

La elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales

*Federico G. Thea**

Resumen

En las últimas décadas, la mayoría de las democracias constitucionales modernas ha experimentado una creciente judicialización de sus principales conflictos políticos. Sin embargo, estos cambios radicales en el rol de los jueces, la doctrina jurídica tradicional continúa afirmando que el estudio del proceso de toma de decisiones judiciales está exclusivamente relacionado con el análisis del derecho positivo, alimentada por el mito de que los jueces son “un cuerpo uniforme de técnicos jurídicos impermeables, que están por encima y más allá de los conflictos políticos” y de que en el ejercicio de su función jurisdiccional “los jueces son la boca de la ley”.

En este contexto, y teniendo en cuenta el debate abierto recientemente como consecuencia del conjunto de reformas que han tenido eje en la denominada “democratización de la justicia”, el artículo propone abrir un debate

* Abogado (UBA, 2006). Profesor Adjunto (interino) de Derechos Humanos y Garantías (UBA). LL. M. in Public Law and Human Rights (University College London), como Becario Chevening (British Council Argentina, 2010/2011); Máster en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA, Tesis en elaboración). Este trabajo estaba basado en mi artículo “The role of judges in political struggles”, publicado en *Queen Mary Law Journal*, School of Law, Queen Mary, University of London, Volume 2, Spring 2012, p. 57; y en la ponencia presentada junto a NICOLÁS DIANA en el Tercer Encuentro del Ciclo de Debates “Omar A. Dalmazzo”, organizado por la Asociación de Docentes y el Departamento de Derecho Público II de la Facultad de Derecho de la UBA, el 26 de agosto de 2013, titulada “Disonancias en torno al rol judicial”. Agradezco especialmente a Isaías Losada Revol, a Nicolás Diana y a Juan Stinco por sus comentarios y sugerencias a los distintos borradores de este trabajo.

serio y maduro sobre el rol de la justicia en el Estado de Derecho y una revisión sobre los mecanismos de elección de “jueces constitucionales” en las democracias actuales; con el objetivo de ayudar a pensar sobre diseños institucionales alternativos que den cuenta de *cómo funciona la justicia en la práctica*.

En este sentido, se argumenta que la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en una democracia exige el reconocimiento del rol político que cumplen los jueces cuando ejercen el control de constitucionalidad y de los múltiples factores que, en la práctica, influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales; por lo que la tan pregonada “independencia del poder judicial” no se va a lograr desideologizando y/o despotizando el proceso de selección de magistrados sino al contrario, explicitando y transparentando las posiciones políticas, y aceptando el pluralismo ideológico que debe existir en todos los poderes del Estado.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Proceso de Decisión Judicial, Reforma Judicial, Mecanismos de Selección y Designación de Magistrados, Consejo de la Magistratura.

Appointment of “constitutional judges” in modern democracies

Abstract

Over the last few decades, many modern democracies have experienced an increasing judicialization of the most fundamental political dilemmas. Notwithstanding this changes in the role of judges, traditional legal scholarship still asserts that knowledge of judicial decision-making is exclusively linked to the study of positive law, based of the myth that judges are “a unique body of impervious legal technicians above and beyond the political struggle”.

In this context, and considering the recent debates regarding the “Judicial Reform” in Argentina, this article proposes to discuss seriously the rule of law and the role of judges, revisiting the judicial appointment processes and the selection of “constitutional judges” in modern democracies. The aim of this article is to compare and discuss alternative institutional models that take into account how judges actually make decisions.

In this article, it will be argued that the appointment of constitutional judges in a modern democracy requires the recognition of the political role of those judges that are entrusted the constitutional review of legislation as well as the myriad of factors that may influence judicial decisions. For those reasons, the article concludes that judicial independence will not be met depoliticising the judicial appointment process but rather recognising and making explicit political attitudes, and accepting the political pluralism in all the braches of government.

Keywords: Constitutional Law, Judicial Decision, Making Process, Judicial Reform, Judicial Appointment Mechanisms, Judicial Appointments Commission.

I. Introducción

La reforma de la Constitución Argentina en el año 1994 trajo entre sus principales novedades la incorporación de un órgano que no reconocía antecedentes hasta entonces en nuestra organización federal, que fue trasplantado desde el derecho continental europeo de la Segunda Posguerra¹ con la finalidad de “despolitizar” y “hacer más eficaz y transparente” la designación y remoción de magistrados: el Consejo de la Magistratura. La Convención Nacional Constituyente abordó el problema de la falta de legitimidad y con-

1. Ver por ejemplo: Constitución de la República Italiana (art. 104), Constitución Española (art. 122) o la Constitución Francesa (art. 65). Sobre los trasplantes legales en el derecho argentino, ver THEA, FEDERICO G., “Los trasplantes de derecho al servicio del poder”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo (Diciembre 2008), p. 26 (LL 2009-A, 778), reproducido también en GORDILLO, AGUSTÍN (DIR.), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales (Tomo I)*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 279-298; ROSENKRANTZ, CARLOS, “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, 1 *International Journal of Constitutional Law* 269 (abril 2003); GARGARELLA, ROBERTO, “Injertos y rechazos: Radicalismo Político y Trasplantes Constitucionales en América”, en GARGARELLA, ROBERTO (DIR.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo 1: Democracia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, capítulo XX; MAIRAL, HÉCTOR, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000.

fianza pública que afectaba por entonces al Poder Judicial, y planteó como solución la modificación del proceso de selección de jueces, entendiendo que apartando la elección de magistrados de las disputas político-partidarias, estos ganarían –paradójicamente– mayor legitimidad política, y se ofrecería a la ciudadanía una imagen de mayor independencia y objetividad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Los fundamentos de la incorporación del Consejo de la Magistratura se sustentan, como puede inferirse de lo expuesto por los Convencionales Constituyentes,² en una visión mitológica de los jueces, concebidos como autómatas que son meramente la boca de la ley y que, por ello, si pudieran ser elegidos y designados exclusivamente en razón de sus condiciones y méritos técnico-jurídicos –a través de concursos diseñados e implementados por un Consejo de la Magistratura “independiente”, y no como consecuencia de negociaciones o disputas políticas– se garantizaría que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no se vieran influidos de ninguna manera por sus simpatías personales, políticas, ideológicas, religiosas o de cualquier otra índole. En este sentido, muchos autores –e incluso miembros de la magistratura– han resaltado en nuestro medio la “independencia” de los jueces norteamericanos, quienes –supuestamente– a pesar del origen político de sus nombramientos, una vez que ocupan sus cargos “se compenetran de la responsabilidad que les incumbe, impidiendo que sus simpatías personales influyan sobre sus decisiones”.³

Tal como se desprende de lo expuesto, a pesar de que no hay forma de pretender algo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología,⁴ y de que

2. Ver Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente (Sesiones del 27/07/94 al 01/08/94). Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

3. Ver, por ejemplo, EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de derecho constitucional (Tomo V)*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 294-295 y sus citas. Este autor reconoce, sin embargo, que “[d]e nada sirve crear institutos tales como [el Consejo de la Magistratura] si no se elige a jueces de probada honestidad, competencia técnica y, sobre todo, independientes del partido político y de los funcionarios que ejercen el poder. Para esto no es necesario ningún sistema especial, distinto del que establecía la Constitución en 1853, que es el mismo que tiene vigencia en los Estados Unidos”. EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *op. cit.*, pp. 368-369.

4. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013 (voto en disidencia del JUEZ ZAFFARONI).

parece una verdad de Perogrullo decir que los jueces son seres humanos igual que los demás, que ven influidas sus decisiones por una variedad de factores que escapan a los estrictamente jurídicos, el dogma del juez como “técnico independiente” y aséptico goza aún de una gran difusión en nuestro país, tanto entre los operadores jurídicos como –especial y lamentablemente– en buena parte de la opinión pública.

En consecuencia, dedicaré la primera parte de este trabajo a hacer un repaso detallado de diversos estudios empíricos realizados en los Estados Unidos –algunos de ellos publicados hace más de cincuenta años, pero que resulten quizá novedosos para muchos operadores jurídicos de nuestro medio– que refutan los mitos del juez independiente de cualquier influencia meta-jurídica, que está por encima y más allá de los conflictos políticos, y dan cuenta de cómo es el proceso de toma de decisiones judiciales en la práctica.

El implante del Consejo de la Magistratura en un sistema jurídico como el argentino –que cuenta con un sistema de control judicial de constitucionalidad al estilo norteamericano– pasó por alto, además, las diferencias que existen entre el “poder judicial” y la “administración de justicia”. Tal como explicaba SPOTA, “poder judicial” existe en aquellas estructuras políticas en las que los jueces tienen capacidad para declarar la inconstitucionalidad de actos legislativos o ejecutivos. En cambio, en los sistemas donde los jueces carecen de dichas facultades existe simplemente “administración de justicia”.⁵ En mi opinión, esta distinción constituye un aspecto central para entender el rol que cumplen los jueces en una democracia, que debería ser tenido especialmente en cuenta al momento de discutir la cuestión judicial en general, y de pensar el diseño institucional del proceso de selección y nombramiento de jueces, en particular.

5. SPOTA, ALBERTO A., “Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura”, en Comentarios a la reforma constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, en AA. VV., *Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Comentarios a la Constitución*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995, p. 147. Siguiendo a este autor, ARCANI y BIELSA señalan que “nuestro Consejo de la Magistratura resultaría ser un órgano cortado a la manera de los continentales europeos, pero trasplantado a una matriz constitucional estadounidense”. Ver ARCANI, MARÍA ROSA - BIELSA, RAFAEL, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, LL, 1996-D, 1735.

Por ello, en la segunda parte, me focalizaré en las características del proceso judicial de “control de constitucionalidad” en la práctica, analizando críticamente la visión tradicional de que “el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema”.⁶ En este sentido, intentaré demostrar las diferencias que existen entre lo que la Constitución dice, y lo que los jueces dicen que la Constitución dice, y cómo las dificultades que genera la existencia de esta “brecha interpretativa” en materia de control de constitucionalidad hacen que el camino hacia el constitucionalismo democrático y el diseño de un sistema coherente y equilibrado de selección de magistrados, no sea tan sencillo como parece.

Asimismo, la incorporación del Consejo de la Magistratura en la Reforma de 1994 omitió analizar con mayor detalle la compatibilidad de este instituto, originario de Europa Continental, con el sistema constitucional argentino –basado en gran medida en el norteamericano–. En general, los estudios de derecho comparado se focalizaron en la integración y funcionamiento de los Consejos de la Magistratura en el extranjero, sin prestar demasiada atención a qué tipo de jueces son elegidos por sistemas de concursos. Tal como se verá en la tercera parte del trabajo, los países que cuentan con un órgano como el Consejo de la Magistratura sólo lo utilizan cuando se trata de elegir “jueces comunes” –i.e. jueces que sólo administran justicia, sin el poder de ejercer el control de constitucionalidad–, y mantienen celosamente la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en manos de órganos políticos.⁷ En consecuencia, considerando que en nuestro país todos los jueces pueden ejercer el control de constitucionalidad, dedicaré la tercera parte del trabajo a repasar cómo se eligen los “jueces constitucionales” en los países que cuentan con Consejos de la Magistratura.

La redacción del artículo 114 C.N., que incorpora el Consejo de la Magistratura, no define en forma acabada su integración, ya que se limita a indicar cuáles son los estamentos que deben estar representados, pero no

6. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

7. Profundizar en THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (de GUARNIERI y PEDERZOLI), Oxford, Oxford University Press, 2002. En nuestro medio, ver ARCANI, MARÍA ROSA - BIELSA, RAFAEL, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, *op. cit.*

exige ni un número ni proporciones determinadas, requiriendo como única condición en su regulación que se procure el equilibrio. Es decir, esta disposición constitucional delegó amplias facultades al Congreso Nacional para determinar el número de integrantes del Consejo, el equilibrio entre la representación de los distintos estamentos, los requisitos de elegibilidad de sus miembros, la duración en sus cargos, las formas de su remoción e, incluso, los métodos para su elección.⁸

Esta delegación del texto constitucional para finalizar la estructuración del Consejo de la Magistratura mediante el dictado de una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso ha sido fuertemente criticada, tanto en la Asamblea Reformadora como con posterioridad a la reforma constitucional, por la doctrina mayoritaria. A pesar de las enormes deficiencias en la técnica legislativa adoptada por el Constituyente,⁹ esta transferencia de poder cuasi-constituyente al poder constituido en la regulación del Consejo de la Magistratura permite actualizar y enriquecer la –insuficiente– discusión que tuvo lugar en la Asamblea Constituyente en torno al rol del Poder Judicial y la ingeniería institucional que requiere la democracia argentina para su selección y nombramiento.

En este sentido, la reciente sanción de la ley 26.855 que modificó la reglamentación del Consejo de la Magistratura y dispuso entre sus principales medidas “la elección por el Pueblo de la Nación por sufragio universal, de los Consejeros jueces, abogados y académicos”, reabrió en Argentina el debate en torno al rol del poder judicial, a las características del control judicial de

8. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada (tomo II)*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 488.

9. Según ZAFFARONI, la Reforma Constitucional “se caracterizó por perfilar instituciones sin acabar su estructura. En ocasiones se tiene la impresión de que simplemente marcó trazos gruesos, que se limitaron a esbozar órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para delinear una ingeniería institucional. Esta característica puede observarse con claridad, entre otros casos, con respecto a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y también en lo que hace al Consejo de la Magistratura. En alguna medida pareciera ser resultado del afán de hallar fórmulas de compromiso, práctica bastante común en el ámbito legislativo, aunque también ha pesado la premura con que se trabajaron los temas en la Asamblea, una vez obtenido el principal objetivo político de su momento histórico”. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013 (voto en disidencia del juez ZAFFARONI).

constitucionalidad, y a los mecanismos de selección y nombramiento de los magistrados. Lamentablemente, sin embargo, dicho debate se volvió a caracterizar por partir de afirmaciones dogmáticas intransigentes, que lejos de promover una discusión seria acerca del diseño institucional que requiere nuestra democracia en general, y las reformas que necesita el Poder Judicial en particular, obstruyó la posibilidad de pensar a fondo los problemas que afectan la delicada relación entre democracia y justicia. Así, entre los dogmas y mitos que protagonizaron la discusión en torno al llamado “Plan para la Democratización de la Justicia”, se mantuvo presente otra vez la idea de que los jueces en el ejercicio de su función son meramente la boca de la ley, que no están influidos de ninguna manera por sus simpatías personales, políticas e ideológicas; y se omitió repasar en forma cuidadosa y crítica el estudio del derecho constitucional comparado, a los fines de llevar adelante un análisis autóctono de los desafíos propios que se plantean en el marco de nuestra democracia constitucional.

En la construcción de estos mitos el rol de los operadores jurídicos – abogados, jueces y académicos– ha sido tristemente protagónico,¹⁰ y han dificultado y oscurecido en gran medida la posibilidad de un debate público abierto, sincero y transparente en torno a la cuestión judicial. Por ello, aun cuando los temas abordados en este trabajo parezcan elementales para cualquier estudiante de derecho, propongo revisar críticamente algunas cuestiones básicas relativas a (i) cómo es el proceso de decisión judicial en la práctica; (ii) cuáles son las características que diferencian al control de constitucionalidad de otros tipos de ejercicios de la magistratura; (iii) y cuáles

10. En este sentido, coincido con la percepción del rol de los operadores jurídicos en la democracia que expone DIANA, al escribir que “no sólo corresponde analizar y desmembrar las teorías que conforman el derecho, sino que es un deber por parte de los jueces al tiempo de fallar, pero también de los abogados cuando ejercen la profesión, y en ambos casos, cuando transmiten el conocimiento jurídico, en la academia, en revistas jurídicas, libros y en las aulas. Aunque parezca un análisis dogmático del fenómeno jurídico, es un análisis necesario con el objeto de desmembrar las bases del conocimiento y discurso jurídicos”. DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica”, en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 6 - El método en derecho - La administración paralela)*, Buenos Aires, FDA, 2012, Anexo I. Disponible en <http://www.gordillo.com>

son los fundamentos de los diversos diseños institucionales para la selección de magistrados en distintos modelos constitucionales.

En mi opinión, el debate en la Asamblea Constituyente como en el marco del Plan para la Democratización de la Justicia dejó traslucir fuertes desacuerdos en relación a estas cuestiones que son elementales y, por lo tanto, entiendo que resulta necesario intentar ordenar y reconstruir algunas bases que son el punto de partida y la condición necesaria para emprender cualquier debate honesto, serio y democrático sobre la cuestión judicial.

II. El proceso de decisión judicial en la práctica

En las últimas décadas, la mayoría de las democracias constitucionales modernas ha experimentado una creciente judicialización de sus principales conflictos políticos,¹¹ dando lugar a una intervención del Poder Judicial hasta entonces desconocida.

Sin embargo, no obstante estos cambios radicales en el rol de los jueces, la doctrina jurídica tradicional continúa afirmando –con un discurso sencillo y llano que, que si bien cuenta cada vez con menos adeptos entre los juristas,¹² resulta atractivo para muchas personas que no están familiarizadas con temas judiciales– que el estudio del proceso de toma de decisiones judiciales está exclusivamente relacionado con el análisis del derecho positivo.¹³ Este discurso se encuentra alimentado por el mito de que los jueces son “un cuerpo uniforme de técnicos jurídicos impermeables, que están por encima y más allá de los conflictos políticos”¹⁴ y de que en el ejercicio de su función jurisdiccional los jueces son la boca de la ley.

11. HIRSCHL, RAN, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, *11 Annual Review of Political Science* 1; THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, *op. cit.*, 2008, p. 1.

12. BAUM, LAWRENCE, *Judges and Their Audiences*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 8.

13. FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 2.

14. SHAPIRO, MARTIN, *Law and politics in the Supreme Court: new approaches to Political*

En este contexto, entiendo que vale la pena detenerse a analizar los principales estudios judiciales realizados en las últimas décadas que, mediante el recurso a una amplia variedad de métodos empíricos –incluyendo análisis cuantitativos a gran escala de sentencias,¹⁵ encuestas de preferencias políticas (a jueces y sobre jueces), entrevistas con jueces,¹⁶ análisis de correspondencia,¹⁷ simulación de casos,¹⁸ etc.– dan cuenta de los numerosos factores “extrajurídicos” que influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales, y ayudan a desmitificar, con evidencia concreta y precisa, la visión jurídica tradicional resumida más arriba. Aun cuando ninguna de estas teorías es capaz de proveer una explicación completa de cómo los jueces toman realmente sus decisiones, entiendo que constituyen una guía muy útil para descubrir, entender y analizar críticamente de qué modo funciona el proceso de decisión judicial en la práctica, y aportan datos fácticos tangibles sin los cuales cualquier análisis del poder judicial deviene en meras especulaciones teóricas y abstractas.

Entre los principales estudios judiciales empíricos, cabe destacar la pionera investigación realizada entre 1965 y 1971 por SHELDON GOLDMAN,¹⁹ sobre la base de más de dos mil casos decididos en forma no unánime por tribunales de apelaciones de los Estados Unidos (es decir, casos que incluían el voto en disidencia de alguno de los tres jueces), que fueron clasificados en

Jurisprudence, Nueva York, Free Press, 1964, p. 21.

15. GOLDMAN, SHELDON, “Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited”, *69 American Political Science Review* 491, 1975; CAMERON, CHARLES y CUMMINGS, CRAIG, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, Paper presentado en 2003 Meeting of the Midwest Political Science Association.

16. JACOBSON, JESSICA y HOUGH, MIKE, *Mitigation: The Role of Personal Factors in Sentencing*, Londres, Prison Reform Trust, 2007.

17. EPSTEIN, LEE y KNIGHT, JACK, *The Choices Justices Make*, Nueva York, Congressional Quarterly Press, 1997; FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, *op. cit.*

18. LOVEGROVE, AUSTIN, “Public Opinion, Sentencing and Lenience: An Empirical Study Involving Judges Consulting the Community”, *Criminal Law Review* 769, 2007.

19. GOLDMAN, SHELDON, “Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited”, *op. cit.*, p. 491.

diferentes categorías de acuerdo al tema de la decisión (por ejemplo, casos relacionados al proceso penal, casos sobre libertades civiles, sobre derecho del trabajo, etc.).²⁰

A partir del análisis cuantitativo de estas decisiones judiciales, GOLDMAN examinó en detalle el impacto que tenían sobre las sentencias las preferencias políticas de los magistrados, así como sus antecedentes personales. A tales fines, el autor diseñó un modelo que, básicamente, consistía en lo siguiente: (i) primero, se le daba a los jueces un puntaje con un valor numérico,²¹ dependiendo de si sus decisiones sobre uno de los temas clasificados habían representado una actitud política “liberal”, “de centro” o “conservadora”;²² (ii) a través de la comparación del puntaje obtenido por los jueces en relación a cada tema, se determinaba si había o no una tendencia política determinada en sus decisiones; y, (iii) a partir de la evaluación de siete variables de antecedentes de los jueces (afiliación partidaria, edad, religión, experiencia judicial previa, años de ejercicio como juez en tribunales de apelaciones, ejercicio previo como fiscal público, antecedentes como candidato en elecciones para ocupar cargos públicos),²³ se determinaba la relación con sus respectivas decisiones judiciales.

Los resultados de este trabajo revelaron que la afiliación partidaria, la edad y la religión de los jueces eran variables con efectos significativos sobre el comportamiento judicial, lo cual le permitió concluir al autor que “las preferencias y los valores definidos política antes que jurídicamente pueden

20. *Ibíd.*, pp. 491-493.

21. *Ibíd.*, p. 491.

22. Así, por ejemplo, al analizar decisiones judiciales sobre el proceso criminal, a los votos que favorecían a los acusados o prisioneros se le otorgaba el valor de dos (2) puntos, como representando una preferencia liberal. Si un juez tenía 3 votos distintos sobre el mismo tema, se le daba un (1) punto, siendo considerado así como de una postura intermedia o de centro. Finalmente, si el juez votaba generalmente en contra del acusado o prisionero, se lo tomaba como conservador, y le otorgaba un puntaje de cero (0) puntos. Es importante tener en cuenta que, a los fines de categorizar a un juez como de tendencia liberal, conservadora o intermedia en relación a alguno de los temas, se requería que existieran al menos cinco (5) precedentes del juez en el mismo sentido.

23. GOLDMAN, SHELDON, “Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited”, *op. cit.*, p. 491.

ser de importancia primordial para entender la votación de los tribunales de apelaciones”.²⁴

Si bien esta investigación no demuestra en forma concluyente que los jueces estén motivados únicamente –ni siquiera primordialmente– por metas y/o preferencias políticas, resulta igualmente de gran valor para mostrar cómo la variedad de comportamientos judiciales frente a casos muy similares puede ser mejor comprendida como un producto de preferencias políticas antes que como diferencias jurídicas (en el sentido estrictamente técnico de la palabra) de los jueces.²⁵ Por ello, más allá de las limitaciones propias de este tipo de investigaciones,²⁶ el trabajo de GOLDMAN hizo un valioso aporte para dejar al descubierto la falacia de las visiones legalistas tradicionales, que niegan categóricamente cualquier tipo de influencia de las preferencias políticas o ideológicas en el proceso de toma de decisiones judiciales. Por otro lado, este estudio pionero sirvió además para abrirle el camino a subsiguientes investigaciones sobre el impacto de las preferencias políticas en las sentencias, así como también para considerar otras posibles variables, como los antecedentes personales de los jueces, y para desarrollar marcos teóricos alternativos.

Entre dichas investigaciones, la “perspectiva contextual” adoptada por CAMERON y CUMMINGS en su trabajo sobre diversidad y toma de decisiones judiciales,²⁷ constituye un excelente ejemplo de la evolución de estos estudios empíricos, que ofrece evidencia adicional sobre cómo ciertos factores extrajurídicos afectan las decisiones de los magistrados.

Estos autores se concentraron en los “efectos de la presión de pares” (peer effect) en los tribunales colegiados, distinguiendo el impacto de los antecedentes personales de los jueces sobre sus propias decisiones (“efecto de los antecedentes personales”) y el impacto directo de dichos antece-

24. *Ibíd.*, p. 495.

25. BAUM, LAWRENCE, *Judges and Their Audiences*, *op. cit.*, p. 20.

26. La evidencia empírica de GOLDMAN no puede ser generalizada ni utilizada para analizar todos los procesos de toma de decisión judicial, ya que estuvo circunscripto estrictamente al estudio del comportamiento judicial de los jueces de los tribunales de apelaciones, y exclusivamente en los Estados Unidos.

27. CAMERON, CHARLES y CUMMINGS, CRAIG, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, *op. cit.*

dentes sobre otros jueces (“efecto diversidad”), del “efecto de la presión de pares” propiamente dicho, entendido como “la influencia que tienen las acciones de un juez sobre el comportamiento de los otros jueces”.²⁸ En otras palabras, los autores evaluaron si la interacción entre jueces de diversas características personales y con distintas preferencias políticas en el marco de un tribunal colegiado afectaba sus deliberaciones y el proceso colectivo de toma de decisiones.²⁹

Esta investigación cubrió todos los casos de “acciones afirmativas” entre 1971 y 1999 ante los tribunales de apelaciones de los Estados Unidos –incluyendo más de 500 votos individuales–,³⁰ y brindó sólida evidencia sobre el “efecto de presión de pares” que tiene la diversidad racial en las votaciones por este tipo de acciones judiciales.³¹ Según CAMERON y CUMMINGS, “agregando tan sólo un miembro no blanco a un panel de jueces [...] se incrementa la probabilidad de un voto a favor de la acción afirmativa por parte de los jueces blancos en alrededor del 15%”.³² Asimismo, los pocos datos disponibles sobre diversidad de género también mostraron un fuerte nexo de causalidad entre la adición de una mujer a un panel de jueces hombres con las votaciones a favor de “acciones afirmativas” por parte de estos últimos.³³ En contraste, la investigación sugirió que la diversidad ideológica de los miembros de un tribunal, sin perjuicio de que también operaba a través de un “efecto de presión de pares”, no incrementó la deliberación.³⁴ Por el contrario, la diversidad ideológica generó un “efecto de presión de pares” inverso, esto es, polarizaba aún más las opiniones divergentes.³⁵ Según este

28. *Ibíd.*, p. 4.

29. *Ibíd.*, *op. cit.*, p. 1.

30. *Ibíd.*

31. *Ibíd.*, p. 18.

32. *Ibíd.*, p. 19.

33. *Ibíd.*

34. *Ibíd.*, p. 26.

35. En este sentido, “recientes investigaciones experimentales sobre dos ejercicios deliberativos –uno entre personas autoproclamadas como liberales y otro entre personas autoproclamadas como conservadoras, mostró que la visión de los participantes se mostró mucho más extrema luego de la deliberación”. Ver SCHKADE, DAVID, SUNSTEIN, CASS y HASTIE,

trabajo, cuando un juez conservador compartía el tribunal con colegas de preferencias políticas liberales, las probabilidades de que votara a favor de una acción afirmativa se reducían en un 25% en comparación con su historial de votación cuando compartía panel con otros jueces conservadores o moderados.³⁶ A partir de estos datos, CAMERON y CUMMINGS concluyeron que la diversidad ideológica en los paneles de jueces, en lugar de aumentar la deliberación, parece incrementar la polarización sobre sus preferencias políticas.³⁷

El modelo seguido por CAMERON y CUMMINGS confirma por qué resulta erróneo negar cualquier tipo de influencia extrajurídica en las decisiones judiciales, aunque cabe reconocer que deja sin ofrecer una explicación completa de cómo y por qué toman los jueces las decisiones que toman en la práctica.

Posteriormente, en un intento por superar este déficit de los estudios judiciales empíricos, algunos autores han ensayado explicaciones más complejas y sofisticadas sobre el comportamiento judicial, basadas en las “estrategias” diseñadas por los jueces para superar las limitaciones legales e institucionales del sistema, con el objetivo de influir en políticas a largo

REID, “When deliberation produces extremism”, 22 *Critical Review* (2) 227, 2010.

36. CAMERON, CHARLES y CUMMINGS, CRAIG, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, *op. cit.*, p. 20.

37. Cabe señalar que CAMERON y CUMMINGS enfatizaron en sus conclusiones los beneficios de la diversidad racial y de género a los fines de ampliar las visiones de los jueces y promover la deliberación en los tribunales colegiados. Sobre este punto, más allá de la importancia de la diversidad en los tribunales de apelaciones en términos de ampliación de la deliberación y posibilidades de obtener sentencias judiciales que tengan en consideración una gama más amplia y rica de argumentos y puntos de vista, entiendo que es importante recordar que el argumento a favor de la diversidad judicial no depende necesariamente de esta demostración de que contribuye a mejorar la calidad de la justicia, ya que no depende los resultados, sino de que existen fuerte razones de equidad y legitimidad para apoyar esa diversidad. Ampliar en ETHERTON, TERENCE, “Liberty, the archetype and diversity: a philosophy of judging”, *Public Law* 727, 746, 2010. Ver también HALE, BRENDA, “Equality and the Judiciary: Why Should We Want More Women Judges?”, *Public Law* 489, 2001; MALLESON, KATE, “Justifying gender equality on the bench: why difference won’t do”, 11 *Feminist Legal Studies*, 2003.

plazo de acuerdo a sus propias preferencias políticas. Un buen ejemplo de esta perspectiva es el estudio realizado por EPSTEIN y KNIGHT, en su libro *The Choices Justices Make*.³⁸

Estos autores examinaron correspondencia entre los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre los años 1970 y 1980, concentrándose en las negociaciones entre ellos, y en los varios cambios de posición de algunos jueces durante el proceso de decisión de casos importantes.³⁹ Por ejemplo, al examinar el proceso de decisión del caso Craig v. Boren,⁴⁰ los autores hallaron que las reglas institucionales de la Suprema Corte de EE.UU. tuvieron un fuerte impacto en el cambio de postura de algunos jueces, que podía ser mejor explicada a través de esta “perspectiva estratégica”. En este caso, el juez William J. Brennan –que estaba a cargo de escribir la opinión de la mayoría de la Corte– estaba inicialmente a favor de un estándar estricto para analizar casos de leyes que discriminaran en razón del género. Sin embargo, prefirió diseñar un “test de nivel intermedio” a los fines de obtener suficientes apoyos de sus colegas para poder arribar a una decisión mayoritaria. Aunque esta “decisión intermedia” no era la opinión preferida (es decir, no era la “jugada de máxima”) del juez Brennan en términos de preferencias políticas/jurídicas, era más adecuada para lograr cambiar el precedente existente en la materia, que establecía un estándar de revisión judicial muy laxo (“rational basis” analysis) con el cual hubiera sido muy difícil anular normas que contuvieran discriminación en razón del género. En consecuencia, a partir del estudio de este caso y de los intercambios de correspondencia entre los jueces, los investigadores consideraron que la conducta del juez Brennan podía ser mejor comprendida si se prestaba más

38. EPSTEIN, LEE y KNIGHT, JACK, *The Choices Justices Make*, *op. cit.*

39. BLOOM, ANNE, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, 35 *Laws & Society Review* 1, p. 221, 2001.

40. Este caso (resuelto por la Suprema Corte de EE.UU. en 1976), es el primero en el que la mayoría del Tribunal determinó que las “categorizaciones en razón del género” (sean legales o reglamentarias) debían estar sujetas a un *standard* de revisión judicial intermedio (más estricto que el utilizado hasta ese momento por la Corte). A partir de ese caso, se exige que el Gobierno demuestre que las distinciones basadas en razón del género estén relacionadas sustancialmente con el cumplimiento de importantes objetivos gubernamentales.

atención a la “estrategia” que diseñó el juez para cambiar el precedente existente, antes que analizando solamente sus “preferencias políticas” en relación al tema.

Aunque se pueda objetar que este caso particular examinado por los autores es sólo un episodio aislado, su investigación ofrece también evidencia empírica de que el comportamiento de los jueces *à la* Craig no es algo inusual. Es muy interesante el dato que aportan EPSTEIN y KNIGHT en este sentido, quienes hallaron que “en más de la mitad de los casos con alegatos orales, los jueces de la Suprema Corte cambiaron sus votos iniciales, haciendo cambios en sus opiniones para adecuar las sugerencias de colegas, y uniéndose a votos concurrentes que no reflejan necesariamente sus verdaderas preferencias políticas”.⁴¹ Según los autores, estos casos evidencian el comportamiento estratégico de los jueces, quienes “son conscientes de que su capacidad para alcanzar sus objetivos depende de la consideración de las preferencias de otros actores, de las decisiones que ellos esperan que otros hagan, y del contexto institucional en el que actúan”.⁴² En mi opinión, y sin perjuicio de las limitaciones de esta investigación y de las múltiples objeciones que se le pueden realizar,⁴³ no puede dejar de reconocerse que este “modelo estratégico” ilumina sobre varios aspectos del comportamiento judicial que no son usualmente explorados por las teorías jurídicas tradicionales, o incluso por otros estudios judiciales empíricos.

En esta senda de estudios “posactitudinales”,⁴⁴ es interesante también el trabajo publicado por FEELEY y RUBIN en su libro *Judicial Policy-Making and the Modern State*,⁴⁵ que se centra en el análisis de la saga de casos vinculados a la Reforma Penitenciaria en los Estados Unidos.

41. EPSTEIN, LEE y KNIGHT, JACK, *The Choices Justices Make*, *op. cit.*

42. *Ibíd.*, p. 10.

43. Baum, Lawrence, *Judges and Their Audiences*, *op. cit.*, pp. 15-16.

44. Se le llama así a los estudios posteriores al pionero trabajo de CAMERON y CUMMINGS, que tienden a “mirar mucho más allá de la ideología de los jueces [y] examinar cómo las estructuras institucionales modelan y condicionan las políticas del Poder Judicial”. Ver BLOOM, ANNE, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, *op. cit.*, p. 220.

45. FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, *op. cit.*

Esta saga de litigios, que tuvo lugar en los Estados Unidos entre 1965 y 1990, es uno de los ejemplos más importantes de activismo judicial en el diseño e implementación de políticas públicas. De hecho, las sentencias judiciales ordenando la reforma de penitenciarías en diferentes estados de EE.UU. fueron extremadamente detalladas, y en algunos estados el sistema correccional completo fue (re)diseñado a partir de las sentencias judiciales.⁴⁶

Aunque FEELEY y RUBIN reconocen que no todas las decisiones judiciales involucran el diseño de políticas públicas –y que los casos sobre la Reforma Penitenciaria representan un ejemplo bastante extremo en este sentido–, argumentan que en estos casos “los jueces invocan textos normativos para establecer su control sobre un tema, y luego se basan en fuentes no obligatorias y en su propio juicio y valoración, para generar una decisión que está guiada predominantemente por el resultado que se intuye deseado”.⁴⁷ Según estos autores, no sólo la doctrina jurídica tradicional no reconoce este contraste que existe entre lo que los jueces dicen que hacen (“interpretar derecho”) y lo que realmente hacen (“crear derecho”), sino que también –y más grave aún– “los jueces continúan describiendo su rol de diseño de políticas públicas como un aspecto de la interpretación”.⁴⁸ En su opinión, aunque las limitaciones legales e institucionales no evitan el diseño de políticas públicas por parte de los jueces, ellas crean sin embargo serios problemas de legitimidad para el poder judicial. En este sentido, los autores argumentan que en los casos sobre la Reforma Penitenciaria de EE.UU., las decisiones de política pública tomadas por los jueces federales eran contrarias a los principios de separación de poderes, federalismo y debido proceso.⁴⁹ Es importante señalar que al argumentar de ese modo, FEELEY y RUBIN no critican las decisiones de los tribunales federales. Al contrario, ellos enfatizan la necesidad de reconocer que el diseño judicial de políticas públicas es tan

46. BLOOM, ANNE, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, *op. cit.*, p. 224.

47. FEELEY, MALCOLM y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, *op. cit.*, p. 11.

48. *Ibíd.*

49. *Ibíd.*, p. 18.

necesario y legítimo como el de las otras dos ramas del Estado, y que por lo tanto debería ser estudiado de ese modo.⁵⁰

En síntesis, en este apartado he intentado mostrar que los principales modelos de estudio del comportamiento judicial ofrecen evidencia empírica concreta en contra de la afirmación tradicional de que los jueces no se encuentran influenciados por ningún tipo de factor extrajurídico. Por ello, y aun cuando estos estudios no puedan ofrecernos todavía una explicación definitiva y completa de cómo los jueces toman realmente sus decisiones, creo que existen razones suficientes para descartar los mitos del juez independiente de cualquier influencia extrajurídica, y tomar como un presupuesto fáctico para nuestros estudios del derecho, la afirmación de que los jueces están muy lejos de ser “técnicos legales impermeables”.

III. El proceso judicial de “control de constitucionalidad” en la práctica

Los estudios analizados en el apartado anterior muestran claramente cómo los numerosos factores que afectan el comportamiento de los jueces impiden cualquier intento de ubicar al poder judicial “por encima y más allá de los conflictos políticos”.

Ahora bien, si la influencia de factores extrajurídicos en la toma de decisiones judiciales se verifica en cualquier “caso ordinario”, iimaginemos cuánto más influirán estos factores (como la edad, el género, la religión, la experiencia previa, las ideologías políticas, las simpatías partidarias, etc.) en los “casos constitucionales”!⁵¹

En teoría, el control de constitucionalidad está pensado básicamente “como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno”.⁵² Es decir que todo el sistema se construye sobre la base de la idea de derechos básicos o fundamen-

50. *Ibíd.*, p. 22.

51. Como argumentaré más abajo, en los “casos constitucionales”, debido al grado de abstracción y generalidad de la Carta Magna, el margen de apreciación (o de maniobra) para optar por una entre varias opciones posibles es mucho mayor que en los “casos ordinarios”.

52. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

tales, que en la filosofía moral y política contemporánea suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos:

- (i) que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio. Es decir, que tales derechos “atrincheran” ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, y los ponen a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones relativas al “bien común” o al “interés general”.
- (ii) que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no pueden decidir, sirviendo así, en palabras de DWORKIN, como “cartas de triunfo” frente a los poderes mayoritarios.⁵³

Por lo general, el diseño institucional adoptado para la protección de estos derechos básicos resulta de la combinación de dos piezas maestras:

- (i) la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos.
- (ii) la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.

En nuestro país, desde 1888 hasta la actualidad se ha sostenido, con sustento en las previsiones constitucionales que establecen la supremacía de la Constitución Nacional y la función que corresponde a los jueces en virtud de los arts. 31, 116 y 117, “que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra

53. DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”.⁵⁴ Según la Corte Suprema, este diseño constitucional exige que los jueces actúen en todo momento en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios, a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos.⁵⁵

Sin embargo, esta descripción de los fundamentos constitucionales y políticos del control judicial de constitucionalidad parece estar algo incompleta. La idea de que los jueces al ejercer el control de constitucionalidad tan sólo hacen valer frente a los poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Carta Magna pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre los que dice la Constitución y lo que los jueces dicen que dice la Constitución.⁵⁶ Los jueces hacen mucho más que llevar adelante una mera lectura de la Constitución. En efecto, en algunos casos, los jueces “incorporan” al texto soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente– incorporadas en el mismo.⁵⁷

La Corte Suprema argentina sostiene que “sólo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución, no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema”.⁵⁸ Parafraseando a la Corte, y siguiendo lo que sugieren los estudios empíricos reseñados en la primera parte de este trabajo, me atrevo a afirmar que sólo un punto de vista estrecho podría pasar por alto que los jueces no son meramente “la boca de la Constitución”, sino que son verdaderos creadores del derecho constitucional, que toman decisiones políticas

54. Fallos 33: 162, CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

55. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

56. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, democracia y constitución”, en *Doxa*, 2000, p. 69.

57. GARGARELLA, ROBERTO, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Isonomía*, 1996, p. 59.

58. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013.

con base en su propia ideología,⁵⁹ y las encuadran dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece nuestra Constitución.⁶⁰

De hecho, la zigzagueante jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos treinta años en materia de interpretación constitucional confirma que la Constitución permite, con frecuencia, ser interpretada de distintos modos, muchos de ellos –incluso– incompatibles entre sí. El giro en la interpretación constitucional del artículo 19 CN que surge de la comparación de los casos CHA (1991)⁶¹ –en el que la CSJN denegó la personería jurídica de la Comunidad Homosexual Argentina por considerar que dicha asociación no tenía “por objeto principal el bien común, sino [...] la pública defensa de la homosexualidad en sí considerada con vistas a su aceptación social”– y ALITT (2006)⁶² –donde la Corte revocó la resolución de la Inspección General de Justicia que denegó personería jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual, destacando el principio de igualdad y la

59. En palabras de BOURDIEU, “[e]n términos hermenéuticos, nuestra interpretación está condicionada por la precomprensión que tengamos del mundo, por nuestros prejuicios en el sentido de ideas previas del mundo conocido”. BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en BOURDIEU, PIERRE - TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 178, citado en DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica”, *op. cit.*, p. 22.

60. En este sentido, en una entrevista publicada por la revista *Lecciones y Ensayos* en el año 1988, el JUEZ PETRACCHI explicaba: “Se dice que los jueces no son políticos, pero, icómo no van a ser políticos!, son políticos les guste o no. A lo sumo, les va a pasar lo que al cangrejo, que es crustáceo pero no lo sabe. Sus decisiones, especialmente en la Corte Suprema, son políticas, lo que sucede es que no son solamente políticas, son además jurídicas, se tienen que adecuar a la Constitución. Claro que la Constitución es un marco de posibilidades, cuya elección dependerá de la ideología del juez. Cuando existe un conflicto de valores, y eso es lo que siempre hay que juzgar, se toma a uno sobre el otro, y eso configura una decisión política. Los jueces se muestran como ‘técnicos puros’, pero no lo son. Son ideólogos, claro que en un sentido distinto al de aquel que hace política como líder de un partido, pero esto es, sin duda, una especie de política”. Entrevista al JUEZ ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, “La democracia y el poder judicial”, publicada en revista *Lecciones y Ensayos* N° 49, 1988, pp. 301-309.

61. Fallos 314: 1531.

62. Fallos 329: 5266.

autonomía de la conciencia como esencia de la persona y, por consiguiente, la importancia de la diversidad de pensamientos y valores en una sociedad democrática— ejemplifican claramente cómo los principios constitucionales conceden un amplísimo poder de discreción al juzgador. En la misma línea, puede contrastarse el distinto alcance otorgado a la autonomía personal en diversos fallos de la CSJN, analizando los casos Montalvo (1990)⁶³ y Arriola (2009),⁶⁴ ambos sobre la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Esta “brecha interpretativa” la encontramos no sólo al momento de aplicar las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución, sino incluso en pronunciamientos relativos a la organización, competencias y límites de los poderes del Estado. Así, por ejemplo, en materia de interpretación del principio de división de poderes y los valores democráticos, hay también un profundo contraste entre decisiones como Peralta (1990),⁶⁵ Cocchia (1993)⁶⁶ y Rodríguez (1997),⁶⁷ con la reciente jurisprudencia de la Corte en materia de decretos delegados y de necesidad y urgencia, por ejemplo, en los casos Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (2008)⁶⁸ y Consumidores Argentinos (2010).⁶⁹

Esta situación se ve complementada, a su vez, por la creciente constitucionalización de los conflictos jurídicos —y la consecuente “bajamar” del principio de legalidad,⁷⁰ que ha llevado a algunos autores a señalar la nece-

63. Fallos 313: 1333.

64. Fallos 332: 1963.

65. Fallos 313: 1513.

66. Fallos 316: 2624.

67. Fallos 320: 2851.

68. Fallos 331: 2406.

69. Fallos 320: 2851.

70. LAPORTA, FRANCISCO J., “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa* 24, 2001, p. 460. Según GARCÍA AMADO, “la tan manida apología actual del principialismo, del papel de los valores, ya sea en general, ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se

sidad de “volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral”.⁷¹ En esta línea de pensamiento, WALDRON enfatiza la importancia de reconocer los fundamentos que inspiran el principio de separación de poderes –un principio derivado del rule of law, y diferenciado de los principios de división de poderes y frenos y contrapesos–,⁷² entre los que se encuentra la vital distinción entre las distintas funciones de gobierno (legislativo, ejecutivo y judicial) como una forma de resaltar el valor de las formas articuladas y coordinadas de gobierno. En palabras del autor, “la idea es que en lugar de una decisión política indiferenciada de hacer algo acerca de X, hay una insistencia en que cualquier cosa que hagamos a X o sobre X debe ir precedida de un ejercicio del poder legislativo que establezca una norma de carácter general aplicable para todos, no sólo para X, y un procedimiento judicial que hace la determinación de que la conducta de X, en particular, está comprendida en el ámbito de esta norma, y así sucesivamente. Aparte de la integridad de cada una de estas fases, hay una sensación de que el poder se ejerce mejor, o es ejercido con más respeto en

mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías, etc.”. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 10-11, citado en MEORI, ANDREA A. - CHAUMET, MARIO E., “¿Es el derecho un juego de los jueces?”, LL 2008-D, 717.

71. LAPORTA, FRANCISCO J., “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa* 24, 2001, p. 459. En este sentido, DIANA explica que los principios de legalidad y de libertad juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno. Por ello, en opinión del citado autor, “[l]a presunción de inconstitucionalidad de las normas no puede ser la regla en esta democracia. La regla parte de una responsabilidad compartida de todos para encausar nuestra actividad hacia su mejoramiento”. DIANA, NICOLÁS, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, LL Sup. Act. 26/02/2008, 1.

72. Según el autor, “[t]odo lo que le importe al Principio de División de Poderes es que el poder esté dispersado; no le importa particularmente cuáles son esos poderes dispersados. Y todo lo que lo importa al Principio de Frenos y Contrapesos es que el poder controle al poder o concurra en el ejercicio de otro poder; siendo de interés incidental cuáles son los poderes que se contrapesan mutuamente en este balance”. WALDRON, JEREMY, “Separation of powers in thought and practice?”, 54 *Boston College Law Review* 433, p. 442.

sus respectivas áreas de competencia, cuando es producto de esta secuencia ordenada”.⁷³

Las –inevitables– dificultades que genera la existencia de esta “brecha interpretativa” en materia de control de constitucionalidad,⁷⁴ sumado al problema de la “objeción contra-mayoritaria” del poder judicial,⁷⁵ hacen que el reconocimiento y combinación de los dos ingredientes esenciales de una democracia constitucional (i.e. la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos, y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria)⁷⁶ haya dado como resultado diseños institucionales muy diversos, tanto en lo que hace al modo de ejercer el control de constitucionalidad, como a la selección del órgano encargado de tan delicada tarea.

Tal como se verá a continuación, dichos diseños institucionales han tenido debidamente en cuenta –aun en su diversidad de alternativas– que el control de constitucionalidad es, en la práctica, una tarea con fuerte contenido político; y su compatibilidad con el sistema democrático depende de un

73. *Ibíd.*, pp. 434-435.

74. Que confirman la reflexión de SHAPIRO, quien afirma que “la doctrina generalmente está de acuerdo en que tiene que haber algo de control judicial de constitucionalidad, pero no demasiado, y luego elabora infinidad de argumentos para determinar cuánto es demasiado”. Allí está el nudo, precisamente, del debate jurídico en torno al control de constitucionalidad. SHAPIRO, MARTIN, *Law and politics in the Supreme Court: new approaches to Political Jurisprudence*, *op. cit.*

75. Básicamente, la “objeción contra-mayoritaria” adopta dos formas fundamentales: (i) la primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implicaría precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir; y, (ii) la segunda, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático. Ver, entre muchos otros, BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962; GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; WALDRON, JEREMY, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal*, 1346.

76. Tal como señala BAYÓN, cabe reconocer que “si como ideales morales se parte no sólo del de los derechos básicos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece”. BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, democracia y constitución”, *op. cit.*

delicado equilibrio, que puede ser fácilmente quebrado por alteraciones y/o injertos irreflexivos, incluso, respecto de sus características más mínimas.

IV. La selección de “jueces constitucionales” en el derecho comparado

El sistema de control de constitucional presenta básicamente tres variaciones,⁷⁷ que se pueden ejemplificar a la luz de los órdenes jurídicos británico, continental-europeo y norteamericano:

- (i) En el sistema jurídico británico (al igual que en Holanda y en los países escandinavos) no hay un control judicial de constitucionalidad. Esto quiere decir que ningún juez (ni aun la Corte Suprema) puede descalificar una ley dictada por el Parlamento sobre la base de que ella viola la Constitución (que en el caso de Gran Bretaña es consuetudinaria y no escrita). Si bien la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 y de la *Constitutional Reform Act* de 2005 introdujeron importantes cambios en el sistema británico, rige todavía en este país el principio de que el Parlamento es quien tiene la última palabra en materia de derecho constitucional.
- (ii) En el sistema tradicional de los países de Europa Continental, el control de constitucionalidad es de tipo concentrado. Es decir, el poder para declarar la inconstitucionalidad de las normas está generalmente monopolizado por un órgano, el Consejo o Tribunal Constitucional (aunque a veces hay excepciones), integrado por “jueces constitucionales”, que difieren tanto en su poder como en su forma de elección y duración en los cargos, de los “jueces comunes”. A su vez, en distintos modelos adoptados

77. NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 659. En esta descripción podría también incluirse un cuarto modelo, reflejado en algunos diseños institucionales latinoamericanos y algunas provincias argentinas, que consiste en combinar el modelo de control concentrado con el difuso. A modo de ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires existe un control abstracto que ejerce exclusivamente el Tribunal Superior de Justicia, cuyas sentencias tienen efectos *erga omnes* –a menos que la Legislatura disponga lo contrario– y un control difuso que ejerce cada uno de los jueces, que se ejerce en casos concretos y con efectos inter partes.

en Europa Continental el control de constitucionalidad puede ser concreto o abstracto (ya sea preventivo o remedial).

(iii) El tercer modelo de control de constitucionalidad es el norteamericano. Este sistema se caracteriza por ser difuso (o sea, puede ser ejercido por cualquier juez federal o local, no sólo por la Corte Suprema), ser a posteriori, en casos concretos, y por tener carácter vinculante a través de la regla del *stare decisis*. En este sistema, obviamente, todos los jueces, tanto los jueces de las instancias inferiores como los de la Corte Suprema, son “jueces constitucionales”.

En el sistema británico, la designación de los jueces estuvo históricamente –hasta la *Constitutional Reform Act* del año 2005– en cabeza del Lord Chancellor, quien estaba encargado de hacer “encuestas secretas” (*secret soundings*) entre jueces, abogados, compañeros de universidad, etc., acerca de los posibles candidatos, quienes eran finalmente designados en forma discrecional mediante la tradicional “palmadita en el hombro” (*tap on the shoulder*) del Lord Chancellor.⁷⁸

En el año 2005, la *Constitutional Reform Act* –que, entre otras cosas, abolió la Cámara de Apelaciones de la Cámara de los Lores y estableció en su lugar una Corte Suprema, que comenzó a funcionar en octubre de 2009–⁷⁹ restringió sustancialmente las facultades del Lord Chancellor en los nombramientos judiciales; creando una Comisión de Nombramientos de la Suprema Corte –que se integra en forma ad hoc, cuando se producen vacantes en el máximo tribunal–, y una Comisión de Nombramientos Judiciales (*Judicial Appointments Commission for England and Wales*) encargada de la selección de los jueces inferiores.

A pesar de que muchos autores opinaban que, teniendo en cuenta el creciente poder de los jueces en el Reino Unido –sobre todo, por la intro-

78. A pesar de la doctrina de la Soberanía del Parlamento que impera en el Reino Unido, el Parlamento nunca tuvo un papel formal en el proceso de nombramiento de los jueces que, como se señaló, estuvo históricamente monopolizado por el Lord Chancellor. Sin embargo, los miembros del Parlamento siempre tuvieron una fuerte influencia “detrás de escena” en los nombramientos judiciales. STEVENS, ROBERT, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Londres, Hart Publishing, 2002, p. 10.

79. Ver <http://www.supremecourt.gov.uk/about/history.html>

ducción de la ya citada *Human Rights Act* de 1998–,⁸⁰ existían fuertes razones para exigir que en la Reforma se incluyera la intervención de ambas Cámaras del Parlamento en el proceso de nombramiento de jueces,⁸¹ ello no sucedió. Así, tanto para el caso del nombramiento de jueces de la Suprema Corte como de jueces inferiores, luego de la selección de la Comisión de Nombramientos Judiciales, los nombres de los candidatos aceptados por el Lord Chancellor son remitidos al Primer Ministro para la posterior aprobación de la Reina, y no requieren de la ratificación del Parlamento.⁸²

En el modelo británico, debido a la supervivencia –aun con los matices reseñados– de la doctrina de la Supremacía Parlamentaria, no se percibe la necesidad de que el Parlamento intervenga formalmente en los nombramientos judiciales. En este sentido, es importante recordar que la última palabra en materia constitucional en el Reino Unido la tiene el Parlamento y, por ello, cuando los parlamentarios identifican una jurisprudencia con la que están en desacuerdo, tienen el poder de cambiarla. La inexistencia del control judicial de constitucionalidad en el Reino Unido hace, entonces, que los tribunales funcionen sólo en la periferia de la arena política, y que no se perciba una necesidad de mayor intervención del Parlamento en el nombramiento de jueces.⁸³

En contraste, los otros dos modelos que sí aceptan el control judicial de constitucionalidad (es decir, el modelo norteamericano y el continental-europeo) han sido muy cuidadosos en no confundir supremacía constitucional con supremacía judicial, diseñando para ello mecanismos de selección de los “jueces constitucionales” con fuerte predominio de los factores políticos.

80. Sobre el impacto de la introducción de la HRA en el Reino Unido ver, entre muchos otros: CRAIG, PAUL, “Britain in the European Union”, en JOWELL, JEFFREY - OLIVER, DAWN (EDS.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

81. STEVENS, ROBERT, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, *op. cit.*, p. 105; LEGG, THOMAS, “Brave New World-The New Supreme Court and Judicial Appointments”, 24 *Legal Stud.* 45, 2004; LE SUEUR, ANDREW, “Developing Mechanisms for Judicial Accountability in the UK”, 24 *Legal Stud.* 73, 2004.

82. Constitutional Reform Act, 2005, c. 4. Cabe aclarar que el Lord Chancellor puede rechazar hasta tres propuestas por cada cargo a cubrir.

83. CLARK, MARY L., “Advice and consent vs. silence and dissent? The contrasting roles of the legislature in U.S. and U.K. judicial appointments”, 71 *Louisiana Law Review* 451, 2010.

En el modelo norteamericano, que inspiró en sus orígenes al modelo argentino, KRAMER explica que “hay [...] una diferencia enorme entre tener la última palabra y tener la única palabra [en materia de interpretación de la constitución]: entre la supremacía judicial y la soberanía judicial. Podemos elegir aceptar la supremacía judicial porque necesitamos que alguien establezca algunas cuestiones constitucionales esenciales y, por varias razones históricas y jurisprudenciales, la Corte Suprema parece ser nuestra mejor opción. Pero de ello no se sigue que la Corte tenga que ejercer su autoridad sobre todas y cada una de las cuestiones constitucionales ni que, cuando lo hace, pueda desestimar o suplantar apresuradamente las perspectivas de otras instituciones más democráticas”.⁸⁴

En este modelo, el concepto de supremacía judicial no sólo se mantiene dentro de sus cauces constitucionales en función de las características que se exigen al control judicial de constitucionalidad,⁸⁵ sino también dejando abierta la posibilidad de que los ciudadanos actúen para modificar el significado de la Constitución a través de una variedad de mecanismos, entre los que se destaca el proceso de designación de magistrados.⁸⁶

84. KRAMER, LARRY D., “The Supreme Court, 2000 Term Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 13, citado en POST, ROBERT - SIEGEL, REVA, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review* 1027, 2004. Reproducido en castellano en “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, en POST, ROBERT - SIEGEL, REVA, *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (trad. GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 119-120.

85 Me refiero a que el control de constitucionalidad debe versar sobre una cuestión judicial, es decir que (i) no procede en casos abstractos, sino únicamente dentro de un “caso judicial” que represente una verdadera controversia entre dos partes, y que sea actual; (ii) que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad no es *erga omnes*, sino que aplica únicamente al caso concreto; (iii) que, en principio, la inconstitucionalidad no se presume, y debe ser alegada y probada por la parte demandante; y, (iv) que no alcanza a ciertos temas –o en determinadas circunstancias– denominadas por la doctrina como “cuestiones políticas”.

86. Según BALKIN y LEVINSON “el afianzamiento partidista a través de las designaciones presidenciales al Poder Judicial es la mejor explicación de cómo el significado de la Constitución cambia con el paso del tiempo mediante interpretaciones del artículo III más que mediante la enmienda del artículo V”. Y en el mismo sentido, POST y SIEGEL opinan que

En los Estados Unidos, la selección y nominación de los jueces federales –de todos los jueces federales, no sólo de los miembros de la Corte Suprema– está en manos del poder político. En efecto, de conformidad con la Constitución norteamericana, las nominaciones para jueces de la Corte Suprema, de los Tribunales de Apelaciones y de los Juzgados de Distrito son realizadas por el Presidente y confirmadas con el consejo y el acuerdo del Senado (conf. art. II secc. 2, y art. III de la Constitución de los Estados Unidos). Y la influencia de la política en la nominación y confirmación de jueces federales es tal, que previo al dictamen del Comité de Asuntos Judiciales del Senado, este le envía una “blue slip” (carta azul) a los senadores del Estado cuya vacante judicial se está cubriendo, solicitando su opinión. Si uno solo de dichos senadores se niega a prestar su conformidad respecto del candidato propuesto, el proceso cae o, si continúa, genera tantas trabas que se hace muchísimo más difícil lograr el acuerdo del Senado.⁸⁷

En Europa Continental, el control de constitucionalidad surgió mucho después que en EE.UU. y que en nuestro país. La memoria de los abusos cometidos por los tribunales del *ancien régime* contribuyó al desarrollo de una visión más rígida del principio de separación de poderes –opuesta al sistema de pesos y contrapesos que inspiró el modelo norteamericana–, y tal desconfianza en el posible “gobierno de los jueces”, que el control de constitucionalidad no fue restablecido en los países de Europa continental hasta bien entrado el siglo XX. Naturalmente, el diseño institucional para su restablecimiento fijó estrictos límites tanto en razón de las condiciones para su ejercicio, como en razón de cuáles son los jueces habilitados para realizar dicho control.

Actualmente, en el modelo continental-europeo, la naturaleza dual (jurídico-política) de los tribunales constitucionales –que son los únicos que tienen esta función de control de los otros poderes del Estado– es abiertamente reconocida, y su peso en el sistema jurídico es equilibrado por el

“[e]n la medida en que el diseño del artículo III asegure que el pueblo conserva la última palabra respecto del significado de su Constitución, se garantizará la prioridad estructural de cierta forma de constitucionalismo popular”.

87. Ver DENNING, BRANNON P., “The blue slip: enforcing the norms of the judicial confirmation process”, 10 *William & Mary Bill of Rights Journal* 75, 2001.

poder que tienen los otros poderes de determinar la composición de dichos tribunales, tal como se grafica con los ejemplos del siguiente cuadro:

	Francia	Italia	España
Nombre	Consejo Constitucional	Corte Constitucional	Tribunal Constitucional
Fecha de Creación	1958	1948	1978
Número de Jueces	9	15	12
Duración del mandato	9 años	9 años	9 años
Autoridad de Designación	Presidente de la República y el presidente de cada una de las asambleas del Parlamento (Senado y Asamblea nacional)	Presidente de la República (5). Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras (5). Las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (5).	Congreso (4). Senado (4). Gobierno (2). Consejo General del Poder Judicial (2).
Tipo de Revisión Judicial	Concentrada	Concentrada	Concentrada
Acceso Directo de Particulares	No	No	Sí
Acceso Indirecto por Reenvío	Sí	Sí	Sí

El Consejo Constitucional de Francia –que tiene a cargo, entre otras competencias, el control concentrado de constitucionalidad de las leyes– se compone de nueve miembros, que duran solamente nueve años en sus mandatos (no renovables), y que son designados por el presidente de la República y el presidente de cada una de las Asambleas del Parlamento (Senado y Asamblea Nacional), quienes nombran, cada uno, un miembro del Consejo cada tres años. La Corte Constitucional de la República Italiana –el órgano

a cargo del control de constitucionalidad de las leyes en Italia— está compuesto por quince jueces, que son nombrados por terceras partes: cinco por el presidente de la República, cinco por el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras, y cinco por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas (art. 135 de la Constitución Italiana). El Tribunal Constitucional de España —que es el único órgano que ejerce el control de constitucionalidad en el territorio español—, está integrado por doce miembros, que ostentan el título de Magistrados del Tribunal Constitucional. Sus integrantes son nombrados por el Rey mediante Real Decreto, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial; y son designados por un período de nueve años, sin posibilidad de reelección inmediata (art. 159 de la Constitución Española).

La mencionada naturaleza dual (jurídico-política) que caracteriza a los tribunales constitucionales es abiertamente reconocida en los países que adoptan este sistema,⁸⁸ y se manifiesta tanto en la estructura de los tribunales constitucionales como en los mecanismos para la selección de sus miembros. Por un lado, estos tribunales tienen la función de control a los otros poderes del Estado, para mitigar el poder de las mayorías (poder que no tienen los demás jueces). Pero por el otro lado, los restantes poderes del Estado tienen la facultad de determinar la composición de los tribunales. Al igual que en los Estados Unidos, los guardianes son elegidos principalmente por las mismas instituciones que tienen que ser custodiadas.

Tal como se advierte de los tres ejemplos citados, la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en el modelo continental europeo no es lo mismo que el diseñado para los restantes jueces, sino que está sujeto a mayor discrecionalidad de los restantes poderes del Estado. Así, los jueces de los tribunales constitucionales son invariablemente designados o

88. Esta situación es reconocida incluso en países como Alemania, que tiene una tradición de ver a los jueces como técnicos autómatas que se limitan a aplicar la ley. Ver THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, *op. cit.*, p. 138.

elegidos por los órganos políticos: ya sea el ejecutivo, el legislativo y muy excepcionalmente, miembros del propio poder judicial.⁸⁹

En conclusión, el análisis comparado de los sistemas de control de constitucionalidad norteamericano y continental-europeo, y sus respectivos mecanismos de selección y nombramiento de “jueces constitucionales”, muestra la continuidad que existe entre el poder del control de constitucionalidad, por un lado, y el carácter político de las designaciones de los jueces encargados de tan delicada tarea jurídico-política. Esta relación que existe entre control de constitucionalidad y designaciones con fuerte impronta política es, con sus ventajas y desventajas, reflejo del sistema de pesos y contrapesos; y le otorga a los tribunales cierta legitimidad política para intervenir en los conflictos políticos que le son sometidos, en función del rol político que inevitablemente juegan cada vez que ejercen el control de constitucionalidad.⁹⁰

V. ¿...y el Consejo de la Magistratura?

La incorporación del Consejo de la Magistratura al sistema judicial argentino en la Reforma Constitucional del año 1994 –que modificó sustancialmente, entre otras cosas, el proceso de selección de jueces–⁹¹ se apoyó irreflexivamente en algunos mitos que carecen de cualquier atisbo de realidad, e ignoró ciertas cuestiones que son centrales en el diseño institucional de la mayoría de las democracias constitucionales modernas.

89. THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, *op. cit.*, p. 138.

90. En este sentido, ver STEVENS, ROBERT, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, *op. cit.*

91. De acuerdo a la Reforma Constitucional de 1994, el Consejo de la Magistratura tiene la atribución de elevar al Poder Ejecutivo una terna de candidatos, de carácter vinculante, para que el Presidente elija entre los propuestos en base a su idoneidad, y envíe la propuesta de designación para el acuerdo del Senado (conf. arts. 114 y 99 inc. 4 C.N.). Tal como señala Gelli, “[d]ado que la terna es vinculante, el Poder Ejecutivo se encuentra compelido a designar a uno de los tres candidatos propuestos [...] El carácter vinculante de la terna significa no sólo que el Poder Ejecutivo no debe elegir a una persona ajena a aquélla, tampoco podría rechazar a todos los propuestos”. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada (Tomo II)*, *op. cit.*, p. 495.

En la primera parte de este trabajo, se dio cuenta de la profusa evidencia empírica que, desde hace más de cincuenta años, refuta el mito de que los jueces son “un cuerpo uniforme de técnicos jurídicos impermeables, que están por encima y más allá de los conflictos políticos”, y que en el ejercicio de su función son meramente la boca de la ley. El dogma de la “asepsia judicial” que sostuvieron –y sostienen aún– muchos de los defensores de la incorporación del Consejo de la Magistratura a nuestro sistema, falla en no reconocer que los jueces, en realidad, no son técnicos legales impermeables, y que existen múltiples factores meta-jurídicos (entre ellos, ideológicos y políticos) que, consciente o inconscientemente, influyen en forma decisiva en el proceso de toma de decisiones judiciales.

En la segunda parte del trabajo argumenté que la permeabilidad de factores extrajurídicos en las decisiones judiciales es mucho mayor cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, debido a la inevitable “brecha interpretativa” que existe entre lo que la Constitución dice, y lo que los jueces dicen que la Constitución dice. Los jueces, según intenté demostrar, no son “la boca de la Constitución” sino verdaderos creadores del derecho constitucional, que toman decisiones políticas con base en su propia ideología, y las encuadran dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece nuestra Constitución.

Finalmente, en la tercera parte mostré cómo la íntima relación que existe entre control de constitucionalidad y poder político se manifiesta en los diversos sistemas constitucionales, que sólo utilizan los Consejos de la Magistratura cuando se trata de elegir “jueces comunes” –i.e. jueces que sólo administran justicia, sin el poder de ejercer el control de constitucionalidad–, y mantienen celosamente la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en manos de los órganos políticos.⁹²

En conclusión, la selección y nombramiento de los “jueces constitucionales” en una democracia exige el reconocimiento del rol político que cumplen los jueces cuando ejercen el control de constitucionalidad y de los múltiples factores que, en la práctica, influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales. La tan dogmáticamente pregonada “independencia

92. Profundizar en THOMAS, CHERYL (ed.), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit. En nuestro medio, ver ARCANI, MARÍA ROSA - BIELSA, RAFAEL, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, op. cit.

del poder judicial” no va a lograrse desideologizando y/o despotizando el proceso de selección de magistrados –dado que no hay forma de pretender algo que es inconcebible, o sea, personas sin ideología–⁹³ sino al contrario, explicitando y transparentando las posiciones políticas, y aceptando el pluralismo ideológico que debe existir en todos los poderes del Estado, incluso en el poder judicial.

Bibliografía

- Arcani, María Rosa-Bielsa, Rafael, “El Consejo de la Magistratura en el Derecho comparado”, LL 1996-D, 1735.
- Baum, Lawrence, *Judges and Their Audiences*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- Bayon, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, Revista *Doxa*, 2000.
- Bickel, A, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- Bloom, Anne, “The ‘Post-Attitudinal Moment’: Judicial Policymaking through the Lens of New Institutionalism”, 35 *Laws & Society Review* 1 (2001).
- Bourdieu, Pierre - Teubner, Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, citado en Diana, Nicolás, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica” en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 6 – El método en derecho - La administración paralela)*, FDA, Buenos Aires, 2012, Anexo I. Disponible en <http://www.gordillo.com>.
- Cameron, Charles y Cummings, Craig, “Diversity and Judicial Decision-Making: Evidence from Affirmative Action Cases in the Federal Courts of Appeal 1971-1999”, Paper presentado en 2003 Meeting of the Midwest Political Science Association.
- Clark, Mary L., “Advice and consent vs. silence and dissent? The contrasting roles of the legislature in U.S. and U.K. judicial appointments”, 71 *Louisiana Law Review* 451 (2010).
- Craig, Paul, “Britain in the European Union”, en Jowell, Jeffrey-Oliver, Dawn (eds), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

93. CSJN, “Rizzo”, 18/06/2013 (voto en disidencia del JUEZ ZAFFARONI).

- Denning, Brannon P., "The blue slip: enforcing the norms of the judicial confirmation process", 10 *William & Mary Bill of Rights Journal* 75 (2001).
- Diana, Nicolás, "Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica", en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 6 – El método en derecho - La administración paralela)*, FDA, Buenos Aires, 2012, Anexo I. Disponible en <http://www.gordillo.com>
- Diana, Nicolás, "La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes", *LL Sup. Act.* 26/02/2008.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional (Tomo V)*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Epstein, Lee y Knight, Jack, *The Choices Justices Make*, Congressional Quarterly Press, Nueva York, 1997.
- Etherton, Terence, "Liberty, the archetype and diversity: a philosophy of judging", (2010) *Public Law* 727.
- Feeley, Malcolm y Rubin, Edward, *Judicial Policy-Making and the Modern State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- García Amado, Juan Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, citado en Meori, Andrea A. - Chaumet, Mario E., "¿Es el derecho un juego de los jueces?", *LL* 2008-D, 717.
- Gargarella, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Revista Isonomía*, 1996.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Gargarella, Roberto, "Injertos y rechazos: Radicalismo Político y Trasplantes Constitucionales en América", en Gargarella, Roberto (Dir.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo 1: Democracia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada (tomo II)*, *La Ley*, Buenos Aires, 2008.
- Goldman, Sheldon, "Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited", 69 *American Political Science Review* 491 (1975)
- Hale, Brenda, "Equality and the Judiciary: Why Should We Want More Women Judges?", (2001) *Public Law* 489
- Hirschl, Ran, "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts" (2008) 11 *Annual Review of Political Science* 1.

- Jacobson, Jessica y Hough, Mike, *Mitigation: The Role of Personal Factors in Sentencing*, Prison Reform Trust, Londres, 2007.
- Kramer, Larry D., “The Supreme Court, 2000 Term Foreword: We the Court”, 115 *Harvard Law Review* 13, citado en Post, Robert – Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92 *California Law Review* 1027 (2004). Reproducido en castellano en “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial”, en Post, Robert – Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (trad. García Jaramillo, Leonardo), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa* 24 (2001).
- Le Sueur, Andrew, “Developing Mechanisms for Judicial Accountability in the UK”, 24 *Legal Stud.* 73 (2004).
- Legg, Thomas, “Brave New World-The New Supreme Court and Judicial Appointments”, 24 *Legal Stud.* 45 (2004).
- Lovegrove, Austin, “Public Opinion, Sentencing and Lenience: An Empirical Study Involving Judges Consulting the Community”, (2007) *Criminal Law Review* 769.
- Mairal, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.
- Malleson, Kate, “Justifying gender equality on the bench: why difference won’t do”, (2003) 11 *Feminist Legal Studies*.
- Niño, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Rosenkrantz, Carlos, “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, 1 *International Journal of Constitutional Law* 269 (abril 2003)
- Schkade, David, Sunstein, Cass y Hastie, Reid, ‘When deliberation produces extremism’ (2010) 22 *Critical Review* (2) 227.
- Shapiro, Martin, *Law and politics in the Supreme Court: new approaches to Political Jurisprudence*, Free Press, Nueva York, 1964.
- Spota, Alberto A., “Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura”, en Comentarios a la reforma constitucional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, en AA.VV., *Asociación Argentina de Derecho*

- Constitucional. Comentarios a la Constitución*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995.
- Stevens, Robert, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Hart Publishing, Londres, 2002 .
- Thea, Federico G., “Los trasplantes de derecho al servicio del poder”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo (Diciembre 2008) (LL 2009-A, 778), reproducido en GORDILLO, AGUSTÍN (DIR.), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales (Tomo I)*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- Thomas, Cheryl (ed), *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (de GUARNIERI y Pederzoli), Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Waldron, Jeremy, “Separation of powers in thought and practice?”, 54 *Boston College Law Review* 433.
- Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346.
- Constitución de la República Italiana
- Constitución Española
- Constitución Francesa
- Constitutional Reform Act, 2005
- CSJN, *Rizzo*, 18/06/2013.
- CSJN, *Rizzo*, 18/06/2013 (voto en disidencia del JUEZ ZAFFARONI).
- Fallos*: 313:1333; 313:1513; 314:1531; 316:2624; 320:2851; 320:2851; 329:5266; 331:2406; 332:1963; 33:162.
- Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente (Sesiones del 27/07/94 al 01/08/94). Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>
- Entrevista al Juez Enrique Santiago Petracchi: La democracia y el poder judicial, publicada en *Revista Lecciones y Ensayos N° 49* (1988). <http://www.supremecourt.gov.uk/about/history.html>