

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2007

Tutor: Benito Santiago Aphalo

Alumno: Octavio Estor Peralta

Tema: Selección de Jueces

Fecha de presentación: 31 de Julio de 2007

1 - **Título**: Poder Judicial. Aportes para una justicia independiente.

2 - **Área**: Derecho Constitucional.

3 - **Tema**: Selección de jueces

4 - **Problema**:

¿Qué condiciones técnicas, jurídicas y éticas debe reunir un Juez?

5 - **Objetivos**:

5.1- **Generales**:

1) El derecho no será letra muerta, y se realizará, en primer caso, si las autoridades y los funcionarios del Estado cumplen con su deber, en el segundo, si los individuos hacen valer sus derechos.

2) En el terreno del Derecho privado, la lucha de derecho contra la injusticia, es un combate común de toda la Nación, en el cual todos deben estar estrechamente unidos, desertar en semejante caso, es también vender la causa común, porque es engrosar las fuerzas del enemigo, aumentando su osadía y su audacia.

3) Cuando la arbitrariedad, la ilegalidad, osan levantar, afrentosa e impudicamente, su cabeza, se puede reconocer en este signo que los que están llamados a defender la ley no cumplen con su deber

4) El hombre lucha, por el Derecho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en que lo ejerce. El interés y las demás consecuencias de su acción se extienden, por el hecho mismo, mas allá, fuera de su personalidad.”

5) No basta para que el Derecho y la justicia florezcan en un país que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes, es preciso aún que cada uno contribuya

por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad.

6) Todo hombre que se indigna y experimenta profunda cólera viendo el Derecho supeditado por la arbitrariedad, lo posee sin duda alguna.

5.2- **Específicos:**

. 1) Las quejas acerca de los resultados de la labor de los jueces parecen ser tan antiguas como la aparición de su función como específica.

2) La labor del juez es determinante. Para que la justicia sea injusta no hace falta que se equivoque, basta que no juzgue cuando debe juzgar.

3) La función social de la actividad de los jueces y profesionales no es, sin duda, la de tramitar expedientes sino la de resolver conflictos y ese objetivo puede ser alcanzado por múltiples procedimientos, judiciales, prejudiciales, extra-judiciales.

4) Abordar responsablemente, con objetividad las condiciones que debe cumplir quien aspira a ser juez constituye un imperativo de la sociedad en general y de los poderes del Estado en particular.

6 - **Hipótesis**

Para un Poder Judicial independiente: jueces idóneos, técnicamente capacitados, elegidos en concursos de oposición y antecedentes, con prioridad para la oposición.

7- **Puntos de la tesis que se demostrarán y defenderán.**

a).- Consejo de la Magistratura. Órgano de selección adecuado.

b).- Integración equilibrada. Componentes políticos partidarios y otros sectores con incidencia en la vida del Poder Judicial.

8- **Resumen**

Intento con el presente trabajo, integrarnos a un debate que cada día con mayor fuerza se está dando en la sociedad argentina y porque no decirlo en las sociedades latinoamericanas.

En el lento pero firme camino de los pueblos de esta parte del mundo que avanzan en búsqueda de sociedades más justas, más solidarias, la consolidación y el afianzamiento de las estructuras democráticas es un objetivo permanente.

Salvo esporádicas y minoritarias expresiones políticas, nadie duda que el sistema institucional que nos debe cobijar es el republicano y representativo. Garantizar en cada uno de los poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial formas cada vez más democráticas de organización son pilares fundamentales a la hora de profundizar la consolidación del sistema en la conciencia y práctica cotidiana de los ciudadanos de nuestro país.

En la primera parte de este trabajo intentamos fundamentar porque nos avocamos a este tema.

Como la organización colectiva de la sociedad a lo largo de la historia de la humanidad ha sido una construcción permanente, con avances y retrocesos, dado nuestra frescura como país, es insoslayable analizar que ha pasado en otras partes de mundo.

Para ello, nadie puede obviar tener una referencia de lo acontecido con la Justicia, sus integrantes y el papel que jugaron en cada tiempo histórico, de Europa continental, como así también lo sucedido en Inglaterra.

En el trabajo nos detenemos en Francia, eje de las transformaciones revolucionarias en todos los ámbitos y en particular el Poder Judicial.

También incursionamos en Alemania, en particular en el período previo a Hitler.

Los avances de Italia y España con relación a criterios de organización judicial y selección de jueces también están observados.

La experiencia inglesa nos ocupa, aunque el devenir histórico demostraría que sólo es aplicable a ellos.

Desde luego lo sucedido en Estados Unidos de Norteamérica con el Poder Judicial no puede ser dejado de lado cuando se observa que pasó en otros lugares del mundo. Nosotros hemos tomado la experiencia constitucional de ello cuando sancionamos nuestra Constitución así que es ineludible su observación.

Atento la relación que tienen ambos temas, aunque el nuestro sea el de la selección de jueces, debemos tomar también la cuestión del debate sobre la instrumentación en algunos países y otros no de las cortes constitucionales. Rápidamente hay que decir que Argentina no ha seguido ese camino.

La organización judicial en nuestro país luego de la sanción de la constitución de 1853 y su evolución es observada. Qué ha pasado en las distintas provincias, cómo llegan a estos tiempos.

El perfil del juez que nos parece debería ser el que decido conflictos tiene un amplio espacio.

En particular queremos desarticular opiniones interesadas que quieren hacerle creer a la sociedad que el Juez no debe tener pensamiento propio, debe ser ideológicamente neutro.

Hasta estos días se desarrolla un mensaje perverso mezclando “partido y política”. Hemos intentado consolidar la idea que el mejor juez será aquel que tenga ideas políticas, que tenga ideología.

Por el contrario creemos que lo que no puede suceder es que el Juez sea un apéndice de un partido político o de cualquier otra corporación de tipo y característica que sea. Para superar esta contradicción tenemos ya una basa experiencia y es hora que demos un salto hacia delante en este sentido.

Por ultimo, abordamos puntualizadamente las condiciones que objetivamente debería reunir el ciudadano aspirante a juez para integrar el Poder Judicial.

CAPITULO I

Evolución histórica. Sistemas Fundacionales

1 Introducción.

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.

En ese marco, antes de seguir avanzando específicamente en el tema que nos convoca entiendo necesario realizar una referencia y puesta en escena de la pregunta ¿Qué es el Estado de Derecho?

Esta expresión denota una subordinación del Estado al Derecho. Destaca el valor de la persona como fundamento principal, posee dos grandes principios: la soberanía del pueblo y el imperio de la ley. Pero hubo que fundar técnicas para la realización de las obligaciones y así tenemos: declaración de Derechos, Deberes, Garantías y Libertades, división de poderes, distinción entre Poder Constituyente y constituido. Independencia del Poder Judicial, control de las actividades de los órganos del Estado.

De la oposición, sistemas de representación electoral, designación por elección, libertad de prensa.

Poder Judicial soporte indispensable del sistema republicano. Su funcionamiento, integración y formas de designación de sus integrantes motivo de debate desde todos los tiempos, con mayor o menor intensidad, según la sociedad del momento así lo entendiera.

Los mecanismos de reclutamiento de los magistrados judiciales han suscitado, desde tiempo atrás, hondas preocupaciones en la literatura

especializada. Quizá por eso la doctrina ha calificado estos procedimientos de fundamentales y de singular gravedad para cualquier sociedad.

Las razones que justifican tales calificativos son diversas. En primer término, puede advertirse que se trata de la estructuración de uno de los más significativos de los órganos estatales, como es el Poder Judicial. He aquí, pues, un problema político de primera magnitud, puesto que de la manera en que se originen y cubran los tribunales dependerá en gran medida el organigrama total de un Estado, incluyendo las cuotas de competencia de los otros órganos (legislativos y Ejecutivo por ejemplo) y los sistemas de contención internos.

En este orden de ideas en aquellos Estados en que el Poder Judicial cuenta con la facultad de no aplicar las normas pronunciadas por el parlamento o la jefatura de Estado, el asunto que nos ocupa reviste todavía mayor interés. La nominación de los magistrados, en un hipotético “gobierno de los jueces” (esto es, en un régimen en que la declaración de inconstitucionalidad pueda bloquear determinadas normas y actos de los otros poderes) importa, por tanto no solo una cuestión de integración de tribunales. Dentro de una perspectiva más amplia, por cierto, se trata de cubrir al cuerpo que, además de ejercer (eventualmente) el contralor de constitucionalidad de la administración y la legislación, dice también, como intérprete máximo de la Constitución, la palabra jurídica final del Estado.

Pero al margen de las consideraciones jurídico-políticas ya indicadas, los regímenes de nombramiento de los jueces preocupan en función del rol ético-social que compete al magistrado. Hacia fines del siglo XVI el escritor español Pedro de Rivadeneyra recomendaba al príncipe heredero, que designara como jueces a “los hombres más señalados y excelentes en su reino”, simplemente porque aquellos magistrados no habían de emitir “juicios de hombres, sino de Dios”.

La reflexión del filósofo, en este punto, subrayaba tanto el origen trascendente de la función de juzgar (que debe basarse en la justicia, no en la voluntad del juez), como la responsabilidad ante la comunidad y ante el mismo Dios, de quien cumplía esas tareas.

Quizá por todo ello, el tema del reclutamiento de los jueces implica también una cuestión de eficacia, de buena administración, de prudencia en el desempeño de una tarea de bien común.

La misión del legislador, cuando norma sobre la composición de los tribunales, no consiste, pues, en crear entes puros, cuerpos sin vitalidad u órganos inertes. Por el contrario se trata de integrar instituciones básicamente humanas, que se justifican en cuanto trabajen juiciosa y razonablemente para la obtención de los valores jurídicos fundamentales de la persona (cooperación, paz, orden, solidaridad, justicia)

Desde un punto de vista preferentemente sociológico, pues, la cobertura de los cargos en tribunales importa descubrir jueces dinámicos, con sentido común y académicamente calificados, para lograr una administración de justicia ágil, idónea, sensata y prestigiosa.

Para eludir el debate serio sobre la selección de los jueces y el gobierno y distribución orgánica de funciones del Poder Judicial, se opta por 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), o bien atribuir todo a carencias materiales y a leyes procesales obsoletas.

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 juez. Cualquier institución debe 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 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 discusiones 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.

Por último, es indispensable tener en cuenta que las instituciones reconocen funciones “manifiestas” y “latentes”, 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.

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, se 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.

La disparidad entre 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 constituirse 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 incoherencia, aunque se saque provecho de lo dramático 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.

Una de las causas de la crisis es la creciente demanda de protagonismo dirigida a los judiciales. El Estado es más complejo que otrora y las relaciones jurídicas se han multiplicado. La normatividad se ha vuelto compleja, no es raro que los tribunales apliquen leyes derogadas o que no se percaten de interpretaciones contradictorias de la misma ley. La incorporación de los llamados derechos “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”, con características propias; el aumento de la burocracia estatal y la producción legislativa impulsada únicamente por el clientelismo político, provocan un mayor protagonismo político de los jueces, con el consiguiente aumento de las facultades discrecionales, a lo que debemos agregar que 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 estatales.

En las democracias avanzadas contemporáneas ha cambiado considerablemente la naturaleza de la legislación. Algún autor alemán, refiriéndose a sus raíces, destaca que el control judicial de constitucionalidad se impuso como necesidad, quizá 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 intereses 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.

El límite entre lo político y lo judicial no puede definirse formalmente en el estado moderno. La justicia moderna no puede ser “apolítica”¹ en este sentido y “hoy más que nunca debe reconocerse que el poder judicial es gobierno. Su definición no puede hallarse en la afirmación de que no establece reglas “erga omnes”, de que no es “colegislador”, 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 jurídicos: la acción de amparo, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria y gravedad institucional, al abuso de 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”²

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.

A todo esto debe agregarse que buena parte 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.

La crisis judicial no es 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 de la actividad 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.

El análisis de los problemas judiciales se dificulta en la medida en que se hace público, con la consiguiente incidencia de factores electorales. Por 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 serie de 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 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 de la justicia, 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 jueces y la distribución orgánica).

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 mismo, 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 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 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 invenciones anecdóticas sin sentido político especial.

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 “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.

2 La omisión política.

No hay duda que existe mala voluntad para la democratización de esta rama del estado.

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, 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 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 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.

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, 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.

Hay quienes pretenden reducir al poder judicial a una función legitimadora y quienes denuncian esa pretensión. Otros parecen 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. 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 América Latina y en nuestro país en particular no hay trabajos en los que se haya profundizado la función que cumplió la jurisdicción en cada uno de sus periodos políticos.

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 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 establishment, 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 curiosidad, lo que contradice frontalmente la tendencia que desde hace años se puede observar en Europa y en los Estado Unidos.

3 Los peligros para la estabilidad del sistema democrático.

Suele caerse en una simplificación judicial 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. El 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 lo 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 le 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 democratizadores son muchos menores (comenzando por la mayor colectividad en el reparto de oportunidades) y donde no hay una inercia democrática, sino un tremendo esfuerzo por levantar vuelo.

Suele afirmarse que un conflicto puede pasar de la esfera política a la judicial y viceversa, según convenga a su mejor solución dentro del sistema. 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, es mucho más sencillo imputarle inoperancia, ineficacia, negligencia, corrupción, etc.

Los políticos 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 Poder Judicial. Un judicial sin poder para imponer un mínimo de control constitucional y sin una discreta capacidad de solución de conflictos, no puede limitar el poder de las agencias partidistas.

Desde otro ángulo un Poder Judicial deteriorado también conspira contra una democracia, porque un componente real de la misma debe ser el derecho al desarrollo 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 Poder 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.

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 de silenciar empleada hasta hace poco tiempo con eficacia.

4 Argumentos teóricos que ponen en duda las funciones manifiestas del Poder Judicial.

El Poder Judicial, como cualquier institución no puede tener una única función, sino que el análisis sociológico siempre revela una pluralidad de funciones reales o latentes.

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 aún de su dimensión política.

Dirimir conflictos entre personas es una función judicial, pero no es lo que sirve para caracterizarlo, porque hay otros órganos del estado que hacen lo mismo, sin contar con muchas 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. La decisión de conflictos-aunque quede pendiente de que conflictos y en que forma- es, sin duda, una función manifiesta incuestionable.

También se le reconoce al Poder 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 Poder Judicial cumple también otra función, que hoy esta 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, el amparo mexicano, el mandato de "segurança brasileño", etc.

Pero sin lugar a dudas, lo que forma el núcleo de la justicia constitucional es el control constitucional de leyes, que ha sido la función más discutida, aunque hoy se halla bastante generalizada Aunque no se halle discutida entre nosotros, 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.

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.)

Desde la perspectiva transpersonalista, los poderes ejecutivos y legislativos son los que deciden de modo inapelable en cuanto a las relaciones de las personas con el estado.

Desde el punto de vista personalista, los ejecutivos y legislativos también definen las relaciones entre el estado y las personas, pero dentro de los límites que les impone una Constitución. El Poder Judicial controla que en esas relaciones basadas en la norma, 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 que opera en estos casos es: voluntad irrestricta de la mayoría o supremacía de la Constitución,

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 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.

La disyuntiva que venimos exponiendo puede ubicarse en la historia hasta muchos años atrás.

En cuanto a la cuestión judicial, surge del diferente enfoque de la cuestión judicial por parte de la Revolución Francesa y de la Revolución Norteamericana.

La idea 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 legislativos”, 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. Esta revolución no abrigaba temor alguno frente al establecimiento de un judicial con poder de control constitucional.

Había desplazado a la potencia colonial, pero no había sufrido alteración alguna 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.

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 al legislativo que las preservase del riesgo de que una mayoría coyuntural alterase las reglas establecidas. 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 una función judicial aún perdura en buena parte de la doctrina europea, donde son muchos quienes se inclinan a asignarle un carácter exclusivamente político.

5 El carácter burocrático del judicial. Las objeciones.

Carl Schmitt en su clave discursiva agudizaba al máximo y generalizaba el eventual conflicto entre liberalismo y democracia. Avanzaba tanto que los presentaba como incompatibles y terminaba desechando el primero.

Su versión de la democracia era incompatible con el liberalismo y por ende con los principios de una democracia representativa. Toda formalidad que se oponga a su voluntad debe ser eliminada y por ende, no puede admitirse ningún obstáculo a la misma en la forma de control de constitucionalidad o similar.

Schmitt cuestionaba la constitución de Weimar , negándole la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Debate trascendente por aquellos tiempos en Alemania seguramente.

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 ellos correspondía la custodia de la Constitución, la custodia debían realizarla otros órganos, como por ejemplo el Presidente de la República. Hay que destacar que la Constitución de Weimar había dejado sin resolver el problema de la constitucionalidad.

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

Schmitt pasó por sobre la Constitución de Weimer 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 Fuher. Fue el más duro crítico del control de constitucionalidad centralizado proyectado por Hans Kelsen para la legislatura austríaca de 1921.

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 despreciar cualquier limitación judicial a la omnipotencia política.

6 Lo aristocrático del Poder Judicial.

Cuando el Poder Judicial se muestra activo, cuando hace valer su poder de control de constitucionalidad, se lo cuestiona y el argumento más usualmente esgrimido es su origen “no democrático”

En democracia es frecuente que las agencias partidistas y otros grupos protagonicen luchas competitivas, con formidables intereses y pasiones. En semejantes pugnas, el judicial es calificado de intruso antidemocrático por el oficialismo si adopta una actitud limitadora, y también complaciente por la oposición si no lo hace. La objeción al “activismo judicial” es predominantemente anglosajona. 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. Como ejemplo se decía que el Juez puede decidir sobre las condiciones concretas de una prisión, pero que carece de la visión total de la política penitenciaria. Con esta posición siempre estaba latente la “inimputabilidad política” del juez, argumentada por Schmitt.

La afirmación del 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 sucede en un Poder Judicial verticalizado, tipo ejército, o dependiente o con una integración elitista por cooptación.

No es procedente tal afirmación de no democrática por no proceder los jueces de elección popular y por lo tanto no estar legitimados para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Por ese camino se quiere consagrar la dictadura de la mayoría parlamentaria coyuntural y degradar la Constitución a una mera expresión de deseos.

Una institución es democrática cuando es funcional para el sistema democrático, es decir cuando es necesaria para su continuidad, como sucede con el Poder Judicial. Cuando se dice que el Poder Judicial tiene legitimidad constitucional pero no legitimidad democrática, se ignora su funcionalidad democrática. Pareciera

que el reconocimiento de la función política del judicial fuera incompatible con la designación por concurso, que sería paradójal que juzgara en nombre del pueblo cuando no lo eligió el pueblo.

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 las funciones de la soberanía”, o que la fuerza de los tribunales ha sido en todos los tiempos la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual. No en vano el fortalecimiento del Poder Judicial ha sido una de las exigencias del constitucionalismo liberal en su lucha por limitar el poder. La consigna era “extremar la contradicción del liberalismo con la democracia, para descalificar al primero y aniquilar a la segunda”.

Debemos coincidir con Norberto Bobbio (Fundamento y futuro de la democracia), en la necesaria interdependencia de liberalismo y democracia, 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.

Siempre el reconocimiento de los poderes del juez ha provocado reacciones dispares. Con dispares argumentos se hace referencia a la “dictadura de los jueces”, cuando está probado que es la única dictadura que nunca existió en la historia. Este fue el argumento predilecto de los políticos franceses para rechazar el control de constitucionalidad de las leyes, de lo que ha resultado que para muchos hoy Francia tenga el sistema judicial más atrasado de Europa.

La legitimidad democrática no se juzga únicamente por el origen, sino también y a veces fundamentalmente, por la función. Lo prioritario en el Poder Judicial es su función democrática, o sea su utilidad para la estabilidad y continuidad democrática. Es verdad que no es indiferente la forma de selección, pero en este aspecto lo 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 selección mediante concurso.

Resulta indignante que el argumento de la selección “aristocrática” emerja cuando se pretende imponer el concurso, y que hasta ahora se haya observado pacíficamente la designación política por parte de los poderes del estado que no son electos en forma directa.

Tenemos la certeza de que si el pueblo es interrogado y se le pregunta si quiere que los 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 rechazar formas directas de participación popular en la administración de justicia. Con razón de ha dicho que la apertura a legos en materias que requieren un particular visión de los hechos, es recomendable y desformaliza sanamente la justicia. Por lo tanto no rechazamos el juicio por jurados, ni tampoco la solución alternativa de conflictos

Lo que debe ser rechazado 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 de control judicial o pretende reivindicar el nombramiento político arbitrario en nombre de la democracia.

7 Primera afirmación del control judicial de constitucionalidad-

En reacción contra el sistema de Gran Bretaña que hacia gala del poder ilimitado del parlamento, la Constitución norteamericana positivizó los principios del “derecho natural”. El caso que 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 el cual se debe citar el criterio señero de John Mashall. “O bien la Constitución es un principio superior, inmodificable por medios ordinarios, o bien está al nivel de los actos legislativos ordinarios y, como esos actos, es alterable cuando a la legislatura se le ocurriera. Si la primera parte de la alternativa es verdadera, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería derecho, si la última parte

fuese verdadera, la Constitución sería una absurda tentativa del pueblo para limitar un poder ilimitable por su naturaleza”

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 que declaró inconstitucional esa disposición legal.

La tesis del juez Marshall no es más que la consagración judicial del pensamiento de Hamilton, a quien citaremos textualmente. “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 importará más que el principal, que los representantes de 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. De ninguna manera supone tal deducción superioridad alguna del poder judicial sobre el 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, esta en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta más bien que por aquella.

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.

No habría que 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. En ese marco es dable recordar que el partido federalista y especialmente Hamilton representa una tendencia mercantilista, decidida por el expansionismo económico, mentalizadora 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 estado, de los derechos ciudadanos, etc.

En pos de clarificar las funciones manifiestas del Poder Judicial, había dos modelos en pugna en el mundo organizado del pasado reciente. 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 se debe interpretar que el modelo norteamericano haya cubierto a la perfección su función manifiesta, sino precisar que la claridad de formulación 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.

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. 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 en la colonia los cargos judiciales en las Audiencias se vendían, 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.

El estado de 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, 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, quienes pasaron a ser funcionarios públicos estatales.

“Confianza absoluta en el legislador, desconfianza hacia el juez, tal fue la doble inspiración de los constituyentes cuando edificaron la nueva justicia”

La Constitución 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”

El juez es la “boca de la ley”, opera a puro silogismo, ya que ni siquiera puede interpretar la ley. Había una ingenuidad absoluta en esta postura porque de hecho implicaba la supresión del servicio de justicia, pues la claridad y orden de los códigos de justicia permitirían comprender derechos y obligaciones sin interpretación posible.

Toda esta ideología prontamente se estrelló contra la realidad, 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 se despreció y subestimó su función, con miras a suprimir la abogacía por innecesaria.

Ese Poder Judicial sometido al poder político que lo aterrizzaba 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, 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, el Poder Judicial se modificó sustancialmente en su estructura. El resultado del directorio, del consulado y del imperio fue un poder judicial con un juez profesional, nombrado por el ejecutivo, jerarquizado como un ejército y que perdió el propio nombre de “poder”

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

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 terminó perdiendo su nombre, su origen popular y por último, su nula independencia frente al legislativo.

La famosa “boca de la ley” se había transformado en la “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.

Todo terminó en la virtual supresión de la función judicial, reemplazada por una corporación militarizada y dependiente del ejecutivo.

8 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.

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

Reconocida al juez 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 caben de que el juez, entendido como ejecutor 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.

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.

Las dos funciones manifiestas del judicial (decisión de conflictos y control de constitucionalidad) 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.

Con lo expuesto no se quiere significar que el control judicial de constitucionalidad y la decisión de conflictos sean funciones que se superponen por completo.

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 de negarse la esencia controladora de la función de decisión de conflictos.

9 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 interminable pugna de poder, 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 casar la sentencia y a remitir la causa a un nuevo juez de grado, 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.

En poco tiempo la “corte de casación se convirtió en órgano de gobierno 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. Ese fue el modelo corporativo que se exportó de Francia para varios países de Europa. Era 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”

La corte de casación francesa 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 la situación hasta finales de la primera guerra mundial.

Mientras tanto por América Latina cundía un modelo norteamericano que ponía el acento en un judicial vertical, pero coronado por un órgano colegiado reducido, principalmente encargado del control de constitucionalidad de las leyes en última instancia, ya que este control también era reconocido a todos los jueces en sus respectivas instancias.

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. Inversamente, nuestros tribunales latinoamericanos, estructurados como meras cortes de control de constitucionalidad 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.

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

En este proceso firme del Poder Judicial ejerciendo el control de constitucionalidad, en la 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.

Este 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, 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 vez primera en la Constitución Austríaca de 1920, por inspiración de Hans Kelsen, que integró la primera corte constitucional de ese país. El modelo fue seguido por varios países de Europa

Sin duda que el control de constitucionalidad de Austria tenía fundamento en la teoría kelseniana. No obstante los fundamentos del control difuso norteamericano ya explicitado por Hamilton, se puede sostener que se trata de un mismo fundamento teórico, sólo que propone una solución diferente. Esto demostraría que los controles centralizados y difusos son ciertamente, dos modelos diferentes, pero no necesariamente excluyentes.

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 procesales.

En cuanto a los fundamentos, 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 (resolución de cualquier juez)

Dejando de lado los sistemas que combinan ambas formas de control, en los propios sistemas que adoptan decididamente el control concentrado (resolución de un tribunal superior), 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 pueden 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.

Existen ventajas y desventajas 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 juzgado por el mismo tribunal, que puede cambiar de criterio con diferente integración, la que frecuentemente depende del azar. Además 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, hace que después de un pronunciamiento de la Corte Suprema, los demás tribunales, por regla y aunque haya habido excepciones, se atengan a ese criterio. De cualquier manera, esto no resuelve todos los problemas que plantea el modelo difuso de revisión judicial.

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

Es decir que el modelo de control centralizado de constitucionalidad de las leyes o de justicia constitucional en sentido más propio, concentra en la

competencia constitucional y dispersa el poder de nominación. Se trata de una característica que debe ser preservada siempre que se hace referencia al modelo, pues de lo contrario, mediante 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.

La experiencia norteamericana de entreguerras que los europeos tuvieron presente, dado que se encontraron con magistraturas bonapartistas que era necesario hacer horizontal, con cúpulas que concentraban demasiado poder, permitió que no sólo surjan los tribunales constitucionales, sino también los consejos de la magistratura, los primeros como tribunales con competencia constitucional concentrada y poder de dominación disperso y los segundos como órganos de gobierno de los poderes judiciales.

Lo que estamos exponiendo tiene que ver con el ejercicio del poder en el país que ya se vislumbraba como el llamado a ser el más poderoso del mundo.

La historia de las relaciones del poder y la Corte Suprema de Justicia norteamericana muestra hechos que produjeron un antes y un después en esas relaciones de poder.

La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos con el poder no fue idílica ni mucho menos. El juego de partidos previo a la sentencia de Marshall, emitida en momentos en que el partido federalista, centralista y autoritario, dominaba la Corte, opuesto al presidente Jefferson, así lo demuestra.

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 Norteamericana que fue “Dred Scout vs. Sandfor” - 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. La sentencia de la corte hizo gala de racismo, se refirió a una “raza inferior” sometido a un superior, declaró que los negros no eran ciudadanos en sentido constitucional, les negó toda clase de derechos, aún emancipados, y entre ellos el derecho a acudir ante la Corte Suprema.

En 1896 en otro caso similar la Corte reiteró criterios que pusieron en evidencias que no querían confrontar con el poder de turno. De hecho en materia económica, la Corte Suprema se erigió en un tribunal neutralizador de cualquier medida progresista que tratase de evitar disciplinar los “trusts” en defensa del mercado. Con la teoría del control de “racionalidad” de las leyes, la Corte 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 aliado.

Por los años veinte ya se criticaba al “gobierno de los jueces”. 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 crisis.

“No es cierto que la magistratura tenga siempre razón y la clase política carezca siempre de ella, como tampoco es verdad lo contrario. No siempre la verdad se halla de una sola parte.

Frente a ese creciente poder de los jueces el Presidente Roosevelt planteó la necesidad de aumentar legalmente el número de jueces de la Corte, para poder quebrar la mayoría conservadora. No era la primera vez que se

intentaba por este camino bloquear el poder de los jueces, aumentando el número de miembros de la Corte. 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 crisis.

El peso de este tremendo protagonismo político de la corte norteamericana sobre los operadores políticos europeos debió ser enorme y, aunque no exclusivo, altamente determinante por su opción al modelo austríaco.

10 Necesidad de la creación de los tribunales constitucionales europeos.

Se explica en función de criterios de sana política judicial. Establecida la necesidad de su creación era contrario a cualquier racionalidad política que eso se hubiese consagrado como competencia de los tribunales supremos o de casación, y no sólo 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. El verticalismo se desmontaba quitándole poder a las cúpulas. Se hizo de diversos modos. El más avanzado: la creación de un consejo de la magistratura que le quitase el gobierno de la misma a los supremos.

Si los políticos europeos hubiesen otorgado competencia en materia constitucional a los tribunales supremos, hubiesen hecho justamente lo contrario de lo 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.

Por otra parte, casi todos los tribunales constitucionales cumplen funciones de jueces constitucionales que exceden el marco del puro control de

constitucionalidad, asumiendo competencias en materias políticamente muy importantes. Reconocerle a un tribunal supremo esta función, más la de control constitucional y la de casación, además de 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.

Esto demuestra 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.

A esta altura no se puede evitar observar que frecuentemente se siguió en América Latina 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 hacer horizontal al Poder 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 en las cúpulas 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.

11 Efectos de la separación orgánica del control de constitucionalidad

Como hemos visto, Europa tiene tendencia a separar las tres funciones judiciales (solución de conflictos, control de constitucionalidad y autogobierno).

Por ello, teniendo en cuenta que las obras se conocen por sus resultados, 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 los contenían. 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 el pueblo. Para garantizar el poder político vertical, en los momentos de 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 resto 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, obligando 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.

El resultado de ésta reforma está a la vista. Quizá 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”, 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 autoritarismos y 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 parlamentarios 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 de la 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 endeble 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 sociedades. Aunque no pueda caerse en una simplificación 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 horizontalidad corresponde a estados de derecho y sociedades más o menos de bienestar, en tanto que las estructuras débiles, verticales, burocratizadas o politizadas, protagonizan el proceso de deterioro del estado de derecho y corresponden a sociedades con modelos excluyentes, promovedoras de marginación

12 La cuestión judicial como cuestión política.

Hasta aquí hemos hablado de independencia del Poder Judicial de manera genérica, sin mayores precisiones. Hemos tratado de ir delineando que la cuestión de la independencia del Poder judicial es ante todo, una cuestión política.

La historia nos marca eso. Vimos que en Francia una justicia anárquica, privatizada, cara y arbitraria provocó la contrapartida de un Poder 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 opositora 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 busco hacerlo eludiendo las dificultades norteamericanas, eligiéndose horizontalizar el Poder Judicial y la división orgánica de sus funciones.

Nadie puede dudar que esto configure un problema político. En rigor, cualquiera que observa nuestra realidad judicial latinoamericana puede comprobar lo que ésta muestra en forma cotidiana. A veces la extrema cercanía de un fenómeno impide su comprensión.

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 las 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 el carácter judicial, sin contar con otros que permanentemente se la disputan, en el continuo intento de “politizar” o de “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 Poder Judicial.

Pierde sentido el debate sobre la “naturaleza” o la “independencia” del Poder Judicial cuando esta en juego una formidable lucha de poder. No caben las formulaciones teóricas.

No es posible adoptar una actitud de neutralidad frente a una clara lucha de poder político. Lo único 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 cuya única estrategia sea ampliar su propio ámbito de poder y otros que tendrán estrategias de mayor aliento. 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. Siempre en el objetivo de avanzar desde los modelos formales (necesarios pero no suficientes) a 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 el 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.

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 de poder.

13 Las confusiones que pretenden partir de Montesquieu.

Montesquieu fue, según muchos calificados juristas, un sociólogo del derecho, quizás el padre de la sociología jurídica. También se ha dicho que sus observaciones han sido desvirtuadas en reiteradas oportunidades. Fueron utilizadas para negar el control de constitucionalidad y para someter el judicial al legislativo en la Francia revolucionaria, pero su rechazo frontal sirvió para lo mismo en los sistemas del socialismo real, no dejando de ser entusiastamente asumida por algunos déspotas de turno. Por otra parte, la tesis de la separación de poderes tampoco fue del todo original de Montesquieu, pues reconoce una larga gestación.

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 de poder.

Ahora conocemos algo mejor que en esos tiempos los llamados “mecanismo de huida” y entre ellos, el de “racionalización”, con el que el hombre encubre y justifica ante si 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”

Los párrafos que siempre se citan de Montesquieu son los siguientes: “La libertad política del 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 mismos 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 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 resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares”.

Queda claro que Montesquieu critica la concentración de poder. Sin duda este precursor de la sociología entendía 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.

También reclamaba los controles recíprocos. Cada uno en sus funciones propias, sin asumir funciones de otra naturaleza.

Si el Poder Judicial es un “poder” siempre dependerá de qué se entiende 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 indivisible. Esto significa que a nivel de construcción jurídica, 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 se permite que una concentre poder hasta quedar fuera del control, se caerá en el abuso.

Se habla de “judicial” y de “poder judicial”, básicamente por dos razones: la 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 ciudadano, 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.

Kelsen 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 de presupuesto político-jurídico que da razón de esencia y justificación de existencia al poder judicial: la independencia”, esto último claramente lo definía Dromi analizando el Poder Judicial de Mendoza.

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 caracterizante. Efectivamente, los jueces deben resolver conflictos, pero no es

posible negar que otros organismos también hacen lo mismo. 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.

De esta forma, la “cosa juzgada” sería la característica propia de la actividad de resolución de conflictos que es la esencia 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 “maquina de subsumir” sino que la ley es una norma general para una pluralidad de casos posibles; el derecho, en cambio, decide sobre una situación real, aquí y ahora, para lo cual no sólo debe valerse de la ley como texto, sino que, más allá de las metodologías jurídicas siempre discutibles, para enfrentar la conflictividad de nuestras sociedades 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 podrán cumplir, porque faltarían a 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 puro acto de fuerza. La jurisdicción no existe si no es imparcial.

Mas precisamente: no se trata de que la jurisdicción puede o no ser imparcial y si no le es no cumpla eficazmente su función, sino que sin imparcialidad no hay jurisdicción. La imparcialidad es de la esencia de la judicialidad y no un accidente de la misma.

No hay jueces independientes y sentencias firmes porque lo decide el derecho positivo, sino que el derecho positivo existe como derecho en la medida que existen tales jueces y son posibles tales sentencias.

No podremos hablar materialmente de que haya “jueces” y actos “judiciales” si lo que se limitan a ostentar ese título son funcionarios arbitrarios.

No se trata de una pura 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.

La cuestión del poder es la que nos obliga a reafirmar sólidamente que, en cualquier caso y en toda circunstancia, hablese 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.

La independencia del Poder 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 del Poder Judicial. De su sostenimiento depende que haya actividad jurisdiccional o una rama burocrática que se impone por la fuerza de su parcialidad.

CAPITULO II

Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial

1 La independencia del Poder Judicial

La clave de poder del judicial se halla en el concepto de “independencia”, pero éste es, como todo lo relacionado con el Poder Judicial, bastante equivoco. 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 Nicola Picardi (L'indipendenza del giudice) , 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 o interna. En cuanto al grado de independencia, distingue entre independencia fuerte y débil.

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 Poder Judicial.

La independencia del juez, en cambio, 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. Uno 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 militarizado verticalmente es tan aberrante y peligroso como un ejército horizontalizado.

Cuando 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 judicial.

En la práctica, la lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la violación a la propia independencia externa. 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 aterrizando 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 de la libertad de información y de expresión y crítica, 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 sean 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 no se debe reparar menos en la imposibilidad de que

dependa de otro órgano judicial, lo que lo convierte en un mero amanuense de la cúpula burocrática.

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- 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 sistema, lo que sería absurdo. Este pretensión de “poder separado” total, que llega a concebirse como separación del sistema político mismo, conduce a la paradoja aberrante cuando el judicial se siente 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.

2 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

Estos presupuestos se exigieron en otros modelos históricamente dados. 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. Cuando antes del siglo XII los conflictos los resolvía la lucha 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 interfiriera esta decisión, para lo cual necesitaban la debida independencia de las partes.

En medio de la tremenda pugna de poder que siempre hubo en torno del Poder Judicial, se cayó en una caricatura de la imparcialidad, identificándola con una imagen altamente empobrecida del juez, estereotipada y gris, concebida 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 “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”

Es innegable que la imagen del juez aséptico fue alimentada por el perfil resultante de la estructura burocrática europea 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 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” 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 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.

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.

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 función – quien, por el mero hecho de su condición humana, siempre es parcial.

En el marco de un sistema político autoritario, la solución a esta aparente paradoja sería imposible, o sea que, un sistema autoritario siempre tendrá jueces parciales (es decir, jueces que lo serán poco o no lo serán), lo cual, por otra parte, es lo que el 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 el 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, 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.

3 Independencia, imparcialidad y politización

Hemos dicho 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

Se admite 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 del “gobierno de la polis”. No se concibe una rama del gobierno que no sea política, justamente porque es gobierno.

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 a la paz interior mediante 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.

Por consiguiente, no sería posible “despolitizar” al Poder 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. Desde lo sociológico, 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 suceda. Ahora bien, otros autores señalan enfáticamente que “politización” significa arbitrariedad, porque el juez se aparte decididamente de la solución normativa y decide conforme a su propia solución política.

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 políticos, por lo que quizá sería, más correcto hablar de parcialidad partidista o “partidización del Poder Judicial.

Puede decirse entonces que no sería posible “politizar” un ejercicio de poder público que es esencialmente político, pero sí es posible “partidizarlo” o, lo que es lo mismo, “parcializarlo”, 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 de dos fenómenos diferentes y que, por ende, reclaman una nítida distinción: por un lado, cuanto más conciente 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 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 conocida y, por cierto, no precisamente democrática ni republicana.

Sólo 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 democractizarlo, pluralizarlo y, por ende, hacerlo más idóneo para sus funciones manifiestas.

No debe creerse que con estas aclaraciones concluye el problema, porque las confusiones siguen y, en tren de hacer que nadie entienda nada, la cuestión de la partidización pasa 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 política. Se deduce de ello que cualquier intervención del juez en política pone en peligro su imparcialidad

Esta es una terrible falsedad discursiva gravísima: prueba de ellos es que hay países en que los jueces tienen terminantemente prohibido afiliarse o militar políticamente y sus poderes judiciales están completamente partidizados, al punto de una terrible degradación corrupta. Por el contrario, hay países en 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, 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 prohibición. 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 dable señalar que en Europa la habilidad partidaria de los jueces es generalmente reivindicada por las izquierdas, en tanto que en América Latina suelen hacerlos 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 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.

Desde luego que cuando nos hallamos con autoritarismos o totalitarismos en que es obligatoria o poco menos la afiliación al partido jurídica o tácticamente 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 miembro del Poder 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, de su apoyo para perspectivas de ascenso.

Por el contrario, en un sistema donde los jueces sean designados por concurso, 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 partidización no es para él más relevante que la de participar en una iglesia o en un club deportivo.

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 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 porque sea prácticamente de una religión, integre un cuadro deportivo o sea conocido por su lucha en la sociedad protectora de animales.

En ese 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 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 sabíamos. Cuando un autoritarismo es tan expreso que se le exige tácticamente 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 filiación política y que, aunque sea privadamente, ésta se expresa 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 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.-

4 Modelos de magistratura

Los estudiosos de los últimos lustros solían explicar que hay tres modelos básicos de magistratura: el anglosajón, el francés y el soviético. Un cuarto modelo, que será tercero con la desaparición del soviético, es el modelo originado en Italia, España y Portugal.

Lo expuesto demuestra que lo que conocemos en la actualidad como magistratura es un producto europeo. Dicho modelo consolida la figura del juez como funcionario público, sin dejar de reconocer que tiene incuestionables antecedentes en Inglaterra y Alemania,

El pasaje de la institución judicial a América del Norte 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.

Como sucedió con todas las instituciones el Poder Judicial fue afectado por dinámicas superadoras de los modelos empíricos-primitivos. No necesariamente fue igual en todos los países. Muchos quedaron aferrados a modelos empíricos primitivos, tratando de paliar sus defectos por otros medios. Otros se quedaron con el modelo monárquico.

Lo primero que se detectó para superar el modelo empírico primigenio, fue la necesidad de calificar técnicamente a los jueces.

Napoleón sería un impulsor de una auténtica burocracia judicial. 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 extendido por toda Europa, que permaneció casi intacto hasta la Segunda Guerra Mundial.

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

4.1 Modelo empírico-primitivo

En este modelo de selección, por definición carece de nivel técnico, o sea que rige la arbitrariedad 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. La cultura jurídica no puede ser rica por falta de estímulo y, en definitiva, el propio estado de derecho se presentará dudoso. El contexto general será el de países no democráticos o con democracias poco estables o escasamente desarrolladas, salvo que, por otro factores, la sociedad 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.

4.2 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 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. Este juez mejorará la condición para la inversión productiva. 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 legal no difiere mucho del anterior, aunque corresponde a un contexto más estable, pero no necesariamente más democrático y que puede ser, incluso, abiertamente autoritario.

4.3 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 burocrático). La independencia se asegura mejor que en los otros modelos, tanto externa como internamente. En lo que dependa 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.

5 La estructura judicial inglesa.

Las magistraturas europeas surgieron con estructuras configuradas empíricamente, o sea, respondiendo a concretas razones de lucha 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 los 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 a través de las cortes que instituyeron jueces itinerantes, para reducir al mínimo las competencias locales.

En Francia, la lucha entre el poder central y las noblezas provinciales 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 – sostenido 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 técnica.

Entre los jueces ingleses no se fomenta el “carrerismo”, porque no se prevé ningún mecanismo formal de progresión: la designación de juez no representa el primer peldaño de ninguna carrera. El que acepta cumplir la función judicial, debe saber que quedará para siempre en la misma posición, sea que se trate de la función High Court (alto tribunal) o de una corte de condado. Una de las mayores garantías del juez inglés reside, precisamente, en el rechazo de la carrera y del carrerismo. En los últimos años se ha resentido esta norma, notándose cierta tendencia a la promoción en la designación de las cúpulas.

Los jueces superiores son elegidos entre pocos. Los candidatos suelen tener entre cuarenta y cinco y sesenta años, de modo que el círculo de candidatos es aún más limitado. El éxito profesional, como criterio de selección previa de los candidatos, proporciona una marcada tendencia pragmática en la jurisprudencia e inclina notoriamente a la conservación de las tradiciones y a resistir las innovaciones.

Aunque no exista un tribunal supremo formal que ejerza el control constitucional, la regla precedente da lugar a la constitución material sumamente rígida. El rol de tribunal superior 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. La cámara de los Lores está presidida por el Lord Canciller, que ejerce el gobierno del Poder 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 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 país y, por ende, pertenecen a las clases sociales más acomodadas, que son las únicas con capacidad para financiar esa educación.

Si bien hay una fuerte incidencia de la tradición, no puede dejarse de reconocer que la crítica a su elitismo es justificada.

La descripción de la estructura nos muestra un modelo empírico. Modelo 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.

Entre las tradiciones debe 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 algunas soluciones particulares.

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 litigantes, 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 Poder Judicial”.

6 La estructura judicial norteamericana

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 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 viables 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”, es decir, es la orden de abogados, 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 importa siempre un proceso de negociación entre el Fiscal General (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.

En general, los presidentes nunca nombran jueces que no sean de su propio partido. Las administraciones republicanas desde Reagan lograron renovar el 70% de 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 ellos, pero 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.

El candidato debe superar las objeciones de su propio partido y contar con el beneplácito de los senadores del bloque de su partido y del correspondiente estado.

Pero los controles sobre el candidato no son sólo políticos. Existen controles burocráticos, como los que imponen superar los controles del FBI (policía federal). El informe negativo del FBI es vinculante para el presidente, no obstante este informe que parece superior al de la orden de abogados, en realidad no lo es, ya que en este caso el candidato es sometido a un control por técnicos en espionaje.

Salvo el informe de la orden de abogados, cuyo prestigio nadie discute, los demás informes o controles constituyen obstáculos políticos, ideológicos y policiales. Intentan frenar el pase de candidatos democráticos y liberales, ya que los obstáculos se montan sobre criterios ideológicos que responden a un estereotipo conservador y tradicional. Esta claro que 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 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 par 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 o ignoto.

Este funcionamiento de selección norteamericana no hace más que poner de manifiesto los defectos del modelo empírico-primitivo. 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 que lo desacreditan. No parece correcto que la designación de un juez dependa de los informes policiales.

El aspecto positivo que se puede rescatar de esta metodología basada en el espionaje de la vida de los candidatos, es en cuanto a la corrupción personal de los magistrados. Corrupción que parecería que se evita con el referido control. 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.

La sociedad norteamericana tiene aspectos admirables. Entre los más importantes es su increíble capacidad de autocrítica, aunque no 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 selección. Esta institución no es una muestra de equilibrio, sino un campo de lucha partidaria directa, limitada pues favorece a los que tiene cierto perfil.

No creemos que si el público debate sobre si uno de los candidatos a la corte ha abusado sexualmente de una mujer sea un espectáculo democrático. Esta claro que si esa conducta existió y es probada debe ser condenado penal y civilmente, conforme al procedimiento de tribunales competentes. De hecho si existe esa condena debe ser inhabilitado 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 discuta 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.

En los estados que componen los Estados Unidos pueden observarse distintos procedimientos selectivos: a) análogo al federal, es decir, el gobernador con acuerdo de algún cuerpo, casi siempre el senado. 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 de los candidatos por una comisión que analiza los méritos.

Los procedimientos enumerados 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 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 periodo de tiempo, al que le preocupará su reelección y que, por ende, al resolver deberá estar pendiente del 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 escalofriante

Durverger, en su obra *Instituciones políticas*, 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 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” Max Weber también recuerda el bajísimo nivel técnico de estos jueces y el mayor prestigio de los jueces federales.

No en vano hacia 1940 se implementó el llamado “plan Missouri”, o sea que, por primera vez en este 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 académicos. 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.

7 La estructura judicial en los socialismos “reales”

Breve referencia hacia esta estructura. En líneas generales respondían al modelo empírico, o sea resultantes de poder muy concretas.

Si bien la independencia del poder 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, “responsables y revocables, como todos los otros funcionarios públicos”. Como se puede observar 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.

El principio rector era 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. No cabe duda que se trataba de un modelo empírico primitivo claramente partidizado, quizá el modelo más acabado de judicial en régimen de partido único. No había espacio para la independencia tanto externa como interna.

8 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.

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 tiempo, pero que en general es 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 al ministerio de justicia que le permitirá 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 poder judicial.

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 estados. Aunque no es vinculante, la opinión del comité de presidencia del tribunal supremo es sumamente importante.

En el esquema alemán llama la atención el papel que cumplen los ministerios de justicia, tanto federal como de los estados. 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 Poder Judicial en América Latina consiste en retener en el ministerio de justicia funciones administrativas. En rigor, en una república, cuando el poder judicial se estructura de modo 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, de 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.

9 Modelos empíricos-primitivos. 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, pueden ser comprensibles –casi nunca racionales- si, como hemos venido haciendo, las encaramos dinámicamente, o sea, mediante su explicación histórica del 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 copulares.

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 misma 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.

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 Montesquie 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.

De acuerdo a lo señalado, 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.5to.), Honduras, Venezuela, Nicaragua, Bolivia, Costa Rica, México, Panamá, República Dominicana, Ecuador, El Salvador.

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 nombran a los integrantes de las cúpulas judiciales sin ningún límite formal que supere los requisitos mínimos como ciudadanía, edad y título que habilita.

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 periodo, 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 eleva una comisión integrada por los demás decanos de las facultades de derecho, los representantes del colegio de abogados y un representante de la corte. 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. La Constitución paraguaya establece que el Senado y el presidente deben elegir, pero de una terna que remite el 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. 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. En Brasil los jueces del Supremo Tribunal Federal son nombrados por el presidente con acuerdo senatorial, sin que la Constitución los condiciones o limite, pero para el nombramiento del Superior Tribunal de Justicia, que ejerce el gobierno del judicial a través del consejo de justicia federal, 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 los fiscales y abogados. En Chile los nombra el presidente, pero de listas que elabora la corte suprema, en tanto en Colombia los nombra la Corte Suprema, pero de las ternas que eleva el consejo superior, 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 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.

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.

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.

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 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 traiciones, las presiones, etc., pueden atenuar o agravar el sentido de las disposiciones constitucionales y legales en la realidad. 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.

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 debemos analizar con el modelo empírico-primitivo o, en su caso, su grado de desplazamiento hacia un modelo tecno-burocrático.

Las estructuras judiciales de Brasil y Colombia presentan particularidades muy propias que merecen ser analizadas.

Brasil, según el criterio de varios estudiosos, es el único de la 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”, 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 denominado “fuerte” (concurso) esta 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, detentando 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 de 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 de América Latina, 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 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 cúpulas. Pareciera que se están confundiendo los términos de modo que puede resultar peligroso, pues si bien el gobierno copular verticalizado es, ciertamente, interno, no puede decirse que un consejo sea necesariamente externo.

El otro sistema que llama la atención en Latinoamérica es el colombiano, del que sólo podemos evaluar su articulación constitucional, dado la reciente sanción de la misma.

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 también se integran con jueces que duran ocho años en sus funciones. 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.

Los sistemas de Brasil y Colombia aparecen como paradigmáticos. El modelo empírico había sido caracterizado como resultante de pugnas de poder. Parecería 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. 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 posguerra.

10 Particularidades del sistema empírico-primitivo. Inconvenientes

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.

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, 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.

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 judicial 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, bueno 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 tesis.

En la Argentina se ha pensado que sería posible 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 Constitución. 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 nepotismo.

Aniquila cualquier resto de independencia interna de la magistratura, pues el juez, con miras a su 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.

Manuel de Rivacoba y Rivacoba en su obra "Fondo ético y significación política de la independencia judicial ya sostenía que 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”

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 auto-preservarse, eliminando a quienes resulten más incapaces y pueden desprestigiarla, pero de toda forma dará lugar a una técnica jurídica de bajo nivel teórico, reiterativa, escasa o nulamente creativa e no idónea 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, 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 administraciones. Estas combinaciones tiene 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.

11 Entes calificadoros. Consejos de la Magistratura

Debe quedar claro que el reparto de la arbitrariedad no es sinónimo de reducción de la arbitrariedad. El reparto de 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 se trata de órganos que facilitan el reparto de la arbitrariedad, pero que en 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 pre-calificadores. Debe quedar claro que el “consejo” es un organismo que surgió en el constitucionalismo europeo de posguerra, y que cumple la función de gobernar el 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 pre calificadores 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 nombrados por el ejecutivo.

Dada la confusión creada por estos 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”, aunque en casi todos los casos sería mejor llamarlos “inter-poderes”.

Estos órganos existen en el 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 en el 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, 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 los “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 a la europea.

En general los pseudos consejos 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 consejo 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 calificadores 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.

Diferente aparece el modelo colombiano, 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, dado su composición, que no representa más que un acuerdo de cúpulas judiciales.

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 uruguaya- 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.

12 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, Catamarca, Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Mendoza, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe, Tucumán. En Corrientes se establece que el Superior Tribunal puede proponer el 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 los reelige, adquieren inamovilidad. 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 , Formosa, Jujuy, Rio Negro, San Luis, Santiago del Estero. La designación de las cúpulas se modifica respecto del modelo federal en La Rioja, donde los nombra la cámara de diputados a propuesta del gobernador, y Neuquén 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.

En Jujuy los nombra la legislatura de ternas que eleva el Superior Tribunal.

En Neuquén los designa el superior tribunal con acuerdo legislativo. En La Rioja lo hace la cámara de diputados, pero previo concurso abierto.

En las provincias que más han innovado participa en la selección un 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, que está integrado por dos jueces del Superior Tribunal, dos abogados electos por sus pares y dos legisladores. En San Juan todos los jueces son nombrados por la cámara de diputados de ternas que eleva el consejo de la magistratura, integrado por dos abogados, un legislador, un juez de la corte y un ministro del ejecutivo. 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 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.

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 según la opinión de muchos

investigadores es más acertada que la de “consejo”) y que integran dos jueces supremos, un legislador y dos abogados. En Santiago del Estero designa el ejecutivo las ternas que prepara el consejo integrado por un juez supremo, dos diputados y dos abogados nombrados por sus pares. En San Luis se procede de igual manera que en Santiago del Estero, también para los jueces de primera y segunda instancia, 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, prescribiéndose que éste debe operar por concurso de antecedentes.

En tanto que la Constitución Nacional parece mantener una simetría entre la designación exclusivamente partidista y la remoción por vía del 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, La Rioja y Tucumán.

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, Catamarca, Córdoba, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, Santa Cruz y Santa Fe.

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, Santiago del Estero, y Tierra del Fuego, 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 y Mendoza, donde lo integra la corte suprema e igual número de senadores y otros tantos diputados. 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 lega.

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 tecno-burocrático. De cualquier manera, está señalando una superación clara del modelo paupérrimo y extremadamente primitivo que ofrece la Constitución Nacional.

CAPITULO III

Modelos y Sistemas Judiciales

1 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 pueda 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 en 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 condicionante.

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 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 vulnerable 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 cuyo procedimiento de basa en observar los resultados de prácticas y experimentos anteriores (empirismos), 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 sentido el resultado es el deterioro en la forma de juez burocratizado, de cuyas características ya nos ocuparemos.

En las estructuras que entran en el modelo empírico, dada su multiplicidad, el deterioro no es 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 deterioro en forma de degradación.

Quizá en todas las estructuras concretas y reales del modelo empírico-primitivo se combinen las tres formas de deterioro, o sea, la partidización directa, la degradación y un cierto grado la burocratización.

1.1 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 empíricos, 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 estalinista- 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 partidizantes 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, pues la dependencia ha penetrado de modo que el juez ya sabe “como” 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.

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

1.2 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, tanga 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 sería 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 poder

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.

2 Modelos tecno-burocráticos

El modelo tecno-burocrático se caracteriza por una selección técnica de las que los especialistas llaman “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, si es 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 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 objetivas 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, ya que la competencia que implica impulsa sanamente a la emulación, a la investigación y a 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.

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 actos de favorecimiento. 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 concurso, 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 administración. 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.

No hay razón para excluir cargo alguno de la magistratura de la regla del concurso, sin que deban esgrimirse razones “de alta política” que no pueden derivar en otra cosa que en la nominación de los amigos, como la experiencia lo demuestra. 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 se 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 es correcto sostener que cuando un juez aspira a otro destino o función dentro del Poder 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 oposiciones. 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 1829. 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 ética.

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

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 deshonestas.

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 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 las primeras 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 ideologías antidemocrática, creemos que se trata de una objeción poco compatible con los mismos principios democráticos. Además, los modelos empíricos han dado resultado 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 militares, nuestros judiciales emprenden el camino inverso, generando “ghettos” para el entrenamiento de magistrados.

Es inadmisibles la afirmación de que hay un derecho para los jueces diferente del derecho para los 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 no puede requerirse que habilite un grado en derecho, pero no puede confundirse la función con el grado académico habilitante.

Es demasiado obvio 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 ser tales dejan de ser necesarios- tales como nociones sobre contabilidad, de dirección de personal, de los reglamentos, de manejo administrativo de los juzgados, etc., pero en modo alguno que pretendan suplir un función que le compete a las universidades.

En síntesis, no creemos que haya algún 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 poder

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 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.

3 La tecno-burocracia francesa

Ya hemos dicho que 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”, consagrado por Napoleón y que no varió con la restauración borbónica 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 popular, 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 fue más drástico, cesando a 132 jueces republicanos, pero la Tercera República cesó a menos de sesenta imperialistas.

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.

Por decreto del 18 de agosto de 1906 -reformado en 1908- se estableció el sistema de concursos.

En la transformación de las estructuras judiciales de empíricas a tecno burocráticas además de los factores mencionados, no se puede soslayar la influencia del caso “Dreyfus” y otros que situaron a los jueces en el ojo de la tormenta política.

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 los 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 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 resto prestó juramento de fidelidad a Pétain. No conforme con esto, el gobierno de Vichy suspendió la inamovilidad en septiembre del mismo año, principalmente para expulsar a los jueces judíos.

De esta manera la estructura tecno-burocrática del judicial francés demostró la más absoluta incapacidad política de los jueces. No deja de ser paradójico que en el 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 cooptación.

El desastroso epílogo político del Poder 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 ensayo de institución democratizante de la magistratura en la posguerra nació de las cenizas de la judicatura burocrática francesa.

4 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 se supone conocida. 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 ellos.

Todo esto es ampliamente conocido e independientemente de las cuestiones éticas individuales, a las que no se le debe restar importancia, lo que 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 engaño 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 su modelo prusiano. En este marco se debe entender que sin Bismarck 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.

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 le asignaba una vacante de juez auxiliar, mal 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 sus permanente complacencia.

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 temo y la inseguridad que provoca la estructura. Esta ideología se refuerza porque cualquier cambio se percibe como amenazante para la estabilidad de la “carrera”.

Este “carrerismo” prusiano, que se remonta al juez burócrata de Federico el Grande y que se perfeccionó con Bismarck, se trasladó a todo el imperio y no varió sustancialmente hasta la Segunda Guerra. 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. El colmo fue en 1923 cuando un abogado fue sancionado porque usó la expresión de “justicia de clase”, considerada agravante por la magistratura.

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 social demócratas, comunistas y judíos, trataron con inaudita benignidad a Hitler y a su grupúsculo originario, encubrieron homicidios y, en definitiva, no hicieron más que ampliar el espacio por el que circuló la quiebra final de la República en 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 a 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 ser incondicional hacia el poder, que la racionalización filtraba a la conciencia de sus operadores en forma de ideología.

5 La burocratización italiana y española

El modelo judicial italiano desarrolló un esquema bonapartista. No obstante la diferencia con el de Alemania era notoria. En Italia nunca hubo burocracias de tipo prusiano ni eran pensables que la hubiere. 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 debilitada. La justicia era considerada una rama de la administración.

En 1890 se dio el paso decisivo para la burocratización. Se estableció el reclutamiento de jueces por concursos, aunque se admitía la incorporación de jueces en la denominada forma lateral (es decir jueces fuera de carrera), que fue cayendo en desuso, dejándose de lado definitivamente en 1911.

En 1909 ya podía verse un sensible grado de separación entre lo judicial y lo político, generándose las primeras escaramuzas entre los estamentos judiciales y políticos.

En 1907 se había creado por ley un órgano cuya denominación luego, medio siglo más tarde se haría conocido en Italia y el mundo. El Consejo Superior de la Magistratura. 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 del consejo. En 1921 se 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.

En 1923 volvió a reformarse el consejo, eliminando la elegibilidad de sus miembros y reforzando los poderes del ejecutivo.

El facismo 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.

Al final de los años treinta el facismo tuvo una irrupción más decidida en la vida judicial, cuando sometió a los jueces a cursos obligatorios sobre facismo, exigiendo la afiliación al partido y adopción obligatoria del saludo romano.

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 decía que no quería una magistratura fascista, sino una magistratura “apolítica”.

Sin embargo a pesar de este discurso no se podía ocultar la simpatía creciente de la magistratura con el fascismo.

La dictadura italiana, al igual que la alemana, no necesitó estructuralmente la magistratura tecno-burocrática que encontró. La justicia italiana no tenía una estructura burocrática tan sofisticada y fuerte como la alemana y, en general, el estado italiano no disponía semejantes burocracias. Sin que signifique en modo alguno un elogio, 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 Bismarck y por el Piamonte (lugar donde comenzó todo en Italia) no era Prusia.

La magistratura italiana fue una estructura judicial tecno-burocrática, absolutamente inútil, como todas las de su modelo, para cumplir cualquier función política que obstaculiza 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.

Con relación a lo sucedido en España hasta 1978, en cierta forma fue similar al fenómeno italiano, donde después de una larga evolución, la magistratura fue estructurada en la llamada ley “provisional” sobre organización del poder judicial del año 1870, modificada por una ley adicional en 1882, vigentes sin reformas estructurales 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 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 nombramientos. En 1882 se la reformó para abrirla al reclutamiento lateral sin oposición, con un claro sentido político.

Las alternativas del judicial español, es decir, su historia, no han sido investigadas con el detalle con que se hizo el análisis histórico italiano, 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 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 con el “tribunal de orden público de 1963) está 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 un sistema de concursos 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 uno de los mejores ejemplos de la absoluta inutilidad política del modelo tecno-burocrático.

6 El deterioro tecno-burocrático: el juez “aséptico”

Existen modelos basados en la experiencia o empirismo, que no alcanzaron la etapa tecno-burocrática. 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 de la burocracia judicial, combinado con 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 los jueces hace que aparezcan en algunos de éstos los caracteres de los jueces de las democracias contemporáneas del estado constitucional de derecho, que se resisten a las dictaduras copulares y a las pautas burocráticas, aspirando a mayores niveles de integración de los principios generales y de perfección del estado de derecho.

Los modelos que estamos analizando, tienen momentos evolutivos. En cada uno de ellos se observa la tendencia hacia la superación, siempre en pugna con las tendencias que operan conservadoramente y frenan la evolución.

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.

Por eso es siempre conveniente observar cada caso en particular, sin caer en error de cosificar los modelos y darles carácter 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 en estas estructuras son, 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 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 encuentran 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 al 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 fascismo, condenando las huelgas de modo invariable, pero todo bajo un manto de “neutralidad” 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”

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 tiene que hacer allí los jueces, que deben limitarse a aplicar las 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 “aséptico”, que se proyecta públicamente y a la que nos hemos referido como una imposibilidad antropológica.

El perfil público del juez “aséptico” 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 el 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 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 un proceso interno, que nos explica la tendencia a asumir los roles que se nos demandan conformes a los estereotipos y a responder positivamente a los mismos.

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 del poder partidista o una crítica al sistema.

El público pierde de vista el fundamental rol político del juez e incluso lo rechaza como improcedente, 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 expresión mitológica de la figura del juez, elaborada a través de siglos y que sobreviene declamatoriamente en esta imagen, cuyas raíces inconscientes no son difíciles 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 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 jueces, 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 sus miembros, termina excediendo la capacidad de sus miembros. Esto provoca que las cúpulas tengan que valerse de equipos en los que delegan funciones, tanto en lo jurisdiccional (secretarios y auxiliares que “proyectan” las sentencias, como sucede en la justicia de Santa Fe, donde los denominados “abogados relatores” han pasado a

tener un papel preponderante en las resoluciones de la Corte Suprema), como en la administrativo (ejercicio de poder verticalizador, también con un claro ejemplo en la justicia santafecina con la creación, vía acordada de la Corte Suprema, de la figura del Secretario de Gobierno, transformado en la práctica en el verdadero poder administrativo en la Corte Suprema).

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 más arbitrio que los propios jueces, que materialmente le están subordinados. En síntesis: los jueces se halla subordinados a los empleados, lo que afecta aún más su autoestima y, además, potencia las intrigas y aumenta el condicionamiento.

7 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 medida no resultan criticables. En 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 “ideológica” 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 “aséptica”, 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 distanciar 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 las estructuras burocratizadas. 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 en condiciones 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 retiraría 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 introduce 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”. 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 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.

8 La identidad del juez. Su deterioro. Las lesiones.

El estereotipo público del juez como “padre severo” y “conservador” (con las debidas aclaraciones”, el hábito de la “asepsia”, el prolongado entrenamiento de 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 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 sociología 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 introduce 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 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.

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.

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 absorben completamente las pautas de subordinación y burocratización dependen 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.

9 La superación de la tecno-burocracia por los poderes judiciales democráticos contemporáneos

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 los reyes. 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 Reich y había operado perfectamente bajo los mandatos del nazismo. 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 las 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 “navalismo”, etc. No podían dejar de percatarse de que el fenómeno era de estructura y de perfil, no sólo de hombres.

El modelo judicial de las potencias vencedoras no podía adoptarse. Descartado el de la Unión Soviética, 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 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 aun 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 asignándoles 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.

10 Límites reales que tiene la superación la tecno-burocracia. Sentido de algunas críticas.

Si aceptamos que una “burocracia” en sentido sociológico es una estructura que tiene las características generales que el señaló Max Weber, no es posible negar que en este sentido sociológico todos los poderes judiciales son, en buena medida, “burocracias”.

En efecto: si las burocracias requieren “especialización” (cada tarea 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), 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 tiene 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”.

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. La idealización de modelos que, por lejanos, son pocos 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” 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 burocracias y no desarrollen sus tendencia “buropatológicas” que habían degenerado en “buropatías” a las que no interesaba el sistema político.

Los modelos empíricos desarrollaron diferentes vías de superación de su primitivismo, hasta desembocar en modelos tecno-burocráticos, 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 democráticos 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 quieren 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.

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 este 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 pretende 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, 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.

11 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, 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 los profesionales 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 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”.

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 funciones.

El consejo, reducido a ente administrativo y controlado por los tribunales administrativos, políticamente sitiado, fue debilitándose y empobreciéndose, 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.

Este proceso fue interrumpido por la Constitución de la Quinta República francesa, que provocó una nueva concentración de poder en el gobierno. El artículo 64 de la Constitución del 4 de octubre de 1958 comienza declarando enfáticamente que “el presidente es garante de la independencia de la autoridad judicial”, para agregar 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 libertades. En la Constitución de 1958 no se habla de “poder” sino de “autoridad”, el consejo se limita a “asistir” al presidente de la república.

El retroceso es sensible y abierto y 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 práctica. La dependencia del ministerio público respecto del ejecutivo completa el panorama de sometimiento centralizador, que permite afirmar que en Francia no se concibe al poder judicial como independiente.

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, con lo que queda claro que el consejo francés no es más que un ente para acordar nombramientos copulares entre las propias cúpulas de gobierno de un poder independiente, 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.

En Francia hay que hablar de un “cuerpo judicial francés”, con lo cual queda explicitado el carácter corporativo del mismo.

Esto queda aún más claro a partir de la creación de la escuela de la magistratura, que fue obra del ministro que proyectó la Constitución de 1958. Sostenía 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 especificidad.

El descuido financiero hacia la justicia como servicio, la división de los jueces franceses entre los de “grandes procesos”, que trascienden a la opinión y los gestores anónimos de los conflictos cotidianos, poniendo en crisis su identidad por esta vía, que además el ministerio público era cautivo del ejecutivo, no cabe duda de que el modelo francés ha sufrido un deterioro que no es digno de imitación.

No podía tomarse en serio la opinión de De Gaulle 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”. 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.

12 El Consejo italiano.

El consejo superior de la magistratura italiano fue establecido en la Constitución de la República en 1947. Reglamentado once años después, en 1954, comenzó a funcionar efectivamente en 1959.

Es importante destacar que el consejo fue concebido como órgano de gobierno del poder judicial. El art.104 de la Constitución así lo 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 inscriptos en los registros profesionales ni formar parte del Parlamento o de un consejo regional”

La composición mixta del consejo, que la 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 de Estado y la participación de componentes laicos que representan las fuerzas políticas presentes en el Parlamento. Esto persigue el deliberado fin de “evitar” que, con un órgano compuesto sólo de jueces, la magistratura pueda encerrarse en una casta y sufrir de modo decisivo la influencia de impulsos corporativos”.

La participación de Calamandrei en esta parte de la Constitución de 1947 parece haber sido decisiva, siendo notables las dudas que hubo sobre la conveniencia de asignar la presidencia al presidente de la República o al presidente de la Casación criterio este último que prevaleció, como veremos, en España. De cualquier manera hay que recordar que Italia es una República parlamentaria y que el presidente no se considera una figura partidaria.

Es interesante analizar la elección de los magistrados que componen el Consejo. 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 1975 en forma tal 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 cualquiera 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 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 italiano 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 ocupación alemana, en tanto que ahora reconoce una pluralidad de opiniones sumamente democrática.

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, eliminada la elección por categorías, permitió que todas las tendencias se encuentren representadas. Esto le otorgó representación y pluralidad.

La prohibición de integrar el consejo en periodos consecutivos es una sabia decisión, ya que impide la profesionalización de la función de consejero. Evita la formación de una “clase política” dentro de la propia magistratura. Oportuno es traer a colación lo dicho por un especialista italiano “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”

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 contra los terrorismos, contra la criminalidad organizada y, más recientemente, contra la corrupción en la función pública.

13 El Consejo español

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 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 de 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 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 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 1985.

La primera ley orgánica 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.

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. El gobierno quería tener poder de decisión sobre la designación de los nuevos jueces que reemplazarían a los que se jubilaban.

En el curso del debate, la enmienda propuesta por un diputado impulsó que los jueces que integran el consejo ya no fueran designados por sus pares, sino por el Parlamento

Con esta resolución se frenó el avance del ejecutivo, pero tomó poder el Parlamento en la designación de los jueces, ya que los vocales eran nombrados diez a propuesta del Congreso de 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.

Al integrarse el Consejo con el sistema de elección entre jueces, los electos fueron predominantemente jueces de la vieja tradición tecno-burocrática. 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.

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 trató 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 del 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.

14 El sentido de la tendencia democrática moderna.

Las estructuras que hemos mencionados 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 su sentido institucional europeo, “evita el corporativismo judicial e impide que un solo sector jerárquico de la magistratura absorba el poder de controlar los destinos del aparato judicial”

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.

Esta tendencia es lo 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, adoptando la forma democrática para 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 republicas oligárquicas. Las burocracias y los intereses partidistas de los modelos primitivos resistirán cualquier órgano de gobierno autónomo, pero sino 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 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 disciplinario 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 un Consejo siga operando un sistema primitivo, las segundas aspirarán a que se establezca o siga uno burocrático.

c) La mejor realización de la tendencia horizontal 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 corporación 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 las 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 parlamentarios 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 deber 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 las actualizaciones de conocimientos jurídicos no accesibles universalmente (por razones de distancia, costo, etc.) pero en ningún momento deben sustituir la función universitaria.

Guardando estas precauciones fundamentales, necesariamente la tendencia democrática moderna producirá un nuevo perfil del juez que quebrará los anteriores condicionamientos que deterioraban su imagen. 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 deber ser jurídica, es decir, el curso mismo de la vida en que 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 la 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 reconocida, 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 hacerlo partícipe mucho más pleno de la vida social y ciudadana. La independencia judicial entendida absurdamente como separación de la sociedad civil, 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 las 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 algún rasgo humano, 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 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 prejuiciosas, que reiteran y reproducen el modelo. Este círculo se 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 en 1979.

En este punto y sin perjuicio de valoraciones que sobre la actualidad judicial nacional y de la provincia haremos, es justo decir que la tendencia arriba descrita sobre la discriminación por el género, en los últimos años ha sido superada en la justicia de la provincia. Esta discriminación se podía observar en la reticencia a nombrar jueces mujeres en el fuero penal. Los argumentos que se esgrimían no superaban la barrera de una concepción machista que parecía era requisito indispensable para desempeñarse en el fuero penal. Los motivos del cambio pueden ser varios, algunos basados en una sana superación de pensamientos retrógrados, otros por mera especulación demagógica y de amistad, pero la cuestión es que hoy la mujer no tiene impedimentos de ninguna naturaleza para llegar a juez en el fuero penal, en cualquier instancia.

En cuanto a otras discriminaciones, se ha hablado en la Argentina muy frecuentemente de tendencias antisemitas en la magistratura, lo que 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, contrasta el color de la 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.

15 La responsabilidad de los jueces en las estructuras democráticas.

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 de 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.

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 “instrumentar” 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 conservarlo. De aquí se deduce que el juez debe estar sometido a responsabilidad jurídica y no política. El debate al respecto es bastante nutrido.

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 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.

16 Viabilidad de la tendencia democrática contemporánea en los judiciales latinoamericanos

Hemos visto que América Latina se halla anclada en los modelos empíricos, 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 ellos es 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 aún, 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 conocimientos jurídicos 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 sus operadores políticos abrigando 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 se pueden 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 contra poder interno que ayuda a resistir a los otros jueces y a concienciar a las clases políticas.

Como se puede observar, 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. Es obvio que los operadores políticos pretenderán dar

respuestas cosméticas, para que se satisfaga la opinión, pero todo queda igual, mas esto también tiene sus límites.

Además, no es posible ignorar que los programas económicos llevados a cabo en casi todo el continente tienen un altísimo costo social, que sólo se puede superar con una cierta apertura al reconocimiento real de derechos y una amplia radicación e 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 que deben ser garantías jurídicas que sólo puede proveer un poder judicial independiente y estable.

Por otro lado, 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 repuesta combinada desde los órganos de control de la gestión del estado y desde el poder judicial. Sería absurdo pensar que la única repuesta 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 política-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 tradicional 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 formular 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 que ellos, de varios siglos. Esta fue la ideología de las repúblicas oligárquicas del continente, es decir, de las minorías latinoamericanas del siglo pasado y comienzos del presente y es el que se hace resucitar cada vez que se intenta avanzar por el 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 antirrepublicanas, 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 observador no puede dejar de percibir que todas las 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 IV

Estructura Judicial Argentina. Evolución

1 La dinámica histórica del poder judicial argentino.

Es necesario dotar de una perspectiva histórica al análisis del poder 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 mediano plazo.

En lo inmediato no creemos posible una reforma realmente democratizante de nuestro Poder Judicial. Los bríos democratizantes impulsados por el actual gobierno cuando propuso los nombres de los nuevos miembros de la Corte Suprema de Justicia, rompiendo con moldes que siempre escondieron el claro objetivo de control de parte del gobierno de turno, chocan y muestran sus flaquezas con las reformas impuesta en el Consejo de la Magistratura impulsada tozudamente por el mismo Poder Ejecutivo que había aplicado una nueva mitología en la designación de los miembros de la Corte Suprema.

No se trata de ser escépticos o escribir esto en una coyuntura negativa. Esta falta de expectativas surgen de los acuerdos de poder de los partidos hoy mayoritarios. De los mismos surgen propuestas no precisamente democráticas, aunque por su atuendo puedan disfrazarse de otra cosa.

No obstante, esto no detendrá la dinámica del poder judicial, sino que la impulsará y hasta acelerará. 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 poder 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 agroexportadora.

Los constituyentes de 1853 discutieron poco la cuestión judicial, que se redujo al federalismo. Suviría 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 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 de 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 6700 km en 1887 y llegaría rápidamente a 16600 en 1900. 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. Eran un producto de razas inviable, efecto de la mezcla paleolítica con otra medieval, tal lo describe Sarmiento en Conflictos y armonías de las razas en América.

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. Este es el contexto en que se sancionó primero el Código de Comercio, luego el civil, las primeras leyes de organización de la justicia federal 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 al “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 acotar 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 par afianzar la paz y la tranquilidad de la República”

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 delitos de rebelión los empleados públicos nombrados por los jefes de la rebelión y que durante ella presten sus servicios”, 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 subordinadas.

Salvo algunas excepciones como las producidas en San Juan, 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”.

Cabe tener presente que durante este período la Corte asignaba el carácter de fuente de interpretación, especialmente en materia de alcance de 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 excepción. En 1865 se reconoció expresamente a la jurisprudencia norteamericana el carácter de fuente de la delimitación de la competencia federal. 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 máximo tribunal argentino proviene de este período, pues el 5 de agosto de 1865, la Corte Suprema, en la causa “Martinez, Baldomero c/ Otero, Manuel” y en referencia a los poderes de Mitres 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 asentida por los pueblos y en virtud de los graves deberes que la victoria imponía.

3 Poder Judicial. Etapa 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 de cereales. Esto provoca una redistribución de tierras, el litoral se recupera para la producción vacuna y de cereales, la producción lanar se desplaza a zonas más alejadas y se amplía el territorio con la compañía contra el indio. El desplazamiento de ovinos al sur, a expensas de la matanza de indios, permitió el

desarrollo del cereal 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 número 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 reconversión de 1885, que duró hasta 1899, 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 hegemónica empezó a hablar de “extremistas”.

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 hacen 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

malentretrenidos”, que era el servicio militar obligatorio, generalmente en la lucha contra el indio. Esta forma de control se “urbaniza” con las facultades de legislación y juzgamiento de contravenciones en manos de 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 fue víctima el pueblo paraguayo, sino también muchos miles de gauchos, mestizos argentinos y negros 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 1873, que nunca había sido tratado, eligiéndose como modelo de ley de enjuiciamiento criminal el 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 de 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 Saénz 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 de 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

la ley 27. El Poder Ejecutivo desconoció la competencia judicial y la Corte Suprema decidió la cuestión por la competencia militar, 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 este punto conviene resaltar que por estos días, abril del 2007 el Poder Ejecutivo nacional esta enviando un proyecto de reforma del Código de justicia militar, donde se propone básicamente la eliminación de lo que se conoce como “fuero militar”.

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 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 invernaderos, el motor de la 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 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 ese período tan convulsionado, un bastión de sus intereses.

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. Hay que reconocer 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 consciencia clasista y sus integrantes frecuentemente hacían gala de esa tradición, con gran ilustración.

En el campo represivo, rápidamente se sancionó la llamada “ley de residencia” (nro.4144), con el claro objetivo de contener las huelgas. Fue defendida por el constitucionalista Joaquín V. González. Esa 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 Matilla de Corrientes. 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 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 de persecución 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.

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. Por esos tiempos una obra de esas características fue la de C.O. Bunge.

Se acentuó el racismo antiinmigrante y se lo fortalecía al vincularse al anti-anarquismo, siguiendo la tradición de la famosa monografía de Lombroso.

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, declarando su improcedencia para garantizar el derecho de reunión, negándolo a quien quisiese interponerlo desde el extranjero.

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 comenzaba a marcar su declinación como poder y su pérdida del modelo originario de país.

El período se cierra y es un punto de inflexión, con 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 firmada el 10 de setiembre de ese año, pero que parece no haberlo sido de buena gana por parte de sus integrantes. La historia dice que 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. 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 por cualquier delito, establecida por bando militar, 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 proscrito.

5 El Poder Judicial Argentino en el periodo 1931-1955.

Este período abarca una muy considerable transformación socioeconómica. Se abre un gobierno electo en acto fraudulento en 1932 y en cuyo transcurso la crisis provoca que disminuyan el 50% de las importaciones y exportaciones.

Las inversiones se dedican a la 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 invernaderos se agudizan y durante un debate en el Senado, en que se interpelaba al ministro de Hacienda, se intenta asesinar al Dr. Lisandro de la Torre, vocero de los criadores, dando muerte al senador Bordabere, del mismo partido de De la Torre.

Se había firmado el pacto Rocca-Ruciman con Gran Bretaña, por el cual este país se reservaba la distribución del 85% de las cuotas de carne exportables y daba a la Argentina el trato de país del "Commonwealth".

Nuevas elecciones fraudulentas llevan al poder a una fórmula compartida y comienza la guerra. Durante la década se había usado generosamente la "ley de residencia" (no usada en tiempos de su sanción) para contener el 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 ha 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 éste 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 provisional, 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 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.

Producida 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 aparecían 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 sus puesta 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 Diputados. 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 Suprema había reconocido expresamente la facultad de detener en función de la llamada "ley de residencia".

En otros fallos reconoce también expresamente la constitucionalidad de esta ley más en general.

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, al 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 afección, 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 provisional, 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 acelerado, 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 instituciones de los “edictos policiales” y la detención por averiguación, como también el establecimiento del “fuero policial”.

El golpe del 16 de septiembre 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 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 del poder ejecutivo “de facto” de 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 “quórum”. 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 en 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 proscripto el partido mayoritario. En ese lugar se encarcelaron numerosos dirigentes obreros y fueron puestos a disposición de la justicia militar en función del llamado “Plan Conintes (conmoción 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 en un caso producido durante la lucha por la independencia irlandesa; el antecedente norteamericano era de principios de siglo, en plena represión de la clase obrera norteamericana.

Por esos años se cita el caso “Kot” del 5 de septiembre 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 considerando 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 en 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 a 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 al 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 libres, en las que triunfó el partido mayoritario y se le entregó el gobierno en mayo de 1973

La Corte Suprema de este periodo "de facto" reconoció el derecho a residir en el país a un ciudadano nicaragüense a quien se le negaba por comunista, pero porque en 1959, cuando había apoyado la Revolución Cubana, nadie había señalado como comunista a ese gobierno (fallo del 14-08-1977). 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 violencia subversiva y aparecen grupos parapoliciales (Triple A), todo lo cual genera una serie de asesinatos harto insensata. 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 pocos 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 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 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” (que era un culto popular cuyano). Sólo en vísperas de las elecciones se tomaron algunas decisiones judiciales 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 racional, aunque no pareja en su aplicación jurisprudencial. El gobierno constitucional nombró jueces de jure a la mayoría de los jueces “de facto” anteriores.

Algunos fallos de la Corte Suprema abrían camino a una jurisprudencia más realista. En ese sentido es posible recordar la inconstitucionalidad de la pena por desproporción con la jerarquía del bien jurídico afectado (por ejemplo: robo de automotor a mano armada con pena mínima superior al 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 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, legitimante 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. Aquel 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 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, la acción de aquel gobierno produjo un sinceramiento del primitivismo de nuestro sistema judicial empírico, que nunca antes había sido conocido y muchos menos debatido públicamente en esta forma.

CAPITULO V

Perfil del Juez

1 Perfil sociológico del juez a lo largo de la historia judicial argentina. Sus modificaciones.

Lo expuesto hasta el momento sobre la historia judicial argentina, insertada en la historia sociopolítica del país, nos muestra una tendencia en la que se perfilan dos vertientes 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 estos dos poderes, a nuestro juicio, lo señala la acordada del 10 de septiembre 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 que los integrantes de esa misma clase mostraban. 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 del 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 medio de una creciente y amenazadora inestabilidad.

La estructura siempre fue empírica, pero la actitud que asumieron 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 de ese momento en el 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.

La referida institución jurídica que así definía el perfil ideal de los jueces de aquellos tiempos, aportó también como dato anecdótico que afianza lo expuesto, invitando a uno de los integrantes de la Junta Militar, 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 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 las 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 basada en lo técnico, burocrática en medio de un sistema empírico, pudo ser sostenida en tanto el sistema incorporaba algunos elementos del modelo 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 grupo de adentro y un grupo de afuera o, al menos, ensayarlo y sostenerlo para la opinión pública. Lo cierto es que la política judicial del gobierno que precedió al actual, más allá de la reforma constitucional que promovió, incorporando como una de las modificaciones más trascendentes el Consejo de la Magistratura, provocó un cataclismo en esta táctica de supervivencia, pues con brutal sinceridad, los nombramientos inconsultos y gestionados y negociados públicamente provocaron un reconocimiento de la naturaleza empírica y primitiva del modelo que ya no era posible ocultar 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 de anomia por el otro. La anomia no sólo provoca los consabidos efectos, sino que causa el 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.

Conclusiones.

La reforma judicial es hoy tema de debate político. El escenario parece ir tomando formas definitivas, aunque las soluciones esperables aún están lejos. No obstante los 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 retomarlo) parcialmente, no hubo reflexión seria al respecto.

No hay que minimizar la diferencia entre el contexto político argentino actual y el de la posguerra europea. A los operadores políticos europeos de los años 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 par 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 le impida vender el producto como tal.

Los partidos mayoritarios no han hecho mucha cuestión en torno de la “corte constitucional”. Las primeras objeciones que recibió su creación fueron suficientes para descartar su creación. No resistieron mucho los embates. Decidieron continuar con una Corte Suprema de modelo norteamericano, para el cual se han cuidado de conservar la nominación partidista. Nominación que sometida a ese criterio siempre será arbitraria, aunque algún operador político acierte menos o más sobre la idoneidad y fortaleza ética de los postulados. Deberían los operadores del poder de turno evitar acciones como el aumento del número de miembros según sus conveniencias. Aumento que puede ser atenuado – la realidad del presente así lo esta demostrando- con oportunas renunciaciones, enfermedades o muertes o por tentadores ofrecimientos de embajadas y ministerios. El rumbo adoptado por el actual gobierno nacional para

la designación de los miembros de la Corte Suprema en términos generales y con un consenso mayoritario pretende superar la imagen sumamente deteriorada –como nunca antes- y muy vulnerable a la que había sido expuesta, fundamentalmente por el anterior gobierno nacional.

La incorporación del Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional constituyó todo un avance. No haber establecido taxativamente el número de integrantes por cada sector en la propia constitución y haber dejado esto librado a la sanción de una ley posterior que lo reglamentara nos pareció que escondía propósitos contrarios a una verdadera democratización, propósitos éstos que entendemos quedaron evidenciados cuando se promovió la última reforma, reduciendo el número de integrantes de 21 a 13 miembros. Nadie cuestionó que el consejo estuviera formado por legisladores, jueces, abogados y personalidades del ámbito de la justicia. No obstante la objeción sobre la presencia de legisladores, sí tuvo voceros.

El debate público, lamentablemente no masivo, pero si asumido por los principales medios de difusión escritos y orales sobre la última reforma a la integración del Consejo de la Magistratura, puso sobre el tapete el problema que generó no haber colocado los porcentajes de representación de cada una de las categorías, ni la forma de nominación. Las sospechas que muchos abrigamos de que el Consejo se podía transformar en una comisión de amigos del poder de turno, cuando quedó constituido con la nueva forma de 13 miembros, fueron confirmadas. El accionar posterior ya del nuevo consejo, dejó en evidencia que al Poder Ejecutivo le importa quiénes serán los jueces propuestos y eventualmente, como pueden ser destituidos, qué mayoría hace falta para ello. El objetivo de democratización y transparencia quedó en intenciones, primando la cuestión política vinculada al pleno ejercicio del poder y a las necesidades que este genera, haciendo que siempre este primero el fin, antes que los medios. Este método de hacer política con muchos adeptos por estos tiempos esta atado a los resultados fundamentalmente económicos. Si la realidad transmite para los sectores medios y altos bienestar material, acceso al consumo en forma frenética y descontrolada, parecería que las cuestiones no materiales no interesan. En ese contexto de “bonanza” bajar el número de integrantes del Consejo y supuestamente achicar el presupuesto que sostenerlo significa, cayó bien entre aquellos sectores. Hasta allí llegaron con su preocupación por el Consejo. No les interesó como se componía y quienes tendrían la hegemonía

dentro del mismo para proponer y remover jueces. Esta cuestión debemos asumirla quienes estamos involucrados con el judicial. Fue un tema de pocos, fue un tema de operadores de medios debemos bien intencionados, pero que no llegaron al grueso de la población.

En cuanto a la nominación de los jueces, si bien se establece el concurso, éste se reduce a los cargos que no sean supremos (Corte Suprema). Esto significa que los jueces de primera y segunda instancia tendrán un nivel técnico garantizado, no así los supremos. En este punto es objetivamente correcto y justo decir que la metodología propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional para designar los últimos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue netamente superadora de las previsiones constitucionales y al margen de las consideraciones que cada uno de nosotros podamos hacer sobre las motivaciones que tuvo el Presidente para elegir esa forma de proponer a los miembros de la Corte Suprema, no caben dudas sobre la idoneidad y fortaleza técnica de todos los finalmente elegidos.

Fue un saludable gesto político que fortaleció la democracia. Evitó y sentó precedente para no reiterar viejas formas de designación que se hacían sobre la base de negocios, permutas y transacciones donde el cambio de figuritas era lo normal.

El concurso para los jueces de primera y segunda instancia es un avance que impedirá designaciones escandalosas. El desafío que tiene la sociedad argentina por delante y fundamentalmente sus operadores políticos es transparentar todo el camino de las designaciones y hacer desaparecer los nombramientos basados en el “amiguismo”, favoreciendo al más “tonto” o permeable a las influencias, cuestión incorporada impunemente por los operadores políticos y que la sociedad no ha tenido la fuerza suficiente para evitar.

Párrafo aparte merece la cuestión del “nepotismo”. En general en la administración pública y en particular en el Poder Judicial se ha constituido en un verdadero flagelo. Hemos avanzado impunemente en esta conducta, ya sean los operadores políticos como los miembros del propio Poder Judicial. A todas luces existe un acuerdo tácito de no corregir esta perniciosa forma de decidir incorporaciones al Poder Judicial. Si deseamos sinceramente profundizar la

democratización de todas las estructuras del Estado y particularmente el Poder Judicial por lo que implica la tarea de resolver conflictos en una sociedad, debemos sincerar todo y en particular atacar con total franqueza el problema del nepotismo en la justicia.

En poco tiempo el “nepotismo en la justicia” será un tema de debate de la sociedad, cada día con mayor intensidad. No podremos obviarlo y menos aún, esgrimir que no tenemos responsabilidad. Históricamente está demostrado que estas deformaciones en estructuras tan importantes para el sistema democrático como el Poder Judicial terminan estallando y no de la mejor manera. No promover un debate racional, asumiendo la realidad, favorecerá que sectores antidemocráticos, en un momento carente de euforia económica, ataquen al sistema mismo, tomando la cuestión del nepotismo como una de los mayores males de la democracia.

No es una cuestión de salvarse individualmente. Es el conjunto de la sociedad la que debe reaccionar y resolver el problema.

Es esfuerzo de los partidos mayoritarios debe estar dirigida a perfeccionar una propuesta que nos haga avanzar en el camino de la democratización del Poder Judicial, eliminando mecanismos primitivos y regresivos, presentados como progresistas.

A esta altura de la evolución de las ideas, de la influencia mayúscula de la comunicación en nuestra vida diaria, la opinión pública argentina se percatará rápidamente del engaño respecto de la estructura judicial. El resultado de ese engaño serán nuevos y mayores escándalos y más errores por parte de los operadores, producto de su primitivismo y de la menor independencia.

El tema judicial, la necesidad de su independencia volverá recurrentemente, pues se ha instalado en su escenario natural y ya nadie lo podrá desplazar. A pesar de los operadores si éstos no perciben la importancia del problema, la reforma de la estructura judicial argentina en sentido democrático ya es inevitable, sólo es cuestión de tiempos.

Propuestas

a) Los legisladores deben tener representación como representantes del pueblo que son. No deben ser mayoría.

b) No podrán desempeñar funciones en las distintas comisiones legislativas y políticas y al mismo tiempo atender con eficiencia las obligaciones que genera el Consejo de la Magistratura. Todo ello sin contar con que no hay garantía alguna – ni mecanismo previsto que lo asegure- de que haya legisladores cuyos conocimientos y entrenamientos les permita gobernar el poder judicial.

c) Debería ser obligatorio que la representación proveniente de los legisladores, expresión de los partidos políticos y del pueblo, se otorgue a legisladores que sean verdaderos juristas –que en todos los partidos existen- evitando las nominaciones nepotistas o de caudillos de barrio.

d) Debe exigirse que sean catedráticos o ex – catedráticos o equivalentes o abogados con no menos de quince o veinte años de ejercicio profesional. No obstante esta falta de precisión con relación a las “personalidades” no fue invitación al desmadre, por el contrario, se ha respetado lo que originariamente el constituyente quiso expresar cuando incorporó lo de personalidades.

e) Remoción de los jueces. Es importante que dicha cuestión este en el marco del Consejo de la Magistratura. No obstante con la nueva composición del mismo, las sombras de un manejo politizado y partidario de la cuestión aparecen sobre el firmamento. Precisar sobre lo jurídico, eliminar el componente político partidario para analizar la conducta de un juez es la tarea trascendente por delante y la que otorgará cada vez más credibilidad al Consejo de la Magistratura.

INDICECAPITULO IEVOLUCIÓN HISTÓRICA. SISTEMAS
FUNDACIONALES

1 Introducción	7
2 La omisión política	14
3 Los peligros para la estabilidad del sistema democrático	16
4 Argumentos teóricos que ponen en duda las funciones manifiestas del Poder Judicial	18
5 El carácter burocrático del judicial. Las objeciones	22
6 Lo aristocrático del Poder Judicial	23
7 Primera afirmación del control judicial de constitucionalidad	25
8 La dinámica de las funciones	30
9 La dinámica de la formalización de las funciones	31
10 Necesidad de la creación de los tribunales constitucionales europeos	37
11 Efectos de la separación orgánica del control de constitucionalidad	38
12 La cuestión judicial como cuestión política	41
13 Las confusiones que pretenden partir de Montesquieu	43

CAPITULO IIINDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL PODER JUDICIAL

1 La independencia del poder judicial	48
2 La imparcialidad judicial	51
3 Independencia, imparcialidad y politización	54
4 Modelos de Magistraturas	59
4.1 Modelo empírico primitivo	61
4.2 Modelo tecno burocrático	61
4.3 Modelo democrático contemporáneo	62
5 La estructura judicial inglesa	62
6 La estructura judicial norteamericana	65
7 La estructura judicial en los socialismos reales	70
8 La estructura judicial alemana	70
9 Modelos empíricos primitivos. La casuística latinoamericana	72
10 Particularidades del sistema empírico primitivo. Inconvenientes	79
11 Entes calificadores. Consejos de la Magistratura	82
12 Las estructuras judiciales en el constitucionalismo provincial argentino	86

CAPITULO III

MODELOS Y SISTEMAS JUDICIALES

1 El deterioro del perfil judicial en el modelo empírico	91
1.1 deterioro partidizante	93
1.2 deterioro degradante	95
2 Modelos tecno burocráticos. La selección	96
3 La tecno burocracia francesa	103
4 La estructura tecno burocrática alemana hasta la Segunda Guerra	105
5 La burocratización italiana y española	108
6 El deterioro tecno burocrático: el juez "aséptico"	111
7 La falsa imagen del "juez conservador"	116
8 La identidad del juez. Su deterioro.las lesiones	118
9 La superación de la tecno-burocracia por los poderes judiciales democráticos	120
10 Límites reales que tiene la superación de la tecnoburocracia. Sentido de algunas críticas	122
11 El caso francés	124
12 El consejo italiano	127
13 El consejo español	130
14 El sentido de la tendencia democrática moderna	133
15 La responsabilidad de los jueces en las estructuras democráticas	139
16 Viabilidad de la tendencia democrática en los judiciales latinoamericanos	141

CAPITULO IV

ESTRUCTURA JUDICIAL ARGENTINA. EVOLUCIÓN

1 La dinámica histórica del poder judicial argentino	146
2 El poder judicial y la consolidación de la economía primaria agroexportadora ...	147
3 Poder Judicial. Etapa 1880-1900.....	150
4 El poder judicial y la sociedad de la “carne enfriada”.....	153
5 El poder judicial Argentino en el periodo 1931-1955	157
6 El poder judicial desde 1955 hasta la actualidad	160

CAPITULO V

PERFIL DEL JUEZ

1 Perfil sociológico del juez a lo largo de la historia Argentina. Sus modificaciones ..	166
--	-----

CONCLUSIONES 170

PROPUESTAS
..... 174

BIBLIOGRAFIA

a- Bibliografía General

- BIELSA, Rafael, GRAÑA, Eduardo. Justicia y Estado. A propósito del Consejo de Magistratura, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- BIDART CAMPOS, German. Manual de Derecho Constitucional. Buenos Aires, 1968.
- CARNELUTTI, Francisco. Como nace el derecho. Monografías jurídicas, Editorial, Febrero 2004.
- COUTURE, Eduardo, El concepto de fe pública. Editorial FAP, Noviembre 2005.
- DROMÍ, Roberto. El Poder Judicial. Mendoza, 1984.
- IBAÑEZ, Perfecto Andres. Democracia autoritaria y administración de justicia en España, Univ.Int. Menéndes Pelayo, 1983.
- GARRO, Alejandro. Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos y el rol institucional de la Corte, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992.
- PICARDI, Incola. La independencia del judicial, Santo Domingo, 1989,cit. En “Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina.
- VERBITSKY, Horacio. Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control, Buenos Aires, 1993.

- VON IHERING, Rudolf. La lucha por el derecho, Editorial Heliasta, San Pablo-Brasil, Marzo de 1993.

b- Bibliografía Especial

- REQUEJO PAGES, Juan Luis. Jurisdicción e Independencia judicial, Madrid, 1989.
- SAGUES, Néstor Pedro. Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado, Editorial Astrea, Buenos Aires, Setiembre de 1978.
- SAGUES, Néstor Pedro. Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial. L.L.1981.D.-945.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Estructuras judiciales, Ediar.S.A. editora, Buenos Aires, 1994.