

# Crisis y metamorfosis de la función judicial

por Enrique Zuleta Puceiro

En sociedades cada vez más polarizadas y desiguales, el derecho ha dejado de operar como instrumento para la gestión de conflictos. Son las consecuencias de la politización de la justicia, una tendencia que se extiende por distintos países.

La actual crisis del Estado constitucional de derecho se explica como un conflicto abierto que conmociona la estructura y dinámica de los sistemas institucionales. No solo sucede en México. Argentina, por ejemplo, no ha sido en manera alguna ajena a procesos de erosión institucional, del tipo que hoy presenta México con rasgos extremos. Más allá de Latinoamérica, la crisis afecta a otras democracias, como la de Estados Unidos de manera paradigmática. Las turbulencias no se limitan a uno de los tres poderes, sino a la relación de equilibrio entre dichos poderes y, en un sentido amplio, al vínculo de los poderes públicos con la sociedad.

Al igual que México, Argentina ha vuelto a vivir procesos que en muchos otros momentos históricos produjeron incluso la crisis y ruptura de su continuidad institucional. Una sobrecarga de expectativas, necesidades y demandas sociales vuelve a desafiar la capacidad de respuesta de las instituciones y somete a una dura prueba de resistencia los supuestos tradicionales de la gobernabilidad de los sistemas democráticos.

En Argentina las crisis se han vuelto recurrentes y ya no solo afectan a las estructuras gubernativas. Paralizan, al mismo tiempo, al sistema del poder legislativo en su conjunto y comprometen aspectos sustanciales del funcionamiento del sistema de justicia. Si bien parece que el debate público se centra en la Corte Suprema y su integración, la preocupación colectiva y la sensación general de parálisis se extienden a zonas más amplias y profundas del país. Se ponen sobre la mesa no solo la calidad del acceso a la justicia sino el corazón mismo del sistema de gobierno del poder judicial argentino: el Consejo de la Magistratura y los mecanismos de selección y responsabilidad de jueces y magistrados. La justicia

está paralizada y en aspectos centrales se ha desencadenado un cuestionamiento abierto desde todos los niveles y fueros de la justicia nacional.

La justicia es hoy, por lejos, la institución que ha recibido más críticas por parte de la sociedad argentina. Sus indicadores de confianza tienden a derrumbarse, en cualquiera de los estudios comparativos sobre confianza institucional. Este es uno de los factores que explican por qué han sido tan populares los intentos por replantear la legitimidad del sistema, como los que, en la década de los 2000, surgieron en Venezuela, Ecuador, Chile, Bolivia o Argentina y que hoy alcanzan sus objetivos en México.

Tal situación vuelve necesaria una revisión objetiva del proceso en otros países, a fin de detectar similitudes. Las dificultades que ofrece un análisis de este tipo son conocidas. En el caso de América Latina, a pesar de una historia recurrente de rupturas y discontinuidades, el tratamiento sistemático por parte del derecho constitucional de las crisis institucionales y los fenómenos de crisis o vacíos de poder ha sido escaso. La doctrina suele mirar hacia otro lado. Prefiere barrer bajo la alfombra o escudarse en una visión desiderativa, exclusivamente normativista.

La doctrina comparada habla así de *constitutional showdowns*, aludiendo a la idea de “enfrentamientos decisivos” o instancias de resolución final frente a choques institucionales entre poderes. La idea de *showdown* refleja casi gráficamente la existencia de decisiones importantes frente a poderes públicos que chocan en casos complejos o controvertidos, en los cuales se carece de procedimientos de resolución pre establecidos.

Una respuesta de este tipo, en particular cuando el que protagoniza los conflictos constitucionales es el propio poder judicial, son los denominados *constitutional hardballs*. En esta práctica cada vez más frecuente, las partes escalan el nivel de sus controversias hasta un punto en que no caben más que soluciones transaccionales basadas en el temor al daño que puede generar una situación de parálisis o ruptura, en la que una de las partes inflige una derrota a la otra, con consecuencias institucionales irreparables y mutuamente inconvenientes para todos. En estos casos el choque se resuelve a través de una fórmula de *shock* institucional, que innova radicalmente en los términos de la situación crítica planteada.<sup>1</sup>

Como en los supuestos de *chicken game*,<sup>2</sup> las partes en conflicto –los poderes públicos– aceleran su marcha hasta límites extremos, confiando en el reflejo defensivo casi instintivo

1 Véase Mark Tushnet, “Constitutional hardball”, en *The John Marshall Law Review* 37, 2004, pp. 523-553.

2 En la teoría de juegos, este tipo de escenario ilustra situaciones de conflicto terminal en las que las soluciones solo pueden lograrse a través de decisiones no cooperativas que, sin embargo, aportan un resultado mutuamente conveniente. El *chicken game* (juego de la gallina) plantea la situación de dos actores enfrentados en una competencia de riesgo terminal, que solo puede ser superada por la decisión de alguno de retirarse, con el riesgo de ser considerado un cobarde o “gallina”. El enfrentamiento de dos conductores acelerando hacia una previsible confrontación es el supuesto más común.

de la contraparte. La expectativa es que, en el último instante, al borde del impacto catastrófico, una de las partes depondrá su actitud ante la evidencia de los daños y los costos que un seguro choque “a todo o nada” producirá a todas las partes enfrentadas.

Ambas ideas reflejan, complementándose entre sí, la situación de vacío y de falta de respuestas institucionales satisfactorias frente a la escalada de conflictos entre los poderes públicos que tienden a adquirir una complejidad cada vez mayor. Se trata de situaciones sin solución aparente a la luz de los patrones establecidos. Fenómenos cada vez más habituales en el contexto de democracias fragmentadas y desbordadas por la intensidad de sus problemas.

Una situación de este tipo es la de *showdown*. Ocurre cuando uno de los poderes o una rama del gobierno confronta a otra en torno a un tema constitucional pero el contexto es el de la incertidumbre acerca de la legitimidad de las posiciones contrapuestas. Algo parecido a un duelo en una suerte de *western*. El entorno llega a ser importante: las partes canalizan y de algún modo expresan, representan y sintetizan presiones de otros poderes, de grupos de presión o de una opinión pública crecientemente insatisfecha o indignada con determinado estado de cosas. En tales situaciones, las partes en conflicto perciben que la confrontación mutua producirá seguramente los peores resultados para ambas. Ejemplos de esto último pueden ser los casos de juicio político o de decisiones parlamentarias que establecen límites para las funciones de otros poderes. También los de la espiralización de las crisis civiles que terminan creando las condiciones de “vacío de poder” que en otros tiempos precedían a las intervenciones cívico-militares en el poder y que hoy estallan a través de procesos desordenados e inorgánicos, como en el caso de la reforma mexicana.

El derecho contemporáneo sufre así una tensión esencial entre, por una parte, la necesidad de asegurar y garantizar la vigencia y eficiencia de su sistema institucional y, por otra, las presiones propias de la dinámica social. Es decir, de un lado se tiene el esquema de fuentes del derecho y los principios, reglas y procedimientos provenientes de la gran tradición institucional del liberalismo republicano, inspirado en los valores y concresciones del constitucionalismo del siglo XIX. Y, del otro, está la presión de una revolución vertiginosa de expectativas crecientes, que desafía los equilibrios cada vez más precarios de un sistema de frenos y contrapesos.

El derecho y sus operadores centrales afrontan desafíos inéditos, propios de un estado de emergencia permanente.<sup>3</sup> Sociedades fragmentadas, cada vez más desiguales. Conflictos de intensidad creciente, ahondados por la insatisfacción y la indignación colectiva y agravados por el deterioro de los

<sup>3</sup> Véase Andrea Venanzoni, *La tirannia dell'emergenza*, Macerata, Liberilibri, 2023, pp. 67 y ss.

mecanismos tradicionales de representación, participación y cooperación social.

El derecho y la jurisdicción dejan de operar como instrumentos de una cultura del encuentro y el diálogo democrático, para convertirse en maquinarias de nuevas formas de conflicto social. Las prácticas democráticas enfrentan nuevas tendencias negacionistas, que procuran desarticular las instituciones, politizando la justicia, destruyendo su autonomía y sumándolas a la continuación de la guerra por otros medios.

Se despliegan así formas nuevas de tiranía, muy diferentes de las que preocuparon a los padres fundadores del constitucionalismo y que fueron la base de una larga serie de autores como Tocqueville, Montesquieu o las plumas de los *Federalist Papers*. Ellos temían los excesos y abusos potenciales de las minorías sectarias. Riesgos no necesariamente antideclaratorios ni ilegítimos, propios del desborde siempre posible de las mayorías.

Ignoraban, sin embargo, el peligro inverso de que el poder pudiera ser asaltado o capturado por minorías extremas, capaces de aprovechar las ventajas de los instrumentos contramayoritarios y de valerse de los resquicios de las instituciones, a través de un “uso alternativo” de los frenos y contrapesos, para pasar a ocupar resortes centrales de las estructuras formales e informales del poder. Es decir, capaces de escalar el poder desde los intersticios institucionales, desde las ventajas creadas por las instituciones contramayoritarias del constitucionalismo republicano.<sup>4</sup>

Esta es precisamente la principal amenaza de las democracias actuales. La de que las nuevas minorías que disputan y se alternan en el poder no pretendan simplemente resolver mejor los muchos problemas pendientes en la sociedad y aspiren más bien a capitalizar el descontento, la frustración y la insatisfacción de sectores en estado crítico.

No sirve de mucho buscar ideologías nuevas, conspiraciones ocultas o siquiera concepciones alternativas. Se trata más bien de corrientes heterogéneas que atraviesan transversalmente a la sociedad. De lo único que podemos estar seguros es de que, en todos los casos, el ejercicio del poder será el mismo: concentrado, despiadado, acumulado, reactivo a cualquier tipo de acuerdos y orientado a deslegitimar, desautorizar y, si es posible, demoler todo lo que implique dinámicas de diálogo, de concertación social o de construcción de escenarios de paz. ~

**ENRIQUE ZULETA PUCEIRO** es doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid y profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

<sup>4</sup> Para una lectura sistemática del mecanismo expuesto, en el caso de la institucionalidad del sistema estadounidense, *cfr.* Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, *La dictadura de la minoría*, Barcelona, Ariel, 2024. El argumento ha sido explorado en su dimensión histórica por el clásico de Samuel P. Huntington, *American politics. The promise of disarray*, Cambridge, The Belknap Press, 1981. También puede consultarse el libro de Anne Applebaum *Autocracia S.A. Los dictadores que quieren gobernar el mundo*, Barcelona, Debate, 2024, p. II.