El poder del juez frente a la Constitución en una sociedad democrática.
División de poderes y sentencias estructurales

O poder do juiz contra a Constituição em uma sociedade democrática. Divisão de poderes e sentenças estruturais

The power of the judge in relation to the constitution in a democratic society. Division of powers and structural judgments

Claudia E. Zalazar

Doctora en Derecho, Vocal de Cámara en lo Civil y Comercial de Córdoba, Encargada de la Secretaria Ejecutiva de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario, Miembro del comité ejecutivo de la red argentina de derecho sanitario, Presidenta de la sala de derecho a la salud del Instituto de Investigación en ciencias jurídicas de la Universidad Blas Pascal, Directora de la Revista Derecho y Salud de la UBP, Disertante a nivel nacional e internacional en temas relacionados al derecho sanitario. Autora de investigaciones, libros y trabajos. ORCID 0000-0002-7956-1016

RESUMEN: La función del Juez en una sociedad democrática ha evolucionado a la par que el sistema político democrático, generando nuevos contenidos. El Estado de Derecho moderno es el Estado constitucional, donde el juzgador cobra un papel relevante, interpretando la norma con discrecionalidad e independencia, validándola constitucionalmente (control de constitucionalidad), para brindar soluciones razonables, justas y eficaces. Y si bien en democracia debe respetarse la división de poderes, ante violaciones reiteradas de derechos fundamentales, se ha permitido a las Cortes Superiores dictar las llamadas "sentencias estructurales" mediante las cuales se proyecte una política pública o se exhorte al dictado de la misma o de una ley que ampare dichos derechos vulnerados con una proyección colectiva.

PALABRAS CLAVE: Poder del juez. Control de constitucionalidad. División de Poderes. Sentencias estructurales.

RESUMO: O papel do Juiz numa sociedade democrática evoluiu juntamente com o sistema político democrático, gerando novos conteúdos. O Estado de Direito moderno é o Estado constitucional, onde o juiz desempenha papel relevante, interpretando a norma com discrição e independência, validando-a constitucionalmente (controle de constitucionalidade), para fornecer soluções razoáveis, justas e eficazes. E embora na democracia a divisão de poderes deva ser respeitada, face às repetidas violações dos direitos fundamentais, os Tribunais Superiores têm sido autorizados a ditar as chamadas "sentenças estruturais" através das quais se projecta uma política pública ou a emissão do mesmo é incentivado ou de uma lei que proteja esses direitos violados com uma projeção coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Poder do juiz. Controle constitucional. Divisão de Poderes. Sentenças estruturais.

ABSTRACT: The role of the Judge in a democratic society has evolved alongside the democratic political system, generating new content. The modern Rule of Law is the constitutional State, where the judge plays a relevant role, interpreting the norm with discretion and independence, validating it constitutionally (constitutionality control), to provide reasonable, fair and effective solutions. And although in democracy the division of powers must be respected, in the face of repeated violations of fundamental rights, the Superior Courts have been allowed to dictate the so-called "structural sentences" through which a public policy is projected or the issuance of the same is encouraged or of a law that protects said rights violated with a collective projection.

KEYWORDS: Power of the judge. Constitutional control. Division of Powers. Structural sentences.

1. La democracia y la división de poderes

Bajo la premisa del sistema democrático, cabe precisar el papel que le corresponde a cada una de las funciones en las que se divide el poder, ya que la división de funciones que bosquejaron, tanto Locke como Montesquieu, para garantizar el ejercicio democrático del poder, se han convertido en la estructura básica de todo sistema democrático hasta la actualidad.

Sin embargo, la preponderancia de alguna de las funciones ha variado con el transcurrir de los tiempos. En efecto, se le asignó un papel preponderante a la función legislativa, porque era la encargada de dictar las leyes, y en ella descansaba la racionalidad del sistema. Tanto la administración como la función jurisdiccional debían aplicar las leyes, sin tener mayores posibilidades de interpretación, a no ser el tenor literal de la norma. El juez en el estado democrático liberal primigenio se convirtió en la boca de la ley. Ello dio pie, por un buen tiempo, al gran desarrollo de la corriente positivista en el campo del Derecho y al método de interpretación exegético.

Posteriormente, la generación del Estado de Derecho, vino a provocar el sometimiento de los hombres al derecho, y el derecho eran las leyes, a las que los legisladores le otorgaban los contenidos más diversos y, en algunos casos, arbitrarios, sin respeto alguno por la Constitución.

En Europa continental se viene gestando una transformación en la comprensión del Derecho, acercándose el sistema basado en las normas (*common law*), que tiene una concepción del derecho más abierta a la cultura, que gira alrededor de la Constitución y que brinda al juzgado un poder discrecional. En este orden se destaca la argumentación jurídica, sustentada en la interpretación de las normas constitucionales, y a la que se denomina Neoconstitucionalismo.

Dicha corriente le otorga al juez una posición singular dentro de la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es el legislador el elemento preponderante, al cual se sometía la función jurisdiccional. Las normas que promulga la función legislativa, ahora, vienen sometidas a un ejercicio de validación constitucional por parte de los jueces. Es por ello que el juzgador a través de la interpretación le otorga el contenido definitivo cuando aplica la norma a un caso concreto.

El juez, así, se convierte en un elemento tan preponderante como el legislador en la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es la boca de la ley, como lo ideó Montesquieu, sino que es el que ejerce un contrapeso en el ejercicio del poder de las otras funciones del Estado, a través del control de la constitucionalidad de las leyes, por medio del control difuso, y en el defensor y garante de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos. A ello cabe sumarle, el control de convencionalidad con relación a los tratados internacionales al que cada país haya adherido, y de manera principal con los tratados de derechos humanos.

Siguiendo al maestro Ferrajoli diremos que

> "La figura y la colocación institucional del juez en el estado democrático de derecho resultan todavía más netamente caracterizadas por su cualidad de externas al sistema político y de extrañas a los intereses particulares de los sujetos en la causa. El juez no es propiamente un órgano del Estado-aparato, aun cuando, como dice el art. 101 de la constitución italiana, ejerce sus funciones "en nombre del pueblo". El juez se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder, en el doble sentido de que tiene atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos de los órganos del Estado frente a las lesiones que de ellos se deriven para los derechos de los ciudadanos. Y es claro que para desempeñar un papel semejante no debe tener ninguna relación de dependencia, directa ni indirecta, con ningún otro

> poder. Dicho con otras palabras, debe ser independiente tanto de los poderes externos como de los poderes internos de la organización judicial…"[1]

De lo dicho podemos decir que el papel del juez en un Estado Constitucional, no es el mismo papel que ha desempeñado en un tradicional estado de derecho. En un Estado Constitucional, cobra preponderancia su actuación. La norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad, es sólo una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser interpretados por el juez cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, podemos decir que la función del juez se ha convertido el actor principal en el derecho.

Dice Ferrajoli

> "si la primera revolución se había expresado en el consolidarse de la omnipotencia del legislador, o sea del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha cumplido con el afirmarse de lo que podemos llamar el principio de *estricta legalidad* (o de *legalidad sustancial):* es decir, con la sujeción de las leyes a los vínculos no solo formales sino también sustanciales impuestos por los principios y por los derechos fundamentales expresos por las constituciones".[2]

Es por ello que, en un Estado Constitucional, la interpretación por parte del juez es un tema esencial, siendo en general útiles todos los métodos de interpretación para encontrar los argumentos que justifiquen una decisión. Ningún método es mejor que el otro, ya que todos los métodos son buenos si nos brindan los argumentos para justificar una decisión que debe ser razonable, socialmente aceptable, justa y además, frente a la vulnerabilidad, eficaces.

La Corte Constitucional Colombiana sobre el rol del Juez sostiene:

> Una de las características emblemáticas del Estado constitucional es el nuevo papel del juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al Estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los Estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se lo cosifica o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos. Y lo que el ciudadano espera de sus jueces, es que estén a la altura del importante papel que se les ha asignado en las democracias modernas. [3]

Estas facultades de los jueces se llevan a cabo a través del control de constitucionalidad de las normas –concentrado o difuso- a la luz de los tratados internacionales –en especial los de derechos humanos- y donde adquiere preeminencia la interpretación del juez.

---

[1]FERRAJOLI, Luigi "El juez en una sociedad democrática", Biblioteca Cejamericas (https://biblioteca.cejamericas.or)

[2] FERRAJOLI, Luigi "Diritti fondamentali", en *Teoría politica,* 1998, 2, pp. 3-33.

[3] Sentencia T-119 del 11 de febrero de 2005.

.2. El llamado control difuso de constitucionalidad

En primer lugar, tenemos que se considera como antecedente histórico del control difuso de constitucionalidad (Landa Arroyo, citado por Barbosa, 2011). Dicha figura representó el fruto de la confianza depositada en los jueces norteamericanos para ejercer el control de constitucionalidad y hacer prevalecer la supremacía de la Constitución; como consecuencia de la desconfianza en el parlamento que había dictado las leyes antes de la independencia. Dicho antecedente ha contado además con la influencia inglesa del no muy expandido *higher law*, como un derecho superior a las leyes, necesario para darles validez.

Ahora bien, también debemos considerar que el *judicial review* no tiene su desarrollo en la constitución norteamericana de forma textual, sino que es de construcción jurisprudencial,[4] siendo el caso Marbury vs. Madison (1803) el fallo en el que el juez Marshall da un giro total a la práctica judicial imperante hasta ese entonces en la Corte Suprema de Justicia Norteamérica y además, da paso a una nueva concepción del papel de los jueces, pues si bien muestra a la Corte como el intérprete decisivo de la Constitución, señala la importancia de la función interpretativa y de resolución de conflictos entre ley y constitución que realizan todos los jueces, por ser "la esencia misma de la función judicial"[5] .

El llamado control difuso de constitucionalidad es aquel que no solo puede ser ejercido por un órgano especializado, sino también por los jueces ordinarios, quienes podrían interpretar a la luz de la constitución un caso concreto y por vía de la figura procesal de la declaración de inconstitucionalidad, dejar de aplicar una ley que sea abiertamente contraria a la constitución.

Por ser una interpretación realizada frente a un caso concreto, los efectos de la decisión serían inter partes. Se diferencia del control concentrado, que se presenta cuando se otorgan facultades a un Tribunal o Corte Constitucional para hacer el control de las leyes a la luz de la constitución y darle a sus decisiones efectos *erga omnes*, como sería el caso de las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional de Colombia o Perú como órgano principal de salvaguarda constitucional

El neoconstitucionalismo surge como una denominación para el estudio de una nueva era de Constituciones propias de los Estados democráticos, con funciones dentro del ordenamiento jurídico. Es decir, este concepto encierra una nueva forma teórico-analítica de comprender el derecho en virtud a los cambios contemporáneos que se le ha dado a los ordenamientos jurídicos y a procesos característicos en ellos, como la constitucionalización.

La doctrina hace mención a algunos elementos que particularizan al neoconstitucionalismo: a) Papel fundamental de los principios en la función de interpretación y argumentación jurídica de los jueces; b) Ponderación o balanceo como método interpretativo-aplicativo, y abandono de la tradicional subsunción; c) Subordinación de todo el ordenamiento jurídico a la Constitución; y d) Defensa de la interpretación creativa de la jurisprudencia y libertad del juez para la sustancialización de la Constitución.[6]

[4] HIGHTON, E. I. Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (sin año referenciado en el texto)

[5] GARAY, A. F. (2009). La enseñanza del caso Marbury vs. Madison. Revista sobre enseñanza del derecho. En: www.derecho. uba.ar , pag.130

[6] Viciano & Martínez (2013). La Constitución democrática. Entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. Debates constitucionales en nuestra América.

Lo más notorio de estas referencias es el papel que juega el juez en cada una de ellas, puesto que es a él a quien le corresponde el conocimiento de los principios para realizar una interpretación y argumentación idónea, es quien debe hacer el juicio de valor frente a los principios sopesados o ponderados, quien se encarga de hacer prevalecer la supremacía constitucional y finalmente, quien debe apersonarse de la facultad creativa y de la "libertad" que se le concede para interpretar la Constitución.

Como vemos las doctrinas neoconstitucionales resaltan la superioridad axiológica de la constitución sobre la ley y de los principios sobre las reglas, la constitución como limitadora del poder público y como moldeadora de la sociedad, y que por tanto debe "no solo prevenir (en negativo) una legislación lesiva de los derechos, sino también orientar (en positivo) toda la legislación entera.

Si una de las características principales del neoconstitucionalismo es la supremacía de la constitución en el ordenamiento jurídico, la cual se garantiza mediante el control constitucional, el sistema difuso, tiene una relación directa en el desarrollo del neoconstitucionalismo y representa uno de sus temas de análisis más pertinentes.

Ahora bien, esto no significa que el llamado control difuso no merezca críticas. La más común gira en torno a la legitimidad del juez ordinario para ejercer el control más importante del Estado Social de Derecho. Algunos autores consideran que el estudio y el control de la constitucionalidad de una norma jurídica exige conocimientos especializados. Así como existen jueces en las diferentes ramas del derecho (jueces laborales, penales, civiles) deben existir jueces constitucionales.

La anterior crítica encierra también una detracción al neoconstitucionalimo, defender el papel del juez ordinario y su libertad para interpretar la constitución cuando no tiene la legitimidad democrática y política para ello, como sí la tiene la Corte Constitucional.[7] (Viciano & Martínez, 2013, p.9).

Este tema se ve agravado por la creciente pérdida de confianza en los jueces, pues infortunadamente, la imagen del juez como sujeto venerable y distinguido en la sociedad, se ha visto permeada por los actos de unos pocos que no hacen honra a su profesión ni a su función, con actos de corrupción, por ejemplo. Situación que no solo se ha presentado entre los llamados jueces ordinarios sino también entre aquellos en quienes se supone una alta formación académica y moral, y en virtud a ello integran el órgano supremo de protección y control constitucional.

Otra de las críticas está orientada a la inseguridad jurídica que crearía la interpretación difusa de la Constitución, pero está casi que superada. Ello es así por la claridad sobre los efectos que tiene una decisión que se tome aplicando la declaración de inconstitucionalidad como fruto de la interpretación jurídica que entraña el control difuso.

El papel del juez constitucional debe ser entonces el de apersonarse de esa facultad-deber que tiene, para hacerle honor no solo a su investidura, sino también a la Constitución, que busca ella misma ser protegida por todos los medios posibles. Así pues, la labor del juez debe ser tomada por él mismo con responsabilidad, sobre todo cuando realiza una interpretación y argumentación constitucional que debe ser hoy en día la superación de aquella concepción del juez como "traductor de la ley".

[7] Viciano & Martínez (2013). La Constitución democrática. Entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. Debates constitucionales en nuestra América., pag. 9

La idea de control de constitucionalidad responde, como señalamos, a la teoría esgrimida desde Estados Unidos y que ha sido ampliada a diferentes horizontes constitucionales a lo largo y ancho del globo.

Como vemos, la idea central del control de constitucionalidad radica en la posibilidad de que las normas que se encuentran contrarias a la norma máxima puedan ser inaplicables al caso, declarando que no están de acuerdo a lo que la Constitución prescribe. El control de constitucionalidad es, así, "un arma poderosa en manos de los jueces"[8], y debe ser utilizado como última ratio de la praxis judicial[9], ya que pesa sobre la firma de los magistrados la posibilidad de corregir los desarreglos que el propio sistema democrático ha producido.

En Argentina, el control de constitucionalidad implica un acto de discernimiento complejo por parte de todos los jueces de la República[10], por lo que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que hay que bregar por una interpretación "conforme" a la Constitución, lo que el propio Legislador ha puesto por escrito en el Código Civil y Comercial sancionado en el año 2015. En este punto, resaltamos que este tipo de interpretación quiere decir que, ante varias supuestas interpretaciones de una ley respecto de la mirada constitucional, siempre hay que optar por aquella que sea conforme a la Constitución y desechar aquella que sea contraria a ésta. Por último, agregar que esta interpretación "tiene su primer fundamento en el de la unidad del ordenamiento jurídico"[11].

Una novedad es la inclusión de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como parte integrante del bloque de constitucionalidad es el de la existencia de un nuevo control que pueden realizar los jueces, cual es el de convencionalidad, el que

> "consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia, v. gr., la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo"[12].

Es dable destacar junto a Sagües, que el control de convencionalidad "importa (...) uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y el subconstitucional de los países del área"[13]. El control de convencionalidad se transforma en un nuevo poder otorgado a los jueces, el que implica también la necesidad de atender a la interpretación conforme de las leyes a estos Tratados.

En las palabras de la propia Corte Interamericana en la causa Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú[14],

> "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque

[8] NINO, Carlos Santiago (1992): *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, P. 658.
[9] Tal cual lo señaló la Corte en Fallos 288:325, 290:83, 292:190, 301:962, 324:3345, 325:645, entre otros.
[10] Teniendo en cuenta que en Argentina el Control de Constitucionalidad es difuso y, por tanto, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma.
[11] DE OTTO, Ignacio (2010): *Op. Cit.*, P. 80.
[12] BAZÁN, Víctor (2012), "El control de convencionalidad, desafíos y perspectivas" en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (2012), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Konrad Adenauer, Colombia, P. 24.
[13] SAGÜES, Néstor P. (2010), *Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano*, La Ley Online, AR/DOC/5213/2010, Buenos Aires.
[14] De 24 de noviembre de 2006.

> el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana"[15].

Cuestión ésta que también había sido expuesta en "Almonacid y otros c/ Chile"16.

El control de constitucionalidad en Brasil se puede caracterizar por la originalidad y diversidad de instrumentos procesales destinados a la fiscalización de la constitucionalidad de los actos del poder público y la protección de los derechos fundamentales.

El Supremo Tribunal Federal (STF), la Corte Constitucional de Brasil, tiene entre sus atribuciones promover el control de constitucionalidad de las leyes y los actos normativos. Para cumplir este papel la Suprema Corte utiliza un sistema hibrido, inspirado en el modelo anglosajón (Estados Unidos y Reino Unido) y europeo continental, teniendo a mano instrumentos que faciliten y generen economía de tiempo para el estudio de las controversias sobre la interpretación de la Carta Magna: las acciones directas de inconstitucionalidad (ADIs), las acciones declaratorias de constitucionalidad (ADCs), las acciones directas de inconstitucionalidad por omisión (ADO) y las argumentaciones de incumplimiemto de preceptos fundamentales (ADPFs), además de las acciones constitucionales propias del modelo difuso.

Como puede apreciarse Brasil es uno de los pocos países del mundo que utilizan un sistema hibrido de control de constitucionalidad, mezclando la tradición anglosajona y la tradición europea continental.

3. División de poderes e independencia del Poder Judicial

El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías de la administración de justicia, como es el debido proceso; motivo por el cual deben ser respetados en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona.

El Estado se encuentra obligado a garantizar esta independencia institucional, ya que ello inspira legitimidad y confianza no solo al justiciable sino a todos los ciudadanos de la sociedad, en la cual el Poder Judicial se suscribe como ente protector de la democracia de derechos.

La independencia del Tribunal no es sólo una virtud esperable y deber de los jueces de manera particular, sino que a la vez debe ser una característica objetiva referida a la naturaleza de la relación del Poder Judicial en su conjunto con los otros poderes del Estado y especialmente en su relación con el Poder Ejecutivo.

Por eso decimos que la independencia del poder judicial tiene un componente objetivo, como calidad indispensable del sistema judicial como tal, y un componente subjetivo, como el derecho de toda persona a que un juez independiente establezca sus derechos y libertades.

Si no existen jueces independientes, los derechos y libertades no pueden aplicarse de una manera correcta y legal. Por lo tanto, la independencia del poder judicial no es un fin en sí mismo.

[15] Fundamento 128.
[16] De 26 de septiembre de 2006.

No es un privilegio del que gozarían los jueces a título individual, sino que se justifica por la necesidad de permitir que los jueces cumplan su misión de guardianes de los derechos y las libertades de las personas sin ninguna interferencia externa ni interna.

A todo lo que venimos exponiendo cabe sumar que a la luz del constitucionalismo y de la convencionalidad, en las últimas décadas se ha consolidado el protagonismo central de los jueces en la garantía de los derechos humanos. Ello constituye uno de los principales efectos de la ratificación de tratados de derechos humanos, así como de la constitucionalización de los derechos, toda vez que las decisiones judiciales se convierten en herramientas para revertir todo tipo de arbitrariedad estatal. Dada esa importante tarea a cargo de los jueces, es imprescindible que la judicatura cuente con el más alto nivel posible de independencia judicial.

Dice Ferrajoli sobre el constitucionalismo actual, que se ha configurado a partir de la generalización de las constituciones rígidas y de la sujeción de los Estados a las convenciones internacionales sobre derechos humanos "como un nuevo paradigma, fruto de una profunda mutación interna del paradigma paleoiuspositivista".[17]

Sabemos que en los sistemas democráticos el Poder Ejecutivo, es quien en mayor medida administra la agenda institucional, y quien diseña y ejecuta la política pública. Ese procedimiento de selección de los problemas de la agenda sistémica e ingreso a la agenda institucional es lo que desde el derecho administrativo se estudia como decisiones de "oportunidad, mérito o conveniencia", considerándoselo tradicionalmente ajeno al ejercicio de la función judicial. Es la potestad de determinar, en definitiva, qué problema va a abordarse, qué recursos se le asignan, en qué momento y con qué medios (financieros, materiales, humanos, etc.).

En este contexto la actividad judicial debería estar limitada a la aplicación del derecho en casos concretos, sin que a los jueces les corresponda el diseño o puesta en práctica de políticas generales en ningún ámbito, pues estas funciones están reservadas al legislador y al Ejecutivo. Sin embargo, como ya lo venimos diciendo, la protección judicial de los derechos humanos ha traído importantes cambios para las democracias contemporáneas, como es la prerrogativa del juez de imponer límites a la oportunidad de los poderes con mayor legitimidad democrática, frente a las violaciones de los derechos fundamentales.

El argumento de la división de poderes, conforme a la cual las facultades que la Constitución Nacional ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes son privativas de éstos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la forma de su ejercicio,[18] se ha ido modificando. Ello es así, ya que si bien por un lado le está vedado a los tribunales pronunciarse sobre la conveniencia u oportunidad de una política determinada, por el otro, corresponde al Poder Judicial garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental a la hora de administrar justicia.

No se pretende sustituir la voluntad del legislador en cuanto órgano deliberativo encargado de proyectar políticas para satisfacer necesidades concretas, ni de relevar al Poder Ejecutivo o administrado en su rol de ejecución de dichas políticas. En otras palabras, no se trata de que los jueces deban evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino de evitar las consecuencias que decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales.

[17] RENTERIA , Adrián, "Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli" Isonomia n°19 Mexico octubre 2003

[18] HARO Ricardo, "El control jurisdiccional y las cuestiones políticas: nuevas perspectivas" disponible en www.acader.unc.edu.ar

Entonces, cuando se encuentran desamparados los derechos que debe garantizar la Constitución a sus ciudadanos ya sea por falta de políticas públicas adecuadas o por el incumplimiento de las mismas, la prohibición del Poder Judicial se levanta, y se le habilita la competencia para indagar sobre la constitucionalidad de la acción u omisión del Estado y justifica el dictado de sentencias estructurales, sin que ello pueda implicar una violación de la división de poderes.

Como ya hemos referenciado, con relación al control de las políticas públicas, en un principio la idea era la de evitar la intervención del Poder Judicial en las llamadas "cuestiones políticas no justiciables". En este contexto durante un extenso período hubo una resistencia a conocer de toda una gama de cuestiones que denominaba genéricamente políticas. Sin embargo, esta idea no fue mantenida, lo que se ha visibilizado a través de pronunciamientos dictados en temas muy diversos: causas que se referían al hacinamiento en los servicios penitenciarios, a temas de salud, al desenvolvimiento de la vida de los partidos políticos; de la legalidad del procedimiento de formación y sanción de las leyes, etc.

Los tribunales que dictan estas sentencias pretenden reestablecer los derechos de grupos sociales cuyos intereses no suelen ser representados en debida forma por las autoridades públicas. Se trata, por lo general, de colectividades socialmente marginadas –como los pueblos indígenas, la población carcelaria, las víctimas del desplazamiento forzado en conflictos armados, falta de prestaciones en salud, et- que enfrentan graves problemas sociales y de violación de derechos humanos que no son resueltos a través de los cauces políticos ordinarios.

Progresivamente, el eje de la preocupación de los juristas se fue trasladando de los modos de control y revisión de las actividades desarrolladas por el estado que podían producir daño a terceros, a la falta de satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, se fue dejando de discutir sobre el control de actos del estado para poner en tela de juicio las omisiones a los deberes que este tiene en relación con sus habitantes y la necesidad del Poder judicial de garantizar los mismos y en especial los derechos humanos.

En este orden, ante el crecimiento exponencial de las materias susceptibles de judicialización, el Poder Judicial ha debido enfrentarse a problemas que las otras instituciones no habían afrontado o que trataron de forma insatisfactoria. Es por ello que, en el contexto actual, a diferentes niveles y con distintos grados, se ha reconocido al Poder Judicial una injerencia en el desarrollo de políticas públicas con el que no contaba años atrás, y que se encuentra en pleno proceso de crecimiento y evolución. Si bien lo ha hecho con prudencia, y poniendo siempre énfasis en el deber de autorrestricción [19] las Cortes Supremas han resuelto decenas de casos en los que se ordenó desarrollar o modificar políticas públicas.[20]

Así, teniendo en cuenta la necesidad de amparar estos derechos y las escasas probabilidades de que estos asuntos sean resueltos por los actores políticos de manera espontánea, los tribunales

[19] Esta doctrina se detrae de jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, representada en la disidencia del juez Harlan Stone en "United States vs. Butler" (297 U.S. 1 -1936), donde se sostuvo que "[m]ientras el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno está sujeto a la restricción judicial, el único freno sobre nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de la propia limitación". Puede verse, al respecto, Fallos 155:248; 311:2580 y sus citas.

[20] Con relación a la CSJN Argentina podemos mencionar causas, como "Asociación Benghalensis" (Fallos 323:1339), "Verbitsky" (Fallos 328:1146), "Badaro" (CS, Fallos: 329:3089 y 330:4866) "Mendoza" (cuya sentencia definitiva obra en Fallos 331:1622). También, con los matices que conlleva la circunstancia de que la jurisdicción que la Corte ejerce no es estrictamente judicial, sino la llamada "jurisdicción dirimente", puede verse la causa "La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas" (CSJ, 243/2014 (50-L) /CS1 Originaria, del 01/12/17), vinculada a la situación del río Atuel.

disponen en estos fallos la adopción de medidas generales de la política pública para garantizar los derechos de estas personas.

Es decir, el juez toma una cuestión de trascendencia social, traída por una de las partes y la canaliza por medio del proceso, convirtiéndola a través de la sentencia en una obligación de desarrollar política pública. El efecto material de la decisión del juez no es otro que el de reducir o desplazar el ámbito de oportunidad que el Poder Ejecutivo tiene en relación con esa cuestión. Una vez dictada la sentencia, la administración no podrá ya, por ejemplo, diferir indefinidamente en el tiempo el abordaje del conflicto, o elegir no asignarle recursos. Por el contrario, deberá encontrar formas concretas de dar respuesta a dicha interpelación. [21]

Las sentencias estructurales, como manifestación del enorme poder institucional de los tribunales constitucionales o los máximos tribunales de un país, tienen por efecto superar situaciones sociales sumamente desfavorables, a la par que le permiten participar a la ciudadanía en la reconstrucción del tejido social que se ha desvanecido por efecto de la vulneración de sus derechos.

Pese a lo loable que parece todo lo anterior, hay varios puntos de vista críticos respecto de la figura. De un lado, persisten las posturas que descalifican este tipo de sentencias por argumentos tradicionales: falta de legitimidad democrática de los tribunales, ruptura del principio de separación de poderes, tiranía judicial, etc.

Las coordenadas de esos debates son ya ampliamente conocidas y al parecer se trata de una discusión estancada y que no conducen a nada, ya que la realidad supera la formalidad del sistema. Ello es así, ya que si los otros poderes del Estado no establecen las políticas públicas adecuadas o incumplen las mismas, provocando violaciones sistemáticas y reincidentes de los derechos humanos, al Poder Judicial no le queda más remedio, que emprender acciones positivas que logren recuperar a los ciudadanos esos derechos esenciales, a través de estas sentencias estructurales mediante las cuales se proyecte una política pública o se exhorte al dictado de la misma o de una ley que ampare dichos derechos.

Existen además otros ejes críticos que han surgido precisamente de la práctica de estas sentencias: imposibilidad de cumplimiento y desconocimiento técnico de las posibilidades presupuestales del Estado para responder a las obligaciones impuestas por el tribunal, como así también las modalidades de ejecución de sentencia. Ello surge del hecho de que las complejidades que subyacen a la formulación de las políticas públicas escapan largamente a

las posibilidades de análisis del Poder Judicial, cuya función está institucionalmente diseñada para resolver dando certeza, conflictos concretos y puntuales, con tiempos finitos y determinables.

Consideramos que el amparo estructural de los derechos es un fenómeno que ha echado raíces en el constitucionalismo y que se ha convertido en una tendencia judicial sólida y en ascenso. En consecuencia, el debate a propósito de su legitimidad democrática no debe plantearse en términos de si este debería, o no, existir, pues, al margen del resultado de esta discusión, lo cierto es que los fallos estructurales son una realidad cada vez menos infrecuente en la práctica judicial. Prueba de ello se encuentra en la incursión que han hecho en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[21] CARDUCCI, Pablo S "Política pública desde el Poder Judicial: Notas sobre la ejecución de sentencias estructurales" Publicado en: RDAmb 56, 28/12/2018, 87

En definitiva, el Juzgador hoy es la figura central del Derecho, completamente opuesta a la que señalaba Montesquieu, es un ser que razona interpretando y argumentando, inspirado en los nuevos postulados del Derecho Constitucional o el neoconstitucionalismo y los derechos humanos. El Juez en esta nueva concepción de lo que se entiende por Estado Social de Derecho y de Justicia, debe partir de la humanización del derecho desde el punto de vista de la dignidad humana, teniendo claro que juzga para los justiciables defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social.

Conclusiones

El juez, se ha convertido en un elemento tan preponderante como el legislador en la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es la boca de la ley, como lo ideó Montesquieu, sino que es el que ejerce un contrapeso en el ejercicio del poder de las otras funciones del Estado, a través del control de la constitucionalidad de las leyes, por medio del control difuso, y en el defensor y garante de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Reflexionar sobre el papel de juez hoy nos obliga a cuestionar falsas dicotomías como independencia judicial vs. politicidad de lo jurídico, derechos individuales vs. derechos colectivos, poder contramayoritario vs. poder popular o democracia formal vs. democracia sustancial. Ello sólo será posible si logramos construir colectivamente un nuevo sentido común jurídico y político abandonando los paradigmas jurídicos tradicionales, adoptando una perspectiva multi y transdisciplinaria y asumiendo la complejidad de nuestro tiempo.[22]

Asimismo, y si bien en los sistemas democráticos el delineamiento y puesta en marcha de las políticas públicas resultan ser en principio un poder reservado de los poderes legislativo y ejecutivo; cuando esos otros poderes no las establecen en forma adecuada o incumplen las mismas, provocando violaciones sistemáticas y reincidentes de los derechos humanos, al Poder Judicial no le queda más remedio, que emprender acciones positivas que logren recuperar a los ciudadanos esos derechos esenciales, a través del dictado de sentencias estructurales mediante las cuales se proyecte una política pública o se exhorte al dictado de la misma o de una ley que ampare dichos derechos.

El dictado de estas sentencias estructurales resulta ser un instrumento legítimo y eficaz en aras de proteger derechos fundamentales en casos muy excepcionales, en los cuales una tutela "no estructural" u ordinaria no es suficiente en aras de proteger los mismos, y de manera primordial si hablamos de protección de vulnerabilidad y de derechos humanos, sin que ello implique quebrar la división de poderes ni menos aún afectar la independencia del poder judicial.

En cualquier caso, lo definitorio de las sentencias estructurales es que el juez se habilita, como máximo intérprete y defensor de los derechos establecidos en la Constitución, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos, en asuntos que han sido gravemente descuidados por ellas, y, en consecuencia, expide órdenes que exceden las coordenadas inter partes de los casos que originaron la respectiva sentencia, y que apuntan a resolver el problema generalizado que se ha detectado.[23]

[22] DUQUELSKY GOMEZ Diego J, "El rol del juez en una sociedad democrática", R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 16, n. 2, p. 121-148, jul./dez. 2015, pag. 122 y ss

[23] Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia" en JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES N° 5, Victor Bazan, Editor académico, 2015. La protección de los derechos

El grado de aceptación de las llamadas "sentencias estructurales" dependerá en buena medida de la concepción personal que se tenga acerca del papel que ha de jugar el derecho como herramienta de ingeniería social, como palanca para transformar la realidad, y de la función que en los tiempos que vivimos corresponde al poder judicial en su relación con los otros dos poderes del Estado a la luz de la Constitución y de los Tratados internacionales.

Referencias

BAZÁN, Víctor (2012), "El control de convencionalidad, desafíos y perspectivas" en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (2012), Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Konrad Adenauer, Colombia, P. 24.

CARDUCCI, Pablo S "Política pública desde el Poder Judicial: Notas sobre la ejecución de sentencias estructurales" Publicado en: RDAmb 56, 28/12/2018, 87

DUQUELSKY GOMEZ Diego J, "El rol del juez en una sociedad democrática", R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 16, n. 2, p. 121-148, jul./dez. 2015, pag. 122 y ss

FERRAJOLI, Luigi "Diritti fondamentali", en Teoría politica, 1998, 2, pp. 3-33.

FERRAJOLI, Luigi "El juez en una sociedad democrática", Biblioteca Cejamericas (https://biblioteca.cejamericas.or)

GARAY, A. F. (2009). La enseñanza del caso Marbury vs. Madison. Revista sobre enseñanza del derecho. En: www.derecho.uba.ar, pag.130

HARO Ricardo, "El control jurisdiccional y las cuestiones políticas: nuevas perspectivas" disponible en www.acader.unc.edu.ar

HIGHTON, E. I. Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (sin año referenciado en el texto)

NINO, Carlos Santiago (1992): Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, P. 658.

OSUMA, Néstor "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia" en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales N° 5, Victor Bazan, Editor académico, 2015

RENTERIA, Adrián, "Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli" Isonomia n°19 Mexico octubre 2003

sociales Las sentencias estructurales" En este artículo el autor se detiene en tres supuestos de sentencias estructurales dictadas en Colombia con relación al hacinamiento de las personas en las cárceles, el traslado de las personas por conflictos armados internos y el último por cuestiones generales de salud de la población.

SAGÜES, Néstor P. (2010), Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, La Ley Online, AR/DOC/5213/2010, Buenos Aires.

VICIANO Y MARTINEZ (2013). La Constitución democrática. Entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. Debates constitucionales en nuestra América.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZALAZAR, Claudia E. El poder del juez frente a la Constitución en una sociedad democrática. División de poderes y sentencias estructurales. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 24, N. 1 (jan./jun. 2024), pp. 55-67. São Paulo: ESDC, 2024. ISSN: 1983-2303 (eletrônica).

Recebido em 08/02/2024

Aprovado em 14/02/2024

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt-br