

El Poder Jurisdiccional en un Estado Democrático

Efraín Quevedo Mendoza*

Los retos que impone el actual estado de cosas en el mundo requieren una perspectiva esclarecedora y honesta respecto del alto grado de complejidad circundante, situación que pudimos percibir junto con el advenimiento de la 'post modernidad'. En esta oportunidad, el profesor Efraín Quevedo nos ofrece un análisis multidisciplinario del poder jurisdiccional, para ello, parte desde la teoría del Estado y transita por las distintas aproximaciones y problemáticas que, tanto el Derecho como la Ciencia Política, han avistado. Hoy por hoy, aportes como el del autor, constituyen sin duda, loables esfuerzos para constituir una sociedad en mejores condiciones de afrontar los retos actuales en materia jurisdiccional en democracia, deudas pendientes en Latinoamérica.

I. Localización del problema

La preocupación por el estudio del proceso desde coordenadas constitucionales y políticas, nace, en nuestra región, a mediados del siglo XX, con importantes aportes de Eduardo J. COUTURE y J. Ramiro PODETTI, pero tiene una primera expresión generalizada en el procesalismo argentino desde el año 1972, cuando se celebró en Mendoza el VIIº CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, bajo el lema "Constitución y Proceso", proponiéndose a la reunión científica como primer tema "La independencia, autoridad y responsabilidad del Poder Judicial".

En ese contexto, es solo en las últimas décadas y fundamentalmente por obra de los constitucionalistas, embarcados en su gran mayoría en el denominado "derecho procesal constitucional", que se han planteado a la ciencia procesal sudamericana, sin que ésta muestre un interés superlativo en su investigación, aquellos problemas estructurales que provienen de la inserción del Poder Judicial como Poder del Estado.

No parece desacertado, entonces, un actual integrante de la Corte Suprema de la Nación Argentina, cuando, en el año 1994, apuntaba que "Salvo excepciones, no puede hablarse de un verdadero desarrollo teórico del tema en América Latina", en donde "ni siquiera podemos hablar de una tradición de *teoría política de la jurisdicción*" y aunque no puede ignorarse la producción científica al respecto, "es inevitable convenir en que la misma es escasa en relación con el enorme desarrollo teórico en otras áreas, donde nuestra doctrina latinoamericana se halla al mismo nivel que los países centrales",

conjugándose "intereses" e "ignorancia" para "producir un panorama de poderes judiciales cuyas estructuras guardan cierta semejanza con las del mundo central del siglo pasado –se refiere al XIX–, salvo alguna que se acerca a las de finales de ese siglo"¹. El estado de cosas no se ha modificado demasiado en el curso de casi dieciocho (18) años.

Ha correspondido a la ciencia comparatista, advertir sobre la necesidad de "demostrar cómo la estructura del poder judicial afecta al proceso legal" y "lo equivocado que es centrarse en el atractivo de la forma procesal sin preguntarse si tal forma es compatible con un aparato judicial particular", de donde deriva un correcto planteo del problema que aqueja al sistema procesal moderno y que consiste, básicamente, no solo en determinar "qué tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos"².

Queda planteada así la difícil y polémica relación entre política y proceso judicial, que ha suscitado no pocos enfrentamientos en el campo del derecho público, particularmente en lo relativo a la organización de la administración de justicia y el papel institucional del juez³, pero que ha preferido silenciarse entre los procesalistas, manteniendo una actitud marcadamente técnica, prescindente de las ideologías predominantes en la sociedad. Se produjo así el hiato entre proceso judicial y ciencia política.

No es nuestra intención emprender aquí la empinada y difícil tarea –que desborda por completo los estrechos límites de este trabajo y de nuestras capacidades– de recomponer las relaciones entre ambos campos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 ZAFFARONI, Eugenio, *Estructuras judiciales*, Ed. Ediar SA., Bs. As., 1994, págs. 19 y 20.

2 DAMASKA, Mirjam, R., *Las caras de la justicia y el poder del estado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pág. 86.

3 Véase SAGÜES, Néstor P., *El tercer poder*, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2005, págs. XX a XII.

del saber científico; nos proponemos, simplemente, desarrollar algunas reflexiones sobre uno de los aspectos del proceso judicial que aparece más estrechamente ligado a una concepción democrática de la organización del Estado, procurando llamar la atención, en ese punto, acerca de la conveniencia de no perder de vista las concepciones políticas imperantes en la sociedad cuando se adopta una particular posición frente a la organización de la administración de justicia estatal y se diseñan las formas en que deberá desplegar su función esencial –jurisdicción– o bien, se especula acerca de tales realidades jurídicas.

La restricción que nos hemos impuesto responde, además de las razones expuestas, a la necesidad de destacar que la efectiva trascendencia de una visión política de la administración de justicia no debe conducir a exageraciones que limiten el análisis al aspecto meramente político del fenómeno procesal o bien enreden el discurso científico en consideraciones de índole ideológica⁴, conduciendo el debate hacia una dirección no solo errada sino perturbadora de los objetivos estrictamente especulativos y técnicos que debe presidir todo cambio de ideas en el ámbito de la ciencia⁵.

Nos proponemos, en definitiva, localizar el fundamento, coherente con el sistema democrático, que justifique la existencia, dentro de ese sistema, de un poder del Estado, independiente y autónomo, circunscrito a la función de juzgar los casos regidos por las normas integradoras del orden jurídico estatal y controlar la legalidad de los actos de gobierno, dando adecuado sustento político a la obligatoriedad de sus procedimientos y decisiones, tanto para los sujetos y grupos sociales como para los otros poderes del Estado. Esta es, ni más ni menos, la cuestión que nos hemos propuesto afrontar ahora.

El abordaje de tan empinada temática exige despejar ciertas opacidades, históricas y científicas, que dificultan la clara visión del material, jurídico y político, con que debe construirse el cimiento democrático del Poder Judicial, habiéndose erigido en obstáculos para la instalación de éste como un poder autónomo e independiente dentro de la estructura de los Estados

modernos. A ellas nos referiremos antes de entrar de lleno al tópico propuesto.

II. Sustento débil en las democracias modernas

Prescindiendo de la situación que tenía el Poder Judicial en las monarquías absolutas, puede decirse, sin temor a equivocarse, que nació a la teoría política del Estado liberal como un ente inferior en la estructura y funcionalidad de la organización del poder soberano⁶. La burguesía revolucionaria francesa de finales del siglo XVIII no asignó un lugar más alto al Poder Judicial⁷.

Con sobrada razón se ha dicho que “La Revolución significó un cambio de titularidad en el poder, que pasó a ser ejercido fundamentalmente por la burguesía a través de la institución asamblearia, es decir, por medio de leyes. La soberanía nacional (nombre nuevo para el poder político), tenía que tomar precauciones con el otro poder, el judicial, que hacía efectivas o inútiles esas mismas leyes. El poder y la independencia que los liberales reivindicaron para la judicatura durante el siglo XVIII eran entendidos, implícitamente, como poder e independencia *frente al monarca* pero sin ningún valor en sí mismos, o sea, sin significado frente a otras instancia distintas del Rey. La independencia del juez no era deseable sino en cuanto servía para reforzar una posición institucional que pudiera ser utilizada contra el poder político establecido. Una vez que éste fue derribado ya no eran necesarios los tribunales, pues “el despotismo ya no volverá a existir” como decía, tranquilizadoramente, el Comité de Constitución revolucionario⁸.

Ya en el siglo XIX, Napoleón emprende la organización de la administración de justicia a través de la ley del 20 de abril de 1810, destinada a servir de modelo, conocido como “modelo francés” –contrapuesto al “modelo anglosajón”– que se caracteriza por ubicar al Poder Judicial como un órgano del Estado bajo la responsabilidad del Ejecutivo, quien designa a los funcionarios integrantes de aquél y controla, incluso, su carrera. Este modelo, expandido en gran parte de la Europa continental, no niega, formalmente, la independencia del Poder Judicial, pero ella

4 Empleamos la voz “ideología” en el sentido que le asigna la sociología (CAPDEVILA, Néstor, *El concepto de ideología*. Ed. Nueva Visión, Bs. As., 2008, págs. 6, 7 y 261), desde cuyo ángulo pueden comprenderse los riesgos, denunciados desde la filosofía jurídica, acerca de los peligros de manipulación ideológica de los sistemas científicos que, en ocasiones, se muestran sin sutilezas en ciertos sectores sensibles de la realidad normativa (MASSINI CORREAS, Carlos I., *El renacer de las ideologías*, en Revista *Idearium*, publicación de la Universidad de Mendoza, Mendoza, 1984).

5 En el sentido de lo dicho en el texto se ha señalado que, si bien “los factores políticos tienen un papel central en los grandes esbozos del sistema procesal... no son los únicos determinantes de la forma procesal. Incluso un legislador que tuviese carta blanca para adaptar las formas de la justicia a sus propias convicciones políticas, no tardaría en descubrir las limitaciones de la ideología política como fuente de inspiración. A menudo sería incapaz de establecer qué procedimiento es preferible a la luz de sus creencias políticas y por lo tanto estaría compelido a hacer elecciones sacadas del inventario existente de la experiencia moral y cultural, del tejido de las creencias heredadas, y consideraciones similares. La historia de los experimentos soviéticos y chinos en la administración de justicia testifica esta dificultad al traducir el verso de la ideología en la prosa de la forma procesal. Claramente, entonces, incluso bajo condiciones propicias, las imposiciones de la esfera política solo corresponden a un número limitado de fenómenos procesales” (DAMASKA, Ob. cit., págs. 414 y 415).

6 Uno de los precursores del diseño actual de la organización política del estado democrático, JOHN LOCKE, excluía a los órganos judiciales de los “poderes” entre los que se distribuía el ejercicio del poder político, focalizado en el Ejecutivo, el Legislativo, el Federativo y el de Prerrogativa, quedando la función juzgadora incluida dentro de la ejecutiva, en cuanto ambas “se conciben únicamente como aplicación de las leyes generales a los casos específicos”. Es MONTESQUIEU quien eleva la función judicial a la categoría de poder del Estado, en posición equivalente al de los otros dos poderes. Sin embargo, también este autor minimiza la “*puissance de jurer*” al declararla “invisible et nulle”, conforme a su idea de que “la mera subsunción de los hechos en la ley a través de la sentencia” no cumple “ningún papel político” en el funcionamiento del Estado, siendo un “simple instrumento o cauce de la aplicación de la ley”, a cargo de órganos públicos que se desempeñan como “voceros de la ley”, máquinas de hacer silogismos cuya única función se resume en la aplicación de la pena que la ley señala, puesto que la premisa mayor, la norma, está previamente establecida, y la premisa menor es fijada por el jurado⁷.

7 El 22 de noviembre fueron suprimidos los Parlamentos. La Ley 16, del 24 de agosto de 1790, reorganizó el sistema judicial, prohibiendo que los tribunales sancionen reglamentos y obligándolos a “dirigirse al cuerpo legislativo siempre que sea necesario interpretar una ley o hacer una nueva”. La ley 27, de noviembre/1 de diciembre 1790, prohibió al juez interpretar la ley, creando, en el ámbito del poder legislativo el muy conocido tribunal de casación, cuya función esencial radicaba en controlar la fidelidad de los jueces al texto de la ley, al punto de exigirles recurrir al legislador, a través del mecanismo del *referee legislatif*, en caso de presentarse dudas respecto del sentido y alcance de la voluntad legislativa. Por ley 16, del 26 de setiembre de 1791, se instituyó el jurado popular con competencia en materia penal. Esa misma norma legal prohibía al juez juzgar los actos del poder ejecutivo y resolver cualquier controversia en la que fuese parte un sujeto público (con excepción de las de naturaleza penal), así como, dejar de aplicar o, peor aún, anular los actos realizados por el ejecutivo violando la ley.

8 HERNANDEZ MARTÍN V., *Independencia del juez y desorganización judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 49.

“permanece como valor ideológico, confiado a algunos signos externos y a algunas modestas especificidades del estatuto del magistrado, que no sirven para engañar los espíritus más lúcidos. Y en efecto, en el curso de siglo y medio durante el que imperó el modelo, el liberalismo político-democrático no cesó de denunciar la contradicción entre el sistema y los derechos del individuo. La tensión entre libertad y autoridad en las vicisitudes del Estado liberal es también lucha por restringir las prerrogativas del Gobierno sobre la organización judicial, a través de la creación de garantías institucionales específicas, dirigidas a limitar las competencias del Ejecutivo en la materia”⁹.

“Es claro que (...) las democracias modernas instalan un Poder Judicial débil, sin la jerarquía institucional ni la suficiente autonomía financiera y de coacción, necesarios para arbitrar con eficacia en el ejercicio del poder político por los órganos ejecutivo y legislativo.”

En el propio Estados Unidos de Norteamérica, cuyo modelo de organización judicial, sustentado en una fuerte garantía de independencia y autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado y su jerarquización como órgano de control de la constitucionalidad de toda la producción jurídica estatal, fue seguido por la mayoría de los países latinoamericanos¹⁰, el primer presidente de la Corte Suprema –Jay– calificó al Poder Judicial de un poder “sin la bolsa y sin la espada”¹¹, la primera en manos del Poder Ejecutivo y la segunda en las del Poder Legislativo.

Es claro que, en general –prescindiendo, obviamente, de singularidades–, las democracias modernas instalan un Poder Judicial débil, sin la jerarquía institucional ni la suficiente autonomía financiera y de coacción, necesarios para arbitrar con eficacia en el ejercicio del poder político por los órganos ejecutivo y legislativo.

Esa debilidad en el origen histórico ha proyectado sus efectos en las dificultades que todavía hoy encuentra el Poder Judicial para legitimar su posición, de poder autónomo e independiente, frente a los otros poderes del Estado, incardinando a la sentencia judicial como un método democrático de producción del derecho, en el mismo plano en que se ubica la ley y el acto administrativo.

III. Dificultades desde la ciencia política

La segunda dificultad que encuentra la organización judicial para erigirse en un poder autónomo dentro de la estructura de poder de las democracias modernas, proviene no ya de su formación histórica sino de la ciencia política que, desde sus albores, en la cultura grecolatina, no acierta con un criterio uniforme y medianamente seguro para individualizar y distinguir, nítidamente, las nociones de “democracia” y “república”, necesarias para satisfacer, mínimamente, los requerimientos de quienes deben recurrir a ellas para la construcción de un firme entramado conceptual en otros campos de las ciencias sociales, en particular del jurídico-procesal.

Destaca Giovanni SARTORI que “...en la medida que la “democracia” ha llegado a ser un término universalmente apreciado, su contenido se haya dilatado abusivamente hasta convertirse en el más ambiguo de todos estos términos. No todos los sistemas políticos se declaran socialistas, pero hasta los sistemas comunistas se declaran democráticos. A partir de la segunda guerra mundial la “democracia” se encuentra a la orden del día...”; rematando con una cita de Bertrand de JOUVENEL, para quien “...las discusiones sobre la democracia...carecen de valor intelectual, ya que no sabemos de lo que estamos hablando”¹².

También en territorio americano se ha notado la dificultad que ofrece la delimitación conceptual de la democracia en el debate político, enfatizándose en que “existe confusión y desacuerdo acerca de cómo definir la democracia. Algunos de estos desacuerdos son inevitables, pero la confusión no lo es. La necesidad de clarificación conceptual se evidencia por la proliferación de calificaciones y adjetivos anexados al término “democracia”, que ha sido registrada y provechosamente analizada por Collier y Levitsky”

Otro tanto ocurre con la idea de “república”, respecto de la cual en la literatura jurídica argentina se ha señalado el “abuso” y el “maltrato” que ha recibido el vocablo, al punto de vaciar su contenido; con mayor severidad se ha enfatizado que “La denominación “República” o la invocación “republicana” se han tornado *polisémicas*, Y en efecto, la *polisemia* (de acuerdo a su etimología y a los diccionarios) remite a los casos –desgraciadamente frecuentes en la realidad constitucional de muchos Estados– en los que la *pluralidad de significados* de una palabra, de un signo o de un mensaje, se da o presenta con independencia de la naturaleza de los signos (o elementos) que lo constituyen. En definitiva, estamos ante casos o situaciones que nos evocan la imagen de una “farsa”, pero entendiendo esta expresión como algo más terrible que una comedia o drama, dado que el sentido trágico radica en el más maligno de los virus que afectan a las democracias constitucionales, el engaño, la tramoya para aparentar”¹⁵.

9 SENESE, Salvatore, *Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del Poder Judicial*, en *Corrupción y estado de Derecho, El papel de la jurisdicción*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pág. 51. El Tribunal de Casación íntegra, ahora, el Poder Judicial, pero es controlado por el Ejecutivo igual que el resto de los magistrados judiciales.

10 La afirmación del texto debe considerarse estrictamente referida a los aspectos de la Administración de Justicia allí mencionados, pues en la organización de la burocracia judicial las legislaciones latinoamericanas siguieron el modelo español y a través de él, el napoleónico (véase ZAFFARONI, *Ob. cit.*)

11 Citado por SAGÜES, *Ob. cit.*, pág. 6.

12 *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*, v. 3, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, pág. 489.

13 O'DONNELL Guillermo, *Democracia, agencia y estado*, Ed. Prometeo Libros, Bs. As., 2010, pág. 14.

14 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, T. I, Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pág. 146).

15 VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Mutaciones regresivas en el ejercicio de las formas republicanas de gobierno*, en *Debates de actualidad*, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXV, N° 202, enero/junio 2010, pág. 17.

La volatilidad de la significación de estos dos términos en la ciencia política, ha favorecido, inclusive, su frecuente utilización como sinónimos. En esta dirección, ha señalado Vicente MASSOT, en nota periodística aparecida en Diario *La Nación* –Argentina–, que ambas ideas “Fundidas y confundidas como si fuesen hermanas gemelas, o poco menos, la república y la democracia parecen destinadas –(...)– a obrar a la manera de los sinónimos”, modalidad semántica que no molesta a una parte importante del constitucionalismo argentino, que acepta la equivalencia en la significación de ambos vocablos¹⁶. Habiéndose distinguido en la reciente realidad histórica mundial la república “democrática”¹⁷, de la “autoritaria” o “totalitaria”, y la democracia “republicana” de la “monárquica” y de la “popular”.

Por encima de tan perturbadora sinonimia, es innegable la estrecha vinculación que media entre ambos aspectos de la organización del Estado, lo que se pone en evidencia no bien se advierte que en nuestros días la democracia “no supone el ejercicio directo del poder sino la delegación del poder; no es, en resumen, un sistema de autogobierno, sino un sistema de limitación y control del gobierno”. No hay, como en Grecia, “identidad entre los que gobiernan y los que son gobernados”, ni si quiera “lo que llamamos “democracia directa” (iniciativa popular, referéndum, etc.) puede colmar el abismo que separa la democracia griega de la actual”, de donde resulta indudable que “en el mundo moderno democracia es, ante todo y sobre todo, un término normativo: no *describe* algo sino que *prescribe* un ideal”¹⁸.

Frente a la perplejidad que provoca en quienes asistimos desde fuera a esta imponente creación científica –que busca comprender y en lo posible corregir, los grandes sistemas de gobierno de las sociedades modernas– y de la que debemos, necesariamente, servirnos para construir nuestros conceptos y extraer conclusiones útiles para la especulación científica en otros campos del conocimiento, aparece debidamente justificado que recurramos a aquellas concepciones políticas que informan los cimientos constitucionales de un orden jurídico determinado, brindando así sustento normativo a nuestra construcción¹⁹.

La Constitución argentina (artículo 1º) y en general, la mayoría de las latinoamericanas²⁰, enuncian el sistema “republicano” como una de las formas que adquiere el ejercicio del poder político.

El régimen democrático es objeto de enunciación indirecta, en Argentina, en la Constitución de 1853, al designárselo por lo que constituye su arista más visible en el mundo contemporáneo, el carácter “representativo”

con que se ejercita el poder político²¹, mientras que su mención expresa se introduce recién en 1994, en los artículos 36, 4º párrafo, y 38, 1º párrafo; el “principio de soberanía popular” se proclama en el primer párrafo del artículo 37, como base de la garantía del “pleno ejercicio de los derechos políticos” por la ciudadanía. En cambio la Constitución peruana enuncia explícitamente que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” (artículo 43, 1º párrafo).

A) Noción dogmática de democracia

Para SCHUMPETER, citado por SARTORI, la democracia se resuelve en “un dispositivo institucional para producir decisiones políticas, en virtud del cual los individuos adquieren el poder de decidir a través de una lucha competitiva por los votos del pueblo”²², el cual, cuando es asumido como interés dominante en una sociedad política, se estructura a través de normas supremas del orden jurídico.

Es ésa la idea nuclear que preside la Constitución argentina, cuando instituye los “partidos políticos” como “instituciones fundamentales del sistema democrático” y establece como manifestación del “principio de soberanía popular”, la garantía a los ciudadanos “del pleno ejercicio de los derechos políticos, entre los que enuncia expresamente, el “sufragio...universal, igual, secreto y obligatorio” y la “igualdad real de oportunidades...para el acceso a cargos electivos y partidarios” (artículo 37).

Con mayor o menor especificidad las constituciones latinoamericanas transitan caminos similares. Tomando el modelo de la peruana, señalamos las normas contenidas en sus artículos 31, 35, 45 y concordantes, para verificar la coincidencia con el sistema constitucional argentino.

Es, por lo tanto, acertado concluir que los sistemas de gobierno latinoamericanos se construyen según la figura política de la democracia representativa.

B) Noción dogmática de república

La división de poderes constituye el punto central del sistema republicano de gobierno, fundado en la genial percepción de MONTESQUIEU de que “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición de las cosas el poder frene al poder”²³.

La dogmática constitucional ha incorporado a aquella idea central otras que modelan el sistema, como la de *responsabilidad* en el ejercicio de las funciones públicas, la de *periodicidad* en los cargos, la de publicidad de los

16 Como apunta EKMEKDJIAN, en el lugar citado en nota N° 12m con citas de Joaquín V. GONZALEZ, SANCHEZ VIAMONTE y GARCÍA VENTURINI.

17 La Constitución de Chile estatuye que “Chile es una República democrática” (artículo 4º).

18 SARTORI, *op. cit.*

19 Se trata de los que Arturo E. SAMPAY llamaba la “aplicación del método jurídico al Derecho Político, que es el estudio de la organización jurídico-positiva del Estado”, cuya visión normativa no debe descartar su aspecto teleológico “dada la naturaleza operabilis de su objeto, integrado por normas que existen en una realidad política a la que rigen y de la que solo son desprendidas, por necesidad metódica” (*Introducción a la teoría del estado*, 2º ed, Ed. Theoria, Buenos Aires, 1996, pág. 142).

20 La Constitución de la República del Perú, en el tercer párrafo del artículo 43 dispone que el Estado “se organiza según el principio de la separación de poderes”.

21 La forma representativa presupone, en el orden de normas donde se encuentra descripta, que el gobierno actúa en *representación “del pueblo”* y que “el pueblo se gobierna a sí mismo por medio de sus representantes”. Es la vieja tesis de la *democracia como forma de gobierno*, o democracia “popular” (BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. I, Bs. As., 1989, pág. 146).

22 Para una crítica de esta concepción de la democracia puede verse O’DONNELL, *Ob. cit.*, págs. 24 a 30.

23 Citado por EKMEKDJIAN, en *Ob. cit.*, pág. 157.

actos de gobierno, pero que no desplazan a aquella en su papel de tipificar el carácter republicano de un sistema de ejercicio del poder político.

Esa división, aunque clásicamente formulada por MONTESQUIEU, aflora en el pensamiento antiguo, con PLATÓN, ARISTOTELES Y POLIBIO, consistiendo su originalidad en la circunstancia de haber diseñado la “división de poderes” como medio de asegurar la libertad, o sea, en haber constituido la libertad en el eje –como escribe LEGON– de una organización constitucional del Estado como salvaguarda máxima de libertad y antidoto eficaz contra el despotismo, prestando así consistencia, nitidez y fuerza de convicción a los elementos preexistentes de la doctrina. Ha destacado GARCÍA PELAYO que no era nuevo el hecho que estuvieran divididos los poderes, pero sí lo era el sentido dado a la división, consistente en detener el poder con el poder, es decir, creando en el seno mismo del poder la disposición adecuada para evitar y corregir el abuso, con el fin de tutelar la libertad política.

Señalamos que en el mundo de hoy se conocen “democracias republicanas” y “democracias autocráticas”, estas últimas se configuran cuando el titular del poder Ejecutivo, habiendo sido elegido por el voto mayoritario, ejercita abusivamente el poder político delegado por el pueblo, haciendo valer el peso del número, y el número –como ingeniosamente apunta Vicente MASSOT– es indistintamente liberal, conservador, radical, fascista o comunista.

El meollo del sistema radica en la asignación de un conjunto de atribuciones a cada uno de los órganos del Estado, asegurando su separación y a la vez, el control mutuo y la colaboración en el ejercicio de sus funciones.

Todo ello con el objetivo básico de garantizar las libertades individuales y agregamos, ahora, la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos fundamentales.

C) La democracia republicana

Estos derechos humanos se erigen en el vértice de conjunción de la “democracia republicana”, si se admite, con cierto sector de la doctrina neo-positivista, y aún con un sentido filosófico en absoluto diferente, que “...los derechos fundamentales...-de los derechos de libertad a los derechos sociales- operan como fuentes de invalidación o deslegitimación, más que de legitimación”, por cuanto “representan no una

autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenados a él”, que operan “*hacia* y si es necesario, contra el Estado, o sea, *contra* los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría”²⁵.

La democracia republicana se integra así con la adquisición, a través del voto mayoritario del pueblo, de la legitimidad en el ejercicio de la potestad de adoptar decisiones con contenido político y con la sujeción de tal legitimidad, en el ejercicio de aquella potestad, al control recíproco de la totalidad de quienes adquirieron porciones de ella y se comprometieron con “la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia”²⁶.

Desde otra perspectiva filosófica pero con similares consecuencias en el orden político, se ha dicho que “la auténtica democracia...es una forma de Estado, en la que el poder político se ejerce ordenado al bien común temporal, con participación responsable, libre y eficaz de la comunidad”²⁷, de donde se sigue que la ordenación del poder político a una finalidad distinta del *bien común temporal*, deslegitima a quien lo ejerce, aún cuando hubiere sido delegado con participación de la comunidad.

Sobre estas bases elementales nos moveremos para examinar la organización estatal, a la que el orden constitucional y legal de la mayoría de los países latinoamericanos asigna la función jurisdiccional, y las normas de procedimiento que regulan su funcionamiento, con el propósito de establecer si responden plenamente a las exigencias de un sistema democrático y republicano de gobierno.

III. La legitimación democrática del Poder Judicial

La asunción por el Estado del monopolio de la función jurisdiccional se encuentra **históricamente legitimada** en la necesidad de suprimir la defensa privada de los derechos, evitando que la falta de certeza en la tutela de que goza un interés, individual o colectivo, frente a otro, cuyo sacrificio es un medio necesario de satisfacción del primero, se convierta en fuente de enfrentamiento físico e incluso, espiritual entre los sujetos de esos intereses, y germen de la alteración de la paz social. La satisfacción del interés público en el mantenimiento de la paz social, a través de la satisfacción de los intereses particulares, colectivos y públicos, estimados jurídicamente valiosos, justificó y justifica aún, la monopolización estatal de

24 Aquél que encuentra la fundamentación de los derechos humanos más allá del orden positivo constitucional, en una “realidad gnoseológicamente trascendente al sujeto”, realidad que se localiza en su “carácter de persona, que constitutivamente compete a todo hombre” confiéndole “una especial dignidad o eminencia” que se erige en “el título de un derecho de respeto y de salvaguardia que se determina a través de una variedad de derechos concretos” (MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos aires, 1994, pág. 125).

25 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, sexta edición, Ed. Trotta, Madrid, 2009, págs. 52 y 53).

26 FERRAJOLI, *Ob. cit.*, pág. 53.

27 SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *Sobre la “ideología democrática”*, publicado en *La revista del foro*, on line, SUPLEMENTO ESPECIAL del día miércoles, 23 de mayo de 2007. Ello es así por cuanto, como enseña SMAPAY, embebido de una filosofía aristotélico-tomista, “El Estado...es una disposición de partes relativamente estable, pero ante todo es una línea de orientación: la comunión de una multitud de hombres para obrar por un fin, por la *virtus unitiva* del *Bien común*”. La realidad de esta causa final, única y objetiva, da unidad al Estado, lo que equivale a decir, conforma el ser del Estado” (*Ob. cit.*, pág. 421). El ejercicio del poder político orientado a bienes particulares o sectoriales priva a la acción política de la *virtus unitiva* y legitima la resistencia de la sociedad.

28 “...llegado el derecho a su perfecta madurez y reforzada la autoridad del Estado, la realización de los intereses tutelados por las normas jurídicas pasó a ser una función pública que el Estado reclamó para sí...De esto se siguió también y lógicamente, la prohibición de la defensa privada, prohibición que fue restringiéndose cada vez más hasta reducirse al uso lícito de la fuerza por parte de los particulares a unos pocos casos excepcionales. La satisfacción pues de los intereses tutelados por el derecho, en caso de incertidumbre o inobservancia, no se hace hoy ya por obra de los interesados mismos, sujeto de la pretensión y sujeto de la obligación jurídica, sino que ha pasado a ser cometido exclusivo del órgano específico del derecho, esto es del Estado” (ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, T. I., Eds. Temis–Depalma, Bogotá–Buenos Aires, 1967, pág. 42).

la función de juzgar los conflictos y toda situación de incertidumbre o insatisfacción en que se encuentre un determinado interés –privado, colectivo o público– protegido por el derecho²⁸, sea que tal protección provenga de una norma particular del ordenamiento legal o de un principio general del derecho, positivo o natural.

La **legitimación política** del ejercicio exclusivo de esa potestad por los órganos del Estado en el contexto de un Estado democrático, regido por el “principio de la soberanía popular”, según la fórmula elegida por el artículo 37 de la Constitución argentina, resulta bastante más dificultosa, sobre manera con relación a una estructura estatal que durante siglos permaneció como una dependencia del poder absoluto del Rey y aún en países que abrazaron el sistema democrático de gobierno, después de la segunda guerra mundial, se mantuvo dentro de la órbita del Poder Ejecutivo.

Si a ello se agrega que en nuestro sistema los integrantes del Poder Judicial no adquieren la potestad de juzgar directamente del pueblo, sino de un concurso de órganos de origen electivo (artículo 99, inc. 4, Constitución argentina), luego de una selección a cargo de un Consejo de la Magistratura, cuyo origen tampoco es electivo (*ibidem*, artículo 114), o bien, directamente, de éste (artículos 150 y 154 numeral 1., Constitución de la República del Perú), de modo que aquéllos no pueden arrogarse la representación directa del “soberano”²⁹, encuentra explicación el *complejo de inferioridad*³⁰ que sufre el Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado, integrados por funcionarios elegidos directamente por el pueblo.

La legitimación democrática del ejercicio de la potestad jurisdiccional por el Poder Judicial, en forma exclusiva, se ha intentado desde distintos ángulos, que repasaremos sintéticamente.

1. Legitimación de origen

a) Elección popular

La elección popular de los jueces fue el primero y natural recurso del Estado liberal para legitimar el poder de juzgar en cabeza de los órganos judiciales³¹, aunque pronto esa legitimación en la fuente del poder encontró el obstáculo de la “deslegitimación” en su ejercicio³²,

habida cuenta que aquélla se logra a costa de la pérdida de independencia de quien accedía a los favores del “soberano”, a través de una singular estructura partidaria que condiciona, luego de producida la elección, el sentido de los juicios que imprimen dirección a sus decisiones³³.

El concepto de república democrática importa un Poder Judicial alejado de todas las pasiones que imponen las coyunturas electorales, con el propósito de garantizar la objetividad en el juzgamiento de los derechos individuales, sociales y públicos, y asegurar el equilibrio de los poderes del Estado.

Esto es tanto más cierto en nuestros días en que se asigna al juez la función política, no solo de controlar la legalidad de los procesos electorales y de las decisiones políticas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo – verificando su conformidad o disconformidad con el orden constitucional–, sino, además, de hallar la regla de conducta que rija el caso que se somete a su juicio, en todos los supuestos de vacío u obscuridad del orden jurídico, incluido el remedio jurisdiccional apropiado a la tutela del derecho controvertido –ante la ausencia o falta de claridad del mandato legal–, colocándolo en una posición demasiado cercana a la de aquellos que conducen políticamente a la sociedad desde parciales posiciones ideológicas partidistas³⁴.

No cabe dudar que se sigue de allí un riesgo cierto de que el medio –electoral– de acceder a la función se convierta en un compromiso de fallar según las valoraciones afines a la ideología sostenida por la organización política a través de la que el juez accedió a su cargo³⁵.

Sustraído el juez, en los sistemas jurídicos modernos, a los límites de la legalidad, no puede, obviamente, quedar atrapado en el horizonte, más oscuro e indefinido, de la ideología gobernante.

b) Nombramiento ministerial

No tardó, entonces, la democracia liberal en desembarazarse de ese mecanismo legitimador, aunque para adoptar el régimen del nombramiento “ministerial”, dando forma a lo que se denominó el “modelo napoleónico”, que desligó la fuente de legitimidad del poder de juzgar de las facciones políticas, pero sin lograr, de otro lado, incardinarlo como producto de

29 La Constitución peruana proclama que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo”.

30 La expresión es utilizada por SAGÜES, -en *Ob. cit.*, pág 7- para representar el estado de ánimo de los integrantes del Poder Judicial, frente a los otros poderes del Estado, al “no tener origen electivo popular”.

31 “... el poder solo es legítimo cuando procede de la autoridad del pueblo y está basado en su consentimiento”, el cual puede provenir de “una mera presunción, en un supuesto no verificado”, como es el caso del nombramiento por “aclamación”, o resultar “verificado mediante procedimiento *ad hoc*” (SARTORI, *op. cit.*).

32 Persisten, sin embargo, formas de legitimación popular en el nombramiento de los jueces. La Constitución de la República de Perú dispone que “Los Jueces de Paz provienen de elección popular”, dejando en manos del legislador la opción de “establecer la elección de los jueces de primera instancia” (artículo 152), prohibiéndoles, no obstante, “participar en política” (artículo 153).

33 Con respecto a la organización judicial norteamericana se ha señalado, como un defecto, la “Interferencia de motivaciones políticas en la selección de los jueces, tanto en el sistema de nombramiento por el gobernador como en la elección popular. Aunque el mismo interés de la política del partido que los nombra o propone lleva a reclutar a los más prestigiosos juristas para los cargos más relevantes, el sistema de selección presenta el mismo inconveniente que cualquier otro que sobreponga intereses no judiciales para la selección de los jueces. Por otra parte, los defectos se acentúan en la selección de los jueces para los tribunales de menos trascendencia pública o para la justicia local” (MORENILLO RODRIGUEZ, José María, *La organización de los tribunales y la reforma judicial en los estados unidos de américa*, Ed. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968, págs. 95 y 96).

34 “La teoría contemporánea ha puesto de relieve que toda la labor de los juristas –en sus distintos modos de operar: enseñando, aconsejando, abogando o prescribiendo– se reduce a determinar o individualizar la solución que reclama el caso concreto; de ahí que no se verifique una diferencia sustancial entre el legislador y el juez, sino más bien diferencias cuantitativas; aquél habla imperativamente para personas y casos indeterminados, mientras que el juez habla imperativamente para personas y casos determinados” (VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, Ed. Rubinzl-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2006, pág. 25). Incluso la labor de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales ha sido asimilada a la de una “convención constituyente” (SAGÜES, *Ob. cit.*, pág. 43).

35 Apunta, acertadamente, SAGÜES que “...es...inexacto que por cumplir roles políticos el Poder Judicial deba ser otro coto de caza de los partidos políticos o que tenga que convertirse en una cámara más del Congreso o que el Poder Judicial deba “gobernar” del mismo modo que el Presidente o el Parlamento” (*Ob. cit.*, pág. XII).

un desinteresado consentimiento popular y peor aún, sujetándolo, ahora, al arbitrio del gobernante (Ministro de Justicia) de turno.

La evolución hacia este modelo que se inicia a poco andar de la Revolución Francesa (Constitución del 25 de diciembre de 1799) culmina en la ley de organización de la justicia del 20 de abril de 1810, en la que se deja el gobierno de la Administración de Justicia, incluida la designación de los jueces, en manos del Ministro de Justicia y a través de éste, del emperador.

“Los resultados concretos del sistema, vigente en Sudamérica desde hace un siglo y medio, no fueron satisfactorios y la representación popular, absolutamente mediata, que confiere a la magistratura no alcanza para legitimar democráticamente la función judicial.”

Entre nosotros el sistema adquirió la forma –pergeñada en el *modelo norteamericano*– de la designación del juez por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado o del Poder Legislativo, según el caso. La intervención de dos de los órganos integrados con funcionarios cuyo nombramiento tiene raíz electiva –popular– parecía favorecer la representatividad –de segundo grado– con que los jueces impartían justicia.

Los resultados concretos del sistema, vigente en Sudamérica desde hace un siglo y medio, no fueron satisfactorios y la representación popular, absolutamente mediata, que confiere a la magistratura no alcanza para legitimar democráticamente la función judicial. Por el contrario, algunas deformaciones del sistema han contribuido a su deslegitimación de hecho, sometiéndolo a la designación de los jueces a las necesidades, coyunturales, del partido político gobernante; el sistema de nombramiento se degradó a una mera “estrategia de domesticación del Poder Judicial”³⁶, favorecida por la vinculación ineludible que, sentimental e inconscientemente, se entabla entre el funcionario que designa sin parámetros objetivos de selección y el magistrado favorecido por la discrecionalidad de aquél.

La creación de Consejos de la Magistratura para la realización de una selección previa a la intervención de los órganos con representación popular directa³⁷ y en algunos casos, para el nombramiento directo de los jueces³⁸, ha venido a resolver algunos de

los problemas prácticos del sistema, en orden a la óptima selección de los jueces, reduciendo y a veces, eliminando la discrecionalidad de los órganos que designan al juez –sometiéndolo a criterios objetivos de selección–, pero no alcanza por sí para legitimar democráticamente el ejercicio de la función jurisdiccional por los magistrados integrantes del Poder Judicial, habida cuenta que permanece ausente la intervención del “soberano” en el origen del poder confiado al juez y en el control de la regularidad de su ejercicio.

2. Legitimación en la estructura del órgano

Descartado el origen de la delegación del poder, la legitimación democrática se traslada a la composición del órgano juzgador, a través de mecanismos de incorporación de ciudadanos comunes a las estructuras estatales que tienen la función de juzgar de los casos concretos. Este es el sistema de participación popular en el ejercicio de la función jurisdiccional, a través del “juicio por jurados”, del que, movido, quizás, por un excesivo entusiasmo, se ha dicho, “es el propio pueblo... quien directamente asume el ejercicio de una de las tres potestades del Estado: la potestad jurisdiccional...”, no es que la “justicia emane del pueblo”, sino que es el pueblo mismo quien la administra”³⁹.

La Constitución argentina transita por ese camino en lo que respecta a los “juicios criminales ordinarios” (artículo 118), aunque el legislador ha sido remiso en implementar el sistema a favor de la forma condicional en que ha sido concebida la proposición normativa, supeditando la vigencia del sistema a su establecimiento en toda la “República”, lo que ha brindado un razonable apoyo a la jurisprudencia para declarar que “La manda constitucional al Congreso Nacional de promover el establecimiento del juicio por jurados no se ha impuesto con el deber de proceder inmediatamente a ello (art. 24 y art. 75 inc. 12 C.N.). En consonancia, se admite constitucionalmente la espera de la instauración del juicio por jurados para “todos los juicios criminales ordinarios”, hasta “luego que se establezca en la República esta institución” (art. 118 C.N.).” (Del voto de la Dra. Irigoyen Testa)⁴⁰.

El fundamento político de la institución es que introduce “un principio de legitimidad” que consiste en la participación del pueblo en la decisión de los conflictos de derecho. Afirman con énfasis los partidarios del jurado que “si la Democracia es el gobierno del Pueblo, por el Pueblo y para el Pueblo, el Jurado es una herramienta eficaz”⁴¹ y que “Desde el punto de vista de la estricta legitimación democrática no cabe duda alguna de que el jurado constituye la fórmula más perfecta de participación popular en la justicia, pues a través de él los ciudadanos asumen directamente la función jurisdiccional”⁴².

36 SAGÜES, *Ob. cit.*, pág. 44.

37 Es el sistema seguido por la reforma constitucional argentina de 1994 (art

38 Es el sistema seguido por la Constitución peruana (artículos 150 y 154 numeral 1).

39 MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y GIMENO SENDRA Vicente, *Introducción al derecho procesal*, Ed. Colex, Madrid, 1996, págs., 29, 117 y 118.

40 Expte. T.C. 3977-0244 - “Incidente de recusación respecto de los autos caratulados “LANTAÑO, María Del C. ESPINAZO, Angel Jesus. NERIS, Laura Isabel S/ Promoción y facilitación prostitución de menores y mayores” - Tribunal Criminal N° 1 de Necochea - Noviembre/2005 (publicado, on line, en eDial).

41 MOONEY, Alfredo, *Juicio por jurado popular*, 4º ed., Ed. Francisco Ferreira, Córdoba, 1999, págs. 488 y 489.

42 GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al derecho procesal*, 2º ed., Ed. Colex, Madrid, 2004, pág. 21.

Tengo para mí que el fundamento político que se busca en la estructura popular del órgano juzgador no supera el que se localiza en el origen de la delegación que el pueblo realiza a través del sufragio universal, y encuentra, según mi particular opinión, similares obstáculos prácticos en su funcionamiento, aunque de orden muy diferente.

La participación popular que se obtiene de la incorporación de un grupo de ciudadanos, seleccionados al azar, a los órganos judiciales encargados de ejercer la función jurisdiccional, es, a mi criterio, mínima y por completo insuficiente para brindar base democrática al juicio que emiten tales órganos, alcanzando apenas para asumir un carácter simbólico que no traduce la efectiva opinión de la mayoría de la soberana voluntad del pueblo en la formación del juicio particular en el que se sustenta la decisión⁴³.

El jurado es un órgano judicial solo simbólicamente representativo de la voluntad popular, puesto que ésta se adscribe al "pueblo", tomado aquí como un término singular, con el objeto de atribuirle, parafraseando a SARTORI, un consentimiento meramente presunto, "en un supuesto no verificado"⁴⁴. La base de esa presunción es, en el caso del jurado, en extremo débil, habida cuenta que nada permite inferir que la voluntad de un grupo de ciudadanos –doce, como máximo– resultará el reflejo, aun defectuoso, de la voluntad de millones de aquellos.

Más grave que ese salto lógico, en el que se cae al presentar al jurado como una institución auténticamente democrática, capaz de transmitir legitimidad política al órgano titular de la función jurisdiccional del Estado –vicio del razonamiento que solo se elude en apariencia con el carácter meramente simbólico (más que presuncional) que se confiere a la voluntad de los ciudadanos integrantes del jurado–, resulta el

alto costo social y político que debe pagarse para dar base a esa supuesta presunción de consentimiento popular; costo que deriva de la necesidad, creada con la implementación de ese sistema de juzgamiento –por jueces no profesionales–, de transformar sustancialmente el mecanismo natural y lógico de formación, expresión y transmisión, de cualquier clase de decisión y muy especialmente de aquella que tiene por objeto la composición de un litigio, la que no podrá ser ya la pública manifestación del producto de una argumentación racional, objetivamente fundada en el conocimiento de los hechos y en la discrecional aplicación del derecho⁴⁵.

Una especie de fe en el hombre común y en el sentido intuitivo de justicia, viene a reemplazar al racional análisis de los instrumentos técnicos de conocimiento de la realidad que se juzga y la prudente elección de la norma jurídica que los contempla y brinda la solución que debe aplicarse a los hechos conocidos. La posición del jurado frente al conflicto se ha descrito diciendo que "El jurado busca esa justicia que al decir de Chevalier es un ideal porque es un misterio y es un misterio porque es un ideal. La razón cartesiana es una vía de conocimiento, el Jurado popular usa la razón cotidiana de la diaria cultura de vivir y apela en términos pascalianos a las razones del corazón que la razón no entiende"⁴⁶.

La coincidencia de ese enfoque de la función de juzgar con las modernas corrientes filosóficas analíticas (L. WITGENSTEIN) y estructuralistas (LÉVY STRAUSS, FOUCAULT y ALTHUSSER) que, de algún modo, culminando la línea de la filosofía crítica kantiana y conduciéndola a su máximo extremo, proclaman la reducción del conocimiento a la "crítica del lenguaje", explica el nuevo impulso que ha adquirido en nuestros días el sistema de juzgamiento por jurado en el ámbito del proceso penal⁴⁸.

43 Afirma TARUFFO que "el jurado llegó a ser el símbolo de la libertad de los ingleses contra el poder y más tarde, en las colonias americanas, el símbolo (el *palladium*) de la libertad de los americanos contra el poder inglés", pasando de "ser un instrumento procesal" a ser "un mito y una salvaguarda de la libertad", lo que se manifiesta "inicialmente, en el carácter ordalico de un veredicto inescrutable basado en la conciencia individual de cada jurado, que es aceptado porque se presume que el jurado expresa la *vox populi* y que, por tanto, pronuncia decisiones que –por definición– deben ser consideradas justas" (*Simplemente la verdad*, trad. Accatino Scaglioni, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pág. 36).

44 *Op. cit.*, pag. 489; agrega el autor citado que entendido el pueblo "como una entidad única o como <<todo el mundo>>" resulta "fácil presumir una legitimidad popular", de suerte que "cualquier gobierno puede pretender el título de democracia mediante el simple paso del consenso real al supuesto. En consecuencia, el consentimiento popular no es suficiente por sí solo para calificar a un sistema de democrático. Esta calificación solo puede venir de los procedimientos a través de los cuales se expresa el consentimiento".

45 TARUFFO, luego de caracterizar al jurado en los términos transcritos en nota N° 43, agrega que "Esta característica no desapareció con el paso de los siglos. Por el contrario: se vio reforzada a medida que el jurado fue asumiendo una función política de protección de las libertades individuales contra un poder opresivo, que terminó por ser aún más importante que su función procesal. En resumen, en la base de la aceptación social del jurado hay un especie de acto de fe, en virtud del cual la justicia del veredicto se acepta *a priori* como un axioma inescrutable" (*Op. cit.* págs. 36 y 37). La Corte Europea de Derechos Humanos, en la causa *Taxquet v. Bélgica*, del 6 de octubre de 2010, al resumir "*Las tesis de las partes*", dijo: "80. Según el gobierno francés, el derecho positivo no conoce, ni conoció nunca a partir de la institución de los tribunales criminales que comprenden los jurados populares, la fundamentación de las decisiones criminales. La especificidad del procedimiento residiría en tres principios esenciales: la oralidad, la continuidad de los debates y la íntima convicción. Estas características que derivarían directamente de la participación de los ciudadanos en el acto de juzgar, se habrían opuesto siempre, en derecho francés, a la fundamentación de las sentencias de las Cortes Criminales" (véase, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Fascículo N° 12 de 2011, Editorial Abeledo-Perrot).

46 MOONEY, *Op. cit.*, pág. 496.

47 Desde la teoría del conocimiento se ha señalado que, en las últimas décadas del siglo XX, surgió una "filosofía radicalmente orientada hacia el lenguaje", de la que se dice: "No solo el análisis lingüístico, sino también, algunas direcciones de la hermenéutica y hasta el neoartotelismo parecían fascinadas por la facilidad con que resolvían o disolvían problemas que habían preocupado a los pensadores de todos los tiempos, con solo trasponer la cuestión debatida al plano de las palabras y frases con las que ese mismo interrogante se presentaba. Pero enseguida comparecieron dificultades conceptuales que ni la más fina capacidad de distinción de los analíticos mejor entrenados era capaz de despejar. Simultáneamente, aumentaba la convicción y el número de los que señalaban algo bastante obvio: que, en último término, no es el lenguaje el que fundamenta el pensamiento, sino el pensamiento el que fundamenta el lenguaje. La renuencia a aceptar esta crítica de fondo era la verdadera causa de la angustia en la que terminaba encerrada la filosofía lingüística" (LLANO, Alejandro, *EL ENIGMA DE LA REPRESENTACIÓN*, Ed. Síntesis, Madrid, 1999, pág. 13). La ciencia procesal no ha sido ajena a tales corrientes filosóficas, habiéndose destacado, desde ese campo científico, que "el *linguistic turn* (giro lingüístico) implicó... una escisión neta entre el lenguaje y el mundo y el completo desplazamiento del problema de la verdad hacia el interior de la dimensión lingüística de la experiencia y del conocimiento. Al afirmar que el conocimiento, la realidad y la verdad son exclusivamente productos del lenguaje, se terminaba por negar el hecho de la existencia de cualquier realidad independiente del lenguaje que pudiera determinar la verdad o falsedad de cualquier pensamiento. A las filas tradicionales de los escépticos radicales, de los irracionistas y de los idealistas solipsistas se agregaron, entonces, los nuevos escépticos, los nuevos cínicos, los constructivistas, los partidarios del *linguistic turn*, los sociólogos de la ciencia, los críticos del método científico, y muchos otros pensadores fascinados por la idea de una completa desconexión de cualquier forma de conocimiento, científico y no científico, respecto de la realidad (hipotética) del mundo externo..." (TARUFFO, *Op. cit.*, pág. 92).

48 En Argentina ha tomado gran impulso entre los procesalistas penales. Se informa en reciente artículo periodístico que "el gobernador bonaerense Daniel Scioli enviará tras Semana Santa a la Legislatura el proyecto de rigor, mientras que en Mendoza alientan desde la Corte local la aplicación de una prueba piloto y, en San Luis, un grupo de jueces presentó ante el Superior Tribunal de Justicia un proyecto experimental de jurados populares. En los primeros dos casos, se trata de distritos duramente castigados por la inseguridad y por críticas a la actuación de algunos magistrados en casos polémicos, y desde donde apuestan a esta modalidad de juzgamiento para involucrar a los ciudadanos en los procesos judiciales de materia penal y –afirman– mejorar así la confianza y la credibilidad en la Justicia" (Gacetilla de prensa de la Asociación Pensamiento Penal del 29 de marzo de 2012 –www.pensamientopenal.org.ar–; Fuente: <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=630298>).

Ciertamente no puede pretenderse aislar el espíritu judicial, desprendiéndolo de sus afectos y sentimientos, para exigirle una decisión con base puramente racional; en verdad el juez no es una “máquina de hacer silogismos”. De allí a despojar la decisión judicial de todo condimento de racionalidad, reduciéndola a un puro acto subjetivo de voluntad, imposible de controlar racionalmente, hay un abismo.

En la decisión del juez, de hecho, convergen, la intuición, el sentido común y el raciocinio, sin que deba descartarse el sentimiento del juez⁴⁹, movido, entre otros factores, por la calidad de *persona* que reviste, en última instancia, el *objeto* sobre el recae su decisión. Esa visión de la psicología del juez se ha sintetizado diciendo que “...para el juicio sirve precisamente el *sentido del todo* o *sentido del ser*” lo que no es otra cosa que “el *buen sentido* o *sentido del bien*. Por eso la primera condición del juez, más importante que el raciocinio, debe ser el *buen sentido*”, útil para el comienzo de la labor decisoria, que se inicia con la formación de “*hipótesis de trabajo*: necesarias precisamente para establecer un punto de partida sobre el cual razonar”⁵⁰. Luego de razonar para motivar las hipótesis de trabajo, el juez debe decidir y ello es un acto de voluntad y por lo tanto de elección; “el pensamiento no basta para agotar el *iter* de la decisión. Al final, como se ha dicho ya, hay un salto. Elegir quiere decir saltar, y nadie salta si no se fía de superar el obstáculo”⁵¹.

Se puede ir más allá, todavía, y sostener aquí que la base espiritual del juicio debe ser el amor⁵², aunque esto pueda parecer una excentricidad, sobre la que no podemos detenernos, que, sin embargo, resulta útil para explicar “la aspiración, que resurge siempre, a admitir en los colegios juzgadores profanos en derecho, en los cuales el buen sentido no ha sufrido ninguna deformación por efecto de la cultura jurídica”⁵³.

Nada de esto despeja, sin embargo, la imperiosa necesidad institucional, derivada de la conformación de unas genuinas “repúblicas democráticas”, de que el juez motive sus sentencias, expresando, públicamente, las razones, que han sido objetivamente ponderadas y racionalmente elaboradas, para tener por verdaderos aquellos hechos que constituyen el antecedente concreto de la consecuencia jurídica que, extraída del correspondiente orden legal, determinará el contenido de la conducta impuesta a las partes por el concreto mandato judicial.

Es ésta una exigencia constitucional en gran número de las democracias modernas y ella encierra la proscripción de toda sentencia judicial que no permita comprender,

en forma clara y distinta, las razones por las que se ha considerado que una conducta jurídicamente relevante se encuentra probada y cae bajo las previsiones de una determinada regla jurídica que se encuentra, explícita o implícitamente, prevista en el orden jurídico al momento de desplegarse aquella conducta. Como dice BIDART CAMPOS “El derecho a la jurisdicción no consiste solamente ni se agota con el acceso al órgano jurisdiccional. Al acudir a él solo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: a) que cumpla la garantía del debido proceso cuyo meollo radica en el *derecho de defensa*; b) que la pretensión se resuelva mediante *sentencia* que debe ser: b’) *oportuna* en el tiempo; b’’) debidamente *fundada*; b’’) *justa*”⁵⁴.

3. Legitimación en el ejercicio y en el resultado

La doctrina constitucionalista argentina, con apoyo en el texto constitucional, ha preferido derivar la legitimidad del Poder Judicial, como órgano independiente, dentro de un régimen estatal democrático, en el ejercicio que los jueces hacen de la potestad jurisdiccional, permitiendo que sean las valoraciones predominantes en la sociedad política las que guíen el juicio que nutre cada sentencia que decide un conflicto particular.

Esta vía, indirecta, constituye, también, una modalidad de la representación democrática en cuanto la voluntad real del pueblo, expresada en los valores fundamentales que forman, integran y se expresan en la opinión pública, se refleja a través de una razonada explicitación de la existencia de tales valores y del modo en que deben operar en cada relación singular regida por el derecho⁵⁵.

La publicidad de los fallos conjugada con la libertad de expresión y de prensa, impuestas por el régimen republicano de gobierno, complementa esta fuente de legitimidad democrática del Poder Judicial, dando oportunidad a que el pueblo tenga acceso irrestricto a los fallos judiciales y se exprese en cuanto a si su contenido responde efectivamente a sus valoraciones y creencias, descalificando aquellos jueces que le dan la espalda, formando sus juicios con parámetros políticos, morales y económicos contrarios a aquellos valores y creencias.

Por otra parte, el Poder Judicial independiente es necesario para establecer y garantizar el equilibrio de poderes que viene impuesto por la Constitución y que es condición del Estado democrático, entendido como un sistema de controles. Sin la existencia de un órgano independiente que controle el cumplimiento

49 CAPPELLETTI, Mauro, recuerda a Calamandrei, quien, dice, “gustaba de sugerir a sus alumnos” el “tema “del “sentimiento en la sentencia”, como objeto de estudio, señalando “que la misma palabra *sentencia* viene de *sentir*, igual que la palabra *sentimiento*” (*Proceso, ideologías, sociedad*, trad. Sentís Melendo–Banzhaf, Ed. EJEA., BS AS., 1971, pág. 4).

50 CARNELUTTI, Francisco, *Derecho y proceso*, Ed. EJEA, Bs. As., 1971, págs. 245 y 246.

51 CARNELUTTI, *Ob. cit.*, pág. 252.

52 No he podido resistir la tentación de reproducir aquí algunas reflexiones que hace muy poco publicó Héctor Tizón, escritor de alto nivel literario y juez del Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy –República Argentina–, en la revista “Rumbos”, aparecidas en la edición del domingo 10 de setiembre de 2009. Dijo en esa ocasión el juez novelista “si un juez no se conmueve por los semejantes tiene que dedicarse a otra cosa. Si no es capaz de ponerse en el lugar del otro nunca va a acertar, más allá de las leyes. Si no es capaz de reír o de llorar nunca va a ser un buen juez... Si un juez no tiene capacidad de amor, la sociedad que lo ha nombrado juez no puede estar segura. Eso es lo esencial, todo lo demás lo puede lograr afuera, sin hacer daño como juez”.

53 CARNELUTTI, *Ob. cit.*, pag. 246.

54 *Manual de la constitución reformada*, T. II, Ed. Ediar SA., Buenos Aires, 1997, pág. 289; en el mismo sentido, EKMEKDJIAN, *Ob. cit.*, pág. 335.

55 “...hay quienes apuntan que la legitimidad democrática del Poder Judicial deriva más que de su legitimidad de título, de su legitimidad de ejercicio, en el sentido de que a través de sus sentencias, si son correctas y proyectan los valores y creencias sociales, y si cuentan con consenso, dicho Poder Judicial será igualmente democrático y podrá, incluso, superar en representatividad al mismo Parlamento” (SAGÜES, Néstor P., *El tercer poder*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, pág. 7).

de las normas supremas del orden jurídico por los poderes políticos, éstos quedarían libres de imponer arbitrariamente sus mandatos amparados en la fuerza que les imprime el voto mayoritario. La legitimación se extrae así de la necesidad funcional que la democracia tiene de un Poder Judicial autónomo y sujeto solo al orden jurídico. En este sentido se ha dicho que “Una institución es democrática cuando es funcional para el sistema democrático, es decir, cuando es necesaria para su continuidad, como sucede con el judicial. Cuando se dice que el poder judicial tiene legitimidad constitucional pero no legitimidad democrática, se ignora su funcionalidad democrática”⁵⁶.

“El diseño de los Consejos de la Magistratura debe apuntar, básicamente, a prevenir toda influencia de las políticas partidarias y de intereses sectoriales en la selección de los integrantes del organismo (...)”

Conforme esa perspectiva, lo que transmite legitimidad democrática al Poder Judicial es “su ya mencionada utilidad para la estabilidad y continuidad democrática. Es verdad que no es indiferente la forma de selección, pero en este aspecto lo importante será decidirse por el que sea más idóneo para el cumplimiento del cometido democrático y ello no puede depender de un dato meramente formal”⁵⁷.

La misma conclusión se extrae de una visión neopositivista, desde la cual se ha dicho que “En esta sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, en el papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el fundamento principal actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean –o precisamente porque son– poderes de mayoría. Precisamente, porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y cada uno de manera incondicional, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que esta específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de la igualdad en *droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de la mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen”⁵⁸.

La democracia requiere, entonces, de un Poder Judicial independiente para que los conflictos con relevancia jurídica encuentren soluciones acordes con las valoraciones y creencias enraizadas en el cuerpo político y los poderes constituidos deban ajustar su actividad al texto constitucional, guardando respeto por los derechos fundamentales del hombre.

4. La intervención del soberano en el nombramiento de los jueces

Queda, todavía, en pie, la crítica formulada por SARTORI al modo “*behaviorista*” de entender la democracia que la identifica “por la actividad de sus líderes, más que por el método utilizado para su selección” reduciendo el sistema de organización del Estado a “un gobierno para el pueblo”, cuando, considera el jurista italiano, “La cuestión radica en decidir si el altruismo político debe dejarse en manos de los dioses o si debe asegurarse parcialmente por medio de estructuras y procedimientos democráticos”, teniendo en cuenta que “la forma de comportarse de los gobernantes no basta para calificar un sistema político”; “Gobernar *para* el pueblo es “*demofilia*” no democracia”⁵⁹.

Estas reflexiones nos convencen de que, si bien el Poder Judicial recibe una fuerte legitimación democrática en el ejercicio de la función jurisdiccional, cuando por su intermedio adquieren real vigencia los valores privilegiados por la comunidad política y se garantiza el respeto por los derechos individuales y la sujeción de todos los poderes del Estado a las normas constitucionales, esa legitimidad no puede quedar absolutamente desligada del origen que tiene el poder que se ejerce en cada caso, que no puede ser otro que la voluntad del pueblo, directa o indirectamente expresada.

El órgano de selección de los jueces, el denominado por la Constitución argentina. “Consejo de la Magistratura”, debe adquirir en forma directa la delegación del poder popular, siendo sus miembros designados por el voto directo del cuerpo político del Estado. La representación política que recibirán los jueces, si bien continuará siendo indirecta, reducirá sustancialmente la distancia excesiva que media entre la voluntad popular y el nombramiento del encargado del ejercicio de la función y la cantidad de intermediarios que se interponen entre una y otro, que diluye totalmente la relación entre representado y representante, lo que ha dado lugar a graves problemas institucionales recientemente experimentados.

La integración y funcionamiento de este órgano de selección deviene así esencial para la legitimación democrática del Poder Judicial, aunque, como se ha señalado desde una perspectiva constitucional, aquél “puede operar como una pieza eficaz de saneamiento del sistema judicial siempre que esté honesta e inteligentemente diseñado” caso contrario, desempeñará un “triste e innoble papel”⁶⁰.

56 ZAFFARONI, *Ob. cit.*, p. 41.

57 ZAFFARONI, *Ob. cit.*, págs. 43 y 44.

58 FERRAJOLI, *Ob. cit.*, págs. 26 y 27.

59 *Op. cit.* pág. 493.

60 SAGÜES, *Ob. cit.*, pág. 281.

Refiriéndose al papel que ese organismo desempeñó en las democracias constitucionales europeas de posguerra, se ha dicho que sustrae “al Ejecutivo cualquier posibilidad de injerencia sobre la administración de la jurisdicción” revelándose “como esencial para conciliar la independencia de los jueces con su pertenencia a una magistratura profesional formada por sujetos ligados por una relación de servicio con el Estado”, finalidad que obtendrá siempre que participe “en su propio interior de las dinámicas del pluralismo”⁶¹.

Para las democracias sudamericanas, que siguiendo el modelo norteamericano reservaron la administración del Poder Judicial a las Cortes Supremas –aunque sin reconocerle autonomía financiera, lo que contribuyó en buena medida a debilitar su independencia⁶²–, el rol fundamental que deben cumplir los nuevos órganos de designación de los jueces se apoya en garantizar la independencia de éstos frente a los otros poderes del Estado y los grupos de poder que actúan en la sociedad.

El diseño de los Consejos de la Magistratura debe apuntar, básicamente, a prevenir toda influencia de las políticas partidarias y de intereses sectoriales en la selección de los integrantes del organismo, dotando a éste de la máxima objetividad técnica y de la mayor prudencia, que le permita elegir los jueces entre los profesionales más capaces del foro, prescindiendo de factores ideológicos o de cualquier otro motivo que no fuere el estrictamente ético y técnico.

El modo de alcanzar este objetivo no es sencillo de ubicar; creemos que un inteligente condicionamiento de las organizaciones políticas, a través de las cuales se deben proponer las candidaturas para ocupar los cargos del Consejo, puede resultar decisivo para alcanzar ese empinado propósito.

5. La base igualitaria de la democracia y su repercusión en el proceso judicial

La legitimación democrática del Poder Judicial no puede prescindir de las formas a través de las que se administra justicia en cada caso que se lleva a su conocimiento y decisión, no solo por cuanto la “organización judicial deja algunas marcas en el proceso legal que a menudo resultan bastante evidentes”⁶³, sino, además, porque “los regímenes políticos se legitiman a través de la administración de justicia” –según lo dejamos dicho *ut supra*–⁶⁴. No puede, entonces, cerrarse estas reflexiones, sobre las relaciones entre el poder jurisdiccional y el sistema democrático, sin realizar una sintética referencia a las formas en que debe ejercerse ese

poder para responder a su legitimidad dentro de aquél sistema político.

La colaboración entre el juez y las partes para la formación de la sentencia es un método de producción del derecho que “se ha presentado espontáneamente por las exigencias del *iudicium*, necesario para la aplicación de la ley cuando las partes no lo logran por sí mismas. ...la colaboración de las partes comienza a ser necesaria para hacerle saber que hay necesidad de él y en segundo lugar para hacerle conocer el caso, en torno al cual de otra manera, por lo general, no podría estar informado...esta colaboración es compleja y debe ser regulada...” y cómo quiera que sea, “es un modo de ser indispensable de la jurisdicción”⁶⁵.

Ese modo de producción del derecho, particular de la jurisdicción y que la distingue de las otras funciones del Estado, encuentra en la igualdad de las partes el reflejo de la base de igualdad que requiere todo régimen democrático de gobierno. La base de la democracia es la igualdad de oportunidades y ésta impone no discriminar a sectores de la sociedad en las posibilidades de acceder a la administración de justicia ni en la adecuada oportunidad de la plena utilización de los derechos que el ordenamiento procesal confiere a todo aquél que debe recurrir a la justicia estatal para obtener la satisfacción de sus derechos o intereses legítimos⁶⁶.

No ignoro los problemas y polémicas que ha generado la reglamentación de este imperativo del sistema democrático, relativos, entre otros de gran trascendencia para la legitimidad del Poder Judicial, al modo en que debe entenderse el denominado “principio dispositivo”⁶⁷, que sin embargo no abordaré aquí pues su exposición y crítica demandaría un espacio con el que, obviamente, no cuento.

No he querido soslayar, pese a todo, un problema práctico, vinculado con el imperativo de igualdad, que se genera, precisamente, a raíz de las legislaciones que han diseñado la posición del juez sobre la base de un modelo “activista”, que le confiere poderes de dirección respecto de las formas y del objeto material del proceso, erigiéndolo en figura central no solo del momento decisorio sino, además, de la actividad instructoria.

Eludiendo la gran polémica que estas legislaciones han generado en orden a la validez constitucional de ese agigantamiento de la figura del juez, como motor y verdadero hacedor del proceso judicial, nos interesa dejar planteado el grave problema que este modo de reglamentar el proceso judicial genera con relación a la exigencia de igualdad.

61 SENESE, Salvatore, *Op. cit.*, págs. 52 y 55.

62 Véase, SAGÜES, *Ob. cit.* págs. 83 a 87.

63 “Por ejemplo se han relacionado de modo muy persuasivo muchos rasgos distintivos del estilo angloamericano con la división entre el juez y el jurado” (DAMASKA, *Ob. cit.*, pág. 23).

64 DAMASKA, *Ob. cit.*, pág. 27. Grafica la idea el autor con el “impacto directo” que tienen las “variantes particulares de la ideología imperante...en cuanto al poder real de las partes privadas para dirigir el curso de los juicios, lo cual determina “la elección de las formas del procedimiento”

65 CARNELUTTI, *Ob. cit.*, pág. 37.

66 Pionero en este enfoque de la administración de justicia fue CAPPELLI (*Ob. cit.*, págs. 131 a 224); en Argentina, Augusto M. MORELLO captó tempranamente la nueva corriente (v. *En la búsqueda de un nuevo modelo*, en *La justicia entre dos épocas*, Ed. Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1983, págs. 1 a 14).

67 Al respecto véase ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2009, págs. 93 a 197; y ARAZI, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2004, págs. 185 a 191

Las legislaciones que han abrazado ese sistema de juzgamiento –entre ellas la mayoría de las que rigen en latinoamérica– no se han ocupado, paralelamente, de dotar a los órganos judiciales, presididos por el “juez director”, de los instrumentos mínimos adecuados para que el cúmulo de poderes con que se lo reviste pueda ser ejercitado en todas y cada una de las causas que se le asignan para su conocimiento y decisión con igual extensión, profundidad y eficiencia⁶⁸.

En tales condiciones, la dirección del proceso se asume por el juez en un reducido número de causas –con exclusión de la gran mayoría de las que tramitan en su tribunal–, que él selecciona con un criterio totalmente discrecional –no reglado– y en no pocas ocasiones, arbitrario, utilizando parámetros a veces inconfesables –como es el conocimiento de alguna de las partes o de sus letrados o el propósito de ganar prestigio o popularidad–, que priva de justificación a la desatención del grueso de los casos que se han sometido al amplio

poder de dirección que le difiere la ley procesal, generando un evidente desequilibrio en el trato que se dispensa a los justiciables que litigan ante un mismo tribunal.

Esta desigualdad evidente en el trato que el juez confiere a las causas que tramitan en su despacho, impuesta por la insuficiencia de los instrumentos materiales con que debe operar en la sustanciación de aquéllas, debe ser considerada a la hora de optar por el sistema de juzgamiento a efectos de elegir aquél que, de acuerdo con los medios –humanos y materiales– que se pondrán al servicio de la función, asegure un trato igualitario a los justiciables que acceden a los estrados de la justicia, único modo en que los mandatos que se formen en el ejercicio de la función de juzgar encuentren suficiente fundamento democrático al responder a la utilización de un mismo método de formación que iguale la calidad de las decisiones con que se resuelve cada uno de los litigios sometidos a conocimiento y decisión del Poder Judicial 

68 Esa carencia ha merecido una justificación jurídica en la doctrina publicista del proceso a través de la distinción entre “deberes” y “facultades” del juez, la que, sin embargo, es propia “de una concepción privado-civilística del proceso” -DÍAZ, Clemente, *Instituciones de derecho procesal*, T. II, v. A, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1972, págs. 209 y 210- que se contraponen con el sistema adoptado por las leyes procesales (artículos 34, 35, 36 y concordantes del CPCCN.) respecto de las cuales se construye aquel intento de explicación técnica, sin tener en cuenta que el problema, como se dice en el texto, es eminentemente práctico. Ciertamente, desde una perspectiva publicista del proceso judicial, solo es posible “contemplar como deberes los poderes y facultades de los jueces” (SENTÍS MELENDO, *Desarrollo del proceso. Deberes del juez y carga de las partes*, en *Revista de Derecho Procesal*, España, 1964, T. IV, pág. 26).