

Eugenio Raul Zaffaroni

ESTRUCTURAS JUDICIALES

EDIAR

Buenos Aires. 1994,

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

1. Debates y desconciertos. - 2. ¿Crisis judicial? - 3. Dificultades de análisis. - 4. La omisión política. - 5. La omisión teórica. - 6. Los peligros para la estabilidad del sistema democrático.

1. Debates y desconciertos.

Es un fenómeno verificable que, en los últimos años, se ha producido un desplazamiento del tema judicial hacia el centro de los debates políticos argentinos y latinoamericanos. En casi todo el continente se destaca la necesidad de reformar las estructuras judiciales, particularmente en lo que hace al gobierno, a la selección de los jueces y a la distribución orgánica. No obstante, es poca la claridad en cuanto al sentido de las reformas requeridas.

Esta situación no puede extrañar, pues generalmente se acude al camino más sencillo para eludir el problema, como es señalar los defectos personales de los jueces (su personalidad, su carácter, su inseguridad, etc.), "como si éstos fuesen personas distintas a los conductores de trenes, fabricantes o profesores"¹, o bien atribuir todo a carencias materiales y a leyes procesales obsoletas. Todo ello no hace más que impedir el debate serio sobre la selección de los jueces y el gobierno y distribución orgánica de funciones del Poder Judicial.

La pobreza de análisis es incluso más profunda, porque tampoco es raro que se ignore o no se precisen las funciones que se quieren atribuir al judicial. Cualquier institución debe

¹ DIETER SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, 1985, p.28.

cumplir con ciertas funciones y su estructura óptima dependerá de la clara atribución previa de éstas, es decir, que la estructura óptima de una institución será para siempre la que la capacite para el mejor cumplimiento de su cometido. Cuando el cometido no ha sido bien definido, menos aún lo estarán sus modelos estructurales.

Por otra parte, lo usual es que las dimensiones al respecto las protagonicen los juristas. Sin duda que el problema judicial es también un problema jurídico. Pero lo cierto es que la cuestión judicial debe nutrirse también de datos que provienen de otras disciplinas, que el entrenamiento de los juristas en nuestra región suele ser unilateral y que, aún dentro de esta perspectiva, suele estar orientado hacia el formalismo jurídico. El análisis del judicial, como el de cualquier institución, requiere una perspectiva pluridisciplinaria, que no se ha hecho.²

Por último es indispensable tener en cuenta que las instituciones reconocen funciones "manifiestas" y "latentes"³, o sea, funciones que se enuncian en el discurso oficial y funciones que realmente se cumplen en la sociedad. La disparidad entre ambas es inevitable, pero cuando la distancia entre lo que se "dice" y lo que se "hace" llega a ser paradójica, esa disparidad se vuelve *disparate*, o sea, que se "dispara" contra la propia institución, desbaratándola.

La relación entre la estructura institucional y las funciones (manifiestas y latentes) es indisoluble: la estructura nos indicará su capacidad de desempeño de las funciones manifiestas y el grado de incapacidad para las mismas estará señalando el cumplimiento de funciones latentes alejadas de aquellas.

² Para estudios sociológicos sobre el judicial, la bibliografía cit. por RENATO TREVES, *Sociología del diritto*, Torino, 1988, pp. 224 y ss. ; BOAVENTURA DE SAUSA SANTOS, *Introdução á sociologia da administração da justiça*, en José Eduardo Faria (Org.), "Direito e justiça. A função social do Judiciário", São Paulo, 1989, p.39.

³ Sobre ello, por ejemplo, PAUL B. HORTON-CHESTER L. HUNT, *Sociología*, México, 1988, p.340.

Una sana política institucional se orientará siempre a alejarse del "disparate", procurando acercar la estructura a la idoneidad para el cumplimiento de las funciones manifiestas. Este primer paso, en lo judicial, de dificulta por no tener en claro cuáles son los límites y hasta la naturaleza de las funciones manifiestas. Teóricos y políticos las discuten con lenguaje que a veces está tan plagado de equívocos que es casi la negación del lenguaje: "poder", "función", "servicio", "apoliticidad", "independencia", "imparcialidad", etc., devienen una lista interminable de vocablos polivalentes, frecuentemente usados como elementos autoritarios que sólo sirven para cerrar discusiones en las que nadie entiende al interlocutor.

Es indudable que la opacidad teórica en el señalamiento de las funciones judiciales deriva en la imposibilidad de "pensar" claramente las estructuras del judicial, pero tampoco puede omitirse considerar que esto se potencia con la tentación de ocultar la falta de precisión pensante bajo una generalizada sensación de "crisis judicial", que no hace más que dramatizar sin definir.

2. ¿Crisis judicial?

La coincidencia en las funciones manifiestas con las latentes no se produce en ninguna institución. Ese ideal corresponde a un mundo de abstracciones geométricas, al que es proclive el entrenamiento jurídico alienante de nuestra región, pero no a la complejísima tela de relaciones sociales, de poderes y micropoderes, de personas que interactúan con sus pautas, valores e intereses, conscientes e inconscientes.

De cualquier manera, esta disparidad funcional no puede erigirse en discurso sedante, que inhiba los esfuerzos teóricos y políticos hacia la aproximación de ambas categorías de funciones, pues dentro de la relatividad del mundo, la imposibilidad de lo ideal no legitima la perversión de lo real.

Aunque la sensación de "crisis" sea explotada políticamente, aunque la misma ya sea redundante en América Latina, aunque se abuse de ella hasta llamar así a cualquier disfuncionalidad, aunque se saque provecho de la dramaticidad para inhibir el pensamiento, aunque el concepto mismo haya perdido contenido y su carga emocional dificulte los diagnósticos y la previsión de soluciones, lo cierto es que la "sensación" tan extendida debe tener algún fundamento real.

Preferimos dejar de lado la cuestión de la "crisis", para centrarnos más en la "sensación", en sus causas.

En efecto: si preguntamos por esas causas, a poco nos percatamos de que uno de los factores más importantes es la creciente demanda de protagonismo dirigida a los judiciales latinoamericanos. Dejando de lado las demandas provocadas por las escaramuzas políticas, lo cierto es que el estado es más complejo que otrora y que las relaciones jurídicas se han multiplicado. La normatividad misma se ha vuelto tan compleja, que no es raro que los tribunales apliquen las leyes derogadas o que no se percaten de interpretaciones contradictorias de la misma ley⁴. La incorporación de los derechos llamados "sociales" y sus contradicciones regionales, con la secuela de marginación y exclusión, es decir, de disparidad gravísima entre el discurso jurídico y la planificación económica, provoca también una "explosión de litigiosidad"⁵ con características propias; el aumento de la burocracia estatal (y su pretendida reducción a mera fuerza de recortes presupuestarios) y la producción legislativa impulsada únicamente por el clientelismo político⁶ de los jueces⁷, con el consiguiente aumento de sus

⁴ Sobre estos fenómenos en España, pueden verse los ejemplos de VALERIANO HERNÁNDEZ MARTÍN, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, 1991, p. 59.

⁵ Cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, op. Cit., p. 43.

⁶ Cfr. VINCENT BLASI, *The burger court*, Yale, 1983.

⁷ Cfr. PATRIZIA PEDERZOLI, *Il giudice nei regimi democratici*, en "Rivista Italiana di Scienza Política", agosto, 1990, p. 293.

facultades discrecionales⁸, a lo que se agrega que, en general, el público parece tender a expresarse más violentamente frente a los errores -reales o supuestos- de la justicia, que frente a los de otros órganos estatales⁹.

En las democracias avanzadas contemporáneas ha cambiado considerablemente la naturaleza misma de la legislación. Algún autor alemán, refiriéndose a su raíz, destaca que el control judicial de constitucionalidad se impuso como necesidad, quizás no tanto por la experiencia nacional socialista, pese al triste papel de la magistratura en ese período, sino por la calidad de la legislación moderna, que frecuentemente se presenta como medidas concretas para zanjar conflictos entre grupos de interés contrapuestos, o sea, soluciones a corto plazo y negociadas. Estas soluciones negociadas no pueden ser ajenas al valor "justicia", "y nada se gana con lamentarse, porque se imponen en cualquier estado moderno"¹⁰.

El límite entre lo político y lo judicial no puede definirse formalmente en el estado moderno. La justicia moderna no puede ser "apolítica" en este sentido¹¹, y hoy más que nunca debe reconocerse que el poder judicial es "gobierno"¹². Su definición no puede hallarse en la afirmación de que no establece reglas "erga omnes", de que no es "colegislador"¹³, para reconocer de inmediato que tampoco le queda a veces otro recurso que serlo, como lo muestra nuestra realidad: "En nuestro derecho son de creación jurisprudencial, y en ciertos casos con posterior recepción legal, los siguientes institutos

⁸ MAURO CAPPELLETTI, *Juizes legisladores?*, Porto Alegre, 1993; A GAMBERINI, G. INSOLERA y otros, *Il dibattito sul ruolo della magistratura; prospettive di ricerca nel settore penale*, en "Il foro Italiano", 1987, V, 433.

⁹ OTTO BACHOF, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, p. 64.

¹⁰ Idem. p. 51.

¹¹ RAFAEL A. BIELSA, *Transformación del derecho en justicia, ideas para una reforma pendiente*, Bs. As., 1993, p. 54.

¹² ROBERTO DROMI, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?*, Buenos Aires, 1992, p. 38.

¹³ ROBERTO DROMI, *El poder judicial*, Mendoza, 1984, p. 87; ídem, p. 83.

jurídicos: la acción de amparo, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria y gravedad institucional, el abuso del derecho, la imprevisión, la lesión, la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos ilícitos, la actualización por depreciación monetaria, la "desindexación", el poder de policía, las nulidades administrativas y la ejecutoriedad de sentencias contra la Nación".

No obstante estas demandas, reconocidas universalmente y complicadas aún más por nuestra problemática periférica del poder mundial, las estructuras judiciales se ampliaron, pero no se realizaron los cambios cualitativos necesarios para adaptarlas a las nuevas conflictividades que hoy deben enfrentar. Como es natural, la función manifiesta -poco explícita- es superada por las demandas y la distancia de éstas con las funciones latentes o reales se vuelve paradójal.

A todo esto debe agregarse que buena parte de los países latinoamericanos hemos sufrido prolongadas dictaduras. La interrupción constitucional impidió que las estructuras mostrasen sus fallas, porque no fueron operativas durante largos años. La ilusión de que las estructuras judiciales son idóneas, en muchos países se desbarata cuando, después de varias décadas, vuelven a operar constitucionalmente.

En síntesis, preferimos desdramatizar la situación, prescindiendo del difuso concepto de "crisis judicial", para caracterizarla como producto de varios factores que, en el fondo, no hacen más -ni tampoco menos, por cierto- que aumentar la distancia entre las funciones manifiestas y las latentes, pero que, además, tienen la virtud de ponerlo de manifiesto.

Esta última característica no debe ser subestimada. No se trata de un fenómeno sorpresivo. Jamás un proceso institucional como el que afecta al judicial se produce en forma de "brote", sino que se va instalando en el tiempo. La disparidad funcional del judicial fue observada por casi todos los operadores responsables y conscientes del mismo, aunque le hayan dado

otro nombre y aunque hayan errado el diagnóstico. Es la democratización de nuestras sociedades, la libertad de información y de crítica que potencian la creatividad y expresión del pensamiento, como también la aceleración de las comunicaciones, lo que precipita el resultado de que lo judicial, que antes era tema de minorías, se instale hoy en la opinión pública de nuestros países y los políticos, que casi siempre vieron en él una fuente de empleos para sus amigos, se esmeren para que no deje de serlo, aunque tratando de "hacer algo" que revierta los resultados de las encuestas de opinión abiertamente desfavorables en este sector.

3. Dificultades de análisis.

El análisis de los problemas judiciales se dificulta en la medida en que se hace público, con la consiguiente incidencia de factores electorales. Pero eso constituye también un interesante desafío, pues en definitiva, democratiza el problema.

No obstante, no puede cargarse la culpa a otros sectores omitiendo que, en buena medida, corresponde reprochar a los teóricos una seria omisión al respecto. Salvo excepciones, no puede hablarse de un verdadero desarrollo teórico del tema en América Latina. Se han realizado estudios sociológicos, pero no hay una tradición de "sociología judicial" en la región. Pero lo que consideramos más grave es que ni siquiera podemos hablar de una tradición de *teoría política de la jurisdicción*, si por tal entendemos: a) la clarificación de la función manifiesta que se pretende atribuirle; b) el análisis de la función real que cumple; y c) la necesaria crítica a la estructura institucional para optimizarla en relación a sus funciones manifiestas (en esto último incluimos especialmente la forma de gobierno, la selección de los jueces y la distribución orgánica).

Sería imposible ignorar que hay producción en estos temas, pero es inevitable convenir en que la misma es escasa en relación con el enorme desarrollo teórico en otras áreas, donde

nuestra doctrina latinoamericana se halla al mismo nivel que los países centrales.

Si bien en América Latina parece seguirse en general la misma línea argumental que en los países centrales en cuanto a la dificultad de una democracia sin poder judicial democrático y a la necesidad de independencia del mismo¹⁴, lo cierto es que en cuanto se intenta precisar la extensión y competencia de ese poder, la naturaleza, grado y contenido de su independencia, su forma de gobierno y el reclutamiento de sus operadores, las respuestas se vuelven incoherentes, vagas e intuitivas. Para colmo, si alguien apela en la discusión a los modelos que ofrece el derecho comparado, no dejan de esgrimirse absurdos folklorismos nacionalistas, la invocación de tradiciones inexistentes y el remanido y difamatorio argumento racista de que nuestros pueblos no están preparados para instituciones democráticas.

Entre otros factores que hacen a la inexistencia de una tradición en la materia, cuenta que nunca se le haya dado la debida importancia teórica. Como resultado de ello, en las Constituciones y leyes se observa un cierto caos de competencias y estructuras del judicial que es original en cuanto tal, pero que se forma con retazos de instituciones de los Estados Unidos y de Europa, adoptados en muy diferentes momentos históricos y por lo general deformados por fatales invenciones vernáculas, introducidas al ritmo de intereses corporativos o sectoriales y también por intervenciones anecdóticas sin sentido político especial.

Los intereses y la ignorancia parecen haberse complotado para producir un panorama de poderes judiciales cuyas estructuras guardan cierta semejanza con las del mundo central en el siglo pasado, salvo alguna que se acerca a las de finales de ese siglo.

¹⁴ Por ejemplo, J. DÉCHENES-S. SHETREET, *Judicial independence: The contemporary debate*, Dordrecht, 1985; J. L. WALTMAN-K. M. HOLLAND, *The political role of Law Courts in modern democracies*, London, 1988.

Es difícil despejar una situación cuando convergen en ella todos estos factores, sumados a la íntima convicción de nuestros operadores políticos, que pretenden mantener sus judiciales de "amigos", olvidando que la lealtad política es un mito, o sea, que los "amigos" a esos niveles, son siempre "amigos del poder". No menor es la contribución de la dramatización de una situación que, en definitiva, no es más que el producto del profundo hiato que separa las demandas funcionales de las estructuras judiciales, y cuya responsabilidad debe repartirse entre los políticos y los teóricos.

4. La omisión política.

No cabe duda de que hay "mala voluntad para la democratización de esta rama del estado"¹⁵. Puede afirmarse que los sucesivos *stablishments* latinoamericanos han tratado de valerse políticamente de los poderes judiciales o, por lo menos, de neutralizarlos para que no molesten su ejercicio del poder. Cualquier tentativa de independencia real de los poderes judiciales fue desacreditada como acto de injerencia política, particularmente cuando se traducía en defensa de derechos individuales y sociales. No se vaciló en apelar a la propia destrucción física de sus operadores, como en el triste caso del Palacio de Justicia de Bogotá.

En todas las Constituciones se proclama la independencia del poder judicial, pero ninguno de los *stablishments* se preocupó en realizarla. El sometimiento político descarado en el peor de los casos y la burocratización en el mejor, fueron la regla de los partidos políticos tradicionales y de las dictaduras militares.

Cabe pensar que si los *stablishments* sostuvieron esa actitud, las oposiciones políticas contestatarias y críticas habrían sido las

¹⁵ Cfr. JOSÉ EDUARDO FARIA-JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *Pela democratização do Judiciário*, en JOSÉ EDUARDO FARIA (Org.), "Direito e Justiça. A função social do Judiciário". São Paulo, 1989. p. 163.

encargadas de denunciarla y de oponerle modelos de judiciales más fuertes y mejor estructurados. En cuanto a lo primero, sin duda que lo hicieron, aunque en el general contexto de sus discursos políticos, que nunca hicieron mella en lo jurídico. Por lo que hace a modelos alternativos de judiciales, nunca los propusieron.

Esto indica una contradicción, pero es explicable porque, por razones ideológicas, aunque también por otras urgencias, las oposiciones críticas otorgaron prioridad a otros temas y consideraron o estuvieron tentadas de relegar al derecho a la condición de "superestructura ideológica"¹⁶, lo que les llevó a minimizar y subestimar al discurso jurídico, dejándolo librado al *stablishment*.

Lo cierto es que nunca se entabló un verdadero debate sobre el judicial y su modelo. En esas circunstancias, los partidos de "orden" no tenían ningún interés en propugnarlo, en tanto que los críticos se ocupaban de otros temas.

Es innegable que hoy es otra la actitud hacia el discurso jurídico por parte de los partidos políticos críticos latinoamericanos, pero lo cierto es que esa actitud frente al problema es relativamente nueva y no puede dejar de observarse la general carencia de una perspectiva política judicial clara. No puede ignorarse que el tránsito de la dictadura a la democracia fue en muchos casos urgente y las pugnas inmediatas impidieron meditar propuestas de mayor aliento.

De cualquier manera debe admitirse que aún hoy prevalecen viejos prejuicios, a los que se añaden otros nuevos. Debido a que no está claro cuál es la función manifiesta que se quiere y tampoco se observa con penetración que la función manifiesta es plural, ante la explosión de conflictividad, no faltan quienes pretenden reducir el judicial a una función legitimadora y quienes denuncian esa pretensión, otros que parecen querer

¹⁶ Sobre estas carencias llama la atención BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, op. cit., p. 185.

valerse del mismo para "despolitizar" conflictos con fines anestésicos y su correlato integrado por quienes se niegan a esa maniobra, sin contar con que estos reparos provienen del mundo central donde Luhmann parece ser el más sincero y confeso orquestador de su funcionalidad sistémica¹⁷, pero a lo que se añade que en Latinoamérica nuestros *stablishments* desconfían de las propias tendencias conservadoras del pensamiento central y prefieren, directamente, mantener sometidos a los judiciales.

Ello obedece a que en el mundo central se ha tratado la cuestión judicial como problema de poder y se han elaborado los discursos pertinentes, es decir, el discurso del "sistema" o conservador, y el discurso alternativo o dinamizador, con sus distintas variables, en tanto que en América Latina nunca se planteó el problema desde ese ángulo, llegándose al extremo de borrar la memoria histórica de nuestros poderes judiciales. En nuestra región no hay historia judicial, al menos si por tal entendemos la historia política, con adecuado análisis de la función real que cumplió en cada período.

Nuestros países son muy ricos en episodios y en muchos de ellos ha profundizado singularmente la historia política y social, particularmente contemporánea, pero casi no hay trabajos en los que se haya profundizado la función que cumplió la jurisdicción en cada uno de sus períodos políticos.¹⁸

No obstante la clara dimensión de poder que tiene la cuestión judicial -aunque no se agote en ella-, se ha borrado la memoria del mismo, con lo cual se hace prácticamente imposible su comprensión, porque no hay fenómeno de poder que resulte explicable si se ignora cómo se gesta. La pérdida de memoria

¹⁷ N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978.

¹⁸ Son importantes en Brasil los trabajos inéditos de ANDREI KOERNER, *O Poder Judiciário na Constituição da República. Dissertação de Mestrado*. Universidad de São Paulo. São Paulo, 1992; *Entre a lei e a ordem: O Supremo Tribunal Federal no sistema político da Primeira República*, São Paulo, 1992; *O Poder Judiciário na passagem do Estado oligárquico para o Estado populista..* São Paulo, 1990.

histórica es uno de los más conocidos recursos para impedir la crítica y permitir la reincidencia en los mismos errores.

Un poder judicial sin historia corresponde a la imagen desdibujada del juez que siempre ha querido proporcionar el *stablishment*, o sea, a la de un juez que por "aséptico" el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza. Desde esta perspectiva, la investigación de la historia judicial sólo sería una curiosidad, lo que contradice frontalmente la tendencia que desde hace años se puede observar en Europa y en los Estados Unidos.

5. La omisión teórica.

Los derechos, de cualquier naturaleza que sea, se fundan en un trípode integrado por su consagración, por la previsión de los medios para reclamarlos y por la estructuración de la rama estatal que haga efectivos los reclamos. Hemos elaborado complejas teorías, frecuentemente de alto nivel, sobre los conflictos que comprometen derechos y sobre sus soluciones y medios de preservarlos, pero existe una notoria disparidad entre este nivel teórico y el que se ocupa de las instituciones destinadas a efectivizar esas soluciones.

En Derechos Humanos, se ha puesto en funcionamiento el sistema regional y se ha realizado una tarea considerable de fundamentación, explicación y difusión, pero no puede ignorarse que los organismos regionales no son más que un reaseguro para unos pocos casos en que falla la instancia judicial nacional, que nunca podrá ser sustituida por órganos políticos ni por tribunales internacionales¹⁹.

¹⁹ Sobre ello, FERNANDO VOLIO JIMÉNEZ, *Los controles constitucionales de los Derechos Humanos*, en LORENA VOLIO, "El juez y la defensa de la democracia", San José, 1993, p. 83.

Igualmente notable es el nivel de teorización respecto de los recursos y acciones destinados a tutelar derechos, aspecto en el que América Latina ha innovado, particularmente en materia de amparo²⁰, pero igualmente contrasta la pobreza teórica referida a los tribunales ante los cuales deben ejercerse esas acciones o interponerse esos recursos.

Este espacio ha quedado tan vacío que, por fuera del ámbito jurídico e impulsadas por los intereses de agencias cooperadoras internacionales, preocupadas por justificar su actividad -y su presupuesto- ante sus propios gobiernos, se dio por supuesto que los judiciales latinoamericanos necesitaban racionalizaciones administrativas y escuelas de la magistratura. De este modo, se aplicaron modelos empresariales al análisis de la actividad jurisdiccional, en homenaje a una "modernidad" insólita, que tiende a "desjuridizar" los judiciales, para pasarlos a técnicos empresariales²¹. El análisis en términos de mera "productividad" empresarial pasa por alto, obviamente, que si existe un apartamiento de las funciones reales respecto de las manifiestas, un mero incremento de la capacidad operativa no hace más que agudizar la distorsión.

En la actualidad está bastante aceptada la tesis de que los discursos no deben interpretarse sólo a la luz de lo que dicen, sino también -y fundamentalmente- a la sombra de lo que callan, o sea, en su doble función contextual de develación y ocultamiento. Desde esta interpretación contextual, resulta muy significativo que el discurso teórico latinoamericano haya teorizado un deber ser que omitió teorizar acerca del que lo *debiera hacer*.

Es verdad que ha habido investigaciones sobre la función del juez desde el ángulo de la metodología jurídica y la filosofía del derecho. Desde esta perspectiva se analizó la función judicial

²⁰ IGNACIO BURGOA, *El juicio de amparo*, México, 1989, espec. pp. 38/91.

²¹ Cfr. LUIS SALAS CALERO, *El poder judicial en la década de los ochenta, aspectos administrativos*, en "Justicia penal en Centroamérica y Caribe", Madrid, 1986, p. 99.

conforme al positivismo jurídico, al antiformalismo, a la jurisprudencia de intereses, etc. Quizás sea posible, desde estos puntos de partida, deducir cuáles serían los entrenamientos, criterios de selección y de gobierno de la magistratura, porque en puridad cada una de esas posiciones puede implicar cierta idea del poder judicial, pero lo cierto es que no se han planteado los análisis hasta esas consecuencias, sin contar con que a esto contribuye que estas posiciones metodológicas han servido para usos políticos coyunturales sin mayor coherencia ideológica²².

Creemos que el descrédito político del tema fue una de las causas de inhibición de los teóricos. Los propios operadores de las agencias judiciales tampoco fomentaron ni miraron con buenos ojos la teorización de sus posiciones, porque su precaria posición de poder les lleva a temer a todo lo desconocido como potencialmente peligroso para la misma. La consideración del tema como subordinado por parte de los sectores críticos, también mermaba el interés en el ámbito estudiantil y de la franja izquierda. El matiz "político" del problema le restaba el lustre científico que, dentro de una tradición aún muy ligada al neo-kantismo, proporcionan trabajos de investigación jurídica pura.

Estos y otros factores -propios de cada país y cultura- condujeron al descuido teórico del tema con la consecuencia de que cuando los operadores políticos se enfrentaron con la necesidad de introducir reformas, no supieron claramente qué camino seguir, incluso en los casos en que los impulsaban las más sanas intenciones institucionales. Un caso singularmente demostrativo lo constituye uno de los documentos más originales y positivos que se produjeron en la región en los últimos años, que es el texto de los acuerdos de Chapultepec, con los que se puso fin a la guerra civil en El Salvador después de once años. En el mismo sólo hay media página referida a la

²² Cfr. GIOVANNI TARELLO, *Orientamenti della magistratura*, en "Politica del diritto", 3-4-III, 1972, 459.

jurisdicción, en términos imprecisos, que poco o nada disponen²³.

6. Los peligros para la estabilidad del sistema democrático.

Suele caerse en un reduccionismo judicialista afirmando que es inviable una democracia sin un poder judicial democrático. Si bien es natural que esto cause un desajuste, el deterioro no es matemático, por lo cual sería absurdo tomar el modelo judicial para medir el "grado" de democracia de Italia en relación con el de Holanda, por ejemplo, considerando que la estructura judicial italiana es más avanzada que la holandesa.

Un poder judicial es un sistema que opera en un "ambiente", donde mantiene múltiples relaciones con otros sistemas y subsistemas. Es obvio que en algunas sociedades sus defectos son compensados por el ambiente, esto es, por factores que van desde lo económico hasta lo cultural, pasando por lo político general y particular (sanitario, educacional, asistencial, étnico, etc.), cuyo conjunto es los que en definitiva determina que una sociedad sea más o menos democrática.

El vuelo democrático se sostiene con múltiples turbinas, y no siempre todas funcionan bien y algunas ni siquiera funcionan. En las sociedades centrales, la inercia democrática les permite el lujo de cargar con algunos pesos muertos de turbinas que fallan o que no operan, pero aunque el peligro aumente en razón directa de este lastre, es mucho mayor en nuestras sociedades, donde los elementos democratizantes son mucho menores (comenzando por la mayor selectividad en el reparto de oportunidades) y donde no hay una inercia democrática, sino un tremendo esfuerzo por levantar vuelo.

²³ *Acuerdos de Chapultepec*, Secretaría Nacional de Comunicaciones, El Salvador, San Salvador, 1992, p. 57.

En estas circunstancias, algunos de los fenómenos negativos de toda democracia se manifiestan más crudamente, como la coyunturalización de la producción normativa. El protagonismo parlamentario agrava las lagunas y las contradicciones legislativas. Este fenómeno entra en colisión con el principio republicano (en cuanto exigencia de racionalidad de los actos de gobierno), pero es inevitable, como resultante negativa de un más general proceso positivo. Aquí de hace más necesaria la presencia judicial para neutralizarlo. No hay otra forma para salvar la organicidad legislativa que una labor de elaboración jurisprudencial coherente, no sólo en la lógica interna del discurso jurídico, sino también en cuanto a su lógica política. La falta del judicial adecuado para esta tarea es susceptible de provocar una inseguridad jurídica grave, con el consiguiente peligro democrático. No olvidemos que mientras en los países centrales se limitan a lamentar el fenómeno, en los nuestros suelen instrumentarlo los enemigos declarados de las democracias.

El funcionalismo suele afirmar que un conflicto puede pasar de la esfera política a la judicial y viceversa, según convenga a su mejor solución dentro del sistema²⁴. Si bien, con las debidas reservas, la explicación puede ser verdadera, estamos seguros - al menos en América Latina- de que esta transferencia no siempre responde a una mejor solución, sino que, a veces, se lo deriva de lo político a lo judicial porque se sabe que allí no será resuelto.

En estos casos, el desplazamiento del conflicto está motivado por un traslado de la responsabilidad a la agencia judicial, a la que, por su mayor vulnerabilidad (menor poder) es mucho más sencillo imputarle inoperancia, ineficacia, negligencia, corrupción, etc.

²⁴ Cfr. LUHMANN, op.cit.; sobre ello CELSO FERNANDES CAMPILONGO, *Magistratura, sistema jurídico e sistema político*, en José Eduardo Faria (Org.), "Direito e Justiça. A função social do Judiciário", São Paulo, 1989, p. 111.

Los operadores de las agencias políticas están mejor entrenados que los jueces en lo que hace a manipulación de la opinión pública. Esto les permite desplazar conflictos generando falsas expectativas de solución en el ámbito judicial. Los jueces, por su parte, frecuentemente sienten satisfecho su narcisismo en la medida en que, por derivársele graves conflictos sociales, se sienten proyectados al centro de atención pública. De este modo, no caen en la cuenta de que devienen blanco de actuales expectativas que pronto serán frustraciones.

Ante la frustración, se produce el deterioro de la imagen pública del poder judicial, lo que legitima cualquier sacrificio de las garantías y derechos. Aberraciones jurídicas como los llamados "jueces sin rostro" son producto de estos procesos.

Pero el artificial desplazamiento de los conflictos sin solución no sólo sirve para eludir responsabilidades y para apartar principios que hacen a las más elementales garantías republicanas, sino que terminan destruyendo la independencia judicial, porque después del descrédito, la intromisión de los poderes partidistas en el judicial provoca mucha menos resistencia pública o hasta es recibida con beneplácito por la opinión. Un claro ejemplo de esta maniobra fue el caso peruano.

Estas escaramuzas, cuya mecánica sencilla contrasta con su gravedad institucional, son sumamente peligrosas para el futuro de cualquier democracia, porque neutralizan el poder equilibrante del judicial. Un judicial sin poder para imponer un mínimo de control institucional y sin una discreta capacidad de solución de conflictos, no puede limitar el poder de las agencias partidistas. Las mayorías coyunturales excederán todos los límites del espacio republicano y entrarán en un campo de lucha en que cualquier medio será válido, terminando por imponer la demagogia y el matonismo por sobre la serenidad y la racionalidad.

Desde otro ángulo, un judicial deteriorado también conspira contra una democracia, porque un componente real de la misma

debe ser el derecho al desarrollo²⁵ que se resiente cuando no hay un judicial en condiciones de garantizar cierta seguridad jurídica a la inversión productiva. A menos seguridad jurídica corresponde menor inversión productiva y mayor inversión especulativa o garantías de mayores rentas compensatorias de la inseguridad. Esto no se compensa con mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, cuando el protagonista del mismo puede ser el propio estado. Allí los efectos de un judicial deteriorado recaen directamente sobre el desarrollo e incluso sobre la soberanía, al convertirse en argumento para forzar cláusulas de sometimiento a extraña competencia.

En síntesis, las estructuras judiciales latinoamericanas son inadecuadas para asumir las demandas de una moderna democracia, en tanto que su debilidad y dependencia tampoco les permite desempeñar eficazmente la función acotadora que requiere la consolidación del espacio democrático.

A medida que se amplía la distancia entre la función latente o real y las demandas sociales, aumenta el peligro para todo el sistema democrático. No obstante, este fenómeno viene acompañado de una puesta en evidencia del problema judicial como problema político, que hace fracasar la táctica silenciadora empleada hasta hace poco tiempo con eficacia.

El reclamo, en los términos en que lo dejamos expuesto, parece orientarse hacia estos tres aspectos fundamentales:

a) Concretar las demandas de rol formuladas al judicial, precisando cuáles son razonables y cuáles son escaramuzas políticas de desplazamiento de conflictos sin solución, o sea, definir de modo no ingenuo los límites de su función manifiesta.

b) Establecer los posibles modelos de reformas estructurales, particularmente en cuanto a gobierno, selección y distribución orgánica, que permitan dotar de idoneidad al judicial para el cumplimiento de sus funciones manifiestas.

²⁵ JUAN ALVAREZ VITTA, *Derecho al desarrollo*, Lima, 1988.

c) Conforme a lo anterior, revertir el proceso de progresivo distanciamiento de las funciones manifiestas y latentes del poder judicial, que es lo que emocionalmente suele llamarse "crisis de judicial".

CAPÍTULO II

ARGUMENTOS TEÓRICOS QUE PONEN EN DUDA LAS FUNCIONES MANIFIESTAS

1. Complejidad. - 2. ¿Supremacía de la Constitución o de la mayoría?
- 3. El origen de la disyuntiva. - 4. La objeción fundada en el carácter burocrático del judicial. - 5. El carácter "aristocrático" del judicial. -
6. La primera afirmación del control judicial de constitucionalidad. -
7. La evolución del modelo francés.

1. Complejidad

El judicial, como cualquier

CAPÍTULO II

ARGUMENTOS TEÓRICOS QUE PONEN EN DUDA LAS FUNCIONES MANIFIESTAS

1. Complejidad. 2. ¿Supremacía de la constitución o de la mayoría? 3. El origen de la disyuntiva. 4. La objeción fundada en el carácter burocrático del judicial. 5. El carácter aristocrático del judicial. 6. La primera afirmación del control judicial de constitucionalidad. 7. La evolución del modelo francés.

1. Complejidad

El judicial, como cualquier institución, no puede tener una única función, sino que el análisis sociológico siempre revela una pluralidad de funciones reales o latentes, pero en este caso, también el discurso jurídico-político no puede menos que reconocerle una pluralidad funcional.

Es posible afirmar que la función judicial es la “jurisdicción”, o sea, “decir el derecho”, como un tercero que está situado “supra partes” frente a un conflicto, pero en realidad esto no pasa de ser una escueta señalización de la esencia de la función judicial, sin constituir una descripción de su complejidad y menos aun de su dimensión política.

Es incuestionable que dirimir conflictos entre personas es una función judicial, pero no es lo que sirve para caracterizarlo, por que hay otros órganos del estado que hacen lo mismo, sin contar con muchos particulares que también lo hacen. De toda forma no cabe duda que dirimir conflictos es una función judicial y que es necesario que los ciudadanos gocen de un eficaz servicio de justicia y de un amplio acceso al mismo. En este sentido el acuerdo es bastante general, aunque no lo es tanto respecto de la adecuada implementación. La decisión de conflictos –aunque quede pendiente de qué conflictos y en que forma– es, sin duda, una función manifiesta incuestionada.

Por regla general deducida de la anterior o bien del indispensable carácter de independencia, como presupuesto para la eficaz realización de la función decisoria de conflictos, se reconoce al judicial una función de “autogobierno”, que casi nunca le es negada, al menos en la declaración de funciones manifiestas, aunque se pongan en duda sus límites y se discuta su forma.

Pero el judicial cumple también otra función, que hoy está ampliamente reconocida en el derecho comparado, y que constituye la llamada “justicia constitucional”. A ésta corresponden los recursos y acciones que tutelan los

derechos fundamentales, tales como el *habeas corpus* anglosajón, la *Verfassungsbeschwerde* y la *Popularklage* alemanas, el amparo mexicano y las diversas modalidades del amparo latinoamericano, el mandato de “seguranca” brasileño, etc.,¹ como también todas las atribuciones para dirimir conflictos de poderes y análogas (art. 93, 31,4 de la Constitución alemana; art. 138 de la Constitución austríaca; art. 161, 1,c, de la Constitución española; etc.). Pero, sin lugar a dudas, lo que forma el núcleo de la justicia constitucional² es el *control constitucional de las leyes*, que ha sido la función más discutida, aunque hoy se halla bastante generalizada, pese a las resistencias que aún despierta en Francia –donde en general no se la reconoce– y a la extensión que viene teniendo en los países europeos orientales, como resultado de la superación del modelo soviético, que nunca la admitió.³

Aunque no se halle discutida entre nosotros y en general se la admita pacíficamente en América Latina, es necesario detenerse en este aspecto de la justicia constitucional, porque a nuestro juicio es el mejor indicador de la actitud hacia la dimensión política del judicial. Los debates sobre el control de constitucionalidad de las leyes son, en definitiva, debates sobre la función del judicial y el modelo de estado por el que se opta.

No nos detendremos aquí en los aspectos jurídicos del control de constitucionalidad, amplia y profundamente analizados por autores nacionales y extranjeros, ni tampoco en su comparación desde este ángulo, sino en la medida necesaria a nuestro propósito, esto es, en cuanto a las bases ideológicas que sustentan los diferentes puntos de vista a su respecto y que, como lo adelantáramos, constituyen un verdadero debate acerca de la función judicial. En realidad, esta ha sido la materia que ha estado más próxima a una teorización acerca del judicial.

2. ¿Supremacía de la Constitución o de la mayoría?

La concepción del derecho y del estado siempre ha sido diferente, según que se parta de una concepción personalista o transpersonalista, o sea, según se pretenda que sirven a la persona o a un ente cualquiera pero que siempre se halla “más allá” de ésta (raza, nación, clase, etc.). Conforme a esta dicotomía, es natural que sea diferente la idea de la función judicial a que se aspira y, por ende, la estructura judicial que la cumpla.

¹ Por ejemplo IGNACIO BURGOA: *El juicio de amparo*, México, 1988, p. 38.

² Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre, 1984.

³ CAPPELLETTI, ob. cit.

Desde la perspectiva transpersonalista, las agencias ejecutivas y legislativas son las que deciden de modo inapelable en cuanto a las relaciones de las personas con el estado. El judicial no sería más que una función del poder que sirve para sancionar a los que violan las pautas de esas relaciones y para resolver conforme a esas pautas los conflictos entre particulares, pero poniendo el acento más en el poder pautador que en los intereses de las personas.

Desde el punto de vista personalista, las agencias ejecutivas y legislativas también definen las relaciones entre el estado y las personas, pero dentro de los límites que les impone una Constitución. Por cierto que el judicial presta el servicio de resolver conflictos entre las personas, pero también presta otro, que consiste en controlar que en esas relaciones normativizadas entre el estado y las personas, el primero respete las pautas constitucionales, particularmente en cuanto a los límites que impone el respeto a la dignidad de la persona.

La disyuntiva entre personalismo y transpersonalismo es clara cuando el transpersonalismo se plasma en estructuras institucionales del estado que lo distinguen muy nítidamente de la democracia representativa, como sucedía en el organicismo estatal de base racista traducido por el *Fuhrerprinzip*, pero esa transparencia se pierde cuando las agencias legislativas se estructuran en la forma de parlamentos republicanos.

En estos últimos casos el planteamiento transpersonalista no es explícito y a veces ni siquiera consciente. Las agencias legislativas que representan a la mayoría, simplemente niegan la autoridad de cualquier otra agencia que no surja directamente del voto popular, reivindicando ser las únicas que pueden juzgar acerca de la constitucionalidad de las leyes que sancionan.

La disyuntiva que opera en estos casos es: *voluntad irrestricta de la mayoría o supremacía de la Constitución*. La legitimidad del judicial para ejercer el control de constitucionalidad se deriva de la “propia idea de Constitución que, desde Aristóteles, “no es otra cosa que la repartición regular del poder”.⁴ Establecer una Constitución y pretender que su supremacía queda librada a quienes precisamente son los más tentados de violarla, no pasa de dejar la Constitución librada a un autocontrol que, en definitiva, no es más que un acto de buena voluntad. “Una instancia de control sometida al control de los controlados es una contradicción.”⁵

La opción por la mayoría como único poder legitimado, que reconoce límites constitucionales sólo como un acto de buena voluntad, aunque no se lo explicita y ni siquiera se lo admita, también es una concepción

⁴ MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, Valparaíso, 1992.

⁵ OTTO BACHOF, *Jueces y Constitución*. Madrid, 1985, p. 54.

transpersonalista, porque responde a una idea orgánica del estado conforme a la cual la minoría debe quedar sometida a la voluntad irrestricta de la mayoría. Importa la legitimación de una dictadura de la mayoría. En el fondo, no es más que una formulación diferente del viejo tema de las eventuales contradicciones del liberalismo y la democracia, explotadas por todos los autoritarismos y totalitarismos.

3. El origen de la disyuntiva

La disyuntiva a que hicimos referencia puede rastrearse en la historia hasta muy atrás, pero en cuanto a la función judicial, surge del diferente enfoque de la cuestión judicial por parte de la Revolución Francesa y de la Revolución Norteamericana.

La idea del poder de la mayoría sin control judicial de constitucionalidad es propia de la Revolución Francesa. El artículo 16 de la Declaración de 1789 establece que ninguna sociedad tiene Constitución mientras no asegure la garantía de los derechos y la separación de los poderes. Basados en la separación de los poderes, los revolucionarios franceses afirmaban que el judicial no podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque sería una intromisión del judicial en el legislativo. En consonancia con esto, la Constitución de 1791 prohibió expresamente a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo y suspender la ejecución de las leyes, creando un tribunal de casación –que ya se había establecido por ley de 1790– “junto a los cuerpos legislativo” es decir, un tribunal legislativo para quebrar las sentencias que se apartaban de la voluntad del legislador. Los jueces se elegirían por el voto directo del pueblo y las leyes serían tan claras que cualquiera podría comprenderlas.

Como es dable observar, esta opción no sólo rechazaba cualquier control judicial sobre el legislativo, sino que creaba un control legislativo sobre el judicial.

No es necesaria mucha penetración para percatarse de que semejante radicalización respondía al establecimiento de una hegemonía de clase frente a la nobleza desplazada, pero que seguía constituyendo una amenaza y que podía recuperar el poder. La Constitución francesa de 1791 fue la carta de una clase que procuraba asegurar su recién obtenida hegemonía política frente a la amenaza de la clase desplazada, que conservaba cierto poder.

La contracara de esta situación la ofrece la Revolución Norteamericana, que se había limitado a desplazar a la potencia colonial, pero que no había sufrido ninguna alteración en su estratificación, no tenía ninguna “clase peligrosa interna” desplazada del poder, que mantenía intacta su pirámide colonial. Ningún peligro le imponía a la clase dirigente norteamericana, que

se había limitado a declarar su independencia, la adopción de una defensa fundada en la dictadura de la mayoría.

A ello obedece que la Revolución Norteamericana no abrigase temor alguno frente al establecimiento de un judicial con poder de control constitucional. Por el contrario: le resultaba útil un seguro contra las decisiones de las mayorías coyunturales.

Mientras que la Constitución francesa de 1791 corresponde a una clase que pretendía afirmar su precaria y reciente hegemonía, la Constitución norteamericana corresponde a una sociedad con clases hegemónicas asentadas y sin ningún peligro interno comparable al francés, siendo mucho más razonable para ellas consagrar un control externo legislativo que las preservase del riesgo de que una mayoría coyuntural alterase las reglas establecidas. Es útil recordar también que el carácter federal de la organización norteamericana favorecía esta decisión.

De cualquier manera la idea de que el control de constitucionalidad de las leyes no es un función judicial aún perdura en buena parte de la doctrina europea, donde son muchos quienes se inclinan a asignarles un carácter exclusivamente político. No faltan autores que sostienen que el control de constitucionalidad es una “anomalía incompatible con la distribución de funciones entre los detentadores del poder”.⁶

Veremos más adelante como evolucionaron estas posiciones antagónicas y, en particular, cómo usufructuó el cesarismo bonapartista la primitiva concepción revolucionaria francesa, pero, de cualquier modo, es necesario tener presente que ambos principios encontrados (el control legislativo sobre el judicial francés y el control judicial sobre el legislativo norteamericano) proporcionaron discursos contradictorios, a los que se sigue recurriendo en diferentes coyunturas políticas y según los intereses de los distintos protagonistas de turno en debilitar o fortalecer a los legislativos o a los judiciales, pero siempre en circunstancias en que los protagonistas poco o nada tienen de común con los intereses originarios y sin perjuicio de que incluso mezclen ambos discursos sin ningún pudor. Parecen dos libretos que el viento dispersó y cuyas hojas, frecuentemente mezcladas, fueron repetidas por los actores y en los escenarios más dispares.

4. La objeción fundada en el carácter burocrático del judicial

A Carl Schmitt le asienta perfectamente el calificativo de *Fronjurist* del *dritt Reich*.⁷ Su clave discursiva consistió en agudizar al máximo y

⁶ R. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1971, p. 314.

⁷ Cfr. INGO MÜLLER, *Furchbare Juristen. Die unbewalige Vergangenheit unserer Justiz*, Munchen, 1989, p.50

generalizar el eventual conflicto entre liberalismo y democracia, hasta presentarlos como incompatibles, para terminar desechando el primero y presentar su versión *völkisch* de democracia.⁸

Como es natural, si la democracia “*völkisch*” es incompatible con el liberalismo y, por ende, con los principios de una democracia representativa, toda “formalidad” que se oponga a su voluntad deber ser eliminada y, por ende, no puede admitirse ningún obstáculo a la misma en la forma de control de constitucionalidad o similar.

Pero quizá lo más interesante como motivo de reflexión no sea esta concepción abiertamente nacional socialista, sino los argumentos que Schmitt usó respecto de la Constitución de Weimar para negarle el *Reichsgericht* la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Schmitt consideraba que la Constitución era un instrumento meramente político, en el que valía más su esencia que las palabras de sus normas particulares. Los tribunales eran órganos burocráticos y si bien a ellas correspondía la custodia de la Constitución, ésta no podría alterar su condición de tales. Como los órganos burocráticos, por su esencia, no tienen idoneidad para tomar decisiones políticas, la custodia de la Constitución debía librarse a otro órgano, que según Schmitt era el presidente de la República.⁹ Cabe observar que la Constitución de Weimar había dejado sin resolver el problema del control de constitucionalidad, según algunos autores en forma intencional.¹⁰

La apelación a la esencia pasando por sobre la letra, la descalificación profesional de los jueces para controlar al poder político y las posteriores racionalizaciones con que favoreció la concentración del poder absoluto en el *Führer*, no son más que capítulos de un mismo proceso en que Schmitt echó mano de una particular versión del “derecho libre”¹¹

Schmitt pasó por sobre la Constitución de Weimar para destruir la República. Fue un teórico del estado que apeló a un argumento brutal para legitimar el ascenso al poder absoluto por parte del *Führer*. Con toda sorpresa se ha señalado la falsa defensa de los juristas del *dritte Reich* en

⁸ Cfr. THOMAS ASSHEUR-HANS SARKOWICZ, *Rechtsra dikale in Deutschland. Die alte und die neue Recte*, München, 1992, p. 192.

⁹ CARL SCHIDTT, *Legalitád and Legitimitát*, Münche, 1932. en detalle sobre el pensamiento de Schmitt, JOSEPH W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico de Reich*, Bologna, 1989. También Guillermo Horacio Casio, *Carl Schmitt y su planteo sobre la “defensa de la Constitución”*, en LL., nov. 3 de 1975.

¹⁰ Otto Bachof, op. cit., p.32.

¹¹ Cfr. Otto Behrends. *Von der freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs und Gestaltungsdenken*, en Ralf Dreier-Wolfgang Sellert. “Recht und Justiz im Dritten Reich”, 1989, p. 35.

Nürnberg, cuando pretendieron que sus delitos obedecían a su entrenamiento positivista, pues precisamente Schmitt representa la antípoda del positivismo jurídico.¹² No es de extrañar que Schmitt fuera el más duro crítico del control de constitucionalidad centralizado proyectado por Hans Kelsen para la *Oktoberverfassung* austríaca de 1921.¹³

Para Schmitt el derecho no lo establecía la verdad sino el poder, de modo que, compartiendo la visión decadente del mundo de posguerra, consideraba que el poder era lo único que podía frenar la decadencia y el caos, que atribuía al liberalismo y al judaísmo. Con semejante premisa no podía menos que experimentar desprecio por la “plutocracia” weimaariana y, por ende, por cualquier limitación judicial a la omnipotencia política.

Es dable observar que Schmitt no se apoyaba tanto en el argumento de una mayoría representada en el sentido de los revolucionarios franceses, sino en una suerte de inimputabilidad política de los jueces. Ante semejante incapacidad, la custodia de la Constitución debía corresponder a alguien, y no hallaba mejor custodio que el viejo Hindenburg.

5. El carácter “aristocrático” del judicial

Por lo general, cuando un poder judicial asume un papel políticamente más activo y particularmente cuando hace valer su poder de control constitucional, es decir, cuando se produce lo que se ha dado en llamar “activismo judicial”, se lo cuestiona y el argumento más usualmente esgrimido es su origen “no democrático”.

Está fuera de toda duda que en una democracia es frecuente que las agencias políticas partidistas y otros grupos protagonicen luchas competitivas, con formidables intereses y pasiones. Es natural que cualquier límite externo que se pretenda imponer al ejercicio de poder de las mismas encuentre respuestas diversas, según la coyuntural posición de los protagonistas, que no dudan en alterar conforme a las nuevas posiciones que ocupan en la estructura del poder. En semejantes pugnas, el judicial es calificado de intromisor antidemocrático por el oficialismo si adopta una actitud limitadora, y también de complaciente por la oposición si no lo hace.

La objeción teórica al “activismo judicial” es predominantemente anglosajona,¹⁴ aunque no necesariamente proviene del *stablishment*, como

¹² Cfr. INGO MÜLLER, op. cit., p. 222

¹³ HANS JEKSEN; -*Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, en “Annuaire de l’institut International de Droit Public”, París, 1929, p. 127.

¹⁴ PATRICK DEVLIN: *The judges as lawmakers*, Oxford, 1979; G. Winterton, Parliamentary supremacy and the Judiciary, en “Law Quart. Rev.”, 1981, 265; un amplio análisis en MAURO CAPPELLETTI: *Juizes legisladores?*, Porto Alegre, 1993, p. 92.

corresponde a la dinámica descripta. A veces toma un sentido descalificante de la capacidad del juez, como cuando se argumenta que los jueces no pueden decidir políticamente porque actúan en función de los casos particulares. Así, se ejemplifica con el juez que decide sobre las condiciones concretas de una prisión, pero que carece de la visión total de la política penitenciaria.¹⁵ Aunque por diferente vía, se vuelve a la “inimputabilidad política del juez, argumentada pro Schmitt.

La afirmación de origen no democrático de la magistratura es inobjetable, si con la misma se quiere expresar que hay estructuras judiciales que, por su gobierno o por la forma de selección de sus miembros, no son democráticas, como puede ser un judicial verticalizado en forma de ejército, o dependiente o con una integración elitista por co-optación.

Sin embargo, la misma no es admisible si se pretende que, por no proceder los jueces de elección popular, no está legitimados democráticamente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y, por ende, con ese argumento se quiere consagrar la dictadura de la mayoría parlamentaria coyuntural y degradar la Constitución a un mera expresión de deseos.¹⁶

Una institución no es democrática únicamente por provenir de elección popular, ni todo lo que no proviene de ese origen es necesariamente “aristocrático”. Una institución es democrática cuando es funcional para el sistema democrático, es decir, cuando es necesaria para su continuidad, como sucede con el judicial. Cuando se dice que el poder judicial tiene legitimidad constitucional pero no legitimidad democrática,¹⁷ se ignora su funcionalidad democrática. Pareciera que el reconocimiento de la función política del judicial fuera incompatible con la designación por concurso, por ejemplo¹⁸ y que sería paradójal que juzgue en nombre del pueblo cuando no lo elige el pueblo.¹⁹

¹⁵ Así DONALD L. HOROWIT, cit., por CAPPELLETTI, p. 87. La objeción de Horowitz es que los jueces carecen de información y no se preguntan si un poco más de reforma en las prisiones podría significar menos asistencia sanitaria o mayores impuestos. Este razonamiento sería fatal en América Latina: la mejora de las prisiones no es “rentable” políticamente.

¹⁶ Sobre los planteos recientes de “legitimidad democrática” del judicial en los Estados Unidos, PATRIZIA PEDERZOLI: *I giudici nei regimi democratici*, en “Riv. Italiana di Scienza Política”, agosto, 1990, p. 293(312).

¹⁷ La expresión es fuertemente criticada por PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ: *Jueces, Constitución y Estado de derecho hoy*, en “Nuevo Foro Penal”, Bogotá, enero-marzo 1992, p. 75.

¹⁸ Así parece señalarlo ALESSANDRO PIZZORUSSO: *L'organizzazione della Giustizia in Italia*, Torino, 1990, p. 39.

¹⁹ Es curioso que incluso las sentencias argentinas, a diferencia de casi el resto del mundo, no se pronuncia en nombre del pueblo y que llega a causar alarma la propuesta de reforma de las leyes procesales en este sentido. Sobre ello, Julio

Si prescindiésemos del control judicial, se diría que es suficiente con el control recíproco entre el ejecutivo y el legislativo, pero lo cierto es que desde fines de siglo pasado, al menos en Europa, se produjo una reconciliación entre ambos poderes, dejando sólo espacio para el control de la oposición que espera el turno, es decir que al control simultáneo lo sustituyó un control sucesivo, siempre que la mayoría no lo impida.²⁰ Obviamente que este control no es suficiente y menos aún en los sistemas presidencialistas.

No son meras palabras la afirmación de que la independencia judicial no es otra cosa que la “condición o característica imprescindible en el ejercicio de una de las funciones de la soberanía”,²¹ o que “la fuerza de los tribunales ha sido en todos los tiempos la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual”,²² y en vano el fortalecimiento del judicial ha sido una de las exigencias del constitucionalismo liberal en su lucha por limitar el poder,²³ porque, en último análisis, todos estos argumentos vuelven de alguna manera al planteamiento central de Schmitt: extremar a la contradicción del liberalismo con la democracia, para descalificar al primero y aniquilar a la segunda. Coincidimos en Bobbio en la necesaria interdependencia de liberalismo y democracia,²⁴ porque sin liberalismo la democracia desaparece. La mayoría no puede decidir en forma que no pueda cambiar de opinión; la opción es falsa cuando entra en la dimensión temporal, que es la única que permite comprender todo fenómeno humano.

La difusa imputación de falta de legitimidad democrática no es más que una expresión coyuntural de las muchas con que se quiere combatir a la democracia o con la que se pretende disputar un espacio de poder coyuntural. Siempre el reconocimiento de los poderes del juez ha provocado reacciones dispares: el austriaco René Marcic lo saluda como un logro de las democracias de posguerra, el alemán Forshoff lo vislumbra apocalípticamente, como un “estado de justicia” en que el juez decidirá libremente en qué momento deja de someterse a la ley.²⁵ En este confuso argumento encuadra también la famosa “dictadura de los jueces”, que es el estribillo más ridículo y aberrante, porque *es la única dictadura que nunca existió en la historia*. Efectivamente, el “*gouvernement des jueges*” fue el argumento usado siempre por todos los políticos franceses para rechazar el

Virgolini, en “La independencia de los jueces y abogados en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay”. Comisión Internacional de Juristas, ginebra, 1988, p. 56.

²⁰ K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1982, p. 56.

²¹ MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA: *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, Valparaíso, 1992.

²² Cit. por VALERIANO HERNÁNDEZ MARTÍN, op.cit., p. 69.

²³ CARLO GUARNIERI: *Magistratura e política in Italia, Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1992, p. 18.

²⁴ NORBERTO BOBBIO, Valparaíso, 1990.

²⁵ Bachof: op cit. p. 28.

control de constitucionalidad de las leyes,²⁶ de lo que ha resultado que Francia tenga hasta hoy el sistema judicial más atrasado de Europa.

Creemos que la legitimidad democrática no se juzga únicamente por el origen, sino también y a veces fundamentalmente, por la función. Desde nuestro punto de vista lo prioritario en el judicial, es su función democrática, o sea, su ya mencionada utilidad para la estabilidad y continuidad democrática. Es verdad que no es indiferente la forma de selección pero en este aspecto lo más importante será decidirse por el que sea más idóneo para el cumplimiento del cometido democrático, y ello no puede depender de un dato meramente formal. Además, nada autoriza a calificar de “aristocrática” cualquier función que sea desempeñada por una persona no electa popularmente. Nadie diría que son “aristocráticos” los profesores universitarios o los directores de hospitales porque los seleccionan mediante concurso.

Resulta indignante que el argumento de la selección “aristocrática” emerja cuando se pretende imponer el concurso, y hasta ahora se haya observado pacíficamente la designación política por parte de los poderes del estado que no son electos en forma directa (Senado y presidente), con exclusión de la representación popular directa (Cámara de diputados). Por otra parte, la soberanía popular se ejerce en la asamblea constituyente, y ésta puede decidirse por la regla de mayor idoneidad materializada a través de concursos. Tenemos la certeza de que si el pueblo es interrogado al respecto y se le pregunta claramente si quiere que sus jueces sean los amigos del presidente y del ministro de justicia o los que obtengan las más altas calificaciones en concursos públicos de antecedentes y oposición, sin duda que se decidirá por lo último y tampoco dudamos que eso sería ejercicio de la soberanía.

Esto no implica en modo alguno que rechacemos formas directas de participación popular en la administración de justicia. Con toda razón se ha dicho que el escabinado y la apertura a legos en materias que requieren una particular ciencia de hechos, es recomendable y desformaliza sanamente la justicia. No implica nuestra posición el rechazo del juicio por jurados.²⁸ Ni tampoco la solución alternativa de conflictos. La antropología y la etnología social revelaron experiencias de solución de conflictos completamente diferentes de las jurídicamente formalizadas y con ello dieron un nuevo

²⁶ ALESSANDRO PIZZORUSSO: *L'organizzazione della Giustizia in Italia*, Torino, 1990, p. 34.

²⁷ Cfr. A. MORELLO: *La reforma de la justicia*, Buenos Aires, 1991, p. 71.

²⁸ Sobre el jurado: RICARDO CABALLERO-EDMUNDO HENDLER: *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*. Buenos Aires, 1988; N. CARVAJAL PALACIOS: *El juicio por jurado (Antecedentes y doctrina)*, Buenos Aires, 1953; JAMES TUBENECHLAK: *Tribunal do Juri, Contradicoes e solucoes*, Río de Janeiro, 1991.

impulso a la sociología jurídica,²⁹ cuya experiencia no puede desdeñarse. Todo esto es una temática diferente y que no nos ocupa aquí.

Lo que rechazamos frontalmente es el argumento autoritario, de origen francés e instrumentado por Schmitt, que llevando al extremo la pretendida contradicción entre liberalismo y democracia, aspira a deslegitimar “democráticamente” el ejercicio del poder judicial o pretende reivindicar el nombramiento político arbitrario en nombre de la democracia.

6. La primera afirmación del control judicial de constitucionalidad.

En gran Bretaña se hace gala del poder ilimitado del parlamento: “la ruina de Inglaterra sólo podrá provocarla el Parlamento” (Burleigh), tratándose del cuerpo que constituye la corte más alta, “sobre la que no puede tener jurisdicción ninguna otra del Reino, y que si, por cualquier causa que fuese, adaptarse malos principios, el pueblo inglés quedaría absolutamente sin recursos” (Mathieu Hales).³⁰

En el siglo XVII Edward Coke postuló la tesis de que el *common law* prevalecía sobre el *statute law*, que no haría más que completar el derecho y, por lo tanto, incumbía a los jueces velar por esta supremacía, puesto que una parte del derecho no era de competencia parlamentaria. Pese al prestigio de Coke³¹ su tesis fue seguida hasta la revolución de 1688, en que, al menos a nivel teórico, se volvió a la omnipotencia parlamentaria.

Por reacción contra este sistema, en cierto sentido la Consti³²tución norteamericana positivizó –por así decirlo– los principios del “derecho natural” y proclamó que la Constitución “shall be the supreme Law of the Land ; and the judges in every State shall be bound thereby” (art. VI).

El caso que siempre se recuerda y que afirmó rotundamente el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos es “Marbury vs. Madison” de 1803, en que se cita el señero criterio del *Chief Justice* John Marshall: “O bien la constitución es un principio superior, inmodificable por medios ordinarios, o bien está al nivel de los actos legislativos ordinarios y, como estos actos, es alterable cuando a la legislatura le pluguiera hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es

²⁹ BOAVENTURA SE SOUSA SANTOS: op. cit., p. 52.

³⁰ Citados por W. BLACKSTONE: *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. De N. M. Chompré, París, 1822, I, p. 280.

³¹ Puede verse el respeto con que lo citaba BLACKSTONE, op. cit., I, p. 110.

³² NATHAIEL C. TOWLE: *History and análisis of the Constitution of the United States*, Boston, 1861, p. 23; sobre el proyecto: GEORGE TECKNOR CURTIS: *Historia del origen, formación y adopción de la Constitución de Estados Unidos*, Buenos Aires, 1866, p. 169.

verdadera, un acto legislativo contrario a la Constitución no será derecho; si la última parte fuese la verdadera, la Constitución sería una absurda tentativa del pueblo para limitar un poder ilimitable por su naturaleza.³³

El caso se refería a varios nombramientos judiciales hechos por el Presidente Adams en 1801, antes de terminar su mandato, pero los jueces no habían recibido su nombramiento y Jefferson se negaba a hacerlo. Los jueces recurrieron y la Corte halló que les asistía razón, pero que era incompetente por razones constitucionales, aunque una disposición legal le atribuyese competencia, por lo cual declaró inconstitucional esa disposición legal.

Parece haber existido anteriores antecedentes de inconstitucionalidad de leyes que atribúan a los jueces funciones no judiciales³⁴ y, además, la tesis del juez Marshall no es más que la consagración judicial del pensamiento de Hamilton, a quien conviene citar *in extenso*: “Se ha promovido cierta perplejidad acerca del derecho de los tribunales a declarar nulos los actos legislativos, cuando se oponen a la Constitución, en el concepto de que tal doctrina implicaría superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Se insiste en que la autoridad que puede declarar nulos los actos de otra, debe ser necesariamente superior a aquélla cuyos actos puede anular” ... “No hay teorema alguno que se funde en principios más terminantes, que el de que es nulo todo acto de una autoridad delegada contraria al tenor del mandato o encargo bajo el cual se ejerce. Ningún acto legislativo, por tanto, contrario a la Constitución, puede ser válido. Negar esto significaría afirmar que el agente importara más que el principal, que el sirviente es superior al patrón; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres que obran en virtud de poderes, pueden no sólo hacer lo que sus poderes no autorizan, sino lo que prohíben”.³⁵ “ni en manera alguna supone tal deducción superioridad alguna del poder judicial sobre el poder legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior al de ambos; y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, está en

³³ Sobre el caso: MASON-BEANEY: *American Constitutional Law*, New Jersey, 1968; LUIS FERNANDO TACORA: *Control constitucional y Derechos Humanos*, Bogotá, 1993; JAMES A.C. GRANT: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, 1963; MAURO CAPPELLETTI: *O controle judicial da constitucionalidade das leis no de la constitucionalidad de las leyes*, San José, 1978, p. 37; del mismo: *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, 1990, p. 125; JORGE W. PASCHAL: *La constitución de los Estados Unidos. Explicada y anotada*, trad. De Clodomiro Quiroga, Buenos aires, 1888, 535.

³⁴ Cfr. JORGE W. PASCHAL: op. cit., p. 534-5

³⁵ El Federalista, escrito en 1788 por los Señores HAMILTON, MADISON Y JAY sobre la nueva Constitución, trad. De Iidefonso Isla, Buenos aires, 1887, LXXVIII, p. 531; HAMILTON, MADISON and JAY: *On the constitution, edited with an introduction, by Ralph H. Gabriel*, New York, 1954, p. 171.

oposición a ña deñ pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta más bien que por aquélla”.³⁶ Seguidamente se refiere al caso de dos leyes contradictorias vigentes y a la regla según la cual la ley posterior deroga a la anterior, para distinguirlo cuidadosamente de la contradicción entre una norma constitucional y otra de menor jerarquía: “Pero en cuanto a los actos contradictorio de una autoridad superior y otra subalterna, de un poder originario y de otro derivativo, la naturaleza y la razón de la cosa demuestran que debe seguirse el reverso de aquella regla. Ellas nos enseñan que el acto anterior de una autoridad superior debe preferirse al acto subsiguiente de una inferior y subalterna; y que por consiguiente, toda vez que una ley especial esté en contradicción con la Constitución, será el deber de los tribunales judiciales adherirse a ésta y desatender aquélla.”³⁷

La lógica del pensamiento de Hamilton, concretado jurisprudencialmente por Marshall es tan formidable que Tocqueville debió inclinarse frente a la misma, admitiendo que el sistema francés no se orientaba por la “razón ordinaria” sino por la “razón de estado” y que, por ende, al desconocer la función de control judicial de constitucionalidad, implícitamente le otorgaba al cuerpo legislativo la potestad de cambiar la Constitución.³⁸

Pero la lógica de Marshall y de Hamilton es perfecta en cuanto a la necesidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes como garantía de la supremacía constitucional, y no en cuanto a que sea efectivo el modo en que lo realiza el judicial norteamericano, que debe ser materia de otro análisis. No es posible pasar por alto que el famoso caso “Marbury vs. Madison” tuvo lugar en medio de una grave pugna de poder, en que el partido federalista acababa de perder el gobierno.³⁹ En ese marco es dable recordar que el partido federalista –y especialmente Hamilton– representa una tendencia mercantilista, decidida por el expansionismo económico, centralizadora y en alguna medida autoritaria, por oposición a Jefferson, que de alguna manera representaba los ideales democráticos de la vieja sociedad, o sea, del autogobierno, de las autonomías locales, de los poderes de los estados, de los derechos ciudadanos, etc.⁴⁰

Volveremos sobre este tema más adelante, al ocuparnos de las alternativas del judicial norteamericano, pero digamos de paso que el famoso

³⁶ Idem. p. 532

³⁷ Idem. pp. 532-533.

³⁸ ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *De la démocratie en Amérique*, París, 1981.

³⁹ Sobre difíciles alternativas constitucionales que implicó esa derrota. H. VON HORST: *The constitutional and Political History of United States*, trad. De Lalor-Mason, Chicago, 1889, pp. 168 y ss.

⁴⁰ Cfr. VINCENZO ACCATTATIS: *Mito e realtà del “governo del giudice”*: *l’esperienza degli Stati Uniti*, en “*Questione Giustizia*”, 4, 1990, p 933.

problema de la legitimación de la función política por su origen se planteó también –o al menos se insinuó– por esa época, pues el propio Hamilton salía al cruce con la afirmación de que la designación de los jueces por el presidente no afectaba el principio de la soberanía popular, ante la imposibilidad material de que el pueblo en forma directa se hiciese cargo de todas las designaciones que la Constitución encomienda al presidente y al senado.⁴¹

El sistema de designación de jueces de la Constitución norteamericana –seguido por la Argentina– proviene de la designación de los gobernadores, usual en la época colonial inglesa. Justamente fue la tendencia política contraria a Hamilton y más acorde con el pensamiento liberal de Jefferson, la que consagró años después, en las constituciones de la mayoría⁴² de los estados, la elección popular de los jueces, generalizada entre 1812 y 1860, particularmente después de la Constitución de New York de 1846. Se trató de un expediente político para sustraer a los jueces de los estados a la tendencia conservadora y autoritaria que primaba en la Corte Suprema Federal y que puede asegurarse que se prolongó hasta entrado nuestro siglo (más precisamente hasta 1937).

Como es sabido, la elección popular de los jueces se remonta a la Constitución francesa revolucionaria de 1791, que en su artículo 2º del capítulo Vº establecía que “la justicia se impartió gratuitamente por los jueces elegidos temporalmente por el pueblo”, y en el artículo siguiente prohibía expresamente a los jueces inmiscuirse en el poder legislativo o suspender la ejecución de las leyes.⁴³ Lo que demuestra que, históricamente, la necesidad de la función democrática de control judicial de constitucionalidad de las leyes es independiente de la elección popular de la magistratura, que fue un coyuntural instrumento político. Son dos cuestiones completamente separadas, surgiendo la primera como una consecuencia de la supremacía constitucional que se refuerza en el federalismo,⁴⁴ que requiere que los jueces funden sus fallos, como lo decía Tocqueville, prefiriendo la Constitución a las leyes.⁴⁵ Aunque el planteamiento parezca simplista, la cuestión se reduce a la opción entre que los derechos fundamentales valgan sólo en el ámbito de las leyes o que las leyes valgan sólo en el ámbito de los derechos fundamentales.⁴⁶

⁴¹ *El Federalista*, cit., LXXVI, p. 517.

⁴² Cfr. JAIME BRYCE: *El gobierno de los Estados en la República norteamericana*, Madrid, “La España Moderna”, s.f., p. 138.

⁴³ JACQUERS GODECHOT: *Les Constitutions de la France depuis 1789*, París, 1979, p. 58.

⁴⁴ C. J. FRIEDRICH: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática en Europa y América*, México, 1946, p. 30.

⁴⁵ Cfr. Roberto Bergalli, *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, 1984, p. 34.

⁴⁶ OTTO BACHOF: *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, p. 41.

7. La evolución del modelo francés

No sería aventurado afirmar que una de las dificultades más notorias para clarificar las funciones manifiestas del judicial proviene de la dinámica seguida por el modelo francés. Mientras que el modelo norteamericano, desde el comienzo, tuvo claro que el judicial abarcaba dos grandes funciones, diferentes pero inextricablemente vinculadas, que eran la decisión de conflictos y el control de constitucionalidad, el modelo francés negó desde su origen hasta hoy esta segunda función.

Con esto no queremos significar que el modelo norteamericano haya cubierto a la perfección su función manifiesta, sino precisar que la claridad de formulación del mismo favorece su análisis, en tanto que la dinámica francesa contribuyó a difundir una serie de frases hechas que hasta hoy perturban seriamente el planteo de la cuestión. Precisamente por ello es imprescindible detenerse en esta dinámica.

La justicia revolucionaria francesa se estableció por oposición a la del “antiguo régimen”. La imagen simplista y popularizada de que en el “antiguo régimen” era el rey el titular del poder de juzgar, es teórica pero no real. San Luis impartiendo justicia no pasaba de ser una metáfora. En la práctica, como correspondía a una monarquía empobrecida, la justicia estaba en manos de los “parlamentos”, en los cuales los cargos se vendían, se heredaban o se alquilaban, como una propiedad más. Este fenómeno no fue ajeno a nosotros, pues también durante la colonia los cargos judiciales en las Audiencias se vencían, al menos hasta 1750, según las necesidades de la corona española, aunque constituía un riesgo para el comprador, porque eran vitalicios y no se transmitían por herencia.⁴⁷

En Francia esto era una fuente de poder para la nobleza provinciana o feudal que compitió con el poder real hasta Luis XIV, que les hizo perder poder, aunque éste le fue restituido al ascender al trono Luis XVI, con lo que se volvió a la permanente querrela de competencias entre los “parlamento” que era en definitiva una pugna por los honorarios, pero que aniquilaba a quienes solicitaban el servicio y, en definitiva, tornaba cualquier pleito antojadizo, incierto, caro e interminable.

Además, no sólo se trataba del poder de los “parlamentos” sino que la jurisdicción misma se hacía incierta, en función de competencias que fueron asignadas u ocupadas a lo largo de siglos. Se ha comparado este panorama a una catedral, en que “cada siglo había agregado su torre, su capilla, su portal

⁴⁷ MARK A. BURKHOLDER – D. S. CHANDLER: *De la impotencia a la autoridad. La Corona Española y las Audiencias en América*, México, 1984.

al viejo edificio. El conjunto constituía una red de jurisdicciones que se entrecruzaban, se conjugaban, se combatían”.⁴⁸

El estado de la justicia había llegado a ser realmente escandaloso: “que todo lo referente al orden judicial sea reformado o mejorado, en los ministros, en las formas, en los principios de la justicia”, no era un lema jacobino, sino un reclamo de la nobleza de Lyon en 1789,⁴⁹ del que el propio monarca se hacía eco, proponiendo en 1788 la “regeneración de nuestros tribunales”.

La justicia de la Revolución Francesa no podía ser otra cosa que una reacción contra esta situación, estableciendo en principio, una única jurisdicción, o sea, cancelando las extraordinarias y concibiendo a la única como emanación de la soberanía de la nación, expresión de un poder soberano delegado en los jueces,⁵⁰ quienes pasaron a ser funcionarios públicos estatales.⁵¹

“Confianza absoluta en el legislador, desconfianza hacia el juez: tal fue la doble inspiración de los constituyentes cuando edificaron la nueva justicia”. Lo que está presente es el recuerdo de los “parlamentos”, de su pretensión de ejercer un poder político hacia el final del antiguo régimen, frecuente en los legistas entre los cuales, los más influyentes quizá, eran antiguos miembros de los parlamento. Dupont en particular, denuncia “eso que se llama impropriadamente poder judicial” o “tercer poder”. La Constitución del 3 de setiembre de 1791 declara que “no hay en Francia autoridad superior a la de la ley”. “La advertencia vale para el rey, pero, de cualquier forma también se dirige a los jueces”⁵²

De allí que se acoja con beneplácito la expresión de que el juez es la “boca de la ley”, que opera por puro silogismo, que ni siquiera puede interpretar la ley, todo ello basado en una ingenuidad sin límites que implica casi pretender la supresión del servicio de justicia, en base a que la claridad y orden de los códigos permitiría prácticamente a cualquiera comprender sus derechos y sus deberes, de modo que, al fin, todos se atenderían pacíficamente

⁴⁸ ROBERT BADINTER. *Naissance d'une justice*, en “Un autre Justice, 1789-1799. études publiées sous la direction de Robert Badinter”, “Contributions a l’histoire de la justice sous la révolution Française”, París, 1989, p. 9.

⁴⁹ ARLETTE LEBIGRE: *1789: la justice dans tous ses etats*, en “Une autre Justice” cit., p. 39.

⁵⁰ Cfr. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *De la administración de justicia al Poder Judicial*, en “El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa”, Madrid, 1990, p. 21.

⁵¹ Cfr. INCOLA PICARDI: *L’indipendenza del giudice*, Santo domingo, 1989, “Seminario Justicia y desarrollo democrático en América Latina” multicop.

⁵² ROBERT BADINTER, op. cit., p. 19

a sus disposiciones.⁵³ En esta línea se pretendió establecer el jurado para cuestiones civiles, pero la Asamblea lo rechazó. Se establecieron los jueces de paz para que en cada cantón hiciesen lo necesario, en función de su autoridad moral y de su respetabilidad, para que los pleitos se resolviesen sin necesidad de acudir a los tribunales.⁵⁴

Sin embargo, toda esta ideología no podía menos que estrellarse contra la realidad y, por ende, la prudencia política hizo que los jurados se seleccionasen entre las personas de determinada clase y que los jueces fuesen electos entre los juristas, incluso reconocidos en el “antiguo régimen”.

La ideología revolucionaria pensó asentarse en la división de poderes para impedir no sólo el control de constitucionalidad, sino cualquier creatividad judicial. No hizo más que esgrimir la separación de poderes como argumento, porque en rigor no hizo más que degradar al judicial, sometiéndolo al legislativo. No otro fue el origen de la casación. No sólo se violó la separación de poderes, sometiendo el judicial al legislativo, sino que despreció y subestimó su función, con miras a suprimir la abogacía por innecesaria.

A partir de 1790 fue creado un sistema vertical de órganos judiciales: “El ministro de justicia denunciará al tribunal de casación, por la vía del comisario del rey y sin perjuicio del derecho de las partes interesadas, los actos con que los jueces hayan excedido los límites de su poder. El tribunal lo anulará y si diesen lugar a cohecho, el hecho será denunciado al cuerpo legislativo, que emitirá el decreto de acusación, si hubiere lugar, y remitirá a los prevenidos ante la alta corte constitucional”.⁵⁵

Sin embargo, fue la Constitución de 1791 la que elevó nominalmente al judicial a la condición de “poder”; el capítulo V^o se refiere al “pouvoir judiciaire”⁵⁶ Como bien lo dice un autor, se trata de una “historia doble: la historia de cómo la justicia en este momento es la contraimagen de la justicia del antiguo régimen. Pero también la historia de una degradación: veremos cómo esa función judicial convertida en poder judicial desde los primeros momentos de la Revolución se va a degradar hasta convertirse de nuevo en pura administración alejada de un verdadero poder”.⁵⁷

Ese poder judicial, reconocido nominalmente como tal, pero sometido al poder político que lo aterrorizaba con la constante amenaza de sanciones penales por prevaricato, nunca pudo operar como los ingenuos ideólogos de 1789 y 1791 creyeron, pero su extrema debilidad fue más tarde mantenida,

⁵³ BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR: *Códigos y jueces (Las puertas y los porteros de la ley)*, en “El Poder Judicial en el Bicentenario” cit., p. 79.

⁵⁴ ROBERT BADINTER, op. cit., p. 22.

⁵⁵ *Les constitutions de la France depuis 1789*, cit., pp. 63-64.

⁵⁶ Idem. P. 58.

⁵⁷ F. TOMÁS y VALIENTE: op. cit., p. 20

profundizada e instrumentada bajo el directorio y el imperio. El pretexto de que el control de constitucionalidad era injerencia en el legislativo sirvió para someterlo al legislativo, pero lo debilitó tanto que luego fue fácilmente sometido al cesarismo.

A medida que Napoleón se acercó al poder judicial se modificó sustancialmente en su estructura. El resultado del directorio, del consulado y del imperio fue un poder judicial con juez profesional, nombrado por el ejecutivo, jerarquizado como un ejército y que perdió el propio nombre de “poder”.⁵⁸

En la constitución del 25 de diciembre de 1799 desapareció el “poder judicial”, habándose simplemente de “los tribunales”.⁵⁹ En el senado-consulta de la Constitución del 4 de agosto de 1802, el sometimiento del judicial era clarísimo: “hay un gran juez ministro de justicia”, que “tiene un lugar destacado en el Senado y en el Consejo de Estado” que “preside el tribunal de casación y los tribunales de apelación cuando el Gobierno lo considere conveniente” y que tiene “sobre los tribunales, los jueces de paz y miembros que los componen, el derecho de vigilarlos y reprenderlos” (arts. 78 a 81). El tribunal de casación, cuando se hala bajo su presidencia, puede imponer sanciones a todos los tribunales “inferiores”, suspender a los jueces y someterlos a un jurado (art. 81). Lo⁶⁰s miembros del tribunal de casación eran nombrados por el senado a propuesta del primer cónsul (art. 85).

En el senado-consulta del 18 de mayo de 1804, la Constitución imperial creó una alta corte de justicia, con composición aristocrática y que funcionaba en el propio senado. Todos los tribunales perdieron su nombre republicano y pasaron a llamarse “cortes” y sus presidentes eran nombrados vitaliciamente por el emperador. Es sintomático que se dediquen tres artículos al “orden judicial” y treinta y tres a la “Haute Cour Impériale” (arts. 134 a 136 y 101 a 133 respectivamente).⁶¹

La ley napoleónica sobre la organización judicial data del 20 de abril de 1810 y se conoce como la “gran ley”. La selección de los magistrados se centraba en el ejecutivo, no había calificación técnica previa y tampoco una “carrera”, sino que todo dependía del “superior” y del “gobierno”.⁶²

En poquísimos años, la pretendida separación de poderes, que se esgrimía como obstáculo para reconocerle al judicial la potestad de control de constitucionalidad de las leyes, generó un poder judicial debilitado, que

⁵⁸ Idem. p. 23.

⁵⁹ *Les Constitutions de la France depuis 1789*, cit., p. 158.

⁶⁰ Idem. p. 176-177

⁶¹ Idem. pp. 201-206.

⁶² Cfr. PICARDI: op. cit; MARCEL ROUSSELET: *Histoire de la Magistrature Française des origines a nos jours*, París, 1957, T. I., p. 157.

terminó perdiendo su nombre, su origen popular y, por último, su nula independencia frente al legislativo desemboca en una clara dependencia frente al ejecutivo y en un modelo de juez burócrata, inserto en una fuerte estructura jerarquizada de tipo militar, y, por ende, en un severo y arbitrario sistema de sanciones.

Como corresponde a la evolución cesarista, el “tribunal de casación”, surgido como tribunal de control del legislativo sobre el judicial, terminó cambiando su nombre republicano por el monárquico de “corte de casación”, a funcionar como gobierno judicial, a depender del ejecutivo y a imponer verticalmente sus criterios jurisprudenciales a todos los tribunales “inferiores”, sancionando y excluyendo a los que se resistían a su domesticación.

La famosa “boca de la ley” se había transformado en “boca del emperador”: en rigor, nunca hubo un judicial independiente en Francia y la pretensión de reducirlo a la “boca del parlamento” terminó por hacerlo la “boca del César y de su estructura burocrática”, pero siempre fue “la boca del poder político partidista”, la diferencia finca en que cambiaron los partidos.

Es necesario resaltar el destino del modelo revolucionario francés, para no caer en equívocos y en falsas interpretaciones a través de frases hechas empleadas en distintos momentos históricos. En poco más de una década, la desconfianza del legislativo al judicial, incluso al judicial electo popularmente, culminó con el total sometimiento del juez al César y con su perfil reducido al de un burócrata, fenómeno del que hasta hoy Francia no se ha repuesto totalmente.⁶³ El famoso sistema revolucionario francés, cuya fraseología se suele reflotar en la deslegitimación “democrática” del judicial, fue implantado en la Constitución de 1791 y, en realidad, no tuvo más que una vigencia de tres años y ni siquiera en la forma ideal planteada, como no podía ser de otra manera, terminando en la virtual supresión de la función judicial, reemplazada por una corporación militarizada y dependiente del ejecutivo.

⁶³ Cfr. ALESSANDRO GIULIANI, NICOLA PICARDI: *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, pp. 71-72.

CAPITULO III

EL PROCESO DE DIFERENCIACIÓN ORGÁNICA FUNCIONAL

1. La dinámica de las funciones. – 2. La dinámica de la formalización de las funciones. – 3. El fenómeno de entre-guerras: el control de constitucionalidad centralizado. – 4. La difusión del modelo centralizado después de la Segunda Guerra. – 5. La dinámica del poder y la Corte Suprema norteamericana. – 6. La necesidad institucional del tribunal constitucional. – 7. La naturaleza de los tribunales constitucionales. – 8. Efectos de la separación orgánica del control de constitucionalidad.

1.La dinámica de las funciones.

Las tres funciones que contemporáneamente se asignan a los tribunales (decisión de conflictos, control de constitucionalidad y autogobierno), se hallan casi universalmente reconocidas, aunque a veces de modo no formal y, entre otras, ante fallas funcionales del judicial, se las encomienda parcialmente a otros órganos no judiciales. Como caso curioso puede señalarse la dinámica francesa, que aunque no admite formalmente el control judicial de constitucionalidad de las leyes, ha montado una suerte de control preventivo en un organismo colegiado de carácter político (Consejo Constitucional) integrado por nueve miembros (tres nombrados por el presidente, tres por la Asamblea y tres por el Senado) (arts. 58 a 63 de la Constitución de 1958)¹. De cualquier manera –y aunque sea contrario a su tradición y los jueces nunca hayan querido asumirlas- se discute si existe en la Constitución un implícito poder de control de constitucionalidad difuso en todos los jueces².

¹ *Les Constitutions de la France depuis 1789*, pp. 437-8.

² Así lo sostiene por ejemplo, MAURICE DUVERGER, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, París, 1965.

En rigor, en el actual estado del saber jurídico, es casi imposible que, sea por vía explícita o bien implícitamente, el juez no lleve a cabo un control constitucional de las leyes, siempre que, naturalmente, opere conforme a esas pautas de saber jurídico. Desde la prohibición del Digesto, reiterada por los revolucionarios franceses, han pasado siglos y no hay duda de que el sueño de las leyes claras e inequívocas asociado a la subestimación de la función jurídica, no pasa de ser un recurso político bastante infantil para legitimar la arbitrariedad del poder y desautorizar a jueces y juristas.

Sueños parecidos tuvo la Revolución Rusa en sus comienzos, pero, a poco, encaró una fuerte estructura judicial, con momentos y posiciones muy encontradas, aunque negó sistemáticamente el control de constitucionalidad de las leyes en función del desconocimiento del principio de separación de poderes del estado. Es curioso constatar que el sistema soviético sometía a los jueces al parlamento y les desconocía el poder de controlar la constitucionalidad, al igual que los revolucionarios franceses, pero el principio de separación de poderes es tan equívoco, que los soviéticos fundaron su criterio en su rechazo y los franceses en su adopción.

No obstante, reconocida hoy unánimemente la necesidad de interpretar la ley y admitido que justamente ésta es la función del saber jurídico, pese a las múltiples y dispares posiciones metodológicas al respecto, pocas dudas saben de que el juez, entendido como aplicador mecánico de un texto legal, responde a una imagen totalmente deteriorada de sus funciones o, por decirlo más claramente, es la imagen de un juez completamente ignorante del derecho, susceptible de ser reemplazado con ventaja por una computadora.

A menos que el juez padezca una completa ignorancia jurídica, no puede dejar de interpretar la ley a la hora de aplicar el derecho, aunque para ello se pliegue a interpretaciones previas o a alguna de las que se le proponen. Esta labor, que generalmente viene preparada por la doctrina, no puede llevarse a cabo mediante la consideración de un texto aislado sino tomando cada texto como inmerso en una red sistemática de normas jurídicas de diversa jerarquía, en que las de nivel inferior no pueden violar las de nivel superior. Este es un proceso de análisis prácticamente inevitable para cualquier juez, en el curso del cual acota, limita o extiende el sentido de las palabras de la ley, en función de disposiciones de otras leyes de igual o superior

jerarquía, que no puede admitir como contradictorias con la que aplica. Es incuestionable que no podrá evitar considerar, entre las de superior jerarquía, primariamente, la Constitución.

Ni los jueces franceses ni ningún juez que sea tal podrá obviar la interpretación necesariamente contextual de las leyes, que importa un tácito control difuso de la constitucionalidad de las mismas.

Expresiones tales como “donde la ley no distingue no debemos distinguir”, “dura lex sed lex”, etc., no hacen más que revelar ignorancia jurídica o, lo que es peor, desprecio por el saber jurídico. Prueba de ello es que cualquier práctico podría decidir con semejante criterio y, más aún, los modernos ingenios electrónicos permitirían que un artefacto supliese con ventaja a cualquier hombre.

La decadencia de un sistema judicial que trata de obviar el control de constitucionalidad llega a extremos de pobreza intelectual que son increíbles. Las tan criticadas sentencias del juez MAGNAUD a fines del siglo pasado en Francia³, no eran una manifestación del “derecho libre”, como algunos de sus comentaristas dijeron durante muchos años⁴, sino que eran verdaderas interpretaciones contextuales de las leyes de su tiempo. MAGNAUD formaba parte de una justicia que conservaba todos los caracteres del verticalismo militarizado napoleónico que añoraba al imperio, debiendo trabajar con una Constitución republicana y códigos imperiales, por el raro fenómeno que hace que los códigos sean más estables que las Constituciones. En esa situación no hizo otra cosa que armonizar las leyes que debía aplicar. Cualquier juez mínimamente técnico hace hoy lo mismo y no provoca ningún escándalo, porque tenemos la convicción de la bondad del método aplicado por MAGNAUD y, en general, estamos orientados a salvar la racionalidad republicana en las sentencias. El puro análisis de la letra de la ley, es decir, la exégesis, se recuerda hoy como método jurídico, por su valor histórico o como primer paso para la dogmática jurídica, pero nadie lo postula en el mundo moderno como método que agote el saber jurídico, al menos donde éste tiene un mínimo de desarrollo teórico.

³ *Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés* par HENRY LEGRET, París, 1904; trad. cast. De Dionisio Díez Enríquez, Madrid, 1909. Sobre Magnaud, También ROBERT BADINTER, *La prison républicaine (1871-1914)*, París, 1992, p.281.

⁴ Así, LUIS RECASENS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, México, 1963, 1, 101.

Las dos funciones manifiestas del judicial (decisión de conflictos y control de constitucionalidad o *judicial review*) no están, por ende, tan escindidas en su dinámica, sino que, en buena medida, se implican.

No es posible decidir conflictos conforme a derecho sin una previa interpretación de la ley (lo que implica tomar en cuenta las normas constitucionales que coronan el edificio en que la ley se halla inmersa) que inevitablemente, implica un ámbito de control sobre el legislador o una corrección constitucional del alcance de sus palabras.

Por este camino se controlan fácticamente las leyes en su constitucionalidad, aunque quede fuera del mismo el supuesto excepcional de leyes que en ningún caso y situación resulten compatibles con la Constitución.

Con lo manifestado no queremos significar que el control judicial de constitucionalidad y la decisión de conflictos sean funciones que se superponen por completo, sino destacar que, cuando la segunda función se lleva a cabo con discreto nivel técnico-jurídico, se hace cargo de una buena parte de la primera, cuantitativamente quizá de la mayor parte, quedando fuera de su ámbito las disposiciones absolutamente inconstitucionales. Es verdad también que, por regla general, no se reconoce como control de constitucionalidad el que realizan cotidianamente los jueces al resolver los conflictos, reservándose la expresión para los supuestos puros de leyes absolutamente inconstitucionales por su total incompatibilidad con el texto constitucional, pero no por ello debe negarse la esencia controladora de la función de decisión de conflictos.

La dinámica de la formalización de las funciones.

La “casación” (de “casar”, quebrar) había sido un recurso al soberano, por el que éste declaraba mal aplicadas las leyes regias y, de este modo, quebraba las sentencias de los “parlamentos”. Teniendo en cuenta esta característica y la interminable pugna de poder –o de honorarios- entre los “parlamentos” y entre éstos y el poder real, en su origen la casación fue un claro instrumento del rey en su lucha con el poder de los “parlamentos”, que se insertaba en la lucha más general de poder entre el rey y la nobleza provinciana.

Con la Revolución, como vimos, la casación pasó al poder legislativo, y mediante ella éste quebraba las sentencias que consideraba que se apartaban de las leyes por él sancionadas. Fue concebida como un control parlamentario sobre los jueces, de modo que no dictaba una nueva sentencia, sino que se limitaba a cesar la sentencia y a remitir la causa a un nuevo juez de grado (artículo 20 de la Constitución de 1791), pero si luego de dos casaciones los jueces de grado insistían en el mismo criterio, el tribunal de casación no podía casar por tercera vez la sentencia sin someter antes la cuestión al cuerpo legislativo, que emitía un decreto declaratorio al cual debía someterse el tribunal de casación (art. 21).

Cuando por efecto del bonapartismo el judicial se burocratizó y profesionalizó, la “corte” de casación se convirtió en órgano de gobierno del judicial y en tribunal de interpretación de la ley de última instancia, siendo sus sentencias obligatorias para los jueces “inferiores”. El tribunal de casación se convirtió en la corte unificadora de la jurisprudencia en el marco de un judicial verticalizado y jerarquizado. Ese fue el modelo corporativo que se exportó desde Francia para varios países de Europa (prácticamente a toda Europa continental) en el siglo pasado, o sea, un tribunal supremo, dividido en salas especializadas, que tenía la función de gobernar el judicial y de unificar la jurisprudencia en las diferentes materias, siendo sus criterios obligatorios para todos los jueces de menor “jerarquía”. Los países que más influyeron en nuestra doctrina, esto es, España, Italia y Alemania, se nutrieron de este modelo básico de tribunal supremo inspirado en la corte de casación francesa.

La corte de casación francesa, ya europeizada, se convirtió en el órgano colegiado que coronaba un ejército judicial de primera y segunda instancia y que tenía por función manifiesta la decisión de conflictos, aunque también gobernaba al judicial en forma prácticamente dictatorial. Tal fue la situación hasta finales de la primera Guerra Mundial (1914-1918).

Mientras que en Europa se desarrollaba la función de decidir conflictos por medio de un ejército judicial gobernado autoritariamente por los ancianos de la casación, cundía por América Latina un modelo norteamericano que ponía el acento en un judicial verticalizado, pero coronado por un órgano colegiado reducido, principalmente encargado del control de constitucionalidad de las leyes en última instancia, ya que este control también se le reconocía

a todos los jueces en sus respectivas instancias. De cualquier manera, estas “cortes” latinoamericanas también tenían a su cargo el gobierno del ejército judicial y asumían, por distintas vías –y pretextos– funciones de casación, aunque no le estuviesen expresamente asignadas.

En síntesis: la dinámica de los poderes judiciales hasta fines de la Primera Guerra Mundial nos va mostrando que hay dos funciones manifiestas de los mismos, que son la decisión de conflictos y el control de constitucionalidad, pero que junto a ellas surge una tercera que también es inevitable, que es el gobierno del judicial. Aunque los poderes judiciales históricamente dados no las cumplieren satisfactoriamente, fue quedando en claro que las tres funciones se hacían necesarias. Como vimos, incluso negando explícitamente el poder de controlar judicialmente la constitucionalidad de las leyes, fue inevitable que los jueces lo asumiesen en alguna medida, aunque fuese implícita y sin darle ese nombre. Inversamente, nuestros tribunales latinoamericanos, estructurados como meras cortes de control de constitucionalidad, por la vía del recurso, de acción de inconstitucionalidad o de acciones o recursos diferentes y a veces inventados por los mismos jueces, se hicieron cargo de funciones casatorias. En ambos modelos, el gobierno judicial se ejercía verticalmente y en forma autoritaria.

Hasta 1918 lo que hallamos son modelos de judicial siempre jerarquizados, de corte más o menos bonapartista, atenuado en los países federales y en la mayoría de los Estados norteamericanos por efecto de la elección popular de los jueces, siempre coronados por órganos de gobierno que cumplen en última instancia la función de control de constitucionalidad y de casación, poniendo el acento en una u otra de las funciones y haciendo tácitamente la restante.

2. El fenómeno de entre-guerras: el control de constitucionalidad centralizado.

El control de constitucionalidad de las leyes (lo que los anglosajones llaman *judicial review*) fue haciéndose necesario en Europa, donde con bastante rapidez, aunque a veces en forma muy limitada, se fue imponiendo el llamado control difuso del modelo norteamericano. Como la Constitución de Weimar no lo impedía, se

entendió –aunque tímidamente– que los jueces alemanes podían ejercerlo: limitado a las leyes cantonales se estableció en Suiza; lo adoptaron Noruega, Dinamarca, Irlanda y Rumania. Fuera de Europa, ya se había generalizado en América Latina por efecto del modelo norteamericano en el ámbito constitucional, y lo adoptaron sin mayores dificultades las ex colonias inglesas, como la India y Australia. En Asia lo adoptó el Japón⁵.

En este proceso, la primera posguerra ofreció una novedad, que fue el tribunal constitucional separado del de casación y que concentraba la función de control, que ya no le incumbía a todos los jueces. Ese tribunal también se hacía cargo de otras competencias de la justicia constitucional, tales como la decisión de conflictos de poderes, el control de legalidad de partidos políticos, la justicia electoral, etc. Frente al sistema norteamericano o “difuso”, en que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad (aunque al adoptarlo en otros países esto ya se había limitado en diferente medida), se creó un sistema en el que este control se centralizaba en un único tribunal constitucional. Este nuevo sistema se conoce como “centralizado” o “austríaco”, pues fue establecido por primera vez en la Constitución Austríaca del 1º de octubre de 1920, por inspiración de HANS KELSEN, que integró la primera corte constitucional de ese país. El modelo fue seguido por la Constitución Checoslovaca de 1920 y por la Constitución de la República Española de 1931⁶.

En la versión originaria de la llamada *Oktoberverfassung* austríaca, el *Verfassungsgerichtshof* o tribunal constitucional controlaba la constitucionalidad de las leyes por medio de un procedimiento de impugnación contra la ley misma (*Normenkontrolle*) o bien por un recurso especial contra la lesión de derechos (*Beschwerde*). Como es sabido, esta Constitución de 1920 con sus reformas de 1925 y 1929 fue abolida en 1934, mediante la sanción de la Constitución corporativa con que el canciller Dollfuss,

⁵ Cfr. CAPPELLETTI, O controle, cit., pp.70-1; HÉCTOR FIX ZAMUDIO, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. México, 1985, p.15.

⁶ Cfr. BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Las nuevas constituciones del mundo*. Madrid, 1931; FIX ZAMUDIO, op.cit.; CAPPELLETTI, op.cit.; LUIS FERNANDO TOCORA, op.cit.; PABLO PEREZ TREMPES, *La protección de los derechos fundamentales*, en “La justicia constitucional: una promesa de la democracia”, San José, 1992, T. II, p.93; ISIDRO DE MIGUEL PÉREZ, *La Constitución de la democracia española*, Madrid, 1981, p.126; P. CRUZ VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

en versión caricaturesca del fascismo de su colega italiano, suprimió el sistema parlamentario en Austria, lo que no le impidió ser eliminado y luego barrida la independencia de Austria con la *Anschluss* que suprimió hasta el último vestigio del control constitucional. En las difíciles alternativas políticas y bélicas de los tiempos de entreguerras, cayeron también las tentativas democráticas de España y de Checoslovaquia, con lo que se agotó la primera experiencia de control centralizado de constitucionalidad de las leyes en Europa.

Dada la calidad teórica de HANS Kelsen, se ha tratado de vincular el sistema austríaco a la particular concepción de su inspirador. No obstante, si bien el sistema centralizado se adecua a la visión kelseniana de la famosa “pirámide jurídica”, no es menos cierto que también responde a cualquier otra que admita la jerarquización de normas, la supremacía constitucional y una Constitución relativamente rígida. Aunque Kelsen graficó muy bien estos presupuestos y les confirió una particular interpretación, por cierto que no los inventó ni pretendió hacerlo.

Es posible defender el sistema de control centralizado sin necesidad de apelar a la teoría kelseniana, bastando repetir los conceptos de HAMILTON que hemos reproducido antes, pues no nos parece que se funde en nada diferente a lo que dio base a la *judicial review* norteamericana. Se trata del mismo fundamento teórico, sólo que se propone una solución diferente.

Por lo demás, los controles difuso y centralizado son, ciertamente, dos modelos diferentes, pero no necesariamente excluyentes⁷, como lo prueba el hecho de que existan constituciones que los combinan en diferente medida. En la misma Europa, la Constitución griega de 1975 crea un tribunal constitucional (Tribunal Especial Superior), al que asigna la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efecto pleno y general (art.100), pero en el artículo 93 el mismo texto establece un control difuso de la constitucionalidad: “Los tribunales no podrán aplicar ley alguna cuyo

⁷ Sobre las variables del control de constitucionalidad, DANIEL E. HERRENDORF, *El poder de los jueces*, Xalapa, Ver., 1992, p.85; Ángel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, 1985.

contenido sea contrario a la Constitución”⁸. La combinación de ambos modelos es frecuente en América Latina⁹.

En el período de entreguerras y aún más tarde, el debate se centró en los fundamentos teóricos de ambos modelos y en sus ventajas e inconvenientes procesales¹⁰.

En cuanto a los fundamentos, según una corriente doctrinaria¹¹, el sistema austríaco partiría de una presunción de constitucionalidad de las leyes a las que deben atenerse todos los jueces, salvo los jueces constitucionales, lo que no se concibe en el sistema de control difuso.

Dejando de lado los sistemas que combinan ambas formas de control, en los propios sistemas que adoptan decididamente el control concentrado, es decir, en que los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes, se faculta a los mismos a disponer la suspensión de su aplicación hasta el pronunciamiento del tribunal constitucional, lo que en la práctica casi equivale a lo mismo, pues aunque ellos no puedan declarar la inconstitucionalidad, se opera una suerte de *per saltum* impuesto por el efecto *erga omnes* de la declaración, cuya competencia sólo puede atribuirse a un órgano sin instancia superior.

Se ha observado en este sentido que el control centralizado alemán, por ejemplo, no excluye el control difuso, sino que los otros tribunales son una suerte de tamiz del tribunal constitucional y, en cierto sentido, sus interlocutores más importantes¹². Con razón se afirma que en el control centralizado, cuando los jueces tienen el poder de plantear de oficio la inconstitucionalidad y de suspender el

⁸ V. MARIANO DARANA PELÁEZ, *Las Constituciones Europeas*, Madrid, 1979, pp.1014-1017.

⁹ V.DIDIMO PAEZ VELANDIA, *El control de constitucionalidad en los estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia*, Bogotá, 1985; sobre sistemas mixtos de control de constitucionalidad en Venezuela, Guatemala y Costa Rica, LUIS PAULINO MORA, *La jurisdicción constitucional costarricense*, en ILANUD, “Fortalecimiento del estado de derecho y la justicia penal en Centroamérica y Panamá”, San José, 1992, pp.201 y ss; sobre el sistema mixto guatemalteco, JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA, en el mismo, pp.125 y ss; sobre Panamá, LUIS LÓPEZ GUERRA, en el mismo, p.91.

¹⁰ Sobre ello, RUBÉN HERNÁNDEZ, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, San José, 1978.

¹¹ V.CAPPELLETTI, p.84.

¹² OTTO BACHOF, *op.cit.*, p.55.

trámite hasta que se resuelva, se convierten en los principales promotores de la inconstitucionalidad¹³.

Por otra parte, en los mismos Estados Unidos, en algún momento, algunas constituciones estatales asociaron a los jueces a funciones de descalificación general de leyes: la Constitución de New York de 1777 creó un Consejo de Revisión que integraba el gobernador, el canciller y los jueces de la suprema corte. Por mayoría podía vetar cualquier proyecto de ley que sólo podía ser promulgado por la legislatura con el voto de los dos tercios. Esta institución duró cuarenta años, en el curso de los cuales, de siete mil proyectos vetó 128¹⁴.

En cuanto a las ventajas e inconvenientes procesales, se objeta al sistema difuso que la declaración de inconstitucionalidad puede provocar un considerable grado de inseguridad jurídica, pues en razón de los criterios dispares de los diferentes tribunales, en un caso un juez aplicará una ley y en otro idéntico otro juez no lo hará. Lo mismo podría suceder en dos casos juzgados por el mismo tribunal, que pudo cambiar de criterio con diferente integración, la que frecuentemente depende del azar.

Además se observa que, aunque se haya pronunciado un órgano supremo y aunque haya unanimidad entre todos los tribunales, como la ley no pierde vigencia, los órganos y autoridades administrativas pueden seguir ateniéndose a la ley inconstitucional, lo que obligaría a los ciudadanos a impetrar continuamente decisiones judiciales en cada caso.

Estas dificultades están relativamente mitigadas en el sistema norteamericano, porque la obligatoriedad del precedente en función del principio *stare decisis* hace que después de un pronunciamiento de la Corte Suprema, los demás tribunales, por regla y aunque haya habido excepciones, se atengan a ese criterio¹⁵. De cualquier manera, esto no resuelve todos los problemas que plantea el modelo difuso del *judicial review* y, demás, es necesario observar que el *stare decisis* sólo es válido en los países del *common law*, pero no en los sistemas de derecho continental europeo. De esto resulta que el modelo difuso

¹³ ALESSANDRO PIZZORUSSO, en LUIGI ZANCHETTA, *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa Occidentale*, Milano, 1987, p.171.

¹⁴ CHARLES EVANS HUGHES, *La Corte Suprema de los Estados Unidos*, México, 1971, p.52.

¹⁵ Cfr. CAPPELLETTI, op.cit., p.82.

es más puro, es decir, más difuso, en los países que, como el nuestro, lo adopta dentro de un general sistema jurídico de derecho continental europeo, donde los inconvenientes que se le señalan no tiene ningún atenuante.

Se intentaron varias vías para superar los mencionados inconvenientes, como la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional y la concentración de la declaración de inconstitucionalidad en la corte o tribunal supremo lo que da lugar a sistemas centralizados pero que no hacen perder eficacia general a la ley, al menos en cuanto a su aplicación por autoridades administrativas¹⁶. No nos parece que la solución pase por restarle funciones a los jueces de primera instancia, lo que desvirtúa el sistema de control difuso de constitucionalidad, y tampoco en obligarles a aplicar leyes que consideran inconstitucionales. Por supuesto que nos parece aún más alejada de la solución la tentativa de extender el *stare decisis* a ordenamientos jurídicos que no lo adoptan, de admirar constituciones que adoptan formas judiciales corporativas y, en general, negando el concepto mismo de independencia interna, como se ha ensayado¹⁷.

4. La difusión del método centralizado después de la Segunda Guerra.

En 1945 se restableció en Austria la Constitución de 1920 con las reformas que había sufrido hasta su reemplazo en 1934 y, con ella, volvió el modelo de control centralizado. Con algunas variantes, se adoptó el mismo sistema en la Constitución de la República Italiana de 1947, en la Carta de Bonn de 1949, en la Constitución de Chipre de 1960, en la de Turquía de 1961, en la griega de 1975, en la yugoslava de 1963, en la española de 1978, etc.

Hay un dato común a todos estos tribunales: llama la atención la complicada forma de selección de sus miembros que, salvo el caso de

¹⁶ Sobre las soluciones que se buscaron en Brasil y México, ALEJANDRO M.GARRO, *Eficacia y autoridad del precedente judicial en América Latina: las lecciones del derecho comparado*, en JAMES FRANK SMITH (Comp.). "Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos", México, 1990, I, 495.

¹⁷ Así parece hacerlo KEITH S.ROSENN, *La protección de la independencia del poder Judicial en Latinoamérica*, en JAMES FRANK SMITH, op.cit., I, 413.

Yugoslavia siempre tiene origen plural, cuidando de reglamentarlo bastante minuciosamente.

En Alemania, la Carta de Bonn (*Bonner Grundgesetz*) establece que el tribunal constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*) se compone con jueces federales y con otros miembros, que son propuestos por mitades por el Consejo Federal (*Bundesrat*, compuesto por los representantes de los gobiernos de los estados o *Länder*, art.15) y por el *Bundestag* (Dieta Federal o cámara de diputados, art.38) (art.94)¹⁸. Se entiende que los otros miembros (nombrados por el *Bundesrat* y el *Bundestag*) también deben reunir las condiciones exigidas a los jueces federales y las propuestas corporativas deben hacerse por mayoría de dos tercios¹⁹ de cada cuerpo colegiado, lo que implica una negociación interpartidaria mayor que la simple mayoría parlamentaria que sustenta al gobierno.

Según la Constitución austríaca (art.147) los jueces del tribunal constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) son formalmente nombrados por el presidente de la república, pero el presidente, el vicepresidente y seis miembros titulares y tres suplentes, deben serlo a propuesta del gobierno federal, debiendo elegirse entre magistrados, funcionarios administrativos de cierto nivel y catedráticos de derecho, en tanto que otros tres son elegidos en ternas que eleva el consejo nacional (*Nationalrat* o diputados, art.26) y otros tres en terna elevada por el consejo federal (*Bundesrat* o representantes de las regiones, art.33). Se especifica que tres titulares deben tener residencia fuera de Viena²⁰.

El tribunal supremo de Chipre es totalmente *sui generis*, pero también demostrativo de la tendencia general al poder de nominación disperso. El tribunal se integra con dos ciudadanos chipriotas, uno de la comunidad griega y otro de la turca, y es presidido por un juez neutral, que no puede ser ciudadano chipriota ni griego, turco o británico. Las designaciones las hacen de común acuerdo el presidente y el vicepresidente de la República y, en caso de desacuerdo, prevalece el voto del presidente o vice que pertenece a la comunidad de la vacante (art.133)²¹.

¹⁸ MARIANO DARANAS PELÁEZ, op.cit., I, 101.

¹⁹ Cfr. KARL-HEINZ SEIFERT-DIETER HÖNIG (Hrsg), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1985, p. 455.

²⁰ Cfr. DARANAS PELÁEZ, I, 326.

²¹ Idem, I, 619.

El tribunal constitucional de España se compone de doce miembros formalmente nombrados por el rey, pero cuatro lo son a propuesta del Congreso y cuatro a propuesta del Senado (en ambos casos con mayoría de tres quintos), dos a propuesta del gobierno y dos del consejo general del poder judicial (art.159)²².

La *Corte Costituzionale* de Italia se integra con quince jueces, que son nombrados por tercios por el presidente de la república, por el parlamento en sesión conjunta y por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa, debiendo ser todos ellos magistrados, catedráticos de derecho o abogados con más de veinte años de ejercicio de la profesión (art. 135)²³.

El tribunal constitucional de Turquía está formado por quince vocales, de los que cuatro son nombrados por el tribunal de casación, tres por la asamblea nacional, dos por el senado y dos por el presidente de la república (art. 145)²⁴.

Nos hemos detenido en estas disposiciones porque prueban lo que afirmamos antes, o sea que el modelo de control centralizado de constitucionalidad de las leyes (o de justicia constitucional en sentido más propio), *concentra la competencia constitucional y dispersa el poder de nominación*. Se trata de una característica que no nos cansaremos de subrayar y que debe ser preservada siempre que se hace referencia al modelo, pues de lo contrario, mediante las fatales “invenciones criollas”, se lo desvirtúa: si la competencia constitucional se concentra y también se mantiene concentrado el poder de nominación, no se hace otra cosa que reducir el control, puesto que se lo limita a unos pocos jueces que son más controlables que todos los jueces.

CAPPELLETTI, analizando este fenómeno, parte de la afirmación de que la Corte Suprema norteamericana se asemeja más al Tribunal Supremo de España, al *Bundesgerichtshof* o tribunal federal alemán (el antiguo *Reichsgericht*), al *Oberster Gerichtshof* austríaco, a la *Corte di Cassazione* italiana y, en general, a los tribunales supremos o de casación de Europa, que a los tribunales de control de constitucionalidad conforme al modelo austríaco. Para ello, parece

²² Idem. I, 797.

²³ Idem. II, 1257; TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Pubblico*, Milano, 1990, p.195.

²⁴ DARANAS PELÁEZ, II, 1971.

basarse en el dato formal de que la Corte Suprema norteamericana se pronuncia en casos concretos y por vía incidental²⁵.

Por nuestra parte –y quizás por privilegiar otros parámetros indicativos- creemos que, por el contrario, la Corte Suprema norteamericana, tanto por la función que desde hace dos siglos se privilegió en ella como por el peso político que tuvo durante todo ese tiempo, se acerca mucho más a los tribunales del modelo austríaco que a los supremos de casación europeos, especialmente teniendo en cuenta que la casación, al menos formalmente, no existe en los Estados Unidos.

Seguidamente, el gran comparatista del control de constitucionalidad, se pregunta sobre la causa por la que los países europeos decidieron en la posguerra crear un órgano completamente nuevo y sin tradición, en lugar de asignarle la función de tribunal constitucional a los tribunales supremos o de casación.

CAPPELLETTI responde a esta pregunta entrando decididamente en nuestro tema, pues atribuye esa decisión a que los tribunales supremos o de casación se habían mostrado incompetentes para un ejercicio razonable del control de constitucionalidad. Otros analistas coinciden también en que, aparentemente, el control difuso provocaría más declaraciones de inconstitucionalidad que el centralizado, pero que la experiencia ha demostrado lo contrario. En la Alemania de Weimar fueron sólo una o dos las declaraciones de inconstitucionalidad²⁶. CAPPELLETTI recoge este fracaso controlador del *Reichsgericht*, como también la experiencia negativa italiana hasta 1956, en que se instaló efectivamente la Corte Constitucional prevista en la Constitución de 1947²⁷ y destaca la pertinaz negativa de la casación francesa a asumir cualquier función controladora de la constitucionalidad de las leyes, al menos expresamente.

Atribuy esto a que los “jueces de carrera” no están preparados, por su entrenamiento, al desempeño de esta función. A nuestro juicio, este argumento encierra una parte de verdad, aunque insuficiente. Es

²⁵ CAPPELLETTI, op.cit., p.87.

²⁶ OTTO BACHOF, op.cit., p.38.

²⁷ La valoración desastrosa de esta experiencia es compartida por autores de todas las tendencias: PIERO CALAMANDREI, *Come si fa a disfare una Costituzione*, Bari, 1955; SALVATORE SENESE, *La institución judicial en Italia de la segunda Posguerra hasta hoy*, en PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “POLÍTICA Y JUSTICIA”, BARCELONA, 1978, p.33 (60).

cierto que en la posguerra las magistraturas europeas tenían las estructuras bonapartistas a que nos hemos referido y sobre las que insistiremos más adelante²⁸, que las incapacitaba para cumplir eficazmente la función de control constitucional, pero creemos que esto es sólo un dato coyuntural, que bien pudo contribuir a determinar la creación de los *tribunales con competencia constitucional concentrada y poder de nominación disperso*, pero, aparte de que esta circunstancia es superable entrenando a la magistratura de modo diferente, es decir, democratizándola, horizontalizándola y desburocratizándola, en base a formas de gobierno y selección nuevas (como las adoptadas en Italia mismo, por ejemplo), nos parece que CAPPELLETTI no toma suficientemente en cuenta que estos tribunales constitucionales responden a una experiencia histórica bien aprovechada y comprendida por los europeos y, por otro lado, a una necesidad institucional vinculada a la misma estructura judicial.

Entendemos que, por un lado, ha sido decisiva la experiencia norteamericana de entreguerras, que los europeos tenían bien presente y que veremos de inmediato; por otro, los europeos se hallaron con magistraturas bonapartistas que era necesario horizontalizar y, además, con cúpulas que concentraban demasiado poder y cancelaban la independencia interna. De allí que en la posguerra, no sólo surjan los tribunales constitucionales, sino también los consejos de la magistratura, los primeros como tribunales con *competencia constitucional concentrada y poder de nominación disperso* y los segundos como *órganos de gobierno de los poderes judiciales*.

5. La dinámica de poder y la Corte Suprema norteamericana.

La experiencia histórica capitalizada por los europeos en la última posguerra proviene de dos vertientes: una es propia y otra es norteamericana. De cualquier manera, creemos que los factores de difusión de los tribunales constitucionales europeos no son tan lineales como la expone CAPPELLETTI.

A nuestro juicio, la experiencia de las dictaduras, totalitarismos y autoritarismos de entreguerras, el holocausto y la catástrofe bélica, la

²⁸ V. infra, Cap. VII.

debilidad de las democracias al permitir o dejar espacio a increíbles aventuras políticas, los discursos simplistas e irracionales que condujeron a las mismas, constituyen en conjunto una experiencia terrorífica que inclinó a los operadores políticos europeos a extremar los esfuerzos para dar continuidad y progresión a las democracias de posguerra. Es imaginable que no puede ser esto indiferente a la generalizada demanda de un mínimo de control de constitucionalidad de las leyes en Europa, a juzgar por las opiniones políticas que, provenientes de las más dispares ideologías, en el fondo coincidían en eso²⁹.

Aceptada esta necesidad, no creemos que la cuestión se haya reducido a la táctica para obviar los judiciales bonapartistas que heredaban esas democracias nacientes, porque para ello hubiesen bastado disposiciones constitucionales transitorias respecto de la integración de los primeros tribunales, lo que ninguna Constitución de la época hizo.

Por el contrario, creemos que la dispersión del poder de nominación de esos tribunales constitucionales proviene de otras experiencias y responde a un cálculo meditado y del mayor grado de prudencia y buen criterio político.

Los operadores políticos europeos de posguerra se hallaron ante la necesidad de crear un órgano asignándole un poder que era análogo al de la Corte Suprema norteamericana. No podían dejar de observar ese ejemplo. Estaban demasiado cerca de las escaramuzas entre Roosevelt y la Corte Suprema como para que los políticos europeos no reparasen en el programa político que eso implicaba. Ninguno de ellos puede haber tenido la intención de comprar ese problema para su propio país, menos aún en momentos de decisiones heroicas, como correspondía al esfuerzo de reconstrucción que tenían por delante.^{29 bis}

²⁹ Por ejemplo, la orientación de los diferentes partidos políticos italianos sobre el establecimiento de la corte constitucional: republicano, comunista, de acción, socialista, demócrata cristiano, liberal, en MARIO BATTAGLINI-MATTIA MININNI, *Codice della Corte Costituzionale*, Padova, 1964, pp.89 y ss.

^{29 bis} Cabe recordar que un largo análisis de la posición *pro-trusts* de la Corte Suprema norteamericana fue publicado en Francia casi simultáneamente con la Constitución de la Cuarta República, sosteniendo la tesis de que la introducción del control de constitucionalidad en Francia era defendida por los "trusts" (EDOUARD LAMBERT J.R.XIRAU, *L'ancêtre américain du droit comparé. La doctrine du Juge Story*, París, 1974).

Para comprender acabadamente esto, se hace necesario repasar brevemente las relaciones de la Corte norteamericana con el poder.

La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación al panorama de poder del país, no es tan idílica como a veces se la relata. Ya vimos el juego de poder de los partidos que hubo detrás de la famosa sentencia de Marshall, permanentemente citada, emitida en momentos en que el partido federalista, centralista y autoritario, dominaba la Corte, opuesto al presidente Jefferson. Esa tendencia presente en 1803, que respondía al mercantilismo de HAMILTON, siguió dominando la corte y se reveló en varios fallos: los poderes implícitos del gobierno federal, la supremacía de éste en materia comercial, el poder de control de las sentencias de las cortes estatales, el intervencionismo estatal a favor del desarrollo económico, etc. Este fue el claro sentido de la llamada “Corte Marshall” hasta los años treinta del siglo pasado.

Pero el siglo que le sigue no le fue en zaga: la “Corte Taney” favoreció en cierta medida la autonomía de los estados, pero para asegurar la propiedad de los esclavos. En 1857 la “Corte Taney” pronunció la más aberrante sentencia de la Corte Suprema norteamericana, que fue “Dred Scott vs. Sandford”. Se trataba de un negro esclavo que había sido llevado por su dueño, un médico del ejército, a un estado donde había sido abolida la esclavitud y luego traído nuevamente a un estado esclavista. El negro demandó su libertad, su demanda fue denegada y recurrió a la Corte Suprema, que demoró once años en resolver, lo que hizo sentenciando que “una ley del Congreso que despoja a un ciudadano de los Estados Unidos de su libertad o propiedad, simplemente porque vino él mismo o trajo su propiedad dentro de un territorio particular de los Estados Unidos, no habiendo cometido ofensa legal, puede ser difícilmente dignificada con el nombre de ‘debido proceso legal’ ”. La sentencia hacía gala de racismo, se refería a una raza inferior sometida a una superior, declaraba que los negros no eran ciudadanos en sentido constitucional, les negaba toda clase de derechos, aún emancipados, y entre ellos el derecho a acudir ante la Corte Suprema³⁰.

En 1896, en el caso “Plessy vs. Ferguson”, la Corte Suprema reiteró el criterio de que los negros no tenían derecho a sentarse en los lugares reservados para los blancos, conforme al criterio “separate but

³⁰ V. LUIS FERNANDO TOCORA, op. cit., p.214.

equal”³¹. En aquellos años la *Sherman Act* o ley “antitrust” fue empleada por la Corte Suprema de modo insólito, para combatir al sindicalismo. En 1914 se sancionó la *Clayton Act* para reforzar la lucha “antitrust”, pero la Corte también la interpretó arbitrariamente y la neutralizó. Con razón se ha observado que la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque ejerció una notable imaginación interpretativa, lo cierto es que nunca entró seriamente en conflicto con las fuerzas dominantes³².

De hecho, la Corte Suprema se erigió en un tribunal neutralizador de cualquier medida progresista que tratase de evitar el disciplinamiento de los “trusts” en defensa del mercado. A través de la teoría del control de “racionalidad” de las leyes, la Corte Suprema, como no podía ser de otro modo, invadió abiertamente el campo político, impidió o frustró todas las leyes que pretendieron impulsar una política social y, en definitiva, obstaculizó cualquier medida que tendiese a frenar la increíble especulación que inevitablemente desembocó en la catástrofe financiera de 1929. Los “trusts” y el festival especulativo descontrolado hallaron en la Corte Suprema su mejor aliado³³. En los tempranos años veinte ya se criticaba al “gobierno de los jueces”, pero la cuestión alcanzó su punto culminante cuando, después de la crisis de 1929 y electo el presidente Roosevelt, la Corte declaró la inconstitucionalidad de diez y seis leyes sancionadas por el Congreso a iniciativa presidencial para resolver la crisis³⁴.

“No es cierto que la magistratura tenga siempre razón y la clase política crezca siempre de ella, como tampoco es verdad lo contrario. Por consiguiente, dado un conflicto entre magistratura y clase política, es necesario descender al nivel del mérito de la cuestión político-institucional, para establecer quién tenga razón y quién carezca de ella, no siendo cierto que la verdad se halle siempre de una sola parte. En el conflicto entre la Corte Suprema y Roosevelt, no hay

³¹ Idem, p. 216.

³² Así, DAHL, cit. por CARLO GUARNIERI, op.cit., p.31.

³³ Anticipa su tesis desarrollada más ampliamente en 1947, ya en los tempranos años veinte, EDOUARD LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, 1921; una visión panorámica en M. H. DAVIS, *A Government of Judges: an historical review*, en “The Journal of Comparative Law”, 1987, 559 y ss.

³⁴ VICENZO ACCATTATIS, *Mito e realtà del “governo del giudici”*: *l’esperienza degli Stati Uniti*, en “Questione Giustizia”, 1990, 4, 941.

duda de que fundamentalmente era Roosevelt quien tenía razón y la Corte Suprema carecía de ella; sólo que Roosevelt, en su respuesta a fin de doblegar al indebido ‘gobierno de los jueces’, estaba a punto de pasarse de la medida, de modo que hizo bien el Senado al bloquear su iniciativa, contribuyendo así a mantener la correcta dialéctica de los poderes”³⁵. En medio de este conflicto, uno de los jueces – Frankfurter- escribía a Roosevelt lamentándose de que la Corte “durante aproximadamente un cuarto de siglo ha derivado el poder de *judicial review* en una revisión de la política legislativa, usurpando poderes que corresponden al Congreso y a los legisladores de los distintos estados”³⁶. El proyecto de Roosevelt consistía en aumentar legalmente el número de jueces de la Corte, para poder quebrar la mayoría conservadora.

La posición de la Corte fue defendida por su presidente, Hughes, quien escribió un libro al respecto, en el que señala que no era la primera vez que se intentaba controlar la corte a través de la manipulación del número de jueces en el Congreso, lo que ya había acontecido en 1866, en que se la redujo, para evitar que el presidente nombrase a sus candidatos³⁷. Hughes era un abierto republicano, candidato por ese partido a presidente de los Estados Unidos, derrotado por Wilson.

El Senado bloqueó la iniciativa presidencial y, para fortuna de Roosevelt, una serie de fallecimientos y renunciaciones y una mayor flexibilidad de los restantes jueces, le permitieron superar la larga crisis, particularmente a partir de 1937³⁸.

Muchos años después se volvería a hablar del “gobierno de los jueces”, con motivo de las decisiones de la “Corte Warren” (1953-1969), pero en este caso la frase hecha estaría a cargo de los conservadores y enemigos de los derechos civiles.

El peso de este tremendo protagonismo político de la corte norteamericana sobre los operadores políticos europeos debió ser

³⁵ Idem. P. 940.

³⁶ Cit. por JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA, *La defensa de la Constitución*, Guatemala, 1983, p. 70.

³⁷ Cfr. CHARLES EVANS HUGHES, *La Corte Suprema de los Estados Unidos*, México, 1^a ed. 1946; 2^a ed. 1971, p. 71.

³⁸ Sobre este conflicto, también ROBERTO BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, 1984, 37-39.

enorme y, aunque no exclusivo, altamente determinante por su opción al modelo austríaco.

6. Necesidad institucional del tribunal constitucional.

La creación de los tribunales constitucionales europeos se explica, además, en razón de criterios de sana política judicial. Establecida la necesidad de crear un control de constitucionalidad, era contrario a cualquier racionalidad política que eso se hubiese consagrado como competencia de los tribunales supremos o de casación, y no solo por la razón coyuntural de su entrenamiento bonapartista y burocratizado. Es verdad que los políticos de la posguerra se hallaron con judiciales verticalizados, organizados militarmente, gobernados autoritariamente, conservadores, reaccionarios, dóciles y, a veces, identificados ideológicamente con el autoritarismo irracionalista. Esto era suficiente para no dotar a esos tribunales de competencia constitucional. Pero lo cierto es que la misma necesidad de desmontar la estructura bonapartista impedía hacerlo.

No había otro modo para desmontar ese verticalismo que restarle poder a sus cúpulas, lo que se hizo por diversos modos, siendo el más avanzado la creación de un consejo de la magistratura que le quitase el gobierno de la misma a los supremos. En esas circunstancias hubiese sido totalmente suicida darles un nuevo poder, sin perjuicio de sus anteriores fracasos. Los políticos sabían que en esos tribunales hallarían los mayores obstáculos y resistencias para llevar a cabo las reformas horizontalizantes del poder judicial, primero porque consistían justamente en restarles un poder al que tradicionalmente se hallaban habituados y, segundo, por el entrenamiento jerarquizado de sus jueces y por su avanzada edad³⁹.

Si los políticos europeos hubiesen otorgado competencia en materia constitucional a los tribunales supremos, hubiesen hecho justamente lo contrario de los que eran sus objetivos del momento en materia de política judicial, pues hubiesen reforzado la verticalización que querían eliminar y, con ella, el perfil del juez que deseaban transformar.

³⁹ Es curioso, pero casi todas las constituciones establecen la jubilación obligatoria a cierta edad.

Por otra parte, casi todos los tribunales constitucionales cumplen funciones de jueces constitucionales que exceden el marco del puro control de constitucionalidad, asumiendo competencia en materias políticamente muy importantes. Reconocerle a un tribunal supremo esta función, más la de control constitucional y la de casación, además del gobierno judicial, hubiese implicado una concentración de poder de magnitud tal que sin duda habría colocado en peligro el equilibrio de poderes y la estabilidad de todo el sistema político.

Si a estas consideraciones institucionales que son bien elementales, pues se basan en el conocido principio conforme al cual cualquier concentración excesiva de poder se deriva en un descontrol del mismo, agregamos el fantasma del “gobierno de los jueces” de la entonces reciente experiencia norteamericana, debemos reconocer que los constituyentes europeos procedieron con singular perspicacia y lograron crear un sistema particularmente equilibrado, que hasta el presente ofrece la experiencia más interesante del derecho comparado.

Más allá de la enseñanza histórica que esto implica, no podemos evitar observar que frecuentemente en América Latina se siguió el camino inverso, es decir, que se concentró en las cúpulas la triple función judicial. Por lo general, los conflictos de poderes no se resolvieron como en el caso norteamericano, sino que al tiempo que formalmente se concentraron en las cúpulas judiciales, se operó de modo que estas cúpulas fuesen dóciles al poder partidista. En definitiva, dejando de lado los razonamientos teóricos abstractos que, en esta materia, no pasan de meros discursos de justificación, y también la pereza mental de otros, la opción que en el fondo se juega es la siguiente: o se desconcentra orgánicamente el poder para horizontalizar el judicial y evitar su copamiento partidista, garantizando de este modo su pluralismo, o bien, se concentra el poder para *coparlo más fácilmente*. La opción política respecto del poder judicial es, pues, sencilla. La creación de los tribunales constitucionales y de los órganos de gobierno plurales de la magistratura obedece a la primera; la concentración cupular y el verticalismo a la segunda. No en vano la primera es la opción seguida por las democracias europeas de posguerra y la segunda es el modelo del cesarismo napoleónico.

7. La naturaleza de los tribunales constitucionales.

El surgimiento de la justicia constitucional europea y la organización de tribunales con nominación difusa y competencia centralizada, necesariamente, causaron cierto desconcierto en la doctrina. Algunos consideraron que la función de control de constitucionalidad en el modelo concentrado, en razón de su efecto *orga omnes*, no era judicial, sino legislativa, como potestad legislativa “negativa”⁴⁰, en tanto que otros -y a veces los propios tribunales- afirmaban que se hallaban al margen de los tres poderes del estado⁴¹. De allí hay un paso a poner en duda su carácter judicial y a considerarlos tribunales políticos. Su consideración constitucional al margen del poder judicial ordinario, avalaría para muchos esta calificación de su naturaleza.

La discusión es a veces bastante bizantina, porque todo dependerá en este aspecto de cómo quiera conceptuarse a lo “político” y, por ende, de los límites que se le señalen a esa actividad, lo que se encuentra también estrechamente vinculado a las tradiciones de los diferentes países. No creemos que para ello sea definitorio que los tribunales constitucionales europeos tengan competencia para hacer caer la vigencia de la ley, porque que una ley no sea aplicable en un caso o que no lo sea en ninguno, es una cuestión de grado, pero, en definitiva, en ambos casos se trata de hacerle perder poder coactivo a un acto del parlamento. A esta potestad, en la tradición norteamericana siempre se le reconoció carácter judicial, en tanto que es mucho más difícil asignarle esa naturaleza en países como los europeos, donde la tradición secular hacía que lo judicial se agotase en la casación e incluso ésta, en algún momento, hubiese tenido dudosa naturaleza.

De cualquier manera, no debe creerse que la discusión es completamente irrelevante, porque puede tener efecto sobre los alcances de la competencia de los tribunales constitucionales. En todos los países que admiten el control de constitucionalidad se plantea que hay cuestiones que no pueden ser materia del mismo, y que se han llamado *political questions*, en los Estados Unidos; *acts of State*, en Gran Bretaña; *actes de gouvernement*, en Francia; *justizfreien Hoheitsakten*, en Alemania, etc.⁴². En definitiva no se

⁴⁰ Por ejemplo, CERETTI, *Diritto Costituzionale Italiano*, Torino, 1953.

⁴¹ Así, REDENTI, en “Studi sulla Costituzione, X Anniversario”, Milano, 1958.

⁴² Cfr. DANIEL E. HERRENDORF, *El poder de los juices*, Xalapa, Ver., 1992, p.90.

requiere mayor penetración para percatarse de que son expedientes sencillos para convertir una cuestión política en jurídica y viceversa⁴³.

En los modelos de corte norteamericana, que no son tribunales políticos, esta transferencia es más fácil, porque hacen uso de la autolimitación o *self restraint* más o menos arbitrariamente, valiéndose de que es difícil o casi imposible hacer una distinción tajante entre *political questions* y cuestiones “judiciables”, dado que los actos de todos los poderes del estado son fruto de prudencia política⁴⁴.

Es obvio que cuando se cuenta con un verdadero tribunal constitucional conforme al modelo austríaco, el espacio para esta arbitrariedad es más limitado, porque no es tan fácil declara no judiciables ciertas cuestiones, pero cuando un tribunal supremo no tiene carácter de tribunal político encargado de resolver conflictos de poderes, como en el caso argentino, todo es posible. Estos tribunales pueden acudir a la *self restraint* cuando no les interesa resolver el caso, porque sería favorecer los derechos de los menos poderosos o porque les acarrearía conflictos que quieren evitar, o puede ampliar su competencia cuando le interesa particularmente hacerse cargo de la decisión de un caso o formular una simple manifestación política, como fue la situación de las acordadas de 1930 y de 1943 de la Corte Suprema argentina. Incluso, contra toda la doctrina, pueden pretender asumir directamente la competencia de toda la justicia constitucional, basados en los “puntos regidos por la Constitución” del artículo 100.

Nuestra Corte Suprema, por ejemplo, puede basarse en la amplísima fórmula del artículo 100 entendida literal y extensivamente, para ampliar sin límites su competencia, pero también puede extraer miles de fórmulas de su contradictorio reservorio jurisprudencial, para desentenderse de lo que no le interesa resolver, apelando a la *self restraint*: “la inconstitucionalidad debe ser alegada y probada; no puede ser declarada de oficio; no existen órdenes declaratorias de inconstitucionalidad en lo federal; la declaración de inconstitucionalidad sólo afecta al punto concreto que ha sido materia del fallo; la inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley; quien consintió un acto no puede tacharlo de inconstitucional; la misión de los jueces no es fiscalizar el mérito, la eficacia o la conveniencia de las leyes y decretos; tampoco

⁴³ R. BERGALLI, op. cit., p.65.

⁴⁴ Idem, p, 67.

les incumbe juzgar la falta de política de las normas discutidas, ni descalificar los medios elegidos con el argumento de que hay otros mejores; las cuestiones políticas no son justiciables”, y muchas más⁴⁵.

En último análisis, aunque parezca que nuestras cortes de tradición norteamericana tienen menos poder que los tribunales constitucionales europeos, lo cierto es que la *indefinición del mismo les permite delinear su competencia a gusto*, es decir, arbitrariamente. En definitiva, éste es un enorme poder, que envía a lo político lo que quiere y toma lo que desea. “No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada”⁴⁶.

8. Efectos de la separación orgánica del control de constitucionalidad.

Señalamos la tendencia europea a separar las tres funciones judiciales (solución de conflictos, control de constitucionalidad y autogobierno). Hemos precisado el proceso de separación orgánica de la función de control de constitucionalidad. Al analizar la dinámica de los modelos de estructuras judiciales, precisaremos algunos detalles de la separación orgánica de la función de autogobierno, esto es, la gestación de los consejos de la magistratura o del poder judicial. Pero lo cierto es que las obras se conocen por sus resultados y, por ello, es bueno reparar brevemente en los efectos producidos por los tribunales constitucionales europeos, cuando algunos de ellos se aproximan al medio siglo de experiencia.

Los poderes judiciales estructurados verticalmente, militarizados o napoleónicos, estaban en general encabezados por cuerpos de magistrados burocratizados, producto de las estructuras que más adelante señalaremos. Estos cuerpos habían sido creados como “controles de legalidad”, lo que en términos políticos significaba el control vertical de las sentencias para que no se aparten de la voluntad política del “soberano”, que ya no era el monarca, pero tampoco era el pueblo. Para garantizar el poder político vertical, en los momentos de

⁴⁵ Roberto Dromi, *El poder judicial*, Mendoza, 1984, pp. 235-236.

⁴⁶ *El espíritu de las leyes*, XI, IV, Buenos Aires, 1951, p. 201.

mayor vigencia de este modelo, el método jurídico fue el exegético, o sea, el mero análisis gramatical de la letra de la ley.

La creación de los tribunales constitucionales, al tiempo que le restó poder a las cúpulas (particularmente en los países en que al mismo tiempo se impuso el consejo de la magistratura), introdujo el control constitucional de las leyes y, mediante la *Beschwerde* obligó a ajustar la jurisprudencia al control de constitucionalidad, pues no sólo controlaron la constitucionalidad de las leyes, sino también de las sentencias, porque los tribunales ordinarios se vieron precisados a interpretar las leyes en el marco de la Constitución. Como señalamos al comienzo de este capítulo, quizás la función de control de constitucionalidad que, por cotidiana, sea más importante, es la implícita, o sea, la de la usual interpretación de la ley con el presupuesto de su marco constitucional.

El resultado de estas reformas estructurales de posguerra se halla hoy a la vista. Quizás no se haya avanzado todo lo deseable, porque cualquier institución es perfectible, pero en líneas generales, los países europeos que han creado tribunales constitucionales nos muestran que, en las últimas décadas han avanzado desde los estados de derecho “legales” a los estados de derecho “constitucionales”⁴⁷, es decir, estados de derecho cuya jurisprudencia (constitucional y ordinaria) realiza un considerable esfuerzo para dar plena vigencia a los principios constitucionales. El anterior estado legal de derecho va quedando relegado como un recuerdo de preguerra y, aunque no se lo haya superado totalmente, es al menos alentador que nadie lo defienda discursivamente ni lo añore, que su supervivencia pretenda ocultarse bajo el ropaje del nuevo modelo.

Los tribunales constitucionales, con mayores o menores innovaciones sobre el original austríaco, dieron vida a una copiosa jurisprudencia constitucional que impulsó y dinamizó la actividad legislativa, pero también lo hizo respecto de la jurisprudencia de casación.

Buena parte de Europa se halló en un momento con constituciones democráticas y con códigos y leyes que provenían de las monarquías, de las dictaduras, de los imperios o de los

⁴⁷ Sobre ello, MANUEL GARCÍA PELAYO, *Estado legal y estado constitucional de derecho. El tribunal constitucional español*, en “ILANUD”, San José, Nos. 23-24, p. 7.

autoritarismos o totalitarismos, o bien con interpretaciones generalizadas antiliberales de esas leyes. La jurisprudencia constitucional fue descartando estas leyes e interpretaciones y, con ello, forzó a los parlamentos a reajustar sus leyes dentro de los marcos constitucionales.

Si comparamos esta tendencia con la que parece dominar en América Latina, nos percatamos de la inmensa diferencia, pues precisamente pareciera ser la opuesta. Las delegaciones legislativas de varias constituciones del región, que adoptan institutos parlamentarios en regímenes presidencialistas, los frecuentes y a veces crónicos estados de excepción, el constante avance de la administración y de los organismos burocráticos y policiales, la tendencia a legislar por decreto materias de clara incumbencia parlamentaria, la endeblez política de la jurisdicción, su dependencia estructural, su empobrecimiento conceptual, etc., parecen conjugarse para degradar el siempre precario estado de derecho “legal” llevándolo al nivel de un estado de derecho “de bandos” o “decretal”, es decir, a un deterioro que en lugar de perfeccionar al estado de derecho, parece tender a cancelarlo.

El contraste entre la experiencia europea y latinoamericana corresponde al contraste entre modelos de estado y de sociedades. Aunque no pueda caerse en el reduccionismo judicialista y pretender que los efectos del deterioro judicial sean mecánicos, no puede ignorarse una relación recíproca o dialéctica dentro del sistema, que muestra que la presencia de una estructura judicial con órganos funcionalmente diferenciados y tendencia a la horizontalización corresponde a estados de derecho y sociedades más o menos de bienestar, en tanto que las estructuras débiles, verticalizadas, burocratizadas o politizadas, protagonizan el proceso de deterioro del estado de derecho y corresponden a sociedades con modelos excluyentes o marginantes.

Capítulo IV

EL “PODER JUDICIAL”

1. La “cuestión judicial” como “cuestión política”. – 2. Las confusiones que pretenden partir de Montesquieu. – 3. La independencia judicial. – 4. La imparcialidad judicial. – 5. Independencia y politización.

1. La “cuestión judicial” como “cuestión política”

Hasta aquí nos hemos referido al “judicial” y al “poder judicial” de modo indiscutido y hemos hecho referencia a la “independencia” sin precisar el concepto. También hemos omitido cualquier consideración detallada sobre la “naturaleza” de la cuestión judicial, aunque hemos tratado de dejar que la historia hable, para que sea ella la que exprese claramente que la cuestión judicial es, ante todo, una cuestión política. Es mucho más importante que se manifiesten los hechos, antes que optar por afirmaciones dogmáticas.

La historia nos habla con singular elocuencia. Vimos que en Francia una justicia anárquica, privatizada, cara y arbitraria provocó la contracara de un judicial sometido a la asamblea legislativa, ideológicamente vacío, que en realidad inmediatamente se transformó en una burocracia militarizada y estrechamente dependiente del ejecutivo, que pasó con algunos retoques por las más dispares estructuras políticas: república, monarquía, imperio. Se fomentó un “carrerismo” que servía a presidentes, reyes, emperadores y primeros ministros, con tal que no les cortasen sus perspectivas de ascenso. En los Estados Unidos, una corte resultante del pacto federal se adscribió al centralismo, al mercantilismo, constituyéndose durante casi ciento treinta años en custodia de una mera acumulación capitalista desordenada y en oposición radical a cualquier intervención que garantizase la libertad del mercado, hasta el punto de bloquear las medidas para superar la mayor y más dramática crisis de la historia del país. En la Europa de posguerra se procuró superar el modelo bonapartista, que se había revelado útil a los totalitarismos y

autoritarismos, pero se buscó hacerlo eludiendo las dificultades norteamericanas, eligiéndose la horizontalización del judicial y la división orgánica de sus funciones.

Nadie puede dudar que estos son problemas políticos. En rigor, cualquiera que observa nuestra realidad judicial latinoamericana puede comprobar lo que ésta muestra en forma cotidiana.¹ A veces la extrema cercanía de un fenómeno impide su comprensión.

A nivel mundial, las tres funciones judiciales (decisión de conflictos, control constitucional, y autogobierno) pasaron por todos los avatares de poder a que nos hemos referido, y, en todos ellos se reconocieron en distinta medida como funciones manifiestas, es decir, que le fueron reconocidas o retaceadas, según los momentos de poder. En la proporción en que le fueron retaceadas aparecieron funciones latentes o reales, tales como la funcionalidad para el esclavismo y el mercantilismo, para la nobleza provinciana, etc. Tan política es la cuestión judicial, que prácticamente la Revolución Francesa fue desatada contra el poder arbitrario de los jueces más que contra el poder monárquico, que en una monarquía empobrecida y endeudada era bastante precario, y la sentencia aberrante de la “Corte Taney” que hemos mencionado fue la gota que fomentó la guerra civil norteamericana, es decir, que dos hechos violentos históricos de la más alta significación política fueron precipitados por la “cuestión judicial”.

Si bien la función de decidir conflictos es la que siempre se le reconoce como esencial al judicial, no es menos cierto que son muchos los organismos que hacen lo mismo y no tienen carácter judicial, sin contar con otros que permanentemente se la disputan, en el continuo intento de “politizar” o “judicializar” los conflictos. La policía de seguridad, las autoridades aduaneras, los entes recaudadores, las “cámaras” de las más variadas materias, los “árbitros” y “componedores”, los tribunales administrativos de la más dispar naturaleza, etc., disputan la decisión de conflictos con el judicial.

Pierde sentido la formulación abstracta de planteos y preguntas fuera del marco del poder acerca de la “naturaleza” y de la

¹ V. por ejemplo, HORACIO VERBITSKY, *Hacer la Corte*. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control, Buenos Aires. 1993.

“independencia”, cuando el debate siempre ha estado teñido por la formidable lucha de poder que señalamos. En semejante pugna secular, cualquier afirmación teórica abstracta corre el riesgo de convertirse automáticamente en un instrumento ideológico, que se agrega al arsenal contradictorio de coberturas discursivas, del que los operadores políticos hacen mano en cada coyuntura sin cuidarse para nada del sentido general del que emplean; los recogen del depósito en que los va echando la doctrina a medida que salen de la fragua y sólo se preguntan cuál es más eficaz en esa coyuntura para encubrir y ampliar su espacio de poder.

No es posible adoptar una actitud de neutralidad teórica frente a una clara lucha de poder político. La única posible es clarificar los objetivos políticos, es decir, la estrategia política y, partiendo de ella, definir la táctica, esto es, la forma más práctica de alcanzar esos objetivos. Por supuesto que no faltarán operadores políticos cuyo única estrategia sea ampliar su propio ámbito de poder y otros que tendrán estrategias de mayor aliento, por supuesto, pero que diferirán de las nuestras.

Todo ello es natural en una democracia.

Nuestro objetivo político más general es un modelo de sociedad que se aproxime a las sociedades de bienestar y al que correspondan estados de derecho constitucionales. En este sentido, tiende a asegurar la continuidad y estabilidad de las democracias latinoamericanas, pero, fundamentalmente, a impulsar su profundización, a que los modelos formales /que son necesarios pero no suficientes) se conviertan en modelos reales de democracia.

El análisis de la historia de las luchas por el poder nos ha mostrado, en los ejemplos y modelos democráticos del mundo, que en el área judicial se abrió paso el progresivo reconocimiento de las tres funciones manifiestas y, consecuentemente, como táctica para mejor cumplimiento de las mismas, se revela como más eficaz y reciente, la diversificación orgánica de las mismas, con control constitucional centralizado en un órgano de nominación dispersa, con gobierno en un órgano plural y democráticamente representativo y con decisión de conflictos en jueces designados conforme a la regla de máxima capacidad técnica.

Sólo a partir de esta elección política es posible teorizar, sin que intervengan las frases hechas, usadas por cualquiera, pero que

proviene de las ideologías montadas por los autoritarios o centralistas para reforzar las cortes norteamericanas, por los liberales para criticarlas, por los racistas para agredir a la “Corte Warren”, por los bonapartistas para fortalecer el cesarismo, por los revolucionarios para imponer su dictadura de clase, por las cúpulas judiciales para defender sus hegemonías, por Carl Schmitt para abrirle el camino al *Führer* o por cualquiera para defender o ampliar su poder político personal o partidista, sin contar con las que provienen del folklorismo latinoamericano, que inventa disparates al compás de las circunstancias del poder más inconfesables.

Si se prescinde del marco de poder en que se inserta la “cuestión judicial”, es posible creer que se elude ese marco, pero en realidad se lo encubre, o sea que, consciente o inconscientemente, se está tomando un partido en el debate del poder. Convenimos en que quizá, éste sea un problema general de todo el saber jurídico, pero en este momento no pretendemos discutir el punto en medida tan general, sino limitarnos a una cuestión puntual que es empíricamente verificable.

2. Las confusiones que pretenden partir de Montesquieu.

Montesquieu fue, ante todo, un sociólogo del derecho, quizá el padre de la sociología jurídica². No obstante, pocas veces las observaciones de un autor han sido tan desvirtuadas como en su caso. Vimos que sirvieron para negar el control de constitucionalidad y para someter el judicial al legislativo en la Francia revolucionaria, pero que su rechazo frontal sirvió para lo mismo en los sistemas del socialismo real, no dejando de ser entusiastamente asumida por algunos déspotas de turno³. Por otra parte, la tesis de la separación de poderes tampoco fue del todo original de Montesquieu, pues reconoce una larga gestación⁴ y, además, se afirma que los Estados Unidos no la

² EBERHARD SCHMIDT, *Montesquieus “Esprit des Lois” und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz*, en “Fest. f. Wilhelm Kiesselbach”, Hamburg, 1947, p. 117.

³ Cfr. ROBERTO BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, Bs. As., 1984, p. 54.

⁴ MANUEL DE RIVACOBAY Y RIVACOBAY, op. cit..

tomaron de Montesquieu, dado que éste la había tomado a su vez de las instituciones inglesas⁵, en tanto que también otros opinan que Montesquieu se refería a las instituciones inglesas como un mito, o sea, para no caer en la utopía⁶ (del mismo modo que Hobbes colocaba la guerra de todos contra todos en América, por ejemplo).

De cualquier manera, las palabras de Montesquieu son mucho más claras si se las considera como provenientes de un sociólogo y no como un texto dogmático, porque parte del reconocimiento de un fenómeno humano que no puede ser olvidado en la medida en que se conserve un mínimo de contacto con la realidad: todo poder incita al abuso.

La más elemental experiencia institucional demuestra que siempre que hay poder sin control se opera el abuso del poder. Ahora conocemos algo mejor que en esos tiempos los llamados “mecanismos de huida” y, entre ellos, el de “racionalización”, con el que el hombre encubre y justifica ante sí mismo cualquier abuso de poder, por aberrante que sea. Lo hicieron todos los dictadores del mundo, todos los genocidas, lo hacen todos los corruptos. Pero la esencia de la consecuencia política del mecanismo de racionalización la sintetizó Montesquieu y es poco lo que hoy podemos agregarle: “No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación”⁷.

Los párrafos de Montesquieu que siempre se citan, y que a nuestro juicio no son más que el corolario de la anterior premisa, son los siguientes: “La libertad política de un ciudadano es la libertad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro. Cuando el poder ejecutivo y el poder legislativo se reúnen en la misma persona, no hay libertad; falta la confianza porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismo tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está bien separado del poder legislativo se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está

⁵ Así Jellinek, sobre ello, BERGALLI, op. cit., p.44.

⁶ G. KRAUSS, *Die Gewaltgliederung bei Montesquieu*, en “Fest.f .C .Schmitt”, Berlín, 1959.

⁷ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, 1951, p. 201.

separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares”⁸.

En base a estos escasos pero famosos párrafos se creó una confusión hasta hoy muy poco aclarada. Sin duda que Montesquieu, sin quererlo, dio lugar a la instrumentación revolucionaria francesa, pues si se observa atentamente lo que escribió, se puede notar que puso el acento en el peligro de que el juez ejerza funciones legislativas o ejecutivas, pero nada dice en forma específica de lo contrario, de lo que se deduce que también él tenía presente básicamente el poder ilimitado y anárquico de los “parlamentos”. Sin embargo, el párrafo final abarca también la hipótesis que el autor omitió antes mencionar expresamente y, en definitiva, queda claro que critica la concentración de poder.

Entendiendo a Montesquieu sociológica y políticamente –y no jurídica o formalmente- no nos cabe duda que quiere significar que el poder debe estar distribuido entre órganos o cuerpos, con capacidad para regirse en forma autónoma de otros órganos o cuerpos, de modo que se eluda la “natural” tendencia al abuso.

No hay en Montesquieu expresión alguna que excluya la posibilidad de los controles recíprocos ni que afirmen una absurda compartimentalización que acabe en algo parecido a “tres gobiernos” y, menos aún, que no reconozca que en ejercicio de sus funciones propias estos órganos no deban asumir funciones de otra naturaleza (el judicial y el legislativo, en sus autogobiernos, asumen funciones administrativas; el ejecutivo, al reglamentar las leyes, al remitir proyectos y al vetarlos, ejerce funciones legislativas; algunas constituciones reconocen limitadas funciones de iniciativa parlamentaria a los judiciales; etc.).

Las deformaciones compartimentalizadoras no son de la pluma de Montesquieu, quien ni siquiera parece haber hablado de “división” de los poderes, sino de simple “separación”⁹. En su sentido sociológico y político, las palabras de Montesquieu conservan toda su vigencia.

⁸ Idem. pp. 202-203.

⁹ Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, p. 44.

Pero se las interpretó en sentido dogmático y con sucesivas y encontradas manipulaciones se llegó al absurdo y, aún más, se aprovechó el absurdo para después negarlo y, junto a él, negar el contenido de verdad de sus observaciones.

Si tenemos claro que Montesquieu denunciaba la concentración de poder, todo lo demás es anecdótico. No se trata de criticar la tripartición, que es sabido que está superada, porque “no existe ningún esquema patentado de separación de poderes que pueda funcionar en todas las épocas y bajo los más diversos supuestos sociales”, sino que su sentido es “impedir la concentración de poder y, con ello, un posible abuso del mismo”¹⁰. Es sabido que la tripartición no se respeta en la mayor parte del constitucionalismo europeo, puesto que los ejecutivos no son independientes de los legislativos, pero las democracias europeas han reforzado la independencia judicial, que les resulta imprescindible¹¹.

En función de las confusiones gestadas mediante la concentración crítica de la tripartición y olvidando que el verdadero sentido de la observación de Montesquieu es la necesidad de evitar la concentración de poder, se potencia la misma respecto del judicial mediante la negación de que es un “poder”, afirmando que con ello se identifica *puvoir* con *puissance*, se prefiere hablar de “función” judicial (acorde con la separación de “funciones” y no de “poderes”), se postula su sustitución nominal por la de “servicio judicial” y aún con la más minimizada de “administración de justicia”. A esta crítica contribuyó en buena medida la doctrina francesa¹² que, como sabemos, no es justamente la mejor en su experiencia histórica ni en su realidad presente.

Preferimos huir a las disputas bizantinas. Si el judicial es o no un “poder” siempre dependerá de qué se entienda previamente por “poder”. Tampoco obsta a la separación de poderes la observación de que el “poder” del estado no puede dividirse, porque es único e indivisible¹³. Esto sólo significa que, a nivel de construcción jurídica,

¹⁰ OTTO BACHOF, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, p. 58.

¹¹ Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Fundamento y futuro de la democracia*, Valparaíso, 1990.

¹² HAURIOU, DUGUIT, etc., cfr. Picardi, op. cit.

¹³ Cfr. GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1968, p. 699; Roberto Dromi, op. Cit., p. 35; DARDO PÉREZ GUILHOU, *El poder judicial: órgano político y estamental*, en Instituto Argentino de

el estado debe operar homogéneamente, lo que se impone, simplemente, en función del propio principio republicano, pues de otro modo su poder sería contradictorio y, por ende, arbitrario e irracional. Pero esta es una exigencia jurídica, un “deber ser”, que para nada invalida lo que el dato real nos indica del “ser”, esto es, que existen instituciones operadas por hombres y que disputan poder, que si permite que una concentre poder hasta quedar fuera de control, se caerá en el abuso.

Seguiremos hablando aquí indistintamente de “judicial” y de “poder judicial”, básicamente por dos razones: primera porque es la denominación más tradicional, en tanto que la segunda responde a que muy frecuentemente se ha intentado sustituir la denominación con la clara intención de debilitar su independencia y restarle poder, justificando de manera solapada, entre otras cosas, la indebida asunción de funciones judiciales por parte de órganos administrativos.

Nos parece claro que su acento en el “servicio”, por ejemplo, es particularmente parcializador. Sin duda que el judicial tiene un importante aspecto de servicio, en la medida en que los ciudadanos necesitan resolver eficazmente sus conflictos, pero esa función no agota todas las manifiestas y, la insistencia predominante en ella, corre el riesgo de subestimar las restantes. Por cierto que la denominación de servicio podría admitirse en un sentido muy amplio, si se piensa que cualquier función o poder estatal es un “servicio” en sentido republicano, es decir, desde el ángulo del ciudadano¹⁴, pero la confusión que puede generarse entre este empleo amplio o republicano de “servicio” y el más estrecho y específico del derecho administrativo, que lo acerca peligrosamente al más subalterno de “administración de justicia”, nos lleva a no preferir su empleo, sin perjuicio de reconocer el importante aspecto de servicio que tiene cualquier judicial.

Cabe recordar que Kelsen, en alguna medida, contribuyó a la confusión conceptual que llevó a otras opiniones interesadas a sostener que la justicia es una “administración” cuya función no difiere de la restante, olvidando que “la administración carece del

Estudios Constitucionales y Políticos, “El Poder Judicial”, Bs. As., 1989, p. 75.

¹⁴ V. LUCIANO VIOLANTE, *Giustizia come servizio*, en “Democrazia e Diritto”, 4-5, 1986, p. 125.

presupuesto político-jurídico que da razón de esencia y justificación de existencia al poder judicial: la independencia”¹⁵.

Parece bastante claro que, usando la expresión “poder judicial” o la que mejor quiera reemplazarla, el judicial cumple –o debiera cumplir- la función de resolver conflictos, por más que no le sea exclusiva y, por ende, no sea lo caracterizante¹⁶. Efectivamente, los jueces deben resolver conflictos, pero no es posible negar que hay otros organismos que también lo hacen. De allí que algunos autores prefieran caracterizar a la jurisdicción por la fuerza de la *cosa juzgada*: la “forma de aplicación del derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo”¹⁷.

De toda forma, la *cosa juzgada* sería la característica propia de la actividad de resolución de conflictos que es esencia última de la actividad jurisdiccional. En esta actividad, el juez no es legislador, o sea, no resuelve “libremente” los conflictos, sino que lo hace conforme a la ley, pero no es una “máquina de subsumir”¹⁸, sino que “la ley es una norma general para una pluralidad de casos posibles; el derecho, en lugar, decide sobre una situación real, aquí y ahora”¹⁹, para lo cual no sólo debe valerse de la ley como un texto, sino que, más allá de las metodologías jurídicas siempre discutibles, para enfrentar la conflictividad de nuestras sociedades²⁰ debe incorporar datos de la realidad, para lo cual no le basta tampoco con el tan gastado “sentido común” y, aunque no lo quiera, no puede escapar a una valoración de los mismos.

Lo cierto es que se trata de una función de resolución de conflictos con particularidades muy peculiares y que los órganos que la tienen a su cargo se llamen “poder judicial” o como quiera llamárselo, no la

¹⁵ DROMI, *El Poder Judicial*, Mendoza, 1984, p. 110.

¹⁶ Cfr. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, p. 53.

¹⁷ *Idem*, p. 90.

¹⁸ ALESSANDRO BARATTA, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, en “Materiali per una storia della cultura giurídica”, XX, 1, junio, 1990.

¹⁹ ARTHUR KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, en “Rechtsphilosophie im Wandel”, Frankfurt, 1977, p. 157.

²⁰ Sobre ello, JOSÉ EDUARDO FARIA, *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*, Sao Paulo, 1992, p. 152.

podrán cumplir, porque faltaría su esencia, sin un alto grado de *imparcialidad*, es decir, sin que se trate de un ente “supra” o “inter” partes. Si la actividad decisoria no fuese realizada por un “tercero” que está por sobre o entre las partes, sería una decisión adoptada por alguien aliado a una de las partes (parcial) y, por ende, la decisión sería un puro acto de fuerza. La jurisdicción no existe si no es *imparcial*. Esto debe aclararse debidamente: no se trata de que la jurisdicción pueda o no ser imparcial y si no lo es no cumpla eficazmente su función, sino que *sin imparcialidad no hay jurisdicción*. La imparcialidad es de ña esencia de la judicialidad y no un accidente de la misma.

Esa esencia es inimaginable sin cierta independencia del ente que decide, la que, a su vez, importa una cierta cantidad de poder público, aunque sea como *puissance*, si no quiere llamárselo *pouvoir*, aunque en el fondo, no hay ninguna *puissance* o potencia que no se derive de algún poder.

Debe reiterarse que “no hay jueces independientes y sentencias firmes porque lo decide el derecho positivo, sino que el derecho positivo existe como derecho en la medida en que existen tales jueces y son posibles tales sentencias”²¹.

Si bien desde el punto de vista sociológico el poder judicial es un subsistema dentro de la estructura institucionalizada de poder del estado²², aunque este subsistema exista no podremos hablar *materialmente* de que haya “jueces” y actos “judiciales” si los que se limitan a ostentar ese título son funcionarios arbitrarios²³.

No se trata de una cuestión formal, sino de una cuestión material, política y de poder. Pese a todo, para las cuestiones materiales no son indiferentes las palabras y, por ello, preventivamente, preferimos seguir usando la expresión “poder judicial”, porque los otros usos fueron a menudo manipulados para someter a los judiciales a la dependencia servil de los ejecutivos. Esto se observó con mayor insistencia en algunos países en que dominó la llamada “doctrina de

²¹ JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, op. cit., p. 199.

²² JULIO E. SOLER MIRALLES, *Poder judicial y función judicial*, en Instituto Arg. De Est. Constitucionales y Políticos, “El Poder Judicial”, Buenos Aires, 1989, p. 98.

²³ JUAN LUIS REQUEJO PAGES, op. cit., p. 58; DANIEL E. HERRENDORF, *El poder de los jueces*, Xalapa, Ver., 1992, P. 50.

la seguridad nacional” con sus tristemente célebres “estatutos de seguridad”, pero desgraciadamente la tendencia la precedía y también la sobrevive.

La *cuestión del poder* es la que nos obliga a reafirmar sólidamente que, en cualquier caso y en toda circunstancia, hállese de “poder” o se le asigne otro nombre, ello no puede ser pretexto ni racionalización para limitar la independencia judicial, porque un ámbito de poder derivado de una independencia o en una independencia, es incuestionablemente necesario para que haya imparcialidad, sin la cual no hay judicialidad ni jueces, o sea, que sin ella no se concibe directamente la jurisdicción.

De allí que mal entender a Montesquieu, centrarse en la crítica a la tripartición famosa, para pretender minar la independencia judicial, es algo perfectamente inútil, porque la independencia judicial no se deriva de la separación de poderes, sino que surge como exigencia misma de la esencia de la jurisdicción. La cadena conceptual *poder-independencia-imparcialidad-jurisdicción* es de la esencia de lo judicial, y de su sostenimiento depende que haya actividad jurisdiccional o una rama burocrática que se impone por la fuerza de su parcialidad.

3. La independencia judicial.

La clave de poder del judicial se halla en el concepto de “independencia”, pero éste es, como todo lo relacionado con el judicial, bastante equívoco. Por lo general se la asocia a lo judicial por una suerte de acto reflejo, pero continuamente se la quiere reforzar o debilitar, según la posición de poder del operador. Este juego interminable, debidamente manipulado con coberturas ideológicas, oscurece notoriamente un concepto que en sus planteos más claros no es simple, por la pluralidad de aspectos y manifestaciones.

El juez es una persona, dotada por ende con conciencia moral y, en consecuencia, no puede imponérsele la independencia ética o moral, que es algo completamente individual y de su conciencia. El derecho sólo puede *posibilitar* esta independencia moral. La posibilidad o espacio a que nos referimos es la independencia *jurídica* del juez, que es la única de que podemos ocuparnos.

Según Picardi la independencia judicial puede distinguirse en *independencia de la magistratura e independencia del juez*. La primera es condición de la segunda e implica la *autonomía de gobierno* y el *poder disciplinario*. La independencia del juez, por su parte, puede ser *externa e interna*. En cuanto al grado de independencia, distingue entre independencia *fuerte y débil*²⁴.

La independencia de la magistratura en este sentido, es la que corresponde a los órganos o conjunto de órganos judiciales y del ministerio público, es decir, a su autogobierno, que implica el ejercicio del poder disciplinario. En definitiva, sería lo que hemos llamado función de autogobierno del judicial.

La independencia del juez, en lugar, es la que importa la garantía de que el magistrado no estará sometido a las presiones de poderes externos a la propia magistratura, pero también implica la seguridad de que el juez no sufrirá las presiones de los órganos colegiados de la misma judicatura.

Un juez independiente –o mejor, un juez, a secas- no puede concebirse en una democracia moderna como un empleado del ejecutivo o del legislativo, pero tampoco puede ser un empleado de la corte o tribunal supremo. Un poder judicial no se concibe hoy como una rama más de la administración y, por ende, no puede concebirse su estructura en la forma jerarquizada de un ejército. *Un judicial materializado verticalmente es tan aberrante y peligroso como un ejército horizontalizado*.

Cuando en nuestra región se aspira a estructurar poderes judiciales democráticos, por supuesto que una de las premisas consistirá en evitar que sufran las presiones de los fortísimos ejecutivos que conocemos en nuestros derechos constitucionales, no sólo concebidos unipersonalmente en sentido formal, sino de sus poderosísimos aparatos administrativos. Pero igual cuidado debe ponerse en preservar la independencia interna, esto es, la del juez respecto de los propios órganos considerados “superiores” en el interior de la estructura judicial²⁵.

²⁴ NICOLA PICARDI, *L'indipendenza del giudice*, Sto. Domingo, 1989, cit. en “Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina”, UNICRI, Publ. n° 45, Roma, 1992, p. 279 y ss.

En la práctica, la lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la violación a la propia independencia externa²⁶. Ello obedece a que el ejecutivo y los diferentes operadores políticos suelen tener interés en algunos conflictos, en general bien individualizados y aislados (salvo casos de corrupción muy generalizados, o sea, de modelos extremadamente deteriorados), pero los cuerpos colegiados que ejercen una dictadura interna y que se solazan aterrorizando a sus colegas, abusan de su poder en forma cotidiana. A través de este poder vertical satisfacen sus rencores personales, se cobran en los jóvenes sus frustraciones, reafirman su titubeante identidad, desarrollan su vocación para las intrigas, despliegan su egolatría, etc., mortificando a quienes por el mero hecho de ser jueces de diferente competencia son considerados sus “inferiores”. De este modo se desarrolla una increíble red de pequeñeces y mezquindades vergonzosas, de las que participan los funcionarios y auxiliares sin jurisdicción. La maledicencia se convierte en la moneda corriente, hace presa de todos y sustituye a las motivaciones racionales de los actos jurisdiccionales: las sentencias no se confirman, revocan o anulan por razones jurídicas, sino por simpatía, antipatía, rencor, celos con el colega. Si los operadores de un poder judicial verticalizado decidiesen un día dejar de practicar la maledicencia respecto de sus colegas, reinaría en los edificios de sus tribunales más silencio que en los templos.

La presión sufrida por los jueces por lesión a su independencia externa, en un país democrático es relativamente neutralizable, por vía

²⁵ En Alemania se habló de “independencia social” e “independencia interna” (así, K. ZWEIGERT, *Zur inneren Unabhängigkeit des Richters*, en “Fest.f.f.v.Hippel”, Tübingen, 1967, p. 711); otros hablan de “libre decisión dentro de la judicialidad” (Seifert-Hömig, *GG für die BR Deutschland*, cit., p. 461); de “interna” y “externa”, A. PIZZORUSSO, *L’organizzazione della Giustizia in Italia*, Torino, 1985, p. 23 yss; PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, *El juez entre independencia y disciplina*, en “Justicia y conflicto”, Madrid, 1988, p. 138; PIERO CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 67 y ss.; TEMÍSTOCLE MARTINES, *Diritto Pubblico*, Milano, 1990, p. 199; ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *La Justice*, París, 1977, p. 68; CARLO GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1992, p. 21; ROBERTO BERGALI, op. cit., p. 101; de independencia “ad extra” y “ad intra” habla MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, Valparaíso, 1992.

²⁶ Sobre la característica de cotidianeidad de esta violación a la independencia, RIVACOBA, op. cit.

de la libertad de información y de expresión crítica²⁷, pero la que lesiona su independencia interna es mucho más continuada, sutil, humanamente deteriorante y éticamente degradante que ésta. Cuanto menor es el espacio de poder de una magistratura, es decir, cuanto menor independencia externa tiene, mayor parece ser la compensación que buscan sus cuerpos colegiados en el ejercicio tiránico de su poder interno. En una magistratura con estos vicios es casi imposible que sus actos sea racionales.

La independencia interna sólo puede ser garantizada dentro de una estructura judicial que reconozca igual dignidad a todos los jueces, admitiendo como únicas diferencias jurídicas las derivadas de la disparidad de competencias. Este *modelo horizontal* constituye justamente, la estructura opuesta a la verticalizada bonapartista, cuya máxima expresión fue la judicatura fascista. Justo es decir que el modelo fascista está ampliamente superado por algunos disparates vernáculos latinoamericanos.

En síntesis, ambas formas de independencia del juez –la externa y la interna– son igualmente necesarias para posibilitar su independencia moral, o sea, para dotarlo del espacio de decisión necesario para que resuelva conforme a su entendimiento del derecho. Es innecesario sobreabundar en las consideraciones jurídicas y políticas que impiden que un juez dependa del ejecutivo o del legislativo, en cuyo caso es evidente que no sería un juez sino un empleado público, pero se ha reparado menos en la imposibilidad de que dependa de otro órgano judicial, lo que lo convierte en un mero amanuense de la cúpula burocrática.

En cuanto al grado de independencia judicial, varía según los sistemas. Picardi distingue entre una independencia “débil”, que es más bien funcional, y una “fuerte”, que es la que permite ser seriamente considerado un tercero, especialmente en los conflictos con el estado. De cualquier forma, creemos que estas distinciones formuladas en abstracto no son muy útiles, porque como ya hemos comenzado a demostrarlo y el propio Picardi lo reconoce, “sólo de

²⁷ En la Argentina, por ejemplo, el libro de HORACIO VERBITSKY, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, 1993.

una consideración histórica de la posición de la magistratura podrán emerger las principales variables de la independencia del juez”²⁸.

Estas consideraciones y la necesidad de la independencia, como presupuesto o condición indispensable de la imparcialidad, que es carácter esencial de la jurisdicción o judicialidad, bastan para probar que la misma no se deriva de la separación tripartita de poderes, que es una excepción dentro del estado –cuyas funciones se caracterizan por la dependencia-²⁹ y que, al definirse o demandarse en razón de la esencia misma de la actividad jurisdiccional, debe reconocerse que este mismo concepto erradica cualquier pretensión de “independencia absoluta” del juez con el sistema³⁰, lo que sería absurdo. Esta pretensión de “poder separado” total, que llega a concebirse como separación del sistema político mismo, condice a la paradoja aberrante cuando el judicial se siente tan extraño a los otros poderes que incluso reconoce a los usurpadores, porque le ofrecen garantías de “independencia”, que es lo que sucedió en Chile, Perú y, entre nosotros, en los casos de las acordadas de 1930 y 1943.³¹

4. La imparcialidad judicial.

Hemos afirmado que, dentro del marco del modelo democrático, el juez requiere independencia –externa e interna- en la medida en que es presupuesto indispensable de la *imparcialidad*, que es *carácter esencial de la jurisdicción*, El que no se sitúa como tercero “supra” o “inter” partes, no es *juez*.

Cabe preguntarse si estos presupuestos se exigieron también en otros modelos históricamente dados y ese análisis nos muestra que siempre que un conflicto se quiso resolver de un modo que no sea únicamente la arbitrariedad o el poder irracional, se exigía la independencia y la imparcialidad.

²⁸ NICOLA PICARDI, op. cit.

²⁹ JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, op. cit., p. 125.

³⁰ Cfr. K. EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Berna, 1960.

³¹ LUIS PASARA, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, 1982, p. 50.

Incluso en cosmovisiones completamente diferentes de las nuestras, estos requisitos operaban dentro de la lógica de las mismas. Cuando antes del siglo XII los conflictos los resolvía la lucha³² o el azar –que era una de sus formas- también se cumplimentaban los requisitos de imparcialidad e independencia. La decisión final estaba en las manos de Dios, que era nada menos que el máximo de imparcialidad, y los jueces se limitaban a garantizar las condiciones para que no se interfiera esta decisión³³, para lo cual necesitaban la debida independencia de las partes³⁴.

Lamentablemente, así como el concepto de independencia se confundió con discursos contradictorios y con frases hechas, derivándolo de fuentes dudosas y diferentes de su esencial requisito de presupuesto ineludible de imparcialidad, el mismo concepto de imparcialidad fue poco claro.

En medio de la tremenda pugna de poder que siempre hubo en torno del judicial, se cayó en una caricatura de la imparcialidad, identificándola con una imagen altamente empobrecida del juez, estereotipada y gris, concebido sin ideas propias y desvinculado de los problemas de la comunidad y de la sociedad misma. Esta imagen de un juez marginado de la sociedad, que algunas veces llamamos el “juez aséptico”, lo satiriza un autor diciendo que “cuando se apresta a juzgar, debe actuar como un eunuco político, económico y social, y desinteresarse del mundo fuera del tribunal”³⁵.

Es innegable que la imagen del juez aséptico fue alimentada por el perfil resultante de la estructura burocrática europea (bonapartista) que, como vimos, creó el espacio para que varios ideólogos –entre ellos Carl Schmitt- establecieran como una fatalidad la inimputabilidad política de los jueces.

Nadie puede dudar de que un juez no puede responder a las órdenes de un partido político, más allá de que una Constitución o una ley autorice o prohíba la afiliación o la militancia política, lo que es en definitiva anecdótico en una democracia consolidada. Pero al mismo tiempo, es insostenible pretender que un juez no es un

³² Sobre ello, los trabajos de MICHEL FOUCAULT al respecto, especialmente *La verdad y las Formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

³³ Cfr. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, op. cit., p. 118.

³⁴ Cfr. ZAFFARONI, *Sociología Procesal Penal*, México, 1969.

³⁵ J. A. G. GRIFFITH, *Giudici e politica in Inghilterra*, Milano, 1980, p. 188.

ciudadano, que no participe de cierto orden de ideas, que no tenga una comprensión del mundo, una visión de la realidad. No es posible imaginar un juez que no la tenga, simplemente porque no hay hombre que no la tenga, por simple o errada que la podamos juzgar. El “juez eunuco político” de Griffith, realmente, es una ficción absurda, una imagen inconcebible, una imposibilidad antropológica.

La tarea de interpretar la ley para aplicarla al caso concreto, es ardua, equívoca y discutible. Si no lo fuera estarían demás las bibliotecas jurídicas. No cabe duda de que frente a ciertos problemas no interpreta la ley de la misma manera un conservador y un liberal, un socialista y un demócrata cristiano, pero ello no obedece a que ningún comité partidario les imparta órdenes y menos aún a corrupción, sino, fuera de cualquier patología institucional, ello obedece a una cierta coherencia necesaria y saludable entre la concepción del mundo que cada uno de nosotros tiene y nuestra concepción del derecho /que es algo que “está en el mundo”).

El juez no puede ser alguien “neutral”, porque no existe la neutralidad ideológica, salvo en la forma de apatía, irracionalismo o decadencia del pensamiento, que no son virtudes dignas de nadie y menos de un juez. Como bien se ha señalado, “ni la imparcialidad ni la independencia presuponen necesariamente la neutralidad. Los jueces son parte del sistema de autoridad dentro del estado y como tales no pueden evitar ser parte del proceso de decisión política. Lo que importa es saber sobre qué bases se toman esas decisiones”.^{35 bis}

Al no existir la “neutralidad” ideológica, al mostrarse su proclamación como simple cobertura consciente o inconsciente de una parcialidad ideológica, al resultar su pretensión sólo un signo de escasa inteligencia o de inmadurez omnipotente, el interrogante que se plantea es cómo puede operar imparcialmente –tal como lo exige la judicialidad- quien, por el mero hecho de su condición humana, siempre es “parcial”. Hace muchos años esta paradoja la ponía de manifiesto Carnelutti, aunque terminaba exigiendo del juez una suerte de “superhumanidad” que no compartimos en absoluto³⁶.

En el marco de un sistema político autoritario, la solución a esta aparente paradoja sería imposible, o sea que, un sistema autoritario

^{35 bis} Idem, p. 191.

³⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, *Le miserie del proceso penale*, Torino, 1957.

siempre tendrá jueces parciales (es decir, jueces que lo serán poco o no lo serán), lo cual, por otra parte, es lo que es sistema autoritario quiere, porque demanda parcialidad y le molesta la imparcialidad, aunque declame lo contrario.

La preocupación por la imparcialidad, en nuestra concepción del mundo y del derecho, es decir, en el marco conceptual de las modernas democracias, es algo que interesa sólo a las democracias que, además, son las únicas que están en condiciones de proveerla.

Un sistema democrático, entre otras cosas, se caracteriza por su pluralismo ideológico y valorativo y, aunque no necesariamente toda democracia estructura un poder judicial completamente acorde con ella, en la medida en que la misma se profundiza y perfecciona, el poder judicial también se pluraliza, mediante una estructura que permite que en su seno convivan personas con disparidad interpretativa, que se produzca el debate interno, que operen las tensiones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho.

No hay otra imparcialidad humana que la proveniente del pluralismo, y éste sólo es posible dentro de un modelo democrático de magistratura que permita los agrupamientos democráticos y espontáneos y el control recíproco dentro de su estructura.

Por oposición a la imparcialidad garantizada por el pluralismo ideológico dentro de la magistratura, lo único que se ofrece como alternativa es la falsa imagen de un juez ideológicamente aséptico, lo que no pasa de ser una construcción artificial, un producto de la retorta ideológica, un homúnculo que la realidad rechaza. La promoción de este estereotipo no produce más que jueces completamente arbitrarios y voluntaristas, porque no hay mayor arbitrariedad que la de quienes creen realmente que son “objetivos”. Nadie pretende imponer a otros sus valores subjetivos sino bajo el pretexto de su “objetividad”. Todas las intolerancias son producto de estos discursos. Si la estructura judicial está muy deteriorada y ya ni siquiera se trata de producir jueces “asépticos” en sentido burocrático, sino de hombres completamente sometidos a los designios del poder de turno, con el consiguiente efecto corruptor, la “asepsia” pasa a ser sólo la máscara o pretexto para los comportamientos más inconfesables.

5. Independencia, imparcialidad y politización.

Hasta aquí hemos señalado que la imparcialidad a nivel humano sólo puede garantizarse mediante el pluralismo, pero para que éste efectivamente se realice es necesario que cada uno asuma y exprese su propia concepción del derecho, que presupone una concepción del mundo, o sea, un cierto sistema de ideas. Sólo así habrá debates y tensiones propias del pluralismo democrático.

No cabe duda que esta función implica un ejercicio de poder que no puede menos que ser *político*. Esta afirmación suele producir escozor porque, como todo lo relacionado con el judicial, da lugar a gravísimos malentendidos. Es un lugar común el rechazo frontal a la “politización” del poder judicial. Sin embargo, como no se define “politización”, las confusiones alcanzan un nivel máximo y verdaderamente peligroso, frecuentemente traducido en que esta frase hecha provoque precisamente lo que con ella se quiere evitar.

En principio, los poderes judiciales no pueden dejar de estar “politizados” en el sentido de que cumplen *funciones políticas*³⁷. Se admita la separación de poderes a nivel especulativo o si se prefiere, que se hable sólo de separación de funciones en razón de que el poder estatal debe ser único, lo cierto es que siempre que se habla del judicial se está mentando una rama del gobierno, y hasta etimológicamente sería absurdo pretender que hay una rama del gobierno (que no puede menos que ejercer un poder público, estatal) que no sea política en el sentido de “gobierno de la polis”. No se concibe una rama del gobierno que no sea política, justamente porque es gobierno. El sistema de *checks and balances* entre los poderes –o funciones, si se prefiere– no es más que una distribución del poder político. Cada sentencia es un servicio que se presta a los ciudadanos, pero también es un acto de poder y, por ende, un acto de gobierno, que cumple la importante función de proveer la paz interior mediante la decisión judicial de los conflictos. La participación judicial en el gobierno no es un accidente, sino que es de la esencia de la función judicial: hablar de un poder del estado que no sea político es un contrasentido.

³⁷ GERMÁN BIDART CAMPOS, *La Corte Suprema*, Buenos Aires, 1982, p. 17; NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial*, en LL, 1981-D-945.

Por consiguiente, no sería posible “despolitizar” al judicial en el sentido amplio de la función esencialmente política que cumple.

La separación entre lo “político” y lo “judicial” se ha intentado desde otro ángulo, dentro de la sociología sistémica, particularmente por Luhmann³⁸, para quien el sistema jurídico sería una totalidad de *inputs* y *outputs*: los primeros serían los datos tomados en cuenta en clave dogmática, esto es, en cuanto perspectiva de pasado que no releva sus consecuencias sociales, en lo que consistiría la actividad judicial (despolitizada), en tanto que los segundos serían los datos de sus consecuencias, en perspectiva de futuro y, por ende, política. Esto permitiría que el poder político o despolitice los conflictos, según sea la sede en que mejor los resuelva el sistema.

En este sentido sistémico y, aunque no se comparta su fundamento, resulta cierto que el juez no puede practicar un “derecho libre” y resolver los conflictos como si no existiese la ley, pero no estamos tan seguros de que el juez deba desentenderse totalmente de las consecuencias de sus sentencias y, de hecho, esto no sucede. De todas formas, ésta es casi una cuestión metodológica, que no es lo que usualmente se quiere decir cuando se habla del rechazo a la “politización” del poder judicial. En otras palabras, autores no sistémicos señalaron también que “politización” significa arbitrariedad, porque el juez se aparta decididamente de la solución normativa y decide conforme a su propia solución política³⁹. Si bien esto implicaría un abuso del poder judicial, insistimos en que no concreta la idea que usualmente se maneja al criticar la “politización”, que es mucho menos técnica.

Efectivamente, si analizamos la mayor parte de los autores que critican la “politización” y aún la mayor parte de los legos que lo hacen, veremos que en definitiva, lo que se critica es la parcialidad del juez por efecto de la presión de partidos políticos⁴⁰, por lo que

³⁸ N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978; sobre ello, CELSO FERNANDES CAMPILONGO, *Magistratura, sistema juridico e sistema politico*, en JOSÉ EDUARDO FARIA (Org.), op. cit., p. 111; también MARÍA ROSARIA FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura professione e sistema politico*, Bari, 1984, p. 56.

³⁹ GIUSEPPE BETTIOL, en “Atti del Convengo su ‘La crisi della Giustizia in Italia’”, Firenze, 1970.

⁴⁰ NORBERTO BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, en “Quale giustizia”, 1971, p. 268-274.

quizá sería más correcto hablar de parcialidad partidista o “partidización” del poder judicial⁴¹.

En sentido más feliz, puede decirse que no sería posible “politizar” un ejercicio de poder público que es esencialmente político, pero sí es posible “partidizarlo”, con lo cual se le resta judicialidad porque se le priva del presupuesto de la imparcialidad. Someter a los jueces a las directivas de un partido político, de una corporación económica, de un grupo de poder cualquiera, importa en definitiva cancelar su “judicialidad”.

Se trata pues, de dos fenómenos diferentes y que, por ende, reclaman una nítida distinción: por un lado, cuanto más consciente es un poder judicial de su rol político, es más idóneo para cumplirlo y, por ende, para desempeñar sus funciones, que siempre son políticas; por el contrario, cuanto más partidizado o parcializado se halle un poder judicial, menos judicial será. La partidización no es más que una cancelación de la dimensión democrática de la estructura judicial, suprema del pluralismo.

Lo cierto es que el justificado rechazo de la partidización (patología institucional) ha sido manipulado como rechazo de la politización misma y confundido con ella, sembrando desconcierto en la opinión técnica y pública, fortaleciendo la imagen de un inconcebible poder no político del estado, detrás de la que se halla la torturada imagen del juez aséptico al que se considera un inimputable político, o sea que se ha manipulado la “partidización” para propugnar un “apoliticismo” del juez, que siempre implica una política judicial bien conocida⁴² y, por cierto, no precisamente democrática ni republicana.

Solo aclarando los términos, distinguiendo nítidamente entre “politización” y “partidización”, se puede entender que “despolitizar” al poder judicial implica restarle funciones propias, reduciendo su poder hasta hacerlo incapaz de cumplir sus funciones; en tanto que “despartidizar” al poder judicial significa democratizarlo, pluralizarlo y, por ende, hacerlo más idóneo para sus funciones manifiestas.

No debe creerse que con estas declaraciones concluye el problema, porque las confusiones siguen y, en tren de hacer que nadie entienda

⁴¹ GIUSEPPE BORRÉ, *Indipendenza e politicita della magistratura*, en Luigi Zanchatta, op. cit., p. 145.

⁴² ROBERTO BERGALI, op. cit., p. 113.

nada, la cuestión de la partidización parece reducirse, por parte de algunos, a la militancia o afiliación política de los jueces. Es casi un dogma entre nosotros, que los jueces no pueden intervenir en política⁴³. Se deduce de ello que cualquier intervención del juez en política pone en peligro su imparcialidad.

Esta es otra falsedad discursiva gravísima: prueba de ello es que hay países en los que los jueces tienen terminantemente prohibido afiliarse o militar políticamente u sus poderes judiciales están completamente partidizados, al punto de una terrible degradación corrupta. Por el contrario, hay países en los que los jueces no tienen inhabilidades políticas, al menos hasta el momento de postular candidaturas o de obtener cargos electivos incompatibles, y, sin embargo, sus poderes judiciales no están partidizados.

El criterio de las Constituciones de Europa sobre la posible militancia política de los jueces no es unánime. La Constitución española lo prohíbe (art. 127 inc. 1º)⁴⁴, pero la italiana no lo hace y la alemana no prohíbe la afiliación, haciendo una vaga referencia en la ley de 1961 que no parece implicar prohibición⁴⁵. Existe un amplio debate al respecto en Europa y, de hecho, eminentes políticos que a la vez son juristas y catedráticos usualmente son promovidos al menos a los tribunales constitucionales. Por otra parte, en los tribunales ordinarios, es bien conocida la filiación política de sus miembros, aunque no tengan participación directa en partidos políticos.

Es interesante señalar que en Europa la habilidad partidaria de los jueces es generalmente reivindicada por las izquierdas, en tanto que en América Latina suelen hacerlo las derechas. Esto se explica porque en nuestra región es común el intenso intercambio de personas entre el ejecutivo, el legislativo y las cúpulas judiciales, en tanto que las izquierdas latinoamericanas no han experimentado aún ese intercambio de personas o bien el mismo es apenas incipiente.

La cuestión de la afiliación y militancia política de los jueces no puede resolverse afirmativa o negativamente con valor universal, sino

⁴³ Por ej., ROBERTO DROMI, op. cit., 1992, p. 56.

⁴⁴ Sobre la prohibición de actividad política a los jueces en España, PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, *Democracia autoritaria y administración de justicia en España*, en Ventura Perez Mariño (Comp.), "Justicia y delito", Univ. Int. MENÉNDEZ PELAYO, 1983, p. 14.

⁴⁵ Cfr. DIETER SIMON, op. cit., p. 88.

frente a las concretas estructuras políticas y a los mismos modelos de estado. La partidización de los judiciales, como vimos, puede tener lugar sin que los jueces tengan militancia política, de modo que el fenómeno en sí es independiente de esta circunstancia. Cuando la afiliación o militancia no se prohíbe y de hecho se produce, esto puede importar una partidización o no, dependiendo del contexto.

Es obvio que cuando nos hallamos con autoritarismos o totalitarismos en que es obligatoria o poco menos la afiliación al partido jurídica o fácticamente único, esto es una muestra de un poder judicial partidizado, pero no está partidizado por la afiliación al partido oficial, sino por el sometimiento político del judicial, del que la afiliación obligatoria no es más que un extremo signo.

La partidización de un judicial se consigue, fundamentalmente, por la presión que los partidos y fracciones pueden hacer para la designación y remoción de los jueces. Poco importa que el juez esté o no afiliado al partido o fracción de que se trate, porque la partidización se produce simplemente porque está sometido al mismo o a la misma. Si el juez llega al extremo de ser un militante del partido es un dato coyuntural, porque lo decisivo es que depende de él, de su nombramiento y sostenimiento político, de su apoyo para perspectivas de ascenso, etc.

Por el contrario, en un sistema donde los jueces sean designados por concurso⁴⁶, gobernados por un cuerpo plural, removidos por un jurado también plural y con las debidas garantías y poco sea lo que los partidos y fracciones políticas pueden hacer para promoverlo o removerlo, la partidización no existe, aunque el juez sea afiliado y militante político, porque esa participación no es para él más relevante que la de participar en una iglesia o en un club deportivo. El riesgo de parcialidad cuando se trate de conflictos puntuales que afectan a su partido o a sus correligionarios no es mayor que respecto de conflictos que afectan a su iglesia, a su club o a cualquier otra asociación a la que pertenezca, lo que incluso se puede controlar por vía de excusación y recusación.

⁴⁶ Sobre la íntima relación entre la forma de selección y la independencia ROBERTO BERGALLI, *La quiebra de los mitos. Realidades de la independencia judicial y de la selección de los jueces en Latinoamérica*, en “Sociología del diritto”, 1992, I, 63.

Como vemos, la partidización del poder judicial es un problema de independencia y de imparcialidad, que no se resuelve prohibiendo a los jueces la afiliación o la militancia o inhabilitando a los ciudadanos porque ejercen un elemental derecho en toda democracia, como es el de afiliarse y militar políticamente. Si un ciudadano que milita políticamente gana limpiamente un concurso público de antecedentes y oposición en el marco de una estructura judicial independiente, no vemos las razones para inhabilitarlo, o, por lo menos, no vemos menos razones que para inhabilitarlo porque sea practicante de una religión, integre un cuadro deportivo o sea conocido por su lucha en la sociedad protectora de animales. En tal contexto sería casi discriminatorio. Igualmente, es lógico –y se lo percibe con naturalidad- que cuando los cuerpos políticos deben designar en Europa sus jueces para los tribunales constitucionales, lo hagan nombrando juristas destacados que no son ajenos a los partidos y que muchas veces han tenido una militancia política ampliamente reconocida.

Inversamente, cuando en una estructura judicial dependiente, se designa a cualquier oscuro abogado por sus vinculaciones políticas o profesionales, familiares, sociales, etc., con el poder de turno, todos sabemos lo que eso significa y su anterior militancia o afiliación no haría más que confirmar lo que ya sabemos. Cuando el autoritarismo es tan expreso que se le exige fácticamente la afiliación al partido oficial, esto no pasaría de ser una confirmación de la naturaleza del régimen político de que se trata, es decir, su mero sinceramiento.

Lo cierto es que los hombres tienen ideologías, que no pueden dejar de tenerlas, que los hombres que se desempeñan como jueces tienen una afiliación política y que, aunque sea privadamente, ésta se expresa⁴⁷ y trasciende, como también se expresa tanto por su actividad extrajudicial como por las ideas que plasman en sus sentencias. La partidización no es un problema que dependa del conocimiento más o menos público de la filiación política de los jueces, sino que, directamente, es un problema de independencia judicial y de imparcialidad. *Un juez no es parcial porque tenga una filiación política, sino porque depende para su nombramiento, permanencia, promoción y remoción de un partido político o de un grupo de poder.* Cuando una estructura judicial garantiza el pluralismo evitando esta dependencia, en el marco de una democracia

⁴⁷ GRIFFITH, op. cit., p. 190.

con libertad de expresión y de crítica, el control público de la actividad judicial se facilita, pues cualquier parcialidad será más fácilmente observada y denunciada por los grupos de diferente opinión en lo interno y por la opinión pública en general.

CAPITULO V

MODELOS DE ANALISIS

1. La dinámica de los modelos. – La estructura judicial inglesa.
- 3. La estructura judicial norteamericana. – 4. La estructura judicial en los socialismos “reales”. – 5. La estructura japonesa. – 6. La estructura judicial alemana.

1. La dinámica de los modelos

Los comparatistas de los últimos lustros solían reiterar que hay tres modelos básicos de magistratura (anglosajón, francés y soviético). Debieron agregar, con la aparición de los modelos de posguerra (Italia, España, Portugal, etc.) un cuarto modelo, que ahora vuelve a ser tercero con la desaparición del soviético¹. En realidad, nos parece que esta clasificación tiende a identificarse con los modelos jurídicos generalizados en el derecho comparado, más que con las estructuras de las magistraturas en sí mismas.

Por nuestra parte, ateniéndonos directamente a los modelos existentes de poderes judiciales o de magistraturas, creemos que el panorama es desconcertante, como suele suceder con las comparaciones institucionales que se llevan a cabo mediante un corte transversal, es decir, prescindiendo de su genealogía y gestación o sea, de su dinámica histórica.

La magistratura, tal como la conocemos en la actualidad, es un producto europeo, que con la Revolución Francesa consolida la figura del juez como funcionario público, pero que tiene sus incuestionables antecedentes en Inglaterra y Alemania. Su dinámica originaria no fue efecto de una teorización sino de la *experiencia política* diferenciada de Francia, Alemania e Inglaterra. En este sentido puede afirmarse que los modelos fueron originariamente *empíricos*. El pasaje de la institución judicial a América del norte también tuvo lugar en base a un modelo empírico, que se fue formando a través de la lucha entre el partido centralista (con el que se identificaba la Corte Suprema) y los poderes locales.

¹ ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche*, en Luigi Zanchetta, op. cit. p. 159.

Como sucedió con todas las instituciones, el judicial fue afectado por dinámicas superadoras de los modelos empíricos o primitivos, pero que no necesariamente se siguieron en todos los países, puesto que muchos de ellos quedaron aferrados a esos modelos empíricos o primitivos, tratando de paliar sus defectos por otros medios. Así como la república fue pensada por los europeos y realizada en América, y mientras muchos países avanzaban profundizando el camino republicano otros se quedaron con el régimen monárquico, mientras algunos países teorizaron y racionalizaron las funciones judiciales, otros permanecieron apegados a los modelos empíricos y los retocaron también en función de la mera experiencia de poder concreto.

Lo primero que se detectó para superar el mero modelo empírico primigenio, fue la *necesidad de calificar técnicamente a los jueces*. Esa necesidad fue relevada por Federico II de Prusia, liderando las ideas de la Ilustración alemana a partir de su ascenso al trono el 31 de mayo de 1740², con el establecimiento de una auténtica burocracia judicial, cuyo modelo sería el más completo antecedente del posteriormente montado por Napoleón. Los ingleses, respecto de la misma necesidad, la resolvieron apelando a la selección de sus jueces entre los abogados de mayor prestigio del país. Los únicos que no advirtieron esa necesidad fueron los revolucionarios franceses, que subestimaron la función judicial y jurídica en general, aunque la ilusión les duró poco tiempo.

La satisfacción de la necesidad de calificación técnica de los jueces dio lugar a una superación del modelo primitivo, que fue reemplazado en muchos países por un *modelo técnico-burocrático*, cuya tendencia más marcada es la estructuración de la magistratura en la forma de una carrera verticalizada, gobernada por sus cúpulas y sin más funciones que las de resolver los conflictos y autogobernarse en cierta medida. Se trata del modelo prácticamente extendido a toda Europa en el curso del siglo pasado y que permaneció casi intacto hasta la Segunda Guerra Mundial.

Entre el modelo empírico-primitivo y el técnico-burocrático median grados, pues caracterizándose el segundo por requerir una selección técnica, se observó con razón que la misma puede ser “fuerte” o

² Cfr. EBERHARD SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, p. 236.

“débil”³, siendo fuerte cuando tiene lugar por medio de un mecanismo estricto (concurso público de antecedentes y oposición, por ejemplo) y débil cuando la ley o la tradición se limitan a imponer un escalafón (entrenamiento puramente burocrático o *cursus honorum* interno). En los modelos reales, cuanto más débil es la selección técnica, más cerca se hallará de los modelos empírico-primitivos y viceversa.

Cuando las circunstancias políticas demostraron que los modelos tecno-burocráticos eran disfuncionales en las modernas democracias, éstas ensayaron en la posguerra europea los nuevos modelos horizontalizantes, pluralistas y con distribución orgánica funcional, que son los *modelos democráticos contemporáneos*, o sea, los modelos de las democracias modernas, desarrolladas en el último medio siglo.

Se trata de los modelos con órgano de gobierno plural y separado de las cúpulas o últimas instancias, tribunal de unificación jurisprudencial altamente técnico y dividido en salas especializadas y tribunal de justicia política y control constitucional con competencia centralizada y nominación diversificada.

Este modelo democrático contemporáneo también presenta grados de realización, según que sus caracteres concretos lo alejen más o menos del modelo tecno-burocrático.

En la realidad, podemos observar que los tres modelos subsisten, como “coetaneidad de lo no coetáneo”⁴, es decir, como resultado de cualquier fenómeno de dinámica institucional, en que subsisten instituciones que ya no tienen su sentido originario, pero que han ido cobrando nuevas funciones reales o latentes.

Por consiguiente, los tres modelos son producto de momentos históricos diferentes, como *tres estadios de la evolución política de la magistratura*, pero que por subsistir hasta nuestros días, nos sirven para el análisis político de las magistraturas actuales.

Los caracteres, marcos y efectos de estos modelos, en general, los podemos sintetizar del siguiente modo:

a) *Modelo empírico primitivo*. En este modelo la selección, por definición, carece de nivel técnico, o sea que rige la arbitrariedad

³ Cfr. PICARDI, op. cit.

⁴ Cfr. KARL MANNHEIM, *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, Buenos Aires, 1958, p. 24.

selectiva. El nivel del servicio que se presta, debido a la pobreza técnica, sólo puede ser precario. El perfil del juez tenderá a ser deteriorado con cierta tendencia partidizante. Su independencia no puede considerarse asegurada. El control de constitucionalidad, si existe, es precario y circunstancial. La seguridad jurídica para la inversión productiva será muy relativa, al menos en lo que dependa de la actividad jurisdiccional, o sea que a este nivel será un factor de fomento de las inversiones que compensan riesgos con lucros o rentas desproporcionadas, salvo que otros factores operen en forma neutralizante. La cultura jurídica no puede ser rica por falta de estímulo y, en definitiva, el propio estado de derecho se presentará como dudoso. El contexto general será el de países no democráticos o democracias poco estables o escasamente desarrolladas, salvo que, por otros factores, la sociedad le ponga coto al poder estatal o que el propio estado le ponga coto a las deficiencias de la función política del judicial mediante instituciones controladoras y limitadoras.

b) *Modelo tecno-burocrático*. Al erradicarse la arbitrariedad selectiva, se garantiza el nivel técnico de la magistratura. Necesariamente la calidad del servicio es superior al anterior modelo, aunque se mueve por carriles siempre más formalizados. El perfil del juez no deja de ser deteriorado, pero aquí con marcada tendencia a la burocratización “carrerista”. La independencia, en el mejor de los casos, es sólo externa. Por ende el control de constitucionalidad, si existe, tiene bajo nivel de incidencia. Mejorará un tanto la condición que este judicial proporcione para la seguridad de la inversión productiva razonable. Aunque la cultura jurídica sea superior, no tendrá estímulo para alcanzar verdadero vuelo teórico, con tendencia a los métodos exegéticos y a los argumentos pragmáticos. Se podrá afirmar que favorece un estado de derecho, pero de carácter legal (no constitucional). El marco general no difiere mucho del anterior, aunque corresponde a un contexto más estable, pero no necesariamente más democrático y que puede ser, incluso, abiertamente autoritario.

c) *Modelo democrático contemporáneo*. Conserva la selección técnica del anterior, incluso perfeccionada mediante un mejor control sobre los mecanismos selectivos. La calidad del servicio se mantendrá, aunque mejorará por efecto de la reducción de la formalización a través del impulso que le proporcione el control de constitucionalidad permanente. El perfil del juez tenderá a ser el de un técnico politizado (no partidizado ni burocratizado). La independencia

se asegura mejor que en los otros modelos, tanto externa como internamente. El control de constitucionalidad se privilegia con un tribunal nominado por selección dispersa, lo que eleva su nivel. En lo que depende de la magistratura, serán mejores las condiciones para la inversión productiva razonable. La cultura jurídica se elevará, por efecto del vuelo teórico que requiere operar con una magistratura pluralista y, por ende, dinámica. El estado de derecho se fortalecerá tendiendo a la forma constitucional. En la medida en que esta estructura sea real y no se reduzca a una planificación constitucional desvirtuada por vicios instrumentales, el marco general no puede ser otro que el de una democracia.

La tentativa de utilizar los tres momentos evolutivos como modelos de análisis contemporáneos puede juzgarse insuficiente si se interpretan erróneamente algunos modelos históricos, especialmente los anglosajones, que suelen mencionarse ejemplarmente.

A nuestro entender, los modelos anglosajones también son susceptibles de ser sometidos al análisis que ensayamos, porque no escapan a la triple perspectiva, siempre que se comprenda su dinámica. Las estructuras judiciales inglesa y norteamericana corresponden básicamente al modelo empírico, debiendo notarse que su forma actual responde a la circunstancia de que también por vía empírica (es decir, impulsados por la pura experiencia política) ensayaron la superación de los defectos del modelo primitivo. Se trata de modelos empíricos que evolucionaron por cauces diferentes de los que dieron lugar a los modelos tecno-burocráticos y democráticos contemporáneos de Europa continental, tratando de neutralizar las mismas carencias que impulsaron allí la aparición de esos modelos. Aunque nunca son buenas las metáforas biologists, pareciera tratarse de algo análogo a las tentativas de la vida en el curso evolutivo planetario en que, para superar un estadio, ensaya varios caminos, aunque no todos tengan éxito. El judicial inglés logró neutralizar varias de las carencias primitivas, pero por un camino lento, secular, original y no limitable en nuestros países, aunque pudiéramos tomar en cuenta algunas soluciones particulares, como la participación popular directa. En cuanto al judicial norteamericano nos parece que sigue siendo un modelo primitivo con muy pocos cambios y no todos recomendables. Podría decirse que prácticamente el único defecto del modelo empírico-primitivo que logró combatir con éxito, ha sido el de la corrupción pecuniaria.

Nos detendremos con más detalle en las precisiones de ambas estructuras, necesarias para demostrar brevemente lo que acabamos de afirmar. Pasaremos luego a otras estructuras judiciales que, generalmente, mueven la curiosidad del comparatista, para comprobar que son susceptibles de análisis conforme al modelo triple que hemos ensayado. En este sentido, nos ocuparemos de las características estructurales que tenía la estructura soviética que, para nosotros no constituía un nuevo modelo, sino un caso de modelo empírico-primitivo. Por último, veremos los rasgos salientes de las estructuras de Japón y de Alemania, que consideramos casos particulares del modelo tecno-burocrático, del que el judicial japonés es, prácticamente, el paradigma.

2. La estructura judicial inglesa.

Las magistraturas europeas surgieron con estructuras configuradas empíricamente, o sea, respondiendo a concretas razones de luchas de poder. A medida que se formaban los estados nacionales, más claramente se percibía la necesidad de resolver conflictos y, sobre todo, el formidable poder que conlleva esa atribución. No es de extrañar, pues, que la magistratura europea nazca de la lucha entre el poder monárquico centralizador y el poder de las noblezas feudales locales.

Esta lucha tuvo destino diferente en Francia y en Inglaterra. En Francia la lucha siguió hasta la Revolución, porque el rey nunca pudo imponerse completamente a las noblezas provincianas que, consiguientemente, conservaron casi todo el poder jurisdiccional, ejercido a través de sus “parlamentos”. El rey francés conservaba sólo una jurisdicción limitada, que “delegaba” o “retenía”, según las circunstancias, generando el caos a que hemos hecho referencia antes. En Inglaterra, por el contrario, la cuestión se resolvió rápidamente a favor del rey y toda la jurisdicción se ejerció por su delegación a través de las cortes de Westminster, que instituyeron jueces itinerantes, para reducir al mínimo las competencias locales.

En Francia, la lucha entre el poder central y las noblezas provincianas la cierra recién la Revolución; al imponer al juez “funcionario”. En Inglaterra, habiendo triunfado el poder central, la dinámica posterior la determinaron las luchas entre el poder real y el

parlamento, que por un lado, limitaron la intromisión del poder real en la jurisdicción y, por otro introdujeron la tradición –sostenida hasta hoy- de seleccionar a los jueces ingleses entre los abogados de mayor prestigio, lo que dio lugar a que los mismos no sean de “carrera” en el sentido burocrático, aunque tengan considerable calificación técnica⁵.

En este último sentido, es dable observar que entre los jueces ingleses no se fomenta el “carrerismo”, porque “no se prevé en particular ningún mecanismo formal de progresión: la designación de juez no representa el primer peldaño en ninguna carrera. El que acepta cumplir una función judicial –escribe Lord Denning- debe saber que quedará para siempre en la misma posición, sea que se trate de la función de juez de la *High Court* o de una corte de condado o de *stipendiary magistrate*. Una de las mayores garantías de independencia del juez inglés reside, precisamente, en el rechazo de la carrera u del carrerismo”. En los últimos años se ha resentido un tanto esta norma, notándose cierta tendencia a la promoción en la designación de las cúpulas⁶.

Los jueces superiores ingleses son poco más de mil, que deben ser escogidos entre los *barrister* (unos cuatro mil), con exclusión de los “solicitor” (unos treinta mil”. Los candidatos suelen tener entre cuarenta y cinco y sesenta años, de modo que el círculo de candidatos es aún más limitado. Hasta la primera se elegían *barrister* con cierta militancia política, pero desde entonces se prefirieron consideraciones más técnicas. De cualquier manera y aunque no haya un “carrerismo” burocrático, lo cierto es que los jueces de los tribunales máximos (*House of Lords* y tribunales o cortes de apelación) son elegidos entre los de menor instancia, no siendo usual que un *barrister* sea nombrado directamente en esos tribunales⁷.

De alguna manera, puede observarse un *cursus honorum*, en que la selección determina la posición de *barrister*, que limita mucho el círculo de posibles candidatos. El éxito profesional, como criterio de selección previa de los candidatos, proporciona una marcada

⁵ NICOLA PICARDI, op. cit.

⁶ NICOLA PICARDI, *La posizione dei tribunali tra le istituzioni dello stato nei paesi occidentali*, en Juan Iगतua Salverría (coord.), “Los jueces en una sociedad democrática”, Oñati 1987, pp. 38-39.

⁷ VINCENZO VIGORITTI, *Note su reclutamento, organizzazione e responsabilità dei giudici in Inghilterra*, en LUIGI ZANCHETTA, “Governo e autogoverno della magistratura nell’Europa Occidentale”, Milano, 1987, p. 81.

tendencia pragmática en la jurisprudencia e inclina notoriamente a la conservación de las tradiciones y a resistir las innovaciones.

Aunque no existe un tribunal supremo formal que ejerza el control constitucional, la regla del precedente da lugar a una constitución material sumamente rígida. El rol del tribunal supremo lo cumple la cámara de los Lores, que es el tribunal de última instancia en las causas civiles, y que ejerce su jurisdicción en base al criterio de un especial grupo de lores vitalicios (no hereditarios) que son los lores jurídicos o de apelación, cuya comisión es realmente la corte suprema inglesa⁸. La cámara de los Lores está presidida por el Lord Canciller, que ejerce el gobierno del judicial y nombra a los jueces inferiores, en tanto que los superiores son nombrados por el primer ministro, aunque en consulta con el mismo Lord Canciller, que también integra el gabinete.

Como puede observarse, se trata de una justicia sumamente verticalizada, necesariamente muy poco creativa, sin demasiadas demandas teóricas debido a la fuerza del precedente, y con una fuerte ingerencia política en las designaciones, que se compensa porque la tradición impone una selección realizada en un círculo limitado de candidatos, que son siempre abogados con más de veinte años de experiencia, lo que se reduce aún más para la elección de las cúpulas. Sus defectos pueden compensarse en parte con la incorporación de abogados como jueces de tiempo parcial y la participación popular. De cualquier manera, no puede obviarse que casi todos los jueces son egresados de las universidades más caras del país⁹ y, por ende, pertenecen a las clases sociales más acomodadas, que son las únicas con capacidad para financiar esa educación.

El complicado sistema inglés es producto de esa larguísima tradición, en cuyo curso se fueron estableciendo sutiles contrapesos que no podrían imitarse fácilmente fuera de ese contexto de general

⁸ Cfr. ANTHONY H. BIRCH, *British system of government*, London, 1990; Foreign and Commonwealth Office, *El sistema de gobierno del Reino Unido*, 1991; *Ordenamiento jurídico y sistema judicial del Reino Unido*, 1991; HEINRICH REYNOLD, *Justiz in England, Eine Einführung in das englische Rechtsleben*, Köln, 1968; A. K. R. KIRAFLY, *The english legal system*, London, 1978; T. C. Martley –J. A. G. Griffith, *Governmente and law. An introduction to the working of the Constitution in Britain*, London, 1981, p. 174; D. C. M. YARDLEY, *Introduction to british Constitutional Law*, London, 1990, p. 61.

⁹ Cfr. GRIFFITH, op. cit.

respeto a la tradición, pero tampoco es injustificada la crítica que apunta a su composición elitista.

La descripción de este estructura nos muestra un modelo empírico que no difiere mayormente de otros, salvo en que corrigió en parte sus defectos en base a tradiciones respetadas puntillosamente, que hicieron que lograra nivel técnico sin necesidad de generar una burocracia judicial “carrerista”, pero que al mismo tiempo pareciera inclinarse a un pragmatismo que lo separa del mundo académico, que no estimula la teorización jurídica y que vuelve toda la estructura demasiado rígida y, sin duda, marcadamente elitista, aunque esto pueda compensarse en parte con la mayor movilidad vertical propia del estado de bienestar.

Entre las tradiciones deben contarse, muy especialmente, la alta respetabilidad social de los jueces y el fuerte prestigio y rígido control corporativo de la abogacía, que no son datos que puedan ignorarse ni improvisarse fuera de ese contexto cultural, al igual que el interés y la participación popular directa.

Los países de Europa continental comprendieron claramente que el camino inglés no era transitable, fuera de sus bondades y defectos, salvo en lagunas soluciones particulares, pues su sistema de pesos y contrapesos se inserta en el general del gobierno británico, que no es reproducible a voluntad, pues se generó en una multiseccular dinámica propia de su poder.

En definitiva, el sistema inglés y su estructura se generaron en una lucha en que, primero el poder central y, luego dentro de éste el poder del parlamento, se aliaron con los abogados itinerantes, que han conseguido evitar siempre que se organice una burocracia competitiva. De este modo, tomaron rígidamente a su cargo el control y la formación corporativa de los candidatos, entre los cuales el gobierno debe seleccionar, aunque nunca desprendiéndose del todo de la mano de la corporación de abogados. Quizá se deba a esto que políticos y juristas opinen que es necio “decir la verdad sobre el judicial”¹⁰.

3. La estructura judicial norteamericana

¹⁰ Cfr. DAVID PANNIK, *Judges*, Oxford, 1988, p. 205.

La estructura norteamericana también responde a un modelo empírico, pues surgió, como vimos, de la lucha entre el centralismo mercantilista y el localismo liberal. No obstante, creemos que difiere en mucho del modelo inglés, pues sus remiendos al primitivismo parecen ser menos exitosos y algunos no hacen más que multiplicar las dificultades, sin contar con que, también, muchos de ellos son variables únicamente merced a las características estructurales, políticas y culturales de la sociedad norteamericana, fuera de las cuales podrían traducirse en consecuencias caóticas.

En el orden federal, los jueces se seleccionan en la forma que también dispone la Constitución argentina, que adoptó su modelo, es decir, por el presidente con acuerdo del Senado, Formalmente no existe ninguna calificación jurídica y la selección es puramente política. Para garantizar cierto nivel técnico de los jueces, desde 1953 existe el “Comité Permanente de Justicia Federal” en la “American Bar Association”, es decir, en la orden de abogados, que es una organización cuya seriedad y prestigio son indiscutibles, y que califica técnicamente a los candidatos, pero su informe no tiene jurídicamente fuerza vinculante.

De cualquier manera el nombramiento de un magistrado federal importa siempre un proceso de negociación entre el Fiscal General (*Attorney General*), o sea, el departamento de justicia (poder ejecutivo) y el senado, o sea, el bloque de senadores del partido del gobierno y los senadores del estado en que ejercerá su jurisdicción el magistrado federal. Esto último obedece a que la justicia federal es muy importante para los intereses locales, lo que se observa claramente en la Argentina y en Brasil.¹¹

En general, los presidentes nunca nombran jueces que no sean de su propio partido. Las administraciones republicanas desde Reagan lograron renovar el 70% la magistratura federal y cambiaron sustancialmente la composición de la Corte Suprema. En tiempos de Carter, el ejecutivo había creado una “comisión de selección judicial”, que elegía cinco precandidatos para que el presidente escogiese entre

¹¹ Sobre la importancia de los jueces federales para las oligarquías locales, cuando fue adoptado en Brasil el sistema norteamericano, ANDREI KOERNER, *O Poder Judiciário na Constituição da República*, Diss., mult., Sao Paulo, 1992. No había acuerdo del Senado, sino que el orden de mérito lo indicaba el Superior Tribunal Federal en terna, pero el presidente siempre obtenía que su candidato, pese a no tener méritos, fuese colocado en tercer lugar y ese era el que invariablemente elegía.

ellos, pero que fue suprimida por Reagan, de modo que la única garantía técnica sigue siendo el informe de la orden de abogados.

El candidato a magistrado federal es sometido a una cantidad de filtros selectivos para evitar la arbitrariedad presidencial, pero lo cierto es que todos estos controles son puramente políticos, es decir, de mero poder. En vista de ellos, el presidente, al proponer a un candidato, se halla limitado, porque debe tener en cuenta las expectativas de los electores de su propio partido, a los que la designación debe agradar, por ser puramente partidista. Además, debe proponer a alguien que tenga alta probabilidad de superar el informe de la orden de abogados (único control técnico no vinculante), y, especialmente, el del comité judicial de senado, previo conocimiento de que contará con el beneplácito de los senadores del bloque de su partido del correspondiente estado.

Pero las pruebas del candidato no sólo pasan por órganos políticos, sino también burocráticos, pues debe superar el informe del FBI, esto es, de la policía federal. De hecho el informe negativo de la policía federal es vinculante para el presidente. Ingenuamente se sostiene que este informe es más completo que el de la orden de abogados, porque tiene acceso a informantes a los que no pueden llegar los abogados, es decir, que el candidato es sometido a un control por técnicos en espionaje.

En rigor, y salvo el informe de la orden de abogados, cuyo prestigio y seriedad se descuentan, los restantes controles no son tales, sino que constituyen *obstáculos políticos, ideológicos y policiales* que, más que satisfacer el requisito de idoneidad republicana, parecen orientarse a evitar que pasen candidatos democráticos y liberales, porque todos los obstáculos se montan en base a criterios ideológicos que responden a un estereotipo conservador y tradicional, sin perjuicio de que algunos de ellos sean muy discutibles desde el punto de vista de las instituciones democráticas.

En verdad, las limitaciones impuestas al ejecutivo norteamericano no parecen hacer más que excluir a los candidatos más idóneos, es decir, que constituyen un conjunto de condicionamientos para provocar una selección inversa, por lo menos en un sentido vital. En efecto: cuanto más sobresaliente sea un candidato, sea por sus dotes intelectuales, por su trabajo científico, por su prestigio académico, por su militancia por las garantías, etc., en los Estados Unidos y en cualquier parte, mayor será el número de envidias que despierte, el de

parte, mayor será el número de envidias que despierte, el de enemigos que se haya ganado, el de atención de la policía que haya merecido, el de desconfianza de los políticos por su independencia de criterio, el de difamaciones y rumores que se hayan puesto en circulación para destruirlo, etc. Y, por ende, será mucho más vulnerable frente a la agresión política y policial que un candidato que sea blando, complaciente, caracterológicamente débil, intelectualmente menos brillante, simpático para la policía, etc., es decir, con todas las características menos deseables para un judicial pluralista y democrático.

La totalidad del procedimiento de selección política, ideológica y policial norteamericana *parece* estructurado para lograr la nominación de los más *mediocres* y *grises*, pues *no reducen* la selección política, sino que la *condicionan* para que el presidente escoja al candidato de su partido más desconocido, descolorido e ignoto.

Este funcionamiento de la selección norteamericana no hace más que poner de manifiesto los defectos del modelo empírico-primitivo, que aparece remendado con recursos que no son dignos de imitación. La difamación es moneda corriente en la lucha política y es absurdo que quien aspire a ser juez deba verse expuesto a perder su reputación y hasta su propia autoestima en una lid para la cual no está preparado y que el propio sistema estimula a que caiga en recursos desacreditantes. No creemos que la designación de un juez federal pueda depender del espionaje policial.

El único efecto positivo de estos parches es en cuanto a la corrupción personal de los magistrados, que parece haberse evitado. No obstante, dadas las características de la selección, no creemos que los escogidos tengan las mejores dotes para la lucha contra la corrupción de otros sectores, pues para combatir la corrupción no basta con que el encargado no sea personalmente corrupto.

Si los aspectos negativos del sistema norteamericano no producen peores efectos, ello es debido a otros factores que juegan en la sociedad norteamericana, aunque, de cualquier manera, los resultados de la operatividad de su justicia no son envidiables: pensemos en el alto número de condenas a muerte de inocentes, el número de presos que supera largamente el millón, la forma extorsiva en que se maneja

la negociación de la acción por parte del fiscal¹², al peligroso retroceso en materia de garantías individuales por parte de la jurisprudencia suprema¹³, la legitimación del secuestro policial en el extranjero, etc.

La sociedad norteamericana tiene múltiples aspectos admirables, entre los que uno de los más importantes es su increíble capacidad de autocrítica, pero creemos que su estructura judicial pertenezca a este elenco. La concentración de poder en manos de los pocos jueces de la corte suprema lleva a una inevitable partidización de su selección¹⁴. Esta institución no es una muestra de equilibrio, sino un campo de lucha partidaria directa, limitada en forma de favorecer a los que tienen cierto perfil.

No creemos que el público debate sobre si uno de los candidatos a la corte había abusado sexualmente de una mujer sea un espectáculo democrático. Es claro que si un hombre abusa sexualmente de quien sea debe ser condenado penal y civilmente, conforme al procedimiento y al tribunal competente, y también que esa condena debe inhabilitarlo para la nominación judicial, pero resulta insólito que ese debate tenga lugar en una comisión del senado y televisado para millones de espectadores, cuando se discute su candidatura para la corte suprema, o que la policía se halle habilitada para realizar un verdadero espionaje acerca de la vida privada de nadie. Más que procedimientos democráticos, parecen verdaderos “procesos de Moscú” o “juicios de camaradas”. *La arbitrariedad que implica la selección política no se corrige al repartirla, sino que se potencia. El único modo de corregir la arbitrariedad selectiva es acudiendo a su antónimo, que es la racionalidad selectiva conforme a un criterio claro, que no puede ser otro que el de idoneidad máxima.*

Los Estados tienen estructuras parcialmente diferentes, pero no por ello corrigen completamente las fallas del sistema judicial federal. En los Estados se apela a los siguientes procedimientos selectivos: a) análogo al federal, es decir, el gobernador con acuerdo de algún

¹² Sobre ello, NILS CHRISTIE, *Crime Control as Industry. Towards Gulags Western Style?* London and New York, 1992.

¹³ Cfr. ALEJANDRO M. GARRO, *Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos y el rol institucional de la Corte*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

¹⁴ Sobre el poder político de la Corte norteamericana, también DANIEL E. HERRENDORF, *El poder de los jueces*, cit., p. 92.

cuerpo; b) nombramiento legislativo, es decir, por las cámaras o legislatura sin intervención del gobernador; c) elección popular de los jueces dentro de las listas partidarias; d) elección popular fuera de las listas partidarias; y e) selección previa de los candidatos por una comisión que analiza los méritos.

Los procedimientos que señalamos como “a” y “b”, tienen las mismas características partidistas que el federal, siendo conveniente detenernos en la elección popular, por ser una de las formas de selección más comentadas. Conviene aclarar que en los Estados en que se establece, por lo general no se extiende a los jueces de todas las competencias, sino que suele combinarse con otros métodos selectivos, según la instancia.

En la práctica no es muy importante que la elección popular se realice dentro o fuera de las listas partidistas, porque de cualquier manera los políticos brindan su apoyo a determinados candidatos, según su ideología. Suponiendo que sean superables los problemas que implica la financiación de una campaña electoral en cuanto a la posibilidad de corrupción, lo cierto es que un juez electo popularmente no ofrece ninguna garantía de nivel técnico, pues responde a la vieja idea simplista que minimiza la función jurídica, presuponiendo que cualquier abogado está capacitado para ser juez.

Pero, además, y esto es lo más importante, el juez electo, sea en lista partidaria o en otra formalmente separada, lejos de ser el juez más independiente es, por el contrario, el más dependiente. Se trata de un juez electo por cierto período de tiempo, al que le preocupará su reelección y que, por ende, al resolver deberá estar pendiente de su electorado. Cabe imaginar las consecuencias de esto cuando el juez deba hacer frente a una manipulación de la opinión pública. No cabe duda de que un juez cuya permanencia depende del voto popular debe estar pendiente de los medios masivos de comunicación y de las encuestas de opinión, que le importarán más que la verdad fáctica y jurídica, todo lo cual no deja de ser una perspectiva escalofriante¹⁵.

Duverger, refiriéndose a los jueces electos, dice lo siguiente: “En el siglo XIX y a comienzos del XX los partidos americanos han tomado frecuentemente la forma de máquinas manipuladas por

¹⁵ Sobre los inconvenientes de la elección judicial en los Estados Unidos, J. S. SUTTON, *American Government*, London, 1982, p. 135.

políticos deshonestos que trataron de asegurarse la impunidad mediante la simultánea elección del juez, del jefe de la policía y de los administradores locales. Diferentes fueron las medidas que se tomaron para tratar de controlar esos abusos”¹⁶. Max Weber también recuerda el bajísimo nivel técnico de estos jueces y el mayor prestigio de los jueces federales¹⁷.

No en vano hacia 1940 se implementó el llamado “plan Missouri”, o sea que, por primera vez en ese Estado se implementó un procedimiento tendiente a lograr una selección por méritos, consistente en una comisión que calificaría previamente a los candidatos y eleva la nomina de los idóneos al gobernador o a la legislatura. Se trata de un procedimiento que se aproxima bastante al concurso y que cuenta con las simpatías de los abogados y académicos¹⁸. En síntesis, lo que más razonable parece como correctivo del empirismo del modelo norteamericano es lo que más se aproxima al procedimiento de selección por concurso.

4. La estructura judicial en los socialismos “reales”

No es nuestro propósito ocuparnos de los detalles de la organización judicial en los socialismos llamados “reales”, sino de la simple mención de sus líneas generales a efectos de demostrar que tampoco pasaron de ser estructuras que respondían al modelo empírico, o sea, resultantes de cuestiones de poder muy concretas.

Si bien la independencia judicial no se deriva de la tripartición de los “poderes”, sino de la esencia de la función jurisdiccional, lo cierto es que la misma era negada por el propio Marx, que desconocía toda especificidad al judicial, postulando el sistema de jueces electivos,

¹⁶ M. DUVERGER, *Institutions Politiques*, París, 1980, p. 203.

¹⁷ MAX WEBER, *Ensayos de sociología contemporánea*, Barcelona, 1985, p. 175 (tomado de *Wirtschaft und Gesellschaft*). Critica la elección popular ARTHUR VANDERBLIT, *La justicia emplazada a reformarse*, Buenos Aires, 1959.

¹⁸ Sobre la selección de los jueces en los Estados Unidos: la voz “Judges” en “American jurisprudence”, Rochester, N.York, 1969, 46 Am. Jur., 2d., parág. 7 a 12; JOSÉ MARÍA MORENILLA RODRÍGUEZ, *La organización de los tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Madrid, 1968; HAROLD W. CHASE, *Federal Judges: the appointing process*, Minneapolis, 1972; PAUL SIMON, *The Senate’s rol in judicial appointments*, en “Judicature”, 70, 1986, 55.

“responsables y revocables, como todos los otros funcionarios públicos”¹⁹. Es dable observar en esto que Marx continuaba la tradición revolucionaria francesa y compartía su ingenuidad, dando pie a la peligrosa tradición de la izquierda, que subestimó lo jurídico, dejándolo librado a los ideólogos de los *stablishments*.

En el constitucionalismo soviético se observa una interesante evolución al respecto, puesto que en la primera Constitución (1918) no hay mención especial al judicial, apareciendo en la segunda Constitución (1924) la creación del tribunal supremo, “adscripto al comité central ejecutivo de la U.R.S.S.” (ART.43)²⁰. En la Constitución de 1936, y más aún en su versión modernizada de 1977, el capítulo XX abarcaba un considerable articulado dedicado a la justicia. No obstante, no se alteraba en mucho el principio que venía rigiendo, es decir, que el Tribunal Supremo de la U.R.S.S. era elegido directamente por el soviet supremo y que sus miembros tenían mandato por cinco años. Por igual término se elegían los miembros de los tribunales superiores por el soviet de los diputados, en tanto que los jueces de los tribunales populares de los distritos urbanos se elegían por voto popular (art. 152)²¹.

El principio rector consistía en que los jueces debían ser elegidos por el pueblo y responder ante el mismo, de modo que los tribunales debían rendir cuentas ante quienes los nombraban, sean soviets o electores. Es curioso, pero los autores soviéticos consideraban que esa rendición de cuentas, que implicaba el derecho a revocarles anticipadamente el mandato, no afectaba la independencia judicial²².

No cabe duda que se trataba de un modelo empírico-primitivo claramente partidizado, quizá el modelo más acabado de judicial en régimen de partido único²³, en el que no había mucho espacio para la independencia, tanto externa como interna, debido a su clarísima dependencia del soviet respectivo (que podía destituirlo) y de su formidable jerarquización. No extraña que en este modelo haya surgido una diferencia entre la justicia civil y la penal, siendo más

¹⁹ KARL MARX, *La Guerra civil en Francia*, en Marx-Engels, 1966, p. 909.

²⁰ LUIS LAUZET, *La primera y la Segunda Constitución soviética, sancionadas, respectivamente, en 1918 y 1924*, Buenos Aires, 1926.

²¹ MARIANO DARANAS, op. cit., p. 2051.

²² Así, V. TEREILOV, *El sistema judicial en la URSS*, Moscú, 1977, pp. 44-45.

²³ LOUISE SHELLY, *The political function of Soviet Courts: A model for one party states?* En “Review of Socialist Law”, Dordrecht, 1987, 3, 263.

arbitraria la última que, por esencia, es siempre más instrumentable políticamente²⁴.

En los restantes países del socialismo llamado “real” no hubo sensibles alteraciones respecto de los principios rectores que provienen de la Constitución Soviética. Aunque en casi todas las constituciones se proclamaba la independencia judicial, era una mera declaración, porque los jueces seguían bajo la dependencia de la autoridad que los seleccionaba. La Constitución alemana democrática era paradigmática a este respecto, pues al igual que la soviética, colocaba en la cúpula judicial al tribunal supremo (*Oberstes Gericht*) (arts. 92 y 93) haciéndolo responsable ante la cámara popular y, en receso de ésta, ante el consejo de estado (art. 93). Se establecía la revocabilidad del mandato de todos los jueces (art. 95) y el art. 94 establecía que sólo puede ser juez “quien sea fiel al pueblo y a su estado socialista”²⁵. El pretexto de que únicamente le elección por el pueblo o por sus representantes legitima el poder de los jueces (esgrimido en otros ámbitos para nombrar a los amigos o a los neutros), servía en este razonamiento para cancelar completamente la independencia judicial, que sólo se proclamaba formalmente.

Básicamente análoga es la estructura del tribunal cubano. La Constitución cubana del 1º de agosto de 1992 otorga a la asamblea nacional el poder de controlar constitucionalmente las leyes (art. 75,c), o sea, que el control es ejercido por los controlados. También elige a los jueces del tribunal supremo popular (art. 75,m) y evalúa las actividades de los tribunales (art. 75,q). Los órganos que eligen a los jueces pueden revocarle sus mandatos (art. 126) y todo lo demás lo remite a leyes reglamentarias²⁶. Los jueces del tribunal supremo duran cinco años en sus mandatos y todos los jueces deben rendir cuentas

²⁴ LOUISE SHELLEY, *The structure and function of Soviet Courts*, en F. J. M. Feldbrugge (Ed.), “The distinctiveness of Soviet Law”, Doedrecht, 1987, p. 199.

²⁵ *Die neue Verfassung der DDR. Verlag Wissenschaft und Politik, Köln, 1974.* Sobre la estructura orgánica, *Ministerium der Justiz der DDR. Justizorgane der Deutschen Demokratischen Republik, Aufbau und grundlegende Aufgaben*, Berlín, 1977.

²⁶ Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, sábado 1º de Agosto de 1992.

una vez al año ante las respectivas asambleas (nacional o provincial, según de quien dependa el nombramiento)²⁷.

Es bastante claro que los modelos del socialismo llamado “real” no fueron nuevos ni intentaron superar las dificultades del modelo empírico-primitivo, sino que insistieron en el mismo, buscando sólo legitimarlo mediante el recurso retórico de la “voluntad popular”, que provenía de la Revolución Francesa. La confusión argumental, como ya vimos, no fue exclusiva ni inventada por los soviéticos, sino que se reitera en todos los que procuran legitimar la arbitrariedad de los modelos empírico-primitivos, cualquiera sea su signo ideológico. *Hay varios modelos latinoamericanos vigentes que, prescindiendo de la fraseología de los socialismos “reales”, en definitiva dicen exactamente lo mismo, o sea, nombran jueces políticamente, por períodos muy breves, los someten a estructuras verticalizadas y los amenazan constantemente con su remoción por los mismos órganos políticos que los designan o por otros controlados por ellos.*

Como vemos, no se trata de nada innovador, sino de un caso más de modelo empírico-primitivo. Si tuviésemos que considerarlo un “modelo”, tendríamos que concluir que América Latina está plagada de estructuras judiciales de “modelo soviético”, lo que sería un absurdo.

5. La estructura japonesa

Japón tuvo, desde 1889, una organización judicial que no era independiente, dado que el gobierno judicial lo ejercía el ministro de justicia, en tanto que la corte suprema ejercía un fortísimo poder vertical. La justicia dictaba sus sentencias, al mejor estilo “antiguo régimen”, en nombre el emperador y por su encargo, según lo disponía la Constitución Meiji. A partir del 3 de noviembre de 1946 se estableció una Constitución democrática, sobre cuya base se organizó un nuevo poder judicial.

²⁷ Ministerio de Justicia. *Ley de Organización del sistema judicial (Concordada y actualizada)*, La Habana, 1987, arts. 79 a 83, pp. 40-41; *Tribunal Supremo Popular, La organización y la independencia judicial en los tribunales Populares de la República de Cuba*, La Habana, 1990.

Los jueces de la Corte Suprema y algunos inferiores son propuestos al presidente de la Corte Suprema por el gabinete, pero estos deben ser confirmados por voto directo en la primera elección de diputados posterior al nombramiento, aunque hasta ahora éste parece ser un requisito formal, porque nunca se negó esta confirmación.

La corte tiene a su cargo la función de gobierno del poder judicial y la de control de constitucionalidad de las leyes y decretos. Entre sus funciones de gobierno le asiste un poder reglamentario muy poco común por su amplitud.

En cuanto a los demás jueces, su nombramiento depende del gabinete, pero lo cierto es que también se hace a propuesta de la Corte Suprema, que confecciona las listas de candidatos entre los cuales el gabinete puede escoger, siendo ésta también la que decide el destino de los jueces en cada categoría. En la práctica, el presidente de la corte suprema es también consultado acerca de la designación de su sucesor. La corte suprema se compone de quince jueces, de los cuales diez deben ser escogidos entre los magistrados de carrera y cinco de fuera de la carrera.

Los jueces ingresan a la carrera después de dos años de estudios en una escuela de la magistratura, como jueces asistentes, que no pueden ocupar cargos en tribunales unipersonales. Después de diez años de desempeño como tales, pueden ser propuestos para jueces plenos. En las cortes de apelación se reserva un porcentaje de jueces a candidatos ajenos a la carrera. Las designaciones judiciales se hacen por diez años, salvo las de la corte suprema, que deben retirarse automáticamente a los setenta años. Los tribunales colegiados y la corte suprema pueden sancionar a los jueces, pero no pueden separarlos del cargo, lo que sólo puede hacerlo el parlamento por juicio político (jurado integrado por catorce diputados).

La designación de la corte suprema japonesa ha sido criticada como tendente al sometimiento de la misma al poder político. Los colegios de abogados han denunciado que la corte practica discriminación ideológica en la selección de los candidatos a jueces inferiores, en la renovación de los nombramientos y en los traslados. En la formación judicial la corte prepara modelos que se critican por erigirse en “instrucciones”. El control que la corte ejerce sobre los jueces ha sido duramente criticado, como lesivo de su independencia interna y de sus libertades: no pueden participar en sindicatos, exponer libremente sus opiniones, ejercer actividad académica,

opiniones, ejercer actividad académica, pronunciar conferencias, etc.²⁸.

De la escueta descripción que hacemos, queda claro que el sistema japonés da lugar a una estructura que encaja perfectamente en el modelo tecno-burocrático casi puro. La burocratización apenas se atenúa con una modesta concesión al espacio académico con el porcentaje de jueces fuera de la carrera en los cuerpos colegiados, pero que siempre estarán en minoría y dependerán de presiones políticas. Toda la estructura parece asumir la forma de una verticalización extremadamente jerarquizada, en la que no se concibe la menor independencia interna, al tiempo que el entrenamiento escolar y la prueba decenal condicionan un perfil perfectamente disciplinado a los dictados de la “superioridad”.

No se trata en modo alguno de una estructura que escapa a los modelos que hemos mencionado, sino de un alto perfeccionamiento del segundo, con notoria concentración de funciones en un órgano que ejerce el gobierno, controla la constitucionalidad y unifica la jurisprudencia, producto de una carrera casi cerrada, con entrenamiento que se agota dentro del mismo poder y apenas atenuado con el porcentaje de jueces colegiados de procedencia ~~apenas diferente.~~

Sin duda que, como veremos, corresponde a un modelo que supera al empírico-primitivo, porque responde a un momento evolutivo más avanzado, pero que, en definitiva, reproduce los modelos europeos anteriores a la segunda guerra mundial.

6. La estructura judicial alemana

La estructura judicial alemana conserva muchas características que permiten clasificarla conforme al modelo tecno-burocrático, aunque el mismo se halle bastante atenuado en función de la organización federal y de la existencia de un tribunal constitucional. De cualquier manera, la estructura del judicial alemán es jerárquica, porque aunque en la posguerra se propuso la organización de un consejo de la

²⁸ Federación Japonesa de Colegios de Abogados, *La independencia del Poder Judicial en Japón, teoría y práctica*; en “Anuario del CIJA”, Ginebra, 1992, p. 97.

magistratura, no fue aceptado²⁹, por lo que frecuentemente se la critica desde el punto de vista de su independencia interna³⁰.

Los estudios universitarios de derecho tienen una duración de aproximadamente tres años y medio, después de los cuales se puede realizar el primer examen de estado, que habilita para un período de práctica o pasantía que varía según el *Land*, pero que en general es de alrededor de dos años. Luego de esta pasantía se presenta el segundo examen de estado, que habilita al candidato como “asesor”. Quien en posesión de la condición de “asesor” desea seguir la “carrera” judicial debe presentar un examen ante el ministerio de justicia del *Land* respectivo que le permite una nueva pasantía de tres años como “asesor judicial”, a cuyo término es nombrado juez. Existen algunas vías de acceso lateral, como las de los profesores universitarios, funcionarios administrativos y del ministerio público, que atenúan un poco el sistema exclusivamente “carrerista” del reclutamiento y entrenamiento. El entrenamiento, en general, se desarrolla en el interior del propio judicial, lo que indica la filiación todavía bonapartista del sistema.

En el orden federal, la designación de los jueces del tribunal supremo federal (y en general de todos los jueces federales superiores) se realiza por el ministerio de justicia federal y por una comisión que la componen en un 50% los expertos que designa el parlamento federal y en otro 50% por los ministros de justicia de los *Länder*. Aunque no es vinculante, la opinión del comité de presidencia del tribunal supremo es sumamente importante.

En este esquema alemán llama la atención el papel que cumplen los ministerios de justicia, tanto federal como de los *Länder*. A este respecto es bueno señalar que en la medida en que una estructura judicial no alcanza el momento democrático contemporáneo, el ministerio de justicia conserva vigencia, en tanto que la misma se reduce cuando más se acerca la estructura a este modelo. Una de las formas de controlar al judicial en América Latina consiste en retener en el ministerio de justicia funciones administrativas³¹. En rigor, *en una república, cuando el poder judicial se estructura de modo*

²⁹ HANS-ERNST BÜTTCHER, *Autogoverno e cogestione dei tribunali nella R. F. Tedesca*, en Luigi Zanchetta, op. cit., p. 75.

³⁰ CARLO GUARNIERI, op. cit., p.71.

³¹ V. RAYMUNDO AMARO GUZMÁN, *Administración del Poder Judicial*, Santo Domingo, 1985.

independiente, el ministerio de justicia casi carece de razón de ser. Nos atrevemos a afirmar que se trata de una supervivencia monárquica, peligrosa en una república. Efectivamente: si la judicatura tiene a su cargo las funciones de autogobierno, la resolución de conflictos y de control de constitucionalidad, el ministerio de justicia no tiene prácticamente tareas específicas y, lamentablemente, siempre se sentirá tentado de invadir el ámbito del judicial, por lo que resulta preferible suprimirlo.

En síntesis, esta referencia a algunas estructuras concretas, tal como lo habíamos señalado, nos demuestra que no salen de los modelos que tomamos como base de análisis, sino que, por el contrario, esos modelos son idóneos para posibilitar el análisis de las concretas estructuras vigentes, pues permiten operar como modelos ideales para establecer frente a las estructuras judiciales concretas en qué medida se alejan o se identifican con el respectivo modelo ideal.

CAPÍTULO VI

MODELOS EMPÍRICO-PRIMITIVOS

1.La casuística latinoamericana. – 2. Clasificación de los modelos empírico-primitivos. – 3. Los casos de Brasil y Colombia. – 4. Inconvenientes de las particulares tendencias empírico-primitivas. – 5. Entes calificadores en los modelos empírico-primitivos o falsos consejos de la magistratura. – 6. Las estructuras judiciales en el constitucionalismo provincial argentino. – El deterioro del perfil judicial en el modelo empírico.

1.La casuística latinoamericana

Comparar el derecho constitucional latinoamericano en materia de poderes judiciales no es nada sencillo, particularmente porque su panorama parece en principio desconcertante y, de hecho lo es si nos atenemos a la anarquía de disposiciones, muchas veces, antojadizas. Las disposiciones se vuelven, hasta cierto punto comprensibles –casi nunca racionales– si, como hemos venido haciendo, las encaramos dinámicamente, o sea, mediante su explicación histórica de juego de poder.

Efectivamente: en casi todos los casos debemos partir de modelos originarios de inspiración norteamericana, o sea, con cortes supremas aparentemente fuertes. Los poderes políticos invariablemente se han resistido a conceder independencia a cuerpos potencialmente peligrosos para su arbitrio (o arbitrariedad). En cierta forma, el modelo inclina a la partidización, como en los Estados Unidos, pero como nuestros sistemas no siempre fueron bipartidistas y tampoco sus historias políticas son tan lineales, sino que es una historia de luchas de poder sumamente accidentada, plagada de perturbaciones, de sangre y de crueldades, el resultado fue la decidida tendencia al control partidista o faccioso de los órganos cupulares.

Como tanto nuestros políticos como nuestros dictadores controlaron siempre las cúpulas de los judiciales, nunca sintieron la necesidad de horizontalizar ni de distribuir orgánicamente el poder de las mismas, a diferencia de lo que experimentaron los operadores políticos europeos en la última posguerra. Por el contrario, se acentuó la tendencia a aumentar y centralizar aún más el poder de las cúpulas,

es decir, *a verticalizar más la estructura judicial para controlarla mejor.*

Nuestros operadores políticos de todos los tiempos percibieron claramente que para someter mejor a los judiciales el mejor procedimiento de domesticación consistía en fortalecer su corporativismo verticalizante y jerarquizado, asegurándose al mismo tiempo el dominio de la cúpula de la corporación. La lógica de nuestros ejecutivos fue por el camino más simple: es más sencillo controlar a un pequeño cuerpo de amigos que mandan sobre el resto, que controlar directamente a todo un poder judicial, es decir, a los jueces de todas las instancias.

El resultado fueron *las cúpulas jerárquicamente fuertes y políticamente débiles*, como los ejecutivos quisieron. El poder que algunas constituciones latinoamericanas otorgan a sus cúpulas judiciales es muy superior al que tiene la propia corte de los Estados Unidos, simplemente porque esto ha sido funcional al control partidista de las propias cúpulas y, a través de ellas, de todos los poderes judiciales. En otras palabras: las cortes están encargadas de cancelar la independencia interna de los judiciales, en tanto que ellas carecen de independencia externa.

Cuando se intenta establecer la independencia externa de los poderes judiciales en América Latina surge una clara paradoja: en función de los *checks and balances* esto no puede hacerse mediante el simple otorgamiento de independencia externa a las cortes o cúpulas, porque, si cobran real independencia, en la medida del poder formal que tienen, desequilibran el sistema de poderes del gobierno, es decir, se convierten en monstruos omnipotentes peligrosísimos.

Si cuando los europeos se decidieron a establecer reglas del juego y realizar efectivamente la independencia judicial, se asustaron frente al poder de la corte norteamericana, los latinoamericanos deberíamos aterrorizarnos de que nuestras cortes tuviesen real y efectiva independencia, porque, dados sus formidables poderes formales concentrados, serían incontrolables: la fórmula de Montesquieu también funciona aquí, es decir, que donde hay poder hay tendencia al abuso, sea donde fuere, y esto vale también para los cuerpos judiciales.

Es necesario comprender claramente que para conceder independencia a nuestros poderes judiciales, el primer paso debe

consistir en desbaratar el poder formal de las cúpulas, que hasta ahora no es más que poder partidizado, para concederles poder real a órganos racionalmente distribuidos.

Debido a la paradójica tendencia general señalada, la mayoría de las estructuras judiciales de la región se mantiene en el más puro nivel empírico-primitivo, con judiciales verticalizados y cortes nombradas por mera decisión política arbitraria, sin ningún requisito más que la voluntad política de nominación. En esta línea se hallan, por ejemplo, las Constituciones de Argentina, art. 86°, inc. 5°; Honduras, art. 305; Venezuela, art. 214; Nicaragua, art. 162; Bolivia, art. 125; Costa Rica, art. 158; México, art. 96; Panamá, art. 200; Rep. Dominicana, art. 23; Ecuador, art. 101; El Salvador, art. 173.

No obstante, no siempre este arbitrio se pone en las manos del ejecutivo, porque a veces corresponde al ejecutivo con acuerdo legislativo o de alguna de las cámaras, como en los casos de Argentina, Panamá y México, en tanto que en otras se han apoderado de la nominación los legislativos, como en los casos de Ecuador, Bolivia, Costa Rica y Venezuela. En la República Dominicana se lo ha apropiado el senado. En El Salvador la asamblea legislativa recepta las propuestas del consejo nacional de la magistratura, pero lo curioso es que ella misma nombra a los miembros del consejo.

Sea como fuere, en casi todos los países los operadores políticos nombran a los integrantes de las cúpulas judiciales sin ningún límite formal que supere los requisitos mínimos como ciudadanía, edad y título habilitante.

Pero el sometimiento político de las cúpulas no sólo se asegura con los nombramientos, sino que en algunas estructuras se refuerza mediante la designación periódica que, cuanto más breve es el período, mejor asegura la domesticación de los jueces. En Ecuador y Honduras los jueces supremos duran cuatro años, en Costa Rica ocho años, en el Salvador y Venezuela nueve años, en Nicaragua seis años, en Panamá y Bolivia diez años.

No faltan países en que el arbitrio político se ha reducido en alguna medida. En Guatemala, por ejemplo, a cuatro de los nueve jueces de la corte los elige arbitrariamente el congreso, pero a los cinco restantes debe escogerlos el mismo congreso de una nómina de treinta que le eleva una comisión integrada por los decanos de las facultades de derecho, los representantes del colegio de abogados y

un representante de la corte (art. 215). En Uruguay los nombra la Asamblea con mayoría calificada (dos tercios), pero si no lo hace dentro de los noventa días de producida la vacante, automáticamente queda nombrado el juez de apelación más antiguo (art. 235)¹. La Constitución paraguaya establece que el Senado y el presidente deben elegir, pero de una terna que remite un consejo integrado por un ministro de la corte, un representante del ejecutivo, un senador, un diputado, dos abogados, un profesor universitario de universidad nacional, otro de universidad privada (art. 262). En la Constitución peruana de 1979 el poder partidista estaba limitado por la propuesta de un consejo integrado por el Fiscal de la Nación, dos representantes de la Corte Suprema, uno de la federación de colegios de abogados, uno del colegio de Lima, dos de las facultades de derecho (art. 245)². En Brasil los jueces del Supremo Tribunal Federal son nombrados por el presidente con acuerdo senatorial (art. 101), sin que la Constitución los condicione o limite, pero para el nombramiento del Superior Tribunal de Justicia, que ejerce el gobierno del judicial a través del consejo de justicia federal (art. 104), el ejecutivo y el senado deben nombrar un tercio de los treinta y tres jueces entre los jueces de los tribunales regionales, un tercio entre los jueces de los tribunales de justicia y el tercio restante entre fiscales y abogados. En Chile los nombra el presidente, pero de listas que elabora la corte suprema (art. 75), en tanto que en Colombia los nombra la corte suprema, pero de ternas que eleva el consejo superior (art. 231), integrado por dos representantes de la corte suprema, uno de la corte constitucional y tres del consejo de estado.

Sin duda, es importante establecer cómo se nombra el resto de los jueces. El sistema norteamericano puro lo mantiene prácticamente sin variantes sólo la Constitución argentina, en tanto que el resto ha debilitado aún más la posición de los jueces, poniéndolos en directa nominación de las cortes supremas y de apelaciones, lo que sucede en

¹ Sobre la selección de jueces en Uruguay, HUGO LORENZO, *La independencia de los jueces*, en Comisión Interamericana de Juristas, “La independencia de jueces y abogados en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay”, Ginebra, 1988, p. 65.

² Sobre los nombramientos en la Constitución peruana, JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, *Perú: la independencia del poder judicial*, CIJA, Ginebra, 1989, p. 32; Justicia y cambio, *Poder judicial. Crisis y alternativas*, Lima, 1990, p. 5; el texto de 1993 mantiene un Concejo (art. 150).

México, Honduras, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Panamá, Uruguay y Nicaragua. Brasil, por el contrario, regula un detallado programa de carrera, cuyo ingreso tiene lugar por concurso y su ascenso por merecimientos (art. 93).

Cabe señalar que son varias las Constituciones que disponen que los jueces de “menor jerarquía” son nombrados por períodos: cuatro años en Bolivia y en Ecuador, cinco años en Paraguay, seis años en Nicaragua y en México, etc.

Como puede observarse, el proceso de poder que dio lugar a estas estructuras es bastante arbitrario, pero prácticamente todas encuadran dentro del modelo empírico-primitivo. No es necesario analizarlas aquí en detalle, como correspondería a una investigación de derecho constitucional comparado pura, sino descubrir sus líneas maestras dentro del general marco empírico-primitivo.

2. Clasificación de los modelos empírico-primitivos

Entre la disparidad estructural de los judiciales señalados, y pese a que el comparatista que quiera ordenar detalles tendría una tarea enorme y casi diabólica, nos parece claro que tal disparidad obedece a un choque de fuerzas que, en diferentes momentos, trataron de mantener la arbitrariedad política concentrada en el ejecutivo, enfrentadas con otras que trataron de arrebatarla, pero no para disminuirla, sino para llevársela a los legislativos, lo que ha dado lugar a que la arbitrariedad nominativa a veces no disminuya, pero se reparta, con el efecto de potenciarla. Al mismo tiempo, algunas incipientes burocracias judiciales también reclamaron su participación y, en algunos sistemas, fueron premiadas con una parte de la arbitrariedad. En otros casos, la racionalidad hizo oír su voz y se reclamó un nivel técnico, lo que dio lugar a algunas limitaciones a la arbitrariedad. En síntesis: luchas de poder coyunturales entre ejecutivos, legislativos, burocracias y reclamos públicos, son las que han dado por resultado este panorama extraño de notoria disparidad. En todos los casos, las estructuras siguen siendo fuertemente verticalizadas, pero el poder de nominación ha cobrado formas diversas, cuyas tendencias generales pueden resumirse en la nominación política, la cooptación y la nominación mixta. Las dos

primeras son las formas puras: a) en la nominación *política*, ésta procede de selección arbitraria, sea por parte del ejecutivo, del legislativo, de alguna de las cámaras del legislativo o por concurrencia de las arbitrariedades selectivas de dos o más agencias; b) la nominación por *cooptación* proviene del órgano supremo del judicial, que también provee, en el sistema puro, a sus propias vacantes. De la combinación de la nominación política con la cooptación, surgen formas de nominación *mixta*: el órgano supremo del judicial se nombra políticamente, en tanto que los jueces de primera y segunda instancia son nominados por cooptación por la propia cúpula, o bien con cooptación en cascada, o sea, los supremos nombran los tribunales de segunda instancia y éstos nombran a los jueces de primera instancia.

Todas estas formas de nominación corresponden al modelo empírico-primitivo, pues no son otra cosa que el producto de luchas de poder que empíricamente, sin ninguna teorización, intentan acaparar o distribuir la nominación arbitraria. De cualquier manera, bueno es recordar que la designación de los jueces no sólo pasa por lo normativo, sino que las costumbres, las tradiciones, las presiones, etc., pueden atenuar o agravar el sentido de las disposiciones constitucionales y legales en la realidad³. Igualmente, hay algunas reglas que nos permiten percibir si la independencia está más o menos reducida, siempre dentro del escaso margen que deja el modelo empírico. Así, por ejemplo:

a) Si la nominación es vitalicia, si se extingue con un máximo de edad o si es periódica con períodos muy prolongados puede considerarse satisfecha la inamovilidad, pero cuando los períodos son muy cortos ésta está cancelada por la propia Constitución.

b) Es sintomático si los jueces pueden ser trasladados o ascendidos sin su acuerdo y si esto depende del propio órgano supremo.

c) El alcance de las facultades disciplinarias del supremo es importantísimo: si son extensas, si puede destituir o tomar medidas que fuercen a la renuncia, se halla directamente cancelada la independencia interna.

³ Así, NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Reforma judicial*, Buenos Aires, 1978, p. 27.

d) Un signo de independencia incuestionable es si el poder de remoción se halla en manos de algún órgano plural y responde a garantías serias o si, por el contrario, se halla en manos políticas partidistas o de las propias cúpulas y se ejercita con frecuencia.

e) Por último, cabe preguntarse si los órganos de nominación políticos o judiciales operan solos o si son asistidos o deben distribuir su poder con algún cuerpo técnico de los usualmente llamados “consejos”, y, en este último caso, es importante observar la composición del órgano calificador.

Del conjunto de estas variables y de otras de pareja importancia, como de las tradiciones y costumbres que se respeten, dependerá en la realidad la mayor o menor identidad de la estructura concreta que debamos analizar con el modelo empírico-primitivo o, en su caso, su grado de desplazamiento hacia un modelo tecno-burocrático.

En líneas generales y dejando de lado dos sistemas concretos –que son los de Brasil y Colombia-, las restantes estructuras latinoamericanas son francamente empírico-primitivas y, en mayor o menor medida, lesionan gravemente la independencia interna y externa del poder judicial y no ofrecen siquiera garantías para un nivel técnico mínimo de sus jueces. Esto último, en algunos países y circunstancias, puede estar sensiblemente atenuado por efecto de las tradiciones que acotan los poderes selectivos, por lo cual, en un análisis más detallado y en perspectiva comparatista, sería menester conocer las prácticas y tradiciones selectivas.

3.Los casos de Brasil y Colombia

Nos ocuparemos de dos casos que en Latinoamérica presentan particularidades muy propias y que merecen ser analizados más cercanamente para establecer a qué modelos corresponden; se trata de la estructuras judiciales de Brasil y de Colombia. Insistimos en que no nos interesan los detalles que son propios del comparatista, sino lo que hace a la perspectiva de política judicial.

El caso de Brasil, adelantamos que, a nuestro juicio, es el único de una estructura judicial latinoamericana que escapa al modelo

empírico-primitivo, pues responde preferentemente a las del modelo tecno-burocrático.

El modelo brasileño tiene una larga tradición de ingreso y promoción por concurso, establecida en la época del “Estado Novo”⁴, como corresponde a la coherencia política del mismo en cuanto a la creación de una burocracia judicial de corte bonapartista, pero que, en definitiva, ha dado por resultado un judicial semejante a los modelos europeos de la segunda mitad del siglo pasado y primeras décadas del presente. El sistema de selección “fuerte” (concurso) está constitucionalmente consagrado, en tanto que la “carrerización” se halla apenas atenuada mediante la incorporación lateral de un quinto de los jueces que deben provenir, en los tribunales colegiados, del ministerio público o de los abogados. La designación política queda limitada a los jueces del Supremo Tribunal Federal, aunque no faltan limitaciones que impone la tradición.

Como puede verse, se trata de un sistema en que la calidad técnica de sus miembros se garantiza por el concurso, cuyo gobierno es vertical, detentado por un cuerpo del que los dos tercios de sus integrantes llegan por ascenso y cuya principal función técnica es la unificación jurisprudencial, con amplias garantías de inamovilidad.

No se trata de un modelo democrático contemporáneo, pues carece del órgano de gobierno horizontalizador y porque su tribunal constitucional es de designación política pura y no dispersa.

De cualquier manera, en su comparación con los restantes modelos judiciales latinoamericanos, la estructura de Brasil aparece como la más avanzada de toda la región y prácticamente la única que no responde al modelo empírico-primitivo del resto. Se trata de la verdadera estructura judicial tecno-burocrática de nuestra región.

La cuestión del gobierno del poder judicial se viene planteando en Brasil como un problema de “control” y se habla de un “control externo”, por oposición al “control interno” o de los propios órganos judiciales o cúpulas⁵. En rigor, pareciera que se están confundiendo

⁴ Cfr. ANDREI KÖERNER, *O Poder Judiciário na passagem do Estado oligárquico para o Estado populista*, Sao Paulo, 1990 (inédito).

⁵ Sobre ello, LUIS FLAVIO GOMES, *A questão do controle externo do Poder Judiciário. Natureza e limites da independência judicial no Estado democrático de direito*, Sao Paulo, 1993.

problemas y términos de modo que puede resultar peligroso. Si bien el gobierno cupular verticalizado es, ciertamente, “interno”, no puede decirse que un consejo sea necesariamente “externo”. El riesgo que existe es que en lugar de dinamizarse y desplazarse del tecnoburocrático al democrático contemporáneo, por efecto de estas confusiones hábilmente aprovechadas por los sectores interesados, pueda retroceder al nivel de las restantes estructuras latinoamericanas, esto es, hacia una estructura empírica.

El otro sistema cuya estructura nos llama la atención en América Latina es el colombiano, del que sólo podemos evaluar su articulación constitucional, puesto que es demasiado reciente para permitir tomar en cuenta su operatividad. A nuestro juicio sigue siendo un modelo empírico, aunque notoriamente complicado.

Colombia tiene una Corte Suprema (con funciones de casación), una Corte Constitucional y un Consejo de Estado, que es el máximo tribunal contencioso-administrativo, lo que parece responder a la receptación de una corte de características austríacas y de un consejo de origen francés. La Corte Constitucional se integra con jueces que duran ocho años en sus funciones y que son nombrados por el Senado de ternas que elevan el presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado. La Corte Suprema y el Consejo de Estado, por su parte, también se integran con jueces que duran ocho años en sus funciones, que son seleccionados por los propios cuerpos que integran, pero de ternas que eleva un organismo de preselección que se llama “Consejo de la Magistratura”, integrado por dos representantes de la Corte Suprema, uno de la Corte Constitucional y tres del Consejo de Estado. El Consejo de la Magistratura tiene también un comité disciplinario, compuesto por siete magistrados nombrados por ocho años por el Congreso de ternas que le eleva el ejecutivo.

Realmente, nos parece que los sistemas de Brasil y de Colombia son paradigmáticos. El modelo empírico había sido caracterizado como resultante de pugnas de poder. Justamente, nos parece que el punto más sofisticado de compromisos complejos en materia de disputas de poder lo representa el complicadísimo equilibrio ensayado por la Constitución colombiana de 1991 que, de cualquier manera, se resiste a establecer una calificación técnica, limitándose a distribuir el arbitrio del modo más intrincado imaginable. Por el contrario, el sistema brasileño representa, en buena medida, la superación del modelo empírico, estructurando una carrera con garantía técnica, a la

usanza de los judiciales corporativos y jerárquicos de la Europa de preguerra.

4. Inconvenientes de las particulares tendencias empírico-primitivas

Las estructuras empíricas surgen, por definición, de manotazos de poder, lo que puede dar por resultado productos tan simplistas como la designación directa, abiertamente arbitraria de los jueces, por períodos cortos, como en el caso de Ecuador, hasta sistemas de tan compleja sofisticación en la distribución del arbitrio como el colombiano. De cualquier manera, las tendencias encontradas ofrecen deficiencias que son universales y que, si por razones coyunturales no se perciben de inmediato o de alguna manera se atenúan, a mediano plazo se sienten en forma irremisible, en la medida en que el sistema logre operar de modo más o menos continuado.

Las estructuras empíricas que se inclinan por los sistemas de *nominación política*, antes o después desembocan en la designación de personas adictas a los intereses de los gobiernos o de sus partidos. Es posible que la tradición o la prudencia de algunos operadores políticos provoquen la designación de algunas personas con discreto nivel técnico, puesto que, por lo general, a los mismos sólo les interesa asegurar las decisiones de algunos conflictos.

Esta situación puede prolongarse, estableciéndose un *statu quo* en el que desempeña un papel importante el agradecimiento a quienes promovieron la nominación. “Nosotros tenemos un sentido de la gratitud –escribe un autor brasileño– que viene de nuestra cultura portuguesa y que se aplica y que se aplica hasta en la cosa pública”⁶, pero en realidad no debe limitarse a la “cultura portuguesa” y, además, no es únicamente el sentido de la gratitud lo que interesa, sino también la necesidad de continuar defendiendo la posición alcanzada a través de un apoyo partidista, pues así como suele ser arbitraria la nominación, por lo general también lo es la remoción.

⁶ CELSO RIBEIRO BASTOS, en “O Poder Judiciário e a nova Constituição”. AJURIS, Porto Alegre, 1985, p. 128.

Todo esto conspira muy seriamente contra la imparcialidad y su presupuesto, la independencia, y en algún momento termina por poner en peligro el prudente nivel técnico debido al buen criterio de alguno de los operadores políticos, cuando éste cae finalmente en la tentación de ejercer su arbitrio selectivo considerando al judicial como un botín para los íntimos e incondicionales o como un modo de retribuir favores.

En casos extremos, no es raro que las nominaciones comiencen a responder a la necesidad de resolver ciertos casos muy concretos o conflictos inminentes, con lo cual el sistema quiebra materialmente el principio del juez ordinario y legalmente predeterminado, aunque lo respete formalmente.

Quizá el mayor peligro de estas estructuras basadas en la nominación política no tenga lugar cuando, debido a la unidad del grupo o clase dirigente, se produce un intercambio permanente entre funcionarios ejecutivos o legisladores y magistrados superiores, deviniendo funciones intercambiables. En tales supuestos, por lo menos se reserva cierta dignidad al judicial⁷, que se pierde cuando pasa a ser una mera función subordinada en manos de segundones. En este segundo momento es cuando se alcanzan los peores niveles de corrupción y sometimiento.

La nominación política, en cualquier sistema constituye una amenaza, al igual que su correlato, esto es, la remoción meramente política. Aunque se trate de un episodio poco conocido, buenos es recordar que la famosa sentencia del *Chief Justice* Marshall que siempre se cita tuvo como objetivo político evitar la remoción de la Corte Suprema y, además, el propio Marshall, para evitar los juicios políticos, en algún momento tuvo la insólita idea de creer que era preferible a ellos que las sentencias de la Corte Suprema norteamericana fuesen apelables ante el Congreso, lo que contradecía su famosísima tesis⁸. En la Argentina se ha pensado que sería posible

⁷ El intercambio de funciones por los mismos protagonistas, entre ejecutivos, parlamentarias y judiciales, fue común en las repúblicas aristocráticas latinoamericanas, como puede verse en la Argentina. En Brasil se puede deducir el mismo fenómeno partiendo del análisis de las biografías de los ministros supremos. Sobre ello, LAURENIO LAGO, *Supremo Tribunal de Justiça Federal. Datos biográficos (1828-1978)*, Brasilia, 1978.

⁸ Cfr. ANTONIO CARRILLO FLORES, en prólogo a Hughes, op. cit., p.11.

reglamentar legalmente la “idoneidad” para la designación de los jueces, aunque se observó también que sería imposible respecto de los jueces supremos, cuyos requisitos se hallan definidos en la Constitución⁹. Sería un importante paso, aunque su constitucionalidad fuese dudosa, porque resultaría que los jueces del tribunal supremo tendrían menos requisitos de idoneidad que los “inferiores”. De cualquier manera no deja de ser una idea que refleja los esfuerzos para salir de la actual arbitrariedad selectiva y de sus consiguientes efectos negativos.

La selección de los jueces por *cooptación* puede ser más o menos pura, es decir, operar plenamente o en forma limitante de la nominación política. De cualquier manera, la selección que descansa en la arbitrariedad de las cúpulas judiciales, da lugar a una elitización del judicial, a las “familias judiciales” o al nepotismo¹⁰. Aniquila cualquier resto de independencia interna de la magistratura, pues el juez, con miras a la permanencia y promoción, se halla condicionado a aceptar dócilmente los criterios de las instancias superiores, dentro de una estructura jerarquizada que tiende a reproducirse y retroalimentarse hereditariamente. Con razón se ha dicho que es “propia de una organización corporativa y asegura una actitud continuista y conservadora en quienes hayan de administrar justicia”¹¹.

Es posible que con la selección por cooptación el nivel técnico resulte un tanto superior al que produce la nominación política, pues la elite tenderá a autopreservarse, eliminando a quienes resulten más incapaces y puedan desprestigiarla, pero de toda forma dará lugar a una técnica jurídica de bajo nivel teórico, reiterativa, escasa o nulamente creativa e inidónea para producir jueces independientes e imparciales, es decir, para producir jueces, pues tiende a producir un perfil clasista, prejuicioso, alejado de la comunidad y de sus problemas, refractario a cualquier innovación y en definitiva, antidemocrático. La estructura resultante tenderá a cristalizarse y a anular la necesaria dinámica teórica que requiere la actividad judicial,

⁹ Así, FERNANDO SEGOVIA, *La independencia del Poder Judicial*, en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, “El Poder Judicial”, Buenos Aires, 1989, p. 168.

¹⁰ Cfr. RAFAEL BIELSA, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1959, p. 702.

¹¹ MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, Valparaíso, 1992.

tanto en su aspecto de servicio como en su función política. En un mundo en constante cambio, un judicial cristalizado termina generando serios problemas políticos.

Quizá las peores estructuras judiciales latinoamericanas sean el resultado de modos de *nominación mixta*, es decir, los de nominación política de las cúpulas y cooptación del resto de los jueces, particularmente cuando se hacen por períodos breves y que coinciden con los de las administraciones. Estas combinaciones tienen la rara condición de reunir y sintetizar los defectos de los dos anteriores, los que además potencian, porque con ellos el poder judicial termina desapareciendo, reducido a una gris burocracia de empleados del órgano supremo que operan con el nombre de jueces. Estas combinaciones son la forma más descarnada de partidización, porque elimina al judicial, reduciéndolo a unos pocos funcionarios políticos, con un ejército de amanuenses que permanentemente deben optar entre la sumisión o el despido.¹²

5. Entes calificadores en los modelos empírico-primitivos o falsos consejos de la magistratura

Debe quedar claro que el *reparto de la arbitrariedad* no es sinónimo de *reducción de la arbitrariedad*. El reparto del poder de nominación entre varios no implica que la nominación sea menos arbitraria, sino que deben ponerse de acuerdo entre varios para incurrir en las mismas arbitrariedades: ya no será el presidente que nombre a sus amigos, sino que deberá permitir que también se nombre un amigo del presidente de la Corte, de un diputado o senador o del presidente de la organización de abogados.

Este *reparto de arbitrariedad* puede tener lugar con la participación de varios órganos partidistas en las nominaciones, o bien puede elegirse el método de crear un órgano en que las partes o sus representantes se encuentren, para *facilitar los acuerdos de cúpulas entre los que se reparten los nombramientos*. En estos casos,

¹² Sobre la crítica a la combinación de elección partidaria y cooptación, ROBERTO BERGALLI, *Nicaragua: Derecho y justicia en la Constitución*, en “Rev. Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales”, 128, p. 193.

se trata de órganos que facilitan el reparto de la arbitrariedad, pero que para nada la reducen, aunque a veces se encubra su tarea como “concurso” o “valoración de méritos”. El concurso no es tal si no es decidido por una comisión científicamente calificada, si no es público y, además de antecedentes, es concurso de oposición, oportunidad en que el público puede valorar y controlar la tarea de la comisión calificadora. Un concurso dirimido por representantes partidistas o de intereses sin especial calificación técnica y sin control público, no pasa de ser una ficción.

Estos órganos en que se reparte más o menos amigablemente el poder de nominación arbitraria, han proliferado en la región y se les ha dado el nombre de “consejos de la magistratura”, cuando en realidad son, en el mejor de los casos, entes calificadores o precalificadores. Debe quedar claro que el “consejo” es un organismo que surgió en el constitucionalismo europeo de posguerra –como veremos en su momento- y que cumple la función de gobernar al poder judicial, por lo cual, como corresponde a una democracia, debe ser plural y democrático. Por cierto, cada quien puede bautizar a cada cosa como le plazca, pero eso no tiene otro efecto que confundir y, en definitiva, desvirtuar la función comunicativa del lenguaje. No es correcto llamar “consejo de la magistratura” a estos órganos precalificadores o de reparto cordial del poder de nominación, como no lo sería llamar “presidente” a un funcionario vitalicio y hereditario o “parlamento” a un grupo de personas nombradas por el ejecutivo.

Dada la confusión creada por éstos órganos de reparto de nominación judicial y que su aparición no responde a una racionalidad institucional que tienda a separar orgánicamente las funciones judiciales, su naturaleza se halla extremadamente discutida, siendo difícil considerarlos como órganos judiciales, por lo cual suele afirmarse que son “extra poderes”¹³, aunque en casi todos los casos sería mejor llamarlos “inter-poderes”.

Estos órganos existen en El Salvador, art. 187; en la Constitución peruana de 1979, art. 246; y en el Paraguay, art. 262; en tanto que la Constitución venezolana lo creó, art. 217, pero sin definir sus funciones. En algunos de ellos la incorporación de académicos parece atenuar la arbitrariedad y no sólo limitarse a repartirla. Sin embargo,

¹³ Así, MARCOS RIERA HUNTER, *La independencia del Poder Judicial. Derecho Paraguayo y comparado*. Asunción, 1991, p. 66.

será necesario observar empíricamente lo que esta incorporación significa, o sea, si se traduce en un aumento de racionalidad en las nominaciones porque incorporan criterios técnicos, o bien si sólo se trata de otorgarles una simple cuota de poder de nominación.

Dado que no son lo “consejos” europeos, o sea, órganos de gobierno en modelos horizontalizados que regulan la nominación por medio de rígida calificación técnica, sino entes de selección más o menos arbitraria o de reparto de poder nominativo, la composición es completamente diferente de la europea. En general, los pseudoconsejos latinoamericanos se integran con los representantes de las fuerzas que pugnan por dividirse el poder de selección, dando lugar a una selección que, por la estructura misma del órgano selectivo, surgirá casi siempre como resultado de acuerdos de poder y no de criterios objetivos y públicamente controlables.

En su composición no se percibe otra cosa que la sacralización de un momento en la lucha por el poder de nominación judicial. Si observamos el pseudoconsejo salvadoreño, por ejemplo, veremos que el mismo es nombrado por la propia asamblea legislativa por los dos tercios de sus votos, de modo que sólo se trata de un cuerpo que garantiza un acuerdo interpartidista para la nominación de los jueces de la corte. Un poco más equilibrado es el consejo paraguayo y quizá más alejado del poder político partidista parecía el consejo peruano de 1979, aunque no por eso dejaba de expresar un acuerdo de poderes.

De cualquier manera, cabe insistir en que se trata de entes calificadoros y no de órganos de gobierno, o sea, de juntas de nominación que tratan de repartirse el poder de selección, dentro de la general lucha de poder que siempre da por resultado una estructura que no sale del modelo empírico.

Pareciera tener un desarrollo poco diferente el consejo superior de la magistratura de Colombia, porque se divide en dos salas, una administrativa y otra disciplinaria. La administrativa cumple algunas funciones de gobierno y funciones de nominación, integrada por tres representantes del consejo de estado, uno de la corte constitucional y uno de la corte suprema, con lo cual, parece hallarse a mitad de camino entre un órgano de gobierno y uno auxiliar, pero es obvio que no responde a un modelo horizontalizado, sino a uno jerarquizado, dada su composición, que no representa más que un acuerdo de cúpulas judiciales. La sala disciplinaria es elegida por el Congreso,

por ocho años, de ternas que remite el presidente, de modo que se trata de un cuerpo nombrado partidistamente con poder repartido entre el legislativo y el ejecutivo.

Como estos organismos responden a diferentes acuerdos de poder, no siempre sus resultados son buenos. Lo grave del caso es que, dado que toman su nombre de la institución europea, el descrédito que provocan sus resultados negativos se revierte o quiere revertirse sobre el modelo democrático contemporáneo, valiéndose de la confusión lingüística por falsa equivalencia semántica. Sería como desprestigiar a la democracia representativa porque alguien llamó “Congreso” a la corte de un monarca absoluto.

El derecho constitucional comparado consagró el nombre de “consejo de la magistratura” para un órgano de gobierno de un judicial horizontalizado y democráticamente configurado, y no es tal cualquier organismo que sirve sólo para repartir poderes de nominación arbitraria. El empleo indiscriminado de su nombre, incluso bastardeado por algunas dictaduras –como la última uruguayana- no contribuye a clarificar la problemática de las estructuras y modelos judiciales sino que, por el contrario, confunde las cuestiones. Sea esto dicho sin perjuicio de que el reparto de poder selectivo arbitrario pueda tener el efecto coyuntural o eventual de disminuir la arbitrariedad, lo que siempre será saludable, aunque teniendo siempre en cuenta que ello no importa la superación del modelo empírico-primitivo, como sería el objetivo de la democratización del judicial.

6. Las estructuras judiciales en el constitucionalismo provincial argentino

Las Constituciones de nuestras provincias han incorporado formas de selección que, en general, no superan al modelo empírico, aunque algunas se van aproximando al modelo tecno-burocrático.

Ninguna de las Constituciones provinciales ha renunciado al gobierno del poder judicial en manos de la corte o tribunal superior, lo que prueba que, como máximo, pueden haberse acercado al modelo tecno-burocrático pero en modo alguno al modelo horizontalizado contemporáneo.

En un buen número de Constituciones se reproduce la selección partidista consagrada en la Constitución Nacional, con muy pocas variantes. Se consagra la nominación partidista pura para los jueces de todas las instancias en las siguientes Constituciones: Buenos Aires, art. 165; Catamarca, arts. 90 y 149; Córdoba, art. 144; Entre Ríos, art. 154; La Pampa, art. 85; Mendoza, art. 150; Misiones, art. 116; Santa Cruz, art. 124; Santa Fe, art. 86; Tucumán, art. 100. En Corrientes (art. 142) se establece que el Superior Tribunal puede proponer al ejecutivo y que el Senado debe oír a los colegios de abogados, pero tales propuestas y opiniones no parecen vinculantes. En Salta la variable consiste en que los jueces de la Corte se nombran por seis años, pero si al cabo de este período se les reelige, adquieren inamovilidad (art. 152). En síntesis, todas estas constituciones se mantienen conforme al modelo empírico con todos los caracteres primitivos que señala el modelo federal.

En otras provincias se han introducido novedades en el sistema de selección, aunque en general los operadores políticos tampoco aquí se animaron a abandonar la arbitraria selección partidista en los tribunales o cortes superiores y en las jefaturas de los ministerios públicos. Aunque introducen variables en la nominación de los Jueces de primera y segunda instancia, mantienen la nominación política de las cúpulas en la misma forma que la Constitución Federal, las Constituciones de Chubut, art. 169; Formosa, art. 123; Jujuy, art. 155; Río Negro, art. 126; San Luis, art. 196, y Santiago del Estero, art. 165. La designación de las cúpulas se modifica respecto del modelo federal en La Rioja (art. 136) donde los nombre la cámara de diputados a propuesta del gobernador, y Neuquén (art. 150) donde lo hace la legislatura de ternas propuestas por el Gobernador. En el Chaco, San Juan y Tierra del Fuego, la nominación se aparta de la Constitución Federal para todos los jueces, incluyendo las cúpulas.

En Chubut, los jueces de todas las instancias inferiores al Superior Tribunal son nombrados por éste con acuerdo de la legislatura, pero de ternas que elevan los colegios de abogados (art. 169), y en Jujuy los nombra la legislatura de ternas que eleva el superior tribunal (art. 158). En Neuquén los designa el superior tribunal con acuerdo legislativo (art. 151) y en La Rioja lo hace la cámara de diputados, pero previo concurso abierto (art. 136).

En las provincias que más han innovado participa en la selección en ente calificador que, siguiendo el vicio latinoamericano, se llama

“consejo”, que en Chaco, San Juan y Tierra del Fuego lo hace para los jueces de todas las instancias y en Río Negro, San Luis y Santiago del Estero sólo en la de jueces de primera y segunda instancia.

En el Chaco los magistrados del Superior Tribunal de Justicia son nombrados por el ejecutivo a propuesta del consejo de la magistratura, en tanto que a los de primera y segunda instancia los nombra el Superior Tribunal a propuesta del mismo consejo (art. 164), que está integrado por dos jueces del Superior Tribunal, dos abogados electos por sus pares y dos legisladores (art. 173). En San Juan todos los jueces son nombrados por la cámara de diputados de ternas que eleva el consejo de la magistratura (art. 206) integrado por dos abogados, un legislador, un juez de la corte y un ministro del ejecutivo (art. 214). El modelo de Tierra del Fuego es similar al del Chaco, nombrando los jueces del Superior Tribunal el ejecutivo a propuesta del consejo de la magistratura y los restantes jueces el Superior Tribunal a propuesta del mismo consejo (art. 142), que está integrado por un juez del Superior, un representante del ejecutivo, el fiscal de estado, dos legisladores y dos abogados electos por sus pares (art. 160).

En Río Negro los jueces de primera y segunda instancia son nombrados por el Tribunal Superior, pero a propuesta de un organismo llamado “junta calificadora” (denominación que, a nuestro juicio, es mucho más acertada que la de “consejo”) y que integran dos jueces supremos, un legislador y dos abogados (art. 126). En Santiago del Estero designa el ejecutivo de ternas que prepara el consejo integrado por un juez del supremo, dos diputados y dos abogados nombrados por sus pares (arts. 165 y 166). En San Luis se procede de igual manera que en Santiago del Estero, también para los jueces de primera y segunda instancia (art. 196), aunque el ente calificador lo integran un juez del Superior Tribunal, un juez por cada una de las circunscripciones judiciales elegido por sus pares, dos legisladores y dos abogados elegidos también por sus pares (art. 197), prescribiéndose que éste debe operar por concurso de antecedentes (art. 199).

En tanto que la Constitución Nacional parece mantener una simetría entre la designación exclusivamente partidista y la remoción por vía de juicio político, las Constituciones Provinciales, siguiendo el ejemplo de Buenos Aires, han innovado al respecto, no siempre de modo feliz. No obstante, mantienen el juicio político como única forma de remoción las Constituciones de Corrientes, art. 97; La Rioja, art. 105, y Tucumán, art. 110.

Separándose del modelo federal, mantienen el juicio político para los jueces de las cúpulas judiciales e instrumentan un jurado de enjuiciamiento para los restantes las Constituciones de Buenos Aires, arts. 60, 66 y 172; Catamarca, art. 220; Córdoba, arts. 119 y 159; Chaco, arts. 116 y 174; Chubut, arts. 168 y 202; Entre Ríos, arts. 97 y 169; Formosa, arts. 110 y 129; Jujuy, arts. 172 y 175; La Pampa, arts. 102 y 105; Mendoza, arts. 163 y 164; Misiones, arts. 151 y 158; Neuquén, arts. 135 y 174; Río Negro, arts. 127 y 151; Salta, art. 153; San Juan, arts. 219 y 220; Santa Cruz, arts. 126 y 127, y Sante Fe, art. 91. Establecen la remoción por tribunal o jurado de enjuiciamiento para los jueces de todas las instancias, incluyendo a las cúpulas, las Constituciones de San Luis, art. 224; Santiago del Estero, art. 186, y Tierra del Fuego, art. 162, donde el consejo de la magistratura oficia de jurado.

En tanto que el juicio político lo resuelven los legisladores, siendo el senado o la legislatura en sistemas unicamerales y exigiéndose en algunos textos mayorías calificadas, el jurado de enjuiciamiento tiene una composición que lo suele acercar a un tribunal disciplinario de naturaleza administrativa, porque en general los legisladores son sólo un tercio o la mitad del mismo, dado que la tendencia dominante es a integrarlos con jueces, legisladores y abogados, salvo en Córdoba, donde lo integran cuatro senadores presididos por el presidente del superior tribunal (art. 159), y Mendoza, donde lo integra la corte suprema e igual número de senadores y otros tantos diputados (art. 164). En estos casos, el predominio de legisladores podría arrojar dudas y sería posible lanzar la hipótesis de que se trata de una particular forma de juicio político, pero en las restantes Constituciones que adoptan el llamado jurado de enjuiciamiento, la composición predominantemente técnica de éste indicaría que la remoción tiene naturaleza diversa, o sea, que se trataría de un proceso disciplinario de carácter especial y con eventual participación de una minoría leg.

Una *correcta simetría entre nominación y remoción* daría lugar a que a una nominación exclusivamente partidista o de mera oportunidad política, correspondiese también una remoción por vía de juicio político, en tanto que, para una nominación no arbitraria, sino producto de un proceso de selección racional, como puede ser el concurso público, del que emergen derechos para el concursante, debiera corresponder una remoción por medio de un tribunal disciplinario que se ajuste estrictamente a derecho.

No habría problema muy serio si a una nominación arbitraria, es decir, partidista o de oportunidad, se hiciera corresponder una remoción por medio de un tribunal disciplinario que se ajuste estrictamente a derecho, porque aunque el sistema resulte asimétrico, no afecta las garantías de inamovilidad. No obstante, la asimetría puesta en movimiento por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y trasladada a varias Constituciones provinciales, tiene el efecto de generar dudas acerca de la naturaleza del proceso de remoción, o sea, si se trata de un proceso de oportunidad política o de un proceso disciplinario que el tribunal debe resolver conforme a un criterio técnico-jurídico. En rigor, la cuestión no se la han planteado claramente los constituyentes provinciales, que actuaron motivados o impulsados por el deseo de descargar de trabajo a los legisladores provinciales, dado que los juicios políticos son dificultosos por interrumpir la tarea legislativa. No obstante, creemos que no puede interpretarse que hubo una delegación de la potestad de resolver políticamente, lo que sería inadmisibles, sino un cambio en la naturaleza misma de la remoción, que pasó a ser un proceso de derecho disciplinario en que el tribunal debe proceder y resolver conforme a las pautas técnico-jurídicas de esa materia.

Como valoración general de nuestro derecho constitucional provincial, bueno es señalar que la tendencia a establecer entes calificadores, a prever en algunos casos la selección por concurso y a regular la remoción por medio de procesos disciplinarios de derecho marca una sofisticación de las estructuras empíricas que en ocasiones les restan elementos primitivos y las van aproximando al modelo técnico-burocrático. De cualquier manera, están señalando una superación clara del modelo paupérrimo y extremadamente primitivo que ofrece la Constitución Nacional.

7. El deterioro del perfil judicial en el modelo empírico

La descripción que hemos efectuado revela claramente que en la realidad las luchas por el poder y por su reparto, dan lugar a estructuras concretas que, por resultar de éstas, frecuentemente son antojadizas y arbitrarias. Entre una institución teóricamente planificada y elaborada y otra que resulta de la lucha de intereses y de la fuerza de cada uno de ellos en el momento de plasmarla

legalmente, existe la misma diferencia que puede haber entre una obra escultórica y la forma que resulta de la resistencia que la piedra le va oponiendo a la erosión. Aunque el resultado puede ser ocasionalmente parecido, el segundo es producto del azar y en el primero siempre hay una intencionalidad. Por supuesto, esto no significa que todas las esculturas sean buenas, lo que también aquí tiene sentido, como veremos. Pero también aquí es muy difícil clasificar estos resultados del azar, que son generalmente antojadizos.

De allí que lo que denominamos modelo “empírico-primitivo” abarque una enorme variedad de estructuras concretas, surgidas de ese modo, pero cuyo contenido de irracionalidad también es variable, de modo que algunas son completamente primitivas y cancelan cualquier independencia y, por ende, judicialidad, en tanto que otras lo son en menor medida y se aproximan al momento evolutivo más avanzado de los modelos judiciales. Como el primitivismo de las estructuras que abarca el modelo va desde lo superficial hasta lo profundo, su grado también incide de diferente manera en los perfiles y condicionamientos de sus operadores.

La “mitología judicial” suele caer en frases hechas con las que se pretende reducir todos los problemas judiciales a una mera cuestión de ética individual, basándose en una afirmación cierta: “las instituciones las hacen los hombres”. Mas esta afirmación, que es incuestionablemente verdadera, se convierte en una sandez cuando se olvida que las instituciones –como creación humana que son- las hacen algunos hombres, pero, una vez creadas, condicionan a los hombres que en ellas operan, o sea, que se retroalimentan, ejerciendo su poder también con el entrenamiento y condicionamiento que modela el perfil de sus propios operadores. El operador de una agencia de poder –en nuestro caso, el juez- no es un ente aislado, sino que forma parte de una estructura condicionante¹⁴.

Si bien siempre la conducta de los hombres será susceptible de un juicio ético, no es menos cierto que reducir un problema tan complejo a un mero juicio ético individual es un absurdo desde el ángulo científico y sumamente peligroso desde el político. En este último aspecto se corre el riesgo de obturar el debate político estructural. En

¹⁴ Cfr. Santiago Sentís Melendo, *Administración de justicia y carrera judicial*, en LL, 81-734.

el plano de la ciencia social niega la introyección de las estructuras de poder, que es hoy fenómeno universalmente aceptado.

Las estructuras institucionales no sólo condicionan lo que pueden hacer y no hacer los operadores, sino que también proyectan una imagen pública de éstos, la que, a su vez, genera actitudes del público hacia los mismos (estereotipos, requerimientos de rol, prejuicios, valoración social de la función, etc.), las cuales, a su vez, dan lugar a una autopercepción funcional que repercute en su autoestima e incluso en la definición de su propia identidad.

De este modo, el poder no es algo externo, o sea, que, de ninguna manera es verdad que el poder no afecte la personalidad de sus operadores y la totalidad de sus comportamientos. Por ello, cuanto más primitivas –irracional- sean las estructuras institucionales, cuanto mayor sea la distancia entre las funciones manifiestas y las latentes, cuanto más vulnerables sea la posición del operador, etc., será más tortuosa la introyección del poder por parte de éste y mayor su riesgo de deterioro de la imagen pública, de la autoestima y de la propia personalidad.

El deterioro de la personalidad, pese a las racionalizaciones y otros mecanismos de huida, como resultado del paralelo deterioro de la imagen pública y, por ende, de la autoestima, forma un conjunto inescindible que es muy común en los operadores de las estructuras empíricas, frecuentemente explotado por la ficción, pero cuya realidad casi siempre se ignora.

Es verdad que también las estructuras tecno-burocráticas provocan un perfil judicial deteriorado en el triple sentido (imagen, autoestima y personalidad), pero en ese modelo el resultado es el deterioro en la forma del juez burocratizado, de cuyas características nos ocuparemos en el capítulo siguiente. En las estructuras que entran en el modelo empírico, dada su multiplicidad, el deterioro no es en un único sentido y, en general, puede afirmarse que a medida que los rasgos primitivos son más superficiales, el deterioro se va acercando al perfil del juez burocratizado.

Por consiguiente, en las estructuras empíricas con rasgos de primitivismo acentuado, es bueno reconocer que tiende a predominar un deterioro análogo al tecno-burocrático. A medida que el primitivismo se acentúa, surgen formas propias del modelo correspondiente que, en grandes rasgos, pueden señalarse como tendencia al deterioro en forma de *partidización directa* o como

en forma de *partidización directa* o como deterioro en forma de *degradación*. Quizá en todas las estructuras concretas y reales del modelo empírico-primitivo se combinan las tres formas de deterioro, o sea, la partidización directa, la degradación y un cierto grado de burocratización, pero la tendencia al predominio de alguna de ellas es observable siempre y no por azar, sino por los caracteres concretos de la respectiva estructura, que condiciona la preferencia.

a) El *deterioro partidizante* es el resultado del sometimiento directo a los cambiantes dictados del poder político o de los grupos de presión partidaria. Sus manifestaciones más puras se observan en las dictaduras, en que además del servilismo y la obsecuencia se exigen expresas manifestaciones de identificación ideológica.

Cabe acotar que no siempre las dictaduras se valen de modelos empírico-primitivos (pues también suelen valerse de los tecno-burocráticos) y que, menos aún, deben identificarse éstos como propios sólo de dictaduras.

Las dictaduras europeas de entreguerras –salvo la stalinista– se encontraron con magistraturas tecno-burocráticas y operaron políticamente con ellas. La docilidad de las mismas tenía escasos aspectos disfuncionales que pronto se encargaron de eliminar mediante el aseguramiento de la fidelidad de las cúpulas, el reforzamiento del verticalismo y la creación de órganos paralelos de “justicia política”. Algo parecido puede verse en la dictadura brasileña de los años sesenta.

Sin embargo, el deterioro partidizante es diferente en los modelos empíricos. En éstos, la imagen del juez sufre una pérdida de confianza muy marcada. Aunque el interés parcializado sólo se expresa en algunos casos, dado que los mismos son muy divulgados, la pésima imagen pública de la magistratura se revierte sobre todos sus operadores. Los jueces, además, sienten el poder omnipotente, prepotente e irracional de sus cúpulas, que operan con amenazas y sanciones. Por lo general, la presión partidista no es directa (de operador político o de grupo de presión al juez), sino a través de la cúpula, que es la interlocutora con el poder partidista.

En algunos casos, la presión no es ni siquiera necesaria, porque la dependencia se ha introyectado de modo que el juez ya sabe “cómo” debe resolver, sin necesidad de presión alguna. Inevitablemente, su personalidad defiende su autoestima, racionalizando su decisión y pretendiendo que es producto de su libre determinación. Es curioso

que muy frecuentemente no sean necesarias las presiones, porque este mecanismo de huida y defensa opera con mayor eficacia.

No obstante, estos mecanismos son insuficientes para los cambios de poder demasiado coyunturales y éstos suelen generar algunos conflictos y no pocas quiebras de la autoestima.

El perfil que suele resultar de este enjambre de intereses y defensa de la personalidad y de la autoestima no es grato. Quien sufre esta forma de deterioro suele resultar poco responsable, racionalizador, inseguro, evasor de la realidad, constructor de discursos confusos, necesitado de compensar la pérdida de autoestima; este desequilibrio permanente y las amenazas constantes a la estabilidad laboral pueden suscitar algunos desarrollos paranoides, en síntesis, surge un perfil poco equilibrado desde el punto de vista de la idoneidad para la eficacia del servicio y aún menos para la función política controladora. En las cúpulas las conductas se vuelven imprevisibles, por efecto de las constantes intrigas y, a veces, del sensacionalismo.

b) El *deterioro degradante* es producto de estructuras caracterizadas generalmente por remuneraciones muy pobres, que llegan a producir situaciones de verdadera necesidad, abriendo directamente el espacio para la corrupción pecuniaria. La propia estructura genera una selección invertida, porque facilita la supervivencia de los corruptos y de los inhábiles para el ejercicio libre de la profesión de abogado.

No puede ignorarse que en este –como en cualquier otro ámbito- la corrupción es funcional al sometimiento incondicional al poder, o sea, al reforzamiento de la dependencia, dada la siempre mayor vulnerabilidad del corrupto. De allí, que el corrupto, por lo general, tenga discursos de “orden”, es decir, gratos al *stablishment*, porque es quien en peores condiciones está para soportar un conflicto con el poder.

Este deterioro generalmente, en América Latina, se lo hace sufrir a las instituciones policiales, a las que se remunera mal, instigándolas a la corrupción, y, además, logrando que con ello se sometan más férreamente al grupo de poder de turno, denunciando o removiendo a quienes son renuentes al acatamiento de las instrucciones o se vuelven peligrosos por el conocimiento de hechos que pueden afectar su hegemonía.

Cuando esto se instala en el judicial, la estructura fomenta comportamientos personales tan deteriorados que prácticamente

inhabilita a los que los protagonizan para cualquier reacción positiva o ejercicio sano de la función. No será posible en estos extremos hablar de ideologías, porque simplemente se trata de conductas que si no caen en el delito se pasean por los bordes de los tipos penales, con múltiples variables, porque la degradación no conoce límites. La imagen del juez corrupto se proyecta a la opinión pública y es devuelta en forma de estereotipo popular a todos los integrantes del judicial, con la inevitable estigmatización y abatimiento de quienes intentan resistir al condicionamiento institucional y a la constante agresión a sus reparos morales. Debe tenerse en cuenta que cuando en una estructura condicionante de corrupción, ésta se produce y filtra toda la estructura, los que no participan de la misma se hacen sospechosos para los que toman parte en la corrupción y, además, les distancia, porque no comparten las racionalizaciones discursivas con que huyen de la gravedad de su comportamiento. De alguna manera, el no corrupto dentro de esas estructuras es un alienado, del que los demás deben desconfiar, y también debe hacerlo el poder o los grupos de intereses, porque al no estar contaminado es menos vulnerable, servicial y dominable que el resto.

CAPITULO VII

MODELOS TECNO-BUROCÁTICOS

1.La selección técnica fuerte. – 2. La tecno-burocracia francesa. – 3. La estructura tecno-burocrática alemana hasta la Segunda Guerra. – 4. La burocratización judicial italiana hasta la República. – 5. La burocratización judicial española hasta 1978. – 6. Las magistraturas del Benelux. – 7. El deterioro tecno-burocrático: el juez “aséptico”. – 8. La falsa imagen del juez “conservador”. – 9. La lesión a la identidad como deterioro.

1.La selección técnica fuerte

El modelo tecno-burocrático se caracteriza por una selección técnica de las que Picardi llama “fuertes”, o sea, por un concurso o por un entrenamiento escolar serio o por ambas cosas.

El requisito de que los operadores sean sometidos a una selección técnica sería da lugar a estructuras que superan a la empírica, pero por sí sólo no permite configurar estructuras jurídicas democráticas. Esto es importante tenerlo en cuenta, porque con demasiada frecuencia se incurre en el error (a veces, se provoca el error) de criticar al modelo tecno-burocrático por su única virtud superadora del empírico. No es el concurso lo que provoca los inconvenientes que veremos en este modelo, sino que el concurso no va acompañado de las reformas democráticas que deben producirse para dar paso a una estructura judicial de modelo democrático contemporáneo. No es sano permitir que la crítica manipule los defectos del modelo tecno-burocrático para defender al empírico-primitivo.

La selección técnica fuerte es el presupuesto de todo modelo democrático de magistratura, aunque por sí sólo no alcance para configurarlo, dado que, aisladamente, sólo da lugar a los modelos tecno-burocráticos. De cualquier manera, bueno es recordar que estos modelos representan un notorio avance sobre los empíricos, o sea, un paso superador del mismo. Las críticas que le formularemos no se orientan más que a señalar la necesidad de avanzar hacia el modelo

democrático mediante la distribución de funciones y la horizontalización del poder interno, pero sería desde todo punto de vista absurdo pretender esgrimir las contra la selección por concurso, por ejemplo.

La magistratura debe prestar un servicio que implica una importante función política y social, pero básicamente debe hacerlo en forma técnica. El mero título habilitante profesional no puede ser el requisito que automáticamente califica para cualquier función judicial. Como toda función que requiere idoneidad, la judicial demanda que se estructure en forma que las personas con mayores conocimientos tengan acceso a ella. A nadie se le ocurre que cualquier médico, por el hecho de tener título habilitante, tenga “idoneidad” para dirigir cualquier servicio hospitalario ni para practicar intervenciones de alta complejidad. Si esto sucede con la salud, no hay razón para suponer otra cosa en la magistratura, donde se trata de seleccionar a profesionales que tendrán en sus manos la libertad, el honor y el patrimonio de los ciudadanos e incluso su salud y su vida, que muchas veces dependen de la correcta y oportuna solución jurídica de sus conflictos.

Así como la elección popular es el único procedimiento democrático para la selección de los diputados y del presidente, por ejemplo, el concurso público de antecedentes y oposición es el equivalente democrático para seleccionar a los candidatos técnicamente mejor calificados para una función que requiere “idoneidad” consistente en un alto grado de profesionalidad, porque es el único que responde a pautas objetivables¹ y que, por ende, garantiza el control de los interesados y del público.

Por otra parte, tiene la ventaja de ser el único que estimula la superación de los niveles de la cultura jurídica nacional, dado que la competencia que implica impulsa sanamente la emulación, la investigación y la producción jurídica. Por lo general, en un país no se hallan muchas personas dispuestas a pasar años de estudio dedicados a investigar lo que se sabe que no será útil para litigar ni para acceder a la magistratura.

¹ Cfr. CLEMENTE A. DÍAZ, *Instituciones de derecho procesal*, Bs. As., 1972, II, 196. Sobre el amplio apoyo que la doctrina nacional otorga al concurso: SAGÉS, *La reforma procesal*, cit., p. 113.

El concurso público de antecedentes y oposición, como procedimiento democrático, tiene los mismos defectos de la democracia y puede deformarse y defraudarse igual que ésta. Hay deformaciones fraudulentas de los concursos como hay elecciones fraudulentas, pero lo importante será tomar los recaudos necesarios para reducir al mínimo las posibilidades del fraude y no suprimir las elecciones populares (o los concursos).

La designación arbitraria, en realidad no es republicana, pues se trata de nombramientos autocráticos, no impugnables por quienes no son llamados y que, en definitiva, son meros actos de favorecimiento². En general, también entra en colisión con el principio básico del Estado de Derecho, que exige que todos se hallen sometidos a la ley, sean gobernantes o gobernados: el sometimiento de los gobernantes a la ley no se asegura cuando quienes tienen a su cargo una función de control son nombrados por los mismos que deberán ser controlados y en forma arbitraria, sin perjuicio de lesionar también el principio constitucional de idoneidad, que no se satisface con requisitos mínimos: no se trata de elegir a cualquiera que tenga “idoneidad mínima”, sino que la idoneidad que se garantiza constitucionalmente es la “máxima”, porque el que la ostente será quien mejor servicio pueda prestar, que es de lo que se trata.

La permanencia en el cargo o la antigüedad no pueden reemplazar al concurso³, pues únicamente se trata de uno de los criterios que se debe tomar en cuenta en el concurso. Un ingreso por nombramiento arbitrario, producto de un acto discrecional autocrático, no se transforma en “carrera” con el mero paso del tiempo, como no se pretenda degradar a la jurisdicción, convirtiéndola en una rama más de la administración⁴. El “carrerismo” legitimante de la nominación autocrática no estimula la superación técnica, sino la actitud gris y ambivalente, que tiende a superar los obstáculos políticos.

² Cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Reforma judicial y reforma constitucional*, en “El Derecho”, 114-832.

³ Cfr. E. B. D. BERGERO, *Las designaciones en el poder judicial*, en LL, 125-823.

⁴ Cfr. N. P. SAGÜÉS, *Carrera judicial: perspectivas y posibilidades en la Argentina*, en “El Derecho”, 99-820; *La naturaleza del poder judicial y su influencia en los mecanismos de selección de magistrados*, en JA, 1979-II-771.

Creemos que no hay razón para excluir cargo alguno de la magistratura de la regla del concurso, sin que deban esgrimirse razones “de alta política”⁵ que no pueden derivarse en otra cosa que en la nominación de los amigos, como la experiencia nos muestra. Como vimos, en los modelos democráticos contemporáneos la única nominación diferenciada que no procede por concurso es la de los tribunales constitucionales, que, por ello, justamente es dispersa. Las únicas razones políticas valederas serían las que aconsejan esta dispersión nominativa del tribunal constitucional, pero en modo alguno una arbitrariedad concentrada en la designación de las cúpulas en modelos verticalizados, pues justamente eso tiende a la estructura que pretende generar un ejército de técnicos manejados por un pequeño grupo de leales políticos.

Tampoco creemos que cuando un juez aspira a otro destino o función dentro de un judicial no deba hacerlo por concurso, como alguna vez se ha pretendido, con el argumento de que el juez puede desatender el despacho para preparar oposiciones⁶. Si cada vez que el juez reduzca su producción se debiese a que está estudiando derecho, atrasaría algún trámite, pero sin duda los resolvería mejor.

El concurso para el acceso a la función judicial tiene como uno de sus primeros antecedentes mundiales su establecimiento en la provincia de Buenos Aires por decreto de Viamonte del 17 de octubre de 1829⁷. No obstante tan larga historia, aún siguen esgrimiéndose los argumentos más dispares e infundados contra el concurso, que podrían sintetizarse del siguiente modo:

- a) No es apto para valorar condiciones tales como la responsabilidad o la capacidad de trabajo.
- b) No evalúa la moralidad o la ética⁸.
- c) No previene la selección de personas de ideología antidemocrática.
- d) “Es un medio de selección pero no un mecanismo de formación, aspecto primordial por cuanto que la función judicial exige

⁵ BERGERO, op. cit., en LL.

⁶ SENTÍS MELENDO, en LL, 81-734.

⁷ Cfr. SAGÜÉS, op. cit., p. 112.

⁸ Así, BERGERO op. cit.

conocimientos que no son suficientemente profundizados en las universidades, destinadas a formar abogados pero no jueces”⁹.

En cuanto a las objeciones fundadas en que el concurso no permite evaluar otras condiciones del candidato, como su laboriosidad, firmeza etc., creemos que es directamente falso. El concurso permite evaluar todo eso a través de la “hoja de vida” del candidato, que muestra su trayectoria laboral, académica, sus inquietudes, preferencias, etc. De todo ello surgirá la presunción respecto de sus condiciones. Es posible que esto no sea sencillo en candidatos muy jóvenes y en cargos para los que no concursen personas de más larga trayectoria, pero en general el concurso es el único medio para evaluar objetivamente estas condiciones. Por lo que respecta a las condiciones morales del aspirante, salvo las que emergen de condenas judiciales, no existe ningún procedimiento republicano que permita evaluarlas. Por lo demás, es exactamente lo mismo que sucede con cualquier otra función estatal, y la selección partidista arbitraria tampoco ha servido para prevenir esos hechos. Se presume que la honestidad se requiere también para el presidente, los ministros y los legisladores; sin embargo, los procedimientos democráticos de selección tampoco sirven para garantizarla, pero a nadie se le ha ocurrido por eso suprimirlos.

Precisamente porque en el sistema republicano no hay otros medios para probar la deshonestidad de una persona que las sentencias judiciales, este sistema se preocupa de establecer un conjunto de controles recíprocos que, cuando mayores, serán mejores, a efectos de limitar el espacio para la conducta deshonesto.

Cabe aclarar que la “moralidad” a que se puede referir esta objeción es la pública, porque no es aceptable otro entendimiento, que nos devolvería a las objeciones por “situación familiar irregular” de los tiempos de la dictadura militar. El juez o el candidato a juez no deja de ser un habitante de la Nación y, como con el resto, el estado argentino no tiene ningún derecho a entrometerse en su vida privada, tal como lo dispone la Constitución.

La deshonestidad judicial es una falta funcional que debe dar lugar a los procedimientos de remoción establecidos y eventualmente al procesamiento y condena en sede penal y civil, pero nada tiene que

⁹ MARCOS RIERA HUNTER, op. cit., p. 51.

ver esto con la garantía que requieren el usuario de la justicia, la república y la democracia en cuanto a que el juez tenga un elevado nivel técnico. Cualquiera criticaría al docente que calificase como insuficiente al alumno en base a sus faltas de disciplina y no a sus conocimientos, sin perjuicio de que por la primera pueda pedir incluso la expulsión del establecimiento. Por otra parte, queda claro que son muchas las personas honestas que no pueden ser jueces, porque no saben derecho.

En cuanto a que el concurso no previene la nominación de personas con ideología antidemocrática, creemos que se trata de una objeción poco compatible con los mismos principios democráticos. Además, los modelos empíricos han dado resultados mucho peores a este respecto: huelgan las citas de ejemplos de jueces que, además de autoritarios, han hecho gala de ignorancia.

No es posible ni admisible postular un control ideológico de la magistratura, pues, como en todos los casos semejantes, cabe preguntarse quién controlará a los controladores.

Por último, la objeción fundada en que el concurso no es “formativo” y que no garantiza los conocimientos necesarios a un juez, pues la universidad no los proporciona, dado que forma abogados y no jueces, es una afirmación que pocas veces hemos visto escrita, pero que se reitera oralmente. A nuestro juicio no pasa de ser una racionalización de quienes procuran defender la idea de la “escuela de la magistratura”.

El poder judicial, particularmente en América Latina, se caracteriza por marchar en sentido contrario a la historia durante muchas décadas. La tendencia parece no revertirse fácilmente. En los últimos lustros y particularmente por estímulo de una agencia internacional que las financia, se han creado y amenazan con multiplicarse las “escuelas de la magistratura”. Su éxito responde a la necesidad de la burocracia de esa agencia en mostrar cierto activismo en el área judicial y a que las “escuelas” no molestan a las cúpulas judiciales, sino que, por el contrario, generan nuevas funciones burocráticas y permiten realizar viajes. Lo cierto es que, cuando en el mundo se manifiesta la preferencia por la formación universitaria de los sacerdotes y los militares, nuestros judiciales emprenden el camino inverso, generando “ghettos” para el entrenamiento de magistrados.

Es inadmisibles la afirmación de que hay un derecho para jueces diferente del derecho para abogados. Las universidades de la mayoría de los países del Cono Sur, por una costumbre poco explicable, expiden títulos de “abogado”, lo que no corresponde a la tradición universitaria, que indica la preferencia por los títulos o grado de “licenciado” o “doctor” en derecho, que habilitan para el ejercicio de la abogacía. La abogacía es una función, para la cual puede requerirse que habilite un grado en derecho, pero no puede confundirse la función con el grado académico habilitante.

Por nuestra parte, nos parece demasiado claro que los jueces necesitan saber derecho y que éste se enseña en las universidades, en sus cursos de grado y de posgrado. Las réplicas de universidades para jueces nos parecen caras, no muy buenas y elitistas. Esto no obsta a que dentro de las estructuras judiciales se puedan crear escuelas para personal auxiliar y también para magistrados, a efecto de que impartan los conocimientos prácticos –que no por tales dejan de ser necesarios- tales como nociones de contabilidad, de dirección de personal, de los reglamentos, de manejo administrativo de los juzgados, etc., pero en modo alguno que pretendan suplir una función que le compete a las universidades.

En síntesis, no creemos que haya ningún argumento que sea válido para rechazar el único procedimiento democrático para seleccionar con algunas pautas objetivas a los más idóneos, que a la vez es el único republicano –por racional y controlable- y para postular la continuación de la arbitrariedad selectiva y autocrática de los intereses partidistas o corporativos, ejercidos por una única autoridad o repartido entre varios. No podemos omitir la consideración de que el concurso es el único método que confiere dignidad al juez, pues le permite considerar a la función como un derecho adquirido legítimamente y no como una merced del poder¹⁰.

Existe una observación que alguna vez se ha formulado al concurso y que creemos conveniente mencionar. Se ha observado que el nivel técnico para el ingreso y promoción en la magistratura requiere un largo y costoso proceso de aprendizaje, que sólo pueden pagar las familias de cierta capacidad económica. La observación, en realidad, no apunta al concurso, sino a la discriminación en el acceso a la educación, que es un problema social estructural. Entendemos que, de

¹⁰ Cfr. SAGÜÉS, op. cit., en JA, 1979, II, 776.

todos modos, en la democracia es deseable que existan becas y otros estímulos al perfeccionamiento técnico que, si bien no neutralizarán diferencias sociales estructurales, resultan útiles para acortarlas, permitiendo que personas provenientes de sectores más humildes también tengan acceso a ese entrenamiento.

En conclusión, creemos que el método de reclutamiento o selección de los jueces que hasta hoy es más compatible con la democracia es el concurso público de antecedentes y oposición . No creemos en la idoneidad formadora y menos aún selectiva de una “escuela de la magistratura”, sin perjuicio de su necesidad para los auxiliares y para los propios magistrados en los aspectos prácticos más concretos de su labor y eventualmente en alguna tarea de actualización doctrinaria. De cualquier modo, la selección fuerte por concurso sólo sirve para garantizar el nivel técnico de la magistratura, pero si mantiene las estructuras verticalizadas y jerárquicas con concentración de poder cupular, el modelo que surgirá será el tecno-burocrático, dominante en Europa hasta la segunda guerra. Veremos seguidamente esta experiencia y, por ende, las razones que abrieron paso a los modelos democráticos de posguerra.

2. La tecno-burocracia francesa

Como vimos, Francia nunca tuvo una magistratura totalmente independiente y tampoco se le reconoció –ni los jueces reclamaron- la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Como acertadamente se ha señalado, el temor al “gobierno de los jueces” llevó al establecimiento de un sistema de “jueces del gobierno”¹¹, consagrado por Napoleón y que no varió con la restauración borbónica¹² y tampoco muy profundamente con la segunda República y menos aún con el segundo Imperio. La Comuna, aunque no dejó huella histórica, quiso volver al sistema de jueces de elección

¹¹ VINCENZO ACCATTATIS, *La difficile lotta per la realizzazione in Francia dell'indipendenza della magistratura*, en “Questione Giustizia”, n°4, 1989, p. 981.

¹² MARCEL ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature française-des origines a nos jours*, T. I, París, 1957, p. 157.

popular¹³, lo que mostraba que insistía en la vieja ingenuidad revolucionaria.

La independencia judicial francesa comienza a perfilarse con la Tercera República, aunque ésta recibió el impacto de la herencia imperial en su magistratura, por lo cual fueron las fuerzas progresistas las que combatieron la inamovilidad de los jueces en los primeros años de la República. En realidad, nunca hubo una remoción masiva, porque en 1848 la segunda República cesó a veinticuatro jueces monárquicos; Napoleón III fue más drástico, cesando a 132 jueces republicanos, pero la Tercera República cesó a menos de sesenta jueces imperialistas¹⁴.

A partir de 1895 se limitó el arbitrio partidista en la nominación judicial, estableciendo que los jueces serían nombrados por el gobierno, pero de una lista anualmente elaborada por una comisión compuesta por dos antiguos magistrados de casación y tres funcionarios ministeriales.

Como puede observarse, el sistema no dejaba de ser empírico, sólo que consagraba un acuerdo entre la cúpula burocrática y la política, facilitado por la comisión de preselección. Apenas por decreto del 18 de agosto de 1906 (reformado en 1908) se estableció el sistema de concursos. A partir de esas fechas puede afirmarse el tránsito de la estructura judicial francesa desde el modelo empírico al tecno-burocrático, que no fue sustancialmente modificado, aunque fueron aumentadas las garantías para la promoción y para las sanciones disciplinarias a partir de 1934.

No puede considerarse indiferente para la transformación en una estructura de modelo tecno-burocrático el caso “Dreyfuss” y otros más que situaron a los jueces en el ojo de la tormenta política del momento¹⁵.

¹³ ACCATTATIS, op. cit.

¹⁴ FRANÇOIS GUICHARD, *Il giudice di “servitore della ragion di stato” a “custode dello stato di diritto”*, en LUIGI ZANCHETTA, op. cit., p. 141.

¹⁵ Sobre los tiempos de Dreyfuss y la extrema derecha francesa: JAMES MCCEARNEY, *Maurras et son temps*, París 1977; desde la vida de otro protagonista, DAVID ROBIN WATSON, *Georges Clemenceau. A political biography*, Plymouth, 1974.

Cabe recordar que el “caso Dreyfuss” no pudo ser resuelto en sede judicial y fue necesario hallarle salida por el indulto; las sentencias de Magnaud¹⁶ habían difundido por todo el continente una imagen poco edificante de la justicia francesa.

El resultado de esa magistratura no fue otro que el cabía esperar: terrible mediocridad intelectual, verticalismo autoritario de sus cúpulas, particularmente “presidencialista” (poder ejercido a través de las facultades de las presidentes de colegiados), sacralización de los criterios jurisprudenciales, etc. Los gobiernos de izquierda reaccionaron contra esto tratando de establecer un control partidista aún más fuerte sobre la magistratura, pero en los hechos no pasaron más allá de la jubilación forzada de los más ancianos en 1936.

En esta situación se llegó a la Segunda Guerra Mundial, que produjo el naufragio de la Tercera República y, con ello, se puso claramente de manifiesto el rostro de la magistratura tecno-burocrática francesa: el gobierno de Vichy eliminó prácticamente la independencia judicial y en virtud del acto constitucional del 27 de enero de 1941 obligó a todos los jueces a prestarle juramento de fidelidad. Con la sola excepción de un juez en todo el país, que fue expulsado inmediatamente, el reto prestó juramento de fidelidad a Pétain. No conforme con esto, el gobierno de Vichy suspendió la inamovilidad en setiembre del mismo año, principalmente para expulsar a los jueces judíos¹⁷.

De esta manera la estructura tecno-burocrática del judicial francés demostró la más absoluta incapacidad política de sus jueces. No deja de ser paradójico que en abortado proyecto de Constitución preparado por Pétain para sustraer a De Gaulle el apoyo de los sectores liberales de derecha a fines de 1943, se previese una corte suprema encargada de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y una magistratura seleccionada por cooptación¹⁸.

El desastroso epílogo político del judicial tecno-burocrático francés determinó la creación del consejo de la magistratura en la Constitución de la Cuarta República. Aunque luego hubo un retroceso que hasta hoy no ha sido superado, no es menos cierto que el primer

¹⁶ LEYRET, op. cit.

¹⁷ Cfr. GÉRARD MASSON, *Les juges et le pouvoir*, París, 1977, pp. 55 y 145.

¹⁸ V. JACQUES GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, París, 1979, p. 339.

ensayo de institución democratizante de la magistratura en la posguerra nació de las cenizas de la judicatura burocrática francesa.

3. La estructura tecno-burocrática alemana hasta la Segunda Guerra

No es menester apelar al terror de los lectores con los relatos de la actuación de la magistratura alemana durante el nacionalsocialismo y aún antes, porque los suponemos conocidos. Tampoco es necesario recordar la insólita benignidad con que fueron tratados los jueces en la posguerra o reiterar que algunos de ellos esgrimieron en ese momento argumentos defensivos similares a los médicos; si no lo hacían, lo hubiesen hecho otros peores que ellos¹⁹.

Todo esto es ampliamente conocido e independiente de las cuestiones éticas individuales, a las que tampoco restamos importancia, lo que nos interesa aquí es destacar la pregunta acerca de cómo fue posible, cómo se explica que hombres con formación jurídica, académica, incluso con prestigio científico y no corruptos pecuniariamente, puedan haber llegado a incurrir en semejantes aberraciones.

La fantasía puede llevarnos a imaginar que el nacionalsocialismo invadió la justicia y reemplazó a los jueces con fanáticos terroristas, pero esto es completamente falso. El nacionalsocialismo se manejó, en general, con la magistratura de “carrera”, integrada con jueces de “experiencia”. Sería un terrible engaño muy peligroso reducir esto a un problema de responsabilidades individuales, sin perjuicio de que también lo sea. Justamente, lo que tiene de aleccionador el caso alemán es la explicación de este fenómeno, que no es más que el producto de una estructura tecno-burocrática llevada hasta sus últimas consecuencias en forma continuada y durante tres cuartos de siglo.

La judicatura alemana no es explicable fuera del contexto del estado alemán y de sus modelos prusiano. En este marco se debe entender que sin Bismark no hubiese existido Hitler. El estado prusiano organizó su burocracia de modo vertical y sobre la base de un modelo de entera sumisión de sus operadores. La jerarquización exige un sistema de sanciones, es decir, una cuota de inseguridad que se compensa mediante el absoluto sometimiento y fidelidad a las cúpulas.

¹⁹ Cfr. INGO MÜLLER, *Furchtbare Juristen*, München, 1987, p. 270; del mismo, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, Cambridge, 1991.

Dentro de esta estructura estatal, la justicia fue una rama más, que no escapó a la regla. Se accedía a la burocracia judicial prusiana por medio de una larga “carrera” siempre amenazada y vigilada hasta la jubilación. Del análisis de esta carrera cabe deducir que se trataba de un verdadero entrenamiento domesticador y racionalizante, que duraba casi veinte años, de modo que la “fabricación” de un juez era una verdadera empresa familiar. Comenzaba con tres años de estudios universitarios a los que seguían unos cuatro años de pasantía no retribuida, que culminaba en un severo examen, del que se egresaba como “asesor”. Luego debía aguardar cuatro o cinco años, hasta que se asignaba una vacante de juez auxiliar, mínimamente retribuida y sin estabilidad. Aunque la arbitrariedad gubernamental se reducía, el gobierno se reservaba el derecho de separar al asesor que no consideraba idóneo, en lo que jugaron criterios de discriminación antisemita. Finalmente, el juez auxiliar era promovido a juez ordinario, pero igualmente quedaba sometido a fortísimos controles verticales que garantizaban su permanente complacencia²⁰.

Como es lógico, esta estructura, con semejante entrenamiento, debía producir jueces dóciles y extremadamente reaccionarios, porque no se trataba ya de una selección o discriminación ideológica, sino de un verdadero entrenamiento ideológico, una suerte de “lavado de cerebro” muy prolongado. La selección de las personas entre la burguesía –no la aristocracia-, la necesidad de encarar la formación como empresa de toda la familia (presión y compromiso con el grupo familiar), la permanente amenaza a la “carrera” y, por ende, a la autoestima, la cuidadosa enseñanza positivista jurídica, etc., son todos factores que determinaron un sometimiento prácticamente absoluto a la voluntad de las cúpulas que ningún hombre soporta sin una formidable racionalización. La ideología reaccionaria de esta magistratura no puede ser entendida de otra forma que como la racionalización que encubre y compensa el temor y la inseguridad que provoca la estructura. Esta ideología refuerza porque cualquier cambio se percibe como amenazante para la estabilidad de la “carrera”.

Este “carrerismo” prusiano, que se remonta al juez burocrático de Federico el Grande y que se perfeccionó con Bismark, se trasladó a todo el imperio y no varió sustancialmente hasta la Segunda Guerra.

²⁰ Cfr. DIERTER SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, 1975, pp. 41-48.

La República de Weimar operó frente al mismo con absoluta ingenuidad, fruto del desprecio izquierdista de la época hacia el fenómeno jurídico. La larga crítica socialdemócrata a la justicia guillermina, su denuncia como justicia “de clase” y la postulación de jueces de elección popular, fueron cuestiones que rápidamente se olvidaron, confundiendo “independencia judicial” con inamovilidad de los jueces imperiales, que se limitaron a dejar de juzgar en nombre del emperador para pasar a hacerlo en nombre del pueblo. La República se limitó a jubilar a algunos magistrados de avanzada edad y se llegó al colmo de que en 1923 un abogado fue sancionado porque usó la expresión “justicia de clase”, considerada agravante por la magistratura²¹.

A los pocos años, la conducción socialdemócrata en el exilio se lamentaba amargamente de este grave error. Los jueces del imperio ampararon abiertamente a los terroristas de ultraderecha, persiguieron a social demócratas, comunistas y judíos, trataron con inaudita benignidad a Hitler y a su grupúsculo originario, encubrieron los homicidios de sus sectarios y, en definitiva, no hicieron más que ampliar el espacio por el que circuló la quiebra final de la República de 1933. No fue otra la magistratura que debutó con el escandaloso proceso por el incendio del Parlamento y que, de allí en más, incurrió en las legitimaciones y aberraciones que conocemos.

La burocracia prusiana no sólo implicó a la justicia, que en definitiva era considerada una rama “menor”, sino a todo el estado, esto es, al ejército, a la universidad, a la medicina, a la docencia, etc. Esta terrible domesticación en el “carrerismo” constituye un aleccionador ejemplo universal que debe servir de alerta frente a semejante modelo. En ningún otro estado europeo se montó en forma tan paciente y acabada una estructura burocrática casi perfecta, que canceló cualquier recuerdo de los fines institucionales, que puso en tal alto grado a los medios en lugar de los fines, que domesticó tan fuertemente a sus operadores y que canceló toda posibilidad crítica, como no sea la que se limitaba a reforzar la seguridad de la propia “carrera”. Esta seguridad dependía de la identificación, de la lealtad y de la incondicionalidad hacia el poder, que la racionalización filtraba a la conciencia de sus operadores en forma de ideología.

²¹ Cfr. HINRICH HANNOVER-ELISABETH HANNOVER-DRÜK, *Polotishce Justiz 1918-1933*, Frankfurt, 1966.

4. La burocratización judicial italiana hasta la República

El modelo judicial italiano después de la Unidad (1865) fue el del Piamonte que se extendió a todo el reino. Se trataba de un esquema bonapartista, pero, a total diferencia de Alemania, en Italia nunca hubo burocracias de tipo prusiano ni eran pensables. Los lazos personales entre los políticos y la magistratura eran muy estrechos. Como lo revela el intenso intercambio de figuras que pasaban de una a otra función.

La idea de independencia estaba relativamente debilitada, porque, en lo básico, se concebían únicamente dos funciones gubernativas, siendo la justicia considerada prácticamente una rama de la administración. En 1890 se dio el paso decisivo para la burocratización, estableciéndose el reclutamiento de los jueces por concurso, aunque se admitía también la incorporación lateral (o sea, de jueces de fuera de la carrera), que fue cayendo en desuso (en 1911 se designó de esta forma al último magistrado de casación)²².

En 1909, cuando ya podía verse un sensible grado de separación entre lo judicial y lo político, se generaron las primeras escaramuzas entre ambos estamentos y surgió la primera asociación de jueces²³. En 1907 se había creado por ley un órgano cuya denominación se haría famosa medio siglo más tarde: el consejo superior de la magistratura²⁴. Su función era dictaminar acerca del “status” de los jueces, con fuerza vinculante ante el ministro de justicia, que sólo cedía ante una decisión contraria del consejo de ministros. Lo integraban el presidente y el fiscal general de la corte de casación de Roma, seis jueces de casación y tres fiscales sustitutos designados por las cinco cortes de casación del país y nueve magistrados nombrados por el gobierno, pudiendo ser jubilados.

En 1912 se limitó el poder vinculante para el ministro y se redujo a ocho el número de miembros, reduciendo también la elegibilidad, es

²² CARLO GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrapesi*, Bologna, 1992, pp. 83 y ss.

²³ V. F. VENTURINI, *Un sindacato dei giudici da Giolitti a Mussolini: l'associazione generale fra I magistrati italiani 1909-1926*, Bologna, 1987.

²⁴ V. SALVATORE SENESE, en LUIGI ZANCHETTA, op. cit., p. 21.

decir, que se lo limitó. En 1921, ya casi en las postrimerías del período liberal, se lo amplió a diez y ocho magistrados, todos elegibles y se le incorporaron cuatro catedráticos nombrados por la facultad de derecho de Roma, es decir, que se lo democratizó y reforzó. De cualquier manera, este órgano tenía funciones muy limitadas y la estructura judicial seguía manejándose verticalmente, mediante los poderes presidencialistas.²⁵

En 1923 volvió a reformarse el consejo, eliminando la elegibilidad de sus miembros y reforzando los poderes del ejecutivo. El fascismo se limitó a fortalecer las características burocráticas de la magistratura, pero no penetró en sus estructuras para alterarlas. La “depuración ideológica” fascista de la magistratura alcanzó a sólo diez y seis jueces sobre casi cuatro mil, entre los que estaban los dirigentes de la asociación de jueces.

Sólo fue casi al finalizar los años treinta cuando el fascismo tuvo una irrupción más decididamente partidista en la magistratura, manifestada en el sometimiento a cursos obligatorios de fascismo, exigencia de afiliación al partido y adopción obligatoria del saludo romano²⁶.

Durante la mayor parte de la dictadura fascista Mussolini se sirvió de la magistratura burocrática prácticamente intacta, complementada con órganos de “justicia política” especiales, con poderes arbitrarios de la policía y con escasas medidas que cancelaban cualquier posibilidad de discordia entre agencias burocráticas y políticas. El discurso oficial del ministro Rocco no pretendía una magistratura fascista, sino una magistratura “apolítica”. No obstante, detrás del discurso tecnológico de Rocco y de las pequeñas desavenencias domésticas, no se podía ocultar una complacencia de la magistratura hacia el fascismo, especialmente respecto de los que desde abajo jugaban a ser más fascistas que los de arriba y que, indirectamente, empujaban también a las cúpulas²⁷.

²⁵ ALESSANDRO PIZZORUSSO, *El Consejo Superior de la Magistratura en Italia*, en “Documentación jurídica”, Ministerio de Justicia, Madrid, vol. I, abril-diciembre de 1984, p. 659.

²⁶ CARLO GUARNIERI, op. cit., p. 87; G. NEPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, en Q. QUAZZA, “Fascismo en societa italiana”, Torino, 1973.

²⁷ Puede verse el servilismo del documento que reproduce EMILO R. PAPA, *Una pagina sconosciuta dell'asservimento della funzione giudiziaria: “I*

La dictadura italiana, al igual que la alemana, no necesitó modificar estructuralmente la magistratura tecno-burocrática que encontró. Es verdad que hubo algunas diferencias entre ambas dictaduras, pero no se limitan a la magistratura, sino que son de contexto. La justicia italiana no tenía su estructura burocrática tan sofisticada y fuerte como la alemana y, en general, el estado italiano no disponía de semejantes burocracias. Aunque en modo alguno sea un elogio, lo cierto es que el grado de aberración de las conductas fascistas fue bastante inferior a las nazis, y tampoco Mussolini lo hubiese podido lograr, porque carecía de las burocracias rígidas en condiciones de ser esgrimidas como armas ciegas y casi automáticas, porque Italia no tuvo a un Bismark y porque el Piamonte no era Prusia.

Como la magistratura italiana fue una estructura judicial tecno-burocrática, fue absolutamente inútil, como todas las de su modelo, para cumplir cualquier función política que obstaculizase mínimamente a la dictadura; fue una rama más de la administración, que ésta manipuló en su beneficio, y si no realizó aberraciones tan horribles como las nazis se debió a que no tenía el mismo nivel de burocratización.

5. La burocratización judicial española hasta 1978

Algo en cierta forma similar al fenómeno italiano fue lo sucedido en España, donde después de una larga evolución²⁸, la magistratura fue estructurada en la llamada ley “provisional” sobre organización del poder judicial del 15 de setiembre de 1870, modificada por la ley adicional del 15 de junio de 1882, que sin reformas estructurales estuvo en vigencia hasta 1980.

La ley de 1870 dejó de ser “provisional” como resultado de sus ciento diez años de vigencia, constituyéndose en el estatuto de una magistratura fuertemente jerarquizada y verticalizada, con gobierno

Pretori” a Mussolini (1925-1926), en “Questione Giustizia”, VI, 3, 1987, 705 y ss.

²⁸ Sobre los antecedentes: JUAN SAINZ GUERRA, *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992; JAVIER PAREDES, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial: 1834-1870*, Madrid, 1991.

presidencial, es decir, de los presidentes de órganos colegiados, al mejor estilo bonapartista. La ley reglamentaba cuidadosamente el ingreso, las oposiciones, la “carrera” judicial, la inamovilidad, etc., aunque, conforme a su modelo, era notoria la influencia del ejecutivo en los nombramientos²⁹. En 1882 se la reformó para abrirla al reclutamiento lateral sin oposición (el llamado “cuarto turno”), con un claro sentido político³⁰.

Las alteraciones del judicial español, es decir, su historia, no han sido investigadas con el detalle con que se hizo el análisis histórico italiano³¹, pero la permanencia de esta ley orgánica, la continuidad de la burocracia judicial que pasó de un régimen político a otro sin mayores alternativas, o sea, sin cambios estructurales profundos (la monarquía, la llamada “dictadura de Primo de Rivera”, la república, la guerra, la dictadura) y su relativa indiferencia burocrática frente a los marcos institucionales en que se insertaba y a la creación de cuerpos jurisdiccionales o tribunales especiales (que confluyeron en el “tribunal de orden público” en 1963³²) están revelando que se trata de una estructura fuertemente asentada en las características salientes del modelo tecno-burocrático.

El caso español nos muestra una magistratura burocratizada sobre la base de un modelo más férreo que el francés, o sea, que la selección fue más fuerte aún que la francesa, siendo su sistema de concurso uno de los más tempranos y demostrativo de cómo sobre la premisa de este solo requisito aislado y una dura verticalización es posible montar una estructura judicial que pase con relativa indiferencia de una democracia a una dictadura y viceversa, es decir, que constituye

²⁹ Cfr. E. JIMENEZ ASENJO, *Derecho Judicial Español*, Madrid, 1936; PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ-CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, p. 45.

³⁰ A. FIESTAS LOZA, *La quiebra de la independencia del Poder Judicial*, en “Poder Judicial”, Madrid, 1985, p. 57.

³¹ Sin embargo, pueden verse algunos trabajos, especialmente en el período franquista: JUAN CANO BUESO, *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Madrid, 1985; FRANCISCO J. BASTIDA, *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*, Barcelona, p. 986; también las publicaciones de “Magistratura Democrática”.

³² JUAN MARÍA BANDRÉS, *Veinte años de leyes y jurisdicciones especiales*, en VENTURA PEREZ MARIÑO (Comp.), “Justicia y delito”, Univ. Int. Menéndez Pelayo, 1981, p. 39.

uno de los mejores ejemplos de la absoluta inutilidad política del modelo tecno-burocrático.

6. Las magistraturas del Benelux

Los modelos tecno-burocráticos del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) no han desaparecido totalmente. Ni siquiera desaparecieron de Europa algunos caracteres de empirismo. Es curiosa la historia de la supervivencia de estos modelos. El caso más interesante quizá lo constituyan las magistraturas de Bélgica y de Holanda. Así como los países derrotados o que sufrieron largas dictaduras, experimentaron en su propia carne la inutilidad política de sus magistraturas de corte bonapartista, los países que fueron invadidos y cuyas magistraturas corrieron el mismo destino que sus gobiernos, no pasaron por esa experiencia, puesto que sus jueces volvieron con la liberación, como parte de las autoridades desplazadas por el invasor. Esta circunstancia no puso a sus operadores políticos en la necesidad de estructurar nuevas magistraturas, de elaborar teórica y políticamente profundas reformas judiciales y, por ello, las viejas estructuras tecno-burocráticas sobreviven hasta la actualidad, aunque sean fuertemente criticadas por los teóricos de sus países, que las comparan con las de sus vecinos.

La actitud digna de la magistratura belga durante la ocupación alemana provocó la paradoja de que haya quedado prácticamente sin alteraciones desde los tiempos de Napoleón. Bélgica no tiene control de constitucionalidad, que se sigue reclamando. Tiene un corte arbitral, integrada por seis jueces y seis expertos parlamentarios, que cumple algunas funciones de control constitucional, pero que dista mucho de los modelos del resto de Europa.

La estructura judicial belga es fuertemente jerarquizada, no tiene ni “escuela” ni carrera y las designaciones las hace el poder ejecutivo. El efecto “pirámide” se observa también en el orden disciplinario. “Jerarquía, vigilancia y controles cruzados, fuera de la potencialidad inutilizada de la asamblea general de la magistratura, el orden judicial belga no concede espacio para la democracia. De cualquier manera, la

efectiva aplicación de las reglas es bastante relativa, porque por suerte en la realidad no se sirve conforme al código judicial”³³.

El caso belga es uno más, demostrativo de que no podemos caer en un reduccionismo judicialista, porque el sistema judicial está inserto en un “ambiente” con el que interacciona y la democratización de una sociedad depende del conjunto y no únicamente de uno de los segmentos. En el caso belga la interacción parece ser altamente positiva y compensa los defectos de la estructura. En América Latina no podemos olvidar lo contrario, o sea, el efecto negativo de estas interacciones con un ambiente que normalmente no es propicio a la democratización.

Algo parecido pasa en Holanda, cuyo poder judicial tampoco se ha democratizado. La burocratización judicial holandesa se generó a partir de la reglamentación de la carrera judicial en 1933 y la corte de casación es una cúpula tan fuerte que tiene el poder de suspender y expulsar a los jueces. La nominación de los jueces de casación la hace el parlamento de una lista previamente confeccionada por la propia corte de casación, o sea, que se trata de un sistema de cooptación atenuado sólo parcialmente.

El ingreso a la carrera se hace superando un examen “psicológico” y un entrenamiento de dos años en juzgados de primera instancia, otros dos años en la procuraduría real y otros dos en una institución autorizada o con un abogado. Durante estos seis años de entrenamiento el aspirante sigue cursos en el ministerio de justicia y en cualquier momento puede ser dado de baja si el comité de calificación considera que su formación es deficiente. Terminados los seis años de entrenamiento y cursos, es nombrado auditor judicial por dos años y, en caso de que su desempeño sea satisfactorio, completados los ocho años, es nombrado magistrado.

Desde 1972 hay jueces de tiempo parcial, especialmente mujeres, que son nombrados por períodos determinados y que no alcanzan puestos altos en la jerarquía judicial.

En los últimos años viene abriéndose paso la iniciativa de establecer un consejo de la magistratura.³⁴

³³ Christian Wettinck, *Il modello ordinamentale belga alla ricerca di autonomia e democrazia*, en LUIGI ZANGUETTA, op. cit., p. 57.

Al igual que el caso belga, el holandés es otro ejemplo de una magistratura cuya estructura quedó anclada en el bonapartismo, cuyos efectos antidemocráticos se compensaron por un general “ambiente” que ha dado lugar a una de las sociedades más democráticas y libres de Europa. Se trata de uno de los casos que permiten comprobar cómo un ambiente totalmente democratizante puede compensar una estructura judicial negativa, quizá el ejemplo extremo de esta compensación. De todas formas, bueno es insistir en que en nuestra región nunca pueden esperarse estos efectos, porque nuestras sociedades no presentan esas compensaciones en igual medida. Además, en ambos países la opinión teórica está impulsando la transformación de estas estructuras, como no puede ser de otra manera, dada su inserción en el contexto europeo.

7. El deterioro tecno-burocrático: el juez “aséptico”

Hemos visto en el capítulo anterior que hay grados de empirismo en las estructuras judiciales que no alcanzaron la etapa tecno-burocrática y que las dotan de mayor o menor primitivismo. En cualquier modelo empírico pugna una cierta tendencia burocratizante, porque sus integrantes aspiran a la estabilidad y anhelan una “carrera” que, aunque ellos no la hayan cursado, esperan organizarla y quedar consagrados.

Esto hace que los operadores, incluso de los sistemas primitivos, adopten actitudes burocratizantes y esto provoca que en todas las estructuras primitivas se opere también el deterioro burocratizante, combinado con las otras variables.

Igualmente, a medida que una estructura burocrática se consolida, se va liberando de los arrastres empíricos y se hace más manifiesta su tendencia superadora hacia un modelo democrático, emergen mayores actitudes críticas, el mayor nivel técnico de sus jueces hace que aparezcan en algunos de éstos los caracteres de los jueces de las democracias contemporáneas del estado constitucional de derecho, que se resistan a las dictaduras cupulares y a las pautas burocráticas, aspirando a mayores niveles de integración de los principios generales

³⁴ DOROTHÉE F. M. TWAALFHOREN, *La magistratura giudicante nei Paesi Bassi*, en LUIGI ZANCHETTA, op. cit., p. 35.

rando a mayores niveles de integración de los principios generales y de perfección del estado de derecho.

Los tres modelos estructurales a que nos venimos refiriendo, son tres momentos evolutivos y, en cada uno de ellos, se observan las tendencias hacia su superación, siempre en pugna con las tendencias hacia el reforzamiento del modelo y hacia su deterioro a etapas anteriores. El triunfo de las tendencias superadoras depende en gran medida del “ambiente” en que se inserta y con el que se relaciona el sistema judicial, esto es, de las relaciones interactivas de éste con el sistema político y con la sociedad en general.

Esto explica que una magistratura tecno-burocrática manifieste mayores tendencias a la superación entre sus operadores en un contexto democrático que en uno dictatorial y, por ende, que no sea idéntica la burocratización en el nazismo que en la Francia contemporánea, en Bélgica o en Holanda o Brasil. Por ello, no nos cansamos de reiterar que nos manejamos con modelos para el análisis, pero que éste debe llevarse a cabo en cada caso concreto respecto del sistema judicial particular, sin caer en el error de cosificar los modelos y darles carácter de esquema dogmático.

El modelo tecno-burocrático, por definición, garantiza cierto nivel técnico en sus operadores, pero no garantiza la independencia judicial y a veces la conculca aún más que el mismo modelo primitivo. La burocratización es, justamente, una reacción defensiva que permite sobrevivir en la dependencia interna y externa, generada mediante la amenaza de sanciones disciplinarias, de bloqueo de ascensos y promociones, de traslados arbitrarios, de campañas difamatorias internas, de presiones policiales o de agencias administrativas, etc.

Estas son las condiciones institucionales a las que se somete a las personas, pero que tienden a generar mecanismos de huida que configuran lo que llamamos “burocratización subjetiva” o deterioro burocratizante a nivel personal de los operadores.

La defensa contra las condiciones institucionales adversas son, en estas estructuras, las actitudes o comportamientos *ritualistas*, que consisten en cumplir de modo reiterativo, obsesivo y sumiso las mismas formas, olvidando o relegando los contenidos y objetivos de la función. Además del ritualismo, otro mecanismo de huida es la *negación* consciente o inconsciente del condicionamiento mismo mediante *resoluciones evasivas*, es decir, que frente a cualquier decisión susceptible de generar conflictos, se adopta la actitud

ceptible de generar conflictos, se adopta la actitud primaria de *eludirla*, apelando a cualquier recurso formal (plantear incompetencias más o menos descabelladas, derivar la solución de fondo a la alzada, etc.).

Frecuentemente, para evitar conflictos y sobrevivir, sus operadores deben ocultar sus ideologías o bien hacer alarde de la que no comparten y, en el fondo, cuando han internalizado completamente las pautas burocráticas y se encuentren en conflictos que a nivel personal son insostenibles, terminan por sustituir su propia concepción del mundo por un puro sistema de racionalizaciones que les permite subsistir dentro del marco de poder en que se hallan insertos.

Por supuesto, esto frustra cualquier creatividad y poda toda imaginación, los operadores pierden interés en cualquier cosa que pueda sacarlos de su rutina y el tema salarial y promocional asume centralidad en sus discursos cotidianos. La adaptación a estos condicionamientos, en alguna medida, importa un deterioro que a veces llega a ser psíquico, pero siempre es humano y ético. Con el paso del tiempo –y siempre que el deterioro no provoque errores de conducta disfuncionales- los operadores llegan a las cúpulas y desde ellas orientan el proceso reproductor de los mismos comportamientos, porque la superación de las etapas anteriores sin disfuncionalidades es a costa del sacrificio de toda originalidad, de modo que se garantiza que el operador que llega a la cúpula lo hace completamente incapacitado para innovar.

Cualquier estructura tecno-burocrática puede evolucionar hacia el modelo democrático contemporáneo, pero también puede degradarse hacia un modelo empírico, dependiendo de las fuerzas que operan en su interior y del “ambiente” en que se encuadre. Cuando las dictaduras llegan a situaciones de totalitarismo, exigen la identificación partidista o militante y con ello la burocracia se acerca al empirismo, pero mientras no se llega a estos extremos, la burocracia resulta funcional al sistema, aunque sea marcadamente autoritario, mediante una imagen de “apoliticidad” y neutralidad. No olvidemos, por ejemplo, la jurisprudencia antiobrera que caracterizó a toda la magistratura italiana anterior al fascismo³⁵, condenando las huelgas de modo invariable, pero todo bajo un manto de “neutralidad”

³⁵ G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Bari, 1969; RENATO TREVES, *Sociología del diritto*, Torino, 1988, p. 254.

ideológica que el fascismo siguió utilizando. En este sentido resulta paradigmático el discurso del ministro fascista Rocco: “la magistratura no debe hacer política de ningún género, no queremos que haga política gubernativa o fascista, pero exigimos firmemente que no haga política antigubernativa o antifascista, y esto es lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos”³⁶.

En definitiva, los discursos del tipo de Rocco reclamando la neutralidad de los jueces son coherentes y, lo más sorprendente, encierran cierta dosis de verdad y de sinceridad, pues pretenden que los jueces no asuman la función política que les incumbe en cualquier democracia, o sea, acotar el ámbito de la lucha partidista mediante el control de constitucionalidad de las leyes y decretos. Simplemente, consideran que eso es exclusivamente político y nada tienen que hacer allí los jueces, que deben limitarse a aplicar leyes y decretos, sea de la naturaleza que fuesen.

Como es natural, de este modelo y de la tendencia que lo acompaña surge la imagen del juez “ascético”, que se proyecta públicamente y a la que nos hemos referido como una imposibilidad antropológica, ridiculizada por Griffith³⁷

En perfil público del juez “ascético” implica un terrible manejo autoritario de la imagen pública de la justicia y, al mismo tiempo, un fortísimo deterioro de la identidad personal de los jueces. Casi todas las obras de ficción referidas a jueces y justicia tienen como blanco esta imagen, porque es la que más se presta a la denuncia, a la ridiculización y al escarnio.

En principio, al pretender que el juez como persona puede ser “neutro”, por dotes personales que lo colocan por encima de los conflictos humanos, se asocia a su imagen pública un componente sobrehumano o divino que, obviamente, no es más que un producto de manipulación, pero que llega al imaginario colectivo y produce demandas de rol dirigidas a los jueces desde esa percepción de su perfil. Como nadie es una divinidad en medida mayor a como lo somos todos, nadie puede asumir el rol de divinidad y cumplirlo satisfactoriamente y mucho menos por nombramiento estatal; a nivel individual la disparidad entre las demandas de rol y la capacidad

³⁶ Cit. por NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, cit.

³⁷ GRIFFITH, op. et. loc. cit.

individual genera conflictos individuales muy graves que afectan la identidad y llevan a errores de conducta, tales como el “moralismo” del que se considera juez de la ética de todos sus conciudadanos, la omnipotencia de quien afirma estar combatiendo los peores males y flagelos de toda la humanidad y deteniendo los genocidios, la rigidez agobiante que se traduce en conflictos familiares, cuando no en una verdadera quiebra depresiva.

En definitiva, esta imagen no es más que un instrumento de dictadura ética de la peor especie, condicionada por el proceso interaccionista³⁸, que nos explica la tendencia a asumir los roles que se nos demandan conforme a los estereotipos y a responder positivamente a los mismos. La “moralina judicial” o “dictadura ética” (en versión doctrinaria más sofisticada, la “etización del derecho”) es producto de este mecanismo.

Esto cumple también la función política de considerar que los jueces son ajenos al poder. No en vano, en ese lenguaje, se habla de la judicatura como un “sacerdocio”, con lo que se prepara a la opinión pública para que considere como inconveniente cualquier actitud judicial que implique una limitación o freno al ejercicio de poder partidista o una crítica al sistema. El público pierde de vista el fundamental rol político del juez e incluso lo rechaza como impropio, que es lo que todo autoritarismo pretende para ejercer su poder sin limitación alguna. El juez se pierde en una extraña y nebulosa imagen de santo y padre severo y moralista que condena al mundo. Esto responde, por cierto, a una mitologización de la figura del juez, elaborada a través de siglos y que sobrevive declamatoriamente en esta imagen³⁹, cuyas raíces inconscientes no son fáciles de percibir.

Por ridícula que sea esta imagen, lo cierto es que existe, fomentada por las estructuras judiciales de modelo tecno-burocrático y por las tendencias a la burocratización dentro de las estructuras empíricas, importando un serio peligro para la salud de las personas que están requeridas para satisfacer semejantes roles. Es necesario un arsenal increíble de mecanismos de huida para neutralizar la culpa que genera no ser quien todos pretenden que sea alguien, y que además lo tratan como si lo fuera, sabiendo que nunca puede serlo. Esta lacerante

³⁸ V. GEORGE H. MEAD, *Espíritu, persona y sociedad. Desde el punto de vista del conductismo social*, Buenos Aires, 1982.

³⁹ Cfr. DIETER SIMON, *La independencia del juez*, cit.

sensación de protagonizar un comportamiento psicopático, no puede menos que traducirse en trastornos individuales y sociales, familiares y en ocasiones públicos. Esta estructura está armada para agredir de la manera más brutal la personalidad de los operadores, lo que no se puede ignorar a la hora de explicar muchas actitudes y muchas teorías.

El deterioro de las estructuras tecno-burocráticas transferido a sus operadores se potencia por la competitividad interna que tal estructura condiciona. No se trata de una competencia más o menos sana, como puede ser la que genera el concurso, sino de una simple competencia por el poder. Generalmente, el volumen de trabajo de los supremos termina excediendo la capacidad de sus miembros, lo que se observó universalmente, al punto de que en los Estados Unidos provocó la *Judiciary Act* de 1925, que aumentó la jurisdicción discrecional y disminuyó la apelada^{39 bis}. En definitiva, esto provoca que las cúpulas tengan que valerse de equipos en los que delegan funciones, tanto en lo jurisdiccional (secretario y auxiliares que “proyectan” las sentencias) como en lo administrativo (ejercicio del poder verticalizador). En definitiva, se cae en una ficción, pues el poder no lo tiene la cúpula, sino que en la cúpula se halla un conjunto de empleados y funcionarios sin jurisdicción, que son los que ejercen el verdadero poder y que tienen realmente más arbitrio que los propios jueces, que materialmente le están subordinados. En síntesis: los jueces se hallan subordinados a los empleados, lo que afecta aún más su autoestima y, además, potencia las intrigas y aumenta el condicionamiento paranoide.

8. La falsa imagen del “juez conservador”

Dentro del modelo de magistratura que nos ocupa siempre interesan más las actitudes que las ideologías, aunque es frecuente la tendencia a ocultar las últimas, cubiertas por un manto gris y mediocre. No obstante, no es posible ignorar que sólo algunas manifestaciones públicas son consideradas “ideológicas”, en tanto que otras que lo son en mucha mayor medida no resultan criticables. En

^{39 bis} AUGUSTO M. MORELLO, *Crisis de los tribunals supremos*, en JA, 1984.

esta última categoría entran las que identifican al juez con el *stablishment*, siempre que no se traduzca en una expresión muy partidista. Por el contrario, desde el punto de vista burocrático se considera “desubicada” por “ideología” la reunión con opositores, los vínculos con el sindicalismo, la participación en grupos progresistas, el aliento a las iniciativas civiles, la participación o asistencia a manifestaciones artísticas avanzadas, etc.

Todo esto se explica en función de la alta vulnerabilidad de los sectores burocratizados: el contacto con el *stablishment* fortalece, pero siempre que se mantenga la imagen “ascéptica”, pues de lo contrario “compromete”, porque dificulta el oportuno distanciamiento en caso de cambio de poder; las otras vinculaciones criticadas lo son porque corren el riesgo de distanciarse del *stablishment*, lo que tampoco es bueno para la estabilidad burocrática.

En el fondo, todo cambio de poder entraña un peligro para los operadores de la estructura burocratizada. Además, cualquier cambio en la rutina altera los roles y, por consiguiente, hace tambalear o caer los lideratos burocráticos. Cualquier innovación resulta peligrosa o, por lo menos, así se la percibe. Esto hace que siempre que los operadores burocratizados se vean forzados a exteriorizar ideologías (siempre también en situaciones límite, porque de lo contrario no lo hacen), por lo general lo hagan expresando tendencias elitistas, reaccionarias o antidemocráticas, pero no por una auténtica convicción ideológica, sino por meras razones de seguridad, aunque sin pecar de exageración, lo que los reiteraría de la discreta zona gris, generándoles un nuevo peligro. Toda prudencia se pierde cuando la autoestima les impone racionalizar la ideología que expresan o el poder parece ser demasiado fuerte.

La actitud de “fascista moderado por las dudas” que a menudo asume el burócrata, ha dado lugar a que se complete la imagen o estereotipo del juez como “padre severo” con un componente que pasa a considerarse una verdadera fatalidad: “los jueces son conservadores.”

La ideología conservadora es tan respetable como cualquier otra y, en este caso, aparece comprometida en algo que, en verdad, nada tiene que ver con la misma. No puede confundirse una elección auténtica por una ideología política conservadora, con una resistencia al cambio entrenada, esgrimida como defensa frente a una estructura autoritaria. Esto último no es más que un mecanismo relativamente

inconsciente que se introyecta por la participación en una institución de modelo autoritario.

Por otra parte, toda burocracia es resistente al cambio, porque el comportamiento ritualista, obsesivo y reiterativo, sólo capacita para la repetición de lo aprendido y tanto la permanencia como los lideratos se ven en peligro cuando se les imponen cambios de pautas.

Es bueno no confundir nunca esta primaria reacción del burócrata con una auténtica ideología conservadora porque no puede confundirse un signo de deterioro personal con una elección democrática.

De cualquier manera, una estructura burocrática y el consiguiente deterioro de sus operadores, siempre tienden a provocar el comportamiento gris y “aséptico” que le reclamaba Rocco. No obstante, puede suceder que el ambiente o marco político-social, en un determinado momento tienda a degradar la estructura hacia un modelo empírico. En estas situaciones no es raro hallar fenómenos simbióticos de deterioro burocratizante y partidización directa, que suelen ser más peligrosos que los efectos aislados de ambas formas de deterioro.

El juez burocratizado que por presión del ambiente se ve forzado a comprometerse con una ideología sectaria en forma pública y sin retorno posible a la posición gris y “aséptica”, pierde la seguridad que le brindaba su tradicional asepsia y, por lo regular, procura compensar esa seguridad con una verdadera radicalización sectaria y con muestras externas de obsecuencia a veces increíbles. El producto es francamente lamentable y, en el plano personal, es la más completa agresión a la salud mental de una persona.

9. La lesión a la identidad como deterioro

El estereotipo público del juez como “padre severo” y “conservador” (con las debidas aclaraciones), el hábito de la “asepsia”, el prolongado entrenamiento en una “carrera” y una suerte de “ghettización” de la judicatura, van condicionando un proceso en el que *termina por confundirse la identidad de los operadores con sus definiciones funcionales*. La imagen mítica del juez semidivino, si bien es ridícula, lo cierto es que provoca demandas de rol que van siendo asumidas conforme a modos aprendidos a lo largo de prolongado entrenamiento. La estructura burocrática concede poco

miento. La estructura burocrática concede poco poder a los jueces, porque no tienen reales ámbitos de independencia. El operador judicial se encuentra en una encrucijada, sabiendo, por un lado, que ejerce muy poco poder, en tanto que, por otro, se le demanda un rol que excede la capacidad humana.

Para colmo de contradicciones, el rol que corresponde al estereotipo es de los que en psicología se llaman “roles maestros”, o sea, roles que al igual que el del sacerdote, el del médico, etc., condicionan todos los demás roles de la existencia (el “juez padre severo” debe continuar con su rol fuera de su ámbito funcional, en su familia, en su club, con sus amigos, etc.).

Para asumir este rol la persona está entrenada casi desde la adolescencia. Una carrera burocrática incorpora a las personas a edades muy tempranas, les hace introyectar sus valores, pautas y jerarquías, las entrena en las mismas y tiende a la internalización de sus signos de “status” social conforme a nivel jerárquico. La judicatura burocrática se estructura sobre el modelo militar y, a medida que se avanza en el mismo, el proceso interactivo conduce a una definición de la identidad de la persona en la que la función pasa a ser un componente regulador o maestro: la persona se define a sí misma por su “status” o función. Al cabo de algunos años se define mediante un “soy juez”, o sea, que su identidad se pierde debajo de su función.

Quizá este haya sido el mecanismo más efectivo de la militarización burocratizante de Bismarck que, décadas más tarde, mezclado con el nazismo, dio el pavoroso resultado que el mundo conoce. El propio Bismarck parece que no calculó este efecto y, por ello, quedó asombrado de la precisión con que seguía funcionando la máquina burocrática que había montado una vez que Guillermo II lo separó del vértice⁴⁰.

Es obvio que el juez formado dentro de esta estructura de modelo tecno-burocrático no se siente sólo amenazado en su simple estabilidad laboral, sino que compromete su propia identidad personal. Su grado de vulnerabilidad personal es muy alto y, en consecuencia, su resistencia a la dependencia es casi nula.

⁴⁰ Cfr. MAX WEBER, *Ensayos de sociología contemporánea*, Barcelona, 1985. I. p. 213 (tomado de *Wirtschaft und Gesellschaft*).

El efecto que la estructura burocrática tiene “hacia dentro” es muy poco observado, pero no es raro que sea el tema preferido de la ficción artística. Las contradicciones son tan enormes y el efecto deteriorante tan grave, que no pudieron pasarlos por alto a los artistas, aunque no se haya reparado suficientemente en ello en sede científica.

Las estructuras judiciales de modelo tecno-burocrático parecen máquinas infernales, de las que no hay posible escapatoria. Por fortuna, no existe ningún sistema de matricería humana que sea perfecto, de modo que, aunque una estructura tecno-burocrática parezca inmovible, lo cierto es que siempre será posible hallar en su seno personas que ofrecen diferentes grados de resistencia a la dependencia y que conservan bastante menos deteriorada su identidad. La supervivencia de quienes no introyectan completamente las pautas de subordinación y burocratización depende del grado de flexibilidad de la estructura judicial concreta, del ámbito de arbitrariedad del poder de remoción y ascenso del cuerpo cupular y del marco político social en que se inserta el sistema. Cuando el marco es considerablemente democrático, es frecuente que esas personas, que desde el punto de vista del proceso de burocratización pueden considerarse productos “fallados” del sistema, sean las impulsoras dinamizantes de una evolución hacia cambios estructurales de modelo, o sea, hacia el modelo democrático contemporáneo.

CAPITULO VIII

LA SUPERACIÓN DE LA TECNO-BUROCACIA POR LOS JUDICIALES DEMOCRÁTICOS CONTEMPORÁNEOS

1.El panorama de posguerra. – 2. Los límites reales a la superación de la tecno-burocracia. – 3. El caso francés. – 4. El Consejo italiano. – 5. El Consejo español. – 6. El sentido de la tendencia democrática moderna. – 7. La responsabilidad de los jueces en las estructuras democráticas. – 8. Viabilidad de la tendencia democrática contemporánea en los judiciales latinoamericanos.

1.El panorama de posguerra

De las ruinas de Europa fueron surgiendo las tentativas de superación de las magistraturas tecno-burocráticas. Fueron países derrotados los que reconstruyeron sus poderes judiciales sobre otras bases o, a lo menos, lo intentaron. Francia se hallaba liberada, pero con una magistratura que había sido dócil y funcional a Vichy; Alemania, que había creado su formidable burocracia judicial, hallaba que la misma, que había dejado intacta la ingenuidad de la República de Weimar, había sido funcional al ascenso del *Dritte Reich* y había operado perfectamente bajo el *Führerprinzip*; Italia se encontraba con un judicial jerarquizado, empobrecido, y que volvía a proclamar su tecnicismo neutral, que había sido funcional al fascismo. Treinta años más tarde, cuando España y Portugal establecieron sus gobiernos democráticos, se hallaron ante idénticos panoramas, con cuerpos jerarquizados que habían sido perfectamente funcionales a los largos años de dictadura franquista y salazarista. Más de una década después, la caída de los regímenes orientales de Europa enfrentaba a las nuevas democracias a panoramas análogos, y Polonia seguía el mismo derrotero. El signo impulsor de la democratización de los judiciales, desde la posguerra, no es su fracaso técnico, sino su formidable fracaso político. Donde no tuvieron oportunidad de fracasar, como en Bélgica, Holanda, etc., sus estructuras no sufrieron mayores cambios, porque no se hizo notoria la necesidad.

En la temprana posguerra, los políticos de la reconstrucción europea se hallaron en una coyuntura difícil. Además del dato anecdótico que les imponía la creación de estructuras democráticas, es decir, la necesidad de mostrar claramente al mundo que se disponían a cambiar no sólo el rostro, sino también el fondo de los sistemas políticos que los habían precedido inmediatamente en el poder, casi todos ellos habían experimentado personalmente la indiferencia de esas burocracias judiciales y la real adhesión de las mismas a los autoritarismos y totalitarismos precedentes y se percataban de que la solución no pasaba por una mera cuestión de personas, sino por un profundo cambio de las estructuras judiciales que habían condicionado esas actitudes. No podemos olvidar que muchos de los políticos de la reconstrucción europea eran víctimas de la persecución del nacionalsocialismo, del fascismo, del “lavalismo”, etc. No podían dejar de percatarse de que el fenómeno era de estructura y de perfil, no sólo de hombres.

El débil Estatuto albertino había permitido a Mussolini alzarse con todo el poder; el descontrol constitucional de Weimar –hábilmente manipulado por Schmitt- legalizó la centralización hitleriana. Se protagonizaron procesos ultra-cesaristas de concentración de funciones en bandas sectarias ante la indiferencia o con la complacencia de juristas y jueces. Países como Austria vieron primero desaparecer su democracia y luego su independencia con análoga complacencia.

Por otra parte, el modelo judicial de las potencias vencedoras no podía adoptarse. Descartado el de la URSS –por obvias razones-, los europeos continentales no podían incorporar la estructura judicial británica, que responde al resultado de una dinámica política por completo original y ajena a la tradición jurídica continental, sin contar con que ni el sistema soviético ni el inglés conocían el control constitucional. El modelo restante era el norteamericano, que una década antes había causado grandes problemas a Roosevelt, y una magistratura estadual parcialmente electa, pero igualmente disputada entre los partidos de un sistema político bipolar.

La tendencia francesa a crear “consejos”, el ente consultivo italiano casi cancelado por el fascismo y el control constitucional austríaco frustrado en la entreguerra, fueron los antecedentes inmediatos de propia cosecha que los europeos pusieron en juego para la nueva estructura judicial. En medida distinta se adoptaron y

combinaron en los diferentes países y, por ende, con resultados dispares, pero siempre en alguna medida superadores de la postración burocrática de entreguerras.

Francia siguió resistiendo el control de constitucionalidad de las leyes, si bien fue la primera que intentó quitar a la casación el gobierno del poder judicial, función que otorgó a un consejo, si bien posteriormente protagonizó una regresión que hace que aún hoy sea una de las estructuras judiciales menos dignas de imitación, siendo cuestionable la existencia de un poder judicial independiente. Otros países adoptaron el modelo austríaco de control de constitucionalidad, que fue el más difundido. No obstante, fue Italia la que, en su Constitución republicana, optó por separar nítidamente las tres funciones judiciales asignándolas a órganos diferenciados, y si bien la puesta en vigencia de las disposiciones constitucionales al respecto fue bloqueada por más de una década, finalmente se pusieron en marcha tanto la corte constitucional como el consejo, siendo el país que más ha avanzado por esta senda. Los restantes países se limitaron a modificar en menor medida sus estructuras tecno-burocráticas, produciendo sistemas mejores que los anteriores, aunque no claramente diferenciados, o sea, sin el grado de horizontalización que permite el modelo italiano. No es de extrañar que cuando, décadas después, España y Portugal emprendieron la misma labor, lo hicieran por camino análogo, al igual que más recientemente Polonia.

2. Los límites reales a la superación de la tecno-burocracia

Antes de detenernos brevemente en la dinámica de cada uno de los principales modelos, creemos adecuado reflexionar un poco sobre los límites reales que tiene la superación del modelo tecno-burocrático y esclarecer el sentido de algunas críticas de que son objeto las estructuras democráticas contemporáneas.

Si aceptamos que una “burocracia” en sentido sociológico es una estructura que tiene las características generales que le señaló Max Weber¹, no es posible negar que en este sentido sociológico todos los poderes judiciales son, en buena medida, “burocracias”.

¹ MAX WEBER, op. cit. pp. 167-170.

En efecto: si las burocracias requieren “especialización” (cada tarea a un experto), “designación por méritos”, “impersonalidad formal” (para llevar a cabo imparcialmente una serie de procedimientos formales) y una “cadena de mandos” (para definir la responsabilidad de cada operador)², no cabe duda de que estos caracteres se hallan en casi todos los poderes judiciales, menos en los empíricos muy primitivos que, por ello, ni siquiera tienen eficacia burocrática. Pero estas mismas características las podemos hallar en otras muchas instituciones, por lo cual con razón se ha dicho que si bien las instituciones no son burocracias, “es imposible estudiar gran parte del comportamiento institucional sin estudiar las burocracias que administran gran parte de él”³.

En este sentido, no es posible pretender que un poder judicial deje de ser o renuncie a la parte burocrática que le incumbe como institución. La pretensión de una solución radical que elimine los componentes burocráticos en este sentido sociológico, por lo general y conforme a la experiencia histórica, se resuelve en una nueva estructura empírica. La idealización de modelos que, por lejanos, son poco conocidos –como el inglés– para mostrarlos como ejemplos de “desburocratización”, no hace más que obstaculizar la superación de los modelos primitivos.

No se trata de superar lo que, mientras se acepte que la jurisdicción es una función estatal que emerge de la soberanía, resulta insuperable, sino de superar lo que algunos han preferido llamar “buropatología”⁴ y que son *los desarrollos ilimitados del poder burocrático librado a su propia inercia*, que es lo que realmente sucede en los modelos tecno-burocráticos.

Los modelos democráticos contemporáneos han encorsetado a las instituciones judiciales en carriles políticos democráticos para que no se fortalezcan como puras democracias y no desarrollen sus tendencias “buropatológicas” que habían generado en “buropatías” a las que no interesaba el sistema político.

² Cfr. PAUL B. HORTON – CHAESTER L. HUNT, *Sociología*, México, 1991, p. 234.

³ *Ibidem*.

⁴ *Idem*, p. 235.

Vimos que los modelos empíricos desarrollaron diferentes vías de superación de su primitivismo, hasta desembocar en modelos tecnoburocráticos, los que, por su parte, entraron en crisis al convertirse en lastre para las fuerzas democráticas y hasta en aliados explícitos de autoritarismos y totalitarismos, habiendo surgido de sus estruendosos fracasos políticos los modelos burocráticos contemporáneos. Teniendo en cuenta que ésta fue una dinámica política, no resulta extraño que existan enemigos de la misma en cualquiera de sus etapas, y así como hay fuerzas que pugnan por el avance, no faltarán otras que quieran detenerlo o revertirlo.

No puede ignorarse que un poder judicial que coloca límites al juego partidista es a veces molesto para los operadores sectoriales, sea cual fuere su color político, pues en la medida en que tenga eficacia para el sistema será imparcial y las molestias se turnarán.

Tampoco es posible ignorar que no faltarán quienes se quedan anclados en el viejo desprecio romántico por lo jurídico y reverdecen los argumentos del jacobinismo francés que pasan por Marx para terminar en la dictadura stalinista por un lado y en la ingenuidad weimariana por otro. Al amparo de este romanticismo se propugnan jueces electos por voto popular, lo que ignora la experiencia histórica al respecto, es decir, de jueces señalados por los caciques políticos. Estos argumentos caen en el irracionalismo romántico, fundado en ficciones que chocan contra los más elementales datos de la ciencia social y de la experiencia política.

En el otro extremo se halla lo que podemos llamar el romanticismo de derechas, cuyo autoritarismo no le permite ver con buenos ojos las estructuras horizontales y sus corifeos añoran o ambicionan la verticalización, aunque tampoco faltan entre ellos quienes apelan a una nebulosa justicia “popular” (en sentido *völkisch*), en cuyo nombre no se hizo otra cosa que presionar y controlar aún más a las cúpulas burocráticas.

Dentro de las propias estructuras judiciales siempre habrá operadores que, por ocupar posiciones en los colegiados de alzada o casación, ejercen o ambicionan el poder vertical y, por ende, no están dispuestos a ceder ese ejercicio o esa aspiración. No es común que un juez de colegiado, formado en la tradición burocrática o ambicionando esa tradición –si es que pertenece a una estructura empírica-, no se sienta jerarca y muestre antipatía por cualquier

tendencia a la horizontalización judicial, que pretenda hacer realidad el principio de que *en la jurisdicción hay diferencias de competencia pero no de jerarquía*.

En síntesis, creemos que es importante puntualizar que el modelo democrático contemporáneo tiene sus límites dentro de un previo acuerdo acerca de la jurisdicción como ejercicio de poder estatal y que, por ende, su virtud se hallará en que acote la tendencia a operar por inercia de lo que en buena parte no puede dejar de ser una burocracia. El gobierno plural, el voto igualitario de todos los jueces para participar en el gobierno, la desjerarquización administrativa de los colegiados, formas de participación directa de la ciudadanía, publicidad de las actuaciones, oralidad, supresión de los secretos, pluralización nominativa del tribunal constitucional, etc., son todas medidas que tienden a impedir que el poder burocrático se desborde por inercia y que los objetivos de éste sustituyan a los propios de las funciones judiciales.

3. El caso francés

La magistratura francesa fue “depurada” en alguna medida en cada uno de los grandes cambios de la historia nacional, lo que también sucedió cuando se estableció la Cuarta República, en medio de un debate a cuyo centro acudió en un momento el remanido tema de la elección popular de los jueces, aunque ni siquiera el partido comunista puso demasiado empeño en defenderlo. Seguramente pesó en esto, por un lado, el dato realista de que una elección popular de ninguna manera garantiza la ideología democrática de los candidatos y, por el otro, la experiencia norteamericana en la materia.

Abandonada la idea de los jueces electos, la Constitución de la Cuarta República, del 27 de octubre de 1946, estableció lo siguiente:

“Artículo 83: El Consejo superior de la magistratura estará compuesto por catorce miembros: El Presidente de la República, presidente; El guardasellos, ministro de justicia, vicepresidente; seis personalidades elegidas por seis años y por la Asamblea general por mayoría de dos tercios, fuera de sus miembros, seis suplentes electos de la misma forma; seis personalidades designadas como sigue: cuatro magistrados elegidos por seis años, representando cada una de las categorías de magistrados, en las

condiciones previstas por la ley, cuatro suplentes elegidos en las mismas condiciones; dos miembros designados por seis años por el Presidente de la República fuera del Parlamento y de la magistratura, pero del seno de las profesiones judiciales, dos suplentes designados en las mismas condiciones. Las decisiones del Consejo superior de la magistratura son tomadas por mayoría de sufragios. En caso de igualdad de votos, decide el del presidente”.

Era función de este Consejo la presentación de los magistrados, que eran nombrados por el presidente de la República. “El Consejo superior de la magistratura asegura, conforme a la ley, la disciplina de esos magistrados, su independencia y la administración de los tribunales judiciales”⁵.

Como era de esperar, sin tardanza se intentó recortar las funciones del consejo que, obviamente, resultaba molesto al gobierno o, por lo menos, parecía restarle funciones que hasta antes de la Guerra nadie le había discutido. El camino más práctico fue reducirlo a un ente administrativo, admitiendo que sus decisiones eran revisables por el consejo de estado. La conflictividad, como era de esperar, surgía entre el consejo y el gobierno (ministro de justicia). La revisión por el consejo de estado lo redujo a la condición de órgano administrativo y en 1948 el gobierno presentó a la Asamblea un proyecto de ley para reducir notoriamente sus funciones⁶.

El consejo, reducido a ente administrativo y controlado por los tribunales administrativos, políticamente sitiado, fue debilitándose y empobreciéndose⁷, hasta quedar reducido a un espectro de lo que se había programado en la Constitución de 1946. De cualquier manera no había sido posible eliminarlo completamente y puede decirse que, con todas las dificultades y limitaciones, se había iniciado el camino de la independencia judicial en Francia.

Por desgracia, este proceso fue interrumpido por la Constitución de la Quinta República francesa, que provocó una nueva

⁵ JACQUES GODECHOT, op. cit., p. 406.

⁶ Cfr. VINCENZO ACCATRITIS, *La difficile lotta per la realizzazione in Francia dell'indipendenza della magistratura*, en “Questione Giustizia”, n° 4, 1989, pp. 1000-1001.

⁷ Sobre este deterioro, GERARD MASSON, *Les juges et le pouvoir*, París, 1977, p. 256 y ss; THIERRY RICARD, *Le Conseil Supérieur de la Magistrature*, París, 1990.

concentración de poder en el gobierno. El artículo 64 de la Constitución del 4 de octubre de 1958⁸ comienza declarando enfáticamente que “el presidente es garante de la independencia de la autoridad judicial”, para agregar (art.66) que los jueces son garantes de todas las libertades, de lo que resulta que, por carácter transitivo, el presidente es el garante de todas las libertades⁹. En la Constitución de 1958 no se habla de “poder” sino de “autoridad”, el consejo se limita a “asistir” al presidente de la república (art. 64), estando integrado por éste –que lo preside-, por el ministro de justicia y por otros nueve miembros designados por el presidente de la república¹⁰. Tres de los miembros son jueces de casación y tres de las cortes y tribunales, pero los elige el presidente de una nómina que prepara la corte de casación, de modo que es una composición que facilita el acuerdo entre el presidente y la cúpula judicial¹¹, eliminando cualquier rastro de elección de los pares, es decir, volviendo abiertamente a la verticalización burocrática.

Este retroceso sensible y abierto parece explicarse por la desconfianza de De Gaulle en una magistratura que había dado pocas muestras de vocación democrática, pero lo cierto es que no puede imputarse únicamente a la derecha francesa, dado que los socialistas prometieron realizar profundas reformas durante la campaña electoral y en más de una década de gobierno no hicieron nada para llevarlas a la práctica¹². La dependencia del ministerio público respecto del ejecutivo¹³ completa el panorama de sometimiento centralizador, que

⁸ Sobre el proceso de sanción de la Constitución francesa de 1958, DANIEL E. HERRENDORF, *El poder de los jueces*, Xalapa, Ver 1992, p. 62.

⁹ Cfr. ADAMA DIENG, *El imperio del derecho y la independencia de la judicatura*, en “Anuario del CIJA”, Ginebra, 1992, p. 31.

¹⁰ JACQUES GODECHOT, op. cit., p. 438.

¹¹ Cfr. FRANÇOIS GUICHARD, *Le tre giornate di sciopero dei magistrati in Francia*, en “Questione Giustizia”, 1990, p. 917.

¹² Cfr. FRANÇOIS GUICHARD, op. cit., p. 918; EVELYNE PICARD, *Come Progredire rimanendo immobile? (Riflessione sullo stato della magistratura in Francia)*, en LUIGI ZANCHETTA, “Governo e autogoverno della magistratura nell’Europa Occidentale”, Milano, 1987, p. 51.

¹³ V. ANNE CRENIER, *Il Pubblico Ministero in Francia*, en “Questione Giustizia”, 1991, 979.

permite afirmar que en Francia no se concibe al poder judicial como independiente¹⁴.

El consejo superior de la magistratura, por otra parte, sólo puede proponer a los jueces de casación y a los presidentes de las cortes de apelación, pues los restantes son nombrados por el ministro de justicia (art. 65), con lo que queda claro que el consejo francés no es más que un ente para acordar nombramientos cupulares entre las propias cúpulas y el gobierno. En modo alguno es un órgano de gobierno de un poder independiente¹⁵, con lo cual se acerca más a los organismos que en América Latina se llaman “consejos” que a los consejos europeos que arrancaron con el modelo francés de la Constitución de 1946. Tampoco es difícil comprender que los resultados que haya dado sean muy diferentes en Francia que en Italia¹⁶. Claramente se sigue hablando en Francia del “cuerpo judicial francés”¹⁷, con lo cual se le sigue reconociendo expresamente su carácter corporativo.

El carácter corporativo queda aún más claro a partir de la creación de la escuela de la magistratura, que fue obra del mismo ministro que proyectó la Constitución de 1958, pues fue creada por Michel Debré ese mismo año. Se sostiene que la razón fue que todos los grandes cuerpos del estado poseían escuelas, salvo la magistratura, y se agrega que no se la quiso incluir como una sección de la escuela nacional de la administración, no en razón de su independencia, sino de su especificidad¹⁸.

¹⁴ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Recenti modelli europei di ordinamento giudiziario*, multicop.

¹⁵ Cfr. GÉRARD MASSON, op. cit., p. 319 y ss; DANIEL SOULEZ LARIVIÈRE, *Les juges dans la balance*, París, 1987, p. 213; ANDRÉ POUILLE, *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Masson, 1985, pp. 58-59; JEAN CHAZAL, *Les magistrats*, París, 1978, p. 48; sobre la imagen pública, PAUL LEFEVRE, *Les serviteurs de la justice*, París, 1974.

¹⁶ Sobre la protección y “status” de los jueces franceses, MICHELE LAURE RASSAT, *Institutions Judiciaires*, París, 1992; PAUL LOMBARD, *Le crepuscule des juges*, París, 1988; J. LENOBLE (ed.), *La Crise du juge*, París, 1990. THIERRY CATHALA, *La magistrature dans le système judiciaire français*, en “Sistema judicial español: poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial”, Madrid, 1986, p. 18.

¹⁸ Cfr. ANNABEL ESCLAPEZ, en “Seminario”, ILANUD, 1987, multicop. Sobre la escuela judicial francesa, N. P. Sagüés, *Reforma Judicial*, Buenos Aires, 1978, p. 99.

Si tenemos en cuenta que Francia tiene un cociente de jueces por habitantes que equivale a poco más de un tercio del alemán y es apenas superior al que tenía en 1914¹⁹, lo que indica un indudable descuido financiero como servicio; que los jueces franceses se dividen entre los de “grandes procesos”, que trascienden a la opinión, y los gestores anónimos de los conflictos cotidianos; que su propia identidad se pone en crisis por esta vía²⁰, y que, además, deben operar con un ministerio público cautivo y sin poder para declarar la inconstitucionalidad de las leyes ni para remitir la cuestión a un tribunal que la declare, no puede caber duda de que el modelo francés ha sufrido un deterioro que no es digno de imitación.

Cualquiera sea el juicio de oportunidad política, no puede ser tomada en serio la opinión de De Gaulle – que con su sagacidad política tampoco era posible que la creyese- en el sentido de que la independencia del controlador la garantizaba el controlado: “La autoridad indivisible del Estado la confía al presidente de la República el pueblo que lo elige; no existe ninguna otra, ni ministerial, ni civil, ni militar, ni judicial, que no sea conferida y garantizada por él”²¹. No obstante, esta parece haber sido la idea central de la Constitución de la Quinta República, que, fuera ya del contexto de emergencia en que surgió, se mantiene hasta el presente, pese a la dispar ideología de los sucesores de De Gaulle.

4. El consejo italiano

Si bien el consejo superior de la magistratura italiana fue establecido por la Constitución de la República en 1947, fue reglamentado recién once años más tarde, por ley del 24 de marzo de 1958 y comenzó a funcionar efectivamente a partir del 18 de julio de 1959²². Es interesante observar que la institución marchó en sentido

¹⁹ Cfr. FRANÇOIS GUICHARD, op. cit., p. 921.

²⁰ Cfr. ROBERT BOURE-PATRICK MIGNARD, *La crise de l'institution judiciaire*, París, 1977 (sobre la sindicalización, p. 162).

²¹ Cit. por VINCENZO ACCATTATIS, op. cit., p. 1002.

²² La exposición se orienta fundamentalmente por los siguientes trabajos: LUIGI DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, 1973; ALESSANDRO PIZZORUSSO, op. cit.; RENATO TERESI, *Il Consiglio Superiore*

inverso en Italia y en Francia: mientras que en la primera quedó en suspenso hasta 1958, en la segunda fue languideciendo hasta burocratizarse completamente ese mismo año.

Aunque las disposiciones constitucionales italianas son escuetas, el consejo fue concebido como órgano de gobierno del poder judicial. El art. 104 de la Constitución de la República del 22 de diciembre de 1947 dispone:

“La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder. El Consejo Superior de la Magistratura estará presidido por el Presidente de la República. Formarán parte de él, como miembros natos, el primer presidente y el procurador general de la Corte de Casación. Los demás componentes serán elegidos en sus dos tercios por la totalidad de los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a diversas categorías y en un tercio por el Parlamento en sesión conjunta entre catedráticos titulares de materias jurídicas de universidades y abogados con quince años de ejercicio. El Consejo elegirá un vicepresidente entre los componentes designados por el Parlamento. Los miembros electivos del Consejo permanecerán en el cargo cuatro años y no serán inmediatamente reelegibles. No podrán, mientras permanezcan en el cargo, estar insertos en los registros profesionales ni formar parte del Parlamento o de un consejo regional”.²³

La composición mixta del consejo, que la ley actual establece en número de treinta consejeros (veinte jueces y diez juristas designados parlamentariamente), revela la intención constitucional de evitar que se convierta en un poder corporativo y el temor a que sea instrumentado por el gobierno lleva a excluir del mismo al ministro de justicia. Se ha observado que el consejo italiano “no sólo realiza una eficaz representación de todos los componentes de la magistratura (dando modo de expresión a las distintas categorías como a las diversas orientaciones político-culturales), sino que también importa la existencia de vínculos esenciales con otros sectores de la organización constitucional del estado mediante la asunción de la presidencia por parte del Jefe del Estado y la participación de los componentes “laicos” que representan las fuerzas políticas presentes en el Parlamento”²⁴. Esto persigue el fin deliberado de “evitar que,

della Magistratura. Venticinque anni di applicazione della legge 24 Marzo 1958 n. 195, Napoli, 1984.

²³ MARIANO DARANAS PELÁEZ, op. cit., T. II, 1248.

²⁴ ALESSANDRO PIZZORUSSO, *La responsebilitá del giudice*, en “Quadrimestre. Rivista di diritto privato”, n°3, 1985, p. 387.

con un órgano compuesto sólo de jueces, la magistratura pueda encerrarse en una casta y sufrir de modo decisivo la influencia de impulsos corporativos”²⁵. La participación de Calamandrei en esta parte de la Constitución de 1947 parece haber sido decisiva²⁶, siendo notables las dudas que hubo sobre la conveniencia de asignar la presidencia al presidente de la República o al presidente de la Casación²⁷, criterio este último que prevaleció, como veremos, en España. De cualquier manera, cabe recordar que Italia es una República parlamentaria y que el presidente no se considera una figura partidaria.

La elección de los magistrados que componen el consejo fue objeto de una larguísima lucha. Al principio se estableció que, además de los integrantes de derecho, seis de los componentes fuesen jueces de casación, cuatro de apelación y cuatro de primera instancia, pero la elección se efectuaba de modo que cada juez votaba sólo a los de su categoría. Este sistema electoral fue corregido en 1967 y 1975, en forma que todos los jueces votan para la elección de sus representantes, cualquiera sea la categoría que integran.

En 1981 se reformuló también la representación por categorías, estableciéndose que de los veinte consejeros jueces, diez son elegidos sin consideración a categoría alguna, cuatro de casación, dos de apelación y dos de primera instancia.

La elección se realiza en un único colegio nacional por listas y la adjudicación de cargos se establece por el sistema D’Hont. La elección de miembros designados por el Parlamento exige la mayoría de tres quintos, lo que impone un acuerdo de fuerzas políticas. De cualquier manera, es tradición que estos juristas sean nombrados por el Parlamento en proporción a los partidos representados parlamentariamente.

La ley establece que los jueces designados por el conjunto no puedan ser promovidos mientras dure su mandato, o sea, que, al término del mismo, deben reintegrarse a sus funciones en la categoría

²⁵ RENATO TERESI, op. cit., p. 11. Sobre la composición del consejo,

ROBERTO BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, cit., p. 108.

²⁶ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *L’organizzazione della Giustizia in Italia*, 1990, p. 37.

²⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Poteri del CSM e poteri del Presidente del CSM*, en “*Questione Giustizia*”, 4, 1985, p. 727.

correspondiente. Durante el mandato se los mantiene en condición de supernumerarios, al igual que a los catedráticos nombrados por el Parlamento.

Este sistema ha permitido una interesantísima dinámica ideológica entre los jueces, independiente de los partidos políticos generales. La justicia italiana arrancó de posiciones totalmente reaccionarias, que incluso la llevaron a ser remisa en reconocer como amnistiados delitos cometidos por la resistencia italiana en tiempos de la ocupación alemana²⁸, en tanto que ahora reconoce una pluralidad de opiniones sumamente democráticas²⁹. La integración por categorías de la directiva de la asociación de magistrados también varió desde 1958, puesto que en 1947 la integraban 60 jueces de casación, 13 de apelación y 27 de primera instancia, que en 1967 habían pasado a ser 11 de casación, 22 de apelación y 67 de primera instancia, lo que muestra el grado de horizontalización real que produjo el consejo³⁰. No pocas fueron también las discusiones en que el consejo defendió sus poderes: una de las últimas fue el derecho a establecer su propio orden del día, aunque el presidente de la república quiera vetarlo³¹.

A la selección disciplinaria del consejo se le reconoce carácter jurisdiccional y la preside el vicepresidente (salvo que el presidente quiera hacerlo). Está integrada por dos miembros de los elegidos por el Parlamento, dos jueces de casación, uno de apelación, dos de primera instancia y uno sin consideración de categoría. La sentencia de esta sección es recurrible ante la Corte de casación en pleno y el recurso tiene efecto suspensivo. Las sanciones que puede imponer son amonestación, reprensión, pérdida de antigüedad, remoción y destitución. Se considera, con razón, que este complejo sistema de

²⁸ Cfr. SALVATORE SENESE, *La institución judicial en Italia*, en “Política y justicia en el Estado Capitalista”, ed. Por P. Andrés Ibáñez, Barcelona, 1978, p. 49.

²⁹ Sobre las corrientes de opinión en el seno de la magistratura italiana, diferentes agrupaciones, porcentajes de votos, etc., CARLO GUARNIERI, op. cit., pp. 100-101; sobre “Magistratura Democrática”, DOMENICO PULITANO, *Giudice negli anni 70. Un'esperienza di magistratura democratica*, a cura di Giuseppe Gotturri, Bari, 1977.

³⁰ GIORGIO FREDDI, *Tensione e conflitto della magistratura*, Roma, 1978, p. 122.

³¹ Así en el “caso Masson”, cambio de notas entre el CSM y COSSIGA, en “Questione Giustizia”, IX, 3, 1990, p. 548 y ss; 2, 1990, pp. 433 y ss.

sanciones es un residuo de la concepción burocrática, que no se adecua al resto del sistema diseñado por la Constitución³².

La integración plural de este consejo es sumamente interesante. En principio, la designación de juristas extraños a la magistratura es muy importante, porque lo dota de nivel técnico y neutraliza el riesgo corporativo, especialmente, teniendo en cuenta la práctica legislativa de designarlos en proporción a la representatividad parlamentaria. En cuanto a los jueces que componen los dos tercios del consejo, superadas las dificultades de la elección dentro de cada categoría (que otorgaba predominio a los jueces de casación), siendo elegibles diez de ellos sin atención a categorías y votando todos los jueces a los de todas las categorías, se da lugar a que prácticamente se hallen representadas todas las tendencias que se delinearon en las agrupaciones de magistrados, lo que no sólo horizontaliza la representación, sino que también la pluraliza considerablemente. La prohibición de integrar el consejo en períodos consecutivos es otra sabia previsión porque evita la profesionalización de la función de consejero, que distanciaría a los representantes de los representados y de sus problemas e inquietudes cotidianos, es decir, evita la formación de una “clase política” dentro de la propia magistratura. Se ha dicho, con razón, que “la politicidad en sentido lato, que se expresa a través de tal sistema, equivale a sustituir la dimensión de la burocracia por la de la democracia en el gobierno de la orden, dejando espacio para que se despliegue la independencia, valor que en la democracia se exalta y en la burocracia está inevitablemente amenazado”³³.

Como es natural, la institución tiene poder, inherente a la independencia, y, por ende, tiene sus enemigos y sus roces con otras instituciones. En 1958 se había establecido la iniciativa ministerial para decisiones referidas al *status* de los jueces, lo que se declaró inconstitucional. El control de las decisiones administrativas por parte de los tribunales administrativos es otro de los más serios conflictos permanentes. La cuestión disciplinaria ha sido materia de largas discusiones. Los políticos han amenazado varias veces con modificar su estructura. Todo esto hace que el consejo, a veces parece que se debilita y otras que se fortalece. No poca importancia ha tenido en todo esto el formidable papel de la magistratura italiana en la lucha

³² Cfr. PIZZORUSSO, op. cit., p. 679.

³³ SENESE, en LUIGI ZANCHETTA, op. cit., p. 26.

contra los terrorismos, contra la criminalidad organizada y, más recientemente, contra la corrupción en la función pública.

Es dable recordar que en la Constituyente italiana de 1947 se discutió, como vimos, la organización del consejo y especialmente la presidencia, si discutió si era conveniente incorporar sólo un tercio o mejor la mitad de miembros elegidos por el Parlamento, etc. En cuanto a la preferencia por los dos tercios de jueces, dominó el criterio de que la pluralización electoral entre ellos impediría la coalición corporativa, como la historia ha confirmado.³⁴

5. El Consejo español

El consejo de la magistratura existía en forma embrionaria, como vimos, en Italia, y también había sido establecido en Portugal por ley del 12 de julio de 1912. La composición del Consejo portugués sufrió variables considerables: la dictadura estableció su integración por dos miembros magistrados de casación elegidos por el gobierno y dos por todos los jueces, pero no duró mucho porque el decreto del 20 de julio de 1932 estableció que todos debían ser elegidos por el gobierno. La Constitución salazarista de 1933 degradó el judicial de poder a función y consagró el principio autoritario de 1932. En 1945 el ministerio de justicia asumió las funciones de nombramiento y promoción, con lo que el consejo quedó casi anulado. El Consejo debía excluir del concurso para la magistratura a los candidatos con informes desfavorables de la policía política.

Sin duda que el Consejo recibe un nuevo impulso u cobra una nueva configuración política a partir de la Constitución portuguesa de 1975, reformada en 1982. A partir de la ley del 30 de setiembre de 1982, el artículo 223 de la Constitución portuguesa integra el Consejo superior de la magistratura con diez y seis miembros, presididos por el presidente de la corte de casación y conformado por dos miembros designados por el presidente de la república, de los que uno debe ser magistrado, por siete miembros nombrados por el Congreso y siete

³⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Poteri del CSM e poteri del Presidente del CSM circa la formazione e modificazione dell'ordine del giorno delle sedute*, en "Questione Giustizia", 1985, p. 127.

nombrados por los jueces³⁵. La Constitución griega de 1975, aunque es escueta y les asigna la función de “ascensos, destinos, traslados, excedentes y cambio de plantilla de los magistrados” (art. 90), también establece un Consejo de la magistratura³⁶. El Consejo también fue introducido –junto con el tribunal constitucional– en las reformas 1989 a la Constitución polaca de 1952³⁷.

Es obvio que a partir de la Constitución italiana de 1947 y, especialmente, después de su efectivo funcionamiento a fines de los años cincuenta, el Consejo se fue difundiendo por Europa. La adopción por parte de España en la Constitución de 1978 y el proceso que a partir de allí se desarrolló en el plano político es particularmente cercano e ilustrativo para nosotros.

El art. 122 de la Constitución española dice:

“1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia. 2. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. 3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De estos, doce Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión”.

Al igual que en el caso italiano, la Constitución es sumamente escueta, aunque más explícita que aquella, salvo en la forma de elección de los jueces que lo integran, que fue precisamente lo que aparejó dificultades. A diferencia de Italia, el Consejo se puso en

³⁵ GUILHERME F. FONSECA, *La rivoluzione del 1974 e l'organizzazione giudiziaria in Portogallo*, en Luigi Zanchetta, op. cit., p. 89.

³⁶ MARIANO DARANAS, op. cit., I, p. 1011.

³⁷ Cfr. ELZBIETA MORAWASKA, *La independencia judicial en Polonia*, de la Constitución de 1952 a las Reformas de 1989, en “Anuario del CIJA”, Ginebra, 1992, p. 81.

funcionamiento con celeridad mediante una ley orgánica de 1980, que fue sustituida antes de la terminación del mandato de los primeros consejeros por la vigente ley orgánica de 1985³⁸

La primera ley orgánica (1980) no canceló el orden jerárquico en la representación de los jueces, dada la considerable diferencia representativa entre los jueces del supremo y de apelación en comparación con los de primera instancia. Igualmente, había cierto grado de discriminación respecto de los miembros elegidos por el Parlamento. En cuanto a las asociaciones de jueces, exigían que para constituirse pudiesen acreditar un padrón con el 15% de los que estuviesen en condiciones de ejercer el derecho de asociarse, lo que parecía destinado a evitar las asociaciones de jueces de “izquierda” (especialmente, la agrupación denominada “Justicia Democrática”).

La segunda ley orgánica (1985) nació de un proyecto del gobierno que intentaba recortar las funciones del Consejo, reduciéndolas al mínimo en beneficio del ministerio de justicia, es decir, del propio gobierno, que aspiraba a reaparecer en escena con nuevos bríos. Por otra parte, el gobierno quería sustraer a la cooptación el nombramiento de nuevos jueces del supremo en reemplazo de los que se jubilaban. Por ello, lo más importante de esta ley fue la llamada “enmienda Brandés” (tal el nombre del diputado que la propuso), que inopinadamente fue introducida en el curso del debate: según esta enmienda, los jueces que integran el consejo ya no son designados por sus pares, sino por el Parlamento: “Los vocales serán nombrados diez

³⁸ En la exposición que sigue tomamos en cuenta los siguientes trabajos: PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, Madrid, 1986; CESÁREO RODRÍGUEZ AGUILERA, *El Consejo General del Poder Judicial*, Barcelona, 1980; *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1983; Cortes Generales, *Ley orgánica del Poder Judicial, Trabajos Parlamentarios*, Madrid, 1980; Idem, Madrid, 1986 (3 volúmenes); CARLOS GARCÍA VALDÉS, *La selección y formación de los jueces en España: el Centro de Estudios Judiciales*, en “Poder Judicial”, Madrid, 1987; crítica a la ley española de 1985, JUAN FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Valoración de la nueva ley orgánica del Poder Judicial*, en JUAN IGARTUA SALAVERRÍA (org.), “Los jueces en una sociedad democrática”, Oñati, 1987, p. 95; en igual sentido JOSÉ RAMÓN LÓPEZ-FANDO REYNAUD, en el mismo, p. 159; sobre las leyes y la enmienda Brandés, CLAUDIO MOVILLA ÁLVAREZ, *Consiglio Generale del Potere Giudiziario e Governo della Magistratura in Spagna*, en LUIGI ZANCHETTA, op. cit., p. 95.

a propuesta del Congreso de los Diputados y otros diez a propuesta del Senado por mayoría de tres quintos de sus miembros entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales y entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años en el ejercicio de su profesión, debiendo ser doce como mínimo el número de jueces y magistrados propuestos” (art. 124).

Era natural que al integrarse el Consejo con el sistema de la elección entre jueces, los electos fuesen predominantemente jueces de la vieja tradición tecno-burocrática predominante en la estructura, como consecuencia del resabio del anterior modelo. De cualquier manera, éste es un fenómeno previsible que debe superarse como resultado de la propia dinámica democrática y no introduciendo una reforma que implica un retroceso claro respecto del sentido histórico de la función del Consejo, como órgano de democratización del gobierno judicial.

Dicho en otras palabras: la ampliación de la horizontalidad proporciona mayor participación a las nuevas generaciones de jueces y el nuevo modelo, aunque partiendo de los jueces del viejo, va reforzando su estructura conforme a su propia dinámica.

No obstante, los tan mentados “tiempos políticos” (que son la nueva “razón de Estado” de las irracionalidades partidistas”) llevaron a una reforma que establece cierto grado de jerarquización controlada por los partidos políticos, que se asocian para repartirse los cargos en el Consejo. Cabe pensar que se trate de un retroceso coyuntural, superable en el futuro, en que, cuando la magistratura vuelva a salpicarse con las consecuencias de esta ingerencia partidista, provocará una nueva vuelta del Consejo a su tradición democrática.

En la legislación orgánica española se discutió la selección para el ingreso, que fue resuelta en forma transaccional. La discusión puso de manifiesto la clave del problema: si se pretende superar el modelo tecno-burocrático, es fundamental que la selección no quede exclusivamente en manos judiciales. Aunque sea difícil dar al problema una solución equilibrada, la prevista incorporación de juristas de procedencia académica en cierto porcentaje, incluso al supremo y a la segunda instancia, supone dejar abierta la vía al reclutamiento lateral, lo que siempre es un freno a la tendencia corporativa.

Un defecto grave de la ley española vigente –y que la distingue de la italiana- es que las sesiones del Consejo no son públicas y sus miembros están obligados al secreto.

6. El sentido de la tendencia democrática moderna

Las estructuras que hemos mencionado muestran una *tendencia* más que un modelo acabado. Es natural que así sea, porque la dinámica histórica no se detiene y, por consiguiente, los judiciales seguirán modificando sus estructuras. Es ilusorio –y hasta peligroso– pensar en modelos perfectos de instituciones, que jamás existen; imaginar un poder judicial “perfecto” es tan absurdo como pretender un modelo histórico de “república perfecta”. En la historia siempre hallamos tendencias, más o menos realizadas en estructuras concretas.

El Consejo de la magistratura, entendido en un sentido institucional europeo, “evita el corporativismo judicial e impide que un sólo sector jerárquico de la magistratura absorba el poder de controlar los destinos del aparato judicial”³⁹.

Esta institución ha servido, en los modelos de estados constitucionales de derecho de la posguerra, para realizar históricamente –en diferente medida– una tendencia a superar la burocracia judicial en el sentido antes señalado, esto es, no para la desarticulación de su inevitable carácter burocrático en el sentido sociológico, sino en el de contención de su inercia, o sea, de evitación de la “buropatía”.

Esta tendencia es la más rescatable de estas estructuras contemporáneas y la que hace que se muestren como las más dotadas de racionalidad en cuanto a sus funciones en el marco de un general sistema democrático. No obstante, es necesario precisar las consecuencias de esta tendencia y de las frustraciones que ha habido por fallas de sus manifestaciones históricas concretas.

No es simple democratizar, puesto que las tendencias antidemocráticas, aun cuando vean perdida su posición, tratan siempre de enmascararse bajo otra forma, adoptar la forma democrática y minarla desde dentro. Este es un fenómeno histórico perfectamente conocido: los oligarcas pueden ser monárquicos, pero si en algún momento observan que esta posición es insostenible, harán repúblicas oligárquicas. Las burocracias y los intereses partidistas de los modelos primitivos resistirán cualquier órgano de

³⁹ CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, *El Poder Judicial: planteamientos básicos*, en “Boletín de la Comisión Andina de Juristas”, Lima, julio de 1998.

gobierno autónomo, pero si no pueden evitarlo, van a intentar coparlo y mantenerlo bajo su control, de ser posible desvirtuando su sentido.

Por ello, se hace menester tener en claro algunos recaudos básicos que, cualquier reforma que no pretenda quedarse en la mera forma de una magistratura moderna, sino lograr su contenido material, debe respetar escrupulosamente:

- a) Los modelos democráticos modernos tratan de reducir la jerarquización interna del judicial, haciendo realidad la premisa de que entre los jueces no hay jerarquías, sino diferencias de competencia. La clave de este objetivo se halla en el traslado de las funciones de control interno y disciplinarias a un órgano democrático como el Consejo.
- b) *La composición de este órgano es la cuestión más importante que deben resolver estas estructuras.* Debe tenerse presente que al discutirse la misma, tratarán de sacar partido las tendencias partidistas y también las cúpulas del propio judicial; los primeros preferirían que bajo el pretexto de una Consejo siga operando un sistema primitivo, las segundas aspirarán a que se establezca o siga uno burocrático.
- c) La mejor realización de la tendencia horizontalizante se obtiene mediante la designación de los consejeros judiciales por medio del voto universal de todos los jueces y que para electores y elegibles no haya limitaciones por instancia.
- d) La tendencia a la corporativización judicial se quiebra mediante la distribución electoral del Consejo y también integrando el mismo en forma plural, o sea, que, en un porcentaje no superior al 50% el Consejo se halle integrado por juristas procedentes de otra fuente nominadora o electora: abogados elegidos por sus pares; juristas nombrados por el Congreso; profesores designados por la universidades; etc.
- e) Es fundamental requerir un alto nivel técnico en los miembros designados por el Congreso, pues este nivel permitirá menores parcialidades y jerarquizará la función. Es deseable que los parlamentos nombren a los juristas de su partido y no a sus amanuenses o a sus parientes y amigos.
- f) Una cuestión importante son las sesiones del Consejo: como cualquier órgano de gobierno y que atiende una función que

tiene alto significado político y un aspecto de servicio que interesa a toda la sociedad, sus sesiones deben ser públicas.

- g) El reclutamiento, o sea, el poder de nominación, debe mantener y reforzar la selección técnica por concurso, aunque también debe garantizar, por concurso, el reclutamiento lateral, o sea, que los concursos deben ser abiertos a todas las personas que reúnan los requisitos técnicos necesarios, con lo cual se desarma el concepto burocrático de “carrera”.
- h) La composición de los jurados es altamente significativa: el jurado que califica para la selección no debe estar integrado o dominado por jueces, porque esto privilegiaría conocimientos funcionales en detrimento de los conocimientos jurídicos, tendiendo a reproducir el mismo modelo burocrático. A tal efecto sería sano que en los jurados participen un tercio de jueces, un tercio de profesores universitarios y un tercio de abogados, por ejemplo.
- i) Las escuelas de la magistratura deben fomentarse como complementarias de la formación jurídica universitaria, para los conocimientos prácticos necesarios y para actualizaciones de conocimientos jurídicos no accesibles universitariamente (por razones de distancia, costo, etc.), pero en ningún momento deben sustituir la función la función universitaria.

Guardando estas precauciones fundamentales, necesariamente la tendencia democrática moderna producirá un nuevo perfil del juez que quebrará los anteriores condicionamientos deteriorantes. Es bastante claro que el juez que accede a la función por medio de un concurso tiene una autoestima diferente de la que corresponde al que es designado por mera gracia del poderoso, aunque provenga de una carrera burocrática. La función recibida por gracia condiciona a la retribución, pero también deteriora en cierta forma la autoestima, que es incomparablemente mayor en un juez que tiene la certeza de haber llegado por méritos.

Tampoco es admisible el ingreso por concurso y las “promociones” por otras vías. Esto produce la paradoja de jueces de primera instancia mejor formados que los de segunda instancia y los supremos. Los concursos abiertos en todas las instancias son la mejor garantía de imparcialidad y transparencia democrática. La idea de “carrera” es propia de una estructura burocrática y en lo posible es deseable que se la descarte: la carrera debe ser jurídica, es decir, el

seable que se la descarte: la carrera debe ser jurídica, es decir, el curso mismo de la vida en la persona va adquiriendo conocimientos que, en alguna etapa de la misma, la legitiman frente a un jurado para acceder a la instancia correspondiente a esos conocimientos.

El juez que se siente partícipe del gobierno judicial en razón de su representación en el Consejo, tiene también otra dignidad y conciencia democrática, muy diferente de la que puede tener quien no es más que el subordinado al poder partidocrático de una cúpula partidizada o gerontocrática.

Todos los defensores de estructuras empíricas (partidizadas) y burocráticas clamaron contra las estructuras democráticas por el riesgo de partidización de los jueces. Pero la historia viene demostrando otra cosa, que, además, era previsible: el pluralismo interno de las estructura condiciona controles recíprocos y sus respectivas denuncias, lo que limita el riesgo y la tentación de partidización; como los jueces no están sometidos a la amenaza de cúpulas dictatoriales, no se ven necesitados de aceptar los imperativos de ningún sector bajo amenaza de sanción arbitraria; y, finalmente, como no deben su nombramiento y tampoco temen su remoción por la acción de ningún partido, su filiación ideológica, pese a ser conocida, no los sitúa como engranajes de ningún aparato partidario.

La horizontalización permite al juez decidir sin atarse a criterios o simpatías, antipatías, preferencias, gustos o arbitrariedad de los tribunales de segunda instancia o de casación, más que en los casos en que por razones de orden o de economía procesal las leyes lo dispongan o aconsejen. En tales supuestos, ya no serán “criterios del superior”, sino sólo de otra instancia, cuya mayor jerarquía dependerá, ahora sí, del mayor prestigio que les depare su mayor conocimiento y su comportamiento.

El disparate jurídico y la corrupción no son jamás totalmente erradicables, pero el espacio para los mismos se reduce considerablemente en esta estructura. La horizontalidad es más idónea para detectar precozmente estos fenómenos. No se trata de una pirámide en que el vértice puede perder de vista lo que sucede en su base y el de la base no tiene poder para denunciar al vértice, sino de una red de observación en que la conducta ajena no sólo es observable y denunciabile, sino que también se puede castigar con el voto.

La superación de la imagen “aséptica” del juez permite una redefinición de su identidad que le deja mucha mayor libertad para participar en actividades sociales y culturales, lo que ayudará a su “desghettización”, haciéndolo un partícipe mucho más pleno de la vida social y ciudadana. La independencia judicial entendida absurdamente como separación de la sociedad civil⁴⁰ toca a su fin: la única forma de quebrar este perfil producido por el deterioro de la burocratización o por los más profundos del primitivismo judicial, es concebir al juez como integrado a la sociedad civil en forma plena y por derecho propio, es decir, al *juez ciudadano* que participa de las inquietudes, movimientos y necesidades de la vida colectiva.

La imagen burocrática del juez “padre severo” del imaginario popular, alimentada siempre por la anécdotas de la anterior generación de jueces, que suelen recoger los pocos rasgos humanos que se escapan a la asunción del estereotipo, como si lo admirable es que tuviesen un rasgo humano⁴¹, pasa en este esquema a reemplazarla el perfil del juez ciudadano, partícipe de la vida comunitaria. La eliminación de la culpa por no poder alcanzar el modelo sobrehumano, y por la inevitable filtración de las malas racionalizaciones, alivia las tensiones individuales del juez, le permiten adoptar actitudes más auténticas y le potencian la creatividad funcional al recibir demandas de rol adecuadas a su condición.

Por otra parte, una estructura judicial horizontal es menos proclive a la discriminación, aunque esto depende en general, del ambiente, es decir, de la totalidad del contexto social. Pese a ello, las estructuras de modelo primitivo y burocrático son más idóneas para ocultar de mil maneras las claras tendencias discriminatorias por motivos étnicos, religiosos, ideológicos, etc. Cuando reina la arbitrariedad, cualquier pretexto puede servir para justificar un acto claramente discriminatorio, lo que es mucho más difícil con menor espacio de arbitrariedad. La discriminación se basa en prejuicios que forman parte de ideologías y no terminan con el acto discriminatorio, sino que llevan a seleccionar y a entrenar en las mismas ideologías prejuiciosas, que reiteran y reproducen el modelo. Este círculo se

⁴⁰ Cfr. ROBERTO BERGALLI, op. cit., p. 101.

⁴¹ V. por ejemplo el anecdotario de JOSÉ CANALE, *Evocaciones forenses*, Buenos Aires, 1950.

corta en las estructuras democráticas o, al menos, su eficacia se reduce considerablemente en razón del pluralismo.

Una de las más lamentables discriminaciones es la de género. Si bien se ha abierto el camino de la mujer en cuanto a acceso a la magistratura, sigue concibiéndose básicamente como una actividad masculina y poco se puede adaptar la mujer al estereotipo del “padre severo”. De allí que la mujer jueza, dentro de estructuras no democráticas, deba asumir algunas actitudes inauténticas y hasta masculinas o quedar en posición subordinada. El bajísimo número de juezas en las cortes norteamericanas dio lugar a la creación de la *National Association Women Judges*⁴² en 1979 y en 1991 se constituyó en Italia la *Associazione Donne Magistrato*⁴³. En cuanto a otras discriminaciones, se ha hablado en la Argentina muy frecuentemente de tendencias antisemitas en la magistratura, lo que no es de extrañar, porque se han conocido jueces de abierta ideología totalitaria, de la que, por otra parte, hacían gala, incluso en sus valoraciones volcadas en sentencias. En América Latina, por lo general, contraste el color de piel de los magistrados con la composición de la población que se observa en la vía pública, aunque a veces el deterioro de la función la “democratiza” en este aspecto: cuando la función deja de ser codiciada, porque se deteriora hasta el grado de que casi no hay jueces, sino meros empleados mal pagados de una corte partidizada, la composición de la magistratura no difiere mucho de la policía, es decir que pasa a ser una tarea subalterna que las clases hegemónicas desprecian y libran a sectores más humildes.

7. La responsabilidad de los jueces en las estructuras democráticas

⁴² Cfr. ARLINE PACHT, *La Asociación Nacional de Juezas en los Estados Unidos de América: un paradigma para alcanzar el poder*, en T. RIVERA, “Las juezas en Centro América y Panamá”, San José, 1991, p. 81.

⁴³ GABRIELA LUCCIOLI, *Per la Giustizia tra parità e differenza, La costituzione della Associazione Donne Magistrato*, en “Questione Giustizia”, X, 1, 1991, P. 223; sobre mujeres en la justicia, ELENA PACIOTTI, *La donna nelle istituzioni e in magistratura*, en “Questione Giustizia”, VIII, 1989, 1, 242 y ss.

Existe un tema que es tan vital para las estructuras democráticas como el de la selección: es, precisamente, su contrario, o sea, la remoción y, en general, el sistema de sanciones. Es sabido que en las estructuras empíricas se lo manipula para someter a los jueces al arbitrio partidista o de intereses subalternos, en tanto que en las estructuras tecno-burocráticas, son las cúpulas las que ejercen su dictadura mediante su amenaza y poder. Obviamente, un sistema judicial no puede considerarse democrático en la medida en que tolere instrumentos arbitrarios e irracionales de sometimiento a los jueces.

En rigor, si los sistemas fuesen coherentes, deberían concluir en que el control político de los jueces y, por ende, su *responsabilidad política*, corresponderían a sistemas en que los jueces cumplen funciones que se consideran completamente políticas en el sentido de que su función no tenga diferencia alguna con la del legislativo. Esto corresponde a una noción casi propia del llamado “derecho libre”, aunque, en el fondo, no sabemos si un “derecho libre” debiera concluir en la responsabilidad política o directamente en la irresponsabilidad de los jueces, que sería más adecuado a su función: nadie, salvo el voto, responsabiliza a los legisladores que legislan inadecuadamente. Cuando se comparte otra visión totalmente opuesta del derecho, o sea, la positivista jurídica pura, debiera concluirse en que lo adecuado a ella sería una magistratura totalmente verticalizada, en que los jueces debieran estar sometidos a una *responsabilidad disciplinaria*. Por último, un estado constitucional de derecho debiera crear un sistema de *responsabilidad jurídica*, diferente de los anteriores.⁴⁴

SE ha sostenido que el juez cumple una función política vital, que es la de “conservar” el sistema, en tanto que los otros poderes tienen asignada la función de “instrumento” o “usar” al mismo. Se afirma que el juez no hace el derecho libremente y, por ende, no usa el sistema como los otros funcionarios, cumple con la función política de conservarlo⁴⁵. De aquí se deduce que el juez debe estar sometido a

⁴⁴ ALESSANDRO GIULIANI-NICOLA PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, pp. 17, 22.

⁴⁵ En el sentido del texto, JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, p. 221.

responsabilidad jurídica y no política⁴⁶. El debate al respecto es actualmente bastante nutrido⁴⁷.

Ya vimos la incoherencia que con frecuencia se comete en las Constituciones provinciales, que mantienen la designación política y establecen una remoción jurídica, aunque de naturaleza discutible. Esto provoca que, lamentablemente, se sostenga que la remoción de los jueces, la haga quien sea, es un acto no revisable ni siquiera en su constitucionalidad, al menos por parte de algunas posiciones extremas al respecto.

Esta confusión es sumamente grave y un sistema democrático no puede tolerarla. La inamovilidad del juez y su independencia dependen de que haya normas claras y también ideas claras a este respecto.

Por nuestra parte, entendemos decididamente que la responsabilidad del juez es jurídica, en el sentido de que no puede ser removido sino en razón de una causa establecida con anterioridad y plenamente probada en un proceso con las debidas garantías de legalidad, defensa e imparcialidad. En modo alguno la remoción la remoción de un juez puede ser un mero acto de oportunidad política. Si así fuese, la independencia judicial sería un mito y la judicialidad misma una mera ilusión.

8. Viabilidad de la tendencia democrática contemporánea en los judiciales latinoamericanos

Hemos manifestado que América Latina se halla anclada en los modelos empíricos, con mayores o menores componentes primitivos, salvo el Brasil, que presenta una estructura tecno-burocrática muy consolidada. Sin duda, imaginar el paso a modelos democráticos contemporáneos puede crear la impresión de que para ello es

⁴⁶ Cfr. G. SCHMIDT-RANTSCH, *Deutsches Richtergesetz Kommentar*, München, 1983, parág. 46.

⁴⁷ Sobre el sistema italiano de sanciones administrativas y la comparación con otros, VINCENZO VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna, 1984; sobre las diferentes hipótesis, LEOPOLDO LEÓN, *Sulla responsabilità del giudice*, en "Critica del diritto", 48/49, giugno 1988, p. 35.

necesario “quemar etapas”, en mayor o menor medida, por lo que cabría preguntarse si eso resulta posible.

Desde el punto de vista de las estructuras mismas, no vemos inconveniente alguno para este tránsito. Más aun, creemos que a veces la falta de una verdadera burocracia judicial puede posibilitar el montaje más rápido del modelo democrático contemporáneo, pues no tiene el obstáculo que le puede oponer el poder burocrático. De ninguna manera es inevitable el paso por la etapa tecno-burocrática para llegar al modelo horizontal.

En ésta, como en cualquier dinámica institucional, no hay etapas inflexibles. Por primitivo que sea un sistema empírico, nada impide una correcta selección de los más capaces por vía de concurso entre todas las personas con versación jurídica de un país, como tampoco la integración de un órgano de gobierno plural integrado por mandato de jueces, legisladores, abogados, universitarios, etc. En otras palabras: nada lo impide cuando existe la voluntad política de realizarlo.

Las dificultades latinoamericanas para permitir la dinámica de sus estructuras hacia otras de modelo democrático moderno, no provienen de las estructuras mismas, sino de las instancias políticas de decisión, que por lo general no tienen claro el problema ni sus términos, sin contar con que sus operadores políticos abrigan la esperanza de seguir manipulando a sus judiciales o de manipularlos cuando se hagan con el poder. A esto suele agregarse que, por lo general, el sistema judicial de modelo empírico genera “industrias”, es decir, grupúsculos profesionales y de intereses que se benefician con los defectos estructurales y se resisten a cualquier cambio que ponga en peligro sus ingresos, no siempre lícitos.

No podemos obviar algunas diferencias de marco entre la situación latinoamericana actual y los contextos políticos que abrieron paso a las estructuras democráticas modernas en la Europa de posguerra y aún posterior.

a) La mayoría de los países latinoamericanos superaron largas dictaduras y algunos de ellos verdaderas catástrofes, pero, aunque éstas se enmarcaban en un contexto internacional, su caída no obedeció a guerras internacionales como las europeas, es decir, a derrotas internacionales que obligaron a democratizar sus sociedades y sus judiciales como condición ineludible para superar la catástrofe.

b) Por lo general, los políticos europeos de la posguerra pertenecían a partidos con cierta definición ideológica, cualquiera haya sido su color o matiz, en tanto que los políticos latinoamericanos suelen agruparse en partidos con ideologías nebulosas, fluctuantes, o bien emerger de acuerdos sin programa.

c) Aunque el modelo tecno-burocrático no sea un paso previo imprescindible para alcanzar una estructura democrática, lo cierto es que cuando se dispone de una burocracia consolidada, ésta se encarga de crear, por reacción contra el poder cupular de esa estructura, un contrapoder interno que ayuda a resistir a los otros jueces y a concientizar a las clases políticas.

Como vimos, pese al escaso espacio para la disidencia, las estructuras burocráticas pueden generar jueces que tienden a superarlas. En la mayoría de los países latinoamericanos, por debilidad o inexistencia de estructuras burocráticas, estos jueces no existen o son escasos.

En estas condiciones, la decisión política democratizante se vuelve más difícil. No obstante, los factores que hemos señalado al comienzo de este trabajo compensan en parte tal dificultad, pues impulsan la dinamización política del judicial: las demandas funcionales evidencian la disparidad entre funciones manifiestas y latentes, cunde la sensación de crisis, la incapacidad de las vigentes estructuras para responder a las demandas funcionales se hace incuestionable, los políticos deben proporcionar respuestas porque de lo contrario pierden clientela, etc. Es obvio que los operadores políticos pretenderán dar respuestas cosméticas, para que se satisfaga la opinión, pero todo quede igual, mas esto también tiene sus límites.

Sin duda, estamos ante un proceso dinamizante, aunque sus condiciones sean diferentes de las europeas de posguerra.

Por otra parte, no es posible ignorar que los programas económicos llevados a cabo en casi todo el continente tiene un altísimo costo social, que sólo se puede superar con una cierta apertura al reconocimiento real de derechos y una amplia radicación de capital productivo. Esto último no será viable en la medida en que no se garanticen inversiones con expectativas de rentabilidad razonables. En caso contrario el capital que acudirá tratará de compensar su inseguridad con expectativas leoninas o no concurrirá. Las garantías razonables no las pueden proporcionar únicamente los operadores partidistas, cuyo paso por el poder puede ser efímero, sino

por el poder puede ser efímero, sino que deben ser garantías jurídicas que sólo puede proveer un poder judicial independiente y estable.

Además la formidable complejidad de las relaciones económicas, el inmenso poder del aparato estatal y la gran movilidad política, abren nuevas e insospechadas dimensiones al fenómeno de la corrupción, que sólo podrá controlarse mediante una respuesta combinada desde los órganos de control de la gestión del estado y desde el poder judicial. Sería absurdo pensar que la única respuesta sea en sede penal, dejando expresamente de lado todo el aspecto preventivo y reparador.

Todo esto indica que existen razones contextuales que confluyen en la necesidad de racionalización de los sistemas y estructuras judiciales en la región, siendo una condición necesaria –aunque, por supuesto, no suficiente- para la superación de la coyuntura político-económica o para que ésta no acentúe las características de genocidio “pacífico” que va asumiendo.

Las resistencias al cambio estructural tienden a sostener los modelos empíricos. Como es sabido, cuanto más autocrático y arbitrario es un ejercicio de poder, más irracional es el discurso que lo sostiene o del que se vale. Por cierto, a este bajísimo nivel se hallan los argumentos que sostienen las estructuras judiciales empíricas y primitivas de la región, que, además, por lo general no se formulan por escrito, sino en los discursos políticos y en algunos artículos periodísticos. De cualquier manera, resulta indispensable recordarlos, porque su difusión tan amplia y la desinformación incluso de los técnicos suele dar lugar a que, pese a su pauperismo lógico y científico, provoquen frecuentes confusiones, tomando desprevenidos a algunos operadores políticos y siendo esgrimidos por otros nada desprevenidos.

La argumentación suele girar en torno de los conocidos recursos de siempre: a) nuestros países no se hallan preparados para esos cambios; b) son instituciones foráneas ajenas a nuestra tradición nacional; o c) en nuestros países no hay juristas que puedan protagonizar esos cambios y dar vida a esas instituciones.

El primer argumento es claramente racista: se trata del racismo de Spencer, es decir, de la versión evolucionista del racismo, orquestada a la medida del imperialismo británico del siglo pasado, que postulaba que el neocolonialismo era una empresa piadosa destinada a tutelar a los pueblos inferiores para que no se destruyesen, mientras con la tutela de los países centrales alcanzaban el mismo grado de evolución

tela de los países centrales alcanzaban el mismo grado de evolución que ellos, después de varios siglos⁴⁸. Esta fue la ideología de las repúblicas oligárquicas del continente, es decir, de las minorías proconsulares latinoamericanas del siglo pasado y comienzos del presente y es el que se hace resucitar cada vez que se intenta avanzar por camino democrático en nuestra región.

Con semejante criterio todos nosotros seríamos producto de un error: las largas luchas civiles posteriores a la independencia estarían demostrando que no estábamos preparados y que la independencia misma fue un error y, por ende, lo mismo puede decirse para la república y para la democracia. Este argumento olvida, en su irracionalismo más grosero, que las reformas democráticas vienen preparadas por la misma dinámica democrática. Para las reformas de sus estructuras judiciales tampoco estaban “preparadas”, en su momento, la Italia derrotada y que emergía del fascismo, la España que salía del franquismo, el Portugal que salía del salazarismo, etc. Ello era lógico, porque no se puede colocar el carro delante de los bueyes.

El segundo argumento no deja de ser tan irritante e injurioso como el anterior: nuestras estructuras judiciales no son originarias, sino que las venimos copiando mal. No hay ninguna estructura judicial que opere satisfactoriamente en América Latina y que surja como un modelo propio. Por otra parte, apelar a la “tradición” para asociar a ella instituciones que son antidemocráticas y hasta antirepublicanas, cuando no prácticas corruptas, es pretender que nuestros pueblos, con sus terribles luchas, con toda su historia de reivindicaciones, no son más que tradicionalmente corruptos y antidemocráticos. No cabe duda de que los que así discurren tienen un penoso concepto de las tradiciones regionales, porque ellas serían jueces deteriorados, magistraturas dependientes, nombramientos y remociones arbitrarias, nepotismo, favoritismo partidista, tal vez corrupción. Las estructuras judiciales contemporáneas son foráneas, claro está, pero tanto como todas las instituciones republicanas que hemos adoptado y sobre las que no parecieron dudar en momento alguno los constituyentes latinoamericanos, a lo menos al nivel declarativo.

El menos advertido de los observadores e incluso el más ignorante del comparatismo no puede dejar de percibir que todas las

⁴⁸ Cfr. MARVIN HARRIS, *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura*, Madrid, 1983, pp. 524 y ss.

instituciones locales, en uno u otro momento de la historia, las hemos copiado a Europa o a los Estados Unidos, con pocas variantes que generalmente empeoraron los modelos originarios.

El argumento no sólo no resiste el análisis, pero además su falacia ensucia las tradiciones de nuestros pueblos, pretendiendo que instituciones deterioradas y antidemocráticas se asocien a nuestras tradiciones nacionales. No se trata sólo de un discurso autoritario, sino también ofensivo para los ideales por los que siempre han luchado nuestros pueblos y para los hombres que –con aciertos y errores- en todos los tiempos han pretendido mejorar nuestros niveles jurídicos.

El tercer argumento irracional no falta tampoco en algunos de nuestros países: no tenemos juristas. Esta falacia es también altamente ofensiva, pues no hay ningún país de la región que no tenga personas con alta formación jurídica. En cuanto al número de personas con esa formación, o sea, al nivel general de la misma, volvemos a la cuestión del carro y los bueyes: si la estructura judicial no estimula, exigiendo nivel jurídico, éste irá cayendo o no superará el que tiene, porque el saber jurídico no es un juego de ajedrez entre académicos, sino que es un auténtico saber que procura una realización jurídica.

Como es dable observar, esta pobre batería argumental no es más que el fragmentario y nebuloso discurso que encubre la arbitrariedad de un poder autocrático o de la aspiración a él.

CAPITULO IX

VIABILIDAD POLÍTICA DE UNA ESTRUCTURA JUDICIAL DEMOCRÁTICA EN LA ARGENTINA

1.La dinámica histórica del poder judicial argentino. – 2. El poder judicial y la consolidación de la economía primaria agroexportadora. – 3. El judicial, crisis y reordenamiento de la economía agroexportadora (1880-1900). – 4. El poder judicial de la preguerra, la guerra y la posguerra en la Argentina (1931-1955). – 6. El poder judicial desde 1955 hasta la actualidad. – 7. La modificación del perfil psicológico del juez a lo largo de la historia judicial argentina. – 8. La reforma deseable y su viabilidad política.

1.La dinámica histórica del poder judicial argentino

Es necesario dotar de una perspectiva histórica al análisis del judicial argentino, para saber cómo se gesta y por qué etapas pasó hasta llegar al estado actual, y, consiguientemente, poder ensayar su perspectiva futura a corto y a mediano plazo.

En lo inmediato no creemos viable una reforma realmente democratizante de nuestro Poder Judicial. Debemos ser sinceros respecto de las perspectivas que surgen de los acuerdos de poder de los partidos hoy mayoritarios y esclarecer el sentido de sus propuestas, que no son precisamente democráticas, aunque parezcan disfrazarse con ese atuendo. No obstante, esto no detendrá la dinámica del poder judicial, sino que la impulsará y hasta la acelerará. Creemos que a mediano plazo esta dinámica deberá desembocar en esas reformas democráticas, en razón de la reacción que ha de generar la etapa inmediata. Nuestra visión, por ende, no es pesimista, a condición de que entendamos esto como un proceso continuo y dinámico hacia la democratización. Se trata de un camino que viene recorriéndose hace ciento treinta años y que llevará aún unos años ver sus frutos realmente democráticos, en un término que se acortará o alargará en la medida en que los técnicos cumplan con su función esclarecedora, a la que hasta hoy han renunciado en demasía. No es posible exigir claridad a la opinión pública, cuando no se la tiene en la

opinión técnica. Son los técnicos los encargados de proponer las políticas judiciales a la opinión pública y hasta hoy, lamentablemente, éstas brillan por su ausencia y los políticos aprovechan este espacio hueco para lanzarse al impúdico reparto del poder judicial.

Esta dinámica responde a un judicial que nació para satisfacer las necesidades de un modelo elitista, pero modelo al fin; que luego intentó su burocratización; que más tarde cayó en la inestabilidad partidista, lo que agudizó el deterioro de sus operadores, aunque conservan siempre una buena cuota de burocratismo; que recientemente se debilita la burocratización, porque la ruptura de pautas de nominación y su reemplazo por criterios más propios de modelos primitivos los desorienta; por fin, llegamos a un momento en que algunos pretenden reforzar la burocratización y otros el primitivismo, pero entre ambos lo que conseguirán es profundizar el último. Es lógico pensar que, si la acentuación de las pautas empíricas por efecto del mayor primitivismo de la estructura es lo que provoca la actual sensación de “crisis”, ésta no se superará por medio de retoques que la agudicen, sino que se incrementará, con el consiguiente reclamo público que deberá desembocar en una reforma democratizante.

2. El poder judicial y la consolidación de la economía primaria agroexportadora¹

Los constituyentes de 1853 discutieron poco la cuestión judicial, que se redujo al federalismo. Zuviría pidió explicaciones acerca de las atribuciones de los tribunales federales inferiores designados por el Congreso; Zapiola le respondió que sería una forma de evitar la denegación de justicia para las personas que de otro modo tendrían que trasladarse a la capital; Llerena pretendió que fuesen esos tribunales los que resolviesen los conflictos entre un gobernador y un

¹ Estamos usando para la analítica histórica un trabajo presentado en 1989 al Seminario convocado en Santo Domingo por el ILANUD, la Cooperación italiana y el Instituto de las Naciones Unidas de Roma, para el cual, a su vez, hemos usado materiales provenientes de una investigación en que contamos con la colaboración de la Dra. ALICIA OLIVEIRA, el Dr. MARCELO PALENQUE y el Sr. JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ.

habitante de la provincia, y Gorostiaga respondió que eso afectaría la autonomía provincial. No se discutió nada acerca de la forma de designación y remoción de los jueces. En la reforma de 1860 la discusión versó también sobre el alcance de la competencia federal.

El marco de poder para la instalación del poder judicial en la Argentina está condicionado por la división internacional del trabajo que emergió de la revolución industrial, que provocó una mayor demanda de materia prima (lana), particularmente por Gran Bretaña. Esta demanda causó la quiebra de los saladeros en torno del puerto (única fuente de mano de obra esclava en la Argentina) y la cría vacuna fue reemplazada por grandes estancias dedicadas a lanares, en su mayoría propiedad de ingleses, irlandeses y vascos, generadores de una clase políticamente muy consciente y apta para apoderarse del gobierno. Los ganaderos de lanares vencieron a los e vacunos y propietarios de saladeros, y a partir de Caseros el triunfo de Buenos Aires sobre las provincias, la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires y la presidencia de Mitre consolidaron el esquema de economía primaria agroexportadora.

Hasta 1880 la única represión fuerte fue la “pacificación” del interior. En lo ideológico no hubo represión. A partir de 1874 los sectores agroexportadores portuarios se aliaron con otros del interior (azúcar en el noroeste, vino en Cuyo, yerba mate, quebracho y madera en el nordeste). Se desarrolló el ferrocarril (de 10 km en 1857 se pasó a 6.700 km en 1887 y llegaría rápidamente a 16.600 en 1900) y se fomentó con exenciones y toda clase de ventajas la inversión extranjera, que coincidía con la necesidad inglesa de invertir fuera del país por efecto de su primado en el proceso de acumulación de capital.

Esta inversión demandó mano de obra que no podía satisfacerse con la escasa población pampeana, lo que coincidía con la necesidad de expulsar población que tenían los países europeos más atrasados en el proceso de acumulación de capital, especialmente España e Italia. Entre 1857 y 1914 inmigraron tres millones y medio de personas, radicándose casi todos en la región pampeana. En el interior la población creció con un índice del 2,3% y en el litoral con 4,3%. De este modo se consolidó el litoral como la región dinámica en detrimento del resto del país y, al mismo tiempo, llegaron las ideas anarquistas y socialistas, que, en un principio, no fueron vistas como un peligro por las clases hegemónicas.

La ideología dominante era claramente racista, orientada contra el gaucho y el mestizo, considerados seres inferiores, en versión spenceriana, por ser un producto de razas inviable, efecto de la mezcla paleolítica con otra medieval², todo dicho con una terminología prestada por la antropología británica³.

A este período correspondieron las leyes más elementales de organización judicial, principalmente de la justicia federal, que se necesitaba para legalizar las represiones “pacificadoras” en algunas provincias, porque podían infundir miedo a inversores extranjeros. Su principal cometido fue garantizar el libre comercio, legalizar la represión de las rebeliones y consolidar el fisco y las aduanas nacionales. Éste es el contexto en que se sancionó primero el código de comercio, luego el civil, las primeras leyes de organización de la justicia federal⁴ y la ley de delitos federales (pues el resto quedó librado a la penumbra de la legislación española). En 1862 se designó la primera Corte Suprema y en 1863 los primeros jueces federales.

La jurisprudencia de los primeros años de la Corte Suprema procuró la consolidación del poder federal o central y asignó la “progreso” el sentido de sinónimo de inversión extranjera. En 1867 declaró que las leyes que facultaban al gobierno a expropiar 5 km a ambos lados de las vías del ferrocarril central argentino no eran inconstitucionales, por estar librada al Congreso la calificación de utilidad pública. Cabe decir que se trata de las tierras más fértiles del país. Decía la Corte: “Es notorio, además, que sin la concesión de tierras no hubiera sido posible la construcción del Ferrocarril Central Argentino, obra de una conveniencia evidente para el progreso y aún para afianzar la paz y la tranquilidad de la República”⁵.

Además de la nutrida cuestión aduanera, que ocupa una buena parte de la labor de la Corte, es interesante la jurisprudencia de la misma en materia de rebelión, con motivo de la guerra civil en el norte y en Cuyo. “Cometen delito de rebelión los empleados públicos nombrados por los jefes de la rebelión y que durante ella presten sus

² Así, SARMIENTO, *Conflictos y armonías de las razas en América*, en “Obras Completas”, T, XXXVII y XXXVIII.

³ V. MARVIN HARRIS, op. cit.

⁴ *Colección de Leyes y Derechos sobre Justicia Nacional. Publicación Oficial*, Imprenta del “Comercio del Plata”, 1863.

⁵ Causa 219, T, IV, 1867, pp. 311 y 321.

servicios”⁶, criterio que cambió totalmente en nuestro siglo. En la primera doctrina de la Corte se exceptuaban únicamente los que por estado de necesidad cumplían funciones subordinadas⁷.

Dentro de la misma línea de eximentes se amparó a quienes habían asumido cargos en la administración de justicia de San Juan, alegando coacción y necesidad de evitar males mayores. Estos últimos, después de la absolución, pretendieron que se condenase en costas al procurador fiscal, pero la Corte rechazó la pretensión, declarando que esa condenación sólo procede en casos de acusación maliciosa o temeraria⁸. Salvo estas excepciones, que parecían responder a cierta demarcación social, el criterio general fue que “haber sido empleado civil y haber recibido sueldos de gobierno rebelde, conociendo sus propósitos revolucionarios, constituye complicidad en el delito de rebelión en clase de mero ejecutor”⁹.

Cabe tener presente que durante este período la Corte asignaba el carácter de fuente de interpretación, especialmente en materia de alcance de la competencia federal, a la jurisprudencia de los Estados Unidos. Se tradujeron y publicaron numerosas obras de constitucionalistas norteamericanos cuyas citas nutrieron durante décadas la doctrina de la Corte. Conforme a este criterio se entendió que el atentado al Presidente Sarmiento no era materia federal y se restringió la competencia de los tribunales militares, entendiendo que eran comisiones especiales de excepción¹⁰. En 1865 se reconoció expresamente a la jurisprudencia norteamericana el carácter de fuente de la delimitación de la competencia federal¹¹. Cabe consignar que en 1870 apareció la primera organización obrera de extracción marxista, siendo acusados sus integrantes como autores de “asociación ilícita”. El juez Hudson los absolvió. Aún no eran vistos como un peligro para el poder, lo que tendría lugar en las décadas siguientes.

Suele señalarse en la Argentina que el reconocimiento de la “doctrina *de facto*” se produce en 1930 por parte de la Corte Suprema. En realidad, el primer reconocimiento de la “doctrina *de facto*” por el

⁶ Causa 3, T, V, 1869, p. 43.

⁷ Idem, causa 7, p. 74.

⁸ Causa 103, 1868, p. 241.

⁹ Causa 97, Tomo VI, p. 139; igual, causa 98, p. 143.

¹⁰ Fallos, 7, 217.

¹¹ Fallos, 2, 37 y 45.

máximo tribunal argentino proviene de este período, pues el 5 de agosto de 1865, la Corte Suprema, en la causa “Martínez, Baldomero c/ Otero, Manuel” y en referencia a los poderes de Mitre después de Pavón, dijo “que el Gobernador de Buenos Aires y General en Jefe de su ejército fue autoridad competente para conocer y decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejerció provisoriamente todos los poderes nacionales después de la batalla de Pavón, con el derecho de la revolución triunfante y asentada por los pueblos y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía”¹².

3. Poder judicial, crisis y reordenamiento de la economía agroexportadora (1880-1900)

La incorporación del frigorífico constituye una innovación tecnológica que transforma la economía del período anterior, porque recupera importancia la producción de carne vacuna. Al mismo tiempo cobra importancia la producción cerealera. Esto provoca una redistribución de tierras, el litoral se recupera para la producción vacuna y cerealera, la producción lanar se desplaza a zonas más alejadas y se amplía el territorio con la campaña contra el indio. El desplazamiento de ovinos al sur, a expensas de la matanza de indios, permitió el desarrollo cerealero en la provincia de Buenos Aires, atrasada con relación a Santa Fe, que fue la primera en incentivar el cultivo. La agricultura se fomentó especialmente en Santa Fe, Córdoba y Entre Ríos, donde la ley de colonización n° 817 permitió el establecimiento de numerosas colonias de inmigrantes. La provincia de Buenos Aires, con gran concentración de tierras en pocas manos, permaneció ajena a ese movimiento.

La gran inversión que afluyó al país demandó reformas financieras, como la inconvertibilidad de 1885, que duró hasta 1889, en que se devaluó el peso estableciendo una equivalencia de 44 centavos oro. El gobierno acudió a los empréstitos, aumentó el circulante, se devaluaron los salarios reales, y en 1880 se produjo la primera huelga (de ferroviarios) reprimida violentamente. La clase hagemónica comenzó a hablar de “extremistas”.

¹² Fallos, 2, 141.

Desde 1880 hasta 1890 aumentó el endeudamiento externo y el pago de los servicios, por acción del gobierno y de los inversionistas. Al producirse la crisis económica mundial, reducirse el valor de las exportaciones y hacerse imposible la colocación de nuevos papeles públicos en el exterior, el país entró en cesación de pagos. Esta fue la famosa crisis de 1890 en la Argentina, que desató una alianza de sectores dispares, poco conscientes de sus objetivos, que protagoniza la Revolución del Parque, la que, si bien provoca la caída del gobierno, lo hace en beneficio de los sectores que consolidan el modelo en curso, produciendo un reordenamiento financiero, la reafirmación del poder de los grandes productores, el fin de la industria meramente productiva pecuaria (con predominio del frigorífico, o sea, de la transformación ligada a la exportación y a los grandes invernaderos de ganado propietarios de los mejores latifundios), el crecimiento de la manufactura en otros rubros con salarios depreciados, grandes construcciones de obras públicas y privadas y acelerada concentración urbana con enorme aporte inmigratorio.

En 1886 se sancionó el primer código penal, con notorio retraso respecto del comercial –que fue el primero– y del civil. La explicación de este fenómeno corresponde a que el control social punitivo de las clases más desfavorecidas se llevaba a cabo en virtud de legislación rural en manos de caudillos políticos y sus jueces de paz, existiendo desde la colonia una medida de seguridad pre-delictual para los “vagos y malentretenidos”, que era el servicio militar obligatorio, generalmente en la lucha contra el indio. Esta forma de control social se “urbaniza” con las facultades de legislación y juzgamiento de contravenciones en manos de la policía (que continúa hasta hoy parcialmente), pero, ya aniquilado el indio y habiéndose consumado también la “Guerra de la Triple Alianza” (en la que no sólo se victimizó al pueblo paraguayo, sino a muchos miles de gauchos, y a mestizos argentinos y negros y mulatos brasileños), se exigía una formalización de control social punitivo acorde con el mundo “civilizado”. En la misma década y con insistencia personal del ministro del interior, se sancionó el primer código de procedimientos en el orden federal y de la Capital, en abierta violación a la Constitución, que en tres ocasiones obliga al juicio por jurados, propuesto en 1873¹³, que nunca había sido tratado, eligiéndose como

¹³ *Proyecto de Ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causas que conoce la Justicia*

modelo la ley de enjuiciamiento criminal de España, ya derogada en ese país, en versión modificada por la restauración borbónica, o sea, la del momento más inquisitorio de la legislación procesal penal española del último siglo y medio. Paralelamente se establece la primera cárcel de relegación en el sur, la de Ushuaia, y, a comienzos del siglo, se completa con una reforma que establece la pena de relegación por vida.

La Corte Suprema en dos ocasiones adquirió relieve político en situaciones especiales. En 1880 se le ofrece a Tejedor que Gorostiaga, Presidente de la Corte Suprema, asuma la Presidencia en reemplazo de Avellaneda, para que deponga su actitud. En 1892, para bloquear la candidatura de Roque Saenz Peña a la Presidencia, se alza la de su padre, Ministro de la Corte Suprema, a quien se improvisa Presidente de la República hasta 1895, en que debió renunciar, dada su notoria incapacidad para los avatares políticos.

En 1886, el juez federal de Buenos Aires, Tedín, constata la falsedad de los registros electorales, pero no puede evitar el fraude que llevó al poder a Juárez Celman. Tanto la rebelión de Tejedor en 1880 como las revoluciones de 1890 y 1893 provocaron graves problemas jurisdiccionales, especialmente por el juzgamiento de militares. La presencia de abogados civiles en la defensa desconcertaba a los consejos de guerra, lo que impulsó una reforma a la justicia militar que, desde entonces excluye la defensa civil (a partir del código Bustillo en 1898). En 1893 el juez federal se declaró competente para conocer en el juzgamiento de un militar rebelde por considerarlo delito político conforme a la ley 27. El poder ejecutivo desconoció la competencia judicial y la Corte Suprema decidió la cuestión por la competencia militar¹⁴, aunque con tres votos a favor y dos disidencias. Cabe observar, como tendremos oportunidad de verlo más ampliamente, que había una ideología judicial que no era compatible con esos avances.

En materia civil, la innovación más importante del momento fue la sanción de la ley de matrimonio civil y la creación del registro civil, que generaron un debate confesional en el que intervinieron algunos

Nacional. Redactados por la Comisión nombrada al efecto en cumplimiento de la Ley del 6 de octubre de 1871 e Informe en que dicha Comisión expone las razones que sirven de fundamento a las disposiciones contenidas en los expresados proyectos, Buenos Aires, 1873.

¹⁴ Fallos, 54, 557.

sectores judiciales, pero sin que el problema llegara a asumir mayor gravedad.

En lo ideológico general, este período es el de la consagración de la psiquiatría y de la criminología racistas, que ahora ya no se dirigen tanto contra el “bárbaro mestizo”, que estaba totalmente controlado, sino contra el “degenerado” inmigrante. Se trata de una nueva versión racista que se fortalecerá en las primeras décadas del siglo XX.

4. El poder judicial y la sociedad de la “carne enfriada”

Las primeras tres décadas del siglo XX son de altísima movilidad social. La introducción de la técnica de la “carne enfriada” hacía de la Argentina prácticamente el único proveedor posible en grandes cantidades a Londres, por lo cual los capitales norteamericanos entran en el país en razón de la mano de obra barata y de que ellos no podían proveer al mercado inglés por la demanda interna, asumiendo un rol protagónico en esta área. El mercado interno demanda también productos; con lo cual, aunado a la interrupción de importaciones por la guerra, la industria nacional se refuerza, aumentando el capital productivo o economía secundaria. La relación de especialidad con Gran Bretaña incrementa la distinción entre criadores e invernadores, el motor de explosión pone de manifiesto la importancia del petróleo y con ello la codicia sobre los yacimientos del sur, la dinámica social impulsa los conflictos, las huelgas, los movimientos socialistas y anarquistas, represiones sangrientas como la “semana trágica” en Buenos Aires o los fusilamientos en la Patagonia, el capital extranjero se diversifica invirtiendo en petróleo, automotores, electricidad, teléfonos, etc. La irrupción del automóvil comienza a quebrar el aislamiento del interior, relegado por el trazado de la red ferroviaria (telaraña cuyo centro es Buenos Aires). Esta misma dinámica provoca la incorporación de capas sociales medias a papeles protagónicos y el poder se ve obligado a llevar a cabo un intento de democratización, debiendo renunciar a su sistema de fraude sistemático, y llegando en 1916, por primera vez en la historia nacional, un Presidente de la República electo por sistema de elección secreta y no fraudulenta.

La acentuación de la fractura entre los frentes ganaderos, la polarización de las ramas británica y norteamericana y la mayor posibilidad de comercialización de esta última, pero con la presión

de comercialización de esta última, pero con la presión compensadora británica como único comprador, marcaron una confrontación considerable, que provocó algunos quebrantos a los viejos terratenientes de la pampa húmeda, de los que decidieron recuperarse mediante la toma del poder aprovechando la gran crisis mundial de 1929 y desplazando a un gobierno cuyas características participativas de capas más democráticas les creaba obstáculos. El período culmina, justamente, con un golpe de Estado que se inicia con sueños corporativos y admiración a la Italia fascista y antipatía a la agonizante República de Weimar y al movimiento republicano español en ciernes, pero muy pronto todo ese romanticismo de derechas fue dejado de lado.

Las clases dirigentes argentinas hicieron del Poder Judicial, durante este período tan convulsionado, un bastión de sus intereses. Sin embargo, en los ámbitos civil y comercial continuó el rumbo que ya traía, siendo sus más importantes novedades las protagonizadas en el campo represivo. El Poder Judicial tuvo en estos treinta años muchas oportunidades de manifestarse contrario a cualquier intento de ampliación del protagonismo democrático y no las desaprovechó por cierto. De cualquier manera, debe reconocerse que hubo una coherencia ideológica que respondía a ciertos principios liberales provenientes de sus mismos orígenes y del proyecto de país al que respondían y que no habían sido totalmente abandonados por la agencia judicial en esos años. Sin duda, la misma tenía una clara conciencia clasista y sus integrantes frecuentemente hacían gala de esa tradición, con gran ilustración.

En el campo represivo, en una rapidísima tramitación y con el claro objeto de contener las huelgas se sancionó en 1902 la llamada “ley de residencia” (ley n° 4144), defendida personalmente por el ministro Joaquín V. González, que era uno de los más destacados constitucionalistas. Esta ley permitía al poder ejecutivo expulsar a cualquier extranjero o impedirle la entrada, sin intervención ni recurso judicial alguno, siendo violatoria de la división de poderes y del federalismo. Es de imaginar el inmenso poder que esta ley confería al poder ejecutivo en aquellos años de aluvión inmigratorio. Se opuso a ella en el Senado el senador Mantilla –correntino-, pero los jueces no reaccionaron defendiendo su poder, pese a lo cual algunos magistrados –aunque más distinguidos como teóricos y catedráticos- se expresaron en forma abiertamente crítica, como Rodolfo Rivarola. En 1903 se introdujo –como lo señalamos- la pena de relegación por

introdujo –como lo señalamos- la pena de relegación por vida en un paraje del sur, que sólo podía cesar por conmutación del poder ejecutivo. Tampoco el Poder judicial reaccionó contra la misma, aplicada a “habituales”. En 1910 y bajo los efectos de una bomba en el Teatro Colón, con toda urgencia se sancionó la ley 7029, llamada de “defensa social”, que era una ley persecutoria ideológica dirigida contra el anarquismo y que se quería justificar –inaugurando una práctica largamente repetida luego- mediante la tipificación de delitos que ya estaban en el código penal. La crítica de varios ideólogos del propio sector hegemónico confirma la aseveración que hemos hecho, en el sentido de que conservaban su línea liberal, correspondiente a su modelo de país. Si bien la reacción judicial tampoco fue muy enérgica, se la aplicó muy poco y la Propia Corte Suprema entendió que no todos los delitos tipificados en la misma eran de competencia federal.

Durante estos años se adueñó de la jurisprudencia penal la ideología positivista racista. Abre la década una obra de marcados tintes racistas de C. O. Bunge¹⁵ e irrumpe José Ingenieros con expresiones de racismo¹⁶ con tintes de Gobineau. Se acentuó el racismo anti-inmigrante y se lo fortalecía la vinculárselo al anti-anarquismo, siguiendo la tradición de la famosa monografía de Lombroso.¹⁷

A medida que avanzaba la década del veinte, la jurisprudencia del puerto de Buenos Aires era cada vez más limitativa del *habeas corpus*, negándolo contra las facultades judiciales y legislativas del jefe de policía en materia contravencional, para personas recluidas por decisión médica, para personas en libertad (*habeas corpus* preventivo), declarando su improcedencia para garantizar el derecho de reunión, negándolo a quien quisiese interponerse desde el extranjero, etc. Esto estaba marcando ya una considerable diferencia con la tendencia que provenía de sus orígenes: era obvio que los jueces no podían ignorar que los abusos policiales arreciaban y, sin embargo, restringían el único instrumento legal de contención de los mismos, es decir, que había una tendencia de la tolerancia que

¹⁵ C. O. BUNGE, *Nuestra América. Ensayo de Psicología social*, Buenos Aires, 1903.

¹⁶ JOSÉ INGENIEROS, *Las razas inferiores*, en “Obras completas”, “Crónicas de viaje”.

¹⁷ CESARE LOMBROSO, *Gli anarchici*, Torino, 1894.

comenzaba a marcar su declinación como poder y su pérdida del modelo originario de país.

Justamente, el período se cierra con un momento que quizá sea el más significativo de la historia judicial de esos años y que, en cierta forma, corona la observación anterior y marca un punto de inflexión. Nos referimos a la acordada de la Corte Suprema con motivo del golpe de Estado del 6 de setiembre de 1930, que reconoce al gobierno “de facto”, siendo afirmada el 10 de setiembre de ese año, pero que parece no haberlo sido de buena gana por parte de todos sus integrantes. Según parece, se impuso la opinión del Ministro Repetto, contra quien se habría opuesto Figueroa Alcorta en un comienzo. Esa acordada fue objeto de críticas y de ponderaciones, pero lo cierto es que deja la sensación de que entran en juego intereses corporativos frente a la ideología tradicional que se rinde. El “mal mayor” que evitaría esa acordada sería la remoción de jueces “*de jure*” por el gobierno “de facto”, y no la “guerra de todos contra todos” que se agita en su texto, como eterno fantasma hobbesiano. Parece ser natural la originaria resistencia de Figueroa Alcorta, que estaba muy lejos de los intereses corporativos o profesionales que obviamente prevalecieron y que no podía ver con buenos ojos el romanticismo de derechas de los caudillos militares de la rebelión triunfante. Es incuestionable que esta acordada no evitó el “caos”, sino que cubrió de legalidad aberraciones tales como la pena de muerte *in situ* para cualquier delincuente y para cualquier delito, establecida por bando militar¹⁸, la anulación de la elección de gobernador de la Provincia de Buenos Aires del 5 de abril de 1931 y de la elección de 1932 con el partido mayoritario proscripto.

5. El poder judicial de la preguerra, la guerra y la postguerra en la Argentina (1931-1955)

Este período abarca una muy considerable transformación socioeconómica. Se abre con un gobierno electo en acto fraudulento en 1932 y en cuyo transcurso la crisis provoca que disminuyan el 50% de la importaciones y exportaciones. Las inversiones deben dedicarse

¹⁸ Sobre ello, JESÚS E. PORTO, *La pena de muerte en la República Argentina*, en LL; RODOLFO MORENO (h), *El problema penal*, Bs As., 1933, p. 95 y ss.

parcialmente a producción sustitutiva, lo que unido a la crisis agraria va generando una concentración urbana de personas del interior postergado, dado que se cerró la inmigración. Las contradicciones entre criadores e invernadores se agudizan y durante un debate en el Senado, en que se interpelaba al Ministro de Hacienda, se intenta asesinar al doctor Lisandro de la Torre, vocero de los criadores, dando muerte a otro senador de su mismo partido. Se había firmado el tratado Roca-Ruciman con Gran Bretaña, por el cual este país se reservaba la distribución del 85% de las cuotas de carne exportables y dada a la Argentina el trato de país del “Commonwealth”. Nuevas elecciones fraudulentas llevan al poder a una fórmula compartida y comienza la guerra, pero durante la década se había usado generosamente la “ley de residencia” (no usada en tiempo de su sanción) para contener al movimiento obrero. El gobierno prepara la entrada en guerra de la Argentina, pero la incapacidad física y posterior muerte del presidente y su reemplazo por el vicepresidente hace que se retome la vieja política de neutralidad que ya había adoptado la Argentina en la Primera Guerra. Los sectores comprometidos con los intereses británicos y el partido comunista presionaban al gobierno conservador, en tanto que este se debilitaba a pasos acelerados hasta que se produjo el golpe del 4 de junio de 1943, que ratificó la política de neutralidad, con lo cual promovió el desarrollo de la producción interna y aceleró la concentración urbana, especialmente en Buenos Aires, donde se inició un proceso que en poco tiempo triplicó la población de la ciudad, generando un serio antagonismo entre los habitantes establecidos (hijos de la inmigración) y los inmigrantes del interior recién llegados. Una política de pleno empleo, la sanción del grueso de la legislación laboral y previsional, el advenimiento de un gobierno con amplio apoyo popular y la situación internacional favorable, provocan una transformación socioeconómica acelerada, al tiempo que generaron un considerable despegue industrial. Las reformas laborales habían comenzado durante el gobierno *de facto* y en las elecciones de 1946 se asiste al raro espectáculo de presenciar el enfrentamiento entre el movimiento político que traía las nuevas propuestas y un frente compuesto por toda la gama ideológica anterior, desde la extrema derecha a la extrema izquierda.

El comportamiento del poder judicial en esta emergencia es altamente llamativo: el gobierno *de facto* dispone, el 20 de diciembre de 1945, por decreto, la obligatoriedad del pago del salario anual complementario o aguinaldo. El Colegio, la Asociación de Abogados

plementario o aguinaldo. El Colegio, la Asociación de Abogados de Buenos Aires y otras entidades análogas se pronunciaron por la inconstitucionalidad del decreto. La Asamblea permanente de entidades de comercio, la industria y la producción, se pronunció por el no acatamiento del mismo, acompañando este pronunciamiento el partido comunista, la Federación Obrera Nacional de la Construcción, el Sindicato de la Industria Metalúrgica y la Federación Obrera de la Construcción, cuyas conducciones también respondían al partido comunista. Los empresarios decretan un *lock-out* y la Confederación General del Trabajo respondió con un paro general, ante lo cual la patronal debió cumplir con el decreto y pagar el salario anual complementario.

Producidas las elecciones y habiendo asumido el gobierno constitucional de 1946, les fue promovido un juicio político a los integrantes de la Corte Suprema, entre cuyos cargos aparecieron los siguientes: a) las acordadas de 1930 y 1943, legitimando gobiernos *de facto*, fuera de toda causa judicial; b) haberse arrogado funciones legislativas al negarse a aplicar legislación laboral y tomar juramento a los jueces del trabajo, postergando la integración de dicho fuero y supuesta en marcha; c) integrar la lista anual de conjueces con abogados relacionados con empresas extranjeras, obviando el trámite del sorteo, y haber aplicado criterios diferenciales respecto de los presos políticos en los gobiernos *de facto* de 1930 y 1943; d) haber negado los beneficios del despido y de indemnización por accidentes de trabajo a empleados con el pretexto de que se hallaban afiliados a cajas de jubilaciones; e) haber consentido que el procurador general, sin renunciar a su cargo, acepte la formación de un gabinete nacional y por participar en su constitución.

Como es imaginable, las alternativas políticas de este cuarto de siglo repercutieron en la justicia. A poco de establecido el gobierno de 1932, se envió un proyecto altamente represivo al Senado, que fue aprobado después de largo debate, pero no fue tratado por la Cámara de Diputados¹⁹. La sanción de la ley de moratoria hipotecaria, que prorrogaba los créditos por tres años y disminuía los intereses del 9 al 6% , fue declarada constitucional por la Corte Suprema en cuanto a la mora, pero no en cuanto a la rebaja de los intereses. En 1935 la Corte

¹⁹ Fue criticada por la vieja línea conservadora de vertiente liberal. Por ej., RODOLFO MORENO (h), *El problema penal*, Bs. As., 1933.

Suprema había reconocido expresamente la facultad de detener en función de la llamada “ley de residencia”.²⁰ En otros fallos reconoce también expresamente la constitucionalidad de esta ley más en general²¹.

Ya en vísperas del acto electoral de 1946, la Corte declaró, el 2 de febrero de ese año, la inconstitucionalidad del poder de policía de las delegaciones regionales del trabajo para imponer multas administrativas por violación de las leyes laborales.

Producida la destitución de la Corte Suprema por juicio político, el país asiste a un considerable cambio legislativo, cuyo punto culminante fue la Constitución Nacional de 1949. En la Convención Constituyente se propuso la derogación de las referencias al juicio por jurados, el mantenimiento del sistema de juicio político para la Corte Suprema, pero la remoción por jurado judicial de los otros jueces, que todos los ministros de la Corte sean argentinos nativos en función de la ley de acefalía, y, como consecuencia de lo debatido, se creó la instancia de casación, la ampliación de la competencia federal a las cuestiones aeronáuticas, a las causas sustanciadas en la capital y en lugares sometidos a la jurisdicción federal, se la suprimió para las causas entre vecinos de diferentes provincias y se dio jerarquía constitucional al *habeas corpus*.

De este modo se abrió una legislación de constitucionalismo social: la mujer accedió al voto y a otros derechos; se estableció el “bien de familia”, la casi equiparación de los hijos extramatrimoniales, la justicia laboral, la generalización del régimen previsional, el divorcio, la adopción, la clausura del penal de Ushuaia, la reducción de la pena de relegación, etc. La rápida concentración urbana y la mala distribución de la tierra dieron lugar a regímenes de arrendamientos rurales y urbanos altamente conflictivos.

La concentración urbana producida por este nuevo modelo de desarrollo fue muy acelerada, pero justo es reconocer que el país no pagó con la violencia que universalmente acompaña al fenómeno, aunque también cabe reconocer que lo fue a costa de un cierto paternalismo policial que fortaleció las tristemente célebres

²⁰ Fallos, 164, p. 378.

²¹ Fallos, 173, p. 135; 151, p. 211; 164, p. 344.

instituciones de los “edictos policiales” y la “detención por averiguación”, como también el establecimiento del “fuero policial”.

El golpe del 16 de setiembre de 1955 puso fin a este período y, en lo judicial, abrió una etapa altamente comprometida para la estabilidad institucional.

6. El poder judicial desde 1955 hasta la actualidad

Por primera vez en 1955, un gobierno “de facto” se arrogó la facultad de destituir a los jueces constitucionales, no sólo a la Corte Suprema, sino a todos los magistrados inferiores que no gozaban de su simpatía. La remoción fue sin formalidad alguna, invocando meros poderes revolucionarios. En reemplazo de los ministros constitucionales, juraron por una Constitución que no mencionaron nuevos ministros “de facto”, que se resistían a aplicar la Constitución social de 1949 pero no querían dejar de hacerlo. Urgía una solución a un organismo político legislativo “de facto”, llamado “Junta Consultiva”, la que reclamaba permanentemente su derogación, hasta que la misma fue derogada por decreto de l poder ejecutivo “de facto” del 27 de abril de 1956. En función de los mismos poderes “de facto” (se invocaba a KELSEN por lo general) se reimplantó la Constitución de 1853, que aún rige, pero se convocó a una Convención constituyente, que llegó a introducir un solo artículo en el texto y quedó disuelta por falta de “quorum”. En 1956 se registró un levantamiento cívico-militar para reimplantar a las autoridades constitucionales, que fue sofocado y fueron fusilados los principales implicados –y otros no implicados- en función de bandos militares y por decisión de los poderes “de facto”, sin intervención del Poder Judicial y ni siquiera de la justicia militar. En esa represión se fusilaron varias personas por personal policial de la Provincia de Buenos Aires, sin saberse el motivo, en función de la ley marcial. La cuestión llegó a la Corte Suprema, porque un juez de la Provincia investigó, y ésta resolvió conforme al dictamen de su Procurador que el hecho que se investigaba era de competencia de la justicia militar. Esta misma Corte Suprema legitimó la aplicación del decreto 4161, que prohibía mencionar el nombre de “Perón”, usar cualquier emblema de su partido, hacer cualquier propaganda a su favor, etc., es decir, una clara prohibición ideológica.

El 1° de mayo de 1958 asumió un gobierno civil surgido de comicios en los cuales había estado proscrito el partido mayoritario. En ese tiempo se encarcelaron numerosos dirigentes obreros y fueron puestos a disposición de la justicia militar en función del llamado “Plan CONINTES” (Comoción interna del Estado). Se interponen los *habeas corpus* para lograr la libertad de los detenidos a disposición de comisiones especiales y la Corte Suprema no hizo lugar a los mismos con citas doctrinarias inglesas y norteamericanas: el antecedente inglés era un casi producido durante la lucha por la independencia irlandesa; el antecedente norteamericano era de principios de siglo, en plena represión de la clase obrera norteamericana.

En estos años se cita siempre el famoso “Caso Kot”, del 5 de setiembre de 1958, por el cual por vía pretoriana se abre el recurso de amparo, no legislado en ese momento. Se trataba de la ocupación pacífica de una fábrica en un conflicto laboral, pero que no impedía el ingreso de la patronal, por lo que no se configuraba usurpación. La figura del amparo, cuyo antecedente mexicano es claramente contra las violaciones a derechos por parte del estado, se abre en esta jurisprudencia contra particulares, aunque en sus considerandos resulta claro que es contra los entes intermedios, a los que considera una fuente de peligros para el individuo.

Las contradicciones del gobierno civil del momento le llevan a culminar anulando las elecciones por él mismo convocadas en la Provincia de Buenos Aires en marzo de 1962, porque triunfó el partido mayoritario. Pese a actuar de este modo por presión militar, no logró satisfacer sus deseos, por lo cual fue derrocado y encarcelado el Presidente, y la Corte Suprema, inmediatamente, tomó juramento al Presidente Provisional del Senado como presidente constitucional, por “acefalía”. Esta rara situación siguió hasta que el octubre de 1963 asumió otro gobierno civil electo con el 23% de los sufragios, en función de las proscripciones y divisiones de los partidos.

Este gobierno se prolongó hasta julio de 1966, en que un nuevo golpe de estado (llamado Revolución Argentina) lo derrocó, destituyó la Corte Suprema y a los Superiores Tribunales de Provincia, pero respetó a los demás magistrados designados constitucionalmente. Algunos fueron posteriormente removidos por un “jury” no contemplado por la Constitución, pero la menos con alguna seriedad. El dictador es reemplazado en 1970 por otro presidente “de facto”, se profundiza una crisis que se tornaba incontrolable y, en 1971, asume un tercer presidente militar “de facto”, que convoca a elecciones

presidente militar “de facto”, que convoca a elecciones libres, en las que triunfó el partido mayoritario y se le entregó el gobierno en mayo de 1973.

La Corte Suprema de este período “de facto” reconoció el derecho a residir en el país a un ciudadano nicaragüense a quien se la negaba por comunista, pero porque en 1959, cuando había apoyado la Revolución Cubana, nadie había señalado como comunista a ese gobierno (fallo del 14/8/77). También reconoció que el poder ejecutivo tiene derecho a secuestrar ediciones de revistas sin denunciar o constituir delito las publicaciones, en función del estado de sitio. Legitimó la restricción de la opción de salida del país a las personas detenidas a disposición del poder ejecutivo. Se creó un tribunal para el juzgamiento de subversivos con competencia en todo el territorio. Se admitió el sometimiento de civiles a tribunales militares, etc.

A partir del gobierno constitucional de 1973 recrudece la violenta subversiva y aparecen grupos parapoliciales (Triple A), todo lo cual genera una serie de asesinatos hartos insensatos. Se detiene a un número considerable de personas que son puestas a disposición del poder ejecutivo, y se trató de restringir nuevamente la opción de salida a países limítrofes, que fue declarada inconstitucional.

El 24 de marzo de 1976 se produce un nuevo golpe de Estado (esta vez se llamará “Proceso de reorganización Nacional”) y nuevamente destituyen a todos los magistrados no simpáticos al gobierno “de facto”, medida que no se reiteraba desde 1955.

Los hechos que tuvieron lugar en esta dictadura son demasiado conocidos y no es necesario referirse a ellos. Menos conocida es quizá la actitud del Poder Judicial.

La Corte Suprema nombrada por dicho régimen militar convalidó toda la legislación “de facto”: el sometimiento de civiles a tribunales militares, la prohibición directa de la opción de salida del país de los detenidos a disposición del poder ejecutivo (la única cámara que no la convalidó renunció a los pocos meses y los jueces que la siguieron permanecieron en el cargo hostigados por buena parte de los tribunales colegiados). La de este período fue la primera Corte Suprema carente de toda originalidad, porque se limitó a citar los precedentes de 1955 y del plan “Conintes”. En realidad su trabajo se aliviaba, porque no había abogados para sostener los *habeas corpus*, ya que los que se atrevían a ello eran asesinados por el estado. El nivel de jerarquización y sumisión requerido y alcanzado por la

ción y sumisión requerido y alcanzado por la magistratura de esos años no conoce precedente en las etapas anteriores. Las afirmaciones meramente moralistas en torno de cualquier problema eran atroces. El gobierno “de facto” dictaba decretos que prohibían libros (incluso de Vargas Llosa, por ejemplo) y los secuestraba, todo legitimado por la Corte; se quemaban libros públicamente, la jurisprudencia declaraba que la tenencia de residuos de marihuana en el bolsillo afectaba la seguridad nacional, en Córdoba se prohibió la homeopatía, se prohibía la lógica matemática por marxista, se secuestraba en otra provincia la imagen de la “Difunta Correa” (culto popular cuyano). Sólo en vísperas de las elecciones se tomaron algunas decisiones liberales, entre las cuales cuenta la libertad de un periodista y hacer lugar a *habeas corpus* –previo conocimiento *de visu* para establecer su peligrosidad- después de detenciones a disposición del poder ejecutivo de cinco, seis y hasta ocho años.

El advenimiento del régimen constitucional en diciembre de 1983 inaugura un período en que se ratificaron las convenciones sobre Derechos humanos, no sin insistir por parte de algunos sectores en que son lesivas de la soberanía nacional e inconstitucionales y por otros en que no son ley interna de la nación (teoría del doble derecho), y se sancionó una ley de *habeas corpus* bastante racional, aunque no pareja en su aplicación jurisprudencial. El gobierno constitucional nombró jueces *de jure* a la mayoría de los jueces “de facto” anteriores.

De cualquier manera, la Corte Suprema pronunció algunos fallos que abrían camino a una jurisprudencia más realista. En este sentido es posible recordar la inconstitucionalidad de la pena por desproporción con la jerarquía del bien jurídico afectado (robo de automotor a mano armada con pena mínima superior a homicidio), la inconstitucionalidad de la tenencia de tóxico prohibido para propio consumo que no pone en peligro bienes jurídicos ajenos, etc.

No faltaron momentos de discusión importantes con esa Corte, tales como los famosos procesos a las cúpulas militares, la llamada “ley de obediencia debida”, que implicó una amnistía para el resto, etc. La Corte se negó a declarar inconstitucional la detención arbitraria por parte de la policía y los llamados “edictos” o legislación contravencional. La jurisprudencia penal de la Capital, fiel a su tradición, siguió siendo la más represiva de todo el país y se inauguró la modalidad de que los jueces saltasen a la opinión pública con declaraciones sobre los casos que tramitaban. Otra modalidad interesante fue que prácticamente, la libertad de información permitió

camente, la libertad de información permitió un amplio conocimiento de las tensiones y divergencias en el interior del judicial y de la propia Corte.

Producido el cambio de gobierno en 1989, el nuevo gobierno se fijó como meta conseguir el control de la mayoría de los supremos, lo que obtuvo aplicando el método “Roosevelt”, pero aquí sin hallar un Senado prudente, es decir, amplió por ley el número de ministros de la Corte a nueve y, de ese modo y con una vacante por renuncia, logró nombrar cinco amigos fieles que, de inmediato, se pusieron a la tarea de demoler la jurisprudencia relativamente avanzada de la Corte anterior. Curiosamente, esta Corte declaró que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen vigencia interna inmediata, es decir, rechazó la tesis del doble derecho. Brilla esa decisión como diamante, porque es la única liberal en medio de un claro retroceso autoritario, legitimamente de trámites de dudosa transparencia.

La estructura judicial argentina nunca dejó de ser empírica, pero su contenido primitivo fue variando, pues la inamovilidad era relativamente respetada y había algunas pautas tradicionales para las nominaciones, que por lo general consultaban al menos a las fuentes internas adictas al poder de turno. El actual gobierno en buena medida archivó esas prácticas y pasó a incentivar las características primitivas del modelo con designaciones sin tales recaudos, lo que sembró el desconcierto interno y deterioró aún más la imagen pública del judicial, que culminó en un abierto cambio de jueces de la Corte para obtener un acuerdo político con el principal partido opositor, en el que públicamente estuvieron en juego ofrecimientos de cambios de embajadas y ministerios por renuncias, cuyas alternativas podían seguirse por los diarios; todo, precedido por un fraccionamiento interno de la Corte misma, que proyectó hechos con ribetes de escándalo público. Todo esto da lugar a que las encuestas sobre independencia y confiabilidad del poder judicial arrojen resultados muy negativos para él, y la discusión a su respecto se halle al mismo nivel que las disputas políticas generales, considerándose con razón un apéndice de las mismas. En definitiva, el actual gobierno ha provocado un sinceramiento del primitivismo de nuestro sistema judicial empírico, que nunca antes había sido conocido y mucho menos debatido públicamente en esta forma.

7. La modificación del perfil sociológico del juez a lo largo de la historia judicial argentina

La anterior reseña de la historia judicial argentina insertada en la historia sociopolítica del país, nos muestra una tendencia en la que se perfilan dos vertiente o imágenes del juez, a veces no muy nítidas, pero que sin duda señalan una acentuada tendencia al predominio de las primeras hasta un cierto momento histórico y una tendencia de sentido opuesto en el segundo. El punto de inflexión de este dos poderes, a nuestro juicio, lo señala la acordada del 10 de setiembre de 1930 y las resistencias de algunos de sus firmantes.

En un primer período, que se extiende desde los orígenes de la Justicia Federal hasta 1930, el juez era un personaje en general comprometido con el modelo de país que respondía a los intereses de las clases dominantes. Su condición social los unía y desde allí compartían los valores de esa clase y la vida de relación en los grupos que les eran propios. En cierta medida, estos jueces defendieron ese modelo frente a las desviaciones que el apresuramiento de algunos de los integrantes de esas mismas clases pretendían. Hasta cierto punto fueron custodios de la pureza del modelo. Obviamente, eran jueces comprometidos en lo político con una clase y con sus valores. Su identidad era clara y definida y cabe reconocerles una considerable dosis de coherencia.

Esta situación comenzó a deteriorarse durante la década de 1920, cuando el Poder Judicial fue cediendo terreno en beneficio del poder ejecutivo, y, por fin, en 1930 no es de extrañar la actitud remisa de Figueroa Alcorta, que como representante auténtico de esa clase, no puede admitir las consideraciones de orden meramente corporativo ni el romanticismo fascista de los golpistas.

La diferencia estriba en que, a partir de cierto momento, el modelo de país fue archivado porque dejó de ser viable: entraron otras capas sociales al protagonismo político, el contexto de poder del país y del mundo cambió fundamentalmente, y, de este modo, el juez con un modelo de país fue reemplazado por el juez sin modelo de país, sin identidad política, sin ideología, no comprometido, cuyo compromiso embarca a la corporación que quiere dar una imagen aséptica, apolítica, prescindente, tecnocrática, limitada a soluciones formales, elusiva de cualquier problema real, como táctica de supervivencia en

de cualquier problema real, como táctica de supervivencia en medio de una creciente y amenazadora inestabilidad.

La estructura fue siempre empírica, pero la actitud que sumieron sus operadores para defenderse por lo general fue tecno-burocrática, con el deterioro consiguiente en ese sentido, aunque no hayan faltado diversas formas del mismo.

La inestabilidad laboral de los jueces se acrecienta a partir de 1955 (remoción total , en 1955; remoción parcial de los nombrados “de facto”, en 1958; remoción de la Corte Suprema y de los Superiores Tribunales, en 1966; intervención del Poder Judicial de Santa Fe, remociones por “jury”; remoción de los nombrados “de facto”, en 1973; remoción total, en 1976; remoción de algunos nombrados “de facto”, en 1983), pero con la salvedad de que ya el Poder judicial se componía con personas provenientes de los sectores sociales medios. Estos sectores sociales en la magistratura se consolidan para defender sus intereses corporativos frente a esa amenaza constante a su estabilidad y, para ello, deben evitar las actitudes, propias o ajenas, que generen vulnerabilidad frente a los cambios políticos.

El perfil de este juez no comprometido es elogiado públicamente. Una de las entidades más representativas del pensamiento jurídico reaccionario del país dice de algunos de ellos, haciendo su elogio póstumo: “Fueron portavoces de un derecho acorde con la razón, acorde a una sociedad civilizada, dadora de cultura jurídica inspirada por un noble significado de perfeccionamiento espiritual y por el afán de sintetizar en el equilibrio a las instituciones jurídicas, el doble mensaje de la historia y las justas exigencias del porvenir”. La misma institución dice que “el juez debe adoptar un punto de vista compartido por sus colegas, por los integrantes del foro, por los dirigentes políticos de la comunidad, por sus intelectuales, por los miembros del grupo social”. En este perfil está ausente el pueblo, sus necesidades, los carenciados, en fin, los conflictos y antagonismos que nuestra sociedad tiene, como tienen todas, como tendrá siempre la sociedad humana. No cabe asombrarse si como dato anecdótico referimos que este organismo, que así define el perfil del juez ideal, invitó durante el régimen militar a uno de los integrantes de la Junta, después condenado y luego indultado, quien se incorporó con una conferencia sobre “la condición jurídica de las nubes”.

Es obvio que el perfil del juez burócrata le niega toda capacidad creadora. Su aplicación de la ley es mecánica: elevarse hasta un principio constitucional –y menos aún hasta el de una convención internacional- para derivar de él una consecuencia diferente de la letra de la ley de menor jerarquía, es pecado o pretensión de “dictadura de los jueces”. Cuando un problema no tiene solución expresa, “el juez civil argentino está ligado a la historia de la colonia o a la de la España descubridora, a la de la Francia inspiradora, y a la de la Roma creadora. Esas historias son parte de la historia argentina. Esas historias integran la historia del juez argentino”. Parece que ese juez debe resolver todo consultando lo que otros dijeron, pero en ningún momento debe mirar la realidad de los conflictos que debe resolver. La propia historia de la instituciones jurídicas argentinas jamás se vincula a la historia social general; los conflictos parecen resolverse fuera de la historia, o bien, dentro de la historia de otros países.

Esta asepsia, este discurso oficial, esta ilustración de antecedentes (no siempre bien citados y a veces peor comprendidos) y, en general, cierta mediocridad cuyo prestigio corporativo va creciendo, el conocimiento de los reglamentos y de las leyes de menor jerarquía, la falta de concepciones más amplias, parece ser lo que les garantiza su estabilidad laboral y su prestigio en la agencia judicial.

Esta actitud tecno-burocrática en medio de un sistema empírico pudo ser sostenida en tanto el sistema incorporaba algunos elementos del modelo tecno-burocrático, incluso aunque fuesen escasos. Sus operadores podían hablar de “carrera” y por lo general les gustaba hacerlo, podían diferenciarse de los pocos que consideraban de “fuera”, se podía establecer un *in group* y un *out group* o, al menos, ensayarlo y sostenerlo para la opinión pública. Lo cierto es que la política judicial del actual gobierno provocó un cataclismo en esta táctica de supervivencia, pues con brutal sinceridad, los nombramientos inconsultos y gestionados y negociados públicamente provocaron un sinceramiento de la naturaleza empírica y primitiva del modelo que ya no es ocultable bajo ninguna actitud. Es posible asegurar que en este momento se incorporan operadores con todos los caracteres del modelo empírico-primitivo y quedan otros que se hallan anómicos, porque ya no les funcionan las pautas anteriores para ascender y obtener mayor poder interno. Se trata de un proceso doble de primitivización por un lado y anomia (en sentido de Durkheim u originario) por el otro. La anomia no sólo provoca los consabidos efectos, sino que causa el resquebrajamiento de antiguas y

resquebrajamiento de antiguas y profundas racionalizaciones, cuestionamientos nuevos frente a lo que se considera fracasos y frustraciones profesionales, etc. En cierta forma tal es la general actitud actual.

8. La reforma deseable y su viabilidad política

La reforma judicial es hoy tema de debate político. Encuentra finalmente su verdadero escenario, aunque lamentablemente aún no creemos que encuentre las soluciones deseadas. De cualquier manera nuestros operadores políticos no han podido omitir la referencia a posibilidades y perspectivas de instituciones tales como la “corte constitucional” y el “consejo”. Con la tradicional irresponsabilidad a que parece impulsarlos la urgencia del clientelismo y sus programas consistentes en conservar el poder o tomarlo (o retomarlos) parcialmente, no hubo reflexión seria al respecto.

No es posible minimizar la diferencia entre el contexto político argentino actual y el de la posguerra europea. A los operadores políticos europeos de los tardíos cuarenta se les imponía la necesidad de crear estructuras realmente democráticas, pues no tenían otra vía de acceso al poder; los nuestros creen que podrán conservar y repartirse el poder con sólo crear la sensación de una democratización institucional que les permita mantener en lo inmediato su electorado más o menos intacto. De allí, que en el fondo su propósito sea poco serio. Cuanto menos toquen la estructura, será mejor para ellos. Incluso si pueden lograr agudizar aún más las características primitivas del modelo empírico, lo preferirán. Por supuesto, todo ello a condición de que sirva para dar la impresión pública de una reforma democrática y que no sea tan grosero que les impida vender el producto como tal.

Por eso, en la mesa de negociaciones de los dos partidos hoy mayoritarios no se ha hecho mucha cuestión en torno de la “corte constitucional” y a las primeras objeciones su creación fue descartada. En consecuencia, continuarían con una Corte Suprema de modelo norteamericano, para el cual se han cuidado de conservar la nominación partidista por completo arbitraria, que les garantice su domesticación y dependencia. No es de extrañar que la misma aumente su número en los futuros gobiernos constitucionales, lo que la proyectaría por progresión geométrica al absurdo, atenuada, como

gresión geométrica al absurdo, atenuada, como es lógico, por oportunas renunciaciones, enfermedades o muertes o por tentadores ofrecimientos de embajadas y ministerios. Es claro que continuará siendo un tribunal partidizado, con una imagen pública sumamente deteriorada –como nunca antes- y sumamente vulnerable, pero a cuya integración los partidos hoy mayoritarios no se resignan a renunciar.

En cuanto al gobierno del judicial, la propuesta de los partidos del acuerdo de “coincidencias básicas” lo entrega a un Consejo de la magistratura, lo que en principio es correcto, pero con la trampa de que no establece cómo se integra. Se limitan a mencionar las categorías (legisladores, jueces, abogados y personalidades), sin indicar en qué número, en qué porcentaje cada una y quién las elige y cómo.

Salvo que se pretenda hacer del Consejo una comisión legislativa más, con algunos asesores calificados, el Consejo no puede estar integrado por legisladores, por razones simplemente materiales. Nadie puede duplicar su capacidad de trabajo y los legisladores tienen una actividad que es hartamente absorbente. Sus tareas en el Consejo no pueden ser consideradas una actividad secundaria, pero si lo integran legisladores, éstos no tendrán otra solución y las propias sesiones del Consejo deberán subordinarse a las disponibilidades de tiempo de los legisladores y al cronograma de sesiones de las Cámaras. Además, éstos nunca podrán desempeñar las funciones que por comisión les asigne el Consejo, porque sus ocupaciones legislativas y políticas se lo impedirán. Todo ello sin contar con que no hay garantía alguna –ni puede haberla- de que haya legisladores cuyos conocimientos y entrenamiento les permita gobernar el poder judicial. Estas son las razones por las que en todos los consejos democráticos se elige el camino de que un porcentaje de consejeros sea nominado por el Parlamento y se requieren mayorías calificadas para hacerlo, para que la representación no la monopolice un único partido. El objetivo de estas previsiones –que no son antojadizas- es que los partidos con representación parlamentaria participen también en el gobierno del judicial, en proporción a su representación popular, pero a través de los juristas de los respectivos partidos y no por nominaciones nepotistas o de caudillos de barrio.

Para lo que hace al resto de las categorías que mencionan los partidos hoy mayoritarios, no sería en principio objetable, salvo en cuanto a la curiosa de “personalidades”, que, de no precisarse, debiera entenderse como de algún amigo del poder de turno. Sería preciso que se exija que sean catedráticos o excatedráticos o

se exija que sean catedráticos o excatedráticos o equivalentes, o abogados con no menos de quince o veinte años de ejercicio profesional.

Pero la trampa mortal de la propuesta partidista coyunturalmente mayoritaria se halla en la integración del Consejo, porque no mencionan los porcentajes de cada una de las categorías ni la forma de su nominación. De allí, que sea lícito abrigar la terrible sospecha de que el Consejo al que aspiran nuestros operadores políticos sea una comisión de amigos entre los que se reparta el poder judicial. Creemos haber demostrado acabadamente que no hay un sistema o estructura judicial de “consejo” y que el nombre ha encubierto instituciones empíricas que no tienen ninguna característica democrática. Una estructura será democrática, no porque tenga un consejo de amigos, sino porque tiene como órgano de gobierno un consejo democrático, y ello dependerá de cómo se eligen sus miembros.

Una trampa parecida parece haber en la nominación de los jueces, pues si bien se establece el concurso, éste se reduce a los cargos que no sean supremos: esto significa que los jueces de primera y segunda instancia tendrán un nivel técnico garantizado, en tanto que los supremos pueden ser nulidades jurídicas. Sin duda, en ello pesan razones de “alta política” consistentes en asegurar el dominio de esta pirámide invertida. Pero ni siquiera con los jueces no supremos se garantiza la máxima idoneidad, porque, después de una precalificación por concurso, en definitiva, decidirán los senadores y el presidente, que sin duda continuarán negociando con el respectivo gobernador o intercambiándose los consabidos favores entre el otorgamiento del acuerdo y la elección entre los precandidatos, es decir, cambiándolos por carreteras, en bajadas o amenazas de atrasar la remisión de dinero para pagar los salarios provinciales.

Esto no se resuelve con la publicidad de las sesiones de acuerdo, porque las componendas del poder y, por ende, las denuncias y calumnias o los silencios, se pactan antes de que entre el público. Las nominaciones seguirán, pues, siendo partidarias y, como máximo, el concurso podrá evitar algunas nominaciones escandalosas, pero no debemos olvidar que de las ternas los operadores políticos siempre elegirán al que consideren más amigo, más inofensivo o más tonto.

No es menos grave la remoción, que si bien se sustrae al juicio político, que prácticamente garantizaba una irresponsabilidad funcional absoluta, se la libra a un jurado sin que se hallen claras las

absoluta, se la libra a un jurado sin que se hallen claras las pautas acerca de si se trata de un juicio de responsabilidad jurídica o de una delegación de la responsabilidad política, lo que nos parece inadmisibles, y sin contar con que tampoco se especifica suficientemente la composición del referido jurado.

En síntesis, la propuesta de los dos partidos hoy mayoritarios parece tender a repartirse entre ellos el poder judicial, que quizá sea aún más primitivo que el actual. Se trata de una propuesta regresiva disfrazada de progresista. En estas condiciones, en lo inmediato, no parece viable una reforma judicial que nos acerque al modelo democrático moderno.

Sin embargo, nadie contiene la historia. Este acuerdo contubernista tiene como marco un programa de reajuste en el que se ponen muchas esperanzas y un gobierno que amenaza con el riesgo de la inflación descontrolada y una oposición a la que se le gastó hace tiempo la amenaza de un golpe de estado. La opinión pública argentina se percatará rápidamente del engaño respecto de la estructura judicial. El resultado serán nuevos y mayores escándalos y más errores por parte de los operadores, producto de mayor primitivismo y menor independencia. El reclamo se calmará un tiempo, pero estallarán nuevamente y, una vez más, los operadores políticos se hallarán con el tema judicial en el centro del debate. El tema se ha instalado en su escenario natural y ya nadie lo podrá desplazar. Nuestros operadores están reaccionando con reflejos de otras épocas, que aún pueden darle algunos resultados en lo muy inmediato, pero que en cortísimo tiempo le devolverán el problema, incluso potenciado. *La reforma de la estructura judicial argentina en sentido democrático ya es inevitable, sólo es problema de tiempos.*