPÍTULO 4. ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO RADIAL. ÉNFASIS ESPECIAL SOBRE EL CASO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A. Activismo judicial: operacionalización del concepto	138
A.1 Primer indicador: contestación de los actos de los otros poderes.....	142

A.2 Segundo indicador: reconocimiento o expansión de derechos.....	143
A.3 Tercer indicador: uso de sentencias interpretativas.....	146
A.4 Cuarto indicador: definición de políticas públicas.....	153
A.5 Quinto indicador: decisión <i>ultrapetita</i>	156
B. Activismo judicial y factores explicativos.....	160
B.1 Sistema político.....	161
B.2 Sistema judicial.....	167
C. Expansión judicial: ¿acertada o desacertada?.....	173
COLOFÓN: JUECES PROTAGONISTAS.....	181
BIBLIOGRAFÍA.....	191
ACERCA DEL AUTOR.....	213

Capítulo 1.

LA JUDICATURA EN EL ENGRANAJE DEMOCRÁTICO: DE JUECES SACRALIZADOS A JUECES (CO)GOBERNANTES

*...Es todo lo que puedo prometerle.
Lo demás está fuera de mi alcance, corresponde
a la justicia. Cambiar este sistema no es tarea de militares,
sino de jueces y políticos. Del Supremo Gobierno.
Eso también lo sabe usted, me imagino...*

Mario Vargas Llosa

Es conocida la historia del rey prusiano que construyó su palacio en las cercanías de un molino cuyas astas perturbaban el silencio de la construcción real. Esto provocó la molestia del soberano, por lo que ordenó derribar el molino. El molinero se enfrentó al monarca, pronunciando la célebre frase: “Majestad, aún hay jueces en Berlín”. El enfrentamiento entre el rey y el molinero no es cosa baladí, se trata de la disputa entre quien detenta el poder y quien no lo tiene, y, sobre todo, se trata de los mecanismos con los que cuenta el ciudadano común y corriente para enfrentar las decisiones de la maquinaria estatal y de aquellos que competen a la judicatura. Esto es, las posibilidades –o las esperanzas– que pueden ser depositadas, a esos efectos, en los jueces.

El tema no es otro que determinar cuáles pueden ser los alcances del juez de cara a resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, tanto en lo que concierne a la relación entre particulares, como con los demás órganos del Estado; y, más importante aún, saber, con alguna precisión fáctica, cuáles son, en realidad, las características del posicionamiento de la justicia en la actualidad.

En este primer capítulo se analizarán, para comenzar, los modelos de judicatura a partir de las clásicas tradiciones jurídicas occidentales –*civil law* y *common law*– y las tradiciones constitucionales posrevolucionarias. Posteriormente, se dedicará un espacio a reflexionar sobre los cambios que, insistentemente señala la doctrina, es posible detectar en el comportamiento de muchos tribunales alrededor del mundo en las últimas décadas (Gargarella, Domingo, y Roux, 2006)⁴. Conviene revisar cuáles son –o han sido históricamente– los rasgos distintivos del juez.

A. LA TERCERA PERSONA DEL ESTADO TRINITARIO: JUECES, ESTADO DE DERECHO Y TRADICIONES JURÍDICAS

La magistratura y sus pronunciamientos tienen diversas repercusiones, esta no pareciera ser una afirmación que genere alguna clase de resistencia, resulta, si se quiere, bastante intuitiva. Con ella, sin embargo, se corre un riesgo, pues podría generar la sensación de que los jueces funcionan o

4 En esta obra se indica, a partir de casos concretos, que tradicionalmente el rol ejercido por los jueces cambió de forma sustancial en los últimos 15 años, como se verá más adelante otros autores estiman que la transformación se comenzó a gestar después de la Segunda Guerra Mundial. Es posible que en el contexto europeo el cambio más significativo, que se profundizará también ulteriormente, operara con el resurgimiento de la justicia constitucional después de la posguerra. En otros países, por el contrario, el proceso que ha permitido un reposicionamiento de la justicia es de más reciente data.

podrían funcionar exactamente igual en todos los sitios. Podría pensarse, de manera errónea, que se trata de un actor institucional con un perfil idéntico en, al menos, las democracias contemporáneas. Una visión homogeneizada de la administración de justicia, que pase por alto algo crucial: la forma de ver y hacer el Derecho varía de un lugar a otro, trae consigo el peligro de obviar las diferencias que, de acuerdo con las clásicas familias jurídicas –*common law* y *civil law*–, contribuyen a explicar por qué la judicatura ha sido forjada según unas características específicas, las cuales hacen que su papel en el entramado democrático pueda favorecer o no ciertos perfiles y que las transformaciones, de haberlas, traigan consigo un impacto distinto.

Resulta oportuno, en este primer capítulo, describir cuáles son los rasgos definitorios del juez en cada una de estas familias en su relación, como se reseñará posteriormente, con los otros órganos del Estado. Previamente, es también imperativo definir cómo se entenderá en este libro un concepto esencial. Si el objetivo que subyace a la investigación descansa en perfilar la relación entre judicatura y Estado, en clave democrática, deben precisarse, necesariamente, los alcances del término democracia.

Giovanni Sartori explica los intrincados caminos que ha recorrido la democracia desde sus orígenes hasta llegar a su concepción moderna. Desde el siglo III a. C. el concepto ha estado en permanente evolución. Hubo pensadores, entre ellos Aristóteles que la consideraron una de las formas equivocadas de Gobierno. La democracia no fue siempre un sistema de organización bien valorado. Más aún, durante siglos, adelanta Sartori, el régimen político considerado óptimo fue la república –res pública: cosa pública–. De lo que no cabe duda es que la democracia de los modernos no es la democracia de los antiguos. Pareciera entonces incontrovertible que la democracia primigenia nacida en Grecia no es la misma –o al menos no se funda en los

mismos criterios– que la democracia de los últimos siglos (Sartori, 1992, p. 27 y Lijphart, 2008, p. 13).

Para Dahl las democracias modernas se encuentran cruzadas por dos coordenadas: el debate público y el derecho a participar. En este punto es donde el autor considera que las democracias se convierten más en sistemas ideales que se persiguen a partir de aquellas dos coordenadas. Por eso propone el término poliarquía, esto es “...regímenes relativamente –pero no completamente– democráticos (...) las poliarquías son sistemas sustancialmente liberalizados y popularizados, es decir muy representativos a la vez que francamente abiertos al debate público...” (Dahl, 1989, p. 19)⁵.

El debate evidencia un aspecto fundamental, la dificultad –sino imposibilidad– de encontrar un concepto unívoco de democracia. Para efecto de este libro se sigue al profesor Luigi Ferrajoli en cuanto a que democracia es algo más que mecanismos de elección popular para acceder al poder, decididos por la mayoría, con lo cual debe distinguirse entre el contenido formal y sustancial de la democracia y el surgimiento de la democracia constitucional como nuevo paradigma de organización política después de la Segunda Guerra Mundial.

Para el filósofo italiano,

...si las normas formales de la constitución garantizan la dimensión formal de la democracia política qué se refiere al quién y el cómo de las decisiones, sus normas sustanciales

5 Existen ocho condiciones necesarias para que se dé la poliarquía: libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a buscar apoyo, diversidad de fuentes de información, elecciones libres e imparciales y, finalmente, instituciones garantes de que la política del gobierno dependa de los votos y las otras formas de manifestación. La mayoría de países en este planteamiento se acercan más o menos al concepto de poliarquía, según haya un mayor o menor desarrollo de las dimensiones propuestas en la obra del profesor norteamericano.

aquellas que establecen los principios y derechos fundamentales (...) garantizan lo que bien podemos denominar la dimensión material de la “democracia sustancial”, que se refiere a qué no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos por ella... (Ferrajoli, 2008, p. 27).

Aclarado el punto, corresponde en lo que sigue profundizar en los perfiles de juez, según las tradiciones jurídicas de Occidente.

A.1 TRADICIONES JURÍDICAS

Cuando se habla de las familias jurídicas del *common law* o del *civil law* se están conceptualizando formas distintas de entender el derecho y las relaciones entre los actores institucionales. No es este el espacio para detallar la totalidad de las características de cada una ni anclar el estudio en su evolución histórica ¿más bien interesa destacar la posición que le ha sido concedida al juez y la conceptualización del derecho.

La familia romano-germánica del *civil law* encuentra su génesis en el derecho romano, recibiendo la influencia determinante del derecho canónico. Esta tradición ha privilegiado el desarrollo del derecho civil y la codificación de las normas jurídicas. Muchos países de Europa continental –como España o Italia– y los de América Latina poseen sistemas jurídicos del *civil law*.

El origen de la familia del *common law* se da en el siglo XI en Inglaterra. Se caracteriza, en el punto reseñado, porque la creación de las normas jurídicas no se agota en la ley escrita. A través de las decisiones contenidas en las sentencias judiciales se ha entendido, tradicionalmente, también nace el derecho. El principio indica la

posibilidad de extraer reglas generales de los precedentes judiciales, los cuales se asumen como guías normativas para los jueces, quienes, al resolver casos semejantes, se deberán apoyar en las resoluciones anteriores. En esta familia jurídica, principalmente, están comprendidos los sistemas del Reino Unido, las naciones de África, América y Oceanía que participan de la *Commonwealth*, la mayoría de esos aplican el derecho inglés y reconocen al monarca del Reino Unido como jefe de Estado y los Estados Unidos de América (Iturralde Sesma, 1995; Waluchow, 2009 y Merryman, 1973).

Ello incide también en el desempeño de los jueces. En los sistemas jurídicos del *common law* y el *civil law* se encuentran dos tipos de juez. Entiende Garapon que las relaciones entre justicia y política tienen en estos modelos una causa explicativa. Adelanta, el exmagistrado francés, que en los países del *common law* la influencia política de los jueces es en la actualidad quizá menos visible porque resulta mucho más antigua y, en consecuencia, está bastante más enraizada en la sociedad (Garapon, 1997).

En la tradición jurídica del *common law* los jueces se han distinguido por asumir una posición de más autonomía, ello permitió que el poder judicial ocupara un lugar simétrico con respecto a los otros poderes. De esta manera se asignó un peso significativo al derecho que surge de los pronunciamientos jurisprudenciales. Dicha dinámica consolidó un sistema de pesos y contrapesos.

En cuanto al *civil law*, la posición de los jueces fue tradicionalmente menos incisiva. Aquí, la administración de la justicia se ubicó, en principio, subordinada a los órganos políticos representativos y a las normas que estos producían. Primó la idea, profundamente arraigada, del principio de separación de poderes, entendido como la división en compartimentos estancos del poder. Hubo una resistencia a que los poderes traspasasen las competencias

asignadas a cada uno para ejercer algún tipo de control sobre los otros (Autel Barros, 1998)⁶.

Los países de tradición europea continental contaron con una judicatura de centenares de funcionarios, con poco prestigio y muchísimas responsabilidades disciplinarias, civiles y penales, así como una escasa participación popular en la administración de justicia. También se distinguieron por poseer sistemas jurídicos –sustantivos y procesales– muy detallados y nada flexibles. Mientras tanto, en los países de cultura jurídica anglosajona hubo una magistratura reducida, muy independiente, basada en una autoridad fuerte –que en algunos casos se origina en mecanismos de elección popular–, vinculación popular con la administración de justicia y sistemas jurídicos más flexibles basados, principalmente, en la costumbre y el precedente judicial. Como puede intuirse se trata de diferencias que inciden en la definición de dos modelos de juez (Autel Barros, 1998).

Un estudio sistemático y completo del aparato judicial, señala Damaska (2000), implicaría obligatoriamente dar respuesta a tres preguntas: ¿cuáles son los atributos de los funcionarios que lo componen?, ¿qué tipo de relaciones se establecen con otros actores? y ¿de qué forma se toman las decisiones? Por ahora, en el presente apartado, se indagará el

6 En este capítulo el análisis se restringe a describir las características de ambas familias jurídicas en relación con la figura del juez y al vínculo que, a partir de allí, pueda establecerse entre juez y otros conceptos que se irán desarrollando posteriormente –como activismo judicial, judicialización de la política y justicia constitucional–. Autel (1998) estima que los modelos jurisdiccionales que se desprenden de las tradiciones continentales y anglosajones están, además, estrechamente enlazadas con los regímenes autoritarios que estuvieron presentes en muchos países de Europa continental. Hay una relación entre la concepción autoritaria del poder, al menos en sus inicios, y el establecimiento de estructuras más verticales en el poder judicial.

punto que más interesa, el referido a la primera interrogante según las tradiciones jurídicas.

Cualquier sesgo en ese sentido debe entenderse como intencional. El enfoque se dirige a visualizar la figura del juez en ambos paradigmas. Además, las posibilidades que desde allí potencian –o no– el protagonismo en el engranaje democrático contemporáneo, en el marco de las definiciones que serán decantadas en los capítulos subsiguientes.

Los jueces de tradición europea se definen según unos rasgos que han orientado históricamente su quehacer. Un quehacer más discreto y pasivo cuando se confronta con su par anglosajón. Pero, ¿por qué ocurre esto? ¿En dónde residen las causas para sostener que unos jueces asuman un rol más activo y otros no? Dos aspectos podrían lanzar algunas pistas para aclarar la cuestión: ¿cómo se llega a ser juez y cuáles son las garantías de independencia que asisten al administrador de justicia? Se pasará revista a estos dos puntos, los cuales se estiman fundamentales con el fin de entender, al menos someramente, el perfil de un juez que, según se expondrá más adelante, ha supuesto en las últimas décadas un cambio respecto a su perfil más tradicional.

El primer punto por dilucidar, entonces, se refiere a quiénes seleccionan a los jueces: ¿otros actores políticos u otros magistrados –autorreclutamiento–? Optar por alguno de estos mecanismos tendrá diferentes repercusiones. Por ejemplo, siguiendo a Guarnieri y Pederzzoli (1997), cuando la selección es a través de concursos públicos a los que aplican jóvenes egresados se genera “...un proceso de socialización profesional esencialmente controlado por la organización judicial...” (p. 7). Las relaciones que se establecen con otros actores, verbigracia con los otros abogados y la visión de la propia estructura judicial varían en función de esos caminos mediante los cuales se accede a la judicatura.

Los profesores italianos enfrentan el análisis al identificar a las familias del *civil law* y del *common law*, con dos formas de reclutamiento: profesional y concurso o burocrático, respectivamente⁷. En los países anglosajones –por ejemplo el Reino Unido– los jueces son reclutados de entre los abogados de mayor experiencia y con mayor prestigio. Los nombra directamente la Corona a través de los filtros que ejercen el Lord Canciller y también, aunque en menor medida, los magistrados de más alto rango y los abogados más reputados. Mucha de esta influencia se ejerce de manera informal y sin criterios de selección claramente definidos, así, los políticos han dejado de tener un peso decisivo, al menos formalmente, prevaleciendo los criterios profesionales⁸. Otro aspecto por considerar es que los jueces de influencia inglesa se distinguen por proceder de las élites más poderosas de la sociedad, esto hace que entre clases judiciales y clases dirigentes, en términos generales, se compartan las mismas visiones y perspectivas (Autel Barros, 1998).

Frente a este modelo propio de la tradición del *common law* se encuentra el modelo burocrático de los países europeos continentales –y, en consecuencia, de los latinoamericanos,

7 Damaska (2000), en sentido similar, habla de estructura jerárquica y de estructura paritaria. En la primera hay un cuerpo profesional y jerarquizado que resuelve con base en normas técnicas. En la segunda hay un grupo –no necesariamente profesional– que toma decisiones sobre la base de normas comunes no diferenciadas de la visión general de la comunidad.

8 Recientes reformas han hecho variar el peso tradicionalmente ejercido por el Lord Canciller. Al respecto puede consultarse: (Le Sueur, 2007). El libro analiza los procesos de reforma judicial efectuados en Inglaterra y Gales en 2003. Suponen el rompimiento de una rígida y aparente, hasta entonces, inmodificable estructura. Entre otros aspectos, incluyó la supresión de varias de las prerrogativas del Lord Canciller en la designación de los jueces que lo convertían en Ministro y juez y la creación de una Secretaría de Asuntos Constitucionales además de la creación de una nueva Corte Suprema en aras de lograr una mayor independencia entre los poderes del Estado.

tributarios de su impronta (Cáceres Corrales, 1989)–. Se parte de que los jueces, como cualquier otro funcionario público, deben cumplir con una serie de requisitos que garanticen su idoneidad. El concurso público constituye la principal vía de acceso a la judicatura, con la cual se pretende asegurar la imparcialidad y la calidad de los jueces, participan, en general, jóvenes egresados sin experiencia en la práctica profesional, lo que contribuye a un alto nivel de corporativismo cuando no, afirman Guarnieri y Pederzoli (1997), a una cerrazón y una “balcanización” de la estructura judicial frente a otros grupos y sectores, incluso de la propia abogacía.

Alemania, por ejemplo, establece en la formación de jueces dos rigurosas etapas que consumen casi diez años, una en la Facultad de Derecho, y otra mediante *stages* de prácticas profesionales. Por su parte, en Francia se ha creado una Escuela Judicial en la que es necesario superar un periodo de formación, los requisitos de entrada consisten en realizar pruebas teóricas y contar con una edad superior a los veintisiete años; luego se entra como juez en formación por treinta y un meses. Italia, también, cuenta con mecanismos de acceso burocráticos, el único filtro es el concurso público y un periodo de formación en los propios juzgados, a cargo de funcionarios más experimentados, el cual se extiende por quince meses. Por último, en España, aunque contempla una selección *ad hoc* de reconocidos juristas, la principal forma de llegar a la judicatura consiste en realizar un examen y formarse en la Escuela Judicial (Guarnieri y Pederzoli, 1997).

Estos mecanismos de acceso permiten desarrollar un fuerte sentido de identidad que define con rigidez “...a los de adentro y a los de afuera...” (Damaska, 2000, p. 37). En definitiva, en los sistemas burocráticos se presentan dos rasgos cruciales: la existencia de instituciones destinadas al adiestramiento de los oferentes como fórmula de contrarrestar

la inexperiencia y la formación que se recibe desde la propia organización judicial (Guarnieri y Pederzoli, 1997).

Aunque en América Latina la carrera judicial no ha seguido exactamente los mismos patrones que en los países europeos mencionados, dicho en forma muy general, los mecanismos de acceso, sobre todo en los últimos años, se acercan al modelo burocrático. Durante mucho tiempo la desorganización imperante facilitó que los puestos judiciales, no solo los de los jueces de las cortes supremas, se convirtieran en parte del botín político por repartir entre quienes accedían al poder. Si bien no se podría asegurar que esta situación se haya eliminado del todo, recientemente se ha buscado, mediante la creación de escuelas judiciales –la mayoría de ellas de dudosa calidad–, ejercer a nivel interno un mejor control sobre la formación de los jueces. Un aspecto que se comparte con Europa es la influencia de las jerarquías y de los procesos de socialización, porque muchos jueces provienen de la estructura judicial en la que se desempeñaban como administrativos o funcionarios auxiliares, se realiza también a lo interno (Perdomo Pérez, 2004 y Salas y Rico, 1989).

El otro tema fundamental se relaciona con la protección que se hace en cada modelo de la independencia judicial. Aunque ambas familias la reconocen como un elemento clave en el desempeño de los jueces, la conceptualización varía según se trate de un caso u otro. De cualquier forma debe diferenciarse también la independencia externa, aquella que se establece con respecto a otros actores políticos como el poder ejecutivo, de la independencia interna, relacionada con la independencia que tienen los jueces frente a los jueces de los niveles jerárquicos más altos de una organización judicial (Grande Yáñez, 2009 y Linares, 2003).

En los modelos profesionales los jueces cuentan con mayor independencia, e incluso, es poco común “hacer carrera” en el aparato judicial. En los modelos burocráticos, en cambio,

existe un control más rígido de los niveles más altos hacia los niveles inferiores lo cual favorece la existencia de una estructura más piramidal. En cuanto a la independencia externa, es decir, la influencia de actores ajenos al propio sistema de justicia, la situación varía igualmente.

En las magistraturas profesionales la influencia del sistema político se evidencia al momento del reclutamiento. En las burocráticas los mecanismos de influencia están insitos en la estructura en sí misma. Afectan tanto la independencia interna como la externa porque no es solo que los vértices del poder judicial ejercen control sobre los jueces de los otros niveles, además ciertos actores políticos tienen un rol de decisión importante –incluso en los consejos de gobierno creados en muchos poderes judiciales (Guarnieri, y Pederzoli, 1997).

Las magistraturas profesionales son organizaciones jerarquizadas de tal forma que los funcionarios están en varios niveles y el poder se derrama desde arriba, los temas conflictivos son resueltos, casi sin excepción, en la cúspide de la pirámide

... el control político sobre los jueces se ejerce a través de los mecanismos de nombramiento, ascenso y destitución. Esto explica por qué quienes detentan el poder político se han reservado siempre tales atribuciones, para ser ejercidas de modo directo o indirecto... (Pásara, 2010, p. 81).

Al mismo tiempo se crean métodos de control a la libertad interpretativa de los jueces. Quedan cerrados caminos de interpretación alternativos y teóricamente sustentables que “... una imaginación jurídica sin restricciones institucionales podría concebir fácilmente...” (Damaska, 2000 p. 38). Esta visión verticalizada de la justicia continental encuentra su génesis, según Damaska (2000), en el siglo XI cuando el movimiento de unidad dentro de la Iglesia católica impuso un modelo rígido y jerárquico que luego tuvo

una fuerte repercusión en el resto de instituciones. En el siglo XIII, los reyes de Francia diseñaron un cuerpo estratificado de funcionarios encargados de afirmar y consolidar el poder real. Con el fortalecimiento del absolutismo del siglo XVI y XVII las burocracias centralizadas se extienden a los principales países de Europa continental.

Debe reconocerse que si bien los dispositivos formales e informales de la familia del *civil law* han limitado muy fuertemente la creatividad del juez –al punto de intentar anularla– esto no significa que la judicatura del *common law* no tenga sus propias formas de control o de disciplina, o que su libertad creadora sea absoluta. El control básicamente se logra mediante el respeto que se concede a los precedentes judiciales. Garapone (1997), por ejemplo, sostiene que los jueces del *common law* tienen ciertamente más independencia externa dado que una vez elegidos, la influencia política desaparece casi por completo; no obstante, en su opinión, dentro del aparato de justicia el respeto por los pronunciamientos de los órganos superiores es tan alto que la independencia interna en la práctica se reduce igualmente.

Siguiendo a Cappelletti (1984), desde el punto de vista de la estructura, los tribunales del *civil law* son, en efecto, muy diferentes a los de los países del *common law*. En los países europeos se encuentra una corte suprema, en el vértice, dividida por materias –civil, penal, familia, entre otros–. Esta separación diluye el poder que pueden tener los jueces o, al menos, hace que sea inferior comparada con otros países, como Estados Unidos.

En los países del *civil law* se ha afincado una idea de desconfianza en la discrecionalidad de los poderes públicos, ello constituye otra diferencia. Esta desconfianza provoca que principios como el norteamericano *writ of certiorari*, el cual permite a los jueces de la Corte Suprema decidir qué conocer y qué no, no existan o cuando se introducen lo sea más tangencialmente.

La tercera diferencia se da al ser el europeo continental un juez de carrera integrado al aparato judicial, recién salido de la Facultad de Derecho, muy joven y una vez superados unos exámenes académicos, el tecnicismo del cual está imbuido le impide tener una visión de la realidad más allá de la literalidad de las normas jurídicas. Este juez se encuentra formado más técnicamente y más controlado por los jueces superiores, con lo cual es menos dado a la creatividad y a asumir una posición “*policy oriented*”. Se trata de jueces jóvenes más volubles a las imposiciones de un sistema, el cual entiende el derecho como el textualismo de la ley.

La cuarta diferencia, concluye Cappelletti (1984), está en la vinculatoriedad del precedente judicial –*stare decisis*– en los sistemas anglosajones. Mediante el principio del *stare decisis* se busca que se respeten los pronunciamientos anteriores de las cortes más altas del escalafón de justicia y se restrinjan las posibilidades creativas que de otra forma serían más fácilmente disponibles por los jueces.

En síntesis, siguiendo de nuevo a los profesores de la Universidad de Bologna, en una magistratura burocrática de la familia jurídica del *civil law* se tiene: 1. La selección de funcionarios se organiza a partir de concursos públicos, sin que la experiencia tenga mayor importancia. 2. La socialización del juez se realiza desde la propia estructura judicial. 3. La existencia de jerarquías fuertes que fomentan los ascensos y movimientos definidos por el vértice judicial. 4. Jueces generalistas contratados para conocer una gran variedad de materias. 5. Menor independencia interna (Guarnieri y Pederzoli, 1997).

En la magistratura profesional del *common law*, finalmente, los rasgos más relevantes son los siguientes: 1. Personal formado en la práctica. 2. La socialización se recibe fuera de la organización judicial, pues se accede a ella una vez que se haya trenzado una larga experiencia profesional. 3. No existen promociones de jerarquía. 4. Se confía menos en los

controles internos. 5. Existencia de menor independencia externa (Guarnieri y Pederzoli, 1997).

Todas estas diferencias, termina Cappelletti (1984), permiten dilucidar por qué un juez ha podido tener una actuación más decisiva y protagónica que el otro:

...la struttura più diluida delle corti, il gran numero delle decisioni irrilevanti che sommergono le poche rilevanti sul piano dell' indirizzo generale, il tipo di magistrati più anonimo e orientato alla Soutine: tutte queste caratteristiche cospirano a far sì che l' auctoritas della giurisprudenza sia meno grande, meno visibile, meno drammatica nei paesi di Civil Law che nella aree dove prevale invece la tradizione di Commo Law... (p. 107).

Estas caras de la justicia se traducen en dos vías para ejercer la judicatura. La judicatura no ha sido igual en todas las democracias. La principal conclusión que podría extraerse hasta aquí es que el juez de la tradición del *civil law* ha sido más pasivo debido, en gran parte, a la estructura en la cual se encuentra, a las formas de selección y a la concepción que reivindica del derecho.

En buena medida los planteamientos teóricos en la práctica podrían atomizarse, cuando menos atemperarse (Damaska, 2000). Sin embargo, las categorías perfiladas ofrecen condiciones para entender cómo fue históricamente asumido el juez de una u otra tradición jurídica. Solo teniendo presente este mapa cognitivo se podrá visualizar luego, con mayor precisión, dónde se ubica algún punto de inflexión de la magistratura.

Dicho esto es necesario, entonces, continuar profundizando en cómo podrían ser descritos los jueces de las dos tradiciones jurídicas. En los países de tradición anglosajona el juez se configura como la conciencia jurídica de la sociedad, por lo que está dotado de amplios márgenes de maniobra para decidir. Su actuación como

conciencia jurídica no se reduce a un ejercicio legalista y positivista sino a la búsqueda de soluciones justas sobre la base de un análisis de las posibilidades que puede ofrecer una norma jurídica. Además, el juez no es visto como un burócrata; lo cual no sucede con el juez de tradición continental europea –el juez “boca de la ley”⁹– que se ajusta a las rigideces del sistema legal y de allí no puede apartarse. Existe rechazo, cuando no horror, a cualquier desplazamiento, por minúsculo que sea, al terreno de lo metajurídico. El juez es un burócrata más que limita su participación, en el funcionamiento de la democracia, a aplicar automáticamente las normas jurídicas dictadas por los otros órganos del Estado¹⁰.

De frente a los otros poderes del Estado la existencia del juez burócrata produce también consecuencias. Aulet apunta un ejemplo esclarecedor: el nacimiento del derecho administrativo, concebido como rama jurídica específica, fue el reflejo de la voluntad de los monarcas de evadir los controles jurisdiccionales comunes. Los jueces desde una lógica mecanicista debían ocuparse de resolver las cuestiones entre particulares; posteriormente, con los procesos revolucionarios franceses se intenta sujetar a la administración a la ley, por ser ella expresión de la voluntad popular, aunque para eso deban crearse tribunales especializados.

A mayor abundamiento, señala Pásara (2010), luego de los procesos revolucionarios europeos del siglo XVIII queda

9 La ya famosa expresión fue utilizada por Montesquieu (1995): “*Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’ en peuvent moderer ni la force, ni a rigueur*”.

10 Lo anterior no supone llevar el modelo del *common law* al nivel de la idealización, se han apuntado varias críticas a su funcionamiento, tal vez la más importante es el grado de incerteza que produce un sistema en el que la uniformidad de criterios de interpretación es relativamente bajo. Esta falta de certeza se busca alcanzar mediante el precedente judicial (Autel Barros, 1998).

anclada la teoría que entiende que el poder del Estado se divide en tres ramas las cuales se contrapesan unas respecto a las otras; no obstante, esta noción fue configurando al aparato judicial como ente apolítico, cuya apoliticidad se garantizaba mediante el sometimiento textual y acrítico a las normas jurídicas expedidas por los otros poderes.

Esto conduce, asegura el profesor peruano, a una paradoja:

...el desarrollo de esta separación del poder judicial lo lleva a desentenderse de los contenidos en el ejercicio de esos poderes. La autonomía, así, deviene sinónimo de aparente aislamiento. Cuanto más aséptico se presenta quien administre justicia, mejor habilitado se halla para desempeñar su función... (Pásara, 2010, p. 43).

Tal imagen del juez, creyendo ser apolítico y sin ideología, lo inmuniza de abordar los problemas de la sociedad de la cual es parte porque se sitúa como un simple aplicador de las reglas de las que lo abastecen los poderes legislativo y ejecutivo. Se proclama, subraya Martínez (2009), que el funcionario judicial sea un eunuco o inimputable político.

La cultura del juez que aplica normas mediante un silogismo perfecto, para resolver conflictos entre sujetos privados, se encontraba absolutamente aceptada. La idea de que el control y la limitación del poder se pudieran ejercer también desde la magistratura resultaba, si se quiere, contrafáctica. Amplía Calamandrei (1970):

...se comprende entonces cómo en este sistema la etapa judicial (...) es muy simple. El juez al cual se presenta un hecho, no debe hacer otra cosa que clasificarlo jurídicamente, es decir, reconocer en él los caracteres típicos de uno de los modelos previstos en el fichero, y una vez encontrado, no debe hacer otra cosa que leer en la ficha, fácilmente y con prontitud, la solución apropiada. Es este el famoso silogismo judicial... (p. 71).

El juez ordinario se mantuvo relegado porque su función debía restringirse a aspectos que no tocaran el desempeño de los otros actores políticos (Aulet Barros, 1998).

La judicatura perdió influencia política desde la Revolución francesa, escribe Garapon (1997); una forma de consolidar la primacía parlamentaria fue dividir la justicia en muchos cuerpos y concederles el conocimiento de materias concretas. Al mismo tiempo, el Estado aisló las esferas susceptibles de afectarlo directamente y confió el resto –familia, civil, penal, laboral– al sistema judicial.

García Pascual (1997) enumera otros factores que contribuyeron al debilitamiento de la función judicial: aparición de códigos que fijaron reglas rígidas para la interpretación jurisdiccional, el fortalecimiento de categorías dogmáticas, la sustracción del derecho administrativo a la jurisdicción ordinaria y la inclusión del poder judicial en el ámbito de control de los otros poderes, en especial del ejecutivo.

En resumen, puede afirmarse que el juez de la tradición continental europea con base en una serie de elementos –institucionales, culturales, históricos y políticos– fue concebido como un funcionario público que resolvía conflictos, especialmente entre particulares, y cuya tarea quedaba cumplida al aplicar a un supuesto fáctico el contenido de las normas jurídicas que le venían dadas por los otros poderes públicos. Estaba fuertemente controlado por factores externos e internos de la propia estructura judicial. El margen para que, con sus pronunciamientos, se incidiera a un nivel más general, más allá de casos concretos, fue más bien escaso.

El juez del sistema del *civil law* ha sido visto como un ente pasivo y huidizo que se negó a impactar los modelos de sociedad en los que se encontraba inmerso, ha estado encerrado en un aparato judicial que lo constreñía

a subsumir simplemente hechos en normas formales. En palabras de Ruiz Pérez (1987)

...el juez continental no ha perdido su cualidad de funcionario y posee un status profesional que lo abriga de azares en cuanto a estabilidad en el empleo, pero no posee facultades de influencia en la cosa pública y su campo de actuación es más preciso y limitado... (p. 39).

Se seguirá avanzando en el perfil de este juez en el apartado siguiente pero, ahora, a partir de las tradiciones constitucionales. Al detenerse en las tradiciones constitucionales es posible también encontrar algunas razones adicionales que explican el porqué del modelo imperante de magistratura.

A.2 TRADICIONES CONSTITUCIONALES

Así como el juez, según la perspectiva de las familias jurídicas desarrollada en el apartado anterior, se instala en el aparato institucional sobre la base de elementos como los mecanismos de selección o las garantías de independencia, desde las tradiciones constitucionales podría ahondarse aún más para vislumbrar enfoques igualmente diversos en relación con el papel que ha mostrado la judicatura. Las conocidas diferencias que hay entre el constitucionalismo británico, el constitucionalismo norteamericano y el constitucionalismo francés contribuyen a aclarar el perfil que fue asumiendo el juez de tradición continental europea, heredado luego por los países latinoamericanos, en cuanto a un tema medular: la limitación del poder público¹¹.

11 Como bien señala Rafael Bustos (2005) existen conceptos íntimamente conectados: derecho constitucional, constitución y constitucionalismo son un buen ejemplo. Se entenderá constitucionalismo como una ideología sobre el control del poder que aunque ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad, su momento

El constitucionalismo británico supone una evolución sin rupturas que se evidencia, sobre todo, en el siglo XVII; poco a poco se fueron haciendo concesiones y se fue fortaleciendo la creencia en un parlamento que limitaba el poder absoluto del monarca. En el caso de Estados Unidos el proceso del siglo XVIII estuvo caracterizado, más bien, por una separación de la metrópoli producto de desavenencias económicas frente a la imposición de tributos que los colonos estimaron injustos. Aquí resulta paradigmático el nuevo rol que asumiría el poder judicial. Aunque la influencia de Montesquieu es innegable, la Nueva Inglaterra hace su propia interpretación pues se partió de la necesidad de contar con un sistema de justicia fuerte y vigoroso que sirviera como contralor de los posibles excesos de los otros poderes del Estado, especialmente el legislativo (Jiménez Asencio, 2005).

Entre finales del siglo XIX y principios del XX el poder judicial adquirió un protagonismo sin precedentes que se intensificó con la llegada de Roosevelt al poder. El presidente encontró una férrea oposición de la judicatura en los planes de promover una serie de políticas progresistas y de corte social. La situación, conocida como el *New Deal*, logró resolverse con la amenaza formulada por el gobernante de aumentar el número de jueces, con lo cual garantizaría una mayoría afín a sus intereses. Ante la amenaza, la jurisprudencia, hasta entonces beligerante y contraria a los intereses del ejecutivo, fue notoriamente más benevolente y la mayoría de las leyes logró superar el escrutinio de las cortes. Tras la Segunda Guerra Mundial, la Corte Suprema

de mayor evolución y articulación metodológica se encuentra en las revoluciones liberales de los siglos XVI a XVIII. La finalidad del constitucionalismo, que puede manifestarse a través de diferentes movimientos, es la instauración de órdenes políticos y gobiernos limitados como garantía de ciertos valores y derechos, ver: (Hesse, 1992; Fioravanti, 1996 y Prieto Sanchís, 2010).

se centró en el reconocimiento de los derechos civiles y políticos y en el derecho de las minorías¹².

La experiencia continental reflejada en la Revolución francesa se aleja de lo visto en las otras dos tradiciones constitucionales. A diferencia de Reino Unido, en el caso francés sí hubo un momento de ruptura. Para finales del siglo XVIII continuaba funcionando una monarquía absoluta que de alguna manera explica esa fractura violenta y revolucionaria que marca el proceso constitucional francés –por cierto en un principio estuvo plagado de errores e indefiniciones conceptuales, diez constituciones en pocos años son solo prueba de ello (Jiménez Asencio, 2005)–. Hubo un intento de algunas voces que propugnaban por un sometimiento a la constitución y un posicionamiento más relevante de los jueces. Sin embargo, prevaleció un *legicentrismo*, esto es una fe absoluta en el legislador y en la simple aplicación por parte del poder judicial de las disposiciones dictadas por el parlamento (Jiménez Asencio, 2005).

Hay una clara diferencia entre dos modelos de constitucionalismo en el siglo XIX: el norteamericano y el continental europeo. Mientras en Estados Unidos prima el arquetipo de una constitución normativa, en Europa la de una constitución política que servía para organizar los poderes públicos (Pérez Royo, 2007). Se optó por constituciones flexibles, no se estableció una relación entre suprallegalidad formal y suprallegalidad material de la constitución y continuó teniendo un peso importante el principio monárquico –aunque luego vence, al menos en Francia, la idea democrática, esto solo confirma la tesis del sometimiento a la ley como expresión, ahora, de la soberanía popular– (Prieto Sanchís, 2010).

12 Sobre el caso de la magistratura norteamericana se volverá en el capítulo tercero.

Frente a los jueces hubo desconfianza, la jurisprudencia y la costumbre constituyeron formas de creación del derecho durante el *ancient regime* por lo que su expulsión de los sistemas jurídicos posrevolucionarios se volvió imperativa. No hacerlo equivalía a tolerar la usurpación de la voluntad general expresada en la ley. La convicción de que los jueces deberían asumir un perfil restrictivo respondía a los abusos que se cometieron durante el pasado y frente a los cuales la magistratura fue cómplice¹³. Cuando se intentaron promover reformas de corte liberal que recortaran los privilegios feudales, los jueces fueron un obstáculo muy fuerte para que prosperaran (Cappelletti, 1971).

El constitucionalismo norteamericano consolidó la noción de la constitución vista como la “ley” que rige a modo de ley suprema; cualquier norma que infrinja lo estatuido por la constitución puede ser desaplicada por los jueces. Además creó un mecanismo de control difuso, es decir, no hubo necesidad de establecer un procedimiento

13 Aunque esta es la posición más generalizada, López Medina (2006) matiza el punto. En su opinión el legalismo francés antijurisprudencial fue modificándose con el tiempo y aunque “...el odio revolucionario...” (p. 8) a la creación del Derecho por vía judicial se mantuvo, en la práctica forense se fueron introduciendo cambios que consideraban que no todos los supuestos de hecho podrían ser previstos por el legislador. De esta manera los fallos constantes de los tribunales superiores obligaban a los órganos inferiores a acatarlos. No era exactamente como el *stare decisis* anglosajón porque en el caso continental europeo se trata de atender los contenidos abstractos –no la decisión concreta para al final dar igual solución a hechos iguales–. Lo que no debe obviarse, sin desdeñar el valor persuasivo que pudo ir adquiriendo la jurisprudencia, es que estaba limitado al pronunciamiento reiterado de las instancias más altas en el escalafón judicial, con lo cual se mantenía un fuerte control sobre los jueces de menor jerarquía y que, además, esa jurisprudencia estaba vinculada especialmente a la legislación civil –la única que cita el autor– cuya aplicación se hacía respecto a relaciones entre particulares por lo que es posible deducir que en el fondo la preeminencia de los otros poderes del Estado sobre el poder judicial no sufriera entonces ningún cambio significativo.

especial constitucional como se haría tiempo después en Europa y en la mayoría de países latinoamericanos (Ferrerres Comella, 2004).

El constitucionalismo inglés no se menciona porque pese a la distinta concepción que se tuvo allí de la magistratura en comparación, como fue explicado en el primer apartado, con los países del *civil law* el nacimiento formal de la justicia constitucional se da en Estados Unidos, no en Inglaterra donde prevaleció el principio de supremacía parlamentaria.

La prevalencia de este principio se da paradójicamente pese a estimarse que fue mediante la doctrina formulada por el juez inglés Edward Coke que surge el control judicial de las leyes hace 400 años. En el célebre caso del Dr. Bonham, por una prohibición para el ejercicio de la medicina dictada por el Real Colegio de Médicos de Londres, Coke, al resolver en sentencia, justificó la existencia de principios y valores generales del *common law* que debían imperar y cuya garantía correspondía a los jueces por estar mejor situados. La doctrina luego de la revolución de 1688 es abandonada (Mac Gregor Ferrer, 2010). En cambio, en las colonias americanas, en criterio de Cappelletti (1989), prevaleció otra idea: las normas internas de organización eran válidas en tanto no contravinieran las leyes de la corona inglesa. Esto, asegura el profesor italiano, favoreció la construcción de un discurso jurídico a favor de la superioridad de ciertas disposiciones y el arreglo del resto con ellas.

En definitiva, los modelos de judicatura y constitucionalismo revelan una conexión estrecha. Existe entre ellos una relación de causalidad. La forma como es entendida la ley y la soberanía, en la experiencia continental europea –y su posterior exportación a otras latitudes– tiene un efecto directo sobre los jueces, quienes quedan condicionados y con unos contornos que responden a esas premisas.

En efecto, bajo la égida napoleónica la justicia se concibió como una estructura fuertemente jerarquizada y organizada mediante una carrera burocrática lo cual, como ha sido visto, provocó que la práctica jurisdiccional tuviera un desenvolvimiento bastante desdibujado (Ibáñez, 2010). Todo ello “...con la característica falsa conciencia acerca del auténtico papel del Derecho y del propio rol en el modelo; la inmersión en el formalismo interpretativo...” (Ibáñez, 2010, p. 27). Es la definición de un juez dogmático e ideológicamente restringido (Capella, 1970), porque aceptó que si la ley era la única expresión de la soberanía, entonces su sometimiento a ella, plena y hermética, no admitía ser cuestionado según valores más altos.

B. DE JUECES SACRALIZADOS A JUECES (CO)GOBERNANTES

El juez alimentado en la tradición del *civil law* y en los movimientos constitucionales de Europa continental, mecanicista y apolítico, inmaculado e impoluto queda justamente retratado en la imagen de la toga que le concede, apunta Andrés Ibáñez (2004), un cierto resabio sacerdotal y, como cualquier expresión sacra, de algo que descende del cielo. Las características del juez togado de estas tradiciones generan simultáneamente la percepción de que se trata de una figura situada por encima de los problemas que la sociedad resuelve a través de los otros poderes públicos.

B.1 JUEZ SACRALIZADO

Desde esta visión de un juez sacralizado, la magistratura está para aplicar la ley y su contribución se reduce a ello. El juez utiliza los instrumentos que le han sido concedidos para decidir a través de formalismos y rituales que

lo arrojan y le permiten atildar una imagen mística y sacra, consagrada a resolver no ya en nombre de los dioses, pero sí de las leyes¹⁴. Su actuación, así vista, refuerza el halo sacramental, pero debilita las posibilidades de que mediante la magistratura se puedan alcanzar respuestas que, más allá de la cancelación de una deuda o del cumplimiento de una pena privativa de libertad, reconozcan y ofrezcan alternativas para los dilemas actuales, momentáneos y terrenales que aquejan a la sociedad. Para estos dilemas la forma de organización jurídica contemporánea –el Estado– en todas sus manifestaciones debería estar presente.

Un juez sacralizado, pese a estar armado para incidir en su entorno de un modo más integral, no lo hace. Teniendo la posibilidad de proponer soluciones a los problemas, de diseñar líneas de acción política en el plano económico y social o de levantar la mano en nombre del pueblo al que pertenece prefiere escabullirse. No hacerlo sería demasiado audaz en razón de la estructura de la cual forma parte. El juez sacralizado está dirigido a emitir pronunciamientos concretos y simples; esto puede catalogarse como su más poderosa intervención en la sociedad. Mientras tanto, los problemas más ingentes, la injusticia en general y las situaciones más conflictivas, se mantienen vigentes (Pásara, 2010). Para un juez sacralizado desentenderse de la realidad que lo circunda, para impactarla o modificarla, es un medio de conservación del *status* que ha obtenido.

14 De esta manera lo que se impone como método de análisis es el positivismo jurídico “...su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia– a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura...” (Zagrebel'sky, 2008, p. 33).

Los procesos de socialización judicial, los diseños institucionales, las garantías de independencia y el devenir histórico en donde se desarrolló afianzan este prototipo de magistratura. Hay una ostensible vinculación, como se expuso en el primer apartado, entre los jueces y la forma en que se fue erigiendo el Estado y el constitucionalismo posrevolucionario; empero, y a contramano de esta imagen descrita que corresponde al estilo judicial tradicional, en los últimos años se ha advertido una transformación en el impacto que en los jueces tienen diversos ámbitos o, al menos, algunos de ellos, en diferentes partes del mundo, incluidos los países de tradición europea continental. Un cambio que, en palabras de Zagrebelsky (2008), implica la superación de un modelo en el cual la judicatura se limitaba a ser sierva del legislador y de su voluntad.

B.2 *UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN EL MODELO DEL JUEZ SACRALIZADO*

El modelo de juez sacralizado cambia sustancialmente en las últimas décadas según Gargarella, Domingo y Roux (2006), y se extiende desde Colombia hasta Rusia pasando por Brasil, Argentina, Costa Rica, Angola, Hungría, Rusia, Italia, Portugal y Alemania, entre otros países. Es lo que algún autor ha denominado la expansión del poder judicial (Tate y Vallinder, 1995).

De Sousa y García (2001) resaltan que en este periodo se ha asistido a un aumento en la visibilidad del sistema judicial en, prácticamente, todo el mundo. Ello ha conducido, prosiguen los autores, a un protagonismo cada vez mayor de los tribunales en la vida pública y en los medios de comunicación colectiva y, algo muy significativo, a "...la transformación de lo que alguna vez fueron asuntos y procedimientos judiciales esotéricos en tópicos de conversación frecuentes entre ciudadanos corrientes..." (p. 162).

En palabras de Guarnieri y Perdezoli (1997), el repertorio de decisiones que las democracias contemporáneas exigen hoy a los tribunales es inmenso, así “...la importancia social y política de la justicia debe ya computarse entre las características que comparten todas las democracias, aunque se manifieste de diversas formas, y sobre todo, con diferente intensidad...” (p. 15). Lo anterior evidencia un reposicionamiento de los jueces al adquirir mayor relevancia. No es otra cosa que la redefinición de los jueces en la democracia y del uso del poder del que disponen para intervenir en los asuntos públicos.

Pueden enumerarse muchos ejemplos que documentan la transformación de la judicatura, la cual se ha ido convirtiendo en un foro en donde se resuelven tópicos del más diverso calado. El cambio refleja un punto de quiebre en la labor acometida por los jueces desde los periodos revolucionarios del siglo XVIII.

Los siguientes casos se citan a modo orientativo: la sentencia de 1 de junio de 1993 de la Corte Constitucional de Guatemala que de oficio reestablece la institucionalidad en el país luego de que el entonces presidente, Jorge Serrano Elías, realizara un autogolpe de Estado (www.cc.gob.gt, 2012). La resolución del Tribunal Federal alemán sobre el aborto en la que se indica una serie de aspectos que debían ser respetados por el legislador para la protección de la vida prenatal (Sentencia VberfGE 88/203). El fallo del 6 de marzo de 2001, de un juez federal de la Corte Suprema argentina, que declaró nulas e insubsanables las leyes de punto final y obediencia debida, mediante las cuales se dejaban impunes hechos cometidos durante la dictadura militar (Almovist y Espósito, 2009). Los juicios desencadenados en Italia por el caso conocido como *Tangentopoli* surgen con el descubrimiento de poderosas redes de corrupción en Milán que vincularon a políticos y funcionarios públicos. Los procesos adquirieron gran relevancia por su fuerte contenido político y generaron

un reposicionamiento del poder judicial (Guarnieri, 2003). El voto del Tribunal Constitucional español, dictado en el año 2010, que avala el Estatuto de Cataluña; un tema que generó mucha controversia pues suponía, según algunos, al menos entre los miembros del Partido Popular, una cesión de competencias y soberanía a favor de intereses nacionalistas catalanes (Sentencia 2010/31). La resolución del Supremo Tribunal de Brasil dictada en mayo de 2011 que reconoce las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las equipara al matrimonio heterosexual (www.elpais.com/articulo/sociedad/Supremo/brasileno/reconoce/uniones/, 2011). La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en la cual se prohibió que, en el diseño de políticas para poblaciones indígenas, la Iglesia católica fuera tomada en cuenta. Para los jueces, un Estado laico no puede privilegiar a ningún grupo religioso (Sentencia 1993/027). Finalmente, el voto de un tribunal contencioso administrativo de Costa Rica que dejó sin efecto un decreto por el cual se declaró de interés público un proyecto de minería a cielo abierto impulsado vigorosamente por el poder ejecutivo del expresidente Óscar Arias. En el pronunciamiento se consideró que con el decreto se ponía en peligro el derecho a un ambiente sano (Sentencia 2010/1377).

Todas estas sentencias se caracterizan por tener dos elementos comunes, o al menos uno de ellos: un mayor poder de decisión –en ciertos pronunciamientos incluso definitivo– a contramano del criterio del poder legislativo y del poder ejecutivo y el reconocimiento de nuevos derechos. Ambos reflejan una modificación trascendental en cuanto al paradigma de juez explicado anteriormente. Con estos casos se está describiendo un juez que interviene y no se conforma con aplicar una norma de manera mecánica. Sus pronunciamientos tienen mayor incidencia social y hay una menor pasividad cuando se coloca de frente a los otros órganos estatales.

López Medina (2006) comenta que frente a la experiencia de una rama judicial kafkiana y legalista, y poco sensible

a las necesidades y a las angustias de quienes acudían a ella, los jueces, o una parte de ellos, han actuado en los últimos tiempos como mecanismos de reivindicación de viejos reclamos sociales que nunca, o al menos poquísimas veces, tuvieron cabida en los añejos y estrechos marcos del derecho más tradicional.

Brenes Barahona (2010), por su parte, pasa revista a la evolución de la figura del juez en la literatura especializada. Ha pasado, explica la autora, de considerársele un oficinista experto, que simplemente calzaba los hechos sometidos a su conocimiento a los códigos civiles, a ser entendido hoy, incluso, como un activista político que utiliza el ordenamiento jurídico para transformar a la sociedad.

De Sousa y García (2001) sitúan la expansión del protagonismo judicial en Europa en cuatro instancias; en primer lugar, en los procesos penales incoados contra importantes figuras de la política y la clase empresarial –como ocurrió en Italia y España–; en segundo lugar, en el activismo de las cortes constitucionales en los casos de separación de poderes, asignación de competencias sobre diversos niveles del Gobierno y protección de derechos fundamentales; en tercer lugar, avanzan los autores de cita, en la incipiente actividad de los jueces ordinarios y administrativos contra abusos de la administración en distintos ámbitos, y en cuarto y último lugar, en el alto perfil que han venido desarrollando los tribunales supranacionales, en este caso ponen como ejemplo paradigmático al Tribunal de Justicia europeo cuyas sentencias han sido clave en el diseño de un sistema legal a nivel de Europa.

Hay entonces una evolución de la función jurisdiccional que empieza a ser vista como tributaria de dos señores: la ley –sí– pero además la realidad,

...un estudio del Derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas,

sin conciencia alguna de los fenómenos a los que estas dirigen su fuerza normativa, serían obras extravagantes de juristas puros (como existen no pocos, orgullosos e inútiles) que no deberían interesar a nadie... (Zagrebelky, 2008, p. 133).

No obstante, esta evolución en el comportamiento de los jueces implica un reacomodo de fuerzas e intereses. No solo se trata de jueces más beligerantes, sino de la reacción que ello desencadena en contextos en los cuales la regla fue un aparato judicial discreto y poco dispuesto a actuar como contrapeso¹⁵.

15 Esta reacción conlleva, en palabras de O'Donnell (2001), un fortalecimiento de los mecanismos de control que denomina *accountability horizontal* (AH). La AH consiste en una transgresión por parte de una agencia estatal de la otra o en las ventajas ilícitas que una agencia obtiene para sí o para sus funcionarios. La lógica de la que parte O'Donnell es que las agencias estatales actúan de distinto modo al punto de que muchas decisiones se toman o no se toman porque de *iure* o de *facto* se consideran las preferencias de otras agencias. Desde esta visión, las agencias estarían en una relación de control mutuo. La AH sería una subcategoría de este tipo de interacciones que comparten la característica de ser desarrolladas por una agencia estatal con el objetivo de prevenir, cancelar, revertir y castigar acciones u omisiones de otras agencias estatales. Para el recientemente fallecido académico argentino, la relevancia de la AH estriba en que una condición, en principio, ínsita a la estructura democrática ha estado ausente o presente de una forma muy débil en muchas democracias, por ejemplo, de América Latina. Aunque pueden crearse agencias de AH –como contralorías, defensorías del pueblo, entre otros– las primeras llamadas a ejercer el control son, sin duda, los poderes del Estado cuando actúan como contrapeso unos de otros. Respecto a los tribunales, finaliza O'Donnell, estos tienen una tarea crucial en la protección de los derechos y en la fiscalización de que el poder no se ejerza abusivamente: "... las declaraciones de derechos y la revisión judicial o constitucional expresan el propósito de proteger algunos derechos civiles contra el Estado, las mayorías y otras constelaciones de poder colusivas o abusivas. Pero, como lo ilustra la historia de América Latina, a pesar de su consagración en constituciones estas protecciones pueden no ser más que barreras de pergamino si los tribunales, y

Marco Feoli V. Doctor por el programa Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, su tesis doctoral *Activismo judicial y justicia constitucional: los casos de Colombia y Costa Rica* recibió la mención *Cum Laude* (2012). Fue becario de la Agencia Española para la Cooperación Internacional y el Desarrollo (2008-2012), máster en Derechos Humanos y Educación para la Paz de la Universidad Nacional (2008) y máster en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca (2009). Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica (2002). Se ha desempeñado como abogado en el Poder Judicial (2003). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (2013). Investiga temas relacionados con sistemas judiciales en América Latina, derechos humanos y Derecho Constitucional, sobre los que ha escrito en revistas especializadas nacionales e internacionales.

Esta es una
muestra del libro
en la que se despliega
un número limitado de páginas.

Adquiera el libro completo en la
Librería UCR Virtual.

LIBRERÍA
UCR

VIRTUAL

Algunas acciones de los jueces están impactando la esfera política y la de quienes representan a los otros órganos estatales. Durante mucho tiempo se aceptó que los jueces tenían un ámbito de acción distinto al de los miembros de las otras instituciones públicas; sin embargo, esto se ha ido modificando en los últimos años. Se asiste a un progresivo desmantelamiento de aquella idea. Hoy, la visión del juez “boca de la ley”, aplicador mecánico de normas, como lo conceptualizó, y se sigue repitiendo, el Barón de Montesquieu, se aleja de las funciones que está desempeñando. Muchos de los temas más relevantes de la sociedad se han resuelto en la judicatura. El resurgimiento de la justicia constitucional fue especialmente significativo, en ese cambio, a partir de mediados del siglo XX. Este alejamiento de las tareas tradicionalmente desempeñadas por los jueces ha contribuido a que se hayan ido instalando conceptos como activismo judicial y judicialización de la política que dan cuenta de una nueva forma de relación entre justicia y política. Estos conceptos son abordados en el presente libro, y paralelamente se pasa revista del desarrollo histórico de los jueces en las democracias contemporáneas de influencia, entre ellas las latinoamericanas.

