

La Independencia Judicial: Entre la Democracia y el “Iliberalismo” Constitucional

*The Judicial Independence:
Between Democracy and Constitutional “Illiberalism”*

153

 JHONATHAN ÁVILA ROMERO*

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar el concepto de independencia judicial en sus diferentes dimensiones. Para ello, será necesario esbozar las distintas posturas doctrinales sobre dicho concepto. Esto permitirá entender que la independencia judicial opera, en la mayoría de ocasiones, como un principio jurídico en los términos de la teoría del profesor Robert Alexy, por lo que en caso de entrar en conflicto con otros principios será de aplicación el análisis de proporcionalidad. Ello hará posible determinar cómo ciertos actos o comportamientos de otros órganos constitucionales pueden afectarla en diferentes niveles de intensidad. Para ello, los casos de Polonia y Hungría servirán como ejemplos del constante asedio que viven tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, en el marco de lo que ahora se conoce como iliberalismo constitucional. Precisamente por la novedad del término “iliberalismo constitucional” será necesario explicar su incidencia con la democracia.

Palabras clave

Función jurisdiccional, independencia judicial, Estado iliberal, liberalismo constitucional.

* Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Abstract

This project's goal is to analyze the concept of independence judiciary, in its different dimensions. In order to do that its necessary to outline the different postures in doctrine about that concept. This allows us to understand that the independence judiciary works as a law principle in terms of the theory of the professor Robert Alexy and in case of conflict with other principles, the proportionality test will be applied to the case. This will make possible to determine how certain acts or behaviors of other constitutional bodies can affect it at different levels of intensity. To this purpose, the cases of Poland and Hungary will serve as examples of the constant pressure on both the Judiciary and the Constitutional Court, within the framework of what is now known as constitutional illiberalism. Precisely because of the novelty of the term "constitutional illiberalism", it will be necessary to explain its impact on democracy.

Keywords

Jurisdictional function, judicial independence, illiberal state, constitutional liberalism.

Sumario

154

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y DIMENSIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. III. EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL. IV. EL CASO DE HUNGRÍA. V. EL CASO DE POLONIA. VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos jurídicos están en constante cambio. La manera en que entendemos instituciones como "Democracia", "Constitución" o "Derechos Fundamentales" ha variado considerablemente con el transcurrir de los años. Estas variaciones han permitido que dichas instituciones puedan transitar entre el fortalecimiento o el debilitamiento de sus cimientos.

Lo propio sucede con los derechos humanos cada vez más protegidos por la justicia nacional e internacional. Lo mismo ocurre con los derechos sociales o las violaciones a derechos fundamentales susceptibles de ser investigadas y sancionadas; la impunidad en plena era digital es complicada, a diferencia de lo que ocurría en el siglo anterior.

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos comparten en buena medida la consecución de tres objetivos: 1) La vigencia efectiva de los derechos fundamentales, 2) La supremacía de la Constitución y 3) El control y límite del poder

político. En dicho contexto, cobran especial relevancia los órganos que coadyuvan al logro de dichos objetivos, como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o el Poder Legislativo, por mencionar algunos.

Sin embargo, estos objetivos no pueden lograrse en distintos niveles debido a los problemas que se generan entre los órganos constitucionales, que deberían ser los primeros en colaborar para lograr los señalados fines constitucionales. Así, puede verse que en los ordenamientos jurídicos de Polonia y Hungría se han producido ataques consecutivos a los órganos judiciales con la finalidad de trastocar su independencia en detrimento de la democracia constitucional.

El objetivo de este trabajo es analizar el concepto de independencia judicial en sus diferentes dimensiones. Para ello será necesario esbozar las distintas posturas doctrinales sobre dicho concepto. Esto permitirá entender que la independencia judicial opera, en la mayoría ocasiones, como un principio jurídico en los términos de la teoría del profesor Robert Alexy, por lo que en caso de entrar en conflicto con otros principios será de aplicación el análisis de proporcionalidad.

Una vez precisado el concepto de independencia judicial será posible determinar cómo ciertos actos o comportamientos de otros órganos constitucionales pueden afectarla en diferentes niveles de intensidad. Para ello, los casos de Polonia y Hungría servirán como ejemplos del constante asedio que viven tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, en el marco de lo que ahora se conoce como iliberalismo constitucional. Precisamente por la novedad del término “iliberalismo constitucional” será necesario explicar su incidencia con la democracia.

II. CONCEPTO Y DIMENSIONES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La función judicial se destaca por ciertas virtudes imprescindibles, pues forman parte de lo que podríamos denominar el contenido necesario del rol de juez. No es posible concebir a un juez que esté a favor de una de las partes sin que previamente haya analizado los medios probatorios puestos a su alcance. Tampoco es acorde a la función judicial buscar beneficios por las decisiones que se adopten. En dicho escenario, no hablamos de un tercero independiente o imparcial, sino de alguien que ha traicionado las virtudes básicas del juzgador.

En el Estado Constitucional, la función judicial exige la independencia del tercero resolutor de los conflictos que se generan en el ordenamiento jurídico. Nuestra Constitución de 1993 es clara en ese aspecto, el artículo 139, inciso 2

establece que es un principio y derecho de la función jurisdiccional: “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

Pero más allá del sustento normativo, la independencia judicial hunde sus raíces en la tesis de la separación de poderes, ya que es una tesis ínsita al Estado Constitucional de Derecho. Como apuntala Laporta, la aplicación de la ley tiene que ir al margen del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, máxime si dicho mecanismo institucional ha sido uno de los menos cuestionados y permanece firme desde los orígenes del liberalismo. En tales circunstancias, el Poder Judicial se configura como una institución autónoma, en tanto tiene el deber de aplicar los documentos normativos, a pesar que contravenga los intereses de otros órganos constitucionales, caso contrario acabaría siendo juez y parte de sus propios intereses (Laporta, 2019, pág. 107).

Como no podía ser de otra manera, el Estado Constitucional ha servido de tierra fértil para consolidar la separación de poderes, puesto que solo en este tipo de estado encontramos una dimensión sustancial de la democracia, que requiere de un tercero imparcial garante de la dinámica democrática. La Constitución no es solo el documento normativo ubicado en la más alta jerarquía del sistema de fuentes, sino es el parámetro de la función jurisdiccional que se decanta por la búsqueda de la verdad de los hechos y en el buen conocimiento y leal aplicación de la legalidad (Andrés Ibáñez, 2012, pág. 48). Por consiguiente, este tercero resolutor de las controversias y que busca asegurar la supremacía de la Constitución, debe contar al menos con independencia para ejercer sus competencias.

Delimitar la independencia judicial no es asunto sencillo, principalmente porque no existe unidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre su conceptualización. Por ello, es que se trata de un concepto poliédrico, donde se puede visualizar piezas distintas que generan no sólo discusiones, sino también confusiones, mayormente porque se enfoca predominantemente en una de las caras del poliedro y se ignoran las demás (Laporta, 2019, pág. 107). Así, la independencia judicial es un lienzo en blanco donde pueden coincidir diversos colores que definirán el perfil del juez.

Nuestro Tribunal Constitucional, en el expediente 00023-2003-PI, ha advertido que la independencia judicial es la ausencia de vínculos de sujeción político o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial. Por ello destaca que el “principio” de independencia judicial tiene tres perspectivas: a) Independencia Orgánica, vinculada a la garantía del órgano que administra justicia; b) Independencia funcional, que opera en la actuación del juez;

y c) Independencia como capacidad subjetiva, referida a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia.

Algunos autores vinculan la independencia con imparcialidad, entienden que ambos conceptos están ligados a las competencias del Poder Ejecutivo en la medida que operan como un freno al poder político ejercido por el referido órgano. Sin embargo, la independencia no cumpliría un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental; es decir, su objeto es salvaguardar la imparcialidad judicial, puesto que es un rasgo distintivo del proceso judicial (Cappelletti, 2009, pág. 53).

Desde una perspectiva analítica, la independencia judicial tiene dos dimensiones. Linares, ha señalado que la primera busca evitar el acecho de cualquier fuente de coerción; mientras que la segunda está referida a la aplicación del derecho en cada caso concreto (Linares, 2003, pág. 116).

Por su parte, Andrés Ibáñez plantea que la función jurisdiccional se caracteriza por ser cognoscitiva, no política, no representativa, no participativa, sujeta a la ley y la Constitución, garante de los derechos fundamentales y, por consiguiente, un contrapoder. Precisamente, la sujeción a la ley y a la Constitución hace que su relación con los otros órganos constitucionales sea únicamente a través del cauce de la sumisión a los documentos normativos señalados. En ese sentido, la independencia judicial es una garantía que sienta las bases de otras garantías y es en ese aspecto, una meta-garantía (Andrés Ibáñez, 2012, pág. 49).

Dentro de la independencia judicial es posible distinguir entre independencia externa e interna. La primera está referida a la protección frente a otros órganos que ejercen poder; la segunda resguarda la inmisión desde la propia institución. Asimismo, es posible deslindar la independencia desde una perspectiva institucional, referida al marco organizativo, y la independencia desde una óptica funcional dirigida a proteger el concreto ejercicio de la función. La combinación de estos cuatro ámbitos, permite delinear el perfil del juez en un Estado Constitucional (Andrés Ibáñez, 2012, págs. 50-57).

En opinión de Biglino Campos, quien sigue al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la independencia judicial se caracteriza por tener dos dimensiones: 1) La dimensión externa exige que el órgano no esté sometido a ninguna institución pública o un tercero; 2) La dimensión interna, está asociada al concepto de imparcialidad e implica un distanciamiento con las partes procesales, es decir, aquí nos encontramos en el marco de un proceso judicial (Biglino Campos, 2023).

Para Craig, la independencia judicial también puede entenderse desde una dimensión externa e interna. La primera permite que las cortes ejerzan sus funciones con plena autonomía, sin estar subordinadas por otra institución y sin recibir instrucciones u órdenes de cualquier índole. La segunda está vinculada a la imparcialidad en el proceso y busca garantizar que las partes tengan igualdad de condiciones para discutir sus pretensiones; por tanto, requiere únicamente la estricta aplicación de la ley y la Constitución. Añade este autor que la independencia judicial incide en la planificación de la vida de los ciudadanos en la medida que la predictibilidad de las decisiones judiciales permitirá saber las consecuencias jurídicas de sus acciones; con jueces independientes se garantiza la aplicación adecuada de los documentos normativos (Craig, 2019, págs. 3-12).

También es posible concebir la independencia judicial desde diferentes teorías del Derecho (Aguiló Regla, 2012, págs. 168-171), como puede apreciarse en el siguiente cuadro, elaborado a partir de las ideas del profesor Aguiló Regla:

Formalismo	Positivismo Normativista	Postpositivismo principalista
El juez independiente es estricto aplicador de los documentos normativos formales, las cuales permiten que el sistema jurídico sea cerrado y completo. En consecuencia, es avalatorio en la toma de sus decisiones.	El juez independiente aplica las reglas que establece el sistema jurídico. En caso de no estar regulada la solución de un caso, se activa la discrecionalidad judicial, la cual impregnará subjetividad a la decisión adoptada.	La independencia se enfoca en el juez, no tanto en la aplicación de la ley. En dicho contexto, el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios, cuyas disputas se resuelven mediante la subsunción y ponderación, respectivamente. Asumir la existencia de principios, implicaría que la dimensión valorativa y justificativa de las decisiones judiciales adquiere mayor relevancia.

Más allá de la teoría que se elija para explicar el Derecho, algunas dimensiones de la independencia judicial pueden operar como reglas y otras como principios, como explicaremos más adelante.

En este contexto de reglas y principios, es importante anotar que la independencia judicial puede entenderse desde tres ámbitos: subjetiva, objetiva y estatutaria. Así, como entiba Bustos Gisbert “no es lo mismo el derecho a un juez independiente que la configuración constitucional de un poder judicial independiente ni que la garantía de la independencia individual del juez” (Bustos Gisbert, 2022, pág. 342). Estos tres aspectos se encuentran intrínsecamente vinculados en la medida que la reducción o ampliación de un ámbito, incide en el otro.

La garantía subjetiva no es otra cosa que el derecho a un juez independiente, lo cual implica no ser objeto de presiones internas o externas. Esta dimensión subjetiva, puede concretizarse en cuatro formas, que, si bien no son exhaustivas, sirven de ejemplo (Bustos Gisbert, 2022, págs. 363-365):

- a) *La forma de nombramiento de los jueces.* Aquí hay que diferenciar entre la forma en que son nombrados los jueces del Poder Judicial (por la Junta Nacional de Justicia) y la manera en que son elegidos los jueces del Tribunal Constitucional (por el Congreso de la República). Si bien la forma de elección es importante, la manera del ejercicio es aún más relevante, pues allí se podrá evaluar si existe algún nexo con quienes lo eligieron, que puede traducirse en sentencias favorables para ellos.
- b) *Duración y condiciones del mandato.* Se ha discutido que el mandato de los jueces no puede ser tan corto, pues no se podrían fijar y asentar las líneas jurisprudenciales necesarias que permitan predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales. A la par, aceptar una duración larga y expresa se contrapone a la provisionalidad de los jueces, situación más que complicada para el justiciable en la medida que ello contribuye con la demora en la solución de sus controversias. De la misma manera, son relevantes las reglas de asignación de expedientes, pues se debe atender a la complejidad del caso, más que al número que tiene cada despacho judicial; no es lo mismo un caso donde solo hay un litigante por cada parte procesal, a que se encuentren diez personas por cada una de ellas.
- c) *Interdicción de presiones externas e internas sobre la decisión del juez.* Si bien demostrar la existencia de dichas presiones es complicado, serán los indicios quienes contribuyan para la apariencia o no de independencia. Desde la perspectiva interna, ello podría apreciarse en la conformación de salas y asignación de expedientes de acuerdo a los intereses que se estén discutiendo. Según el enfoque externo, Bustos puntualiza supuestos flagrantes como declaraciones públicas de miembros de otros poderes o de otros jueces o incluso del Poder Judicial.
- d) *Apariencia de independencia.* Para evaluar la apariencia, es necesario un observador externo quien pueda considerar, que los justiciables pueden razonable y objetivamente pensar que el tribunal que decide la controversia es independiente o no. A razón de ello, el observador externo debe seguir los tres criterios señalados previamente los cuales operan como una suerte de test de independencia.

La dimensión objetiva de la independencia judicial es reconocer al Poder Judicial como un poder distinto a los demás y que no está vinculado a las partes procesales. Este último aspecto, es precisamente donde se puede hablar en estricto de imparcialidad. Así, el deber de imparcialidad impone al juzgador el deber de resolver la controversia al margen de sus prejuicios e intereses en el objeto del proceso y de las partes procesales (Papayannis, 2019, pág. 148).

Finalmente, la dimensión estatutaria nace de los derechos y deberes propios del ejercicio del cargo de juez; de allí que su naturaleza sea compleja pues si bien es un derecho del juez, también es un derecho del justiciable a que el juez disponga de tales elementos en la configuración de su status y también un derecho a que la división de poderes respete la autonomía del Poder Judicial o Tribunal Constitucional para delimitar su contenido (Bustos Gisbert, 2022, pág. 359).

La independencia judicial puede operar como regla cuando su aplicación es un todo o nada, en buena cuenta no permite una graduación de que regula el enunciado normativo. Por ejemplo, si la normativa indica que se debe tener 5 años como mínimo para postular al cargo de juez especializado, no es factible una interpretación por debajo de ese mínimo requerido. El requisito son los 5 años o no se puede postular a la plaza, es un todo o nada.

160

Corresponde ahora vincular la independencia judicial con el modelo contemporáneo de constitucionalismo y cómo el análisis de proporcionalidad incide en ello.

En la actualidad, las cortes constitucionales han puesto al análisis de proporcionalidad como el mecanismo preferido para resolver los conflictos constitucionales, que pueden generarse entre los clásicos derechos fundamentales como libertad o igualdad, como también entre los principios formales, caracterizados por tener como objeto de optimización a las decisiones legales prescindiendo de su contenido.

Los principios, dentro de la difundida teoría de Alexy¹, se caracterizan por ordenar que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de sus posibilidades jurídicas y fácticas existentes. De allí que estos mandatos pueden optimizarse, es decir, en su aplicación tienen diferentes grados de intensidad, por lo que en algunas controversias el principio P1 puede resultar victorioso frente al principio P2, pero en otros supuestos, el principio P1 puede resultar vencido

¹ Esta teoría ha sido discutida en diferentes ámbitos, si bien el presente trabajo no tiene por objeto revisar todas las críticas realizadas, sobre el debate se puede consultar: (García Amado, 2010) y (García Amado, J. A., Dalla-Barba, R. G., 2022).

frente al principio P2. En otras palabras, algunas veces el derecho a la igualdad puede vencer, en otras puede perder, pues ningún principio es absoluto. Esta teoría de principios tiene conexión directa con el análisis de proporcionalidad y sus tres subprincipios. Ello es así, porque las posibilidades jurídicas de un principio dependen del principio con el que se enfrente; entonces para arribar al grado de satisfacción de un principio y al grado de afectación del otro, es necesario realizar el análisis de proporcionalidad (Alexy, 2007, págs. 67-68, 91-92).

En dichas circunstancias, los Tribunales Constitucionales han preferido un modelo de derechos fundamentales, donde los conflictos entre los mismos se resuelven bajo la aplicación del análisis de proporcionalidad. Esta herramienta poseería la neutralidad y la capacidad de racionalidad necesaria para determinar de la mejor manera el contenido de los derechos fundamentales y en una democracia constitucional legítima con mayor vigor la toma de decisiones por parte de los órganos constitucionales.

Si la independencia judicial tiene las características de un principio, entonces puede ser entendido como un mandato de optimización que puede cumplirse dentro de sus posibilidades fácticas, jurídicas y empíricas. En consecuencia, los tres ámbitos que componen la independencia judicial se concretizan, como mandatos de optimización distintos, de acuerdo al contenido que cada uno de ellos tiene, conforme lo hemos explicado previamente.

161

Entender la independencia judicial como un principio se explica mejor en los casos donde la independencia judicial ha estado bajo constantes embestidas. Los casos de Polonia y Hungría son los que mejor ejemplifican los ataques a este principio. Sin embargo, previamente es necesario explicar el contexto constitucional donde se han producido estas arremetidas, por ello es imprescindible tratar, al menos brevemente, sobre el iliberalismo constitucional que explicaremos en el siguiente apartado.

III. EL ILIBERALISMO CONSTITUCIONAL

Las democracias liberales buscan afianzar los tres objetivos que en el exordio de este trabajo señalamos, es decir, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y el control y límite del poder político. Todo ello bajo el manto protector de un documento normativo que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, documento que usualmente es la Constitución. En buena cuenta, estos objetivos se pueden conseguir en mayor o menor medida en lo que se ha denominado liberalismo constitucional.

En 1997, Fareed Zakaria ponía sobre la mesa una controversia: “Imagínemos que las elecciones han sido declaradas libres y justas, pero los ganadores son racistas, fascistas y separatistas”. Lamentablemente, dicho dilema se ha extendido en todo el mundo, pues los regímenes democráticamente elegidos, a menudo reelectos en más de una ocasión y confirmados por referéndum, desechan los límites y el control al poder político que ejercen, lo que a su vez implica el menoscabo y despojo de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Como apuntalaba el profesor Zakaria: “Desde Perú a Palestina, desde Sierra Leona o Eslovaquia, desde Pakistán a Filipinas, vemos el surgimiento de un fenómeno preocupante en la vida internacional: la democracia iliberal” (Zakaria, 1997, pág. 22).

La democracia iliberal puede existir dentro de un sistema constitucional, de hecho, la mayoría lo hace cambiando algunos aspectos que son esenciales para el constitucionalismo, a pesar de seguir manteniendo una Constitución. Como ha señalado el profesor Sajó, las democracias iliberales no son conocidas por tener sus propias teorías constitucionales, sino que afirman que sus gobiernos son simplemente constitucionales y democráticas, básicamente por los siguientes argumentos (Sajó, 2021, pág. 23):

- Dichos gobiernos iliberales son tan democráticos y constitucionales como cualquier otro Estado, sólo que más populares y, por tanto, más genuinos.
- Son una variante dentro de las posibles democracias constitucionales, a pesar que defiendan valores constitucionales más tradicionales a diferencia de los liberales.
- Respetan el Estado de Derecho.

Si bien para algunos, este concepto es un callejón sin salida, pues su propia estructura lingüística denota contradicción. Desde esa perspectiva, no se puede hablar de democracia si no hay pesos y contrapesos entre los órganos constitucionales, no se asegura la libertad de prensa, entre otros. Pese a ello, líderes de distintos países han mostrado su intención de romper con los dogmas e ideologías que propugna Occidente, lo que el hasta ahora presidente de Rusia, Vladimir Putin ha denominado “orden liberal internacional”. Así, líderes como Putin u Orbán pervierten tanto el término liberalismo como democracia con la finalidad de legitimar sus agendas; por ello es necesario el término iliberalismo para calificar a este tipo de regímenes (Rosenbalt, 2022, págs. 24-25).

En la actualidad, la comunidad internacional está de acuerdo en que la democracia es la mejor manera que tiene un gobierno para legitimarse. A razón de ello, es que se prefiere mantener el sistema democrático no solo para conseguir los objetivos que ya hemos anotado, sino también para conseguir el aval del pueblo, pues siempre quien acaba de ganar las elecciones se presenta como un gobierno más democrático que su predecesor. Además, en el ámbito internacional, presentarse como una democracia, aún con déficits, es mejor que presentarse como una dictadura.

Las democracias no son perfectas, tienen varios asuntos por mejorar como la forma de realizar elecciones más transparentes, mejorar el sistema de partidos políticos o tener mecanismos más eficientes para la rendición de cuentas de quienes ostentan el poder.

A pesar de ser la forma más aceptada de ejercer el poder, la democracia no está exenta de ataques. En efecto, los ataques a la democracia constitucional pueden ser rápidos o lentos, calificarlos de una u otra forma permitirán que los remedios legales para hacerle frente, tengan que ser necesariamente distintos. Un golpe de estado supone adjudicarse poderes de emergencia y apoyo militar, esto se hace de manera célere pues se pretende una ruptura democrática rápida; en este supuesto nos encontramos ante un *colapso democrático*. Por el contrario, si el menoscabo de la democracia se hace de manera paulatina, mermando a los órganos constitucionalmente autónomos a efectos de asegurar la vigencia y permanencia del poder político en una sola mano, nos encontramos en una *erosión democrática* (Ginsburg & Huq, 2018, pág. 39).

163

Volviendo al iliberalismo, varios estados pueden calzar dentro de dicho concepto. De hecho, Viktor Orbán, primer ministro de Hungría, el 26 de julio de 2014 declaraba lo siguiente²:

“Lo que sucede hoy en Hungría, puede interpretarse en que el actual liderazgo político ha intentado que el trabajo y los intereses personales, que deben ser reconocidos, están íntimamente ligados a la vida de la comunidad y de la nación, y que esa relación debe ser preservada y reforzada. En otras palabras, la nación húngara no es simplemente un grupo de individuos, sino una comunidad que debe organizarse, reforzarse y, de hecho, construirse.

2 La traducción es nuestra. El discurso completo está disponible en: <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp>

Y en ese sentido, **el nuevo estado que estamos construyendo en Hungría es un estado iliberal, un estado no liberal**. Ello no rechaza los principios fundamentales del liberalismo, como la libertad, podría enumerar algunos más, pero eso no convierte a esta ideología en el elemento central de la organización estatal, sino que incluye un enfoque diferente, especial, nacional.” (énfasis agregado).

Claramente, las acciones posteriores del ministro de Hungría no hicieron más que atacar directamente los cimientos de la democracia y rechazar los principios básicos del liberalismo. Efectivamente, se han disminuido las posibilidades de que el Parlamento pueda controlar los actos del Poder Ejecutivo, ha atacado directamente derechos fundamentales como la libertad de prensa o el principio de independencia judicial e incluso ha aprovechado medidas de emergencia para lesionar derechos humanos.

Explicado el contexto del iliberalismo constitucional, es necesario mostrar cómo afecta a la independencia judicial en los países que pueden ser calificados en dicho contexto, por lo que nos centraremos brevemente en Hungría y Polonia.

IV. EL CASO DE HUNGRÍA

El 23 de junio de 2016, la Gran Sala Europea de Derechos Humanos emitió la sentencia sobre el caso *Baka v. Hungría*³. Allí se decidió que Hungría violó el derecho de acceso a un tribunal de justicia y a la libertad de expresión (artículos 6.1 y 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, respectivamente), de András Baka, ex presidente de la Corte Suprema de Hungría.

El 22 de junio de 2009, András Baka, luego de una larga trayectoria como juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue elegido presidente del Tribunal Supremo por el Parlamento de Hungría por un periodo de seis años, es decir, hasta el 22 de junio de 2015.

En abril de 2010, la “Alliance of Fidesz – Hungarian Civic Union” y el “Christian Democratic People’s Party” obtuvieron la mayoría parlamentaria, lo que permitió que emprendieran cambios constitucionales. El demandante, en su calidad de presidente de la Corte Suprema, manifestó que dichos cambios

3 La sentencia en su integridad se encuentra publicada en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163113%22%5D%7D>

constitucionales incidían negativamente en el Poder Judicial, como por ejemplo el proyecto de ley que ordenaba la nulidad de algunas decisiones judiciales dictadas en el marco de unos disturbios producidos en el 2006; o como la propuesta de reducir la edad de jubilación obligatoria de los jueces (de 70 a 62 años).

Asimismo, el 25 de abril de 2011 se estableció que el máximo órgano judicial sería la Curia, dejando de lado el nombre de “Corte Suprema”, es decir, sería un cambio únicamente de nombre. Sin embargo, se presentaron proyectos de ley que pretendieron terminar, y eventualmente lo consiguieron, el mandato del presidente de la Corte Suprema, en tanto la Curia nacería con un nuevo titular. En este punto, es necesario destacar que en Hungría se estaba discutiendo una nueva Constitución, que reemplazaría a la de 1949, dicha discusión culminó con la aprobación de la Constitución de 2011, la cual entró en vigencia en el 2012. De hecho, en las disposiciones relativas al cierre de entidades de dicha Constitución en el artículo 14.2 se estableció: “El mandato del presidente de la Corte Suprema y del presidente y de los miembros del Consejo Nacional de Justicia finalizará con la entrada en vigor de la Ley Fundamental”. En consecuencia, el periodo del demandante como presidente de la Corte Suprema finalizó abruptamente.

Ahora bien, el demandante sostuvo que no se le permitió defenderse de la destitución y, por tanto, se vulneró su derecho de acceder a un tribunal. El impedimento de acceder se debió a que su terminación prematura fue incluida en la nueva Constitución, lo cual impedía su impugnación ante cualquier tribunal de justicia, incluido el Tribunal Constitucional. Impedir al recurrente acceder a un tercero imparcial, vulneró el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

165

La Gran Sala, también destacó que, al incumplir su mandato como presidente, el recurrente fue trasladado a un puesto de menor grado y remuneración. El hecho de que fuese presidente de la Corte Suprema y ejerza principalmente funciones de coordinación y representación no lo priva de la independencia judicial de la que gozan otros jueces. En el presente caso, no existía sustento jurídico para terminar anticipadamente el mandato del recurrente, máxime si en su propia legislación se establecían los supuestos donde se puede separar a los jueces del cargo. Asimismo, la protección del derecho del demandante a cumplir su mandato completo estaba respaldada por los principios de independencia judicial e inamovilidad de los jueces.

De igual manera, si bien no lo dice expresamente, la Gran Sala considera que se ha vulnerado la independencia judicial en su vertiente estatutaria en tanto

la denegatoria de acceso a un tribunal, específicamente a iniciar un proceso, constituye un elemento inherente a lo regulado en el artículo 6.1 del Convenio que protege las garantías tanto en la organización y composición del Tribunal, más aún en el desarrollo del proceso.

Para el presente artículo, importa destacar la violación clara al principio de independencia judicial tanto en su dimensión externa como estatutaria, como ya ha quedado sentado en los párrafos precedentes. En efecto, la dimensión externa se afectó cuando el Parlamento impidió que el demandante cumpliera con su mandato, en especial si la nueva Constitución permitió la aplicación retroactiva de una de sus disposiciones normativas. En ese sentido, si se demostró la vulneración del artículo 6.1 del Convenio, también se vulneró la dimensión estatutaria, pues se impidió el ejercicio de sus funciones como presidente de la Corte Suprema y tampoco tuvo la oportunidad de cuestionar dicha separación.

El iliberalismo constitucional sumado a un proceso constituyente legitimó formalmente el menoscabo a la independencia del Poder Judicial; en suma, una constituyente iliberal puede presentar muchos más retrocesos que avances, a pesar de presentarse con un atuendo democrático.

V. EL CASO DE POLONIA

Con fecha 24 de junio de 2019, la Gran Sala del Tribunal de Justicia emitió la sentencia del caso Comisión Europea contra República de Polonia⁴, en donde se condenó al mencionado estado por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea, apartado 1, párrafo segundo, al prever tanto la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces en ejercicio del Tribunal Supremo, nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018, así como por atribuir al presidente de la república la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

El 20 de diciembre de 2017, el presidente de la república de Polonia promulgó la “Nueva Ley del Tribunal Supremo”, que entró en vigencia el 3 de abril de 2018. Dicho documento normativo, en su artículo 37 señalaba que los jueces del Tribunal Supremo se jubilarán el día en que cumplan 65 años, salvo que presenten una declaración, con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 6

4 La sentencia en su integridad se encuentra publicada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0619>

meses antes de alcanzar los 65 años. En dicha declaración deben manifestar su deseo de continuar en el cargo y acreditar que su estado de salud no es inconveniente para ello, siempre que el presidente de la república de Polonia conceda una autorización de prórroga de sus funciones. A su turno, el artículo 111 de la mencionada ley señaló que los jueces que hayan alcanzado 65 años a la fecha de entrada en vigor de la ley o los cumplan en los siguientes tres meses, pasarán a estar en situación de jubilación desde el día siguiente al transcurso del plazo de tres meses, salvo que el presidente de la república los autorice a seguir desempeñando el cargo.

En la sentencia, se menciona que la independencia judicial tiene dos aspectos. El primero de ellos es el externo, que supone la autonomía en el ejercicio de las funciones judiciales, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto de terceros. El segundo de ellos es de orden interno, el cual se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respeto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio, en buena cuenta, exige respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea la estricta aplicación de las normas jurídicas (párrafo 72 y 73).

167

Desde esa perspectiva, el Tribunal de Justicia argumenta que si bien se puede fomentar el establecimiento de una estructura de edades equilibradas, facilitando el acceso a personas jóvenes, ello no se advierte en la exposición de motivos del documento normativo impugnado. De igual manera, la facultad discrecional del presidente para conceder hasta dos prórrogas consecutivas a aquellos jueces que superen los 65 años de edad, en realidad es una forma de apartar a un grupo determinado de jueces, que no eran acordes al régimen. De hecho, acortar el ejercicio de funciones de dichos jueces afectó a un tercio de ellos, especialmente a su “Presidenta Primera”, cuyo mandato de seis años establecido por la Constitución fue reducido al entrar en vigor la cuestionada ley. Como subrayó el mencionado Tribunal, esto supuso una profunda reestructuración de la composición del Tribunal Supremo como resultado de una reforma dirigida específicamente a este órgano constitucional, lo cual suscitó dudas sobre el verdadero carácter de esta reforma y las finalidades que realmente perseguían.

Como puede apreciarse el menoscabo a la independencia judicial en sus tres ámbitos fue debidamente acreditado. Por un lado, la independencia externa se vio afectada con la injerencia del Poder Ejecutivo para otorgar prórrogas a los jueces que a pesar de cumplir la edad de 65 años tuvieran la voluntad de continuar

en el cargo. Claramente, esta potestad presidencial se traducían en otorgar la autorización a quienes no tenían críticas al régimen y, eventualmente, pudieran legitimar las reformas que haga el régimen. Por otro lado, la independencia interna, también se afectó en la medida que los jueces que hubieran obtenido el permiso presidencial eran más proclives a fallar a favor de los intereses del Ejecutivo en los casos que conocían; el compromiso del juez frente a una de las partes era latente. Finalmente, la independencia estatutaria, también se vio comprometida, pues al afectar a un tercio de los jueces del Tribunal Supremo, no solo supuso una reestructuración del órgano señalado, sino que estos jueces dejaban de tener todos esos derechos y deberes inherentes a la función jurisdiccional.

VI. CONCLUSIONES

- Los estados constitucionales contemporáneos están en constante cambio. Estos cambios no necesariamente implican mejoras, sino también retrocesos. La lucha por controlar y limitar el poder político no es tarea sencilla, pues ello repercute no sólo en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también en el sistema democrático.
- Si bien la democracia es un concepto jurídico indeterminado, existe consenso en considerarla como el medio por el cual un gobierno adquiere legitimidad tanto con el pueblo como con otros estados. En este contexto, un sistema democrático permite controlar el ejercicio del poder político, no solo del gobierno de turno, sino también de los otros órganos constitucionales. En efecto, los tres clásicos poderes junto a los órganos constitucionalmente autónomos trabajan bajo determinadas normas de competencia a efectos que puedan cooperar entre ellas, pero también limitarlas si así se requiere.
- No obstante este escenario democrático, algunos países como Hungría, Polonia, Turquía, Venezuela o Bolivia están girando hacia una democracia iliberal, que también funciona bajo una Constitución. La calificación a un estado como iliberal no es baladí, puesto que llegan al poder bajo unas elecciones transparentes, con pocos cuestionamientos, pero que a lo largo de los años va cambiando radicalmente.
- Identificar un estado iliberal no es tarea sencilla, salvo el caso de Hungría que se calificó como tal, por lo que luchar contra ello se dificulta. La detección es complicada porque tienen una legitimidad de origen y los ataques a las instituciones democráticas no son directas o totales, sino paulatinas; en términos de Ginsburg nos enfrentamos a una erosión democrática.

- Uno de los objetivos preferidos del iliberalismo constitucional es el menoscabo del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Reducción de salarios, disminución de la edad de jubilación, impedir el cumplimiento de mandatos para el ejercicio del cargo de juez o como titular de su entidad, solicitar permisos al presidente de la república para continuar ejerciendo el cargo son algunos ejemplos del constante asedio a la judicatura que tienen por finalidad el quiebre de su independencia.
- En dicho contexto, han sido los Tribunales Internacionales quienes se han visto en la obligación de tutelar la independencia judicial, siendo los casos de Hungría y Polonia claros ejemplos de ello.
- A pesar de ser un concepto poliédrico, la independencia judicial puede entenderse desde diferentes ámbitos: 1) Externa, 2) Interna y 3) Estatutaria. La primera está referida a la no injerencia por parte de otros órganos estatales o de cualquier tercero; la segunda se entiende como imparcialidad e impide que el juez esté directa o indirectamente relacionado con las partes procesales o con el objeto del litigio; la última está referida al ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de juez. Estos tres aspectos se encuentran íntimamente relacionados, puesto que la incidencia positiva o negativa en uno de ellos, repercutirá en los otros. Desde esa perspectiva, la independencia judicial opera por niveles, se examina caso a caso, ya que su afectación no siempre es total. Así, ocurrirán supuestos donde se vulnere levemente de la independencia externa, pero la interna y estatutaria puedan ser gravemente dañadas. Estas repercusiones graduales, hacen que la independencia pueda ser entendida como un principio, es decir, como mandatos de optimización que dependen de sus posibilidades fácticas y jurídicas.
- Si la independencia judicial es un principio, entonces, los conflictos con otros principios deberán resolverse con el análisis de proporcionalidad, el cual determinará la intensidad de la afectación del mencionado principio. Sin embargo, este último aspecto no ha sido aún desarrollado por la judicatura a pesar de tener la oportunidad. Hacerlo daría más racionalidad y precisaría mejor las caras del poliedro llamado independencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, J. (2012). Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Novos Estudos Jurídicos*, pp. 161-172.
- Andrés Ibáñez, P. (2012). La independencia judicial y los derechos del juez. En A. Saiz Arnaiz (director), *Los derechos fundamentales de los jueces*, pp. 46-63. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Biglino Campos, P. (2023). Los retos a la independencia judicial. En M. Aragón Reyes, D. Valadés, & J. Tudela Aranda (coordinadores), *Derecho constitucional del siglo XXI: Desafíos y oportunidades*, pp. 377-396. Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Bustos Gisbert, R. (2022). *Independencia judicial e integración europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cappelletti, M. (2009). *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas.
- Craig, P. (2019). Definition and conceptualisation of the rule of law and the role of judicial independence therein. En P. Craig, S. Adam, N. Diaz Abad, & L. Salazar, *Rule of law in Europe*, pp. 1-14. Bruselas: The European Judicial Training Network.
- García Amado, J. A. (2010). *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Amado, J. A., Dalla-Barba, R. G. (2022). *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*. Lima: Palestra.
- Ginsburg, T., & Huq, A. (2018). *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University Chicago Press.
- Laporta, F. (2019). Sobre la independencia del juez. *Claves de Razón Práctica* (265), pp. 102-115.
- Linares, S. (2003). La independencia judicial: conceptualización y medición. En G. Burgos (editor), *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Cómo?*, pp. 107-166. Bogotá: ILSA.
- Papayannis, D. (2019). Independencia, imparcialidad y neutralidad en la aplicación del derecho. En M. Vias-Dumas & D. Martínez Zorrilla (coordinadores), *Pensando al juez*, pp. 131-150. Madrid: Marcial Pons.

Rosenbalt, H. (2022). The History of Iliberalism. En A. Sajó, R. Uitz, & S. Holmes, *Routledge Handbook of Illiberalism*, pp. 16-32. New York: Routledge.

Sajó, A. (2021). *Ruling by cheating. Governance in illiberal democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Zakaria, F. (1997). The rise of illiberal democracy. *Foreign Affairs*, N°. 6, vol. 76, pp. 22-43.