

DOCTRINA INTERNACIONAL

DIMENSION POLITICA DE UN PODER JUDICIAL DEMOCRATICO

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI*

Primeira Parte: Condiciones mínimas para el ejercicio democrático de la jurisdicción.

1. Poder judicial democrático. 2. La democracia en peligro. 3. Democracia para aniquilar a la democracia? 4. Del Estado de derecho "legal" vamos hacia el "constitucional" o hacia el "decretal" o de "bandos"? 5. Poder judicial? 6. La independencia judicial. 7. La imparcialidad judicial. 8. El entrenamiento profesional de los jueces. Segunda Parte: *Nuestro atraso institucional.* 9. Modelos de magistratura en el derecho comparado. 10. La selección y promoción de magistrados los modelos empírico-primitivos latinoamericanos. 11. Tendencias deteriorantes en las magistraturas empírico-primitivas. 12. La tendencia al deterioro partidizante. 13. La tendencia al deterioro degradante. 14. La tendencia deteriorante del modelo de magistratura tecno-burocrática. 15. Hacia la superación del modelo tecno-burocrático. 16. El marco histórico del surgimiento de los consejos europeos. 17. Los modelos originarios de consejos de la magistratura. Tercera Parte: *Los pasos hacia la magistratura democrática de derecho.* 18. Las enseñanzas de la comparación: el gobierno judicial. 19. Los consejos "engañosos". 20. Los argumentos "folkloristas". 21. La racionalidad del poder republicano.

Primera Parte: Condiciones mínimas para el ejercicio democrático de la jurisdicción

1. Poder judicial democrático

No habría disenso si se afirmase que no es posible una democracia sin un poder judicial democrático, es decir, sin una estructura institucional que permita el *jus dicere* (ejercicio de la jurisdicción o decisión judicial de conflictos) en forma democrática. Pero las coincidencias terminarían en el mero enunciado, pues ante la pregunta acerca de cómo debiera estructurarse un poder judicial democrático o acerca de cuál es la forma democrática de ejercer la jurisdicción, nos hallaríamos con una enorme disparidad de respuestas y, lo más curioso es que, en realidad, la mayoría de ellas no pasaría del mero nivel intuitivo.

Esto tiene su causa en que la *teoría política de la jurisdicción* en América Latina casi brilha por su ausencia, salvo muy contadas y honrosas excepciones.

América Latina presenta un caos de estructuras judiciales con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherentes y fatales invenciones vernáculas, al ritmo que les marcaron los intereses sectoriales y corporativos que más cerca han estado de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial. El resultado es un panorama poco alentador: nos hallamos con magistraturas análogas a las europeas de

* Conferencia pronunciada en el seminario sobre "Reforma Judicial en el Ecuador: (Guayaquil, 1.º 9.92).

la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas europeas de finales del siglo pasado. La responsabilidad de este atraso institucional, por supuesto que, en primer lugar, incumbe a nuestros políticos, pero es justo reconocer que buena parte de la misma debe cargarse a la cuenta de nuestros doctrinarios.

El tremendo descuido de la teoría política y constitucional del poder judicial nos conduce a una cruel paradoja: la ciencia jurídica latinoamericana profundiza temas de derecho de fondo y procesal a niveles que en ocasiones igualan y superan los de los países centrales, pero se desentiende casi en absoluto de la estructura institucional de poder que tiene por función, precisamente, la aplicación de esos conocimientos. No menos importantes que los estudios jurídicos son las discusiones políticas acerca de las declaraciones de derechos y garantías constitucionales e internacionales y la consagración de los recursos que las protegen (como el *habeas corpus* o el amparo), pero de nada vale todo eso sin un poder judicial que lo realice.

Más aún: las propias constituciones caen en el absurdo al descuidar los capítulos judiciales, pues quiebran la regla de su primacía jurídica — de su carácter de “norma de normas” — cuando en la parte institucional no estructuran adecuadamente un poder judicial independiente, con autoridad y poder para imponerla por sobre cualquier decisión mayoritaria coyuntural parlamentaria o sobre cualquier acto o omisión arbitrarios del poder administrador.

En nuestras universidades es mínimo el tiempo que se dedica a la enseñanza de la normativa del poder judicial y en cuanto a investigación, es muy poco lo que se ha hecho en los aspectos sociológicos y en la teoría política. Investigar sociológicamente a los jueces o analizar su función desde la perspectiva política, con frecuencia se considera poco menos que un desacato.

Además, la función judicial en América Latina no tiene historia. Si bien la historia de nuestros países es rica en períodos y crítica, y hay países que tienen su historia social muy bien estudiada, no se ha investigado la función que ha cumplido la jurisdicción en cada uno de esos momentos. No sabemos cuál ha sido ésta en el “Porfiriato” mexicano, en el período revolucionario de los “generales”, en el de los “licenciados”, etc. Tampoco disponemos de un estudio que nos explique su protagonismo en el Brasil imperial, en la República “Velha”, en el “Estado Novo”, en la dictadura, etc. En el caso de Ecuador no tenemos un análisis de su función bajo García Moreno, con el “Alfarismo”, en el período posterior hasta 1944, bajo el “Velasquismo”, etc. Y es muy difícil tener claridad acerca de la jurisdicción en el momento actual, como acerca de cualquier fenómeno de poder político, si no se conocen los momentos de luz y sombra que lo gestan, porque los fenómenos de poder no “nacen de incubadora”, sino que se gestan históricamente y del mismo modo se explican. La historia no es una colección de hechos pasados, sino una visión de la gestación de los hechos presentes, que nos permite su comprensión.

Creemos que hoy hay bastante acuerdo acerca de que los discursos no deben interpretarse sólo a la luz de lo que dicen, sino también — y a veces fundamentalmente — a la luz de lo que callan, o sea, en su función frente a la realidad, como develación y ocultamiento simultáneos. Desde esta dimensión interpretativa contextual, la escasa referencia latinoamericana a la función jurisdiccional resulta altamente significativa. La teoría latinoamericana teorizó un *deber ser* omitiendo la teorización de la institución que *lo debe hacer*.

En el plano ideológico-político también la reflexión sobre la función jurisdiccional fue omitida. Por lo general, los políticos latinoamericanos del *establishment* (o de los sucesivos

stablishments) han tratado de instrumentar o de utilizar a la función jurisdiccional o, al menos, de lograr que ésta no oponga obstáculos al ejercicio de su poder. Como es lógico, cualquier desarrollo de la teoría política del judicial fue visto por ellos con desconfianza, como una tentativa de limitar su poder, siempre empeñado en cálculos inmediatistas. Pero por el otro lado, los contestatarios, los ideólogos de la izquierda latinoamericana, también han contribuido a ese silencio, porque al agotar su crítica en personas o al afirmar dogmáticamente que la jurisdicción y el derecho en general constituyen una "superestructura ideológica", han despreciado la reflexión sobre el tema.

El caso más demostrativo de la enorme pobreza ideológico-política sobre la jurisdicción lo proporciona el instrumento más importante que se ha producido en los últimos años en la región, como expresión de un fenómeno político altamente positivo y alentador. Nos referimos a los acuerdos de Chapultepec, que pusieron fin a once años de guerra civil en El Salvador. Pues bien: en ese instrumento hay sólo media página referida a la jurisdicción, en términos vagos e imprecisos, que poco o nada proponen.

De este modo, llegamos a la conclusión de que la teoría política de la jurisdicción no se desarrolló, porque nadie tuvo interés en ella: las derechas porque la querían manipular, las izquierdas porque la consideraban inútil y los doctrinarios porque tenían temas que eran más "rentables". Si lo dijésemos en términos económicos, el tema no tuvo mercado en América Latina.

2. La democracia en peligro

No obstante, nadie detiene la historia y, conforme lo afirman los funcionalistas, las cuestiones a decidir pueden pasar de órganos políticos o administrativos a

judiciales y viceversa, según convenga a un sistema en un cierto momento. De este modo, la solución de un conflicto puede transferirse del plano político-administrativo o legislativo, al judicial, pero no creemos que esto suceda siempre porque dentro del "sistema" allí se resuelve mejor — como parecería pretenderlo Luhmann —, sino que con frecuencia se lo transfiere porque se sabe que allí no se lo resuelve.

Nuestros políticos, de todas las ideologías — y allí incluimos a los militares, que por décadas fueron responsables políticos-tratan de manipular, utilizar o despreciar a la jurisdicción, pero al mismo tiempo, con su clásica ductilidad manipuladora, cambian bruscamente el discurso y proclaman su irrestricto respeto a la jurisdicción cuando consideran que es conveniente en esa coyuntura derivarle un problema político o social, que no tiene solución o que la solución que se le podría deparar afectaría a su clientelismo político. Estos problemas derivados son con frecuencia bienvenidos por los mismos jueces, que en su ingenuidad política se consideran protagonistas importantes y creen que de este modo refuerzan su imagen pública. Lo cierto es que, como bien lo percibían los políticos — mucho más hábiles que los jueces en estas lides — los jueces no pueden resolver el problema y, cuando esto se hace manifiesto, los políticos se encargan de denostar a la jurisdicción, destrozar su imagen pública, aprovechar la ocasión para aniquilar cualquier resistencia dentro de ella y someterla aún más a sus designios de momento. El más claro ejemplo de este fenómeno es el reciente caso peruano.

Estos mecanismos no pueden tomarse en consideración como meras escaramuzas anecdóticas o coyunturales, aunque los políticos y aún algunos juristas se queden en semejante superficialidad, sino que es *uno de los caminos más cortos para debilitar y aniquilar a nuestras*

democracias. Ante la falta de una jurisdicción que imponga mínimamente la supremacía constitucional y que opere con cierto grado de eficacia en la decisión y solución de conflictos, cada vez serán menos los obstáculos al ejercicio arbitrario del poder, las mayorías coyunturales y los políticos se burlarán cada día más de los límites constitucionales a su poder, no habrá un acotado espacio de juego democrático, sino una selva de disputas con cualquier medio y a cualquier precio, la demagogia y la irracionalidad triunfarán cada día más sobre la racionalidad y la serenidad, y nuestras débiles democracias serán cada día más dictaduras en envase democrático, hasta acabar despreciando la forma y, lo que es más grave aún, hasta que los mismos pueblos desprecien a las democracias, porque en su experiencia histórica concreta no la perciban más que como una máscara encubridora de la arbitrariedad. Las palabras también se “gastan”, y es muy grave cuando por abuso se gasta la palabra “democracia”.

Por otra parte, una justicia deteriorada resulta inútil en su aspecto de servicio, porque no sirve para resolver los conflictos. El consiguiente desprestigio afecta seriamente las posibilidades de desarrollo económico, porque sin seguridad no hay inversión, salvo que se compense la inseguridad derivada con un margen de renta mayor, lo que favorece al capital pirata y especulativo en detrimento de la inversión productiva y razonable.

Este problema sólo muy mínimamente puede compensarse con mecanismos de tipo arbitral, alternativos a la jurisdicción. Si bien tales mecanismos son prácticos y útiles, no pueden suplir toda la función jurisdiccional, especialmente frente al Estado y, además, convierten a la jurisdicción en el receptáculo inútil de los conflictos que afectan a las clases medias y que no pueden acceder a los mecanismos alternativos.

Creemos que de este modo hemos subrayado suficientemente que el debate sobre la jurisdicción no es periférico de lo político, sino que es nuclear, que forma parte de la centralidad de la problemática política latinoamericana en este momento, como que es vital para sus democracias.

3. Democracia para aniquilar a la democracia?

El escaso desarrollo teórico y un alto grado de confusión que proviene de la misma situación política de la Revolución Francesa, tienen por efecto extraer de ese contexto ciertos argumentos, convirtiéndolos en proverbios que confunden a muchas personas, incluso muy perspicaces en temas difíciles.

Lo que se diga acerca de la magistratura y la Revolución Francesa no es comprensible si no se conoce cómo era la situación borbónica que se proponían revertir. Usualmente se afirma que la jurisdicción estaba sometida al poder real, lo que no es verdad, porque el poder real estaba muy limitado por el poder de los llamados “parlamentos”, que peleaban por su competencia — que era fuente de ingresos — todo lo cual había generado un caos de competencias y jurisdicciones. Se trataba de un ejercicio de poder que competía con el real y lo superaba, dejándolo reducido a las causas de interés político, pero que desorientaba al usuario del servicio. Esta era la situación que la Revolución Francesa quiso revertir, haciendo del juez un funcionario estatal, sometiendo por completo su función al poder del Parlamento y prohibiéndole toda interpretación que no fuese exegética y creando la casación como forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de la ley. La ficción dominante era que la ley “hablaba” por la boca de los jueces.

Es obvio que con el Imperio, no le fue difícil a Napoleón consolidar una magistratura vertical, piramidal, en la que los jueces debían limitarse a consagrar la voluntad imperial. De este modo, la verdad histórica es que lo que suele atribuirse a los Borbones es napoleónico y, paradójicamente, el modelo bonapartista de poder judicial verticalizado y jerarquizado, burocratizado, es el que cundió en Europa en el siglo XIX.

De este contexto se han extraído frases hechas y proverbios que, fuera de marco, no hacen otra cosa que introducir confusión. Entre éstos, uno de los más ridículos es la famosa bandera de la "dictadura de los jueces". Pocas frases son tan absurdas frente a la realidad latinoamericana, donde los jueces tienen tan poco poder, en razón de su escasísima y paupérrima independencia, que es ridículo que se pretenda teñir cualquier tentativa de reivindicación de la independencia judicial con la amenaza de una dictadura. Históricamente, además, no se conoce ningún caso de "dictadura de los jueces".

Por una vía análoga circula el sonsonete del "origen aristocrático de los jueces", aunque parece provenir del contexto británico, donde la observación es más frecuente y relativamente fundada. La resistencia a reconocer la independencia judicial en función del supuesto origen "no democrático" de la magistratura es tan insustancial, que se responde observando que los jueces pueden o no tener origen "aristocrático" o "no democrático", dependiendo eso claramente de cuál sea el sistema que se instrumente para su selección y promoción.

Como producto de esta confusión y de la reiteración de estos y otros proverbios, cobra cuerpo a veces la observación de que la jurisdicción no podría tener a su cargo el control de

constitucionalidad de las leyes, especialmente cuando se trata de un control centralizado que hace perder fuerza a la ley, pues se trataría de una función netamente política.

Aunque la discusión acerca de la naturaleza del control de constitucionalidad pueda ser atendible — pese a que en ocasiones se torna bastante bizantina — esto no autoriza a sostener la innecesariedad o inviabilidad de un mecanismo de control constitucional de las leyes por medio de un cuerpo independiente. Justamente esta posición fue sostenida por Carl Schmitt en los años veinte, afirmando en plena época pre-nazi que el custodio de la constitucionalidad de las leyes no era el *Reichsgericht*, sino que la Constitución de Weimar debía ser custodiada por Hindenburg, el presidente de la República. En este aspecto fue Schmitt el gran contradictor de Kelsen en cuanto a la necesidad de implementar el control constitucional sobre el modelo que hoy es corriente en Europa continental. La posición autoritaria de Schmitt es ampliamente conocida y no requiere demostración. (Últimamente se ha sostenido que después de ser el *Kronjurist* del *Dritte Reich* fue marginado por su falta de ortodoxia, pero esto no pasa de ser el fenómeno usual con cualquier intelectual de cierto nivel de abstracción puesto al servicio de una dictadura, cuyas elaboraciones jamás pueden ser lo necesariamente dúctiles para permitir su constante adecuación a las mutables arbitrariedades del régimen).

La tesis de Schmitt en su versión folklorista latinoamericana se responde, simplemente, observando que a nadie que detente el poder se le puede asignar la función de controlar su propio poder, porque ello implica concederle un poder ilimitado. Una república —y con más razón una república democrática— consiste, en última instancia, en un sistema de controles recíprocos, y la pretensión

de que el control sea "auto-control" es un mesianismo contrario a la condición humana y a la competitividad intrínseca a la naturaleza de la actividad política. Sin control constitucional de las leyes, la constitución alcanza el máximo de flexibilidad, que se identifica con su desaparición material. Esto lo decía en 1803 el famoso Chief Justice Marshall en el no menos famoso y citado "Marbury vs. Madison": "O bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo. Si fuese verdadera la primera parte de la anterior alternativa, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería una ley; si la segunda parte fuese verdadera, entonces las Constituciones escritas serían absurdas tentativas del pueblo por limitar un poder ilimitable por naturaleza".

Si desde Marshall el argumento de Schmitt está respondido, no es admisible la invocación de la democracia para aniquilar a la democracia. Una república democrática requiere de instituciones que preserven su constitución de las decisiones de mayorías coyunturales. No vale aquí la invocación de ejemplos extraños a nosotros como el británico, pero nos vemos obligados a mencionarlo, porque suele invocárselo en medio de esta confusión argumental: la verdad es que, si bien en Inglaterra no existe propiamente una constitución escrita, hay una tradición más firmemente arraigada que un texto escrito y, por ende, más rígida que muchas constituciones que hacen alarde de tales. En nuestros sistemas de constitución escrita e inflexible, si no se dispone de un sistema que garantice su hegemonía con un adecuado control de constitucionalidad de las leyes y de cualquier acto u omisión del poder, la constitución es un simple papel sin importancia.

4. Del Estado de derecho "legal" vamos hacia el "constitucional" o hacia el "decretal" o de "bandos"?

Es alarmante comparar el curso institucional de América Latina con el de Europa. En líneas generales, las últimas décadas nos están mostrando que los países europeos culturalmente más próximos a nosotros van marchando del Estado de derecho "legal" al Estado de derecho "constitucional", quedando relegado el anterior a un modelo de pre-guerra. Las cortes constitucionales, partiendo del modelo de Kelsen para Austria, con mayores o menores retoques, dieron vida a una copiosa jurisprudencia constitucional que impulsa y dinamiza la actividad legislativa. Alemania, Italia, España, Portugal, Austria, etc., se han encaminado decididamente en este sentido, para no mencionar sino algunos ejemplos que no son discutibles.

América Latina, lamentablemente, parece encaminarse en dirección opuesta. Por efecto de las leyes delegadas en los estados de excepción y también por el constante avance de los poderes administradores que, incluso fuera de esos estados de emergencia, tienden a legislar por decreto cuestiones de clara competencia parlamentaria, aunado a la endeblez política de la jurisdicción y a su dependencia y pauperismo, puede afirmarse que en América Latina el estado de derecho "legal" tiende a degradarse en estado de derecho "decretal" o de "bandos", con algunas aisladas excepciones, como Costa Rica. Sea esto dicho con la salvedad de que no estamos muy seguros acerca de si un Estado "decretal" o de "bandos" puede ser muy Estado de "derecho".

5. Poder judicial?

Cabe preguntarse si es correcto hablar hoy de "poder judicial", pues se ha puesto seriamente en cuestión esta de-

nominación y, lo que es peor, se confunde la discusión sobre la denominación con su contenido material y político. En la doctrina francesa — Duguit y Hauriou principalmente — sostuvieron que no se trata de un “poder” y hoy se postula la sustitución del “poder judicial” por el “servicio judicial”.

Preferimos no caer en simplismos ni en disputas innecesarias: que el “judicial” sea un “poder” o que no lo sea, depende de qué se entiende o de cómo se define un “poder”. Por otra parte, aunque se sostenga que se trata de un “servicio” o de una “función” — como pretenden otros —, será un servicio o una función que, por sus particularidades, presupone la *imparcialidad*, porque sin ella, es decir, sin un ente “supra partes”, que decide, no hay *judicialidad*, y la imparcialidad sólo puede instrumentarse mediante la *independencia*, que necesariamente importa un ámbito de *poder público*. No se trata, pues, de una cuestión de palabras, sino de una cuestión material.

Lamentablemente, la cuestión formal o de palabras se tornó material en algunos países de la región y comenzó a hablarse de “función” o de “servicio” y de “división de funciones” en lugar de “división de poderes”, con la intención de someter a los jueces a los poderes políticos y principalmente a los ejecutivos. El fenómeno fue propio de los países en que arraigó más la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, pero superó a la misma y la sobrevivió. Fuera de ese contexto y de esa ideología y de sus secuelas, hablar de “función” y de “servicio” en lugar de “poder” es una cuestión de definiciones previas, pero en el fondo existe y no puede negarse una cuestión de “poder”.

Lo que creemos que es necesario reafirmar sólidamente es que hablando de “poder”, de “función”, de “servicio” o de cualquier otra cosa, esto no puede ser un pretexto ni una racionalización

para limitar la independencia de los jueces, porque debe existir un ámbito de poder que se deriva de una independencia, en razón de que esa independencia es necesaria para imparcialidad y, sin imparcialidad, no hay jueces y, sin ellos, no se concibe ninguna “función” ni ningún “servicio” que pueda llamarse “judicial”. Si la cadena conceptual “poder, independencia, imparcialidad, jueces” se quiebra, la disyuntiva estará entre un poder, función o servicio “judicial” o una rama burocrática de funcionarios parcializados que realizan sumisamente lo que otros poderes les ordenan.

6. La independencia judicial

Lo lamentable también es que la propia “independencia” judicial suele convertirse en una expresión hueca, casi un *slogan* que se asocia inmediatamente a lo “judicial” sin preocuparse mucho por su contenido. En cuanto se procura profundizar el mismo, suele incurrirse en contradicciones derivadas de la complejidad de la idea misma de “independencia judicial”.

No nos detendremos aquí en las múltiples clasificaciones que se han intentado para clarificar el concepto de “independencia judicial”. No obstante, al menos una de ellas resulta inevitable: la que distingue entre independencia “externa” e “interna”. La independencia *externa* es la que garantiza al magistrado su autonomía respecto de poderes ajenos a la propia estructura institucional judicial; la independencia *interna* es la que le garantiza su autonomía respecto del poder de los propios órganos de la institución judicial.

En líneas generales, puede afirmarse que un juez independiente — o quizá un “juez” a secas — no puede ser un empleado del poder ejecutivo o del poder legislativo, pero tampoco puede ser un empleado de la corte o tribunal supremo.

Un poder judicial no es una rama más de la administración y, por ende, no es admisible que sea una corporación jerarquizada en la forma de un ejército. La independencia jurídica del juez — especialmente en América Latina — presupone la independencia del ejecutivo, pero poco se ha observado respecto de la igualmente necesaria independencia del juez respecto de los órganos colegiados del propio poder judicial. No obstante, ambas formas de independencia son necesarias para posibilitar la independencia moral del juez, es decir, para dotar a éste del espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del derecho. La independencia moral no la puede imponer el derecho, porque es personal, pero la debe posibilitar el derecho.

La lesión a la independencia interna suele ser de mayor gravedad que la lesión a la independencia externa, al menos en la práctica. En efecto: el ejecutivo y los políticos suelen tener interés sólo en ciertos conflictos, pero los cuerpos colegiados que imponen una dictadura interna, suelen usar su poder para satisfacer sus rencores personales, sus intereses palaciegos, su egolatría, sus mezquinos intereses y cuestiones que se tornan análogas a las intrigas de cualquier oficina pública.

La independencia interna sólo puede garantizarla una magistratura en la que se reconozca que todos los jueces son en principio iguales y que las únicas diferencias que median entre ellos son las derivadas de sus distintas funciones en razón de las distintas asignaciones de competencia. Esta magistratura "horizontal" se opone frontalmente a las magistraturas verticalizadas, cuyos modelos más perfectos los brindan, originariamente, la magistratura napoleónica y, modernamente, la magistratura fascista.

Creemos que bastan estas consideraciones para demostrar que una magistratura independiente no puede estar

compuesta por personas que dependan del poder ejecutivo (que no merecerían el nombre de jueces, sino de empleados públicos) y tampoco por personas que dependan del órgano supremo del judicial (que tampoco merecerían el nombre de jueces, sino el de amanuenses del órgano supremo).

7. La imparcialidad judicial

El juez requiere independencia — externa e interna — para ser imparcial, es decir, para poder ser un tercero sobre las partes y, por ende, para ser juez. Pero por regla general esta imparcialidad tampoco es bien comprendida, pues suele identificársela con una imagen estereotipada del juez concebido como una persona sin ideas y desvinculada de los problemas de su comunidad, es decir, lo que alguna vez hemos llamado el "juez aséptico" y que algún autor ha satirizado como el "juez eunuco".

Está claro que el juez no puede responder a las órdenes o conveniencias de un partido político, pero esto no significa que el juez no sea un ciudadano, que no tenga un sistema de ideas, una comprensión de la realidad, una concepción del mundo. No sólo no hay juez que no la tenga, sino que no hay hombre que no la tenga, por simple que sea. El "juez eunuco", realmente, es una ficción absurda, una imagen inimaginable, una imposibilidad de hombre, una aberración humana.

Cómo garantizar la imparcialidad por parte de hombres que, como tales, son "parciales"? Es la vieja paradoja de Carnelutti. Y por cierto que en un sistema autoritario esto sería imposible, aunque, como es lógico el sistema autoritario no se preocupa por la imparcialidad de sus jueces; por el contrario, le molesta la imparcialidad y demanda parcialidad. Sin embargo, en una democracia — que es a la que realmente le interesa la imparcialidad — ésta se logra a través del pluralismo

ideológico propio de la misma, es decir, cuando la estructura de la magistratura es tal que permite la disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho.

En la democracia no hay otra forma de imparcialidad que la que resulta del pluralismo y del control recíproco entre los distintos agrupamientos espontáneos dentro de su estructura. Más aún: diríamos que ésta es la única garantía de imparcialidad, por lo cual, sin democracia, no hay imparcialidad y tampoco judicialidad.

El juez ideológicamente "aséptico" no es más que una construcción artificial, un producto de retorta ideológica, un homúnculo que la realidad no admite. Lo que la triste realidad nos ofrece cuando se promueve este estereotipo, son jueces que pretenden ser imparciales cuando en realidad son altamente subjetivos y arbitrarios, porque partiendo de la tesis de que sus criterios son "objetivos", lo que hacen es pretender imponer a todos sus valores subjetivos, o bien, esta promoción engendra jueces que se entrenan para ocultar su ideología o que se acostumbran a sostener puntos de vista incompatibles, según la marcha y el ritmo de los intereses de turno. No son jueces sin ideología, sino jueces que ocultan su ideología o que asumen públicamente cualquier ideología, lo que no sólo es sumamente peligroso, sino también denigrante para la persona y para su derecho humano a la identidad.

8. El entrenamiento profesional de los jueces

Hasta aquí hemos destacado la necesidad de la independencia judicial como presupuesto para su imparcialidad, lo que equivale a su judicialidad. No obstante, hay un presupuesto elemental e indispensable en una magistratura profesional (que es de la que estamos

hablando aquí): su nivel técnico o entrenamiento profesional. Históricamente, como veremos, es un requisito que se cumplimentó antes de perfeccionar su independencia.

La magistratura debe cumplir una función y prestar un servicio, ambos con una importante función política y social, pero básicamente debe hacerlo en forma técnica. El puro título habilitante profesional no puede ser el requisito que califica para cualquier función judicial. Como toda función que requiere un alto grado de profesionalidad, la función judicial debe estructurar-se en forma tal que las personas con más alta calificación técnica tengan acceso a ella. A nadie se le ocurre que cualquier médico sea jefe de cualquier servicio hospitalario ni que practique 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 solución jurídica de sus conflictos.

El concurso público de antecedentes y oposición es el único procedimiento democrático conocido para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiere un alto grado de profesionalidad. Es el único método que garantiza el control público y que si bien no garantiza siempre que accedan los mejores, por lo menos excluye con certeza a los peores.

Por otra parte, es el procedimiento que impulsa la superación de los niveles jurídicos del país: impulsa la emulación, la investigación y la producción jurídica, etc. Nadie investigará ni perderá sus horas y sus años en estudios jurídicos, cuando sabe que eso no sirve para litigar (en razón del bajo nivel técnico de la judicatura) y que tampoco sirve para acceder a la función judicial.

El concurso público de antecedentes y oposición, como procedimiento eminentemente democrático, tiene los mismos defectos de la democracia y puede deformarse y defraudarse como a ésta: hay deformaciones fraudulentas de los concursos, como las hay de la democracia, pero lo importante será evitar los fraudes (nadie pretende suprimir las elecciones populares porque las haya habido fraudulentas) y reducir sus defectos, porque tal igual que aquélla, hasta ahora no conocemos un sistema mejor.

El concurso, como cualquier otro procedimiento democrático, ha sido objeto de críticas falaces. Entre las más corrientes, suele afirmarse que el juez, además de conocimientos jurídicos, requiere "dotes de personalidad y honestidad", que el concurso no garantiza. En principio, y además de que esas dotes no las garantiza hasta hoy ninguno de los métodos de selección arbitrarios que se vienen practicando (y a las pruebas me remito en toda la región), cualquier función pública de origen popular requiere dotes de honestidad y personalidad, comenzando por los presidentes y los legisladores, y, sin embargo, esas dotes no las garantiza la elección popular, sin que por ello se le ocurra a nadie — salvo a los críticos de la democracia, es decir, a los totalitarios — proponer que se renuncie a la elección popular para elegir a los presidentes y a los legisladores. Todo esto sea dicho, sin contar con que una persona puede ser sumamente prudente y honesta, pero no puede ser juez si no sabe derecho.

La deshonestidad es una falta en la conducta funcional de los jueces que debe ser corregida mediante los procedimientos de remoción adecuados, pero nada tiene eso que ver con la garantía que requiere el usuario y la propia democracia, de que el juez tenga un elevado nivel técnico-jurídico. Cualquiera protestaría ante la autoridad escolar que calificase como deficientes los cono-

cimientos de su hijo por faltas de disciplina. La misma lógica debe regir en la selección de los magistrados.

La otra forma de entrenamiento profesional de magistrados es la llamada "escuela de la magistratura". En la medida en que la mencionada "escuela" tenga por función perfeccionar a los jueces que acceden por concurso a la magistratura y en materias que no se impartan en los cursos de grado y de posgrado de las universidades, las creemos necesarias y útiles. Pero si esas "escuelas" pretenden reiterar o suplir lo que ya hacen las universidades o lo que éstas pueden hacer, nos parece que a la postre conduce a un "ghetto" judicial que tiende a entrenar a los jueces en una carrera cerrada que ya hoy no se recomienda ni para los sacerdotes ni para los militares.

El entrenamiento de los jueces debe ser básicamente jurídico y, como es obvio, debe ser provisto fundamentalmente por las universidades, siendo los concursos públicos de antecedentes y oposición abiertos a todos los profesionales en cualquier orden de tribunal en que se produzca la vacante que se quiere cubrir, puesto que la magistratura no puede ser un estamento cerrado o elitizado. Todo ello sin perjuicio de que una "escuela judicial" pueda completar el entrenamiento en materias específicas: organización judicial, reglamentos, manejo administrativo, de personal, de presupuesto, etc.

Suele observarse que el requerimiento de nivel técnico para el ingreso a la magistratura tiene el inconveniente de presuponer un largo y costoso proceso de aprendizaje que sólo pueden pagar las personas de estratos sociales acomodados. En una democracia hay becas y otras formas de estímulo a la superación técnico-jurídica que si bien no neutralizan diferencias sociales que son estructurales, son útiles para acortarlas, permitiendo que personas de menores recursos puedan acceder también a ese entrenamiento.

Segunda Parte: *Nuestro atraso institucional*

9. Modelos de magistratura en el derecho comparado

Si dejamos de lado modelos de magistratura que por su tradición son muy extraños a nosotros y que presentan sus problemas especiales (básicamente el modelo británico y el de elección popular de los jueces), podemos decir que entre los países en cuya tradición jurídica se inscriben los nuestros (sistema continental europeo) es dable distinguir *tres modelos básicos* de magistratura que, a su vez, constituyen también *tres estadios de la evolución política* de la magistratura: a) Magistraturas *empírico-primitivas*; b) Magistraturas *tecno-burocráticas*; y c) Magistraturas *democráticas de derecho*.

a) En las *magistraturas empírico-primitivas* la arbitrariedad selectiva no garantiza ningún nivel técnico mínimo, como no sea el que se desprende del mero título profesional habilitante y de algunos requisitos formales. El resultado de este modelo — que corresponde a un primer estadio o momento de organización política de los países —, cuando se prolonga en el tiempo, es la inseguridad jurídica, la total falta de estímulo al progreso jurídico, el empobrecimiento de la cultura jurídica del país, la inadecuación del país para inversiones responsables y con rentas razonables y, en general, el empobrecimiento del Estado de derecho. El marco jurídico general, en efecto, corresponde a un Estado de derecho “legal” (en el mejor de los casos) contendencia deteriorante.

b) En las *magistraturas tecno-burocráticas* el proceso de selección de los jueces tiene ciertos recaudos que garantizan un nivel técnico mínimo. Esta garantía puede ser *debil* o *fuerte*; es *debil* cuando la ley o la tradición imponen un “escalafón” interno (entre-

namiento predominantemente burocrático) y es fuerte cuando por imperio legal se impone un sistema de concurso público de antecedentes y oposición o bien el egreso de una “escuela” (con los inconvenientes que señalamos para esta última forma de selección).

Su efecto general es impulsar la profundización de la investigación jurídica exegética, con escaso nivel de crítica y de abstracción constructiva. Corresponde en general al modelo de Estado “legal” de derecho (que aún no alcanzaron el nivel de los modernos Estados constitucionales de derecho). No obstante, en el caso de la garantía fuerte del mínimo técnico, revela un considerable grado de consolidación institucional en el país.

La garantía debil tiene la desventaja de privilegiar por regla general el aspecto burocrático en detrimento del técnico y, en caso de responder sólo a pautas legales (no constitucionales) y más aún cuando están impuestas por mera tradición, se halla constantemente sometida al riesgo de un retroceso a la etapa empírico-primitiva.

Cabe señalar que si bien el modelo tecno-burocrático es muy superior al empírico-primitivo, tiene el inconveniente de corresponder a una estructura jerarquizada de la magistratura, de tender a una “carrera” muy militarizada y, por ende, de lesionar la independencia interna del juez (generalmente, si bien la promoción dentro de la “carrera” jerarquizada al estilo militar es por concurso, éstos son controlados por los “superiores”).

c) En las *magistraturas democráticas de derecho*, además del aseguramiento del nivel mínimo técnico-jurídico asegurado mediante garantía fuerte (concurso público de antecedentes y oposición), se satisface mucho más ampliamente la independencia (interna y externa) de los jueces mediante la transferencia del gobierno del Poder Judicial a un órgano

diferente del ejecutivo y del supremo judicial, integrado en forma equilibrada por una mayoría de jueces que representan a todos sus colegas y una minoría de juristas independientes designados por la representación popular.

Se trata de un modelo que quiebra la jerarquización militarizada de la magistratura de modelo bonapartista, la horizontaliza, opera un formidable fortalecimiento de la independencia interna y, al mismo tiempo refuerza la independencia externa, evitando la elitización del judicial y admitiendo la intervención de la representación popular.

Este modelo correspondiente a democracias fuertes y desarrolladas, con Estados constitucionales de derecho que promueven el avance del conocimiento y cultura jurídicos, mediante la integración teórica de los principios constitucionales y generales del derecho.

En líneas generales, puede observarse que el modelo empírico-primitivo fue superado en Europa a fines del siglo pasado (los jueces españoles son designados por oposición desde 1870 y los italianos desde 1890, por ejemplo). En América Latina, el único caso de garantía fuerte de profesionalidad lo hallamos en Brasil. Existen otros modelos tecnoburocráticos — con garantía débil —, pero en general, predomina el modelo empírico-primitivo con algunas tendencias a lo tecnoburocrático. En cuanto a los modelos de magistraturas democráticas de derecho, corresponden a la última posguerra europea y no existe ninguna magistratura latinoamericana que haya alcanzado ese estadio.

10. La selección y promoción de magistrados en los modelos empírico-primitivos latinoamericanos

Hemos visto que la independencia (externa e interna), la imparcialidad y la capacidad técnica son los tres pilares en que se asienta el buen funcionamiento de la jurisdicción.

En el modelo empírico-primitivo, por definición, falta el último, pues la selección de los jueces no responde a ningún procedimiento que lo garantice. Las nominaciones, por ende, son arbitrarias y provienen de fuentes de poder que, por sus características, afectan la independencia externa o la independencia interna o ambas.

a) *Nominación política*: En la región hallamos algunos sistemas de designación política pura, en que las nominaciones pueden provenir del poder ejecutivo, del poder legislativo o de facultades convergentes de ambos poderes.

b) *Co-optación*: Otro procedimiento de nominación, minoritario en la región, es la nominación por el órgano supremo del poder judicial, que también llena sus propias vacantes.

c) *Nominación mixta*: El órgano supremo del judicial es nominado políticamente y los jueces de segunda y primera instancia son nominados por co-optación por el órgano supremo, o bien los de segunda instancia por el supremo y los de primera instancia por los de alzada.

Estas formas de nominación dentro del modelo empírico-primitivo, van acompañadas por variables que es menester tomar en cuenta a la hora de diagnosticar las falencias de cualquier magistratura en concreto, puesto que pueden agudizar o morigerar las características propias del modelo empírico-primitivo o lesionar en mayor o menor medida la independencia judicial. En este sentido es necesario tener en cuenta:

a) Si la nominación es vitalicia o por periodos (inamovilidad relativa) y, en este último caso, si los periodos son más o menos prolongados (en caso de periodos muy cortos puede considerarse cancelada la garantía de inamovilidad).

b) Si la remoción por inconducta es política o si radica en el órgano supremo y, en cualquier caso, de qué garantías está rodeada (la primera afecta la independencia externa, la segunda la interna

y la medida de las afectaciones la proporciona el grado de indefesión del juez, que puede llegar a la cancelación de la garantía de inamovilidad).

c) Si los respectivos órganos políticos o supremos son asistidos por algún órgano técnico (generalmente llamados "consejos", pero que nada tienen que ver con los "consejos", del modelo democrático de derecho) o si se prescinde de cualquier intervención técnica. (Esto permitirá saber si se incorporan algunos elementos del modelo tecnoburocrático o si es un modelo empírico-primitivo más puro).

Esta clasificación nos muestra claramente que en los modelos empírico-primitivo no sólo se afecta el nivel técnico-jurídico por no garantizarse ningún procedimiento selectivo racional que lo preserve, sino que, en concreto, es un modelo que lesiona gravemente la independencia interna y externa de los jueces. Las vareables referidas son simples indicadores del grado de lesión a la misma.

En cuanto al sistema de *nominación política*, tarde o temprano desemboca en la designación de personas que son más adictas o simpáticas a los políticos de turno. Provoca los inevitables y consabidos "agradecimientos" a quienes promovieron la nominación o bien la nominación tiene lugar condicionada por acuerdos previos, cuando no con el especial encargo de resolver favorablemente ciertos casos planteados o inminentes.

En el mejor de los casos provoca la nominación de personas incompetentes o que han tenido la habilidad de disimular su ideología o su personalidad gris (pasar desapercibidos por su mediocridad).

La *nominación por co-optación pura* elitiza al poder judicial, desembocando en la "familia judicial", destruye toda independencia interna de la magistratura, el juez queda sometido a los criterios superiores y la función jurisdiccional

queda en definitiva en manos de una corporación jerarquizada que tiende a hacerse hereditaria. Es posible que tenga cierto nivel técnico superior al de mera nominación política (por auto-conservación de la propia elite), pero no produce jueces independientes ni imparciales, sino que tiende a producir jueces elitistas, clasistas, prejuiciosos, alejados de la comunidad y de sus problemas, refractarios a cualquier innovación progresista. La función jurisdiccional termina congelándose y cualquier creatividad se erradica.

La *nominación mixta* (política y por co-optación) tiene la rara virtud de reunir los inconvenientes — o la mayor parte de los inconvenientes — de ambos sistemas combinados. El poder judicial termina desapareciendo, porque los jueces son meros empleados de las cortes o tribunales supremos, es decir que nos hallamos con un órgano supremo designado conforme a las simpatías e intereses de turno y un conjunto de empleados sumisos o despedidos.

11. Tendencias deteriorantes en las magistraturas empírico-primitivas

Hemos visto que existen *tres modelos básicos o estructurales de magistraturas* (empírico-primitivo; tecnoburocrático; y democrático de derecho), que son también tres estadios en la evolución política de las magistraturas dentro de la tradición jurídica europeo continental. Hemos destacado que la mayoría de las magistraturas latinoamericanas corresponden al modelo empírico-primitivo, estadio que fue superado en Europa continental en el siglo pasado, y que la única magistratura tecnoburocrática con selección fuerte es la brasileña. En estas magistraturas empírico-primitivas de América Latina hemos destacado que la selección no democrática (no realizada por la vía del concurso público del oposición y antecedentes) se lleva a

cabo por vía *política*, por vía de *co-optación* o por *combinación* de ambas y que los caracteres empírico, primitivos se marcan más o menos según que la movilidad y la dependencia sean más o menos acentuadas.

Resulta de este modo que, dentro del modelo empírico-primitivo hay magistraturas que responden a distintas realidades que, a su vez, condicionan en las personas que las integran, diferentes *grados* y *formas* de *deterioro personal*, de *deterioro de la imagen pública* y de *deterioro de la auto-percepción o auto-estima*.

Ahora bien: el modelo *tecno-burocrático* también tiende a generar deterioro en los tres sentidos mencionados, que es el *juez burocratizado*. Como los modelos reales rara vez se dan en sus formas puras y dentro del modelo empírico-primitivo existen grados de profundización de sus caracteres propios, hay algunas magistraturas empírico-primitivas que por atenuación de sus características estructurales provocan cierto grado de burocratización: el deterioro en forma de burocratización tiende a aumentar en la medida en que disminuye la acentuación de los caracteres empírico-primitivos. Por el contrario, en la medida en que los caracteres empírico-primitivos se marcan más, predomina el deterioro en la forma de *partidización directa* o bien en la forma de *degradación*. De allí que:

a) En los modelos empírico-primitivos se combinan en cierta medida tres formas de deterioro de la imagen pública, de la auto-percepción y de la personalidad de los jueces: la partidización directa y la degradación, con cierto grado de burocratización, que si bien es un deterioro propio del modelo *tecno-burocrático* penetra en el modelo empírico-primitivo en la medida en que éste debilita sus caracteres.

b) En los modelos *tecno-burocráticos* tiende a predominar el deterioro en forma de burocratización. En estos

modelos, en la medida en que se debilitan sus caracteres propios y se refuerza la selección fuerte, tienden a aparecer algunos caracteres de jueces democráticos de derecho, aunque no predominen. La selección fuerte y la elevación del nivel técnico da lugar a que varios jueces inquietos rechacen las pautas burocráticas y se custionen su función, aspirando a mayores niveles de integración de los principios generales y de perfección del Estado de derecho.

A estas alturas de nuestra exposición debemos formular una aclaración: una institución es una estructura de poder que se reproduce, es decir, que "cra sus pichones", los entrena y modela sus actitudes e imagen. Se trata de estructuras de poder que, como cualquiera, tienden a internalizarse mediante un sistema de "matricería humana" y, por lo tanto, en el caso del judicial, generan "estilos de jueces". Por supuesto que como el hombre es un ente complejo por excelencia, no siempre la "matricería" tiene éxito. De este modo surgen las excepciones y los héroes, a veces callados y anónimos y otras conocidos y contestatarios. Pero los héroes no abundan en ningún lado y las instituciones no pueden modelarse sobre su imagen, porque perderían sentido los altares y los monumentos. En el grueso de los casos la "matricería" resulta y los disidentes permanecen como excepción o son directamente marginados o expulsados, según sea el grado de poder vertical o de militarización de la institución.

Es cierto que las instituciones hacen los hombres, pero una vez hechas, son éstas las que hacen a los hombres, los modelan y reproducen. Resulta harto ridículo el espectáculo de políticos que se rasgan las vestiduras criticando a los jueces, cuando son ellos los que permiten o sostienen — con tal de nombrar a sus amigos o parientes — estructuras institucionales que condicionan para la incapacidad técnica, para la dependencia

y para la parcialidad, cuando no para la corrupción y la domesticación. No están haciendo más que criticar la obra de su glotonería de poder inmediato.

Es necesario reflexionar esto, para obviar las críticas puramente personales, que, por justificadas que sean, no conducen a nada y menos a impedir la reproducción del fenómeno. Si se pretende resolver el problema, lo que debe hacerse es impulsar la institución en el sentido de su progreso político mundial. No pretendemos que exista una fatalidad, una "matricería perfecta", porque no sería verdad. Pero no es menos cierto que así como la familia patológica tiende a gestar un niño que será un adulto patológico, así como los padres que imparten continuamente órdenes contradictorias a sus hijos tienden a generar esquizofrénicos, así como las familias autoritarias tienden a generar personalidades autoritarias o desquiciadas, las instituciones o los cuerpos con poder tienden a generar personas con características acordes con las pautas que se derivan del poder o de la forma de ejercerlo o evitarlo. Por ello es ridícula la crítica de los políticos a "los jueces que tenemos", como si los jueces proviniesen de Laponia o llegasen en OVNI, como si no fuesen un producto de la sociedad y de su poder, y si los políticos demagogos lo único que pretenden es dominarlos y controlarlos, tenerlos sometidos y obedientes, son los que menos autoridad tienen para quejarse cuando no responden a sus intereses o protagonizan algún escándalo del que el político, por puro clientelismo, pretende alejarse. Si nuestros políticos, en lugar de sus bajos intereses corporativos e inmediatos o de sus poco claros intereses personales o profesionales, asumiesen su responsabilidad de conductores sociales demostrando que no están incapacitados para algo más que pensar en el poder y le ventaja inmediata, los jueces serían diferentes porque las ins-

tituciones los moldearían de modo diferente.

En una sociedad nadie nace por generación espontánea: ni los jueces, ni los policías, ni — por cierto — que tampoco los políticos. Si cada uno de ellos tiende a ser como es, es porque así tiende a moldearlo la institución en que se enrolan, con las excepciones que toda matricería humana reconoce, para bien o para mal, y que son las que impulsan la dinámica.

12. La tendencia al deterioro partidizante

Se trata, como hemos dicho, de una de las formas del deterioro de la imagen pública, de la persona y de la auto-percepción y autoestima, propias del modelo empírico-primitivo de magistratura, caracterizada por el sometimiento directo a los dictados cambiantes del poder político o de grupos de presión política. Su forma más pura se observa en las dictaduras en que, además del servilismo y de la obsecuencia, se demandan expresiones ideológicas de identificación expresa. Fuera del contexto dictatorial estas expresiones suelen tener menor importancia, cobrando primordial sentido el acatamiento a las instrucciones para resolver los conflictos que interesan al poder o a los grupos profesionales vinculados al poder. En general, fuera del contexto dictatorial la partidización directa tiende a combinarse con la degradación.

Cabe acotar que no siempre una dictadura se maneja con una magistratura de modelo empírico-primitivo. En Europa las dictaduras de entre-guerras se encontraron con magistraturas tecnoburocráticas y se manejaron con ellas. La menor docilidad de estas magistraturas de estadio medio de evolución política determina que las dictaduras traten de reforzar el verticalismo, asegurarse el dominio de las cúpulas y

crear tribunales especiales (orden público, seguridad pública, etc.). Algo parcialmente parecido tuvo lugar en Brasil con la dictadura militar.

13. La tendencia al deterioro degradante

Esta forma de deterioro se caracteriza por una notoria caída de las remuneraciones, que coloca a los jueces en situación de límite de necesidad, genera un amplio espacio para la corrupción y, en definitiva, provoca un proceso de selección inverso, porque van sobreviviendo los más corruptos y los más inhábiles para ganarse la vida fuera de la función. La corrupción — en éste como en cualquier otro ámbito — es un claro factor de sometimiento incondicional al poder, o sea, que es funcional al reforzamiento de la dependencia, dado que el corrupto es siempre más vulnerable al poder. Se trata de una estructura que corresponde al deterioro que generalmente se hace padecer a las policías, a las que se les paga mal, instigándolas de este modo a corromperse y, además, corrompiéndose se hacen más vulnerables y son sometidas más férreamente al poder de turno, denunciando o removiendo a quienes son renuentes en el acatamiento servil y diligente de las instrucciones impartidas.

Sin duda que se trata de un modelo que fomenta actitudes personales tan deterioradas que prácticamente hace a los que las sufren irrecuperables para el ejercicio de la función. No es posible en este caso hablar de ideologías, porque simplemente son actitudes que si no caen en la tipificación penal, deambulan por los bordes de la misma. Las variables son múltiples, porque la degradación no conoce límites. Se proyecta la imagen pública deteriorada del juez corrupto, que pasa a integrar un estereotipo popular y, por ende, a devolverse hacia todo el grupo con el consiguiente

abatimiento de quienes resisten al condicionamiento institucional y la constante agresión a sus reparos morales.

14. La tendencia deteriorante del modelo de magistratura tecno-burocrática

En la medida en que una magistratura es menos empírico-primitiva y más tecno-burocrática, disminuyen las otras tendencias deteriorantes y aumenta la tendencia al deterioro por burocratización. El modelo tecno-burocrático garantiza un nivel tecno-jurídico mínimo, pero no garantiza la independencia judicial. La burocratización es, justamente, una reacción defensiva frente a la subordinación o dependencia, sea interna o externa. En el condicionamiento de esa actitud operan varios y dispares factores, como son la jurisprudencia obligatoria formal, el peligro en la estabilidad funcional o movilidad, la promoción o “carrera”, el ataque político, la injuria y la difamación, las sanciones administrativas, las presiones políticas, los “consejos” policiales, etc.

El mecanismo de defensa que llamamos “burocratización” consiste en la asunción de un ritualismo que lleva a cumplir de modo reiterativo, obsesivo y sumiso con las mismas formas, olvidando por completo los contenidos u objetivos de la función.

Las actitudes que estos marcos de poder generan en los jueces frustan cualquier originalidad, anulan su creatividad, carecen de impulsos para perfeccionarse, terminan perdiendo interés en cualquier cosa que pueda sacarlos de la rutina y en definitiva denostándola, el tema salarial asume la centralidad de sus discursos, etc.

Para ahorrarse conflictos y sobrevivir les es necesario ocultar su ideología o hacer alarde de la que no comparten y, en el fondo, cuando han internalizado completamente las actitudes burocrati-

zantes, terminan por no tener más ideología que un sistema de defensa que les permite subsistir dentro del marco institucional en que se hallan insertos. Con el paso del tiempo y el progreso del deterioro personal que estas actitudes condicionan, pueden llegar a los tribunales cupulares y desde ellos orientar el proceso reproductor de las mismas actitudes condicionantes de rol. La imagen pública que proyectan y reproducen es la del juez "aséptico", a que ya nos hemos referido.

Dentro de este marco o modelo de magistratura es posible hallar jueces en los que aún las pautas burocratizantes no se han internalizado completamente, otros que todavía ofrecen ciertas resistencias a las mismas y, por último, los que ya padecen una asunción del rol difícilmente reversible y altamente peligrosa, incluso en términos de salud mental.

La supervivencia de quienes no internalizan completamente la burocratización depende del grado de arbitrariedad para la remoción y ascenso que permita el sistema, aunque siempre son candidatos a la desertión, salvo que el sistema sea tan abierto que posibilite la evolución hacia un modelo democrático de derecho.

Aunque en las estructuras con tendencia burocratizante interesan más las actitudes que las ideologías, siempre existe la tendencia a ocultar las últimas, aunque esto da lugar a fenómenos que merecen mencionarse. Para la estructura burocratizante, por lo general no se considera una manifestación ideológica toda aparición pública que identifique o refuerce la pertenencia del juez al *establishment*, en tanto que lo es cualquier otra aparición pública considerada como "desubicada": reuniones con opositores, vínculos con el sindicalismo, contactos o participación en grupos progresistas, en manifestaciones artísticas criticables por los sectores mojigatos, etc. En

general, el burócrata, cuando debe exteriorizar su ideología porque no le resta alternativa, tiende siempre a harcelo hacia las posiciones más elitistas y reaccionarias o antidemocráticas, no por ideología, sino por las dudas, aunque sin pecar de exageración peligrosa.

Esta actitud de "fascista moderado por las dudas" que asume el burócrata ha dado lugar a que se extienda el estereotipo y se afirme, como una verdadera fatalidad, que "los jueces son conservadores". Esto es totalmente falso en dos sentidos: a. En principio, no puede identificarse una actitud de resistencia a cualquier cambio con "conservadorismo", que suele ser una posición política respetable como cualquier otra. b. En segundo lugar, la resistencia al cambio y el ocultamiento de lo que se piensa — si es que se piensa — bajo el citado "fascismo moderado por las dudas", no es más que el resultado del condicionamiento de la actitud burocratizante, es decir, que es parte del mecanismo de defensa inconsciente que se le hace introyectar dentro de este modelo de magistratura. Toda burocracia es resistente a cualquier cambio progresivo, porque el comportamiento obsesivo y reiterativo sólo la habilita e incluso condiciona los lideratos a la reiteración de lo mismo, lo que se coloca en peligro con cualquier alteración de sus pautas. Jamás puede confundirse esto con una auténtica ideología conservadora.

Cabe acotar que el juez burocratizado sufre una fuerte agresión a su identidad que, en muchos casos, no puede dejar de observarse en el forma de grave neurosis con serias consecuencias orgánicas. Existe en el caso una grave violación del derecho humano a la identidad. La imagen "aséptica" que alguien, como vimos, la ridiculiza como la imagen del "eunuco judicial", también hemos visto que es imposible, que es una aberración humana, pero lo cierto es que resulta estereotipada y le es

devuelta por los mecanismos de interacción social que hoy son bastante conocidos. En definitiva, el mismo interaccionismo simbólico nos explica la tendencia que todos tenemos a asumir los roles que se nos demandan conforme a los estereotipos y a responder positivamente a esas demandas, lo que es altamente peligroso en este y en otros casos, para la propia salud, pues se termina sin poder acallar totalmente la culpa que genera no ser lo que nadie puede ser.

Si bien es cierto que en los modelos tecno-burocráticos con selección fuerte tienden a darse estos perfiles en forma más pura, también es verdad que la fortaleza de la selección y el parejo fortalecimiento de los vínculos verticales internos genera situaciones conflictivas generadoras de reacciones que impulsan a la asunción de actitudes del modelo democrático de derecho. El propio reforzamiento de la "matricería" burocratizante impulsa a la superación del modelo.

No obstante, puede suceder lo contrario, cuando por razones ajenas a la misma magistratura tecno-burocrática, el modelo tiende a deteriorarse hacia el modelo empírico-primitivo, o bien, cuando en un modelo empírico-primitivo con caracteres debilitados, se refuerzan los caracteres empírico-primitivos. En tales casos, no es raro hallar algunas situaciones simbióticas de deterioro burocratizante y de partidización directa, que suelen ser más peligrosas que los productos separados de ambos deterioros. El juez burocratizado que por presión del poder político se ve obligado a identificarse externamente con una ideología sectaria, pierde la seguridad que le brindaba su "asepsia" burocrática y en algunos casos hay quienes procuran compensar esa inseguridad con una verdadera radicalización ideológica sectarista y con muestras externas de obsecuencia, ser-

vilismo y obediencia que perciben como devolución de la seguridad perdida. El producto es francamente lamentable y, en el plano personal, es la más completa agresión a la salud mental de una persona.

15. Hacia la superación del modelo tecno-burocrático

En la última posguerra se afirmó el movimiento constitucional hacia los modelos de magistraturas democráticas de derecho en Europa continental. Los modelos tecno-burocráticos europeos necesitaban ser superados mediante un sistema que, además de la mínima jerarquía técnico-jurídica de la magistratura, garantizase su independencia. La magistratura europea, desde más de medio siglo antes, había alcanzado y consolidado el nivel tecno-burocrático, que correspondía al positivismo legalista en el saber jurídico. Pero ese modelo no había sido suficiente para contener el desborde de poder de las dictaduras de entre-guerras. Se planteaba entonces la necesidad de pasar de un modelo de magistratura con simple nivel técnico legal, a un modelo con nivel técnico constitucional y con un gobierno independiente que garantizase su independencia externa e interna, es decir, de una magistratura capaz de protagonizar la transición del Estado "legal" de derecho al Estado "constitucional" de derecho.

Como órganos de gobierno de las magistraturas democráticas de derecho, comenzaron a perfilarse los llamados "consejos de la magistratura". Como modelos originarios de consejos de la magistratura, podemos mencionar el francés de la Cuarta República y el italiano de la Constitución republicana de 1948. Como veremos luego, no puede confundirse este organismo, que es de gobierno del poder judicial, con otros de igual nombre pero diversa función, o que no renuncian a la jerarquización

militarizada del poder judicial y que son frecuentes en América Latina. La mera sinonimia no puede movernos a confusión.

Para aclarar el importante fenómeno político que significó la aparición de estos órganos de gobierno independiente del poder judicial en los países de Europa continental, nos referiremos a tres modelos concretos, que son el francés, el italiano y el español. Su análisis nos permitirá comprender los avances y retrocesos en este modelo de magistratura. No obstante, antes de llevar a cabo este somero análisis, creemos necesario detenemos un instante en el contexto histórico y en las causas del fenómeno político del surgimiento de los consejos de la magistratura como órganos de gobierno independientes de los poderes judiciales y su coincidencia con la generalización de los controles centralizados de constitucionalidad.

16. El marco histórico del surgimiento de los consejos europeos

Si bien hay antecedentes de los actuales consejos de la magistratura europeos anteriores a la última guerra mundial, especialmente en Italia y en menor medida en España, lo cierto es que éstos se configuran por vez primera en las constituciones de Francia y de Italia de posguerra. Son resultado de experiencias penosas que enseñaron a los políticos europeos la gravedad de los problemas que genera una magistratura no democrática (tecnocrática) a un régimen democrático. Volvemos a recordar que en la mayor parte de América Latina nos enfrentamos con un problema de mayor gravedad, porque ni siquiera hemos alcanzado el nivel tecnocrático.

Los políticos europeos no son ni fueron nunca ángeles que regalasen poder. No obstante, el desastre, el holocausto y los millones de muertos,

les alertaron sobre la actitud suicida que es para una democracia la articulación de una magistratura no democrática. Además, justo es reconocer la dimensión humana que les permitió acordar a hombres de ideologías encontradas y hasta absolutamente incompatibles, los principios para su formulación. Esta capacidad de comprensión, por más que la alienten las circunstancias, requiere una considerable visión política y, acertados o descaminados en sus posiciones personales, creemos que, por esta amplitud que les permitió superar los intereses mezquinos y la tentación de repartirse los poderes judiciales como botín político, deben recordarse los líderes que lo posibilitaron, como Alcide De Gasperi y Palmiro Togliatti, como Suáres y González.

En el caso francés, la Tercera República había conservado la jerarquizada magistratura bonapartista, con todos sus defectos y entrenamiento. Cabe recordar aquí el caso de Magnaud. En realidad, creo que pocos han leído las sentencias de Magnaud, limitándose a repetir que éste era partidario del derecho libre e inexactitudes semejantes. En realidad, leyendo a Magnaud con criterio moderno, nos percatamos de que las sentencias del "buen juez" no tienen nada de derecho libre, sino que están fundadas en derecho y lo único que hacía Magnaud era considerar a las normas constitucionales (republicanas) por sobre las leyes y códigos (bonapartistas y monárquicos). En su tiempo y quizá con escasa técnica, no hacía otra cosa que jurisprudencia constitucional. Hoy tenemos sentencias de cortes constitucionales que son mucho más aventuradas que las del pobre Magnaud, pero el enfrentamiento de esta actitud con la generalizada en la corporación judicial francesa imperial le valió un verdadero escándalo y el desprecio de casi todos sus colegas. Esa misma magistratura corporativa bonapartista no tuvo muy lucida actuación en

el caso "Dreyfus" y, décadas después, no fue del todo brillante su actuación durante la ocupación alemana y bajo el régimen de Vichy.

Si observamos lo que ocurrió en Alemania, veremos que la República de Weimar se quedó con la magistratura imperial. El partido socialdemócrata alemán renunció a su programa de elección popular de los jueces y no supo cómo reemplazarlo, terminando por confundir la independencia judicial con la inamovilidad de los jueces del Kaiser. Esa magistratura de burocratas de las clases acomodadas, igualmente entrenados en la aplicación literal de las leyes, fue considerablemente complaciente con los movimientos radicales de derecha e implacable con los agitadores de izquierda. De este modo, el partido nazi gozó de amplia libertad para minar las bases democráticas de Weimar y, finalmente, con una mayoría relativa, adueñarse del poder y desbaratar las instituciones de la República. El grueso de esa magistratura siguió operando burocráticamente bajo el nazismo hasta el final de la catástrofe y cabe recordar aquí las reflexiones de Radbruch, que los consideraba poco menos que inimputables debido a su entrenamiento.

En Italia, al igual que en los dos países anteriormente mencionados, la magistratura había alcanzado cierto grado de tecnicismo en virtud de su sistema de selección fuerte. Incluso se había ido un poco más lejos que en los otros países, por la vía de un incipiente consejo de la magistratura. Con el advenimiento del fascismo se cortó completamente esta relativa autonomía, procediéndose primero a una depuración de todos los elementos no fascistas y reduciéndola luego a un ejército jerarquizado en once categorías y mal pagado, con jefes que dependían directamente del ministro de justicia. El consejo de la magistratura pasó a ser un simple organismo asesor del ministro de

justicia y la magistratura fascista — es decir, el resto de los burócratas sobrevivientes a la depuración — se refugiaron en la exégesis y en el tecnicismo-jurídico.

Después de estas experiencias, ante la necesidad de reorganizar los estados, los políticos europeos se hallaron en situaciones algo semejantes a las de los políticos latinoamericanos, especialmente cuando esa reorganización se impone después de largas dictaduras. No obstante, no debemos perder de vista las diferencias, entre las cuales cabe mencionar las siguientes:

a. las catástrofes europeas fueron resultado de regímenes internos y de guerras internacionales; las latinoamericanas, si bien se enmarcaron en contextos internacionales, no son percibidas como resultado de esos conflictos;

b. los políticos europeos provienen usualmente de partidos con mayor coherencia ideológica; los latinoamericanos frecuentemente muestran una ideología nebulosa o son producto de acuerdos coyunturales sin programas;

c. las magistraturas de los países europeos habían alcanzado mucho antes el nivel del modelo tecno-burocrático; las latinoamericanas, con la excepción de Brasil y alguna otra de selección débil, se mantienen en el nivel empírico-primitivo más o menos marcado.

Habida cuenta de las citadas diferencias y de otras no menos importantes de marco general, lo cierto fue que en el contexto de las catástrofes a que habían contribuido magistraturas no democráticas se pensó en el perfeccionamiento de la independencia judicial mediante los consejos de la magistratura como órganos de gobierno de las mismas. Tal fue lo que sucedió en Francia y en Italia y, treinta años después en España y Portugal. Este movimiento, insistimos, coincide con la adopción generalizada de las cortes constitucionales de control centralizado, a que ya hemos hecho

referencia. Es menester insistir en esto, porque pone de manifiesto que la idea del moderno Estado constitucional de derecho en la Europa continental, nace apoyada en dos instituciones: las cortes constitucionales y el consejo de la magistratura.

17. Los modelos originarios de consejos de la magistratura

a) La Constitución de la Cuarta República Francesa había establecido un consejo de la magistratura que era un verdadero órgano de gobierno de la misma, pese a algunos defectos. La Constitución de 1958, por su parte, retrocedió organizando un Consejo Superior de la Magistratura que se reduce a un órgano de asistencia dentro del gobierno, pero que no ejerce el gobierno del poder judicial. En este sentido, la independencia judicial se mantiene hasta hoy a nivel relativamente bajo.

El Consejo Superior de la Magistratura francés, creado en 1958, está presidido por el presidente de la República, el ministro de justicia es su vicepresidente y lo integran nueve miembros elegidos por el presidente de la República, entre los cuales seis deben ser magistrados de una lista que propone el órgano supremo judicial — casación — en tanto que los tres restantes son dos extraños a la magistratura y uno entre los consejeros de Estado. Su función es la de expresar su parecer acerca de los candidatos a jueces propuestos por el ministro de justicia, aunque tiene derecho de veto en las candidaturas a magistrados de casación. En una composición especial, en que lo preside el presidente de la casación, impone sanciones administrativas a los magistrados.

Como es dable observar, no se trata de un órgano de gobierno del poder judicial, y, sin duda, inspira a todos los organismos con análoga denominación

que en Latinoamérica se limitan a ser organismos auxiliares. Su composición parece dominada por la corte de casación o tribunal supremo y su función parece ser la de combinar la co-optación con la nominación política, o bien a atenuar la nominación política con elementos co-optativos, pero teniendo en cuenta la previa selección fuerte que de cualquier manera impone un mínimo de tecnicismo jurídico.

b) El Consejo Superior italiano está compuesto por el presidente de la República, el primer presidente y el procurador de la casación y por otros treinta consejeros, diez de ellos electos por el parlamento en sesión común de las cámaras y veinte electos por todos los magistrados, en elección por listas y sistema de cociente electoral. Cabe observar que aquí los magistrados que integran el consejo no son producto de una elección del órgano supremo del poder judicial, puesto que no se reconocen jerarquías internas en la magistratura, sino electos por todos los jueces, cada uno de los cuales, sea del tribunal y de la instancia que fuere, tiene un voto. Esto provoca los agrupamientos de jueces y su identificación ideológica general; nadie puede ser "aséptico" en este sistema.

El consejo italiano tiene claras funciones administrativas y, dado que ejerce el gobierno y la representación de toda la magistratura, ha tendido siempre a ampliar sus poderes, lo que le ha generado frecuentes conflictos con el gobierno y con el presidente. Es sin duda el órgano de gobierno independiente más poderoso conocido en el derecho comparado. Su efecto ha sido un extraordinario impulso a la legislación y a la jurisprudencia.

c) El Consejo General del Poder Judicial español fue creado por la Constitución de 1978 y está presidido por el presidente del Tribunal Supremo

e integrado por veinte consejeros, ocho de los cuales los elige el parlamento entre reconocidos juristas y los restantes doce son magistrados. Según la ley orgánica de 1980, éstos últimos eran elegidos como en Italia, pero conforme a la ley orgánica de 1985 pasaron a ser elegidos también por el parlamento, con lo que el consejo perdió una buena parte de su poder y cesaron los conflictos que, análogamente a Italia, comenzaban a producirse en España. Sus funciones son análogas a las del consejo italiano y, pese a la grave alteración en su composición que importa la ley de 1985, lo cierto es que continúa siendo un órgano de gobierno del poder judicial bastante independiente. Es dable suponer que el retroceso de 1985 será pasajero, según los esfuerzos que en el plano político sea capaz de realizar la magistratura española.

Estos tres ejemplos nos bastan para reflexionar sobre las dificultades que conlleva la instalación de un órgano independiente de gobierno del poder judicial. El ejemplo francés, con el notable retroceso que implica la Constitución de 1958, deja al consejo reducido a un órgano bastante auxiliar que en poco altera la situación anterior, y, en definitiva, no nos sirve como modelo para resolver nuestros problemas. Tengamos en cuenta que, tal como lo hemos observado, en nuestros países, salvo Brasil y algún otro en menor medida, no nos basta superar modelos tecno-burocráticos de magistratura, sino que ni siquiera hemos alcanzado ese nivel, dado que nos movemos en el nivel empírico-primitivo, con jueces elegidos arbitrariamente por los cambiantes gustos del poder de turno o del "superior" en el seno de una corporación mutable o de una "familia" enquistada. El ejemplo francés en América Latina ha contribuido a confundir las ideas y a pretender que se había optado por un "consejo" como sistema, cuando en

realidad no se trata más que de un control corporativo atenuado de las nominaciones que realiza el ministro de justicia.

Por otra parte — y pese al retroceso español de 1985 — podemos hablar de un modelo "italo-español", en el que tenemos verdaderos órganos de gobierno del poder judicial. A juzgar por los resultados que pueden observarse, especialmente en el país con más larga práctica, el modelo ha funcionado con gran efectividad. Podemos señalar los siguientes aspectos que creemos dignos de ser valorados:

a) La magistratura italiana se ha enfrentado al terrorismo y lo ha desbaratado.

b) La magistratura italiana ha denunciado y desbaratado organizaciones que pusieron en peligro la estabilidad democrática del Estado y que estaban enquistadas en los mismos cuerpos de seguridad del Estado.

c) Los políticos italianos tienen grandes y frecuentes conflictos con ella, porque sienten el peso de su poder controlador.

d) La magistratura italiana es pluralista; existen organizaciones de magistrados demócrata-cristianos, socialistas e izquierdistas que disputan en su seno y se controlan y denuncian recíprocamente, lo que posibilita un amplio control público de su actividad.

e) La magistratura italiana se ha enfrentado y continúa haciéndolo, contra la mafia y la criminalidad organizada en general, a costa de la vida de sus propios jueces.

f) El nivel tecno-jurídico de la magistratura italiana es altísimo, sus sentencias son de alta calidad, su control de constitucionalidad es fino y complejo, al menos en comparación con lo que usualmente conocemos en América Latina, a excepción de la jurisprudencia constitucional de los últimos años en Costa Rica, algunas sentencias de los

tribunales supremos del Brasil, de Colombia y unos pocos ejemplos más.

g) En la magistratura italiana, al erradicarse la "asepsia", se ha impulsado la jurisprudencia y la crítica a la jurisprudencia y a la ley, promoviendo un importantísimo movimiento de retroalimentación entre jueces y doctores, con un notable impulso al nivel jurídico general del país.

h) La integración del consejo por mayoría de jueces electos por todos los jueces del país, reduce o anula la dependencia interna y hace realidad el precepto con el que la Constitución de la República Italiana de 1948 reaccionó frente a la jerarquización corporativa de la magistratura fascista: "los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones" (artículo 107, inc. 4°).

En síntesis:

1. En el siglo pasado Europa abandonó el estadio de la magistratura empírico-primitiva, pasando a la etapa tecnoburocrática, con lo cual superó el nivel paupérrimo de las magistraturas que son resumideros de todos los demandantes de "premios consuelo" en lo político o bien, de la elitista "familia judicial".

2. Europa supo reconocer en la posguerra el peligro que implica la magistratura no democrática y las fallas en el control de constitucionalidad.

3. Conforme a ello produjo dos instituciones: las cortes de constitucionalidad — separadas de las de casación o "supremos" — y los consejos de la magistratura como órganos de gobierno de los poderes judiciales.

4. Entre estos últimos, en tanto que el francés fue casi decapitado por la Constitución de 1958, el español de 1980 fue limitado al modificarse la forma de elección de los magistrados que lo componen y, el que más lejanamente llegó en su autonomía fue el italiano, con gran beneficio para el progreso institucional y jurídico del país.

Tercera Parte: Los pasos hacia la magistratura democrática de derecho

18. Las enseñanzas de la comparación: el gobierno judicial

La comparación que hemos realizado nos muestra que, en general, en la región estamos en la etapa que Europa continental superó hace un siglo o más. No es fácil en medio del aquelarre ideológico que criticamos, de la confusión en que suelen caer los mismos teóricos, de los intereses corporativos y de la miopía y glotonería de nuestros políticos, comenzar a superar la situación, especialmente cuando ni siquiera llegamos a una etapa tecno-burocrática.

En principio, debemos replantar seriamente el problema del gobierno del poder judicial: ¿quién debe gobernar en una magistratura independiente?

La idea bonapartista de la magistratura jerarquizada, militarizada, que se prolonga hasta el fascismo y que sufre el primer revés importante en la reacción antifascista que se concreta en la Constitución de la República Italiana, se nos ha metido muy dentro. Nos cuesta percibir que una magistratura independiente lo es, tanto de los poderes externos como de las dictaduras o autoritarismos internos. Nuestros tribunales o cortes supremos, conforme a la inveterada costumbre de defender espacios de poder como feudos, retienen o pretenden monopolizar el gobierno judicial. Esto redundará en perjuicio de nuestras magistraturas en dos sentidos: a) Por un lado, lesiona frontalmente — como lo hemos reiterado — la independencia interna de los jueces. b) Por otro lado, nuestros tribunales supremos cumplen muy defectuosamente sus funciones propias, como el control de constitucionalidad o la unificación de jurisprudencia, por la vocación llamativa pero entrañable que tienen hacia el ejercicio del poder interno. Tienden a considerar a los jueces como sus subordinados, no

sólo en el plano administrativo, sino en el jurisprudencial, injurian y ridiculizan a los jueces que se apartan de su criterio, usan su poder o su peso político para presionarlos y para obstaculizarlos los "ascensos". En general, subordinan sus funciones judiciales a las administrativas y pierden la mayor parte del tiempo en estas cuestiones, por no decir en estas intrigas, pues frecuentemente derivan en ello.

Un juez constitucional debe ser un juez constitucional, un juez de casación debe ser un juez de casación, y ninguno de ambos debe perder su tiempo en comprar bombillos de luz o en reparar ascensores, en administrar una fábrica de muebles o un depósito o una empresa constructora. El pueblo les paga para que juzguen y quiere un buen servicio de justicia.

Debe quedarnos claro que la confusión entre las funciones de control de constitucionalidad y de casación con las de administración y gobierno judiciales, tiene el doble efecto de lesionar la independencia interna de los jueces y de perjudicar seriamente las funciones de más alta calidad técnica e importancia política a cargo de los poderes judiciales.

Sólo el convencimiento de que los jueces son jueces y no hay entre ellos otra jerarquía que la derivada da la condición de juez, puede aclararnos esta confusión. No puede haber "superior" ni "inferior" entre los que "dicen el derecho". Un juez de alzada no es "superior" del de primera instancia, sino que simplemente cumple una función diferente, tiene una competencia diferente, y nada más. Ordenamientos judiciales incuestionablemente democráticos, como el italiano y el español, nos enseñan hoy esta premisa, que es el modelo exactamente contrario al de una corporación jerarquizada. Dentro de la función jurisdiccional, el juez no puede ser empleado ni dependiente de nadie: desde el juez de paz hasta el juez constitucional, todos son jueces y tienen

la misma jerarquía "judicial", con diferentes competencias.

Nos permitimos observar que es falso desde el punto de vista del servicio, que los tribunales superiores deban tener mayor jerarquía por la "importancia" de sus funciones. El usuario puede verse más perjudicado por las decisiones de un juez de primera instancia que por las de un tribunal colegiado. Si pensamos, por ejemplo, en las facultades de nuestros jueces de instrucción, veremos que una resolución del mismo puede ser corregida por un tribunal de alzada o incluso por uno supremo, pero el daño será irreparable, porque la corrección llegará cuando ya se ha materializado, cuando el delincuente o las pruebas han desaparecido o cuando la persona ha estado indebidamente privada de libertad un tiempo considerable. Esto basta para probar que no se trata de una jerarquización por la "importancia" de las funciones, sino simplemente porque "gobiernan", lo que por otra parte favorece también la dependencia externa, dado que a los poderes políticos les es mucho más sencillo controlar un pequeño grupo constitutivo del órgano supremo que controlar a la totalidad de la magistratura. De este modo, los gobiernos en los supremos no sólo afectan la independencia interna, sino que mediatamente favorecen la dependencia externa.

Para materializar esta idea, la primera premisa es que el gobierno judicial debe estar a cargo de un organismo judicial diferente de los órganos supremos o de últimas o extraordinarias instancias. Este organismo, como es natural, debe estar prioritariamente compuesto por jueces, pero aquí es donde debe imperar el criterio democrático: si la magistratura no es un ejército, cada juez debe tener un voto para elegir su representante al consejo y el sistema más democrático es el de lista completa y cociente electoral y otro que garantice la representación proporcional de los diferentes grupos de

magistrados. De este modo los jueces se asociarán de acuerdo con sus percepciones de la realidad o sus comprensiones del mundo y estarán representados proporcionalmente mediante comicios en los que voten todos los jueces del país.

Y las "camarillas"? No habrá jueces que se enquisten y se dediquen exclusivamente a ser "consejeros"? La solución es simple y está consagrada en los sistemas comparados: se prohíbe la reelección de los consejeros jueces, salvo que haya uno o dos periodos intermedios, lo que fuerza a la rotación.

Y la representación popular? Los diputados, como representantes del pueblo no tienen nada que hacer en el gobierno judicial? La respuesta negativa no sería correcta. Lo correcto sería pensar que el órgano de gobierno judicial debe componerse de jueces en forma mayoritaria, pero en su seno deben oírse las voces de las diferentes corrientes políticas por las que vota el pueblo. De allí que sea importante que una minoría del consejo se integre con juristas extraños a la jurisdicción. Esto es lo que hacen los consejos europeos, donde una minoría (tercera parte) se compone de destacados juristas nombrados por el Parlamento en proporción a las respectivas representaciones parlamentarias. De este modo, los partidos con representación parlamentaria tienen sus representantes en el órgano de gobierno de la magistratura, pero en proporción razonable y por medio de técnicos que comparten su filiación política.

Este órgano de gobierno equilibrado, debería tener a su cargo las siguientes funciones:

a) Las generales de administración y superintendencia que hoy, por lo general, tienen los tribunales o cortes supremos.

b) Las funciones disciplinarias que no impliquen remoción ni suspensión de magistrados.

c) Las necesarias para elaborar y ejecutar su propio presupuesto (autarquía financiera) conforme a un porcentaje

razonable del presupuesto nacional que se le asigne anualmente.

d) Las de convocar a los concursos para proveer las vacantes. Las leyes deberán regular la materia en forma que garantice que los jurados de los concursos públicos de antecedentes y oposición estén integrados por los mejores especialistas y catedráticos del país en la materia de que se trate.

e) La de desestimar "in limine" las denuncias infundadas contra magistrados, como también la de sancionar a los denunciantes irresponsables.

f) La de convocar al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados en caso de denuncias fundadas que puedan dar lugar a remoción o suspensión. El Jurado debería estar cuidadosa y detalladamente reglamentado por ley y su integración consagrada constitucionalmente, garantizando que sea pluralista y amplia (jueces con diferentes competencias, juristas independientes, parlamentarios, jueces y magistrados retirados, etc.), como también con amplia garantía de prueba y defensa.

La *inamovilidad* de los magistrados implica varias condiciones que deben ser garantizadas y preservadas de la autoridad del gobierno judicial:

a) Los jueces no pueden ser trasladados sin su consentimiento.

b) No se deben permitir alteraciones a su competencia ni distribuciones arbitrarias de causas, salvo por reformas legales generales.

c) No se debe permitir la disminución de su remuneración, ni nominalmente ni por privación de aumentos compensatorios en caso de inflación monetaria.

d) Los jueces deben ser vitalicios o nombrados por periodos suficientemente prolongados, con alguna garantía previsional para el supuesto de no ser reconfirmados al término del mismo. De este modo quedaría neutralizada una de las más frecuentes y razonables fuentes de dependencia, provocada por la angustia ante la proximidad del mandato.

19. Los consejos “engañosos”

Es necesario tener en cuenta que, con frecuencia, se disfraza una designación política, una co-optación o un sistema mixto de designación, con el nombre de “consejo de la magistratura”, lo que es bien común en América Latina. Debe quedar claro que los consejos a que nos referimos aquí, como característicos de las magistraturas de modelo democrático de derecho, son:

1. órganos independientes de gobierno del poder judicial;

2. presuponen que el acceso a la función judicial y la promoción se realizan por concurso público de antecedentes y oposición;

3. no están dominados ni integrados en representación de los cuerpos políticos (serían formas encubiertas de nominación política);

4. no están dominados ni integrados en representación de los órganos supremos judiciales (serían formas encubiertas de nominación por co-optación);

5. no se reparten el dominio entre cuerpos políticos y órganos judiciales supremos (serían formas encubiertas de nominación mixta);

6. no admiten representación jerarquizada de órganos judiciales supremos (serían un regreso al modelo tecno-burocrático).

En síntesis: es necesario que quede claro que el bautismo de cualquier cuerpo orgánico como “consejo”, sea para encubrir o para facilitar las formas de gobierno o de nominación propias de los modelos empírico-primitivos o tecno-burocráticos, no es más que la simulación o apariencia de un modelo democrático de derecho.

20. Los argumentos “folkloristas”

No ignoramos que cualquier reforma progresista en las estructuras judiciales de la región implica un cambio de

poder, una democratización del mismo, que generará las resistencias propias de cualquier reforma de este género. Lo importante, a nuestro juicio, no son las resistencias — que las descontamos — sino la confusión que pueden sembrar los argumentos falaces. Nos hemos hecho cargo de algunos y para redondear nuestro pensamiento sintetizamos lo medular de nuestra tesis del siguiente modo:

1. Existen tres modelos estructurales de magistratura que corresponden a tres estadios de su evolución política a escala mundial dentro de los países de tradición jurídica continental europea.

2. La mayoría de las magistraturas latinoamericanas se halla en el estadio empírico-primitivo, que es el más atrasado y que Europa superó en el siglo pasado.

3. Ese estadio no se superará hasta que no se introduzca la selección y promoción por medio de concurso público de antecedentes y oposición (sistema de selección técnica fuerte).

4. La selección técnica fuerte garantizará un modelo tecno-burocrático de magistratura que no debe confundirse con el estadio más avanzado, que es el de la magistratura democrática de derecho de la posguerra europea, que sólo se alcanza cuando la selección técnica fuerte va acompañada por un gobierno independiente mediante un organismo representativo de la magistratura y de la opinión jurídico-política, adecuadamente equilibrado y reglamentado.

Esta perspectiva quizá sea criticable por ser demasiado lineal y requerida de alguna matización, que no tenemos tiempo para desarrollar aquí, pero lo que nos resulta penoso es que se pretenda negarla frontalmente con argumentos “folkloristas”. En tanto que por “folklorico” entendemos algo sumamente respetable, por “folklorista” entendemos una caricatura del folklore y bajo este acápite caricaturesco colocamos ese

género de argumentos con que, en toda ocasión y materia, se pretenden rechazar las reformas que impulsan a la democracia y que, en nuestro caso, serían los siguientes:

a) que nuestros países "no están preparados";

b) que no tenemos juristas;

c) que se trata de instituciones foráneas que se oponen a nuestras "tradiciones nacionales".

a) Nunca se define en estas ocasiones al "país preparado" para algo. Se trata de una frase hecha que oculta los mayores autoritarismos. Si de "preparación" se trata, las largas guerras civiles que cundieron por todos nuestros países después de la Independencia, no harían más que probar que no estábamos "preparados" para ella.

En consecuencia, los que sostienen esta posición, si fuesen coherentes, hubiesen sido realistas y combatido a Bolívar, Sucre, San Martín, etc.

Por otra parte, con demasiada frecuencia hemos oído que nuestros países "no están preparados para la democracia", y omitimos calificar a quienes así se expresaron por obvias razones de estilo académico. Nadie está "preparado" para la democracia ni para las reformas democráticas: la "preparación" resulta de la propia dinámica de la reforma. No lo estaba la Italia de posguerra, saliendo del fascismo y derrotada en una guerra; no lo estaba la Francia que salía de la ocupación y de Vichy; no lo estaba la España que salía del franquismo ni el Portugal que salía del salazarismo. Y ello es lógico, porque no se puede poner el carro delante de los bueyes.

b) Si en alguno de nuestros países el nivel jurídico no es muy elevado, no creemos que pueda lograrse la elevación del mismo con una magistratura empírico-primitiva en que para ingresar y promocionarse o para litigar frente a

ella, sea título suficiente el compadrazgo con el político o el juez supremo de turno.

El nivel técnico y de independencia de una magistratura marcará el paso del nivel jurídico de un país y no puede aspirarse a un nivel jurídico alto con magistraturas deterioradas, empíricas y dependientes. Volvemos a colocar el carro delante de los bueyes.

c) El tercer argumento es en cierto sentido el más curioso, pero, al mismo tiempo, el que nos resulta más irritante — es menester confesarlo — porque mezcla las nacionalidades y nuestras culturas con lo antidemocrático, con lo degradado y en ocasiones con lo corrupto. Cuáles son nuestras tradiciones? Los jueces deteriorados y las magistraturas dependientes? Las designaciones arbitrarias de los amigos? Acaso la corrupción es nuestra tradición? Y en cuanto a que las instituciones del modelo democrático de derecho son foráneas: Acaso nosotros inventamos las repúblicas? No son "foráneas" las instituciones en que se inspiraron todos nuestros constituyentes? Somos los autores de la Carta de Virginia o de la Declaración de 1789? Nuestras constituciones no adoptan acaso instituciones europeas o norte americanas? Hemos inventado el unitarismo y el federalismo?

Creemos que el argumento no resiste el menor análisis racional, pero lo grave es que su falacia ensucia las mejores tradiciones de nuestros pueblos, con la pretensión de que instituciones deterioradas y antidemocráticas enraizan con nuestras culturas. Por ello, no sólo se trata de argumentos autoritarios insostenibles e irracionales, sino que son argumentos altamente ofensivos para nuestras culturas, para los ideales por los que siempre han luchado nuestros pueblos y para los hombres que en todos los tiempos han procurado mejorar nuestros niveles jurídicos.

21. La racionalidad del derecho y del poder republicano

Podemos tomar el mejor código y elegir el más perfecto artículo, el más finamente elaborado por el equipo más técnico formado por los más altos maestros de la respectiva rama jurídica e ilustrados por los más atentos lingüistas. Ese texto será interpretado y discutido en el marco de una dogmática integradora de datos de la realidad y de las normas constitucionales e internacionales y de los principios generales que entroncan con las grandes corrientes del pensamiento, siempre que lo haga una magistratura democrática de derecho; el mismo artículo será interpretado y discutido a nivel meramente exegético o literal, o bien dentro de una dogmática que no supere el nivel puramente legal, si lo hace una magistratura tecno-burocrática; pero exactamente el mismo artículo podrá ser interpretado en cualquier forma, en ninguna o simplemente usado del modo más arbitrario, si le incumbe su aplicación a una magistratura empírico-primitiva. Elegir un modelo de magis-

tratura implica, pues, elegir entre la aribitrariedad, la exégesis o la dogmática, es decir, elegir un modelo de derecho o saber jurídico.

Como vemos, en esto se juega la mayor o menor dosis de racionalidad en la solución o decisión de los conflictos jurídicamente institucionalizados. Con la cuota de racionalidad se juega la cuota de republicanismo. La República es un ideal que procura racionalizar el poder; la democracia es otro ideal que procura agotar en el pueblo la única fuente de poder terreno. Estos ideales se van concretando históricamente en diferentes grados y medidas. La jurisdicción debe avanzar a ese ritmo, acompañado la materialización de esos ideales, pues no habrá progreso republicano y democrático sino a través de una jurisdicción que lo garantice con su estructura funcional. El efectivo control de constitucionalidad y el gobierno autónomo del poder judicial son los pilares en que se han asentado las democracias avanzadas que surgieron en la última posguerra, sobre las ruinas dejadas por los descaminos anteriores.