

El Gobierno del Poder Judicial

I

La Importancia del análisis político y sociológico de la estructura y funcionamiento del Poder Judicial .

El conocido fenómeno de la mediatización, entendido como la creciente importancia de la información y su difusión globalizada a través de los medios concentrados en poder de grandes conglomerados económicos, fenómeno éste ni previsto ni propuesto por los teóricos del capitalismo, se ha manifestado en nuestros tiempos –primera década del Siglo XXII- en el ámbito del Poder Judicial, en una creciente diferenciación entre las funciones “manifiestas” o “enunciadas” de la institución judicial y las funciones “latentes” o “reales”. Y particularmente, las de la Justicia Penal.

El proceso social post-moderno del urbanismo, con sus aparentemente inevitables secuelas de marginación y violencia, ha puesto en el primer plano del escenario institucional, social y político, a la Justicia Penal. Que es mirada atentamente por la población y los medios, como si la misma estuviese encargada – y capacitada – para gestionar todos los conflictos sociales y además, exitosamente.

Así oímos hablar – y en algunos casos “vociferar” por los medios – a enardecidos periodistas, que se proponen “concientizar” a la población sobre las “responsabilidades” de los Jueces, que “son vagos, ineptos” (y en consecuencia temerosos) y que para no trabajar, optan por “hacer salir por la puerta de atrás, a los mismos delincuentes que poco antes, habían sido apresados, “in fraganti” por las “fuerzas del orden”¹, etc.

Así parece que los Jueces Penales fuesen los encargados de solucionar los problemas generados por el aumento de la conflictividad social, por las políticas económicas inequitativas y la consecuente expansión de la delincuencia, por las nuevas adicciones y por el desmallamiento del tejido social, que lo anterior produce. Todo lo cual se refleja, en un orden público – basamento de cualquier Estado moderno – que tiende a volverse evanescente, quizás como reflejo de un momento particularmente pobre de nuestra historia política, en casi todos sus niveles.

II

La primera de las condiciones para mejorar el funcionamiento – y por ende la imagen pública – del Poder Judicial, es el necesario cambio del diseño de su Gobierno.

De tal manera que se asegure una visceral transformación de la situación actual, para hacer coincidir sus funciones “manifiestas” o “latentes” con sus posibilidades reales. Y sobre todo, para que las características políticas del nuevo diseño de su Gobierno,

¹ El sumun de estos despropósitos puede verse en el Editorial de Primera Plana de “La Nueva Provincia” de Bahía Blanca del día 24/11/09, que propone “apuntemos a los jueces”, en una transparente amenaza para aquellos magistrados que en sus decisiones, se “empecinan” en respetar la Constitución, las leyes y los Pactos Internacionales vigentes en nuestro país...Y habrá que recordar algunas de sus consecuencias, por ejemplo, el caso del Fiscal Lazzari, que fue filmado mientras era agredido salvajemente por familiares de una víctima, en el Gran Buenos Aires...A los que ahora debemos sumar el mamarresco Proyecto de Código Contravencional de la Provincia de Buenos Aires, o los exabruptos del Gobernador del Chubut y su prometida pueblada contra los Jueces de su Provincia, anunciada para el día 10 de diciembre próximo.

permita asegurar mucho mejor que actualmente, el concepto esencial de la “jurisdicción”, *que es la absoluta imparcialidad e independencia de los detentadores de ese poder*. En efecto, en la garantía del “Juez Natural”, la nota esencial es *la independencia – externa e interna – de la que deben gozar y están obligados a asegurar con su desempeño*, todos aquellos quienes ejerciten el poder jurisdiccional.

Titulares todos ellos – “pari passu” – de la trascendente facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley dictada por el Congreso de la Nación o de las normas reglamentarias provenientes del Poder Ejecutivo. La independencia de los Jueces de los otros poderes y aun de las cúpulas del propio Poder Judicial, tiene que ser el objetivo político esencial, de las formas y mecanismos electorales que se adopten para el autogobierno del Poder. Pues sostenemos que la cabeza del Poder Judicial, para tener el peso político que el constituyente quiso darle, debe ser elegido dentro de ese poder. Y adelantamos que ya sea colectivo – al estilo de los Consejos Italiano o Español – o unipersonal, el mecanismo de elección debería ser democrático. Por vía de una elección universal (un Juez, un voto) con los mecanismos habituales del secreto del voto, lista completa y única. Lo cual sería la única manera de obtener la horizontalización que se propugna para el mejor logro de los fines institucionales del Poder Judicial. Las formas actuales de elección (entre los miembros del Tribunal cupular) no solamente limitan la “representatividad”, sino que – además – prácticamente privan a quien ejerce la Presidencia de intervenir – personalmente – en aquella tarea para la que fue electo por los otros dos poderes, es decir, para la “jurisdicción”. Que es la función específica para la cual está entrenado y por cuya aptitud ha sido en principio elegido.

Nuestro Poder Judicial tiene que democratizarse y desburocratizarse, como primer objetivo. La horizontalización, es la herramienta necesaria para el cambio cultural que ello supone. Algunos indicios, lo muestran significativamente:

¿ Por qué será, que las sentencias argentinas, a diferencia de casi el resto del mundo², no se pronuncian “en nombre del pueblo”...cuando como es obvio, la “jurisdicción” es uno de los componentes esenciales de la soberanía y ésta reside en en una República democrática, solo en la voluntad popular..?

Esto no es un olvido, sino una antigua costumbre, que además es un “síntoma”...Que muestra la misma patología que impidió que en vez de adoptar el Proyecto de Domínguez elevado por el P.E.N. estableciendo el juicio por jurados al Congreso de la Nación, el día 1º de setiembre de 1884, fuese sancionado en 1888, el vestusto Proyecto de Obarrio, que tomó como modelo el Código Español, que había sido derogado – por haber quedado desactualizado - diez años antes en su país de origen.

¿Acaso no son signos del mismo fenómeno, cada una de las modificaciones del procedimiento penal, que supuestamente han “mermado” las facultades de los jueces, que ahora, ya no pueden “intruir” y “juzgar el mérito de su instrucción” y aun, hasta no hace mucho, participar en el juzgamiento³ o la doctrina del caso “Giroldi”⁴ o las del caso “Tarifeño” y su saga, pasando por “Marcilese” y concluyendo en “Mostacchio” y

² Como lo apunta Zaffaroni, en su obra “Estructuras Judiciales”

³ Recuérdese que así ocurría hasta los casos “Massaccesi” (22/12/98), “Venezia” y “Zenzerovich” de la CSJN

⁴ Que terminó en 1995 con la “muletilla” que el “doble conforme” en materia penal lo cumplía el Recurso Extraordinario Federal

los que siguieron, culminando en “Quiroga” donde en definitiva la CSJN terminó aceptando que la “acusación” no era solamente la “requisitoria de elevación a juicio”, sino ésta integrada con la acusación propiamente dicha de la discusión final, sin la cual el Tribunal “per sé” no podía condenar (lo que hasta “Ferreyra” fue explícitamente al revés)?

O – en la misma dirección – el creciente desprestigio del uso del brocardo “iura curia novit” y su total desacreditación en materia de congruencia procesal penal, limitándola exclusivamente a la mutación del elemento “fáctico”-de la acusación, como si lo normativo y lo fáctico, no estuviesen entremezclados irremediablemente, como lo demostró Núñez en 1956, en su recordada conferencia en el Colegio de Abogados de Mendoza, o los términos de la polémica entre Satta y Calamandrei, en relación a “Hecho y Derecho en Casación”. Tema éste, desarrollado ampliamente en algunos párrafos confluyentes del voto colectivo en “Casal” y “Martínez de Areco”

O – por último – la desprestigiada invocación de las “facultades implícitas” de los “Tribunales de Alzada” para ordenarle a los instructores, qué deben hacer en un sumario, tantas veces invocada, con olvido del principio liminar del derecho público, de que “todas las facultades” de los poderes constituídos, al revés de lo que sucede como regla en el derecho privado, (donde todo lo no conminado es permitido) son solamente legítimos los poderes expresos, que no pueden ser interpretados taxativamente. Todas estas tendencias jurisprudenciales

Estos ejemplos, que se podrían multiplicar, constituyen tendencias – patológicas – del ejercicio del poder jurisdiccional. Que es lo que buscan suprimir las reformas propuestas, *al tiempo que buscan aumentar, prestigiar y defender, el verdadero poder de la “juris-dictio” y su real fundamento: que es el deber-derecho de la inatacable Independencia, interna y externa, de esa facultad.* Que como ya se dijese, es la quinta esencial del Juez Natural.

III

Argumentos que abonan la propuesta. Un poco de historia.

Para arrancar de un punto de partida sólido, digamos que el rol constitucional esencial del Poder Judicial, en el modelo americano adoptado en nuestra Constitución en 1853 y ratificado en 1860, 1866 y 1994, se manifiesta en tres funciones: a) la del auto-gobierno del Poder Judicial (su faz regulatoria interna, funciones administrativas y económicas, relaciones con los demás poderes, funciones co-legislativas vía Acordadas y demás reglamentos internos, etc.); b) la de Supremo Tribunal Constitucional, en punto a la interpretación de la Carta Magna y por ende, el juzgamiento de la constitucionalidad de las leyes dictadas en su consecuencia y ahora, la de las normas de los Pactos Internacionales incorporados a su texto y al “bloque de constitucionalidad” (arts.75, inc.22 y 31 CN); c) La jurisdiccional propiamente dicha (ya sea la originaria, o la apelada).

Todo ello sin olvidar las creaciones pretorianas de la Corte: el amparo, el REF por sentencia arbitraria y la gravedad institucional, el abuso del derecho, la imprevisión, la lesión enorme, la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos ilícitos, la actualización monetaria, la “desindexación”, el “poder de policía”, las nulidades

administrativas, la ejecutoriedad de sentencias contra la nación, el “amicus curiae”, etc . Y dentro de la jurisdiccional, lo que se podría denominar “justicia constitucional” (amparo, “mandamus”, habeas corpus); y la de dirimir conflictos de los otros poderes y análogas.

IV

Este cúmulo de funciones, no debería ser desarrollado por el mismo órgano. Y tiene graves consecuencias en cuanto a la eficiencia con que se ejercitan las diferentes funciones inherentes al Poder Judicial

Recordemos algunas afirmaciones que o han sido publicadas por los medios de difusión escrito o hemos oído por la Televisión:

“..los jueces no hablan, sino por sus sentencias” – “los jueces no pueden ser cuestionados por el contenido de sus sentencias”⁵ - o muy a menudo desde los poderes Ejecutivos “la lucha contra la delincuencia es tarea del Poder Judicial” y al propio tiempo, “hay que evitar la represión” (palabra demonizada despues de la última dictadura militar), olvidándose que no todas las represiones son ilegítimas y que por el contrario, la primera función del Poder de Policía en materia delictual, es hacer cesar el delito de acción pública en curso.

Todo ello sin que existan – que se sepa - estudio sociológicos-estadísticos ⁶del funcionamiento del Poder Judicial, lo cual como cualquiera lo advierte, es imprescindible, para poder definir adecuadamente sus funciones.

Todos estos “saberes populares” adquiridos a través de esa “seudo-escuela” que sería “la calle”, *también ella actualmente mediatizada*, muestran lo paradójal, contradictorio y disparatado de las afirmaciones transcritas y otras mil que circulan cotidianamente. Si con las ideas y métodos investigativos (el célebre “campo y reglas de juego”) de Bordieu se investigase científicamente – por ejemplo – el funcionamiento de las instituciones judiciales, vgr. las “Escuelas de Capacitación Judicial”, se advertirían las características de lo que Zaffaroni ⁷ denomina el “entrenamiento jurídico alienante, que corresponde a nuestro mundo de abstracciones geométricas, absolutamente ideales...”.

Y ocurre – cosa curiosa aunque probablemente explicable por el alejamiento de lo judicial con lo político- partidista, que “ El público tiende a expresarse más violentamente frente a los errores – reales o supuestos – de la justicia, que frente a los de otros órganos estatales” ⁸

-.

En síntesis: No hay en la literatura jurídica nacional, una teoría política de la jurisdicción, ni una sociología judicial, salvo referencias no necesariamente orgánicas sobre el tema, en algunas obras de Alberto Binder, como “Materiales para la reforma”,

⁵ De la interpretación armónica de las dos banalidades transcritas, surge que los jueces no pueden ser criticados nunca...

⁶ Hay sí interesantes ensayos histórico-políticos, vid vgr. José Massoni (ex juez de Cámara Penal) “La Justicia y sus Secretos. La pulsión colonialista de la Justicia”, ed.Del Puerto, Bs.As 2007, pero no propiamente sociológico-estadísticos, aunque esta obra incluye algunos datos interesantes..

⁷ En “Estructuras Judiciales”

⁸ Otto Bachof, “Jueces y Constitución”, Madrid, 1985, pág.64

“De las repúblicas aéreas...”, “Análisis de una Política Criminal”, ya que en general, nuestros autores, son infinitamente más proclives a escribir, vgr. sobre dogmática penal, que sobre este tipo de problemas

En cambio, sobre los objetivos manifiestos del poder jurisdiccional, que a éste deben atribuírsele, cuáles son los reales que efectivamente está cumpliendo y el análisis crítico de las reformas que sería necesarias, incluyendo especialmente la forma de su gobierno, la selección de sus jueces y la distribución de los poderes jurisdiccionales, con excepción de la obra de Zaffaroni mencionada no es mucho lo que se ha escrito, aunque sí hay referencias al derecho comparado.

V

Los gobiernos argentinos, ¿se han preocupado por preservar y fomentar la independencia del Poder Judicial?

Lamentablemente, un rápido repaso de la historia política argentina (nacional y provincial) demuestra que el interrogante se contesta por la negativa.

Es que – como dice Zaffaroni⁹ “En todas las constituciones se proclama la independencia del poder judicial, pero ninguno de los *stablishments* se preocupó en realizarla. El sometimiento político descarado en el peor de los casos¹⁰ y la burocratización en el mejor, fueron la regla de los partidos políticos tradicionales y de las dictaduras militares”

Y esto no es una “enfermedad” argentina, aunque en nuestro país se manifieste con más crudeza que en otros países más desarrollados. Cuyas elites políticas, son algo más disimuladas...aunque no tanto: baste con recordar las expresiones del premier italiano, Berlusconi a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Italiano, que declaró inconstitucional la escandalosa “inmunidad” que le había obsquiado una circunstancial mayoría parlamentaria..

Y esto se entiende por una característica *ominosa* que siempre ostenta el poder político: ***ocurre que el poder político es inestable, por naturaleza.***-Quizás como consecuencia de la extremada dinámica y movilidad de la política.-Quizás por otras circunstancias, pero lo cierto es que el poder raramente resulta aceptado y consentido por todos¹¹.-De modo tal que una regla que la observación empírica propone, es que ***el poder es inestable: si no se agranda, se achica; si no se aumenta, se va perdiendo paulatinamente...***Regla ésta que – en las “democracias-mediáticas” modernas¹² – queda hasta cuantificada en las cotidianas encuestas de imagen, que miden en porcentajes, la aceptación o rechazo que produce en la población el gobernante con el desarrollo de su acción de gobierno.-

⁹ Op.cit., pg.21

¹⁰ Como ocurre actualmente y en el pasado inmediato en numerosas Provincias argentinas y apenas veladamente en el fuero Penal Federal especialmente en la Instrucción

¹¹ Hace alusión a ello un denso artículo de Alberto Spota, LL 1996-D- 1441 y ss sobre el Consejo de la Magistratura

¹² Ya era así en la época de las monarquías absolutas. Y esto que a primera vista puede aparecer como sorprendente, se constata leyendo algunas obras de teatro de Shakespear, como Ricardo II o Ricardo III...

Lo que – naturalmente – produce la inevitable consecuencia de que quien ha triunfado tras dura porfía **deberá dedicar – necesariamente – la mayor parte de su tiempo a pensar (y operar consecuentemente) cómo hacer para aumentar su cuota de poder**¹³...Aunque ello no se vincule con el bienestar general, objetivo éste que tanto antiguamente (a través del vicariato de Dios, que el ejercicio del poder divino implicaba) como modernamente (a través de la representación popular) se supone que sea el objetivo de todo gobernante.-

Y obviamente que al magnificar la mediatización de la política, la importancia de la Justicia Penal en particular (que es la que “homologa” como tales, a través de sus sentencias, condenatorias (poquísimas) o sobreseedoras (generalmente por prescripción, la mayoría) de las causas originadas por las difundidas prácticas de corrupción administrativa) en las cuales nuestro país acusa sus mejores récords, el más elemental sentido comun, el mero sentido de “aumentar y/o preservar el propio poder” al que antes aludíamos, indica que – necesariamente – los gobernantes tratarán de influir en las decisiones de los Jueces. Sobre todo, de los Jueces penales. Y ahora, también de quienes requieren su intervención y son titulares excluyentes¹⁴ de la acción penal, los Fiscales.

Para lo cual, **cuanto más verticalizado funcione un Poder Judicial, más fácil será tratar de cooptarlo**...Una de las razones por las cuales los últimos Poderes Ejecutivos Nacionales han sido tan renuentes a la demorada reforma procesal penal en el orden federal, es – claramente – que siempre será más fácil tratar de influir en las decisiones de un puñado de jueces federales que tienen a su cargo la instrucción de las causas¹⁵ que más escándalo han causado en la opinión pública nacional en una cita al voleo (IBM-Banco Nación, Skanska, Banco Italia y Río de La Plata, Enargas, Entel, Compra-Venta de Armas a Croacia, Adulteración masiva de medicamentos proveídos a través de la O.S. de los Bancarios, etc.), en vez de tener que hacerlo en una pléyade de investigadores fiscales indeterminados y los consiguientes Tribunales Colegiados que deberían juzgar las mismas...si es que se consigue su elevación a juicio.

Así que el inquisitivo reformado será inconstitucional (como implícitamente lo ha dicho la CSJN in re “Quiroga” o en “Dieser y Fraticelli” apoyada en los precedentes de la CIDH) pero al menos es muy cómodo...para que los gobernantes de turno intenten apagar los incendios mediáticos producidos por las prácticas corruptas que no se consigue controlar y que los mismos vean disminuir sus “ratings” electorales....

VI

Un Párrafo sobre la Designación de los Jueces y el control de constitucionalidad. Los diversos sistemas.

Ellos oscilan desde su elección popular (en las listas partidarias) de los jueces, generalizada en E.E.U.U., entre 1812 y 1860, que provenía de la Constitución francesa de 1791 (art.2º del Capítulo V) “Jueces temporales, elegidos por el pueblo”, pasando por los antiguos sistemas de “la venta de los cargos judiciales al mejor postor” (tanto en

¹³ Véase Locke “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil” pps.143 y 150/51, citado por Ferrajoli, op.cit.,pg.661

¹⁴ Salvo, claro está, la irrupción de la víctima...

¹⁵ Véase José Massoni “La justicia y sus secretos. Una persistente pulsión colonial”, Ed.Del Puerto, BsAs 2007, pgs.5 y 18

el Parlamento Francés, desde la época de San Luis (Luis XI, Luis Capeto). En las Reales Audiencias americanas, entretanto, los cargos se vendían al menos hasta 1750, eran vitalicios y no se transmitían por herencia. Una de las causas de la Revolución Francesa, dicho sea de paso, fué el desastroso estado de la justicia. Luis XVI proponía en 1788 “la regeneración de nuestros Tribunales”...pero no tuvo tiempo, pues fue guillotinado como se recordará en 1791... La debilidad del judicial, que de ninguna manera era vista como “poder”, sino como una sección de la Administración Pública, fue mantenida y profundizada luego tanto por el Directorio y el Consulado, cuanto por el Imperio, formalizada como tal en la Constitución de 1799, dirigida finalmente por una “Alta Corte de Justicia del Imperio”. Así fue como la “bouche de la loi”¹⁶ se transformó en la “bouche de Napoléon I”...Nunca hubo en este país nada parecido al “contralor de constitucionalidad”, función ésta impensable en las épocas pretéritas y aun discutida en la actualidad.

Los franceses son renuentes a advertir que la “juris-dictio” y el control de constitucionalidad de las leyes, son funciones que en algún modo, *se implican recíprocamente*. En Inglaterra las tradiciones se han mantenido por larguísimo tiempo y así tienen una minoría de jueces letrados (con organismos judiciales que no responden a ninguna estructura racional, pero que funcionan con una eficiente regularidad consuetudinaria) que son escogidos (para los más altos Tribunales) entre los “barrister”, que a su vez, son los abogados de la Barra, más antiguos y prestigiosos y los únicos autorizados para litigar ante las Cortes Superiores. Aunque últimamente hay una tendencia a nombrar jueces de las Cortes inferiores. Pero se mantiene la primacía del “common law” sobre el “estatute”.

Por su parte, el control de constitucionalidad, en la Europa continental, siguió en general el modelo austríaco o “centralizado” (inspirado por Hans Kelsen) e instalado en 1920, alternativo al control “difuso” o descentralizado, que es el sistema americano y por ende nacional.

En este tipo de organismos, la clave para mantener la esencia del sistema, es que el poder de nominación de los integrantes del órgano supremo de control constitucional debe estar disperso¹⁷, pues si se lo concentra en pocos jueces, entonces es preferible el sistema difuso: *pues, como es obvio, es más fácil controlar a pocos que a muchos...*

En Latinoamericana se concentraron las funciones en las cúpulas tradicionales del Poder Judicial (copiadas de la Americana, aunque en muchos casos con medios de impugnación europeos, impregnados por las costumbres coloniales y la cultura española y lusitana), con el fin de poder cooptarlas partidistamente o por otros métodos, como en los gobiernos militares.

“No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación”, reflexionaba Montesquieu, a quien siglos después le haría eco Lord Acton: “el poder corrompe, siempre corrompe y el poder absoluto, corrompe absolutamente”. ¡ Quién lo diría!... “Ni la virtud, puede ser ilimitada”¹⁸

¹⁶ Según la “fórmula” de la Asamblea Francesa en 1791, que graficaba la función de los jueces, al crear, en el seno del Parlamento, la Corte de Casación.

¹⁷ Zaffaroni, op.cit., pg.73

¹⁸ Montesquieu, “El espíritu de las Leyes” XI, IV BsAs, 1951, pg.201

En algunos de los países europeos, al propio tiempo que se creó el Tribunal Constitucional para el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas legales, se creó el Consejo de la Magistratura para el gobierno del Poder Judicial, y por ello, se pasó del Estado de Derecho “legal” al Estado de Derecho “constitucional”. Es decir, empezaron a colisionar la jurisprudencia sobre los “Códigos” (casación, mediante) con la jurisprudencia nueva, “constitucional” (sobre constituciones y tratados internacionales, luego) que corregían las tendencias tradicionales, haciéndolas amoldarse a los principios constitucionales y de los derechos humanos.

La comparación entre la evolución en Europa y Latinoamérica ofrece, en general, tristes conclusiones : confirmando la predicción de Nino, sobre la instalación definitiva de la “anomia” argentina, aquí ni siquiera respetamos el Estado de Derecho “legal”...Gobernamos por decreto, no respetamos la constitución (vgr. el federalismo, la lectura cotidiana de los periódicos así lo confirman¹⁹) y el Poder Judicial sigue siendo el sojuzgado y cooptado por los poderes políticos, con escasísimas excepciones que no perduraron: la Corte de Alfonsín, cuya presidencia se le ofreció al candidato derrotado en los Comicios del 30 de octubre de 1983, se convirtió –mediante el operativo del aumento de sus miembros de cinco a nueve- en la de Menem...pero no al servicio de los “propósitos políticos” invocados en el pionero intento de Roosevelt en 1933 – conseguir la homologación judicial de sus políticas keynesianas, fundamentalmente la ley que aprobó la creación del ENTE estatal denominado “Autoridad del Valle del Tennessee” – que produjo una notable reactivación de la economía norteamericana, en aquellos difíciles años, sino a otros mucho más utilitarios, vinculados con los recordados propósitos “privatizadores” que permitieron el desguace de las grandes empresas del Estado, en beneficio de unos pocos aprovechados y de los nuevos concesionarios, en general empresas trasnacionales asociadas con los círculos económicos dominantes locales.²⁰

VII

Recapitulemos. La cuestión judicial debe entenderse como una cuestión política. De la más alta Política de Estado. Y habría que sacarla del calendario político-partidista cotidiano. Cuando tengamos una dirección política esclarecida, que nuestro país tuvo en algunos breves períodos de su historia, y se piense un proyecto de futuro para el desarrollo de la calidad institucional que el país necesita, la Política Judicial debería ser una Política de Estado. Como manejan, por citar solo dos países vecinos, Brasil y Chile sus relaciones exteriores. Y el análisis histórico de los sistemas judiciales demuestra, además de la vinculación íntima entre el Poder Judicial y la Política General de cualquier Estado moderno, las profundas consecuencias institucionales que la elección del sistema produce.

La historia habla por sí misma: en Francia, una justicia anárquica, privatizada, cara y arbitraria, previa a la Revolución de 1789, provocó la contracara de un judicial sometido primero a la asamblea legislativa, ideológicamente vacío, inmediatamente convertido en una burocracia estatal, estrechamente dependiente del ejecutivo que mutó hasta el Imperio. Sirvió, con leves retoques, desde la Monarquía a la Asamblea Revolucionaria,

¹⁹ Y lo que es peor, desde los ámbitos académicos son pocas las voces que se levantan en defensa del federalismo legislativo, para protestar por los reiterados avances del Poder Central sobre los poderes reservados... Y no solamente, sobre la “coparticipación impositiva”...

²⁰ Al tema se refiere ampliamente Massoni, José Luis, op.cit.

pasando luego por el Directorio y el Consulado, al Imperio y a la monarquía restaurada. Se generó una “carrera judicial” útil a presidentes, reyes, emperadores y primeros ministros...con tal que les asegurasen el “ascenso” y sus prebendas...

En EEUU la Corte inicial adscrita al poder central, al mercantilismo, durante casi 130 años (1804/1936) opositora a cualquier intervención anti-trust y aun anti-keynesiana más tarde).-Recién trasmutada, por un breve período en la Corte “Warren”, lo que posibilitó las políticas y leyes de integración racial obligatoria, y luego la “restauración conservadora” iniciada por Reagan y consolidada por las tres administraciones de los Bush, padre e hijo.

En la Europa de post-guerra, en los países más allegados culturalmente al nuestro, se decidió alejarse del modelo bonapartista, eludiendo las dificultades americanas, eligiéndose la horizontalización del Poder Judicial y la separación de las funciones manifiestas: control constitucional, auto-gobierno y jurisdicción (o resolución de conflictos). Ejemplo relevante de ello son ambos Consejos : el Italiano previsto en la Constitución de 1947 creado en 1958 y el Español incluido en la Constitución de 1978, cuya Ley Orgánica fue dictada en 1980. Y que – pese a sus vaivenes – perduran hasta la actualidad. **VER BIELSA-BRAÑA el C. de la M. americano??**

VIII

La Justicia no es el único depositario de la facultad de decidir conflictos. Un nuevo modelo de estructura judicial.

Como lo explica Zaffaroni ²¹“Si bien la función de decidir conflictos es la que siempre se le reconoce como esencial al judicial, no es menos cierto que son muchos los organismos que hacen lo mismo y no tienen carácter judicial, sin contar con otros que permanentemente se la disputan, en el continuo intento de “politizar” o “judicializar” los conflictos: la policía de seguridad, las autoridades aduaneras, los entes recaudadores, las “cámaras” de las más variadas materias, los “árbitros” y “componedores” de los tribunales administrativos de la más dispar naturaleza, disputan la decisión conflictos con el judicial”.

La diferencia – siguiendo a Binder – es que los titulares del poder jurisdiccional no son “GESTORES DE INTERESES” (como todas las categorías mencionadas por Zaffaroni), y por ello, DEBEN SER IMPARCIALES.

Todos los otros, aun los árbitros y componedores, siempre tendrán algún interés compartido con alguna o quizás con ambas partes en conflicto. ***Y es de su propio interés, solucionarlo. Tarea que, como privada que es, también resulta onerosa.No así los obligados y facultados al “juris-dictio”.*** Que lo hacen desde la neutralidad.Y desde la gratuidad (o relativa gratuidad) del servicio.²²

Nos parece que el modelo del futuro, es el propuesto por Zaffaroni y con algunas variantes por otros autores como Juan Enrique Vargas (del C.E.J.A.), Alberto Binder (uno de los fundadores y alma-mater con Don David Baigún del INECIP), e implica

²¹ Op.cit., pg.93

²² El abuso del beneficio de litigar sin gastos, genera esta evolución hacia la gratuidad, pese al “Impuesto de Justicia” y “Sellado de actuación”

como objetivo político, la profundización del proceso de democratización latinoamericano, para que los modelos formales (que son necesarios, pero no son suficientes) se conviertan en modelos reales de democracia.

Y como táctica, propende a la diversificación de las funciones manifiestas en tres organismos diferentes: uno con el control constitucional centralizado, en un órgano de nominación dispersa (es decir, que asegure la mayor pluralidad posible, independientemente de la representación de mayorías y minorías, a través de proveniencias diferentes, mayorías especiales (vgr. 3/5, como en España). El gobierno del Poder Judicial en un órgano plural y democráticamente representativo, elegido por votación secreta de todos los jueces y funcionarios que integren el Poder, en un esquema de poderes controlados (al estilo de los organismos italiano o español) y finalmente jueces designados previo concurso técnico, por un organismo también de nominación dispersa (como podría ser el Consejo de la Magistratura de Chubut, o un modelo similar).

IX

Los Jueces deben ser apolíticos.

La afirmación del epígrafe, constituye uno de esos “saberes populares”, aceptados a fuerza de haber adquirido la costumbre de escucharlos reiteradamente. En el caso, que nos ocupa, en realidad, así como está expresado, como muchos otros, este es falso.²³

Pues ocurre que los poderes judiciales no pueden dejar de estar “politizados” como que cumplen funciones “políticas”²⁴ Pero eso es una cosa y otra, su “partidización”..

Hay notorios casos de partidización del poder judicial en varias Provincias argentinas. De todas las latitudes. Desde el Norte tradicional, hasta la joven Patagonia... Y también en países vecinos, que han tenido interesantes renovaciones institucionales, como nuestro vecino Uruguay. Cuyo actual Presidente fue denunciado ante la CIDH por manifestaciones hechas en el curso de la campaña electoral en la que triunfó, exhortando a los jueces a fallar en determinada dirección, un caso judicial notorio. Lo que ocurrió en el conocido caso “Hermanos Peirano vs República Oriental del Uruguay”, informe 35/07 de la Com.IDH.

En otras palabras: no se puede “despolitizar” el Poder Judicial, pero es urgente, en algunas Provincias y en otros ámbitos nacionales, “despartidizarlo”...

La independencia judicial (la no partidización), pero también la independencia de los jueces respecto de otros importantes factores de poder no específicamente políticos (la prensa escrita y televisiva), depende y está íntimamente relacionada con la forma de selección y de remoción de los cargos judiciales.

Un juez no es parcial porque tenga una filiación política, sino cuando depende para su nombramiento, permanencia, promoción y remoción, de un partido político o de un grupo de poder

²³ Lo que en realidad se quiere expresar y eso sí es correcto, es “los jueces no deben tener ninguna participación en la política partidista”

²⁴ Véase Germán Bidart Campos “La Corte Suprema” BsAs 1982 y Sagués, Nestor Pedro “LL 1981-D-945

La aptitud técnica y espiritual de los jueces.

La necesidad de seleccionar como jueces a los técnicamente más calificados, tiene una historia de no más de dos siglos y medio. Como que el primer ejemplo de un gobernante por priorizar la capacidad técnica (además de la incondicional lealtad al monarca, que representaba la soberanía popular) data de la época de Federico II, en 1140, quien gobernaba Prusia.

Fue el creador del primer antecedente directo del modelo imperial, que con retoques que impuso la modernidad, sigue rigiendo hoy en Alemania.. El de Federico, copiado luego por Napoleón I es el tradicional de Europa continental: ***burocracia verticalizada con cúpulas adictas al poder, que formaban parte de la Administración. Y la creación de la “carrera judicial”***. Para abastecer sus cuadros. Particularmente en Alemania. Este modelo tuvo una fuerte vinculación con las Academias de Derecho (incluso consultadas para la solución de algún caso difícil) y sede de la formación de los recursos humanos técnicos para esa carrera judicial.

Que permaneció intacto hasta la 2da. Guerra Mundial. Es el modelo de las burocracias, que adquirirían capacidad técnica y cierto espíritu de cuerpo, en épocas democráticas y que siendo bastante “resistentes” a las reformas sociales o políticas, de la República de Weimar, fueron en cambio, absolutamente complacientes y sumisos, cuando la tormenta totalitaria arrasó la Europa de las décadas del 30 y 40 del siglo pasado, con el advenimiento al poder de Hitler en Alemania y de Mussolini en Italia.

El sistema moderno, democratizante, con estructuras horizontales, cúpulas democráticas, elegidas por votación de los magistrados y funcionarios, con funciones de gobierno separadas del Tribunal de última instancia y del Tribunal Constitucional, que es el modelo que se propugna también para nuestro país, tuvo (además de los antecedentes austríaco de 1920 – al menos con la creación del “control de constitucionalidad” –) la Constitución Portuguesa de 1912, luego derogada por la dictadura Salazarista y renovada en la década del 70 en ese país y los modelos italiano y español, que deberían ser los caminos a seguir..

Ya nos hemos ocupado del mecanismo inglés de designación de los jueces: “barrister” sí, “solicitor” no, no hay “carrera judicial”, aunque ultimamente, a los jueces de la High Court (o House of the Lords) los eligen entre los de las “Courts” de menor instancia y no es usual el directo nombramiento de un “barrister”. El Lord Canciller que preside la House of Lords (vitalicio, no hereditario) elige a los jueces inferiores, mientras que al Lord Canciller y a los integrantes del máximo Tribunal los elige el Primer Ministro, en consulta con el Lord Canciller. Hay participación popular directa y un rígido control corporativo de la Barra de abogados y del funcionamiento de la Justicia...No obstante, aun en el sistema inglés – en épocas de crisis sobre todo – las elites políticas y judiciales suelen ser ***demasiado sensibles a “las razones de Estado”***. Pero al menos, son los mismos ingleses quienes no ocultan sus defectos. Y –aunque a veces tarde – los critican. Y baste recordar la conocida película “En el nombre del Padre” (La historia de Eddie

Conlon el supuesto terrorista del I.R.A.)...El modelo es empírico ²⁵y la historia y la costumbre (la *stare decisis*) marcan con su impronta un sistema único e irreplicable.

El modelo americano, también empírico, es – según la opinión de Zaffaroni - peor que el inglés. La selección de los jueces (aun los de la Corte Suprema) termina siendo puramente política. El Comité Permanente de Justicia Federal, en la “American Bar Association”, es de una seriedad y prestigio indudable, pero su informe carece de fuerza vinculante. Los republicanos desde la época de Reagan renovaron el 70% de la magistratura federal y volvieron a cambiar la composición de la CS, Jimmy Carter, - auto-limitándose) había creado una “Comisión de Selección”, Reagan la suprimió. Los filtros, serían el Comité de la American Bar y el Comité Judicial del senado (y la misma prensa...). Que somete a los candidatos a un escrutinio de su vida pasada, que en ocasiones llega a ser degradante.

Para peor, es de estilo un informe del FBI, que en los hechos, termina siendo vinculante...)²⁶.

XI

La elección popular en ciertos estados no ha solucionado nada y de ahí su efímera vida

“...el juez electo, sea en lista partidario en otra formalmente separada, lejos de ser el juez más independiente es, por el contrario, el más dependiente. Se trata de un Juez electo por cierto período de tiempo, al que le preocupará su reelección y que, por ende, al resolver deberá estar pendiente de su electorado. Cabe imaginar las consecuencias de esto, cuando el juez deba hacer frente a una manipulación de la opinión pública. ***No cabe duda de que un juez cuya permanencia depende del voto popular debe estar pendiente de los medios masivos de comunicación y de las encuestas de opinión, que le importarán más que la verdad fáctica y jurídico, todo lo cual no deja de ser una perspectiva escalofriante.***²⁷

“Duverger ²⁸ refiriéndose a los jueces electos, dice lo siguiente:”En el siglo XIX y a comienzos del XX los partidos americanos han tomado frecuentemente la forma de máquinas manipuladas por políticos deshonestos que trataron de asegurarse la impunidad mediante la simultánea elección del juez, del jefe de la policía y de los administradores locales. Diferentes fueron las medidas que se tomaron para tratar de controlar esos abusos.²⁹

²⁵ Véanse los libros de Carlos Jáuregui, “Sistema Legal Inglés”, ed. Depalma, BsAs, 1990, o el trabajo de AAVV dirigido por Edmundo S. Hendler sobre “Los sistemas Nacionales Europeos, Temas Procesales Comparados”, ed. Ad-Hoc, BsAs, ago 1999

²⁶ Zaffaroni, op. Cit. Págs. 134 y 135, con cita de Alejandro Carrió un informe desolador sobre los vicios y defectos del sistema americano. También véase Hendler, Edmundo, Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos, ed. Ad-Hoc, BsAs, 1996.

²⁷ Escalofriante porque si ya en la actualidad, con el sistema tradicional indirecto de elección de jueces, en muchas provincias argentinas (desde las más importantes hasta las de nuestra Patagonia, los jueces son instados por el Poder Político a fallar causas – sobre todo penales – en determinado sentido (por lo general exigiendo fallos condenatorios) imaginémos lo que ocurriría si tales “presiones” proviniesen directamente del electorado...

²⁸ Ver su cita en el texto de Zaffaroni, op.cit., pg. 137)

²⁹ Max Weber, en “Ensayos de Sociología contemporánea” Barcelona 1985, pg. 175 Cita N° 16 Zaffaroni ibidem

Critica también la elección popular Arthur Vanderbilt,³⁰ quien fuera Presidente de la Asociación Norteamericana de Abogados, Presidente de la Suprema Corte de New Jersey y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de New York, destacando en su libro clásico citado al pie, las enormes dificultades e inconvenientes que suscitó esa práctica, a su juicio acertadamente abandonada en el país del Norte, en la década de los años Treinta del Siglo XX.

La estructura judicial alemana: tecno-burocrático, se atenua por la organización federal y la existencia de un Tribunal constitucional. Aunque nunca se aprobó el Consejo de la magistratura. Por lo cual, la falla se denota en la falta de independencia interna. La carrera judicial absolutamente estructurada. Tres años y medio de estudio más dos años de pasantía: asesor, un curso y un examen y es “asesor judicial” y una pasantía de tres años más y es “Juez”. Luego de lo cual comienza su carrera ascendente. El entrenamiento en el interior del sistema. Los ministros de Justicia, tanto del Estado Federal, como de los “lander” conservan un rol importante en las designaciones. *En rigor, en una república, cuando el poder judicial se estructura de modo independiente, el ministerio de justicia, casi carece de razón de ser.* -

Se trata de una supervivencia peligrosa en una república: si la judicatura tiene a su cargo las funciones de autogobierno, de resolución de conflictos y de control de constitucionalidad, EL MINISTERIO DE JUSTICIA NO TIENE PRACTICAMENTE NINGUNA TAREA ESPECIFICA...

XIII

Los “falsos consejos de la magistratura”.

En realidad, los institutos que llevan ese nombre, incluido el nacional, creado en la Constituyente de 1994, de tales tienen solo su denominación, pues el “poder” de designación de los jueces, su control y eventual remoción, en muy pocos casos han cambiado de manos respecto de los sistemas cupulares tradicionales en nuestra región.³¹

El “reparto” de la arbitrariedad: mediante este mecanismo, con sus actuales composiciones, “ya no nombrarán solo a los amigos del Presidente, sino que el compromiso será que habrá que nombrar también a un amigo del Presidente de la Corte, o de los diputados, o de los abogados que integran este falso “consejo”.-³²Por eso era mucho mejor la denominación de “Junta Calificadora” la de la Constitución de Río Negro de 1957, luego metamorfoseada en el nuevo “Consejo de la Magistratura” de

³⁰ “la Justicia emplazada a reformarse” Ed. Roque Depalma, Bs.As, 1959, pgs.22. y ss.

³¹ Quizás, aunque probablemente sea perfectible, el único “Consejo” en el cual se nota una distribución del “poder real” de elegir a los jueces (aunque no a los superiores) sea el de Chubut. Y en cuanto a los jueces Superiores, donde el Poder Político vigente no puede asegurar su elección, parecería ser en la Provincia de Río Negro, con un sistema, también defectuoso, pero que impide la indisimulada manipulación que se produce en la misma Provincia para los jueces inferiores. Por otra parte, respecto del Nacional, los vaivenes en su Ley Orgánica (los constituyentes cometieron la imprudencia de no definir su composición en el texto constitucional) y las imprecisiones terminológicas, han originado las permanentes disputas presupuestarias entre la Corte Suprema y el Consejo. Habría que haber legislado las cláusulas constitucionales con mucho mayor detalle y claridad, si se pretendía un cambio de sistema de gobierno. Cfr. Massoni, op.cit., pg.22

³² Zaffaroni, op.cit. pgs.161/167

1988, que funciona exactamente como lo describe el libro de Zaffaroni. Y lo digo por experiencia propia, pues he sido integrante varias veces de ese órgano, una vez como Diputado y otras tres veces³³ como representante de los abogados.

Con la actual cúpula del Poder Judicial de Río Negro y con la inalterabilidad (desde 1983 a la fecha) de la composición del Poder Político provincial, la situación como es obvio, se ha estabilizado de la peor manera posible. Con una notable ingerencia del poder político en las designaciones, agravado por la cláusula de residencia introducida en 1988³⁴, lo que al achicar el círculo de aspirantes, hizo que muchísimos concursos fueran declarados desiertos y otros, terminaron nombrando al “menos malo” que igual resultó peor que los pronósticos más pesimistas...Por ello, la tentativa de introducción del concurso de oposición, ya materializada, lo que ha hecho, es la paralización de las designaciones y el no menos inconstitucional remedio de la designación de jueces “sustitutos” que la cúpula del Poder Judicial se ha atribuido mediante el uso de Acordadas. Lo que en cierta medida queda en parte justificado, como remedio desesperado, pues hay muchos órganos judiciales que carecen de titulares y ya sabemos como funcionan las subrogancias...Si a ello se le suma, la crónica crisis financiera de la Provincia (Río Negro y otras muchas) desfinanciadas por vicios propios y perversas decisiones políticas del Poder central, se tendrá una somera idea del caos económico-financiero en que se vive y como ello repercute en el ámbito judicial.

Del nacional, no vamos a ocuparnos, pues la extensión del tema, excede notoriamente el propósito de este trabajo y aun es reciente la modificación de su ley orgánica, que tantas críticas mereciese. Solamente queremos apuntar – tema al cual Zaffaroni no alude – las dificultades de “armonización” que tuvieron los constituyentes de 1994 (incorporar una institución obviamente europea, en nuestra constitución obviamente de inspiración americana) que a mi juicio, están bastante bien descritas en el trabajo de Alberto Antonio Spota, aludido precedentemente. En el cual señala que si bien la ubicación del art.114 del nuevo texto, ubica al Consejo de la Magistratura entre las instituciones del Poder Judicial, cuando el art.116 define sus atribuciones, se evidencia que las mismas no son jurisdiccionales y muestra su naturaleza jurídica que este autor le atribuye, que es ni más ni menos que un órgano de la Administración Nacional. Ello, como las facultades de los incisos 3º y 6º entre otros del art.114, han producido ya serias colisiones con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre cuyo pronóstico evolutivo futuro, no me considero capacitado para opinar.

XIV

En síntesis, creemos que es indispensable para contribuir al mejor funcionamiento del Poder Judicial, a su real independencia, al mejoramiento de la calidad del servicio de Justicia, a cuyo cargo está y por ende de la calidad institucional de la República, en suma, un sistema de auto-gobierno del tercer poder, totalmente diferente del actual.

Ese auto-gobierno del Poder Judicial, debe ser elegido en comicios, con voto universal y secreto (votarán solamente los Jueces) sin ninguna limitación en cuanto al cargo (tarea funcional) que desempeñe.

³³ Pero en forma discontinua: el mandato dura dos años y está prohibida la reelección...

³⁴ De una evidente inconstitucionalidad, sin embargo desestimada por el STJRN en decisión jurisdiccional relativamente reciente

El organismo – colectivo o individual – que desempeñe el gobierno deberá ocuparse exclusivamente, de las relaciones con los otros poderes, de la administración de los recursos del Poder y es *absolutamente necesaria la autarquía financiera del Poder Judicial*,³⁵ para concluir con las siempre peligrosas negociaciones entre los poderes, que siempre aseguran la primacía del ejecutivo nacional o provincial. Desprovistos de urgencias que no conciernan al mejor servicio de Justicia, es muy factible que esas administraciones se destaquen por su eficiencia en la comparación con las de los Poderes Políticos.

Visto y considerando además, que será difícil que *todos los jueces* (especialmente los de menor antigüedad y en tareas jurisdiccionales de menor cuantía, *venzan sus actuales temores a declarar inconstitucionalidades*, fruto de nuestra ascendencia procesal primariamente europea continental) pensamos que un organismo Supremo para que intervenga en las cuestiones de constitucionalidad y en los conflictos inter-poderes, o inter-jurisdiccionales, resulta asimismo imprescindible.

Y por último, parece obvio que deberá mantenerse la decisión de las cuestiones federales en la interpretación de las leyes comunes, es decir, la función estrictamente jurisdiccional, en un Tribunal cuya función única sea precisamente la nombrada.

Cipolletti, diciembre de 2009

³⁵ Y no hay ninguna razón seria que impida que se concrete esa autarquía, que no sea el inconfesable deseo de las cúpulas políticas para tener un elemento de presión en cualquier coyuntura gubernativa.. Es más, al menos *figura en varias constituciones provinciales*. Todo lo cual es lo relativo que el lector advertirá no bien recuerde, que en estos últimos 20 años los recursos provinciales coparticipables han disminuído en un porcentaje sustancial, confirmando que el federalismo económico, no está precisamente de moda...