

LA ESENCIA DE LA INDEPENDENCIA Y DE LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto *

Actualmente, se observa, que a los tribunales, en general, le compete, además del control de la constitucionalidad, la garantía directa contra lesiones de los derechos fundamentales, la defensa de intereses difusos y el enfrentamiento de la oscuridad y ambigüedad de los textos legislativos, a veces deliberada, en virtud de los difíciles procesos de negociación.

Como consecuencia, el Judiciario enfrenta la articulación de un derecho positivo, conyuntural, evasivo, transitorio, complejo y contradictorio, una sociedad de conflictos crecientes, por eso, se impone la diversificación del Judiciario para atender las necesidades de control de la norma positiva.¹

El paso del Estado Liberal para el Estado Social modificó las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, desarrollando una postura más activa, en la prestación de servicios públicos, en oposición al Estado ausente, liberalista. Este hecho explica el aumento de la competencia normativa y del área de autonomía del Poder Ejecutivo, a quien la ley concedió mayor discrecionalidad. El uso abusivo de tal ampliación de la autonomía de aquellos Poderes y la ofensa a los derechos fundamentales, en el Estado Social, llevaron a una reacción del Poder Judiciario contra los abusos de los administradores y de los legisladores.²

Fue el crecimiento y la diversificación de las necesidades de la sociedad en lo que se refiere a la regulación legislativa lo que hizo insostenible su monopolio parlamentario; la compartición de la competencia legislativa con el Ejecutivo va a implicar en la extensión de las competencias propias del órgano de control de la ley – el

* Jueza de Derecho del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territórios en Brasil.
Maestra en Derecho por la Universidad Federal del Pernambuco (UFPE) en Brasil.

Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) en Argentina.

¹ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

poder Judicial. Así, donde se insinúa ese cambio sustancial de forma más sensible en las tareas judiciales y en las diversas relaciones que los tribunales tienen con los otros Poderes, es en la consideración del estatuto del juez-intérprete, de una revisión del sentido de su vinculación a la ley, una herencia del Absolutismo; a partir de ahora ese estatuto significará, una vinculación a la constitución. Básicamente, se abandona la creencia en la autosuficiencia de un proceso lógico-deductivo que reduzca la interpretación a un estudio riguroso del texto, para destacar la importancia decisiva de la *applicatio* por la cual todo acto de interpretación constituye un aditamento de sentido.

Las alteraciones producidas en el ejercicio de la función jurisdiccional no sólo denuncian un crecimiento inédito de su influencia social como, decididamente, arrancan los jueces del elenco de figurantes del Estado moderno, atribuyéndoles un protagonismo al que, reacios, acabaron por acceder. El Poder Judicial, que adviene del liberalismo, se justifica y se legitima como un poder neutralizador de todo el poder. Sin embargo, ¿tales jueces tienen o no legitimación democrática?

Es un equívoco afirmar que la jurisdicción no cuenta con el apoyo democrático. Según Luigi Ferrajoli, “la legitimación democrática del Poder Judicial es estructuralmente diversa de la de los demás poderes del Estado, no teniendo nada que ver con la voluntad ni con la opinión de la mayoría.”³ Destaca, además, el mencionado autor, que las fuentes de legitimación democrática del Poder Judicial son dos: 1) legitimación formal, que está asegurada por el principio de la estricta legalidad; 2) legitimación sustancial, que consiste en la tutela, por la función jurisdiccional, de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Para Luiz Flávio Gomes, una vez que la jurisdicción es una actividad cuya validez o legitimidad de sus actos está vinculada al principio y a la búsqueda de la verdad (procesal), ella a diferencia de cualquier otro poder público, no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino una legitimación de tipo racional y legal.⁴

El debate propuesto acerca de la legitimidad de la actividad jurisdiccional es propio del paradigma del Estado Democrático de Derecho. En el paradigma liberal, el aislamiento político-social del Poder Judicial reducía la legitimidad de sus decisiones

³ FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. *Jueces para la Democracia*, n. 4, Madrid, set. 1988, p. 5.

⁴ GOMES, Luís Flávio, *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 120-121.

a un momento que antecede a la propia actividad jurisdiccional. Cabía al Judiciario aplicar normas ya previamente dotadas de una legitimidad procedente del proceso legislativo. Tal legitimidad era transferida directamente para la decisión judicial, en la medida de su vínculo a la ley. Sin embargo, la actividad jurisdiccional, como apunta Baracho, no se reduce a una legitimación derivada, sino que tiene su propio momento de legitimación, que se identifica en el grado de adecuación del comportamiento judicial a los principios constitucionales. Ese tema, también presente en la obra de Dworkin y Habermas, indica para el juez la necesidad de solucionar el caso de forma adecuada, considerando la norma positiva, los aspectos morales y éticos, así como los pragmáticos.⁵

La legitimidad de los jueces debe ser orientada al grado de adecuación del comportamiento judicial a los principios y valores que la soberanía nacional considera como fundamentales. Su legitimidad democrática se encuentra asentada en la exclusiva sujeción de los jueces a las leyes emanadas de la voluntad popular. Se expresa en las decisiones judiciales, mientras son amparadas en las aspiraciones de la comunidad, plasmadas en el ordenamiento constitucional y legal.⁶

En lo que concierne a la legitimación democrática de la jurisdicción en el control de constitucionalidad de las leyes, se verifica que Mauro Cappelletti desarrolló el decálogo más completo legitimante, destacando:

- 1) el control de constitucionalidad de las leyes es necesario, si se desea poner límite al poder del moderno *big government*,
- 2) ese control es necesario si se pretende que la Constitución no sea una mera proclamación político-filosófica, sino una verdadera y propia norma suprema, *Grundnorm*;
- 3) ese control judicial concretiza, además, la repartición vertical de competencias (*vertical sharing of powers*) que es típica de los sistemas federales o transnacionales (es decir, la *lex superior* debe prevalecer sobre las normas en conflicto);
- 4) es esencial que los derechos fundamentales (os *Bills of Rights* contenidos en las modernas Constituciones) se apliquen “inclusive contra la voluntad de las mayorías”;

⁵ BARACHO JÚNIR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 157-158.

⁶ BARACHO, José Alfredo. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 27.

- 5) el “proceso judicial” (a diferencia de lo que ocurre con los procesos legislativos y administrativos) es nuclearmente democrático, porque es “participativo”; no se desenvuelve, de otro lado, *ex officio*, siempre depende de la iniciativa y el impulso del interesado;
- 6) los jueces, aunque independientes, poseen responsabilidad (penal, civil, administrativa, político-constitucional), deben motivar sus decisiones y publicarlas;
- 7) el proceso judicial (*judicial process*), comparado con los procesos legislativos y administrativos, surge como el menos inaccesible al ciudadano común;
- 8) ya no se puede negar que en la actividad jurisdiccional existe “creatividad normativa” (adecuación de la ley a la Constitución), de cualquier modo, se impone notar que el *judicial law-making* es lento, gradual e inductivo (emerge de casos concretos); es un proceso experimental, un *trial-and-error process of law-making*, y, por eso mismo, más flexible y se adapta a las necesidades concretas de la sociedad;
- 9) se puede añadir que las decisiones constitucionales de los jueces, no son la última palabra sobre el asunto; el Legislador puede modificar el derecho en cualquier momento;
- 10) resta mencionar la lección histórica en el sentido de que ningún régimen dictatorial u opresivo jamás aceptó un sistema eficaz de justicia constitucional. La jurisdicción constitucional, en suma, posee plena legitimidad y es absolutamente necesaria en un régimen de libertad y democracia.⁷

Los presupuestos constitucionales de la independencia de los jueces, en términos de la Constitución, están asentados en la independencia funcional, política, orgánica, en la inamovilidad, en la responsabilidad y en la imparcialidad. En efecto, la esencia de la independencia y de la legitimación democrática de la actividad judicial está en la sujeción del juez a la Constitución y no su papel de “garante” de los derechos fundamentales.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bolonha: Il Mulino, 1994. p. 66 e ss.

Conclusión

El Poder Judicial recoge su legitimación del pueblo, al mismo tiempo fuente y destinatario único del poder del Estado. Entre los poderes de la República, es aquél que trabaja más próximo del pueblo y de la sociedad, pues no lida con el conflicto descarnado, en la abstracta universalidad del legislador. Los jueces tratan de las cuestiones concretas, de la vida de los seres humanos y la realidad que toca a la puerta del Judicial supera cualquier abstracción. Se recibe de la sociedad el conflicto humano más doloroso y, con él, hombres y mujeres divididos por la disputa con sus semejantes.

Se puede observar que recientemente se han hecho innumerables críticas a la actuación del Poder Judicial en Brasil. Con todo, carece de mejores instrumentos de trabajo. La legislación nacional, además de la técnica deficiente, es hoy de producción verdaderamente caótica. Deficientes son los instrumentos disponibles al Judicial, porque ya no se acepta la verdadera liturgia del proceso, el amor desmedido por los ritos, que casi pasaron a tener fin en sí mismos, en una inversión de valores.

Es cierto que la entrega de la prestación jurisdiccional no puede dejar de transitar por un proceso, previamente reglado, en el cual se pueda oír a los interesados. Se trata de un elemento esencial para la legitimación de la actividad del juez. Pero, este proceso debe ser camino de realización de la Justicia deseada por los ciudadanos, no estorbo incomprensible e inaceptable.

Estamos pasando por una revolución en la forma de hacer justicia, caminando, con la reingeniería del proceso, para una modificación estructural y funcional del Judicial en sí. Se busca remodelar su perfil en el sentido de adecuarlo al de la Justicia que se espera en la nueva era pos-industrial, que se viene constituyendo principalmente en las tres últimas décadas, en la cual la informática transforma el conocimiento en el instrumento de satisfacción de las necesidades de la sociedad y es herramienta de trabajo hábil para acortar el tiempo y la distancia.

Esos factores, en una sociedad que anda a la velocidad de la luz y en constante competición globalizada, asumen destaque como la espina dorsal de la calidad de todo y cualquier servicio. La Justicia, como servicio e instrumento de pacificación social, precisa comulgar con las ideas que están modificando a la civilización, bajo pena de perderse en el tiempo y en el espacio.

La necesidad de adaptar el Poder Judicial a las múltiples demandas del mundo moderno, el apremio de hacerlo más eficiente, de definir sus reales funciones, su

exacta dimensión dentro del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la incesante búsqueda de un modelo de Judiciario que cumpla sus variados papeles de modo que atienda a las expectativas de sus usuarios, todo eso ha contribuido para que la tan esperada reforma del Judiciario gane efectiva prioridad.

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por ser derecho y límite, derecho y garantía. Cabe al juez asegurar su reconocimiento y su eficacia. Debe concretizar el significado de los enunciados constitucionales para juzgar, a partir de ellos, la validez o invalidez de la obra del legislador. Para ello, urge que el juez investigue la constitucionalidad de la ley. Ya no tiene sentido su aplicación automática y aséptica. No existe ley que no envuelva valores.

El juez debe cuestionar su significado, como su coherencia con las normas y principios básicos de la Ley Magna. El Estado Constitucional de Derecho permite el confrontamiento directo entre la sentencia y la Constitución. Es en la observación estricta de la Constitución, así como en su función de asegurador del Estado Constitucional de Derecho, que asienta, el fundamento de la legitimación y de la independencia del Poder Judiciario.

Dentro del sistema jurídico-constitucional vigente, la Magistratura debe desempeñar las siguientes funciones básicas: solución de litigios, control de la constitucionalidad de las leyes, tutela de los derechos fundamentales y asegurador de la preservación y desenvolvimiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho contemplado en la Constitución de 1988. Pero para que La Magistratura cumpla sus funciones debe ser independiente y responsable.

El Poder Judiciario brasileño deparase, en los últimos tiempos, con el desafío de la concretización de los derechos de ciudadanía. Para tamaño desafío, no hay fórmula lista. Es necesario estar siempre dispuesto para esa lucha. Es importante no desfallecer ante la adversidad del volumen de trabajo creciente, sino rehusarse a entregar una jurisdicción de papel, alienada, sin la necesaria y profunda reflexión sobre los valores en litigio, en que las partes se vean solamente como números. Es necesario que los jueces tengan el propósito de realizar una jurisdicción que proporcione pacificación social. Es necesario reconocer que la mayor parte de los brasileños aún no tienen acceso a la Justicia y que es preciso revertir ese débito de ciudadanía.

El juez contemporáneo, sea porque sólo está vinculado a la ley constitucionalmente válida, sea porque enfrenta frecuentemente conceptos jurídicos indeterminados, principalmente cuando debe solucionar conflictos modernos

relacionados con relaciones de consumo, con el medio ambiente, intereses difusos etc., es integrante del centro de producción normativa, luego, es un juez politizado (lo que no se confunde con politización partidaria).

El Juez, en nuestro sistema judicial, sin ultrapasar el marco jurídico-constitucional, puede y debe desempeñar su tarea de dirimir litigios de modo socialmente más justo cumpliendo un papel enteramente distinto al del juez legalista-positivista, creado por la Revolución Francesa para ser *la bouche de la loi*.

La prestación jurisdiccional se debe ejercer como instrumento de pacificación social y afirmación de la ciudadanía, lo que es fácilmente verificado cuando de la ocurrencia de su aplicación célere y justa, consustanciándose, de esa forma, como un poderoso instrumento a servicio de la población. Como se observa, esta sí, es la razón primordial de la existencia del Poder Judicial.

El Judiciario, en los tiempos actuales no puede proponerse a ejercer función apenas jurídica, técnica, secundaria, sino que debe ejercer un papel activo, innovador del orden jurídico y social, visto que es llamado a contribuir para la efectividad de los derechos sociales, procurando darles su real densidad y concreción.

Referencias

BARACHO, José Alfredo. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bolonha: Il Mulino, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Justicia penal y democracia. Jueces para la Democracia*, n. 4, Madrid, set. 1988.

GOMES, Luís Flávio, *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdiccional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.