Seminario Internacional sobre la **Independencia Judicial en Latinoamérica**

Convoca:
Jueces para la Democracia de España

En colaboración con:
Asociación de Jueces y Funcionarios para la Democracia y las Libertades de Argentina
Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (MEDL)

Entidades coadyuvantes:
Agencia Española de Cooperación Internacional
Ayuntamiento de Barcelona
Conselleria de Justicia de la Generalitat de Catalunya
Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid

ASOCIACION DE JUECES Y FUNCIONARIOS PARA LA DEMOCRACIA Y LAS LIBERTADES
REPUBLICA ARGENTINA

JUECES PARA LA DEMOCRACIA
ESPAÑA

MAGISTRADOS EUROPEOS PARA LA DEMOCRACIA Y LAS LIBERTADES

PRIMER SEMINARIO INTERNACIONAL

sobre

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LATINOAMERICA

25, 26 y 27 de Marzo de 1991

Centro Cultural General San Martín

Buenos Aires - República Argentina

Composición e Impresión:
Imprenta Anfruns - Pas d'en Marges, 6 - Tel. 794 19 94 - E-08360 CANET DE MAR

Depósito Legal: B-22.799 - 91

INDICE

1. Convocatoria 7

2. Apertura del seminario:

- Antonio Doñate.- Magistrado.- Jueces para la Democracia de España 8
- Horacio N.J. Vaccari.- Juez.- Asociación de Jueces y Funcionarios para la Democracia y las Libertades de Argentina 13
- M.ª Teresa Fernández de la Vega.- Magistrada.- Vocal del Consejo General del Poder Judicial de España.- Responsable del Area Internacional 18
- León Carlos Arslanian.- Secretario de Estado para la Justicia de la República Argentina 20

3. Ponencia: "Juez y Sociedad"

- Claudio Movilla Alvarez.- Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (España) 25
- Vladimir Paz de la Barra.- Juez colactivo. Lima (Perú) 43

• Comunicaciones:

- Ketty Romo-Leroux B.- Ministra.- Juez de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (Ecuador) 83
- Antonio Carlos Villén.- Juez. 4.ª Vara da Fazenda do Estado. Sao Paulo (Brasil) 85
- Jorge González Moreno.- Ministro.- Juez de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador 87
- Carlos A. Elbert.- Juez.- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de Buenos Aires (Argentina) 90

4. Ponencia: "Juez y Constitución"

- Perfecto Andrés Ibáñez.- Presidente de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (España) 105

• Comunicaciones:

- Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior.- Juez de Derecho, Ejecuciones Fiscales. Sao Paulo Brasil 119
- Luis Fernando Niño.- Juez Nacional en lo Criminal de Instrucción. Buenos Aires (Argentina) 125
- Leonor Jiménez de Viteri.- Juez 7.º de lo Civil. Guayaquil (Ecuador) 128
- Luis Cevasco.- Juez Nacional en lo Criminal de Instrucción. Buenos Aires (Argentina) 130

5. Ponencia: "Estatuto del Juez"
- Salvatore Senesse. Magistrado de la Corte de Casación de Roma (Italia) 137
- Stella Maris Martínez.- Defensora Oficial. Buenos Aires (Argentina) 148
• Comunicaciones:
- Roberto Bergalli.- Universidad de Barcelona (España) 152
- Jerónimo Sanso.- Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones civiles de Buenos Aires (Argentina) 170
• Cuestionario:
- Preguntas 171
- Contestaciones:
  • Venezuela 172
  • Brasil 175
  • Perú 178
  • Ecuador 180
  • Holanda 182
  • Francia 186
  • Alemania 191
  • España 194

6. Conclusiones:
- 1.ª Ponencia: Juez y Sociedad 197
- 2.ª Ponencia: Juez y Constitución 198
- 3.ª Ponencia: Estatuto del Juez 200

7. Declaraciones finales:
- Colombia 201
- Racismo y xenofobia 202

8. Acuerdo de Buenos Aires 203

9. Valoración
- M.ª Teresa Fernández de la Vega.- Vocal del Consejo General del Poder Judicial (España). Responsable del Area Internacional 205

CONVOCATORIA

A QUIEN INTERESE

Con motivo del III Congreso de la asociación española "JUECES para la DEMOCRACIA", (San Sebastián, Junio de 1989) por los representantes de las asociaciones europeas y latinoamericanas presentes en el evento, se suscribió el siguiente documento de intenciones:

"En la ciudad de San Sebastián (España), a los veinticuatro días del mes de junio de mil novecientos ochenta y nueve, se reunen los Magistrados y funcionarios judiciales de diferentes países europeos y latinoamericanos que firman al pie, que, compartiendo inquietudes sobre la administración de Justicia en sus respectivos países y compartiendo además un compromiso para desarrollar los valores e ideales de la democracia en el seno y en la actuación concreta de estos poderes, expresan la necesidad de crear, desarrollar y reforzar vínculos de mutua cooperación, apoyo y solidaridad, tanto a nivel de operadores judiciales en forma individual, a nivel de las asociaciones nacionales formadas o a formarse bajo estas mismas inquietudes y compromisos.

A tal efecto, se comprometen a explorar canales de asociación, intercambio cultural y apoyo recíproco tendientes a promover y facilitar la difusión de los principios democráticos y pluralistas en sus distintos sistemas judiciales, asegurar la independencia interna y externa de sus integrantes, su reclutamiento y adiestramiento sin condicionamientos ideológicos o de extracción social, establecer sistemas adecuados de autogestión, promover una mayor conciencia de la función judicial en la tutela y protección efectiva de los derechos humanos y la realización sustancial y no formal de los valores y garantías constitucionales en el marco de un Estado de Derecho".

Dentro de este marco de intenciones, nuestra asociación JUECES para la DEMOCRACIA, en coordinación con las asociaciones europeas que integran la asociación "MAGISTRADOS EUROPEOS por la DEMOCRACIA y las LIBERTADES" y asimismo en coordinación con la argentina "ASOCIACION de JUECES y FUNCIONARIOS para la DEMOCRACIA y las LIBERTADES" promueve la celebración de un seminario sobre la "INDEPENDENCIA JUDICIAL en Latinoamérica" que tendrá lugar en Buenos Aires (Argentina) los días 25, 26 y 27 de Marzo de 1991, para facilitar el intercambio cultural entre los magistrados latinoamericanos y europeos que asistan a este encuentro internacional.

Barcelona, 10 de Noviembre de 1990

JUECES para la DEMOCRACIA
Comisión de relaciones con Latinoamérica

El Presidente,

Antonio Doñate

APERTURA DEL SEMINARIO

Me ha parecido oportuno, dado que habloen nombre de la asociación convocante "JUECES para la DEMOCRACIA" de España, no adentrarme en estos momentos iniciales de apertura del seminario en los temas o ponencias concretas que van a ser el contenido esencial del mismo, sino preguntarme e intentar dar respuesta en este acto del "por qué" y del "para qué" nos hemos reunido aquí, en esta bonita, entrañable, misteriosa, conversadora y melancólica ciudad del cono Sur americano.

¿POR QUÉ?

En mi país, toda realidad asociativo-judicial actual arranca de una asociación surgida en la clandestinidad, durante la dictadura del general Franco. Un grupo de Jueces, Fiscales y Secretarios al inicio de los años 70 constituyeron la que se llamó "JUSTICIA DEMOCRATICA" con dos objetivos esenciales, según mi opinión.

Uno, el contribuir codo a codo con las demás fuerzas culturales, sociales y políticas del país en la caída de la dictadura, conscientes de que el presupuesto previo a un ejercicio independiente de la función de juzgar es la existencia de un Estado de Derecho. En este ámbito, la actuación de Justicia Democrática fue una denuncia permanente de los sofismas arguméntales que el aparato institucional del régimen franquista utilizaba para presentarse como una democracia. No solo se hicieron informes anuales sobre la situación política del país, especialmente referidos a las reformas legislativas que afectaban a los derechos fundamentales, sino que Justicia Democrática formaba parte de plataformas políticas de oposición a la dictadura. Se valoró entonces que había que hacer política, si se quería llegar a la Democracia. Como dijo el anterior Vicepresidente del órgano de gobierno de la magistratura española, el magistrado Peris, al referirse a esta participación de los jueces en dichas plataformas: "para alcanzar un estado democrático no solamente está legitimada dicha participación, sino que constituye un deber ético del Juez".

El otro objetivo esencial de JUSTICIA DEMOCRATICA, fue mantener abierto un debate sobre cómo podía articularse un poder judicial dentro de un sistema democrático. No es de extrañar por tanto, que nuestra Constitución de 1978 recogiese la inmensa mayoría de las conclusiones del congreso celebrado en la semiclandestinidad en 1977.

Fue esta asociación, que surgió y se mantuvo como plataforma con voluntad pluralista, la que propició la creación, años más tarde, de la Asociación Profesional de la Magistratura, de la que un tiempo después se desgajó Jueces para la Democracia al no aceptarse por aquélla la existencia dentro de la asociación de corrientes con voz propia. Y posteriormente surgió una tercera asociación "Francisco de Vitoria", con pretendida vocación de centro.

Con otras variantes y consecuencias y a partir del movimiento social-político de

1968, surgen también en otros países europeos asociaciones con fines y objetivos muy semejantes a los de JUECES para la DEMOCRACIA, que en los años 1985-86 se plantean la necesidad de conjugar sus esfuerzos, ante el avance de la integración europea. Surge así MEDL, Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades.

Las visitas que varios miembros de la Asociación han realizado a diversos países de Centro y Sudamérica formando parte de Comisiones de estudio sobre la situación de los derechos humanos en dichos países, han traído como consecuencia el inevitable contacto con la realidad latinoamericana y la respuesta que el poder judicial de cada país está dando a su respectiva problemática. Algún otro asociado ha sido llamado a colaborar en anteproyectos de normas orgánicas del poder judicial, y en otros casos, se ha aprovechado un viaje privado para entrar en relación con algún juez latinoamericano.

Todo ello nos llevó a hacer consciente la necesidad de colaborar con los jueces o asociaciones de jueces latinoamericanos, en una línea de intercambio cultural judicial y también de apoyo y solidaridad en la perspectiva de una profundización democrática, o de su consecución en los países en que imperaban sistemas más o menos autoritarios. Dialogar sobre el rol de los jueces en un Estado de Derecho podía producir un enriquecimiento mutuo de gran interés.

Así, el III Congreso de la asociación "Jueces para la Democracia", celebrado en Santiago (Galicia), aprobó la creación de la "Comisión de relaciones con Latinoamérica".

A través de la misma se mantuvieron diversos contactos con jueces y asociaciones de jueces de Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia y Nicaragua, que culminaron en la invitación que se les cursó para su asistencia al IV Congreso en San Sebastián en junio del año 1989 gracias a la celebración del ICI. Para este mismo Congreso se cursaron también invitaciones a las asociaciones integrantes de la Asociación europea MEDL, manteniéndose durante el Congreso diversas reuniones de trabajo que dieron lugar al "Documento de intenciones" suscrito por los asistentes a las mismas y que algunos de los aquí presentes ya conocen, por ser incluso firmantes del mismo. Y fue allí donde precisamente se acordó convocar un Seminario a celebrar en Buenos Aires sobre la "Independencia judicial en Latinoamérica", que es el que hoy se inicia.

Si en este seminario se encuentran compañeros de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, es simple y sencillamente porque no hemos podido o sabido entrar en relación con compañeros del resto de los países latinoamericanos. Y aquí quiero señalar la inestimable colaboración que nos ha brindado el actual Presidente de la Asociación Americana de Juristas, Sr. Szmukler, a partir de su estancia en Barcelona durante el Congreso de dicha Asociación en 1989.

Llegado a este punto, aprovecho para indicar cuáles han sido las fuentes de financiación, pues considero muy conveniente que también en este ámbito la transparencia esté presente desde los primeros momentos de la confiuración de nuestro modo de relacionarnos. Tal como reza el cartel anunciador del seminario

(sobre el que volveré dentro de poco) las instituciones coadyuvantes han sido: la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), el Ayuntamiento de Barcelona, la Consellería de Justicia de la Generalitat de Catalunya y la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid".

También están aquí compañeros africanos de Angola y Mozambique, gracias al esfuerzo de los amigos portugeses, de cuya presencia también debemos congratularnos.

Ahora bien, si también estamos aquí presentes jueces europeos es porque consideramos necesario quienes nos reunimos en San Sebastián que también Europa tiene que aprender de la realidad americana y de cómo los jueces latinoamericanos ven su entorno y plantean la solución de sus problemas.

Terminando con la respuesta al por qué estamos aquí reunidos, diré que además de las anteriores explicaciones, concurren unas razones, que creo no equivocarme si afirmo que pueden ser asumidas por todos los participantes:

- Que la justicia no es algo que nos deja indiferentes. Que no es un mero modus vivendi, aunque también sea la forma de ganarnos la vida.

- Que la realidad social y el modo en que se organizan los colectivos judiciales nacionales respectivos tampoco nos dejan indiferentes.

- Que pretendemos no estar anclados en posiciones de rancio sabor formalista/autoritario, para los que la credibilidad de la sociedad en los jueces se deriva directamente de la "autoritas" del "imperium" que otorga el mero uso de la toga, la medalla o el fajín, sino que pensamos que la confianza del justiciable no se otorga sino que se conquista con el actuar individual y colectivo de cada día.

- Que nuestro talante democrático nos lleva a mantener frente a la histórica contraposición autoridad/súbdito la afirmación de una Administración de justicia como servicio público al ciudadano.

- Que intentamos vivir nuestra independencia no como privilegio, sino como herramienta de amparo, como baluarte garantista de los derechos fundamentales del ciudadano, y no solo frente a actuaciones prepotentes de las instituciones públicas, sino también frente a los poderes "de facto".

- Que percibimos la exigencia social de ser jueces garantes de los espacios de libertad que la dinámica social tiende a conseguir, denunciando individual o colectivamente cualquier intento de recortar tales espacios.

- Que nos sentimos interpelados por la función de jueces "reformadores de profesión" (en la atinada concepción del ex-magistrado italiano Ferrojoli) ante la separación que siempre existe entre Constitución y derecho positivo, entre normatividad y efectividad, llevando dicha función de tutela más allá de la pura literalidad de la Ley, bajo las coordenadas de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que como valores superiores del ordenamiento jurídico propugnan Constituciones como la

española de 1978.

- Que sabemos, por tanto, que nuestra función no es neutral y no nos convence el supuestamente aséptico enclaustramiento técnico-jurídico al que se aferran quienes bajo una bandera engañosa de "apoliticismo", pretenden ignorar la demanda de justicia del tiempo y lugar donde actúan.

- Que nos sabemos interpelados por la exigencia, en algunos países como Italia o España de carácter constitucional, de remover los obstáculos que dificultan o impiden que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, cuando se nos someten a juicio los conflictos sociales en nuestra también condición de "pacificadores de profesión".

- Pero que nos sabemos también responsables y valoramos la crítica pública no solo como uno de los instrumentos más eficaces de control de las resoluciones judiciales, sino también como mecanismo de refuerzo de nuestra propia independencia.

- Que interesamos que el Estado proporcione a la administración de justicia los recursos personales, materiales y legales adecuados al momento presente con los que poder atender la creciente demanda de justicia de los ciudadanos y en consecuencia, jueces dispuestos a denunciar públicamente las deficiciencias cuando ya están agotados sin éxito los cauces ordinarios de reclamación.

- Que somos conscientes también que esta actitud ante nuestra función como jueces trae problemas -en algunos casos de riesgo de pérdida de la propia vida como desgraciadamente está ocurriendo en Colombia y Guatemala- pero se acepta el reto en aras de esa pequeña o gran utopía de la justicia como auténtico servicio público ágil y eficiente, amparador del más necesitado de tutela.

Pero no nos engañemos, creo también no equivocarme si afirmo que asimismo estamos aquí porque no nos sentimos en posesión de la verdad ni somos realmente cual acabo de describir, sino en muchas facetas meros aprendices de ese juez reformador, pacificador y garante de derechos individuales y colectivos que nuestra respectiva realidad social nacional está reclamando.

¿PARA QUÉ?

Hasta aquí algunas de las razones que me ha parecido pueden explicar el por qué estamos aquí reunidos.

Veamos ahora el "para qué".

Se trata de ir dando cumplimiento al "documento de intenciones" de San Sebastián.

Así lo concebimos entonces y estoy convencido que así va a ser, de que este seminario era una muy interesante plataforma de debate, de intercambio cultural entre las distintas realidades latinoamericanas y europeas.

Este seminario nos invita al análisis de como anda de maltrecha nuestra respectiva independencia judicial, los males que la aquejan, o cómo es burda o sibilinamente quebrantada.

Considero, no obstante, que pese a que el título del seminario apunta el peligro de centrar este análisis en Latinoamérica, como si en Europa la independencia judicial gozase ya de buena salud, esto no se va a producir, por dos razones: una y la más esencial, porque no es oro todo lo que reluce en Europa y los embates antidemocráticos afloran constantemente desde las corrientes más ultraconservadoras a las más recientes posiciones neoautoritarias bajo el señuelo del pragmatismo o de las "sagradas razones de Estado".

La otra razón, porque conociendo la trayectoria pública de la inmensa mayoría de los participantes europeos, parece que las intervenciones previsibles van a estar alejadas de cualquier tentanción chovinista.

Cada país interviniente va a aportar una experiencia, una realidad socio-política, económica y cultural, y también una o más maneras de entender la independencia judicial y el modo de garantizarla, pero así mismo, estoy convencido que a ninguno de los participantes les anima la idea de alimentar el "complejo de copia". A lo máximo que pueden aspirar algunas intervenciones es a servir de mero contrapunto en la vía hacia la plena recuperación del Estado de Derecho por el que caminan algunos países aquí presentes.

Finalmente, cabe señalar que también fue concebido en San Sebastián este seminario para facilitar el conocimiento entre sí de los jueces participantes y de sus respectivas realidades asociativas.

Si fijamos en dicha ciudad el compromiso de explorar canales de asociación, y de crear, desarrollar y reforzar vínculos de mutua cooperación, apoyo y solidaridad, tanto a nivel individual como al de asociaciones nacionales formadas o por formarse bajo las mismas inquietudes y compromisos de profundización democrática, es indudable que tenemos ante nosotros en este seminario una buena oportunidad de adentrarnos por estos derroteros.

Y este objetivo del encuentro en Buenos Aires, a mi modo de ver, no es casual. Guarda una estrecha relación con el tema central del seminario.

Vamos a estudiar la independencia y en algún momento hemos de llegar necesariamente a definir el papel que el asociacionismo judicial juega en la defensa de aquélla. Será en ese momento cuando debamos preguntarnos cómo se articula este extremo en nuestra propia realidad nacional, a escala regional y por qué no a escala internacional.

Que hayamos concurrido a la llamada un número superior a 150 jueces, que procedemos de tres continentes y que además pretendemos reflexionar juntos sobre un tema tan vital para la vida democrática me parece un hecho francamente alentador dentro del sombrío panorama internacional de hoy en día. Creo que hemos puesto un

bloque más en el edificio asociativo en construcción cuya primera piedra, por partir de algún momento, fue el tan citado documento de intenciones de San Sebastián.

Les invito a explorar cómo el pintor ibicenco Pere Planells ha sido capaz de plasmar en un solo cartel, las ideas que tanto tiempo y con mucha menor maestría, me ha costado intentar hacerles llegar a este acto. Muchas gracias por su atención.

Buenos Aires, 25 de Marzo de 1991

Antonio Doñate

Presidente de la Comisión de relaciones con Latinoamérica de "Jueces para la Democracia" de España.

No hay justicia sin democracia ni democracia sin justicia. Pero, ¿De qué democracia y de qué justicia hablamos?

Sin duda, eran conscientes de lo que hacían nuestros colegas europeos cuando nos propusieron convocar a este Primer Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica. Porque no es posible imaginar un estado de derecho sin una justicia independiente de los otros poderes y de los grupos de presión que compiten en el seno de las sociedades modernas buscando espacios cada vez mayores.

Me parece indispensable considerar el marco mundial y continental en que nos encontramos y someterlo a crítica porque ese es el telón de fondo que otorga sentido último a nuestra acción como jueces.

Quienes se oponen a este tipo de análisis parecen no advertir que siempre, explícita o implícitamente se juegan las ideologías, que gozan de muy buena salud, a pesar de los agoreros que vienen anunciando su muerte desde hace cuarenta años, por lo menos. Creo que es tan importante entender los cambios políticos como conocer las doctrinas jurídicas.

Hay modas intelectuales que cabalgan sobre intereses bien concretos y que a pesar de su falta de fundamentos genuinos, o tal vez por eso mismo se imponen con técnicas publicitarias y causan mucho daño. Un ejemplo es el neoconservadorismo, a veces rotulado como postmodernismo y que entre nosotros conduce a una mezcla explosiva de liberalismo económico y fascismo político.

Una mirada sobre el mundo no será lo más apropiado para levantarnos el ánimo, pero nos ayudará a expresar qué pensamos los jueces que nos proponemos luchar por la democracia y las libertades.

El nivel de irracionalidad que se observa es muy alto. ¿Habrá que repetir una vez

más que con el dinero que se gasta en armas se podrían resolver todos los problemas sociales de la humanidad, generadores, precisamente, de las tensiones que inducen a los países a armarse?

La caída del muro de Berlín disipó el mito del llamado socialismo real pero no resolvió las contradicciones que existen en el seno de la sociedad capitalista. Por el contrario, posibilitó el resurgimiento de otro mito que encubre la ferocidad de un capitalismo salvaje que creíamos enterrado para siempre con las cenizas del siglo 19.

El despertar de los pueblos a formas más libres de convivencia, dato sin duda positivo, da lugar también a la explosión de los nacionalismos y al racismo.

En un documento publicado a propósito del conflicto del Golfo Pérsico por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, de la República Argentina, se dijo que la guerra ha de traer más pobreza, más lacras y más desequilibrios que estimularán nuevas hostilidades e irán a fortalecer el círculo perverso del cual pareciera no poder salir la humanidad.

A modo de consuelo se podría decir que si repasamos la historia encontraremos que en todas las épocas ocurrieron cosas parecidas a las de hoy: invasiones, genocidios, apropiación idebida de riquezas ajenas, absolutismo, corrupción y cuantos males quiera uno pensar. Sin embargo, en la actualidad los desastres ecológicos y la sinfonía final que se puede interpretar con los instrumentos nucleares constituyen advertencias de una magnitud sin precedentes.

Nos hablan de un nuevo orden internacional, pero hasta ahora se parece más a un caos, salvo la insinuación de una potencia como policía del planeta.

¿Qué lugar ocupará el tercer mundo en ese supuesto nuevo orden?

Nuestra historia reciente nos obliga a ser cautos. En toda Latinoamérica se dio el mismo fenómeno: los ejércitos fueron usados por las oligarquías, que apelaron a la simplificación maniqueísta de la guerra fría para justificar su predominio. Los genocidios se extendieron en los años setenta como una plaga por todo el continente. Todavía quedan restos del incendio en Centroamérica. Detrás de ese proceso hubo grandes potencias que proveyeron a los dictadores la doctrina con que pretendían justificarse y además los instruyeron en la práctica de la tortura para aplastar las disidencias. Curiosamente, al mismo tiempo denunciaban a esos regímenes ante los organismos internacionales por violación a los derechos humanos y les negaban respuestos para el armamento.

Ahora estamos en un tiempo en que se respetan las formas institucionales, pero todo se condiciona a los grandes intereses económico-financieros y resulta una democracia un tanto **contrahecha**.

En algunos países las dictaduras iniciaron la política del ajuste perpetuo, una suerte de revolución permanente al revés, donde las clases altas expropian, en recurrentes golpes de inflación, a las capas sociales inferiores. Las formas han cambiado, pero al sistema actual produce tantas o más muertes que el anterior, del

cual es su criatura. Sólo que las víctimas hacen menos ruido porque ahora preferentemente mueren de hambre o por enfermedades que ya deberían estar erradicadas del planeta.

Al amparo de esas doctrinas económicas en boga, que han hecho más daño que todas las guerras, nuestros negocios son dirigidos por personeros de grandes intereses, que confunden los comportamientos económicos ilícitos con las necesidades de la naturaleza y equivocan deliberadamente el método de acceso a los problemas sociales.

Los jueces latinoamericanos tenemos que comprender que habitamos un continente signado por contradicciones que implican verdaderas esquizofrenias sociopolíticas, que, no obstante, a un nivel práctico exhiben una clara racionalidad a favor de los países centrales y en contra de los periféricos. Aquellos cuentan con la complicidad de las viejas y nuevas cúpulas vernáculas, que han continuado en su tradicional papel de socios menores pero privilegiados respecto de sus propios pueblos, actuando como sectas que viven y crecen a expensas del bien general. Los conflictos que se dan entre algunos de los grupos locales y los intereses externos no alcanzan para revertir la situación: unos y otros coinciden en el modelo del enclave exportador, que margina a las grandes mayorías. Parecen tratar a los asentamientos humanos como si fueran formaciones geológicas.

El carácter precario de nuestras democracias está potenciado por el feudalismo de las oligarquías provinciales que, tanto en la Argentina como en otros países de latinoamérica, ejercen verdaderos nepotismos que trasladan sus vicios a los ámbitos nacionales. Entre nosotros el caso paradigmático es Catamarca, pero hay por lo menos siete provincias más, de las 23 que integran la Nación, que están en las mismas condiciones. En el resto la democracia todavía balbucea.

Por eso, al abordar el tema de la independencia judicial, nos preguntamos: ¿Independencia de qué poder político y en qué mundo?

El asalto al Palacio de Justicia de Bogotá es un símbolo cruel de los riesgos a que está sometido el poder judicial en nuestro continente. Pero hay otros asaltos que se perpetran cada día, con mayor o menor sutileza, y que nos reiteran el interrogante.

Estos son tiempos en que no hay margen para la frivolidad de creer que los jueces podemos vivir en una isla. Sólo en una democracia plena encontraremos garantías para nuestra función, que deberá tener en cuenta los problemas sociales.

Desde luego que no incurro en la ingenuidad de creer que dictando sentencias vamos a resolverlos, pero sólo su comprensión puede dar sentido a nuestras decisiones, que eludirán así el peligro de parecerse a la mera aplicación de reglas de juego neutras de valor.

Podemos y debemos propiciar la democracia interna en todas las instituciones, especialmente en aquellas llamadas intermedias: asociaciones civiles, universidades, gremios, cámaras patronales. El imperio del derecho es altamente educativo

para la comunidad y una justicia democrática exige que los justiciables entiendan el sentido de las resoluciones. La nuestra es una labor humana y como cualquier otra, sujeta a acierto y a error. Debe caer la ilusión de infalibilidad que tanto engaño ha generado y que tantas manipulaciones ha permitido.

No hay justicia sin democracia, pero ésta debe ser también económica. La desigualdad en este aspecto atenta contra los derechos humanos. Necesitamos una política en cuya elaboración participen economistas que sean también hombres de estado y privilegien el bien general por sobre los intereses de grupo, promoviendo el desarrollo que los mecanismos de mercado por sí solos no pueden garantizar.

La justicia argentina debió resistir la ruptura del orden constitucional en 1930, cuando un golpe de estado inauguró la serie de usurpaciones militares que hemos sufrido a lo largo de más de medio siglo. Pero no lo hizo y ello contribuyó a muchos de nuestros males.

Lo que aquí ha ocurrido es similar a lo que pasó en otros países hermanos, aunque los argentinos seamos tan afectos a los eufemismos y llamemos posibilismo o pragmatismo al cálculo mezquino, ilícitos o excesos a crímenes horrendos o desprolijidad a la corrupción.

La última dictadura provocó la desaparición forzada de miles de personas, otorgándonos el triste privilegio de haber inventado esa figura que no sé si llamar jurídica.

La derrota de las Malvinas condujo a la restauración de gobiernos elegidos por el pueblo, aunque sujetos a condicionamientos, de los cuales la referencia siguiente es sólo un ejemplo, pero un ejemplo clave, del que es imposible prescindir.

En 1983 se comenzó a juzgar a los autores de crímenes de lesa humanidad cometidos al amparo del aparato estatal. Los responsables fueron sometidos a procesos regulares, donde se les respetó el derecho de defensa que ellos habían negado sistemáticamente a sus víctimas. Pero algunas chirinadas militares estimularon reflejos de temor en las cúspides civiles del poder y una ley acortó los plazos de prescripción de aquellos crímenes aberrantes.

¿Cómo pudo creer la justicia argentina, que admitió la constitucionalidad de esa ley, que se ponía punto final a una época? ¿Qué parámetros históricos se manejaron? Lo cierto es que muchos asesinos se vieron de la noche a la mañana en libertad y sin proceso.

Después se dictó otra ley llamada de obediencia debida, donde se dio por supuesto, sin admitir prueba en contrario, ni siquiera la confesión del inculpado, que aquellos mismos delitos fueron consecuencia de órdenes irresistibles.

¿Por qué aceptó la justicia argentina esa imposición que parece contraria al abecé del derecho procesal?

Por último, el año pasado, en un festival de indultos se liberó a los responsables máximos de terrorismo de estado y a algunos de sus cómplices objetivos, líderes de

la subversión, a pesar de que habían sido condenados en juicios impecables.

¿Por qué eso también fue convalidado por nuestra magistratura? Aunque justo e indispensable es decirlo, se emitieron opiniones y votos disidentes de funcionarios y jueces en todas las instancias a favor de la doctrina correcta.

Fueron tres buenas oportunidades para que se pronunciaran las asociaciones de magistrados, pero guardaron silencio.

Quizá se atuvieron a la enseñanza que dice que los jueces sólo hablan a través de sus sentencias. Lástima que en éstas se expresaron de un modo aparentemente inexplicable. Se dijo que los indultos se acordaron para pacificar el país y en realidad no había ninguna guerra. También se afirmó que el Presidente de la República tenía la facultad de indultar sin control de los jueces, inclusive a aquellos que estaban todavía bajo proceso, siguiendo la peor doctrina. Pero nuestra Constitución dice que sólo las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral, están exentas de la autoridad de los magistrados. ¿Pueden tener lugar en una república actos administrativos o políticos no sometidos al control de constitucionalidad?

Todas esas determinaciones, tan obviamente reñidas con una concepción republicana, fueron golpes muy fuertes al sistema de legitimidad. Porque los tres poderes del Estado no son compartimientos estancos y lo que afecta a uno afecta a los otros. En cada situación importante se pone en juego la credibilidad del sistema. El poder es dinámico y se desplaza constantemente. Cada una de las instituciones debe asumir en el momento oportuno la plenitud de su capacidad de decisión para no generar vacíos, que inevitablemente conducen a la injusticia impuesta por los más fuertes.

No obstante, debemos rescatar el valor moral de aquellos juicios como expresión del repudio de la sociedad argentina al terrorismo de estado. Los retrocesos posteriores no alcanzan a destruir la fuerza ética de las condenas, que está por encima de cualquier contingencia.

Creo que nuestra Asociación de Jueces y Funcionarios para la Democracia y las Libertades está llamada a llenar un sensible vació en nuestra vida institucional.

Necesitamos una democracia pluralista, participativa, solidaria, de hombres que tengan el hábito de inclinarse ante la ley para no tener que postrarse ante los tiranos, como dijeron los constituyentes argentinos de 1853 en su mensaje al pueblo de la República.

Hay una calle en San Remo, Italia, por donde pasaron hace dos mil años las legiones de César que iban a conquistar las Galias. Hace casi dos siglos, en sentido inverso, por el mismo lugar desfilaron las tropas napoleónicas, que iban a conquistar Italia. Dos milenios sin cambio en el esquema.

A pesar de las infinitas muestras de estupidez y de egoísmo que ha dado el hombre, ante las puertas del tercer milenio no deberíamos renunciar a la utopía, aunque por el momento nos conformemos con fines más modestos.

Repitamos a nuestros países la exhortación del gran Heráclito, paradójicamente llamado el oscuro: "El pueblo debe combatir por la ley como por sus murallas".

Hoy más que nunca. Gracias.

Horacio N. J. Vaccari

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la República Argentina

---

EXCMAS. AUTORIDADES

EXCMOS. ILMOS. SRAS. Y SRES.

QUERIDAS COMPAÑERAS Y COMPAÑEROS

Asistir y participar en el Seminario que sobre **"La Independencia Judicial en Latinoamérica"** hoy comienza en esta ciudad, en la que tan calurosamente hemos dio recibidos, es un acto de particular importancia que sin merecer otros ámbitos trasciende en mi entendimiento el marco habitual de una Reunión de trabajo de Jueces y Magistrados.

No quisiera que mis palabras se interpretaran como las propias de un discurso cortés o de compromiso. Nada más lejos de mi intención.

Este Seminario es, por una parte, como ya se ha puesto aquí de manifiesto el resultado de un trabajo serio y responsable llevado a cabo en los últimos años entre Jueces y Asociaciones de Jueces Latinoamericanos y Europeos. Por otra, es la puerta de entrada al establecimiento de una colaboración estable y permanente de carácter internacional, un foro común entre Magistrados que defienden una concepción de la sociedad basada en los principios de la igualdad, la libertad, la justicia y la solidaridad, en la que el Poder Judicial independiente frente asimismo y frente al resto de los poderes del Estado es una de las piedras angulares de la democracia y de las libertades.

El Consejo General del Poder Judicial del que hace escasos meses formo parte, ha considerado que una de las tareas a desarrollar en su mandato es la de sentar las bases para el desarrollo de una política estable y permanente de cooperación judicial internacional en el ámbito de sus competencias.

Las relaciones políticas y económicas entre los distintos países son cada vez más intensas, proliferan los foros internacionales, son múltiples los tratados bilaterales y multilaterales que el Juez debe conocer y es por tanto imprescindible sobre todo, teniendo en cuenta que el anacrónico concepto de soberanía nacional está cada vez

puesto en cuestión una cooperación judicial internacional para un correcto y eficaz desarrollo de la función jurisdiccional, pues realmente hoy ya no puede hablarse con propiedad del Juez como Juez nacional. En suma, existe toda una realidad respecto a la que el Poder Judicial no puede permanecer a espaldas.

Para una eficaz consecución de esta tarea, el Consejo General del Poder Judicial, ha creado un Area funcional de Cooperación Internacional que desarrolle y ponga en marcha todo un programa sobre las bases entre otras de:

- Potenciar las relaciones institucionales bilaterales y multilaterales de los Organos del Poder Judicial de los distintos países.

- Establecer Acuerdos-Marco y Convenios en materia de selección y formación de Jueces y Magistrados que permitan el establecimiento de un foro permanente y estable de debate e intercambio de experiencias.

- Así como apoyar a las Asociaciones Judiciales en el ámbito de las relaciones internacionales, que no pueden quedar hoy limitadas al marco estrictamente institucional, dado el cada vez más creciente protagonismo que el asociacionismo judicial representa y debe representar, y del que es expresión concreta este Seminario.

Por otra parte, la Cooperación Judicial con Latinoamérica se considera prioritaria en el ámbito de la cooperación internacional. De especial interés estimamos el conocimiento de la realidad judicial de los distintos países, las dificultades que en algunos de ellos pueden existir para adaptar el Poder Judicial a las exigencias del Estado Democrático y la utilidad que a este respecto puede representar la experiencia española de los últimos años.

Pienso que quizás no es casual que el tema objeto de este Seminario sea "**La independencia Judicial en Latinoamérica**".

No voy a disertar aquí sobre la independencia judicial, a lo largo de estos días va ha haber tiempo más que suciente para hablar de todo ello.

Solamente quiero decir algo que no por repetido y obvio es menos importante, y es que, -sin independencia judicial no puede haber democracia, lo mismo que no hay democracia sin independencia judicial, -que sin independencia judicial no puede hablarse de Estado de Derecho y, en suma, -que sin independencia judicial es difícil que haya Justicia.

- Que la independencia judicial no existe solo porque existan declaraciones-programáticas que lo afirmen, sino que es absolutamente imprescindible, además de crear los resortes legales necesarios, la voluntad política y el compromiso democrático de respetar el ejercicio de la función judicial con plena libertad e independencia. Porque ocurre a veces que cuando las sociedades cambian, cambian los resortes del poder y con ellos los mecanismos de interferencia se hacen o pueden hacerse más sutiles, viniendo de este modo a quebrar en su resultado lo que inicialmente aparece incompatible con un Estado Democrático de Derecho.

Si el problema puede plantearse, incluso en los modelos Constitucionales que han optado por la creación de un Organo de Gobierno del Poder Judicial, al que se le atribuyen una serie de funciones encaminadas a evitar las interferencias y específicamente a velar por la independencia de los Jueces, que no puede ocurrir en aquéllos en los que dichas funciones están atribuidas a los mismos poderes. Es allí donde fundamenalmente esos restantes poderes del estado deben ser especialmente sensibles hacia el ejercicio de la función jurisdiccional y garantizar su independencia.

Por todo ello, **el Consejo General del Poder Judicial** ha considerado importante la participación en este Seminario que esperemos como decía al inicio de mi intervención, sea de apertura a la constitución de un foro permanente de debate de los problemas específicos del Poder Judicial.

M.ª Teresa Fernández de la Vega Sanz

Magistrada

Vocal del Consejo General del Poder Judicial de España.

Responsable del Area Internacional

En nombre del Gobierno de la Nación Argentina les doy la bienvenida. Es para mí un honor dirigirme a ustedes con motivo de la apertura del primer Seminario Internacional sobre "La Independencia Judicial en Latinoamérica". A la naturaleza de las asociaciones concurrentes, calidad de sus miembros e índole del tema, se suma la elección de la sede, distinción cuyo exacto significado aprecio hondamente como miembro de la magistratura argentina.

No es esta una reunión más de juristas signada por las discusiones tecnocráticas. Es un encuentro vital entre los protagonistas del derecho real y viviente, artífices de decisiones cuya fuerza jurígena va moldeando día a día, silenciosa y casi anónimamente las regias de la convivencia pacífica.

La tripartición de poderes y funciones, con la consecuente independencia judicial, es letra escrita en las constituciones liberales del siglo pasado, adoptadas por nuestros pueblos latinoamericanos.

Sin embargo, esa independencia, pese a su consagración formal es, todavía, una aspiración no suficientemente concretada en los países del área. Las razones son múltiples y suficientemente conocidas: el predominio del pensamiento autoritario favorecido por la quiebra generalizada del orden constitucional, con la débil intermitencia de gobiernos democráticos; la posesión del poder real en manos de minorías; la inmiscusión en las decisiones de los jueces; la exclusión de vastos sectores del derecho a la jurisdicción; la ausencia de recursos y la pobreza, en algunos casos,

extrema.

En ese contexto, la labor insigne que toca a los jueces en la defensa del orden jurídico, las garantías individuales y los derechos humanos frente a los desbordes del poder.

Y tanto más efectiva será esa defensa cuanto mayor sea la independencia de aquéllos, no sólo para decidir sino para obtener un pleno acatamiento a sus decisiones.

El prerequisito de esa independencia es la democracia, único marco posible de la coexistencia. Más ello no bastará si no se la acompaña de una sólida convicción política que la ponga al amparo de apetencias mezquinas o de conveniencias meramente circunstanciales. El arte de gobernar es el arte de convencer más que el de imponer; el de compartir el poder autolimitándose en su ejercicio a pesar de la seducción de las propias razones.

Este encuentro me entusiasma porque supone un aporte intelectual y moral a esa independencia tan apetecida.

Séame permitido señalar algunos de los medios tendientes a la consecución de tal objetivo:

- Mecanismos democráticos de elección y designación de Magistrados y Funcionarios que garanticen la idoneidad, la honestidad y la independencia de criterio.

- La ciega subordinación del poder político a las decisiones de sus jueces.

- Co-gobierno de los jueces como modo de armonizar y contrapesar los otros Poderes del Estado.

- Remuneraciones dignas que prestigien la Magistratura y alienten la permanenciade sus miembros.

- El aseguramiento del acceso a la jurisdicción de todos los sectores de la vida social, para que la Justicia sea un bien común.

- La difusión masiva y permanente de los derechos que acuerda el orden jurídico y de sus mecanismos para efectivizarlos.

- La modernización de los procedimientos y de los sistemas con la sanción de nuevas leyes e incorporación de tecnología avanzada.

- El robustecimiento de los poderes del Juez en orden a la elección y aplicación de sanciones penales, mediante mecanismos alternativos a la prisionización.

- Adopción de la oralidad y publicidad de los procesos.

- La defensa a ultranza de la inmutabilidad de la cosa juzgada, lograda mediante el debido proceso.

- La erradicación de comisiones especiales, cualquier que sea su finalidad para la investigación de hechos delictivos.

- El derecho al amparo de los Jueces contra actos arbitrarios de otros poderes que pongan en riesgo alguna garantía constitucional.

- La facultad por parte de aquéllos de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

- El aseguramiento del control judicial suficiente de los actos de la Administración respecto de los administrados.

Estos, entre muchos otros, son algunos de los pilares sobre los que habrá de construirse la Independencia Judicial en Latinoamérica, y estoy seguro que este encuentro que hoy los congrega en nuestra Patria, servirá no sólo para cimentar conceptos, sino también para trasvasar experiencias enriquecedoras cuya última finalidad será, siempre, la dignificación del hombre.

Doctor León Carlos Arslanian

Secretario de Estado para la Justicia de la República Argentina.

PONENCIA

"JUEZ Y SOCIEDAD"

PONENCIA: JUEZ Y SOCIEDAD

I.- Un querido compañero decía en un trabajo publicado allá por el comienzo de los años ochenta, al referirse a la jurisprudencia española en materia de moral sexual, lo siguiente: "Un hipotético científico social que desde las alturas de cualquiera de los siglos venideros tratase de analizar el comportamiento sexual de los ciudadanos de este siglo, sin más documentación que la jurisprudencia de los Tribunales, se encontraría en gravísimas dificultades para entender lo que había sido la realidad concreta y los patrones sociales vigentes".

Esta apreciación de P. ANDRES IBAÑEZ en relación a lo sexual, pienso que podría extenderse sin riesgo alguno de equivocación a todos aquellos sectores de la actividad judicial en que la aplicación de la norma deja abierto un margen de discrecionalidad, un espacio de libertad, que debe ser llenado mediante la funcionalización de valores y criterios ajenos a los estrictos mecanismos del legalismo positivista.

El "decálogo" entre actividad judicial y realidad social no es que pueda considerarse como algo específico de nuestro país, pudiendo considerarse como una constante histórica, esa tendencia del aparato judicial para, como dice SALVATORE SENESE, recuperar las concesiones legislativas o neutralizar los contravalores y mantener los valores tradicionales. Lo específico del caso español en razón del régimen político que "disfrutamos" durante cuarenta años, ha sido el grado desmesurado que alcanzó la separación.

La distinción entre la España **oficial** y la España **real** fue, como señala ANDRES OLLERO, uno de los tópicos más verdaderos de los últimos años del franquismo. Mientras la retórica política seguía anclada en fórmulas desfasadas, la sociedad española contemplaba con despego toda esa retórica convencida de que muerto Franco nada podría ser lo mismo. La transición no comienza con sus funerales; el legendario hecho biológico se esperaba desde hacía años como su nacimiento; como la aparición **oficial** de un proceso vivido ya mentalmente por la sociedad española. Del mismo modo la separación entre la justicia "oficial" y las ansias de justicia "real" que se manifestaba en la sociedad española como consecuencia de los cambios culturales, económicos y morales, es un dato incontestable de los últimos años del franquismo que se prolonga aún mucho tiempo después de producido el cambio que significó la promulgación de la Constitución.

En las líneas que siguen trataré de señalar algunos de los datos productores de la separación Juez-sociedad y examinar la situación en el momento actual a los 12 años de promulgada la norma fundamental.

II.- A) La **legitimación inicial del Juez**, la selección para entrar en la denominada "Carrera judicial", es uno de los datos primeros a tener en cuenta.

El reclutamiento de juez-funcionario se ha realizado siempre a través del sistema

de las oposiciones, en que la culturalización del juez consiste en la adquisición de una serie de conocimientos memorísticos que no contribuyen precisamente al conocimiento de la realidad y a la implicación en los problemas de la sociedad en que vive y cuyos conflictos está llamado a solucionar. Una oposición que se encara en un ámbito de aislamiento y que no hace sino profundizar en el estudio del positivismo legalista, que convierten al funcionario en el arquetipo de jurista que orienta tanto la enseñanza como el aprendizaje del derecho. Las oposiciones son como una reduplicación final condensada de lo que fue el estudio de la licenciatura. Se trata de obtener un compendio final, libre de erudiciones históricas o escarceos doctrinales, una especie de "parte especial de las partes especiales". Cualquier ajenidad a ese bagaje legalista, cualquier incursión de otras disciplinas o en otros conocimientos de lo real, se contemplan como innecesarios o incluso contraproducentes para el futuro ejercicio de la función de aplicadores de la ley que están llamados a desempeñar.

B) El sistema de oposiciones era determinante también de que el reclutamiento de los jueces se hiciera entre los pertenecientes a la clase media alta, con una evidente endogamia al menos hasta comienzos de los ochenta. Como señalaba J.J. TOHARIAen un trabajopublicado en el año 1974, era evidente que **partiendo de una clase baja o media era más difícil llegar a juez que a empresario**. Y ello no tanto por el atractivo económico del cargo sino por el prestigio de que se le rodeaba, revistiéndolo de un aura semejante al sacerdocio.

Más aún que los propios condicionamientos de clase, era decisivo la transmisión del sistema de valores que se hacía por los preparadores en su contacto diario con el educando. Un sistema de valores que se revestía de la unanimidad, que se mostraban como comunes a toda la sociedad española, que desconocía el pluralismo social y la emergencia de contravalores a los que descalificaba sin posible apelación. Exaltación de lo que se hacía aparecer como real y negación por peligroso para la función de juzgar de toda posibilidad de cambio.

C) Consideración del Juez en un intento de volver al más superado Montesquieu, como un aplicador mecánico de la ley y la actividad de juzgar como una función aséptica, técnica, que se lleva a cabo mediante la famosa subsucción silogística. El derecho aparecía en el Título preliminar del Código Civil como un conjunto de leyes y el juez no tendría como misión decir el derecho, hablarlo haciéndolo emerger como sentido coexistencial de una situación concreta, sino que sería un mero altavoz que pronuncia las palabras de la ley. Como consecuencia, señalaba también L.A. BURON en el año 1974, los jueces no tendrán que comprender la situación entera, ni calibrar todas las consecuencias del fallo, ni interpretar en ciertos dominios, es decir mediar entre la ley y los hombres.

El juez ideal, el juez deseable, es el juez aséptico y neutral que utiliza el material legalista que le es dado, sin preocuparse de las consecuencias sociales de su decisión, ni preguntarse por el significado de su función mediadora en una realidad social.

D) Como consecuencia de esa concepción de la figura del juez y del ejercicio de

su función, la independencia que retóricamente se proclamaba venía a identificarse con el apoliticismo esencial del juez. El mundo de la política y en general de la dialéctica social, se consideraba como el reino de lo nefando, como lugar de contaminación en el que no podía caer el juez sin enturbiar su angélico quehacer.

Sin embargo, aunque el sistema de reclutamiento del juez y la concepción del ejercicio de su actividad, no eran precisamente fomentadoras del juez con capacidad crítica, no podía desconocerse que esa apoliticidad esencial del juez es una coartada ideológica y que la existencia aislada de jueces discrepantes de lo impuesto y con capacidad crítica derivada de su contacto con la realidad social y política, obligados a una labor de neutralización.

Esta finalidad neutralizadora se llevó a efecto mediante: 1.º) El intento de desacreditar al juez "político" como figura anormal y perjudicial a la exigible imparcialidad de la potestad jurisdiccional; 2.º) El control gubernamental en el nombramiento de los cargos de mayor relevancia; 3.º) El trasvase sin solución de continuidad entre cargos judiciales y puestos relevantes en la administración; 4.º) El ejercicio selectivo de la potestad disciplinaria y represora; 5.º) La sustracción a la jurisdicción ordinaria de aquellos sectores de conflictividad en que lo técnico-jurídico aparece profundamente imbricado con la situación política y socio-económica.

E) El distanciamiento entre Juez y sociedad al que contribuirá decisivamente la exclusión concepción técnico jurídica de la función jurisdiccional, al potenciarla aún más con el marcado esoterismo de que se rodeaba su figura y el halo de condición cuasi sacerdotal de que se le revestía. La condición de brujo depositario de las palabras de la tribu, de poseedor de las fórmulas y claves mágicas, lo extrañaban en forma marcada de la sociedad civil. Un extraño momento que incluso se estimaba beneficioso para mantener intocada la virginal pureza de su quehacer técnicos.

F) Se hacía aparecer como dato de hecho y por supuesto valorado positivamente, la unanimidad ideológica de los miembros de la "carrera" judicial, dato y valoración que eran totalmente consecuentes con la condición exclusivamente técnica asignada a la función de juzgar. Aceptar la discrepancia, admitir la existencia de concepciones plurales sobre lo que significa el poder judicial en el conjunto de poderes del Estado y en su relación con la sociedad civil, significaba un importe punto de fisura que podía poner en peligro la serenidad y distanciamiento del quehacer judicial al introducir en el aséptico marco realizables ingredientes políticos.

G) En estas condiciones no sólo era impensable cualquier tipo de participación popular en la función de juzgar, sino cualquier forma de control social, aunque se ejercía con generosidad el proveniente de los propios órganos internos de la organización judicial o del ejecutivo.

La escasa relevancia en el aspecto político y social de las parcelas de conflictividad que habían quedado reservadas a la llamada sacralidad y limitar al máximo las críticas que pudiera formularse, funcionando con gran generosidad el delito de desacato.

III.- Todos estos datos que se mantienen inconmobiles durante muchos años,

comienzan a tambalearse a mediados de los años setenta. Algunos con una mayor intensidad que otros, pero determinando en el modelo sensibles quiebras y fisuras. Con sensibles dificultades y rechazos se formulan propuestas para un mayor acercamiento entre jueces y sociedad; se rechaza el planteamiento de la independencia judicial que suponga suscribir pautas de comportamiento insociable y se acentúa por el contrario la condición de ciudadano que comparte el juez.

1.º) La base teórica del trabajo judicial, el positivismo legalista, se ve en cierto modo erosionado con la reforma en el año 1974 del Título Preliminar del Código Civil, que aunque no supone una ruptura total suministra elementos para una diferente concepción de la actividad jurisdiccional y para una mayor apertura a la realidad social.

No es este el momento de entrar a examinar lo que supuso desde el punto de vista de la actividad jurisdiccional la reforma del Título Preliminar del Código Civil, pero no cabe duda que en el nuevo texto puede encontrar encaje un planteamiento más realista del derecho que deje de identificarlo con la ley, para presentarlo como un proceso interpretativo movido por **principios jurídicos**; permitía concebir el derecho como una realidad a buscar con la ayuda de diversos elementos que tendrían como punto de referencia común el texto legal. El juego combinado de los principios generales como fuente de Derecho y como informador del ordenamiento jurídico; de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y la equidad como criterio de interpretación y de las exigencias de la buena fe y la interdicción del abuso del derecho, permitían una marginación del estricto legalismo positivista y un mayor acercamiento a la realidad.

2.º) A estas fisuras en el monolitismo teórico del legalismo positivista, contribuyeron también las fórmulas italianas del uso alternativo del derecho, que comienzan a tener difusión en España a mediados de los setenta. Aunque con influencia minoritaria y en ocasiones muy mal comprendidas, enlazan con la crítica al positivismo, al plantear la imposibilidad de un manejo **científico** del derecho y al admitir el carácter abierto de este, con la consecuente permisión a poner en juego valores e intereses de relevancia social y de exigible protección.

3.º) La promulgación de la Constitución viene a suponer también un paso decisivo en la superación del positivismo legalista. Como ha dicho algún autor a partir de la vigencia de la norma fundamental, la ley es ley más Constitución y su interpretación y aplicación deben ser realizadas en el horizonte de la norma básica y en el marco abierto de sus posibilidades.

Lo que si debe recalcarse es que ninguna parte de la constitución puede hoy enfocarse como meras normas programáticas y que, aunque con diferente grado de aplicación y también de protección vinculan a todos los ciudadanos y a los poderes públicos. Fundamental es en este aspecto el artículo 53 de la C.E., que si bien establece diferencias en cuanto a los mecanismos de protección de los derechos y libertades recogidos en los capítulos II y III del título I y de los principios rectores de la política económica y social del capítulo III, dice en el párrafo 3.º que el **reconocimiento**, el **respeto** y la **protección** de dichos principios informará la legislación

positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Es indudable que el juego combinado del citado párrafo y el 2.º del artículo 9 de la C.E. -"corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, social, económica, cultural y social"- abre el camino para una práctica judicial emancipadora que tengan en cuenta los intereses y necesidades de las clases subalternas y no actúe como instrumento de desactivación de los cambios sociales y de freno a la emergencia de los valores contrarios a los dominantes.

4.º) La relación entre juez y política comienza a verse con una mayor naturalidad y sin el casi unánime rechazo de la época anterior. Un rechazo que en realidad lo era a aquellas actividades políticas distintas de la única existente y admitida.

Este acceso del juez al ámbito nefando de lo político se produce por una triple via: 1.º) En Primer lugar por el reconocimiento de que el juez es también un ciudadano y que en consecuencia puede e incluso debe mantener la opción política que estime conveniente; 2.º) Por la participación activa que algunos grupos de jueces, en condiciones en verdad difíciles, tuvieron en los últimos años del franquismo en organizaciones y colectivos que pretendían dar una salida democrática al sistema de poder dictatorial y 3.º) La revisión de la identificación mayoritariamente aceptada entre independencia y apoliticismo, entre imparcialidad y neutralidad ideológica, objeto de toda clase de interesadas manifestaciones, que en definitiva lo que pretendían era mantener al juez en la órbita de la política dominante. Es en la objetiva colocación del juez en sus relaciones con el poder y la sociedad donde radica la clase de la dependencia y también de la imparcialidad. La revisión del concepto independencia implícita en todos estos datos, deja fuera de duda que aquella no es en modo alguno función de la imposible neutralidad ideológica, sino precisamente la forma específica y que el magistrado tiene de ser político, no como transmisor meramente pasivo de opciones de política del derecho adoptadas en otras sedes y subrepticiamente filtradas en el momento interpretativo, sino como quien tiene que moverse inevitablemente dentro de márgenes no pequeños de discrecionalidad (P.A. IBAÑEZ).

5.º) También la eclosión del movimiento asociativo en el mundo judicial, aunque con limitaciones y cortapisas, ha significado una forma de apertura en la sociedad civil, una experiencia asociativa que también fue tachada de "politizada", cuando en realidad lo que vino a suponer fue la apertura al pluralismo de un ámbito hasta entonces politizado en un único sentido.

De una parte el nacimiento del asociacionismo significó la apertura de un marco de debate, de discusión, de reflexión, sobre el quehacer judicial y la posición del poder judicial en relación a los otros poderes del estado y a las instituciones y fuerzas sociales. La individual reflexión del juez tuvo ocasión de contrastarse pluralmente en el seno de la asociación y entrar en debate con otras opciones asociativas. Un debate que a pesar de los intentos en contra, no podía quedar circunscrito a los estrictos

intereses profesionales, sino que necesariamente tenía que ampliarse a una problemática mucho más general y pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones que atañen a la realización de una política judicial, en definitiva sobre cuestiones políticas.

Al mismo tiempo el trampolín asociativo posibilita una mayor incidencia en los ámbitos culturales y sociales, permite la funcionalización de un debate ideológico y hace salir a la calle los problemas de la justicia y la naturaleza de su trabajo, hasta entonces enclaustrado en los sombríos pasillos de los llamados, eufemísticamente, palacios de justicia.

A esta salida al aire puro de la calle, contribuyeron también, a veces con exceso, los medios de comunicación dando noticia de los problemas de la Administración de Justicia y ejerciendo una labor crítica del quehacer judicial que en épocas anteriores era totalmente impensable.

6.º) Se produce también un cambio sustancial en el rol asignado al juez. De aquella figura distanciada, esotérica, sacralizada, de aquel enjuiciador de unos ritos inaccesibles, se pasa a su consideración de servidor público, de prestador de un servicio de interés para los ciudadanos.

Como en el cuento del rey que iba desnudo, el juez queda despojado de los ropajes que ocultaban y desfiguraban su real condición y tiene que presentarse ante los ciudadanos para rendir cuenta de sus actuaciones. Al descender del pedestal en que interesadamente se había colocado, el juez se encuentra en mejores condiciones para mezclarse con los problemas de la sociedad en que vive, para mancharse las manos, como diría Sartre, en el debate permanente de una sociedad cada vez más conflictiva y cambiante, para entrar en el contacto con una realidad sin el filtro desfigurador del papel de oficio.

No sin sobresaltos por parte de algunos sectores, también los del poder político de turno, se contemplan jueces que no dudan en manifestar su opinión con toda libertad, que asisten a debates televisivos y radiofónicos sobre cuestiones de diversa índole, que toman partido, lo que no significa ser hombres de partido, en relación a las plurales opciones culturales y sociales que vivifican la sociedad civil.

IV.- Aunque la profesión de profeta es, como diría Cela, una de las más desprestigiadas, no parecía arriesgado suponer que el advenimiento al poder del P.S.O.E. iba a significar la consolidación y potenciación de los rasgos del juez que se dejan reseñados en el apartado anterior. Un juez participativo, abierto a la sociedad, imbricado desde diversas opciones en los valores plurales que conforman aquella, mediador responsable y comprometido en los conflictos que la vivifican. Un juez que antes que juez es ciudadano y aún antes que ciudadano es hombre.

Desde diversos frentes parece que se quiere recuperar la figura de ese juez anclado en el positivismo legalista, aplicador de la ley que no del derecho, poseedor de un saber técnico-jurídico que no tiene que cuestionar los valores que lo informan. La consideración que se pretende novedosa y progresista de la justicia como servicio público, parece reclamar a su vez la configuración del juez como un simple funcionario

público, descomprometido de la realidad social en que debe mediar.

Por otra parte la legitimación electoral, por supuesto totalmente respetable, de los otros poderes del Estado, se utiliza como dique contenedor de aquellos jueces discrepantes de la línea oficial. Se reclama prudencia y sosiego y se eleva a rango de conflicto de poderes lo que es sólo ejercicio de legitimo disentimiento. Hay una evidente tentación de reconducir la figura del juez constitucional a juez gubernamental con todos los peligros que esto supone.

En las líneas que siguen trataré de señalar, por supuesto con un necesario esquematismo, el marco normativo y la situación de hecho en que se mueve actualmente la relación juez sociedad.

A) Como es lógico la Constitución de 1978 no era el ámbito adecuado para sentar las bases de esa relación, aunque suministra algunos datos que pueden ser de evidente interés.

1.º) Establece en relación al tema de la **legitimación del juez**, el principio de participación popular mediante la institución del jurado, defiriendo su forma y ámbito a la ley ordinaria. (art. 125). Precisión constitucional aún sin desarrollo legal a pesar de las continuas promesas electorales en este sentido.

2.º) La **apertura** de la **actividad judicial** al conocimiento de los ciudadanos, aparece en el art. 120 al establecer que las actuaciones judiciales serán públicas, el procedimiento predominantemente oral, las sentencias motivadas y con obligada lectura pública. También el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información que consagra el artículo 20 de la C.E., supone una manifestación de esa apertura y un evidente mecanismo de control.

3.º) En cuanto al propio contenido de la potestad jurisdiccional hay que recordar lo antes señalado en cuanto al juego combinado de los artículos 53 y 9-2 de la norma fundamental.

4.º) En lo que se refiere al enmarcamiento ideológico y social del juez, la única concreción es la que aparece en el artículo 127 que prohibe a los jueces y magistrados, mientras se hallen en activo, la pertenencia a partidos políticos o sindicatos, con permisión deferida a la ley del sistema y modalidades de asociación profesional de Jueces y Magistrados.

Interdicción de difícil justificación si se tiene en cuenta que los partidos expresan el pluralismo político (art. 6) que es a su vez uno de los valores superiores del ordenamiento (art. 1.1), lo que obliga a una interpretación restrictiva de la limitación en el desarrollo legal, ya que en definitiva supone mutilar una de las formas de proyección cívica del juez. Con palabras empleadas en un lejano artículo del año 1978 "Pretender que el juez por la función que ejerce pueda quedar al margen de las grandes opciones en que se debate la sociedad; que puede estar por encima de las diversas alternativas válidas que son savia de una sociedad pluralista y democrática; que elude su compromiso en aras de una imposible asepsia, es pretender que dimita

de aquello que más le puede acercar a sus conciudadanos a los demás hombres; es privarle de una dimensión que le permite acercarse y participar en los problemas reales, en los legítimos conflictos de una sociedad a la que no puede ser ajeno".

La interdicción del artículo 127 tiene sin embargo un sentido positivo, en cuanto impide que a través de la ley de desarrollo del estatuto del juez, se pueda eliminar o vaciar de contenido cualquiera otro de los derechos básicos de participación cívica que establece la norma fundamental.

B) Después de la promulgación de la Constitución la Ley Orgánica del Poder Judicial, es el gran texto normativo que enmarca la organización judicial, estatuto del Juez y los principios básicos de la potestad jurisdiccional. Aunque con innovaciones importantes es lo cierto que la Ley Orgánica del Poder Judicial mantiene en muchos aspectos el andamiaje estructural y el espíritu de la antigua Ley de 1876.

1.º) La **legitimación inicial** del juez se sigue configurando a través de la selección inicial mediante un sistema mixto de oposición (el más general) o de concurso entre juristas (hacer referencia al doble mecanismo de selección).

Es indudable que la clausura hacia el exterior del opositor, cuyo único contacto casi humano durante bastante tiempo, es el preparador que "toma" los temas, no contribuye a fomentar la imbricación social del opositor, ni fomenta un proceso de culturalización ajeno a la estricta formación técnico-jurídica y aún esto al menos en los últimos años con sensibles fallos y deficiencias.

Como alternativa al estricto sistema de la oposición la Ley Orgánica del Poder Judicial prevee que una tercera parte de las plazas vacantes en la categoría de Juez se cubra mediante concurso de méritos entre "juristas de reconocida competencia" modalidad que se establece también para el acceso directo a determinadas plazas de Magistrado del Tribunal Supremo o de Magistrado. Debe señalarse que tanto en el caso del acceso por el turno de jueces como en el de Magistrados, las bases del concurso son confeccionadas por el Ministerio de Justicia, quien también tiene un fuerte control sobre el Centro de Estudios Judiciales, por lo que, en opinión del procesalista J. ALMAGRO NOSETE, a través del sistema actual se estará más cerca de un juez gubernamental que de un juez constitucional.

El sistema de designación a través del concurso de méritos, que mereció severas censuras de los sectores más conservadores de la carrera judicial, podía haber representado una cierta corrección del tradicional sistema de oposiciones, al introducir un nuevo discurso jurídico y la experiencia de un contacto con la realidad diverso del filtrado a través del bagage legalista.

El nuevo sistema de acceso, por diversas razones entre las que pueden citarse el inadecuado mecanismo de selección como el escaso atractivo de la función, no puede decirse que haya significado una modificación sensible en el proceso de culturalización del juez, ni ha servido para una quiebra en la configuración burocrática de la "carrera".

Al margen del doble sistema oposición y concurso de méritos, las únicas conce-

siones de la Ley Orgánica del Poder Judicial a una participación de la sociedad en la designación de titulares de la potestad jurisdiccional, son los Jueces de Paz y la propuesta por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de un tercio de los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (valorar estas innovaciones a la luz de la normativa que las regula y de la concreta experiencia en los dos años de vigencia en que lleva aplicándose).

2.º) La relación-imbricación entre Juez y Sociedad, la apertura del aparato judicial a la realidad social debe rastrearse también en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Es de todo punto evidente que el juez de un ordenamiento que tiene como principios inspiradores los que como "valores superiores" consagra el artículo 1.1 del texto constitucional, y una función de contenido "promocional" como la que explícitamente deriva del dictado del artículo 9.2 del mismo, que debe discurrir además por los cauces garantístas del art. 24 y concordantes, precisa un diverso tipo de cultura y un también diferente modo de inserción y presencia en el tejido social.

En lo que respecta al **propio contenido** o mejor aún al sentido de la actividad jurisdiccional, la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene un precepto importantísimo, el artículo 5.º - 1, conforme al cual la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Pero la Constitución no es un todo cerrado completo y de mecánica aplicación. Es un ordenamiento abierto que consagra una serie de valores y principios, los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), que ofrece instrumentos para salir del estricto legalismo y abrirse hacia las necesidades e intereses sociales de verdadera relevancia. Incluso del propio articulado de la norma fundamental resultan contradicciones aparentes, que sólo pueden ser salvadas mediante la llamada a una interpretación valorativa y finalista. El juego combinado de una praxis principal y valorativa y la obligación promocional del artículo 9-2 de la Constitución, posibilita perfectamente, sin que ello suponga caer en los excesos de la Escuela libre del Derecho un intento de recuperación de la totalidad social y sus tensiones.

Ya no en cuanto al contenido sino a las **formas** en que se manifiestan la potestad jurisdiccional, son suministradores de esa exigible intercomunicación entre poder judicial y sociedad, que al mismo tiempo sirvan de instrumentos de control de la actividad jurisdiccional. A título ejemplificador hay que referirse entre otras a: a) eliminación de todo tipo de claudicaciones en materia garantística; b) el valor del principio de oralidad y en consecuencia la inmediación judicial que habiendo sido objeto de constitucionalización, debe informar con carácter predominante la estructura del proceso; c) la eliminación de requisitos y trabas procedimentales que sin finalidad alguna de justicia sólo significan trabas inútiles para el principio de acceso a la justicia que garantiza constitucionalmente el artículo 24 de la Constitución; d) la

publicidad del proceso que aunque de forma condicionada constitucionaliza el artículo 120-1 de la norma fundamental, y que se reitera en el artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que no obstante aún es objeto de recortes inmotivados, que no encajan exactamente en las razones de orden público y de protección de los derechos y libertades a que hace referencia el citado artículo 232 en su apartado segundo; e) es obligado y necesario un esfuerzo por parte de todos los operadores jurídicos, para conseguir una forma de expresión del razonamiento jurídico que sea inteligible para los usuarios de la justicia y en general para todos los ciudadanos, hay que eliminar las prácticas habituales de fórmulas esteriotipadas e incomprensibles que contribuyan no sólo a la separación sino también a perpetuar mecanismo de dominio. Debe también darse cumplimiento a lo establecido en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la utilización de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas f) la motivación de las resoluciones que también ha sido objeto de constitucionalización (artículo 120-3 de la Constitución Española) y de desarrollo legal orgánico (artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la publicidad de los votos disconformes (260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), son instrumentos también de comunicación al mismo tiempo que de control de la actividad judicial por lo que debe exigirse escrupulosamente su observancia. g) si la participación es una característica esencial de lo democrático, el proceso lo será tanto más cuanto mayores sean los espacios abiertos a aquella, no sólo en el momento de la decisión, sino también en el debate-diálogo en que el proceso consiste. En el acceso al mismo, socialización del derecho de defensa y eliminación de obstáculos a la acción popular, pero también en la realización misma de actos procesales. Por eso habría que plantearse, la cesación del monopolio excluyente de la defensa técnica, el carácter facultativo de la representación procesal.

3.º) La proyección social del juez, su incidencia en la sociedad civil, incluso puede decirse que unos ciertos ingredientes legitimadores de su función, vendrán dadas por las connotaciones de que se rodea su propia situación estatutaria. Cuanto mayor sea la similación del juez al ciudadano, cuanto menor sea el distanciamiento y el esoterismo, cuanto mayor sea el proceso de identificación, en mejores condiciones estará el juez de hacer creíble su autoridad. Algo que representa un giro copernicano en relación a tiempos pasados, en que el rol del juez tenía una importancia cuasi sacral, una posición de mandarín, recluido en una torre de marfil donde se estrellaban los embates de la sociedad civil. El prestigio de la figura y la función se basaban en el distanciamiento, en el estar "par dessus de la mellié" en mantenerse al margen, recluido en su quehacer técnico-jurídico, de los problemas y tensiones sociales. Al revés de aquel personaje de Camus en "Les justes" que se había hecho policía por estar en el centro de las cosas, el rol asignado durante muchos años el juez en España, era el mantenerse en la periferia de las cosas, alejarse de la realidad para desde el distanciamiento ejercer la doble misión que se le asignaba, transmisor de la ideología dominante e instrumento de control social.

Es indudable que esta doble función tenía un claro sentido político, pero su legitimación se hacía precisamente desde una proclamada "despolitización" del juez,

pribándole en todo lo posible de la condición de ciudadano y en muchos aspectos de las propias miserias de los humanos.

Este afán de poner barras a la proyección cívica del juez, que, como señala P. ANDRES IBAÑEZ, se hace buscando no ciertamente su neutralidad imposible, sino sencillamente para conservarle donde está, para evitar su posible desplazamiento, aún se deja notar en la Constitución a través de la prohibición ya citada del artículo 127, prohibición que por su carácter odioso no podrá ser objeto de interpretaciones extensivas.

Esto tiene que llevar a preguntarnos acerca del ajuste constitucional de la prohibición del artículo 395 de la L.O.P.J., al extenderla al hecho de "tener empleo al servicio de los mismos, (partidos y sindicatos), siempre que se entienda, como parece que la limitación responde no tanto a la naturaleza de la actividad (para lo que ya están las incompatibilidades genéricas establecidas en la ley), como al dato de que la misma tenga que ver con partidos y sindicatos.

Mas cuestionable aún aparecen las prohibiciones de dirigir a las autoridades, poderes, funcionarios públicos o corporaciones **felicitaciones o censuras por sus actos**, al poder suponer un inconsiderable recorte a la libertad de expresión a la aún más extraña de concurrir, "en su calidad de miembros del poder judicial a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, con la no menos extraña excepción de que "hubiera sido convocadas o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial. Lo cierto es que los jueces y magistrados que no han querido abdicar de su compromiso cívico, no han tenido en cuenta estos recortes y que no han dudado en participar, también hay que decirlo sin coste alguno, en reuniones y manifestaciones de carácter político y han ejercitado sin rebozo alguno su derecho a la discrepancia, en relación a la actuación de los diversos poderes públicos.

4.º) El movimiento asociativo de los componentes del aparato judicial, nació en condiciones de perfecta clandestinidad allá por los comienzos de los años setenta, dando lugar a la atípica figura del juez-delicuente. Conciencia de la ilegalidad que no de la injusticia del comportamiento, de unos jueces y fiscales, que tuvieron muy claro que, sin la base previa de un Estado de Derecho no tiene sentido hablar de "justicia" al ser aquel su presupuesto mínimo, de suerte que la participación de los jueces en opciones políticas globales por alcanzar un Estado democrático no solamente está legitimado, sino que constituye un deber ético del juez. O como dice POLITOFF, "En vez de aspirar a una neutralidad imposible de la ciencia jurídica, procede interrogarse, más bien, sobre como han salvado y salvan su honor los jueces y hombres de derecho que, en las arriesgadas condiciones de un régimen autoritario encuentran los caminos para proteger a los inocentes y a los débiles. Tal es la pregunta que corresponde incorporar a la formación de las nuevas generaciones de juristas".

Promulgada la constitución es indudable que el horizonte en que deben moverse el asociacionismo judicial, no está tanto en las actuaciones de resistencia al poder, como en la participación en los asuntos de interés público. Tampoco como escribe J.A. BELLOCH, tiene sentido integrarse dentro de la estrategia global de cualquiera de las

alternativas políticas que disputan legítimamente por la supremacía en el entramado social, misión que corresponde a los partidos políticos, planteamiento que es perfectamente trasladable a las grandes centrales sindicales, en tanto en cuanto las mismas sirven, en buena parte y además de a sus propios objetivos, a estrategias globales de signo ideológico que apuestan por un determinado modelo de sociedad".

Es evidente que el articulo 127-1 de la Constitución española no facilita dato alguno respecto a lo que serán las Asociaciones judiciales allí previstas, limitándose a decir que la ley establecerá el "sistema y modalidades", expresión en verdad ambigua y abierta a muchas posibilidades.

Pienso que en el desarrollo del artículo 127-1 de la Constitución Española los redactores del artículo 401 de la L.O.P.J., se movieron entre dos polos opuestos: de una parte, el deseo de "despolitizar" a las asociaciones para evitar los males que aquella podría suponer al ejercicio correcto de la función jurisdiccional; y de otro una cierta mala conciencia que no deseaba arrojar por la borda una cierta historia de lucha y que por consiguiente no podía convertir a las Asociaciones en algo semejante a un Colegio Profesional.

De aquí que las finalidades que pueden llevar a cabo las Asociaciones aparezcan configuradas en el artículo 401 en forma positiva y negativa. De un lado se dice que podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general. El aspecto negativo en la dicción legal se especifica en dos cláusulas de "desconfianza": a) prohibición de tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos; y b) la más discutible, "no llevar a cabo actividades políticas".

Es evidente que desde esta ambigüedad se pueden desarrollar actividades de muy variada índole, que no pueden quedar circunscritas a la defensa, por otra parte importante, de los intereses profesionales. Lo que el legislador quiso decir con "actividades al servicio de la justicia" es ejercicio que queda para, permanentes arriesgados.

La prohibición de llevar a cabo actividades políticas, sólo puede reconducirse al único ámbito en que constitucionalmente tiene sentido, es decir a realizar "actividades partidistas" vinculadas directamente a alternativas políticas globales. Pero lo que no puede impedir es el tomar partido en relación a temas no sólo de estricta políticia judicial, sino de política en general.

El movimiento asociativo ha servido: a) para dar patente legal al pluralismo real existente en el aparato judicial; b) para establecer centros de debate, discusión y reflexión en relación a los problemas políticos, culturales y sociales; c) para vinculizar la participación en los asuntos públicos de quienes tienen velados los instrumentos normales de participación, haciendo viable la función promocional de artículo 9-2 de la Constitución española; d) también para ejercer derechos como el de negociación colectiva o el de huelga que supone una mayor asimilación al común de los ciudadanos.

5.º) Es indudable que el mejor instrumento para potenciar la relación entre juez y sociedad, para eliminar o al menos atenuar el permanente extrañamiento del aparato judicial, es la participación de los propios ciudadanos en la actividad jurisdiccional y también en la gestión de la administración de justicia. Participación difícil de admitir desde una concepción exclusivamente técnico-jurídica de la actividad de juzgar, pero de obligado recibo en una consideración de aquella no encerrada en si misma y abierta a los valores sociales y culturales de una sociedad pluralista y conflictiva.

En la Constitución Española pienso que se encuentran los suficientes datos normativos que legitimen una participación popular en la Administración de Justicia, no por supuesto en una perspectiva rupturista ajena en absoluto a la concepción democrático-liberal de que es tributaría, pero con evidentes posibilidades no sólo en la estricta participación, sino también como se deja señalada en los aspectos de gobierno.

Es lo cierto que las dos instituciones en que podía concretarse esa incipiente participación popular o no ha tenido el desarrollo legal adecuado (jueces de Paz) o no ha tenido desarrollo alguno.

En cuanto a los **Jueces de Paz** pienso que la L.O.P.J. si realmente deseaba potenciar la oscurecida figura, ahora legitimada por una forma democrática de la designación, aunque sea de segundo grado, debía haber hecho un ejercicio de imaginación y conferirle funciones de agentes de convivencia social y de resolución de conflictos civiles y penales menores, así como toda la materia relativa a desviación de menores. Más que una recuperación de la figura del Juez de Paz rural que hoy tiene escaso interés en razón de las nuevas formas de agrupación ciudadana, la instauración del Juez de Barrio en las ciudades, de una persona que es aceptada democráticamente por los vecinos y que conoce las necesidades e intereses de aquellos, hubiera significado un paso de importancia para una mayor aproximación de la justicia a sus reales destinatarios.

En lo que respecta al **Jurado** la decisión política acerca de su instauración continua sin aparecer. Como un Guadiana retorna en cada campaña electoral de algunos de los partidos en liza y luego vuelve a desaparecer durante toda la legislatura. Y ello a pesar de que hoy la opinión pública es mayoritaria en cuanto a su instauración, no iba a provocar los recelos de épocas pasadas y serviría como instrumento para una mejor legitimación de la actividad jurisdiccional. Jueces Para la Democracia en el Congreso Tercero denunció la actitud de quienes se escudan en el mal funcionamiento de la Administración de Justicia para retardar "sine die" su puesta en funcionamiento. Es perfectamente posible introducir de manera urgente, aunque gradual, la institución del Jurado, que lejos de ser perturbadora desde el punto de vista funcional del aparato de la justicia, dinamizaría el proceso de reforma en profundidad del sistema penal. En el mismo Congreso se aprobó que había que debatir la posibilidad (no proscrita constitucionalmente) de extender el sistema de jurado al orden civil, en todas aquellas cuestiones en que lo decisivo sea la valoración social de la conducta sometida a examen y sistemas similares, con participación de los agentes sociales en el orden

laboral; también en todos aquellos procesos en que tenga la condición de parte cualquier funcionario judicial o de otro orden por hechos relacionados con el ejercicio de su cargo.

La L.O.P.J. no puede decirse que haya concretado las líneas directrices de la institución, a pesar de la recomendación de la Ponencia en este sentido, e incluso podía haberse llegado a una regulación detallada al constituir el Jurado uno de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial en España, aunque en la L.O.P.J. se apuntan algunos aspectos orgánicos y procesales.

La referencia que se hace en el apartado primero del art. 83 de que el juicio de jurado se celebrará en el "ámbito de la Audiencia Provincial u otros Tribunales..." que sólo pueden ser la Audiencia Nacional o la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, parece indicar que el juicio con jurado no se aplicará nunca a los denominados juicios menores de que conozcan los juzgados de lo penal, exclusión que parece acertada. Asimismo se establece la obligatoriedad del cargo y la remuneración durante el desempeño del mismo, lo que también es correcto, ya que el ejercicio de cualquier cargo público no debe significar un coste para el ejerciente.

Estas son las únicas directrices concretas que especifica la L.O.P.J. que en materia de incompatibilidades, recusaciones y abstenciones, determinación de los delitos concretos en que deberá establecerse el Jurado, la clase de preguntas que deben formularse y otros aspectos orgánicos y procesales, se remite a la futura ley que, conforme a la Disposición Adicional Primera, apartado uno, deberá ser remitida por el Gobierno a las Cortes en el plazo de un año a partir de la publicación en el B.O.E.

Omisión de gran relieve es la falta de una indicación acerca de la clase de Jurado que va a adoptarse (puro o mixto), omisión que tampoco ha sido suplida por los programas electorales del partido gobernante, aunque mucho nos tememos que en realidad y a pesar de las repetidas promesas falta una voluntad de promulgar la ley, una manifestación más de la escasa o nula consideración que existe en relación a la participación popular en los asuntos públicos.

Tampoco se entiende muy bien el significado de lo dispuesto en el artículo 83-2, b) de la L.O.P.J. (la intervención del ciudadano en el Jurado deberá satisfacer plenamente su derecho a participar en la Administración de Justicia reconocido en el artículo 125 de la Constitución), que algún comentarista, arrimando el ascua a la sardina de su propia opción, interpretaba como una decisión por el sistema de escabinato, ya que en su opinión aquél satisface mucho más que el Jurado puro el derecho de participación que se proclama constitucionalmente.

6.º) Por último voy a referirme a un tema siempre candente, que ha sido objeto de constante preocupación en el seno de Jueces para la Democracia, cual es el control de la actividad del Juez por parte de la sociedad a la que aquél debe servir. La independencia judicial, la exención del momento jurisdiccional de todo influjo que no sea el necesario sometimiento al ordenamiento jurídico, no puede convertirse en patente de inmunidad, en exención de todo control; no debe contemplarse como

barrera impeditiva para hacer posible el control del aparato judicial y de la actividad pública que aquél desarrolla, respecto de su adecuación al papel constitucional que se le ha encomendado, ya que de otra forma no estaríamos defendiendo la independencia del juez sino una suerte de privilegio de casta.

El control de la propia actividad jurisdiccional del juez se lleva a cabo actualmente en España y también en casi todos los países de nuestra área cultural, a través de dos sistemas diversos:

a) Mediante los correspondientes recursos que puedan interponerse contra las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y en base a motivos estrictamente jurídicos.

b) A través de la exigencia de responsabilidad **penal** en los supuestos de delitos o faltas cometidos por los Jueces o Magistrados en el ejercicio de sus cargos (artículo 405 de L.O.P.J.) o de responsabilidad **civil** cuando en el desempeño de sus funciones causaren daños o perjuicios mediando dolo o culpa.

Las dificultades tanto de carácter material como procedimental para la funcionalización de estas clases de responsabilidad, las han convertido en adornos legitimadores del estatuto del Juez, con muy escasa aplicación real como se comprueba con una somera indagación de la jurisprudencia. Por otra parte la competencia para la exigencia de estas clases de responsabilidad, permanece en el interior del propio cuerpo judicial con los riesgos de corporativismo que ello comporta (referencia al antejuicio).

El control ya no de la propia actividad jurisdiccional del juez, sino de los comportamientos que están en relación con su condición de funcionario integrado en una organización, se efectúa a través del instituto de la **responsabilidad disciplinaria**, que en España ha girado en torno a un valor-eje: el prestigio tomado en un sentido sacral, abstracto. Como el que debe corresponder a la Magistratura en cuanto simbólica encarnación de determinados principios y sin que importe para nada el dato empírico siempre irrelevante a estos efectos: "se argumenta, como dice ZAGREBELSKY, mucho más sobre la lesión, real o petencial, del prestigio que no sobre la violación del deber profesional".

De este instituto de la responsabilidad disciplinario, que como dice P. ANDRES IBAÑEZ, es algo que también forma parte de "la herencia napoleónica" y corresponde íntimamente a ese modo de articular la organización judicial como carrera, si se ha hecho uso abundante en nuestro país y no tanto con finalidad de garantizar la prestación del servicio como de controlar ideológica y moralmente al juez.

Hay que decir con toda honestidad que el actual sistema disciplinario español, se mueve dando un sentido fundamentalmente profesional a las infracciones previstas, ya que la mayoría de ellas tienen directamente que ver con el incumplimiento de los deberes del cargo, que se traducen en irregularidad objetivamente perjudicial para los usuarios de la justicia, sin que afecten para nada al **núcleo duro** de la actuación del juez o sea a la potestad jurisdiccional.

Lo que ahora debemos plantearnos es si además de estos controles que se desarrollan en el interior de la propia organización del aparato judicial o por los órganos de gobierno de aquélla, existen otros controles de mayor participación social.

Una manifestación de esa posibilidad de control externo viene dada en los supuestos de responsabilidad penal por el ejercicio de la acción popular, admitida con generosidad en el ordenamiento procesal español, respecto a la cual el artículo 20-3 de la L.O.P.J. establece que no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita. Por el contrario en cuanto a la responsabilidad disciplinaria la iniciativa se reserva a los propios órganos de gobierno, al Ministerio Fiscal o al agraviado y a éstos se reserva también la intervención en el procedimiento.

Esta limitación no aparece como acertada ya que en la mayoría de las infracciones tipificadas en la L.O.P.J., es difícil encontrar alguien directamente agraviado por el comportamiento objeto del expediente y es más bien la sociedad en general lo que padece las consecuencias, por la que debía permitirse a los ciudadanos o a los colectivos en que se integran la intervención en defensa de sus intereses perjudicados por la acción u omisión del juez. En todo caso parece insoslayable la legitimación de las asociaciones judiciales en lo disciplinario, tanto en el momento administrativo cuanto en el de su control jurisdiccional.

Descartada la posibilidad de una responsabilidad políticia del juez, al menos en los sistemas continentados, no sólo por ir en contra del principio de la independencia del poder judicial, cualquiera que fuera el órgano a quien se encomendara el control, sino también por la imposibilidad de articular lo que sería consecuencia adecuada de aquella, la destitución del juez, lo que si aparece perfectamente factible es lo que ZAGREBELSKY llama responsabilidad política "débil" al no ir acompañada de sanción, que consistiría fundamentalmente en la exposición de los jueces a la crítica de la opinión pública.

Las valoraciones en cuanto a esta manifestación de responsabilidad del Juez son diversas. RAMAT la considera plenamente pertinente y la única forma en sociedades como la actual de someter al juez a su verdadero "juez natural" o sea la opinión pública. Por el contrario G. ZAGREBELSKY señala el riesgo de que se convierta en un elemento inutilizable, disperso, en las manos de una ilusoria opinión pública; o bien un medio por así decirlo concentrado y fuerte, gestionado tantas veces en forma de monopolio por determinados grupos de poder político y económico. En su entender la responsabilidad política difusa o es difusa y entonces no es responsabilidad; o bien es responsabilidad y entonces no es difusa.

Al margen de cual sea la efectividad y en qué se concreta la responsabilidad, hoy nadie discute y es tema pacífico que el Juez debe dar cuenta de su actuación a la sociedad civil y que ésta puede pronunciarse a través de sus vehículos de comunicación acerca de aquella dación de cuenta. Si la publicidad de las actuaciones judiciales que proclama la Constitución y la L.O.P.J., con las excepciones legalmente establecidas; si la motivación de las resoluciones judiciales tienen algún sentido es en

cuanto pueden servir para una comprensión social de lo previamente decidido a través de los correspondientes parámetros de valoración.

La crítica del producto judicial ejercida en condiciones de absoluta libertad, es un claro instrumento de control democrático y al mismo tiempo el ejercicio de una libertad fundamental, la libertad de opinión que constitucionaliza el artículo 20-1, a) de la norma fundamental.

Si desde el punto de vista legal la situación es meridianamente clara, no han desaparecido del todo los prejuicios y recelos de muchos jueces que se resisten a admitir la valoración de sus trabajos que pueda hacerse a través de los diversos canales de opinión, que no tienen porque ser sólo los medios de comunicación. Incluso el principio de publicidad que proclama la Constitución Española y desarrolla el artículo 232 de la L.O.P.J., es objeto de inadmisibles recortes y discriminatorias aplicaciones, sin base en las excepciones que recoge el citado artículo 232 (orden público y derechos y libertades) y si en razones o mejor sin razones de un moralismo trasnochado.

En principio estamos de acuerdo con SANTIAGO MUÑOZ MACHADO de que debe existir una total irresponsabilidad por la emisión de opiniones en relación a las resoluciones judiciales y del trabajo en general del juez; las opiniones, dice el citado autor, se combaten con opiniones; aceptándolas o reprobándolas; no con pleitos; incluso cuando se abusa de la forma de expresarlas y se emplean imprecaciones, exabruptos, excesos verbales o hipérboles de cualquier tipo... Aunque siempre habría que distinguir entre lo que es mera opinión, valoración, crítica y la imputación de hechos, ya que así como en relación a aquellas no hay nada que probar al no ser susceptibles de ello, si habría que hacerlo en cuanto a los hechos.

En aras de defender este sometimiento de los jueces (como en general de todas las autoridades públicas) a la opinión de los ciudadanos, Jueces para la Democracia en su III Congreso acordó entre otras las siguientes propuestas:

a) Desaparición del delito de desacato al no ser aceptable que los personajes públicos disfruten de una especial protección de su honor en detrimento de la libre circulación de ideas y opiniones por muy duras que éstas sean. Es imprescindible fomentar la conciencia crítica de los ciudadanos, lo que favorecerá su participación política, vertebrará la sociedad e impedirá que su importancia en cuanto ciudadano se manifieste exclusivamente a través de su condición de votante.

b) El enjuiciamiento de los comportamientos derivados del ejercicio de la libertad de opinión, en tanto persistan en el ordenamiento penal, deben ser enjuiciados por el sistema de Jurado.

c) Modificación en profundidad de la Ley Orgánica 1/1982 de protección del honor.

d) Clara distinción entre lo que es información y lo que es valoración crítica, ya que las modelaciones de unos y otros son totalmente diversas.

e) Revisión del artículo 395-1 de la L.O.P.J. ya que si está proclamando una

libertad de crítica en relación a las actuaciones del Poder Judicial, no se alcanza la razón de que los miembros de éste no puedan censurar o criticar las de otros poderes del Estado, lo que no supone que con ello se ponga en peligro la estabilidad institucional ni signifique una inmisión el ámbito de competencias de otros poderes.

Claudio Movilla Alvarez

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

ALGUNOS APUNTES ACERCA DE LA FUNDAMENTACION TEORICA DE LA DEMOCRATIZACION DE LA JUSTICIA

PRIMERA PARTE

LA CONCEPCION CIENTIFICO-HUMANISTA

1. EL HOMBRE COMO PROBLEMA FILOSOFICO

A lo largo de la historia, el hombre siempre ha tenido una preocupación constante por conocerse a sí mismo, conocer su interrelación con la sociedad y la naturaleza, conocer el desarrollo de su historia y aproximarse filosóficamente a su futuro.

No obstante encontrarse muy cerca al siglo XXI, y aún cuando las ciencias del pensamiento, de la sociedad y de la naturaleza se han desarrollado hasta un grado nunca jamás conocido en la historia; sin embargo, el hombre no ha logrado hasta el momento despejar por completo las interrogantes del: ¿Quiénes somos?, ¿De dónde procedemos? y ¿A dónde vamos?; y menos todavía ha logrado vivir como ser humano.

Por estas razones, el hombre sigue constituyendo el problema central de la filosofía; cuya atención en él, se suele profundizar con mayor fuerza, en los grandes momentos de crisis social. Períodos en los que precisamente se trata de buscar una solución a los problemas del hombre. Por ello es que surgió el cristianismo, en los momentos de crisis y descomposición social del imperio esclavista romano. El jus naturalismo en el período del renacimiento y la ilustración, en los momentos de crisis y desintegración social de las sociedades monárquico-feudales. La filosofía clásica alemana y la filosofía marxista; como resultado de la crisis laboral suscitada por la introducción del maquinismo en las jóvenes sociedades capitalistas. Por último, se está desarrollando el marxismo, y han surgido el existencialismo, la antropología filosófica y la teología de la liberación entre otras concepciones, en los actuales momentos de crisis del presente orden económico internacional, y dentro del marco de la revolución tecno-científica.

Estas y otras concepciones filosóficas más que han ido surgiendo a lo largo del proceso del pensamiento social (iniciado durante la antigüedad esclavista) no hacen sino demostrar la contínua preocupación del hombre por enfrentar y resolver sus propios problemas.

Este proceso del pensamiento continuará desarrollándose en el futuro, durante varios cientos de años más; en tanto el hombre no solucione sus problemas; éstos, que desde la aparición de las clases sociales, lo han condenado a vivir en un mundo deshumanizado. Lo cual significa, por lo tanto, que durante el transcurso de este proceso, iran desapareciendo algunas concepciones filosóficas, se desarrollaran y fortelecerán otras, o surgirán algunas nuevas sobre la base de sus predecesoras. En todo caso, ello dependerá del grado de cientificidad y de la ascendencia social que estas concepciones posean en cada época determinada.

En suma, lo que sencillamente se ha pretendido a lo largo de este proceso, es la humanización del ser humano; proceso de humanización que en la actualidad marcha en forma paralela a los problemas del hombre, y que continuará su camino ascendente hasta que el hombre los resuelva definitivamente.

2. CARACTERISTICAS DEL PROBLEMA ACTUAL DEL HOMBRE

Hasta el momento, ningún país ha logrado resolver el conjunto de problemas que envuelven al hombre. Problemas que no sólo se están agudizando en los países capitalistas, sino que se están extremadamente agravando en los países pobres dependientes del sistema capitalista mundial; y que incluso, siguen permaneciendo vigentes en los países socialistas, con sus características propias, y que seguiran todavía existiendo.

Estos problemas, básicamente se derivan de la situación de subordinación y sometimiento; (en algunos casos de esclavización) en la que se encuentra el hombre con relación a los siguientes fenómenos sociales y naturales: subordinación del hombre con respecto al proceso de producción de bienes materiales, subordinación del hombre con respecto al Estado y al Derecho, subordinación del hombre con respecto a la ciencia y a la tecnología, subordinación del hombre con respecto a las fuerzas de la naturaleza y leyes objetivas del desarrollo de la sociedad.

No obstante que el hombre es el ser más inteligente de la tierra, y como tal, debería someter a su servicio y al servicio de la humanidad en su conjunto, a estas fuerzas vivas de la sociedad y de la naturaleza; sin embargo, sigue viviendo subordinado a ellas. Situación que ha traído como consecuencia, que las relaciones que se dan entre el hombre con el trabajo, con el capital, con la ciencia y tecnología, con Estado, con el Derecho, con la sociedad, con la naturaleza, etc., en lugar de poseer un carácter armónico, presentan más bien un carácter antagónico; lo cual se refleja en la serie de contradicciones, que han surgido y vienen emergiendo, en la cotidiana vida del hombre, como por ejemplo:

A) La contradicción del hombre con el trabajo.
B) La contradicción del hombre con el capital.
C) La contradicción del hombre con la ciencia y tecnología.
D) La contradicción del hombre con el Estado.
E) La contradicción del hombre con la sociedad y
F) La contradicción del hombre con la naturaleza.

Contradicciones éstas, que han traído como consecuencia fundamental lo siguiente: que el hombre permanezaca sometido de una u otra forma a otros hombres. (Esta situación en los países capitalistas, ha adquirido la forma de explotación del hombre por el hombre; y en los países socialistas, el sometimiento del hombre respecto de la burocracia del partido comunista).

Asimismo, ha traído como consecuencia la robotización del trabajador, la estandarización del individuo, la despersonalización del hombre. En suma, la

deshumanización del ser humano, fenómeno social, que lo está conduciendo cada vez mayor fuerza a un estado de infelicidad, de inseguridad total, de auto aislamiento, de aniquilamiento entre los propios hombres; incluso, hasta con un grave peligro de mutación y extinción de la especie humana.

A) CONTRADICCION DEL HOMBRE CON EL TRABAJO

El trabajo es la base de la vida social. Sin el trabajo el hombre ni la sociedad podrían existir. El hombre en los comienzos de su historia, sólo requería apropiarse de los frutos que le brindaba la naturaleza para poder sobrevivir; empero, más adelante se vió precisado a transformarlos, para satisfacer sus nuevas necesidades que fueron surgiendo como consecuencia del desarrollo de su vida social.

Mediante el trabajo, la capacidad intelectual del hombre no solamente se objectiva o se cosifica, dando lugar a determinados productos que son destinados para su consumo u otros destinados al cambio; sino lo que es más importante, gracias al trabajo, el hombre desarrolla su cerebro y su conciencia, que lo conducen al perfeccionamiento de su capacidad creadora en el proceso de producción de bienes.

Todo, se encuentra íntimamente ligado a una determinada forma de organización socio-económica, y por lo tanto adquire las características de ésta. Esto significa, que el trabajo se desarrolla bajo el sistema de la esclavitud, cuando el trabajador no es dueño de su persona, de su trabajo, ni del producto de su trabajo; los mismos que son apropiados por otras personas a las que se les denomina esclavistas.

Por otro lado, el trabajo se desarrolla bajo el sistema de servidumbre, cuando el trabajador, si bien es cierto es dueño de su persona, sin embargo, su fuerza de trabajo y los frutos producidos por él, son apropiados por otras personas, denominadas señores o feudales. Por último, el trabajo se desarrolla bajo el sistema remunerativo o asalariado, cuando el trabajador, dueño de su persona y de su fuerza de trabajo, alquila su fuerza intelectual y manual a otra persona a la que se le denomina patrón, por lo general a cambio de una exigua remuneración o salario.

Si analizamos la historia y el presente, encontraremos que el hombre generalmente no es dueño de su propio trabajo ni de los productos creados por él. A esta situación se le denomina "la enajenación del trabajo del hombre"(*); respecto al cual, gran cantidad de filósofos, desde los existencialistas hasta los marxistas, coinciden en señalar, que ello constituye una de las principales causas que vienen originando la existencia de contradiciones y antagonismos sociales.

Esta enajenación del trabajo, que se produce en los sistemas laborales de esclavitud, de servidumbre, y remunerativos, necesariamente supone la existencia por un lado, de una clase dominante y por otro de una clase dominada en el proceso

---

(*) Carlos Marx utiliza el concepto de alienación, y que para Luis Silva Santisteban "como fenómeno genérico es la relación que encuentra la acción humana y sus productos devenidos antes autónomos que escapan al control del Creador y ejercen dominación sobre El Karl Marx: Ideas Fundamentales. Pág. 152. Ital. Perú, S.A.; Lima-Perú.

de producción; cuya característica fundamental, es que la primera, en su calidad de propietaria del objeto de trabajo y de los medios de producción, le compra, le aquila o en algunos casos se apropia de la fuerza de trabajo de los componentes de la clase dominada. Lo cual, nos lleva a la conclusión de que la enajenación del trabajo del hombre, y de las relaciones laborales que se dan entre ellos, tienen sus raíces en la división de la sociedad en clases sociales. Y a la inversa, los antagonismos y contradicciones sociales que se producen entre estas clases sociales, tienen como causa: la enajenación del trabajo, y la existencia de un sector social propietario del objeto de trabajo y de los medios de producción.

El trabajador, durante el proceso de producción, adquiere conciencia de su situación y por lo tanto se da cuenta que con su fuerza de trabajo, los que más se benefician son los integrantes de la clase económicamente dominante; es decir, toma conciencia de que trabaja para otros. Este conocimiento, lo lleva a repulsar al trabajo y tomarlo como un sacrificio, como una obligación para poder sobrevivir; más no, como una autorealización de sus potencialidades creativas, o como una autoafirmación de su persona. Esta contradicción del hombre con respecto al trabajo, que se presenta en todo proceso de producción en donde existen clases sociales, no sólo lo divorcia al trabajador de su trabajo, sino que además lo hace concebir la felicidad en forma distorcionada, haciendole creer que éste comienza, cuando termina su actividad laboral, es decir en sus ratos de ocio, en compañía de una botella de licor o de algunas amistades.

A lo largo de los sistemas laborales: esclavistas, de sevidumbre y remunerativo, el hombre se ha convertido solamente en una "fuerza de producción", con el agravante de que en las sociedades capitalistas, el hombre al desarrollar su fuerza de trabajo, se reduce al nivel de "productor de valores de cambio". De tal manera, que las relaciones que se dan entre los hombre en lugar de constituir relaciones entre personas humanas, se han convertido en relaciones entre productores de medios para el cambio; en otras palabras, relaciones entre objetos de cambio. Esta situación se aprecia en todas las relaciones laborales de carácter remunerativo, por ejemplo, la relación médico-paciente no es propiamente una relación entre personas humanas; sino una relación entre productores de valores de cambio. El paciente que ha producido el valor dinero, le entrega a su médico a cambio de su tratamiento y curación; por su parte el médico realiza su trabajo en su paciente a cambio de una retribución económica. En este tipo de relaciones sociales al igual que en otras, el hombre se despersonifica hasta reducirse al nivel de cosa, de objeto, de medio. Esta enajenación del trabajo del hombre, así como de las relaciones sociales que se dan entre ellos, ha traído como consecuencia la deshumanización de la persona humana. En resumen, el hombre se encuentra subordinado al trabajo y por lo tanto, sus relaciones con éste son de caracter inarmónico y contradictorio.

B) CONTRADICCION DEL TRABAJO CON EL CAPITAL

Si bien es cierto que el trabajo del hombre en algunas ocasiones se realiza en forma

individual; sin embargo, siempre y en todo momento, el trabajo posee un carácter social: en razón de que el producto del trabajo de una persona le sirve necesariamente a otras; lo que quiere decir que, en virtud de sus productos, los hombres se relacionan entre sí. De tal manera entonces que el trabajo del hombre se ha convertido en la causa del surgimiento de todas las relaciones sociales; por ello es que constituye la base de la vida social. Lo que significa en consecuencia que el hombre sin el trabajo no habría podido existir como persona humana, ni mucho menos hubiera podido vivir en sociedad.

El trabajo socialmente realizado, trae bienestar general si los productos elaborados son repartidos equitativamente entre todos los trabajadores; pero a su vez también, el trabajo socialmente realizado genera el enriquecimiento particular si gran parte del producto obtenido es apropiado o tomado "legalmente", por unas cuantas personas en desmedro de la mayoría.

El capital, es la riqueza acumulada cuyos propietarios o poseedores lo invierten en el proceso de producción de bienes y servicios, con el objeto de destinarlos al cambio y a acrecentar cada vez más su riqueza. Con tal fin, alquilan la fuerza de trabajo de un conjunto de hombres por una determinada remuneración o salario.

En este caso, la contradicción entre el trabajo y el capital radica en lo siguiente: mientras que el trabajo, por su carácter social, implica la posibilidad de crear riqueza general para toda la sociedad, por el contrario, el capital se constituye básicamente por el aprovechamiento privado de dicho trabajo social. Dentro de este "orden de cosas", las relaciones que se dan entre capitalistas y trabajadores, no son relaciones de persona a persona, sino relaciones de productores de valores de cambio; por cuanto, mientras que el capitalista produce dinero y lo cambia por trabajo, el trabajador le alquila su fuerza de trabajo a cambio de dinero. Esta situación social ha reducido al trabajador a una simple "fuerza de trabajo" al servicio de la producción, hasta convertirlo incluso en un simple complemento de la economía. Por otro lado, lo ha reducido también al propio capitalista al nivel de esclavo de su riqueza, generando su desesperación en mantener su situación de privilegio y agudizando a su vez, su avidez y pasión por el dinero.

Es decir, en la sociedad capitalista el hombre existe tan sólo como productor de valores de cambio; lo que significa que este sistema económico-social, desde sus raíces constituye una negación de la propia existencia natural de los hombres, perjudicándoles desmedidamente a los trabajadores, al negarles las posibilidades para que enriquezcan su esencia humana y desarrollen integralmente su personalidad.

En consecuencia, el incremento de la riqueza en lugar de servir al hombre en su conjunto, actúa contra la gran mayoría de ellos, sometiéndolos y subordinándolos al capital. Es así como se produce entonces, una gran contradicción entre el trabajo y el capital, que encierra relaciones antagónicas de subordinación y sometimiento de parte de los trabajadores asalariados con relación a los dueños del capital, es decir a los "amos" del trabajador. Contradicción que se refleja más agudamente en el actual

conflicto: miseria-riqueza.

Podemos decir, entonces, que el capital es una fuerza social creada por el trabajo del hombre, que se enajena de éste y como tal adquiere vida independiente, y que por último acaba por dominar tanto al trabajador como al propio capitalista. Por estas razones es que el capital se ha convertido en una fuerza hostil para la libertad y el desarrollo del ser humano. Del tal manera que, bajo estas condiciones, sociales, el hombre toma al trabajo como un "sacrificio", como una "maldición", como una "infelicidad"; en tanto siente y se da cuenta que trabaja solamente para poder sobrevivir y fundamentalmente, además, para acrecentar un capital que le es completamente ajeno. Es decir, la relación trabajo-capital dentro de este orden social ha adquirido un carácter contradictorio y conflictivo.

Esta contradicción entre el trabajo social y el capital particular, no es un producto de la naturaleza intrínseca del hombre, que haya aparecido con él ni tampoco es el resultado de un castigo dado al hombre, por algún pecado cometido en sus inicios sobre la tierra. Esta contradicción es temporal y tiene su explicación en la misma organización estructural de la sociedad.

C) CONTRADICCION DEL HOMBRE CON LA CIENCIA Y LA TECNOLOGIA

En el folleto intitulado "Los Derechos Humanos y los adelantos científicos y tecnológicos", editado por las Naciones Unidas, con gran precisión se expresa lo siguiente: "Durante el siglo XIX y los comienzos del XX, se suponía por la común que los progresos científicos eran inevitablemente favorables al progreso humano y, en general, no se preveía ningún conflicto fundamental entre ambos. Sin embargo los acontecimientos posteriores, y en particular la devastación causada por dos guerras mundiales, posibilitada en gran medida por los progresos científicos y técnicos, han suscitado dudas en cuanto a la existencia de una alianza inevitable entre el adelanto científico y el progreso humano. Más concretamente, se ha ido comprendiendo cada vez mejor que si bien es posible que el conocimiento científico en sí sea neutral, gran parte de él puede ser aplicado en formas perjudiciales para la humanidad".

Es decir, nunca como hoy el ser humano, con ayuda de la ciencia y de la tecnología, ha dominado tanto a la naturaleza. Ha descubierto la desintegración del átomo, ha vencido muchas enfermedades, ha inventado máquinas muy sofisticadas, ha introducido el pensamiento cibernético e incluso hasta viene forjando seres humanos In Vitro, pero al mismo tiempo, el hombre no solamente se ha convertido en esclavo de otros hombres, sino que paradógicamente se ha convertido también en esclavo de sus propios "inventos" tecnológicos.

Qué es lo que ha pasado entonces con la ciencia y la tecnología; podremos decir acaso, que en lugar de lograr la libertar armónica e integral de la persona humana y de proporcionarles las mejores condiciones de vida a los hombres en general, los ha conducido a una mayor dependencia y despersonalización, en suma, a una mayor deshumanización.

Si fuera así, se equivocaron tal vez los tecnicistas y los partidarios de la tecnocracia, al considerar que con los avances de la ciencia y la tecnología, se iban a lograr la superación de la miseria, la igualdad entre los hombres y los países y el bienestar general.

O, por el contrario, debemos ahora darles la razón a los antitecnócratas y antitecnicistas, que oportunamente manifestaron que, con los avances de la ciencia y de la técnica se agravaría más el problema del hombre. Quizás entonces tuvo razón el pensador existencialista Erick From, cuando manifestó: "El hombre moderno ha creado con sus propias manos todo un mundo de cosas desconcocidas hasta entonces. Para controlar el mecanismo de la técnica que ha creado, ha construído un complejísimo mecanismo social. Pero resultó que su propia obra pesa sobre él y le aplasta. Ya no se siente su creador y dueño, sino su servidor".

Querrá decir entonces, que siguiendo la línea del pensamiento existencialsita, bastará dejar de lado a la ciencia y a la técnica para resolver esta angustiosa contradicción; hombre-ciencia y tecnología o hombre-máquina.

Por nuestra parte debemos señalar que, la ciencia y la técnica de por sí no constituyen la causa de los problemas sociales. Al contrario, el desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos, hacen que el hombre deje de ser un esclavo de las leyes naturales y sociales, para convertirse en su amo y señor, capaz de poder utilizar sus conocimientos científicos y tecnológicos, al servicio del desarrollo pacífico e integral del ser humano en su conjunto; es decir, para buscar el bienestar general de la humanidad.

En todo caso, la causa de los efectos negativos que está produciendo esta actual revolución tecno científica, se encuentra en la mejor forma como se emplean estos avances científicos y en el modo de aplicación de los mismos; lo que ha traído como consecuencia, que los actuales progresos de la ciencia y la tecnología, objetivados en productos como armamentos de guerra, televisión, maquinarias, etc., se hayan convertido en instrumentos técnicos hostiles para el hombre, que únicamente están ocasioando su aniquilamiento, la deformación de su conciencia, su estandarización, su crecimiento intelectual y la destrucción de un medio ambiente, etc...

En definitiva, no son la ciencia ni la tecnología, las culpables de este actual problema; sino algunos hombres, generalmente agrupados en empresas industriales y financieras, básicamente de carácter transnacional o multinacional, que prefiriendo el poder y el dinero, "sacrifican los intereses vitales de toda la sociedad", conforme lo señala el científico francés Chaussepied.

Consecuentemente, detrás de la contradicción hombre ciencia y tecnología, se encuentra el caracter socio económico de la sociedad en la que se hallan dichos hombres, cuya forma de organización social les permite emplear y aplicar de esa forma y modo, los progresos de la ciencia y la tecnología. En resumen, los efectos negativos que está provocando esta actual revolución tecno-científica tiene su origen en la misma estructura de la sociedad.

D) CONTRADICCION DEL HOMBRE CON EL ESTADO

El hombre no es un trabajador autárquico porque no puede producirlo todo; por el contrario, su condición de ser social, influye poderosamente en su trabajo, haciendo que éste también posea un caracter social. El hombre necesita de otros hombres, no sólo para producir y cambiar sus productos; sino, además, para consumir lo producido por otros. Es precisamente dentro de este proceso social de producción, que los hombres se vinculan y relacionan unos a otros, de diversas formas y maneras; relaciones sociales que a su vez, necesariamente, requieren ser reguladas, dirigidas, administradas y organizadas para evitar el caos y la anarquía social. En otras palabras, estas relaciones sociales requieren de la presencia de una determinada organización de poder.

Lo que significa, entonces, que como resultado del trabajo del hombre y de las relaciones que se entablan entre ellos, emerje la necesidad del poder como una forma de organización socio-jurídica. Es decir, el hombre con su actividad laboral crea el poder; por ello es que éste le pertenece a todos los trabajadores. De allí que con justa razón se diga que "el poder nace del pueblo", o "la potestad de administrar justicia nace del pueblo", etc.

En tal sentido, cuando los hombres se juntan para trabajar, mejor dicho para producir, en ese instante surge el poder, como una necesidad social derivada del trabajo. Lo que quiere decir que el poder tiene su fuente en el hombre como ser social, en el trabajo y en las relaciones sociales de producción. En resumen, donde hay hombres, hay trabajo; y donde hay trabajo; donde hay trabajo hay relaciones sociales de producción; y donde existen éstas últimas, los hombres necesariamente requiren del poder.

El poder puede organizarse de una u otra forma, ello varía en función de las condiciones socio-económicas de cada etapa histórica. La historia de la humanidad desde sus orígenes, ha conocido diversas formas de organización del poder, las mismas que recién a partir del siglo XVI comenzaron a recibir en Europa el nombre de "Estado"; pues, antes se les denominaba "República", "Reino", "Monarquía", etc. Si bien es cierto entonces que el poder es el fruto de la actividad laboral de todos los hombres, consecuentemente debería ser ejercido y aprovechado por todos ellos; sin embargo, desde que la sociedad se dividió en clases sociales hasta la actualidad, el poder estatal es tan sólo ejercitado y aprovechado por un pequeño grupo de personas. En esto, precisamente, radica la actual enjaneación del poder (poder social = aprovechamiento particular); la misma que se produce al igual que la enajenación del trabajo (trabajo social = aprovechamiento particular).

En síntesis, en las condiciones socio-económicas en las que se desarrolla el trabajo, el poder que se encuentra inmerso al trabajo mismo y a las relaciones sociales de producción, se desasocia del trabajo para elevarse por encima de los hombres, como un poder extraño y ajeno al hombre, que incluso logra someterlo y dominarlo. Lo que ha ocurrido entonces es que, el poder se ha enajenado del trabajo, para adquirir un desarrollo propio independiente de la voluntad de todos los hombres, de todos los

trabajadores, bajo la forma de "Estado"; el mismo que por su carácter regulador y coorcitivo, tiende a someter y subordinar a las personas, y en otros casos, como en las sociedades capitalistas, a dominar y reprimir a la clase social dominada. En esto precisamente radica la contradicción hombre-Estado.

Empero, el hecho que el poder se haya enajenado del trabajo humano, al extremo de convertirlo al Estado, en un ente hostil a la libertad del hombre, no significa que el Estado constituya una institución negativa y que, por lo tanto, deba dejar de existir para que el hombre recobre su libertad. No, el Estado como forma de organización del poder, es una necesidad social, del cual no se podrá prescindir hasta después de varios cientos de años. Lo que sucede es que el Estado se ha convertido, en menor o mayor grado, en los distintos países del mundo, en una fuerza hostil a la persona humana como consecuencia de la existencia de estratificaciones sociales antagónicas y no antagónicas, y porque, asimismo, el poder solamente es ejercido por un pequeño sector de la sociedad (clase social, grupo económico, estamento militar, partido político, cúpula política, etc.); y por último, porque existe enajenación en el trabajo.

E) CONTADICCION DEL HOMBRE CON LA SOCIEDAD

El hombre es un ser social actuante, que requiere necesariamente para su desarrollo armónico e integral, de un ambiente social y cultural adecuados.

El trabajo es el que hace que los hombres se relacionen y se comuniquen entre sí. Por estas razones es que una sociedad es, fundamentalmente, el conjunto de todas las relaciones sociales que se dan entre éstos en el proceso de producción.

Empero, como quiera que los hombres no pueden producir todos los bienes o cosas al mismo tiempo, es que a lo largo de su historia se han efectuado divisiones en el trabajo, lo que ha dado lugar a que las relaciones sociales que emergían del proceso de producción, se fueran complejizando y adquiriendo nuevos matices.

En tal sentido debe entenderse que donde hay hombres, trabajo, relaciones sociales y organización del poder, funciona sistemáticamente una determinada sociedad.

Tanto el hombre como la sociedad, se cuentran indisolublemente ligados, de manera tal que el hombre no puede vivir sin la sociedad, ni ésta podrá existir sin el hombre.

De tal forma entonces que, lo más imperioso e importante para el ser humano consiste en poseer una adecuada sociedad, que le brinde las condiciones necesarias para su normal, polifacético y armónico desarrollo; lo que significa que tanto el trabajo, así como las relaciones sociales que emerjan de él, y el Estado como una determinada forma de organización del poder, deben convertirse en factores coadyuvantes al desarrollo integral de la persona humana, y no al contrario.

Sin embargo, específicamente en las sociedades como la nuestra, la existencia de las contradicciones: hombre-trabajo, trabajo-capital, hombre-tecnología, y hombre-

Estado; han hecho que la sociedad resulte adversa a la persona humana, fundamentalmente por lo siguiente: por la presencia de la enajenación del trabajo, por la dependencia del trabajador respecto al "amo capital", por la esclavitud del hombre respecto a la ciencia y tecnología, y por la hostilidad del Estado respecto al individuo, entre otros factores más. Lo que ha traído como consecuencia: la masificación del hombre, su despersonalización: su mediocratización, su robotización y robotización en el trabajo. En resumen, la deshumanización de la persona humana.

Este tipo de sociedad no sólo le es adversa al hombre porque le niega una serie de posibilidades para que este pueda desarrollar libremente sus potenciabilidades, sino porque, además, si bien en alguna medida en esta sociedad se desarrolla la capacidad del hombre, a través de la educación escolarizada (escuelas, colegios, institutos, universidades, etc.), así como mediante la educación desescolarizada (prensa, radio, televisión, etc.); sin embargo, esta educación se realiza no con la finalidad de formar la personalidad integral del ser humano y contribuir de esa forma a su desarrollo armónico, sino más bien se efectúa con el objeto de crear en los hombres, nuevas y mayores necesidades, cuya cobertura se va a constituir en fuente de luco y enriquecimiento de unos cuantos, es decir, en favor de los que dominan económicamente la sociedad.

Todo esto no ha hecho sino generar un profundo individualismo en la persona humana; sistema de comportamiento en el que los hombres viven indiferentes unos a otros y que sólo interesadamente se usan entre ellos, como "medios" para alcanzar determinados objetivos; empero, al mismo tiempo, se encuentran interrelacionados por reglas de conducta de carácter jurídico, obligatorio y general, impuestas coercitivamenter por las personas que detentan el Estado.

Por estas razones, es que el hombre rechaza a la sociedad; de tal forma que frente a la hostilidad de ésta, se siente solitario y perdido, y por lo tanto se refugia en su autoaislamiento a manera de solución momentánea. En definitiva, el hombre actualmente vive en una cosntante contradicción con la sociedad.

F) CONTRADICCION DEL HOMBRE CON LA NATURALEZA

Desde que hombre vivía confundido con la naturaleza y no obstante haberse separado de ella para coexistir en sociedad, siempre se ha desarrollado en una permanente lucha contra los fenómenos naturales. En tal sentido, si la naturaleza hubiera ganado esta lucha, sencillamente el hombre no había podido desarrollarse, y, por lo tanto, seguiría formando parte integrante de la misma.

Sólo gracias al trabajo, el hombre comenzó a desarrollar su cerebro, su lenguaje y su conciencia; aspectos que no solamente le permitieron transformar los productos que le ofrecía la naturaleza, sino además conjuntamente con el trabajo, constituyeron la fuerza motriz que lo impulsó a comunicarse, interrelacionarse y organizarse socialmente.

El hombre al trabajar sobre la naturaleza (conscientemente a diferencia de los

animales), fue desarrollando su capacidad intelectual y creativa, sus habilidades y destrezas en la transformación de los productos naturales, los mismos que lo han ido colocando en una situación de superioridad con relación a los demás seres vivos.

Sin embargo, el hombre no crea sus productos de la nada, necesariamente requiere de todo cuanto le brinda la naturaleza; por ello la lucha contra ésta no constituye una guerra sino una interrelación permanente y absoluta, en la cual el hombre busca que dominarla. Esta interrelación hace que el hombre no pueda prescindir de la naturaleza, en tanto ésta constituye el habitat natural del ser humano; en otras palabras "... así como no puede existir sociedad sin persona, de la misma forma no podrá existir sociedad sin naturaleza; toda vez que ambos constituyen un solo todo, es decir, el medio humano".(1)

En este largo proceso de sometimiento de la naturaleza, el hombre necesita conocer todos los secretos de ésta con la finalidad de tomarle la delantera.

Es decir, necesita conocer científicamente las leyes objetivas que rigen el desarrollo de todos los fenómenos naturales para controlar con ello los efectos de su comportamiento. Tal es así como el hombre, con ayuda de la ciencia y de la tecnología, ha aprendido de la naturaleza durante estos últimos años mucho más de lo que aprendió en los últimos 300 años; y por lo tanto está logrando someterla bajo su dominio.

En consecuncia, ahora que el hombre ha logrado ponerse a la vanguardia de esta lucha, significará entonces que toda la sociedad en su conjunto, estará disfrutando equitativamente de todos los productos naturales y de las transformaciones de éstos, dentro de un ambiente de bienestar general. Querrá decir acaso también, que en la actualidad el hombre inteligentemente ha entablado de una manera previsora y científica una relación armónica con la naturaleza.

Lamantablemente esto no es así; porque no todos los hombres disfrutan por igual de los frutos de la naturaleza; toda vez que el disfrute, se encuentra en proporción directa a la capacidad económica del individuo; por lo que consecuentemente la actual forma de organización social que el hombre ha establecido para interrelacionarse con la naturaleza, únicamente le beneficia a muy pocas personas y por lo tanto no produce un bienestar general.

Asimismo, la actual relación hombre-naturaleza no se está produciendo de una manera armónica; por el contrario se ha convertido en una relación de carácter consumista, destructivo y de exterminio. El hombre no solamente está extinguiendo las fuerzas energéticas de la tierra, sino, además, continúa consumiendo todas las riquezas vegetales y animales. Pero no son todos los hombres los que han entrado en esta relación de carácter inarmónico, sólo son aquellos que por avidez de riqueza y de poder, y otros, por necesidad de supervivencia, consideran que el sometimiento de la naturaleza a su servicio, constituye un proceso que se levanta sobre la base de

(1) Sentescia expedida por el Juez Vladimir Paz de La Barra en la acción de amparo interpuesta contra la tala de árboles del Campo de Marte.

su destrucción.

Por último, el crecimiento desmesurado de las ciudades, está trayendo como consecuencia la destrucción de las áreas verdes y la contrucción de grandes complejos de cemento, y por lo tanto, la reducción del oxígeno, elemento esencial en la vida del ser humano. Y si bien es cierto que el hombre ha alcanzado con la industria su total emnacipación de la naturaleza, sin embargo, el desarrollo de la actividad industrial está produciendo cada vez en mayor medida, una gran contaminación y destrucción del medio humano.

3. LA ENAJENACION: CRISIS DEL HOMBRE O CRISIS DE LA SOCIEDAD

Todas estas contradicciones que posee el hombre, ya sea con el trabajo, con el capital, con la ciencia y la tecnología, con el Estado, con la sociedad, con la naturaleza, etc., son consecuencia de la situación de subordinación y sometimiento en la que se encuentra el ser humano con respecto al trabajo, al capital, a la ciencia y tecnología, al Estado, a la sociedad y a la naturaleza.

A este estado de subordinación y sometimiento en la que se halla el hombre, con relación a estas fuerzas vivas de la sociedad y de la naturaleza se le ha denominado ENAJENACION; concepto que abarca todo el cúmulo de relaciones contradictorias y conflictivas dentro de las que se desarrolla su vida social. Por ello es que los filósofos hablan en forma específica, de enajenación del trabajo, enajenación económica, enajenación cultural, enajenación política, enajenación tecnológica, enajenación jurídica.

En tal sentido, como quiera que la enajenación abarca todos los aspectos de la vida social, por esta razón es que se ha convertido en el problema central del ser humano.

Problema éste que, a lo largo de la historia de la humanidad, ha marchado en forma paralela al desarrollo de la sociedad; adquiriendo en cada momento histórico determinadas características concretas. De tal forma que en algunas etapas de la historia han surgido determinadas contradicciones, y en otras, estas mismas han desaparecido para dar paso a un nuevo tipo de contradicciones sociales. Sin embargo este proceso de enajenación continúa.

El, hombre desde la antigüedad ha tratado de explicar y resolver el problema de la enajenación, por ello es que a lo largo de toda la historia del pensamiento humano, han surgido una serie de concepciones filosóficas expuestas por pensadores como Sócrates, Aristóteles, Descartes, Hegel, Marx, Sartre, etc.; buscando que explicar y resolver de una manera integral o parcial, de una manera científica o metafísica este problema fundamental del hombre.

Sin embargo, se debe precisar que la existencia de la enajenación desde la antigüedad hasta la fecha nunca ha perjudicado a toda la sociedad en su conjunto; por cuanto, paradójicamente, con su existencia siempre se ha beneficiado un pequeño sector de la sociedad, precisamente aquel sector económica y políticamente domi-

nante. Sector social al que generalmente no le interesa explicar científicamente ni resolver de una manera integral el problema de la enajenación; ya que con ello se desestabilizaría su situación de privilegio. Y si en algunos momentos de la historia los filósofos que defienden los intereses de este sector dominante, han pretendido explicar este problema, lo han hecho de una manera metafísica, abstracta, vaga e imprecisa; afirmando por ejemplo, entre otras cosas, que el origen de la enajenación se encuentra en la propia naturaleza del ser humano, en su mundo síquico, en la fata de solidaridad, amor y fé; llegando afirmar incluso de una manera fatalista, que este problema perdurará para siempre.

La enajenación no es un producto del mundo síquico, aún cuando la ingeniería genética está descubriendo la transmisión hereditaria de los genes que lo predisponen al hombres a ciertas actitudes, situación que es mínima. Ni tampoco tiene su origen en la falta de religiosidad y crecimiento del ateísmo. La enajenación no tiene propiamente sus raíces en el hombre; es decir, no es una consecuencia de la crisis del hombre.

Considerar que la causa de la enajenación se encuentra en la misma naturaleza del hombre, es no darse cuenta que la conciencia del ser humano, aquella que gobierna todos su actos no le ha sido dada al hombre desde su na cimiento, sino más bien es el resultado de un largo proceso de formación, en el que intervienen fundamentalmente: la educación escolarizada (escuelas, colegios academias, institutos, universidades, etc.) y la educación desescolarizada (hogar, amistades, prensa, radio, televisión, etc.). Por estas razones la formación de la conciencia es el refleja de la realidad en la que se desarrolla el ser humano. Es decir, el hombre es el producto de su medio ambiente, el medio social en el que se desenvuelve. En última instancia, el hombre es el producto de la sociedad.

La sociedad, no es sólo un conjunto mecánico de individuos, sino es la suma de los vínculos y relaciones que éstos mantienen entre sí; de tal forma entonces que la esencia del hombre está dada por el conjunto de todas sus relaciones sociales que posea dentro de su sociedad. Mejor dicho, la esencia del hombre está determinada por la forma de organización de su sociedad. Espartaco, por ejemplo, no obstante ser una persona humana, sin embargo su esencia durante la etapa de la Roma esclavista, fue la de esclavo. Esto significa que solamente cuando se sitúa a las personas dentro de una sociedad histórico-concreta, éstas se constituyen en esclavos, esclavistas, feudales, siervos, capitalistas, obreros, etc.; pero fuera de ella todos son absolutamente personas (esto constituye la fuente del jus cojens y del por qué la persona humana es sujeto de derecho internacional). Lo que, consecuentemente, quiere decir que la esencia de los hombres se encuentra determinada por el lugar que ocupan éstos en la organización económico social de su respectiva sociedad. En suma, la esencia del hombre es cambiante y transitoria, por ello es histórica.

En tal sentido tenemos que, si en la sociedad capitalsita, la persona existe y se desarrolla como "productor de valores de cambio", no es porque así haya nacido, sino porque así lo han formado, como producto de su organización económico-social, de

carácter privatista e individualista. Consecuentemente, cambiando la forma de organización de la sociedad, cambiará también la esencia del hombre; por cuanto la forma social de vida es el factor decisivo y condicionante de la esencia del ser humano.

En consecuencia, sostener todavía que la enajenación es el producto de la crisis del hombre, significa abstraer al hombre de su realidad económico-social, no reconocer que el hombre vive immerso e interrelacionado dentro de una sociedad, en suma, negarle su condición de ser histórico-social.

Sólo partiendo de la premisa que el hombre es el producto de la realidad en la que se forma, llegaremos a comprender que las circumstancias actuales por las que está atravesando en las sociedades con características como la nuestra, no son absolutas ni inmutables. Que sólo, corresponden a su respectiva forma de organización socio-económica; y que en la medida que cambia ésta, cambiará por ende la conciencia y la conducta de los hombres, no de una manera inmediata y automática, sino como resultado de un nuevo proceso de formación educativa.

En defintiva, la actual problemática humana, no tiene su causa en la crisis del hombre, sino por el contrario en la crisis de la sociedad, en la crisis de su organización económico-social; por cuanto en esta última, la que actualmente viene provocando la degradación moral del hombre, su empobrecimiento espiritual, su despersonalización, su deshumanización; al extremo de haberlo convertido en un "don nadie", en esclavo del proceso de produción, del trabajo, del capital, del mercado, de la ciencia, del Estado, de la sociedad, etc. En síntesis, la crisis del hombre es el reflejo de la crisis de la sociedad, y, en la estructura de esta, la fuente de la enajenación.

4. EL HUMANISMO: UNICA RESPUESTA A LA ENAJENACION

El interés por el respeto del ser humano, no es un tema del momento o del presente siglo. La Problemática humana ha sido motivo de reflexión en el pasado y lo sigue siendo en el presente. Este interés en el hombre dijimos, suele profundizarse en aquellos momentos de crisis social, en donde las cuestiones "...de la esencia del hombre, de su lugar en el mundo, de su actividad hacia la sociedad, el sentido de la vida, su destino, etc."(1) se convierten en temas de reflexión y estudio, que dan lugar al desarrollo del proceso de humanización del ser humano. Proceso de humanización que históricamente es uno sólo, que comprende tanto la praxis como la alienación a que se refiere Carlos Marx, y que surgió cuando comenzaron los problemas del hombre, que como tal ha seguido desarrollándose hasta la actualidad. Lo que sucede es que en cada etapa de la historia han surgido diversos enfoques o concepciones respecto al problema del hombre y su solución. Concepciones que avanzan y se superan cualitativamente unas o otras en la medida que avanza el conocimiento humano; toda vez que éste va de un conocimiento incompleto a otro más completo, y así sucesivamente.

De esta manera es como han ido surgiendo dentro del proceso de humanización

(1) V. KESHELAVA. "Humanismo Real y Humanismo Ficticio". Ed. Progreso. Moscú.

del ser humano concepciones como el cristianismo, el jusnaturalismo, el marxismo, etc.; y de la misma forma surgirán en el futuro nuevas concepciones filosóficas.

En tal sentido, la historia de la humanidad siempre ha sido y seguirá siendo, una lucha constante entre los que defienden consciente o inconscientemente la enajenación, y los que luchan por la humanización del ser humano. Del tal manera que ambos procesos: enajenación y humanismo, han marchado en forma paralela a lo largo de toda la historia de la sociedad universal (proceso histórico) y seguirán marchando hacia el futuro; por ello es que el proceso social de humanización del hombre no es sinómino de proceso histórico, el mismo que se refiere al pasado.

En consecuencia, el enemigo fundamental del hombre ha sido y sigue siendo la enajenación y todo lo que ésta contiene. Por lo tanto, la única forma cómo se puede superar la contradicción existente entre el hombre con el trabajo, la esclavización del hombre respecto al capital, la sumisión de éste con relación al Estado y al Derecho, su reducción a la situación de cosa, su disminuación al nivel de productor de valores de cambio, su estandarización, su robotización en el trabajo, etc., es anteponiendo a todo ello, la concepción humanista, con la finalidad de seguir impulsando el proceso historico-social de humanización del ser humano, que conlleva no sólo al desarrollo de la persona sino, fundamentalmente, al desarrollo de su organización económico-social.

Con tal fin, el humanismo enseña a observar al hombre en toda su integridad: como ser natural, como ser social, como ser biológico y como sujeto de derechos. Es decir, contempla en forma multidimensional los diferentes planos del ser humano; en otras palabras, las diversas formas de su actividad social: actividad productiva, el ejercicio del poder, la dación de normas jurídicias, su actividad tecnológica, su interrelación con otros hombres, sus conflictos sociales, su actividad filosófica, científica, jurídica, religiosa, etc. como aspectos específicos uno del otro, pero al mismo tiempo vincualdos, condicionados o interrelacionados entre sí, es decir formando parte integrante de un mismo sistema económico, político y social. En suma, el humanismo enseña a tener una visión integral de la sociedad y del individuo, no como una contradicción insalvable, absoluta y sin solución, conforme predica el existencialismo; por el contrario, propugna que el hombre se desarrolle en toda su integridad; con el objeto de superar el estado de desintegración y enajenación en la que se encuentra. En otras palabras, busca que establecer las condiciones necesarias para el desarrollo multilateral y polifacético del hombre.

En síntesis, el proceso de humanización del ser humano, no solamente significa buscar que vencer la pobreza, elevar el nivel de bienestar material del pueblo y respetar jurídicamente los derechos humanos, sino que antes que nada, significa buscar su "desenajenación", estableciendo un nuevo sistema de vida social, en donde las relaciones entre los hombres, sean relaciones entre personas humanas. Sistema social, en donde se impulsa la autorealización del individuo, su desarrollo integral y la eliminación de antagonismos sociales derivados del privatismo e individualismo. Por ello es que el humanismo, enseña a recusar esta última realidad existente, insultante

y humillante para el hombre; que únicamente le ofrece a la mayoría de población, un anormal e inhumano modo de satisfacción de sus necesidades más urgentes; y, además, enseña al mismo tiempo que únicamente se logrará ofrecer al hombre condiciones humanas dignas para su existencia, en tanto cambia la realidad, es decir, la forma de organización social en la que por ahora se desenvuelve.

En consecuencia, el humanismo tiene como objetivo final la libertal del hombre. De allí que sea una concepción liberadora de los hombres respecto de las fuerzas ciegas de la sociedad y de la naturaleza; por cuanto, mientras el hombre viva atado a la espontaneidad, a las cadenas de las leyes objetivas que rigen el desarrollo de la naturaleza y de la sociedad, vivirá en un estado de enajenación; y sólo con la transformación de las estructuras económico-sociales, y con la ayuda de la ciencia y la tecnología y de un proceso de formación de una nueva conciencia a través de una educación permanente y total, se logrará poco a poco vencer a la enajenación.

SEGUNDA PARTE

EL HOMBRE, EL ESTADO Y LA ADMINSTRACION DE JUSTICIA

1. EL HOMBRE, EL TRABAJO SOCIAL, LA NECESIDAD SOCIAL DEL PODER Y LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El hombre, se distingue de los demás seres vivos por el desarrollo de su cerebro, de su conciencia, por su capacidad de trabajo, por su capacidad de pensar, crear, razonar científicamente, etc.; por estas razones se le considera al hombre un ser actuante, pero al mismo tiempo es un ser social, porque vive vinculado, condicionado e interrelacionado con otras personas; en suma, el hombre es un ser social actuante que requiere necesariamente para su desarrollo armónico e integral de una organización económica y política y de un ambiente natural adecuados.

Siempre y en todo lugar el hombre ha necesitado trabajar para vivir, de manera tal que es el trabajo el que hace que los hombres se relacionen y se comuniquen entre sí a través del lenguaje; situación que lo distingue cualitativamente de los animales. Por estas razones una sociedad no es solamente un conjunto de individuos, sino fundamentalmente viene a ser el conjunto de todas las relaciones que se dan entre los individuos en el proceso de producción de bienes y servicios.

Sin el trabajo el hombre ni la sociedad podrían existir. En los comienzos de su historia el hombre sólo requería apropiarse de los frutos que le brindaba la naturaleza para poder sobrevivir; empero más adelante, se vió precisado a transformarlos para satisfacer sus nuevas necesidades, que fueron surgiendo en el proceso del desarrollo de su vida social.

En tal sentido, si bien es cierto que el trabajo del hombre en algunas ocasiones se realiza en forma individual, sin embargo siempre y en todo momento, el trabajo posee un carácter social, en razón de que el producto del trabajo de una persona le sirve necesariamente a otras. Esto quiere decir, que en virtud de sus productos los hombre se relacionan entre sí, de tal manera que el trabajo se ha convertido en la fuente de origen del surgimiento de todas las relaciones sociales; por ello es que el trabajo constituye la base de la vida social. Lo que significa por lo tanto que el hombre sin el trabajo no habría podido existir como persona humana, ni mucho menos hubiera podido vivir en sociedad.

En consecuencia como quiera que el hombre no es un trabajador autárquico, por consiguiente, su condición de ser social influye poderosamente en su trabajo, haciendo que este también posea un carácter social, de tal forma entonces que el hombre necesita de otros hombres no sólo para producir y cambiar sus productos, sino además para consumir lo producido por otros.

Es precisamente como en el interior del proceso de producción y circulación de bienes desarrolado sobre la base del trabajo social del hombre, que las personas se vinculan y relacionan unas a otras de diversas formas y maneras(1); relacionones que a su vez requieren necesariamente ser reguladas, dirigidas u organizadas mediante normas jurídicas. En los casos en que estas relaciones sociales no sean armónicas, sino conflictivas, requieren ser resueltas por los componentes de la administración de justicia para evitar el caos y la anarquía social. En síntesis, estas relaciones sociales inarmónicas y/o conflictivas requieren de la presencia del poder. Esto significa, que como resultado del trabajo del hombre y de las relaciones sociales que se establan entre ellos, emerje la necesidad social del poder.(2) como la única forma de organización, regulación, dirección y administración que ha conocido la sociedad.(3) En tal sentido, cuando los hombres se juntan para trabajar, mejor dicho para producir, en ese instante surge el poder, como una necesidad social derivada del trabajo y en las relaciones sociales de producción. En síntesis, el hombre con su actividad laboral, crea el poder, por ello es que el poder le pertenece a todos los trabajadores en general. De allí que con justa razón se diga que el "poder nace del pueblo" o que la potestad de administrar justicia "emerge del pueblo". Al respecto, uno de los primeros pensadores que logró descubrir esta verdad objetiva, fue Juan Jacobo Rosseau, quien en su célebre obra "El contrato social" refiere que el pueblo en su conjunto es

(1) En la sociedad moderna todas las personas se encuentran ligadas de una u otra forma al proceso de producción de bienes y servicios, de ahí que bastante objetividad se sostenga que la estructura económica determina la existencia y el carácter de las instituciones políticas, jurídicas, judiciales, etc. En otras palabras, toda institución corresponde a una determinada estructura socio-económica concreta, por ejemplo el Tribunal de Garantías Constitucionales no hubiera podido existir dentro de la formación económico-social gentilicia, esclavista o medioeval, por lo mismo que en auqellas etapas no había aparecido el fenómeno jurídico del constitucionalismo.

(2) Paz de la Barra, Vladimir. "Teoría del Estado y Control del Poder" Empresa Editora Latina. Lima 1986. p. 16.

(3) Recién a partir del siglo XV la organización del pdoer y la coerción ha recibido la denominación de Estado; luego ha recibido también la denomiancián de Parato Estatal. Actualmente como resultado del avance de las Ciencias Jurídico-políticas tecnicamente se le viene denominando Sistema Estatal.

el propietario del poder, y que en consecuencia siendo éste el que posee la "soberanía popular", le compete a él determinar a quien debe concederle el poder. Si es a una sóla persona se estará ante una **Monarquía**; si se le delega a varias personas se estará ante una **Aristocracia**; y si por último, es el pueblo el que se hace cargo del poder, entonces se estará ante una **Democracia**.

Al respecto nosotros consideramos que lo importante de la concepción roussoniana es el haber expresado que el pueblo es el propietario del poder.

El hombre, toma conciencia de esta verdad con mayor nitidez,en los momentos en que se profundizan los conflictos sociales como consecuencia de los abusos y excesos del poder cometidos por las personas que detentan el poder ya sea porque se apropiaron de él por la vía democrática, o por otras razones. Tal es así como dentro del marco de la guerra de la independencia de las colonias norteamericanas de la metropoli inglesa, dirigida por la joven burguesía comercial e industrial norteamericana contra la vieja aristocracia feudal inglesa que le impedía desarrollarse económicamente, se preconizó que el poder le pertenecía al pueblo y no a la corona. En ese sentido se aprobaron varias **Declaraciones** de derechos durante el siglo XVIII, esta como **"Los derechos de Virginia"** (12 de Junio de 1776) en cuyo numeral segundo se expresa: "Que todo poder está investido en y, por consiguiente, deriva del pueblo; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo momento responsables ante él" y además en su numeral cuarto manifiesta "Que ningún hombre o grupo de hombres tienen derecho a retribuciones o privilegios exclusivos de la comunidad, si no es en consideración del desempeño de servicios públicos, que no serán transferibles, no debiendo ser hereditarios los oficios de magistrados, juez o legislador". Por su parte, en la Declaración de **Derechos de Massachusetts** de 1780, en su artículo quinto se señala que: "Dado que el poder reside originalmente en el pueblo y deriva de él, los diferentes magistrados y oficiales de gobierno, investidos de autoridad, ya sea legislativa, ejecutiva o judicial, son sus representantes y agentes y en todo momento son responsables ante él".

En la actualidad resulta inocultable volver a considerar, como lo hicieron las teorías teocráticas durante la época del oscurantismo esclavista y medioeval, que el poder no le pertenece a todos los trabajadores; por cuanto donde hay hombres, hay trabajo; donde hay trabajo, hay relaciones sociales de producción; y donde existen estas últimas, los hombres necesariamente requieren del poder; es decir de una determinada forma de organización del poder, que supone también un determinado sistema de administración de Justicia. Lo que significa en definitiva que el poder se encuentra asociado al trabajo. En última instancia podemos señalar que es el trabajo social el que crea el poder.

En tal sentido debe entenderse, que donde hay hombres, trabajo, relaciones sociales y organización del poder, funciona sistemáticamente una determinada sociedad, con su respectiva forma de administración de justicia.

Tanto el hombre como la sociedad, se encuentran indisolublemente ligados, de

manera tal que el hombre no puede vivir sin la sociedad, ni ésta podrá existir sin el hombre; en consecuencia lo más imperioso e importante para el ser humano, a la par de tener un adecuado y equitativo proceso de producción y circulación de bienes, consiste en poseer una determinada forma de organización del poder, que le brinde los servicios y condiciones necesarias para su normal, polifacético y armónico desarrollo social; en suma un Estado, una sociedad y un medio ambiente natural y equilibrado que garantice la vigencia de todos sus derechos civiles, políticios, económicos, sociales y culturales. Esto significa que tanto el trabajo, así como una determinada forma de organización del poder y el derecho, expresión jurídica del poder deben convertirse en factores coadjuvantes al desarrollo integral de la persona humana, y no en una fuerza hostil, generadora de relaciones sociales inarmónicas y conflictivas y estructurada por encima de la sociedad.(4)

Quiere decir entonces que las relaciones y vínculos que se dieron entre los hombres en el incipiente proceso de producción durante las comunidades gentilicias, generaron a su vez, la aparición de múltiples controversias entre los componentes de la comunidad; las cuales necesariamente requerían ser solucionadas en forma inmediata, bajo el peligro de que se produjese la desintegración de la comunidad. Por eso es que a todas las personas les interesaba que existiese alguien dentro de la comunidad que resolviera todos estos asuntos. De allí que la administración de justicia desde un comienzo de la Historia de la Humanidad, constituyó una necesidad social, surgida como efecto o resultado de la propia existencia de las comunidades humanas; razones estas por las que ninguna gens, marka, clan, ayllu u otras comunidades gentilicias, han podido prescindir de la administración de justicia, ni podrá prescindir tampoco ninguna sociedad en el futuro, mientras el hombre trabaje dentro de una comunidad.

Empero es necesario precisar, que la necesidad social de la administración de justicia, no apareció aislada durante la comunidad gentilicia; es decir no se presentó como una única necesidad, sino más bien vino acompañada de otras necesidades mayores tales como: la necesidad social de una administración general, de un gobierno, de una dirección, de una organización de la comunidad, de una fuerza protectora y coercitiva, etc. En síntesis, la necesidad social del poder; razón por la que la administración de justicia desde un primer momento de la Historia ha formado parte integrante de la estructura u organización del poder y la coerción dentro de la sociedad. Lo que en consecuencia significa, que la administración de justicia y el poder se encuentran indisolublemente ligados e interralacionados.

---

(4) El alejamiento del estado con respecto a la sociedad, no sólo ha generado la relación Estado/Sociedad de carácter formal e informal sino lo más grave es que dentro de las sociedades con caracterísiticas similares a la nuestra, los terminales del poder central o local no llegan a cubrir amplios espacios poblacionales, los mismos que constituyen el sector no integrado al sistema estatal; cuyas comunidades andinas y nativas desarrollan su propia organización del poder y su propio sistema de comportamiento social que implica además su propia forma de administrar justicia.

2. LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA COMO PARTE INTEGRANTE DE LA ORGANIZACION DEL PODER DENTRO DE TODA SOCIEDAD

La administración de justicia, no surgió como consecuencia de la creación espontánea de alguna persona en especial, o como un mandato de algún ser sobre natural; por el contrario la administración de justicia es un fenómeno social que apareció en la historia de la humanidad como fruto de la necesidad social que tuvieron los hombres para resolver sus propios conflictos que surgieron dentro de sus relaciones sociales de producción, como consecuencia de vivir en comunidad en virtud del trabajo social.

La administración de justicia entonces, surge inmersa a la necesidad social del poder, y a la vez como parte integrante de esta; de tal manera que ambos constituyen dos fenómenos que se encuentran estrechamente interrelacionados. Lo que nos lleva a sostener que la administración de justicia no hubiera podido existir sin la presencia del poder; por ello es que desde el comienzo de la historia de la humanidad hasta la actualidad ha formado parte integrande de la organización o estructura del poder dentro de una sociedad por más pequeña que ésta fuese. Recordemos por ejemplo la descripción que realiza Lewis Morgan en su obra "La Sociedad Primitiva", respecto de la organización del poder en la gens iroquesa. O cuando Federico Engels en su obra "Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", explica la organización del poder de la gens romana y griega durante la etapa gentilicia, en la que la tarea de la administración de justicia se hallaba enmanos del "sachen"; es decir en manos de la persona a quines los hombres y mujeres adultos de la gens pública y democráticamente le habían delegado el poder.

Basta tocar cualquier punto de la Historia Universal para darnos cuenta de inmediato, como es la potestad de administrar justicia siempre ha estado ligado de una u otra forma al poder. Sea en la época de la Roma esclavista en que los Prefectos pretorianos eran elegidos por los emperadores. En la época medioeval, en la que los mismos señores feudales administraban justicia; sea en las monarquías absolutistas europeas, en la que los jueces eran designados directamente por los monarcas, de tal forma que incluso se compraban estos títulos y además se transmitían en forma hereditaria; ya sea en las nacientes repúblicas latinoamericanas del siglo pasado en las que los jueces eran elegidos por el Congreso, por el Presidente de la República o algunas otras veces por la cúpula judicial; o por último, sea en nuestra actual forma de organización republicanael poder del presente siglo, en la que los jueces son elegidos por el Presidente de la República a propuesta de las ternas presentadas por un órgano estatal supuestamente "autonómo" encargado de "Examinar" a los postulantes. En definitiva, sean en uno u otro caso, siempre vamos a encontrar que los jueces, operadores de la administración de justicia, están estrechamente ligados al poder; y como tal, forman parte integrante de la organización del poder, de la estructura del poder dentro de todo tipo de sociedad.

Por estas razones es que en la actualidad, ya no se puede concebir que exista una administración de justicia desligada del poder y ajena a ésta, por más que se esfuercen

determinados tecnócratas jurídicos en demostrar la existencia de la Independencia" y "Autonomía", del aparato administrador de justicia y el carácter "Técnico y Apolítico" de los operadores de justicia. Concepción ésta, que sólo contribuiría a mantener un estado de oscurantismo en beneficio de los detentadores del poder y del mantenimiento de un sistema económico y social injusto y violatorio de derechos humanos.

Por otro lado, si bien es cierto que, en las sociedades con características socio-económicas como la nuestra, el sistema estatal no llega a cubrir todo su territorio y población, como en el caso peruano en que en muchas comunidades andinas y nativas no existen "terminales del poder central o local" (postas médicas, puestos policiales, jueces de paz no letrados, etc.), sin embargo dentro de estas comunidades, por el hecho de estar constituídas por hombres, trabajo social y relaciones sociales de producción, surgirán en su interior, la necesidad social de contar con el poder, con un órgano de dirección, administración y gobierno encargado de resolver los asuntos internos de la comunidad. en tal sentido, surgirá entonces la necesidad de estalbecer una determinada forma de organización del poder, que básicamente contenga o abarque las funciones más primordiales del poder: a) la función normativa o reguladora, b) las funciones administrativas en sus distintos aspectos (Judicial, educativo, de salud, etc.) y c) la función coercitiva y protectora. Por ello es que estas comunidades logran desarrollar su propia forma de gobierno, su propio "derecho consuetudinario", su propio aparato coercitivo y protector (las rondas campesinas), su propia administración de justicia y hasta sus propios mecanismos de penalidad y privación de la libertad. Con lo cual se demuestra, que en ningun punto del territorio peruano, por más alejado que se encuentre una comunidad de los "terminales del poder central" no existiran vaciós de poder; por cuanto en toda comunidad siempre emerge el fenómeno social del poder, y unido a éste, la necesidad social de la administración de justicia.

En síntesis, la funcion judicial es una parte de un todo, llamado organización del poder estatal, al que algunos llaman super estructura política y jur´dica y otros denominan Estado.

3. ETAPAS HISTORICAS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

A) LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA GENTILICIA

Es la primera etapa de la Historia de la socieda humana. En esta etapa, el proceso de producción y distribución de bienes no era privatista, sino de carácter social. Como quiera que la tierra era de todos los miembros de la comunidad, en tal sentido todos trabajaban y entre todos se distribuían equitativamente el producto del trabajo social; y por ende el poder que se encontraba asociado al trabajo social, también poseía un carácter social, Es decir los propietarios del poder eran todos los componentes de la comunidad; por ello es que los hombres y mujeres adultos se reunían públicamente para nombrar en forma democrática a su gobernante o administrador de la gens; a quien le delegaban el poder en forma temporal, mientras no abusase o se excediese en su ejercicio; casos estos, en los que los componentes de la gens le revocaban

públicamente el poder, para luego nombrar a otro gobernante en su reemplazo. Lo que significaba en consecuencia, que tanto el poder, como el control del ejercicio del poder, se encontraban en manos del porpio pueblo, en otras palabras, en manos de todos los trabajadores; por estas razones es que el poder y el control del poder se encontraban estructurados de abajo hacia arriba.

En este período, la adminsitración de justicia se encontraba concretada en la persona del gobernante de la comunidad, quien desarrollaba no sólo esta tarea, sino además, todas las funciones del poder social gentilicio (reguladoras o normativas, administrativas de justicia) era el jefe de la gens, persona nombrada directamente por el pueblo, a quien éste controlaba y en última instancia podía revocar su nombramiento. Lo que significaba por lo tanto, que la administración de justicia durante la etapa gentilicia, se encontraba estructurada de abajo hacia arriba; es decir en forma democrática, razón por la cual, los sencillos procesos judiciales así como sus soluciones y penalidad, eran de carácter publico. En suma, la administración de justicia en este período fue de carácter social, toda vez que a la comunidad en su conjunto la competía resolver y sancionar el problema litigioso que había surgido en su seno; por cuanto su no solución, repercutía en el normal desarrollo de las relaciones sociales de todos los componentes de la comunidad gentilicia.

En definitiva, podemos señalar, que todos los pueblos de la tierra en sus orígenes, han atravesado por esta etapa de la administración de justicia e incluso podemos afirmar que existen países en el que algunas de sus comunidades no integradas a su sistema estatal "formal", mantiene todavía esta forma de administración de justicia gentilicia, desde luego en la mayor cantidad de casos, amalgamada con elementos de una civilización ajena, política, jurídica y coercitivamente impuesta como es el caso del Perú.

B) TRANSFORMACION DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA GENTILICIA EN ADMINISTRACION DE JUSTICIA ESTATAL

Conforme señalamos anteriormente, la Administración de Justicia forma parte integrante de la organización del poder; razón por la cual paracomprender con mayor claridad la transformación de la administración de justicia gentilicia a Administración de carácter estatal, resulta previamente impostante precisar como se ha producido la transformación del Poder Gentilicio en Poder Estatal. Para lo cual a continuación transcribimos una glosa del Libro "Teoría del Estado y Control del Poder",...siguiendo la línea del pensamiento ya expuesto consideramos que el Estado no siempre existió en la historia de la sociedad mucho tiempo después de que surgiera el poder como forma de de dirección y administración de la sociedad gentilicia. Lo que sucedió fue, que el poder social gentilicio se convirtió en poder estatal cuando el poder adquirió la forma de Estado, en aquel momento histórico concreto en que la sociedad se dividió en clases sociales como producto de la aparición de la propiedad privada. Fase en la que el gobernante, requirió de la presencia de un aparato de administración especial coercitivo, que le asegurase su dominio con relación a toda la sociedad; toda vez que los mecanismos de administración y gobierno, tales como: la exhortación, amones-

tación expulsión de la gens o tribu, y en casos extremos la muerte del infractor que se utilizaron el la vieja organización social gentilicia para asegurar las relaciones de subordinación inherente al poder; resultaba esta vez, totalmente insuficiente para mantener el dominio de la clase gobernante, compuesto de cárceles, tribunales y grupos armados, e integrado a su vez por funcionarios estatales, remunerados en base a los impuestos coercitivos pagados por toda la sociedad.

En aquella etapa histórica para la observancia de las relaciones de subordinación establecidas por el poder estatal, además de las normas jurídicas que reglamentaban dichas relaciones, se requería el apoyo de la fuerza la coerción que en ese momento adquirió también la categoría de coerción estatal por el hecho de construir un sistema de especial características jurídicas y políticas; y que en todas las sociedades se manifestó mediante la existencia de fuerzas y personas armadas de detenciones, etc. De ahí que el jurista alemán Martín Kriele con mucha propiedad nos señale: "El Estado tiene en sí el monopolio de crear derecho y las obligaciones, como así también el de imponer tales obligaciones por la fuerza. Pero también tiene la posibilidad de transferir a otros las condiciones de la aplicación de la fuerza y también retirar esta transferencia. Todo poder que no sea estatal es derivado del poder estatal". En definitiva, esto significa que el poder estatal, sin la ayuda de la coerción juficamente organizada, no podría subsistir en ninguna sociedad en la que existen clases sociales. Lo cual nos lleva a etablecer, que el poder y la coerción se encuentran indisolublemente ligados.

En consecuencia, la causa de la existencia del Estado, está determinada por la acción que ha producido en la sociedad la Ley de la necesidad social del poder, al actuar bajo determinadas condiciones económico sociales. Condiciones que en cada caso concreto están constituídas por el momento histórico en el que las contradicciones existentes entre las clases sociales no podían armónicamente coexistir; razón por la que surgió el fenómeno social Estado. Que, a partir de dicho momento y a lo largo del desarrollo de la historia de la sociedad, únicamente fue cambiado de forma (Estado feudal, monárquico, absolutista, monarquico constitucional, republicano, etc.)"(5)

Quiere decir entonces que en esta etapa de la historia del Sociedad humana, el proceso de producción de bienes materiales, así como su distribución, se tornaron privatistas lo que dió lugar a la existencia de contradicciones entre el trabajo social y su aprovechamiento particular. De la misma forma también, el Poder que durante la etapa gentilicia le pertenecía a los trabajadores, en este período comenzó a ser apropiado por un pequeño sector de la comunidad; los mismos, que comenzaron a organizarlo y estructurarlo en función de sus intereses privados. Mejor dicho el Poder se había desasociado del trabajo social(6), razón por la que comenzó a ser estructurado bajo la forma de un aparato especial y coercitivo, y por encima de la sociedad, como una fuerza hostil y adversa al desarrollo de la persona humana. A partir de este momento, las relaciones que se entablaron entre la Sociedad y el Estado, más

(5) Teoría del Estado y Control del Poder. Paz de la Barra, Vladimir-Empresa Editora Latina, S.A. Pág. 21-23.

(6) En la Filosofía se concoce con el nombre de enajenación o alienación del Poder.

especificamente entre el hombre y el Estado, comenzaron a ser de carácter conflictivo e inarmónico. En un primer momento, todas las funciones del poder (Normativas o Reguladoras, Administrativas y coercitivas o protectoras) se encontraban concentradas en una sóla persona a quien se le denominaba: Rey, Monarca, Príncipe, etc. Más adelante, como consecuencia de la exigencias sociales, los gobernantes comenzaron a delegar determinadas funciones del poder a otras personas, con la finalidad de que estas desarrollasen tales funciones. Dentro de éste período, la Administración de Justicia se encuentra estrechamente ligada al poder y la coerción; y por ende sigue formando parte de la organización o estructura del Poder. Empero si bien es cierto que en un primer momento de este período, el administrador de justicia, es el propio gobernante, Rey, Monarca, o Principe, sin embargo más adelante éstos se ven precisados a delegar esta función a determinadas personas. Al respecto la Biblia Señala: "Escogió Moisés varones de virtud de entre todo Israel, y los puso por Jefes sobre el pueblo, sobre mil, sobre ciento, sobre cincuenta, y sobre diez. Y juzgaban al Pueblo en todo tiempo, el asunto difícil lo traían a Moíses, y ellos juzgaban todo asunto pequeño"(7). Más adelante se comenzaron a formar los aparatos judiciales por medio del cual la Administración de Justicia comienza a ser desarrollada a través de mecanismos especiales y coercitivos.

Como quiera que la producción y circulación en éste período es de carácter privatista, de la misma forma también y como reflejo de la estructua económica la administración de justicia se torna igualmente privatista tanto sus leyes, proceso y solución. Asimismo la Justicia adquiere el carácter elitista, en tanto, sólo le sirve a un sector de la sociedad, toda vez que el pueblo, los esclavos y más los siervos de la gleba, es decir y en la actualidad las grandes masas de campesinos y obreros no alcanzan a acceder a élla. En síntesis la adminsitración de justicia, a diferencia de la etapa gentilicia, ya no le compete a toda la sociedad, por cuanto únicamente le interesa a las personas que recurran privadamente a ella, en busca de protección de determinados derechos patrimoniales y personales. Estas fueron las características que primaron fundamentalmente durante la época esclavista y medioeval), en el que el gobernante (Monarca, Rey, Principe, Señor Feudal, etc.) administraba personalmente "Justicia" o delegaba esta función a otra persona de su Corte o cercana a ella, nombrándolo previamente para tal efecto muchas veces con el nombre de "justicia", como el caso del llamado "Justicia Mayor de Aragón" durante el siglo XII en el Reino de Aragón. En cierta forma, el cargo de Administrador de Justicia hasta cierto punto constituía una especie de título nobiliario. En los casos en que existiendo estos delegados; el Rey, principe o Señor Feudal, se convertían en la práctica en una especie de última instancia, toda vez que el justiciable podían apelar ante el Rey, contra el fallo del Juez. Es precisamente en torno a esta esencia como se fue estructurando el derecho procesal.

Más adelante con el triunfo de la Revolución Inglesa de 1689, de la guerra de la independiencia norteamericana de 1776 y de la Revolución Francesa de 1789,

---

(7) EXODO 18. 25, 26. DEUTERONOMIO 1. 15,16

comenzó una nueva etapa en la historia de la organización del poder a nivel universal. La burguesía (que para ese entonces había logrado poseer una situación económicamente dominante dentro del proceso de la producción y comercio de bienes) después de haber desplazado del poder político a la vieja aristocracia feudal, instauró por primera vez, una nueva forma de organización del Poder, diferente a las anteriores, sobre la base de la teoría de la división de poderes, desarrollada por John Locke en su Libro "Del Gobierno Civil" y por Carlos Luís Montesquieu en su obra "El Espíritu de las Leyes". Tal es así como en los Estados Unidos de Norteamérica y en Francia, se adoptó la división tripartita de poderes (Poder ejecutivo, legislativo y judicial), como estructura de su nuevo tipo de Estado republicano; cuyas formas de organización del poder y la coerción, a partir de ese momento sirvieron de modelos en casi todos los países del mundo (con excepción de las monarquías constitucionales que siguieron el modelo inglés) especialmente en las jóvenes repúblicas de América Latina, que después de su independencia de la metropolí española adoptaron el modelo norteamericano o francés, o una mixtura de ambas.

Ahora, a diferencia de los períodos históricos anteriores, se comenzó a acceder "democráticamente" al poder vía elecciones. Es decir, se estableció el régimen de Democracia representativa, sobre la base de la división de poderes, la elección de los gobernantes y parlamentarios, y el reparto proporcional de las crules parlamentarias. Pero no solamente un cuerpo electoral, compuesto por personas mayores de edad (derecho capacitario) o por personas con cierta capacidad económica que previamente hayan cumplido con pagar determinados censos electorales (derecho censitario). Agregándose a ello la formación de partidos políticos para la intervención en la contienda electoral a fin de llegar al poder.

Como quiera que la administación de justicia forma parte integrante de la organización del poder; en este nuevo período los administradores de justicia a diferencia de los períodos anteriores en que eran designados por el Rey o Monarca; ahora comenzaban a ser nombrados algunas veces por el Presidente de La República, otras por el Parlamento y algunas otras veces por la cúpula del Poder Judicial. Es decir, la administración de justicia en este período sigue siendo organizada de arriba hacia abajo. El nombramiento se produce por aparte de los gobernantes "democráticamente" elegidos, mediante la manipulación de la conciencia electoral que realizan todos los partidos que ingresan a la contienda electoral. Sin embargo paradógicamente, como es el claro caso peruano, se expresa en nuestra Constitución Política "que la capacidad de administrar justicia emerje del pueblo". Cuando sabemos que en la práctica, que esta potestad emerje de los gobernantes elegidos tan sólo por un sector de la sociedad, es decir por el cuerpo electoral. Más realistamente, la potestad de administrar justicia emerje del partido político dominante.

En síntesis la organización de la administración de justicia durante esta etapa estatal sigue siendo estructurado de arriba hacia abajo; y los nombramientos de los operadores de justicia provienen de los gobernantes y partidos políticos dominantes. Generalidad de la que no se escapan los actuales países socialistas; así como por ejemplo el caso cubano, en la que si bien el pueblo interviene en la elección de las

ternas para jueces, sin embargo la designación del titular pasa por el tamiz del Partido Comunista Cubano, cuya cúpula es la que en última instancia decide el nombramiento; y de la cual en la práctica emerje la potestad de administrar justicia. Lo que significa en consecuencia, que lo único que ha cambiado desde la aparición del Estado esclavista hasta la actualidad, en cuanto se refiere a la organización de la administración de justicia, en su forma, más no su contenido.

El brasilero Aurelio Wander Bastos, después de realizar un estudio sobre los jueces y abogados como agentes del orden jurídico en las sociedades modernas, logra también darse cuenta que la actual problemática de la Administración de Justicia, tiene como una de sus principales causas la inadecuada organización del poder dentro de la sociedad, al señalar lo siguiente: "Este es el gran drama del Poder Judicial moderno: su capacidad adaptativa y sus condiciones de modernización estan contenidas por las características liberales de su estructura burocrática, principalmente representada por la complejidad procesal, por la centralización estructural, por la dependencia organizacional y por las tradiciones ligadas a su jurisprudencia. Básicamente está impedido de atender estos condiciones debido a los siguientes factores: baja flexibilidad para acompañar el cambio social y limitada independencia decisoria para intervenir en conflictos complejos. De esta manera, como se observa, el Poder Judicial está padeciendo de una presión históricamente dolorosa; si por un lado no consigue afirmarse como un Poder auténticamente legítimo, con la elasticidad y flexibilidad necesaria para resolver los intereses de una sociedad en intenso proceso de modernización, por otro lado está circunscrito a su capacidad adaptativa por el avance judicial de las competencias ejecutivas. En el fondo estamos frente a un nuevo problema: el problema del modelo judicial. Sin embargo, una crisis del modelo liberal de organización del Poder Judicial, sino a una crisis del sistema de poderes. No se trata de una crisis específica de Poder Judicial, se tata de una crisis del sistema liberal de la organización del Estado, que, en cierta manera desarticula la relación de los tres poderes entre sí y entre los elementos internos constitutivos de cada uno de ellos.

C) TRANSFORMACION DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA ESTATAL EN ADMINISTRACION DE JUSTICIA DEMOCRATICA

El poder en toda sociedad cumple diversas funciones, en virtud de las condiciones historico-concretas sobre las que actúa, pudiendo ser funciones administrativas, normativas, coercitivas protectoras, judiciales (12), razón por la cual la administración de justicia en todo tipo de sociedad constituye en esencia, la función judicial de poder. El poder por lo tanto es uno sólo, lo que sucede es que en cada sociedad se organizan las diversas funciones del poder, en virtud de determinadas teorías políticas. De tal forma entonces, que la administración de justicia de cada país, constituye una determinada forma de organización de la función judicial del poder; a la que equivocadamente en virtud de la aplicación de la obsoleta y metafísica Teoría Tripartita de poderes, se lae ha organizado como la aparición en los postirmerías de

(12) Paz de, la Barra Vladimir - Ob. cit. p. 25

la etapa gentilicia, de determinados factores económicos-sociales, que hicieron que el poder se desasociara de todos los trabajadores del pueblo en general; para a partir de este momento ser detentado por una sóla persona o grupo de personas (reyes, monarcas, caudillos, cúpulas partidarias, grupos económicos de poder, etc.).

Que, empero, nada es eterno, inmutable e incambiable; con mayor razón la organización del poder estructurada por los hombres, máxime cuando ésta viene agravando las contradicciones sociales; por ello es que en la actualidad se intensifica el replanteo del Estado, de la organización del poder, de la organización de la función judicial del poder, sobre la base de la teoría del carácter unitario del poder, y de la asociación del poder, al trabajo social. Teniendo en cuenta que el poder le pertenece a todos los trabajadores; y como tal el pueblo debe volver a ser el propietario de la capacidad legislativa, administrativa, judicial, etc. En esto consiste la transformación del poder estatal en poder democrático, más específicamente la transformación de la Administración de Justicia estatal en Administración de Justicia Democrática. Y ello constituye todo un proceso, un largo proceso de democratización de poder, de democratización de la Función Judicial del Poder. Esto es, la actual línea de desarrollo de la Historia de la Sociedad.

Este proceso de transformación de la Administración de Justicia Estatal en Administración de Justicia Democrática, de alguna manera fue percibida por Luis Pásara, quien después de realizar una descripción del fenómeno de la administración de justicia en nuestro país, sin poner ninguna alternativa en su obra "Jueces, Justicia y Poder"; recién lo hace en su trabajo intitulado "Perú: ¿Administración de Justicia?", presentado ante la Quinta Conferencia del Concejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, ralizado en San José de Costa Rica en Agosto de 1980, un poder "autonomo" e "independiente" del Estado. Similar situación ha ocurrido también con las funciones normativa y administrativa del poder; a las que se le ha establecido como "Poder Legislativo" y "Poder Ejecutivo" respectivamente; divorciando de una manera anticientífica la capacidad de Gobierno en una sociedad. Es decir por un lado, gente que dicta normas, y por otro lado, gente que espera que se dicten esas normas para recién actuar. Que este divorcio ocasionado por la "Tripartición de poderes", ha pretendido luego ser solucionado con el establecimiento de ciertos mecanismos jurídicos ficticios, tales como la delegación de facultades legislativas otorgadas por el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, y el otorgamiento de facultades normativas al presidente de la República. Soluciones coyunturales que en lugar de resolver definitivamente este problema estructural no hacen sino por lo general, poner al descubierto la ineficacia del Parlamento, y suscitar el surgimiento de nuevas contradicciones sociales y jurídicas.

Por estas razones, cuando se analiza cualquier Institución que desarrolla una función del poder, siempre encontraremos que esa Institución está ligada al poder. Que en tal sentido frente a los innumerables problemas sociales que está generando esta tripartición de poderes, se ha comenzado en alguna medida a utilizar la Teoría de carácter unitario del poder, como el caso de Ecuador, (sin necesidad de recurrir a España o a algunos países socialistas) en cuya Constitución Política de 1984, se habla

de "Funciones del Estado", de tal manera que el Estado como un ente unitario cumple función ejecutiva, función legislativa y función judicial.

Pero esto no es todo, existe un problema mucho más grave que resolver. Se trata del problema de la enajenación del poder con respecto al trabajo social, originada como consecuencia de en la que frente a las "... múltiples evidencia de una profunda desconfianza y una sospecha generalizada acerca de aquello que se denomina Administración de Justicia"(13), propone a manera de solución la "Popularización de la Justicia", al señalar enfáticamente: "Basta de adminitrar justicia "en nombre" del pueblo; que lo haga el pueblo mismo". En este sentido Pásara se acerca a la verdad objetiva; empero no alcanza a señalar cual es la respuesta científica al porque el pueblo debe volver a poseer la potestad de administrar justicia; limitándose solamente a expresar que "Esta devolución del poder de resolver sus propios conflictos, obiamente forma parte de un proyecto político, cuando menos tan político como es el mantener la justicia como un asunto aparentemente técnico confiado a un cuerpo especializado y que está bajo control "desde arriba". En este proecto político alternativo se pretende un control "desde abajo"; el Juez debe rendir cuenta de sus actos y , ser responsable por ello ante aquesllos en nombre de los cuales resuelve" (14).

Añade además con relación a la "popularización de la Justicia", que ...estamos ante una Justicia que busca su base efectiva en el pueblo mismo: principio que percibe: i) en la forma de nominar al Juez; ii) en los criterios con los que resuelve y iii) en el sujeto ante el cual el Juzgador es responsable(15) y por último termina señalando que; "...este planteamiento forma conscientemente parte de una distina manera de concebir la distribución del poder"(16).

Conforme se aprecia y se podrá apreciar con mayor amplitud de la lectura de dichos trabajos de investigación, Pásara, no llega a estudiar el surgimiento del fenómeno social del poder, la organización del poder, la administración de justicia como parte integrante de esta, ni la línea del desarrollo histórico de la administración de justicia, de la que fluye la transformación gentilicia a estatal, y estatal a democrática.

No obstante ello, hay que reconocer que el mérito de Pásara es haber propuesto en el Perú, tal vez siguiendo la influencia de Neelan Tiruchelvam, la "popularización de la justicia', aún cuando no llegó a describir que el poder se encuentra asociado al trabajo social, razón por la que dentro de toda sociedad histórica concreta, el poder dentro del que se encuentra como parte integrante de él, la capacidad de administrar justifica, le pertenece a todos los trabajadores, como precisamente fue así durante la

(13) Pásara, Luis "Peru: ¿Administración de Justicia? en la Administración de Justicia en América Latina. Editado por el Concejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Lima 1984. Pág. 27.

(14) Ob cit. p. 275

(15) Ob cit. p. 276

(16) Ob cit. p. 277

comunidad gentilicia. Poder, que al actuar bajo condiciones económico sociales diferentes de las gentilicias, se disoció del trabajo social de todos los hombres de la comunidad, para ser apropiado y organizado por tan sólo un sector de hombres, que lo comenzaron a estructurar por encima de la sociedad, e imponerla a ésta, de arriba hacia abajo. Esta es la causa del porque la relación Estado/sociedad, Estado /hombre, o más específiciamente Administración de Justicia/justiciable, tiene un carácter inarmónico, razón por la que los hombres desconfían, rechazan esta forma de administración de justica por haberse convertido conjuntament con el Estado en una fuerza hostil y adversa a su normal e integral desarrollo.

Esta actual enajenación de la organización del poder (Estado) y de la administración de justicia como parte integrante de ella, solamente será vencida en la medida en que se busque asociar nuevamente el poder, al trabajo social del hombre: dicho de una manera menos técnica, entregársele el poder a los trabajdores, para que éstos en su condición de verdaderos propietarios del poder, lo organicen democráticamente de abajo hacia arriba; y de la misma forma también organicen la administración de justicia, por constituir científicamente una función inherente al poder, existente en todo tipo de comunidades de personas; de tal manera que los trabajadores puedan ejercer directamente el poder, y a la par controlar directamente su ejercicio. En esto precisamente radica la democratización del poder, más específicamente, la democratización de la administración de justicia; a la que toda sociedad de la tierra necesariamente tiene que llegar, como resultado del avance del proceso social de humanización el hombre.

Ello precisamente constituye el desarrollo de la historia, que Pásara no pudo explicar, pero que sin embargo en el año 1947, Eduardo Couture ya había avisorado al escribir: "El derecho procesal de la democracia debe eliminar las bases del individualismo y formular todo un sistema que sea la expresión misma de esté régimen, que el de la defensa de nuestra propia condición humana. El hombre es un fin en sí y no un medio del que puedan servirse otros hombres, y ese hombre sólo se concibe subordinando sus propias dignidades a los requerimientos del bien común y no del bien de otro individuo. Por dramático que sea, debemos decidir nuestro destino justamente ante la angustia de un mundo que se esta derrumbando. Pero frente al desastre necesitamos de nuestra máxima serenidad. El justo equilibrio entre el poder y el hombre seguirá siendo, por siglos, la única fórmula viva del derecho.

TERCERA PARTE

PRINCIPALES CARACTERISTICAS DE LA ADMINISTRACCION DE JUSTICIA ESTATAL DE CARACTER REPUBLICANO EN AMERICA LATINA

1. La potestad de administrar justicia nace o emerge directamente de los que detentan el poder político, más no del Pueblo verdadero soberano del poder. De tal forma que en épocas de "democracia representativa", los nombramientos de los jueces esta a cargo de los Presidentes de la República, del Congreso o de las Cúpulas judiciales; regulación ésta que se establece en la respectiva Constitución Política. Y en las épocas de "gobierno defacto", el nombramiento de los jueces se realiza directamente de manos de los que poseen el núcleo del Poder. En la actualidad existe la tendencia (para demostrar una aparente "neutralidad" de los detentadores del Poder Político) de establecer determinados órganos supuestamente autónomos dentro del mismo aparato estatal, compuestos por representantes de algunos sectores estatales y sociales, encargados de "evaluar" postulantes; evaluación que concluye con la elaboración de ternas que son remitidas al núcleo central del Poder Político, para que sus componentes designen al respectivo titular. Por esta razón es que la Magistratura se politiza tremendamente, cuando surge un partido político totalitario que busca que copar los nombramientos dentro del Poder Judicial.

2. Como quiera que la administración de justicia forma aparte integrante de la organización del Poder no sólo en su aspecto político estructual, sino también en su aspecto económico presupuestario; significa entonces que ésta se encuentra supeditada a los detentadores del Poder Político, por esta razón es que los nombramientos, ascensos, ratificaciones y procesos disciplinarios cosntituyen mecanismos de dominación y sometimiento, es decir del control político por parte del grupo gobernante; lo que hace que la denominada "Independencia" o "autonomía" del Poder judicial constituye un concepto lírico, que algunas veces suele realmente manifestarse, en forma personal, a través de las decisiones de uno u otro componente.

3. La Administración de Justicia se encuentra estructurada de arriba hacia abajo, a manera de "Poder Estatal"; y que como tal se encuentra estrechamente ligada a la organización del poder central. Dentro de este contexto, el denominado "Poder Judicial" no constituye un cuerpo unitario, con una coherente y armónica política judicial; sinó más bien está constituído por un conjunto de operadores de justicia, con conciencias e ideologías jurídicas diferentes.

4. Con la estructuración del sistema estatal en base a la teoría decimonónica de la división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), se ha formado en la conciencia de los justiciables una captación equivocada de la realidad social, al extremo de que éstos crean que la problemática judicial unicamente es un problema causado por los componentes del Poder Judicial, del tal manera que se ha llegado a formar una imagen general de un juez corrupto e inmoral; que ha traído como consecuencia el temor, miedo, desconfianza y rechazo al Poder Judicial. Es decir, la problemática judicial, equivocadamente se aprecia como si se tratase solamente de

un problema de hombres, o en su defecto un problema de leyes; al extremo de sostenerse metafísicamente: "más vale tener buenas leyes y malos jueces" o en su defecto otros se inclinan por el "más vale tener buenos jueces y malas leyes". Cuando en la realidad la problemática judicial es un problema de carácter sistémico, por cuanto es un problema de formación de la conciencia de los hombres (jueces, abogados y litigantes), estructura económica, organización del poder, y leyes sustantivas y procesales. Razón por la cual, no bastará expedir una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, por más "moderna" que esta sea en cuanto a "importanción" de instituciones extranjeras, si se sigue estructurando administración de justicia de arriba hacia abajo, y no se enfrenta integralmente las otras causas sistémicas de este problema.

5. En los países latinoamericanos por lo general, existe interrelación, nexos y vínculos internos entre la cúpula del Poder Judicial, con la cúpula que detenta el núcleo del Poder Central y además con la clase económica y políticamente dominante de la sociedad, esta dolorosa situación se aprecia, cuando en la práctica son los jueces del partido político gobernante, los que verdaderamente dirijen el Poder Judicial, pasando muchas veces a convertirse el Presidente de la Corte Suprema, en una figura protocolar y de cumplimiento de formalidades. Sin embargo hay que agregar que en esta etapa de la administración de justicia estatal, los jueces a nivel universal se encuentran altamente politizados, es decir ligados a los detentadores del poder político, como por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, en la Unión Soviética, en Chile, Perú, etc. aún cuando sus estructuras económicas sean diferentes.

6. En esta etapa de la administración de justicia estatal, el Poder Judicial, no ha logrado cumplir con efectividad su rol de "agente de moderación social", toda vez que los nuevos y cada vez más complejos conflictos sociales que emergen de la estructura socio-económica, hacen que las relaciones que se dan entre el Estado y la Sociedad se distancien cada día más; y las pocas relaciones que subsistan sean de carácter inarmónico. Es decir, en esta etapa el discurso del "Estado neutral" se ha tornado totalmente ilusorio y ficticio. Por el contrario en las épocas en los que se profundizan los conflictos sociales, se advierte con mayor claridad como los detentadores del poder central, utilizan como mecanismos de sometimiento y dominación al Poder Judicial, generando paradógicamente una violencia estatal hacia la sociedad; que lógicamente recibe como respuesta una acción política y hasta a veces militar, de parte de los grupos interesados en tomar el poder. A esto es lo que se conoce con el nombre de violencia social estructurada(8) en el Informe de la Comisión Especial del Senado peruano sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú.

7. El aparente discurso de defensa de la profesionalización de la magistratura, en la práctica constituye un enmascaramiento de la profunda politización que existe en forma latente en el magistrado; ya sea por la formación de su conciencia jurídica recibida durante el desarrollo de su vida, escolarizada y desescolarizada, en función de su estrato social y de la ideología jurídica dominante; o ya sea por el nombramiento

(8) VIOLENCIA Y PACIFICACION. Editado por DESCO y la Comisión Andina de Juristas. Lima Perú. 1989.

impuesto por el Partido político gobernante a manera de cuadro político-judicial dentro del Poder Judicial.

8. Las cúpulas judiciales ligadas al núcleo del poder central, en función de la ideología jurídicia dominante, señalan una política judicial de caracter formalista, que tiende a enseñar, que los jueces solamente deben dedicarse a aplicar las leyes vigentes, más no analizar o cuestionar la esencia política o económica de las normas jurídicas, bajo el infundado temor de que aquel que realizase lo contrario estaría haciendo política o económica de las normas jurídicas, bajo elinfundado temor de que aquel que realizase lo contrario estaría haciendo política. Es decir se preconiza la enajenación del Derecho, en el sentido de que tanto el Juez como el abogado y litigantes deben cumplir irrestrictamente con la Ley.

9. Existe un sometimiento de la magistratura judicial no solo con respecto al Poder Ejecutivo, sino también con relación al Poder Legislativo, al habérsele enseñado al Juez de que "la Ley es la Ley" razón por la cual debe obligatoriamente aplicar, bajo pena incluso de privación de su libertad. En suma, al sistema le conviene formar jueces "apolíticos". Al respecto Merryman señala: "El positivismo legislativo, el dogma de la división de poderes, la ideología de la codificación, la actitud hacia la interpretación de las leyes, el acento especial en la certeza de ley, la denegación de facultades de equidad inherentes el Juez y el rechazo de la doctrina stare decires tienden a empequeñecer al Juez y a glorificar a los legisladores"(9).

10. La ineficacia de los gobernantes y del Estado en la tarea de la administración de justicia dentro de una sociedad como la nuestra, ha traído como respuesta histórica, por parte de la sociedad, del uso de mecanismos "informales" en la resolución de los conflictos suscitados entre los particulares. De tal manera que ha surgido el fenómeno social de las costumbres jurídicas o jus vivens, que conforme señala José Castillo Ferraras "... actúan paralelamente a la Ley"(10).

11. En esta etapa, la administración de justicia oscila entre dos tendencias de acuerdo al momento político en que se desarrolla. Oscilación pendular que dependerá en ambos casos, de la ideología y programa políticos de los detentadores del núcleo del poder estatal. De tal manera entonces que si éstos le imprimen cierta dosis de reestructuación al sistema económico político y social, entonces rápidamente se recibirá la respuesta del Poder Judicial en defensa del "orden socio-legal". Y si por el contrario, los poseedores de turno del poder estatal le imprimen a su gobierno una tendencia de mantenimiento del sistema, entonces el Poder Judicial volverá a su normalidad, es decir a mostrarse conservativamente. Empero, por lo general, los jueces dentro de esta etapa estatal se comportan conservadoramente, de tal manera que la jurisprudencia presente en este aspecto, una tendencia restrictiva, se trata básicamente de no invadir la competencia de los otros Poderes del Estado, estricta-

(9) Merryman, John Henry "LA TRADICION JURIDICA ROMANA CANONICA" Fondo de Cultura Económica. México 1971, p. 102.

(10) Castillo Ferraras, José "LAS COSTUMBRES Y EL DERECHO" Editorial Setentas, México 1973, p. 88.

mente políticos. En suma, la administración de justicia, busca que mantener el sistema económico, político y social vigente.

12. La administración de justicia estatal, no es que constituye una instancia "marginal" en el procesamiento de los conflictos sociales y nacionales de mayor importancia, conforme señalan Javier de Beleunde y Alberto Bustamante(1).

Si no más bien lo que ha ocurrido es que el aparato judicial se ha enajenado de la vida social, de tal manera que para un sector resulte inalcanzable y para el otro no necesario.

13. Dentro del Sistema de Justicia Social la conducta de los detentadores del poder, varía con relación a los jueces; algunas veces buscan ideologizar el Poder Judicial a través del nombramiento de jueces adictos a una ideología o partido político, en otros momentos so pretexto de que el poder judicial se encuentra politizado, buscan que desideologizarlo mediante el mecanismo de la ratificación, destitución y otros mecanismos. Es decir dentro de este sistema el futuro del Poder Judicial gira en torno a los intereses del grupo, clase o partido político dominante.

14. Dentro de este "orden de cosas" el denominado principio de independencia del Juez, resulta algo así como el derecho de igualdad ante la Ley, que en el fondo esconden una profuna y conflictiva desigualdad social.

15. En síntesis podemos señalar que la administración de justicia estatal, definitivamente forma parte integrante de la organización del poder; y co mantenimiento del sistema económico y social sobre el que se levanta su estructura orgánica de tal manera que dentro de este "orden de cosas" la política judicial impresa por la cúpula del Poder Judicial se encuentra en corcondancia con la línea política desarrollada por los detentadores de núcleo del poder central, en tanto esta última tenga como fin mantener la vigencia del sistema socio-econónico. Por estas razones coincidimos con Luis Pásara cuando señala que la administración de justicia se encuentra "...estrechamente vinculada al equilibrio del poder y a las necesidades de las clases dominantes"(12) y disentimos con Javier de Belaunde y Alberto Bustamante cuando dudan de esta realidad innegable.

A todas estas principales características de la administración de justicia estatal, se añade: primero, la educación jurídica deficiente que se imparte en las facultades de Derecho, en las que básicamente se enseña todo el contenido de la ideología jurídica dominante, entonces tendremos que se fabricarán abogados litigantes con concepciones jus filosóficas marcadamente naturalistas, positivistas y formalistas; que al incorporarse al Poder Judicial, se comportarán frente a los demás actores políticos, con una tendencia por lo general formalista, sumisa y autolimitativa; y segundo, la orientación casi general de los juristas salidos de las fábricas tradicionales, al debate estéril (no prioritario) de instituciones jurídicas abstractas, con la finalidad de adquirir o auto afirmarse como autoridades dentro de este sistema económico social; en lugar de dedicarse a cuestionar desde adentro, la problemática general del Derecho, del Estado y de la Sociedad; y proponer con toda la fuerza de sus intelectos, alternativas

viables para la solución de los problemas sociales.

APENDICE

BREVE HISTORIA SOBRE LA FORMACION DEL APARATO JUDICIAL EN EL PERU

Las comunidades de hombres procedentes del Norte de América, llegaron al actual territorio peruano en circunstancias en que su organización del poder había superado el "regimen de pactos" propios de las Hordas (aún cuando H. Buse nos habla todavía de hordas respecto al hombre de Lauricocha y Ancón), de manera tal que ya se encontraban embrionariamente, dentro del sistema de organización del poder de caracter gentilicio; cuyos basamentos democrático relativos al ejercicio del poder por parte de todo el pueblo, así como el control del ejercicio del poder llevado a cabo por el pueblo en su conjunto, con el transcurso de los años, fueron fortaleciéndose y adquiriendo formas peculiares en cada lugar donde estas comunidades se establecieron sedentariamente. De tal forma, que estas comunidades, con el tiempo comenzaron a diferenciarse unas de otras en cuanto a su organización, establecieron en función de las exigencias sociales generadas por el desarrollo de su estructura económica. Que, empero, en cuanto a su esencia o contenido, es decir, en cuanto al sistema de elección democrática del jefe, así como del consejo de la gens, y de la misma forma respecto al derecho de revocatoria que poseía el pueblo como titular del poder, y además con relación a la administración de justicia llevada a cabo como función social, debemos manifestar que estas características se presentaron en forma similar en todas las comunidades que se asentaron en la costa y en la sierra durante la etapa gentilicia. La que duró en el Perú más de 1.000 años de antigüedad antes de Cristo, y que por ello sin lugar a dudas, constituye la etapa más extensa de nuestra historia, a diferencia de los períodos comprendidos por el Incanato, Conquista, Colonia, Virreynato y República; lo que sumados todos ellos no llegan a mil años de antigüedad. Con mayor razón nuestra infante república, la misma que en la actualidad escasamente posee alrededor de 170 años.

Sin embargo es importante precisar, que esta forma de organización democrática del poder, no sólo ha regido durante toda la etapa gentilicia, sino también ha permanecido vigente a lo largo de las diversas culturas pre-incas; y de la misma forma durante todo el tiempo que duró la confederación inca, aún cuando el señorío de los incas impuso autocráticamente una forma de organización del poder teocrático estamental, que llegó a coexistir al mismo tiempo, con la gentilicia organizción del poder de las comunidades de base de la Costa y de la Sierra.

Posteriormente, no obstante que los españoles de los siglos XVI, XVII, XVIII y XIX, frustaron nuestro desarrollo e identidad mediante la imposición de su conquista y coloniaje, que en la práctica significo conforme señala Gustavo Bacacorzo una apropiación "res mullius" de nuestro territorio y recursos naturales (+) así como de la inmensa fuerza de trabajo de nuestra población; estableciendo para lo cual una

organización del poder coercitivamente impuesta, una administración de "justicia" estatal de carácter aristocrático feudal de origen europeo, una cultura apropiada para mantener la dominación y sometimiento; sin embargo, aún así, los españoles no pudieron exterminar nuestra forma de organización democrático gentilicia, la que se mantuvo latente, en el interior de las comunidades donde no llegaron los terminales de la organización del poder español.

Por último, si bien en el siglo pasado se produjo nuestra independencia política de la metrópoli española; que dió lugar a que los nuevos estamentos militares y políticos dirigentes de nuestro país, carentes de conocimientos científicos acerca del desarrollo de la sociedad, equivocadamente nos impusieron una forma de organización del poder, un Derecho estatal y una administración de justicia estatal de origen europeo, basada en la teoría política de la división de poderes de Locke y Montesquieu y en la concepción política acerca de los gobiernos municipales; que lo único que trajo como consecuencia, fue el de hacer crecer inorgánicamente la estructura del nuevo Estado peruano, gobierno tras gobierno, a la par de aumentar su burocracia, principalmente como producto del padrinazgo y el clientelaje político; sin embargo conforme dijo no obstante haberse realizado dicha independencia política y a pesar de haber transcurrido más de 170 años desde aquella fecha, en la actualidad se advierte todavía en el interior de las Comunidades indígenas y nativas, la presencia de formas democráticas organización del poder de Derecho consuetudinario y de administración de justicia; es decir reminicencias gentilicias, que ha pesar del tiempo han logrado subsistir. Esto queda demostrado, con el valioso trabajo de campo realizado por Ham Junger Brandt, quien al hablar sobre la "Justicia Popular", y refiriéndose a los grupos nativos y campesinos existentes en nuestro país, llega a las conclusiones generales.

Asimismo este actual Estado u organización del poder, desde sus inicios, fue utilizado algunas veces por caudillos militares, y otras, por políticos profesionales para gobernar el país, fundamentalmente con fines personales y de grupo; y que frente a su ineficacia e incapacidad para resolver problemas sociales, así como debido a la ausencia de terminales del poder estatal y municipal a lo largo de todo el territorio nacional, comenzaron a consolidarse con mayor fuerza, en aquellas comunidades andinas y nativas "olvidadas", todavía existentes formas de organización del poder de reminicescias gentilicias, habiendo surgido incluso como producto de la necesidad social, las denominadas "rondas campesinas" como expresión de la función coercitiva y protectora del poder comunal, que en muchas comunidades son las encargadas de administrar justicia. Esta situación ha generado la presencia de un denominado "Perú Oficial" que gira en torno a la organización del poder central y municipal jurídicamente establecidos; y a la vez un "Perú profundo" o "Perú marginado" a decir de algunos estudioso, en el que se desenvuelve una amplia población, que gira en torno a un sin número de organizaciones del poder de carácter comunal consuetudinariamente establecidas.

(+) BACACORZO, Gustavo "LA COLONIA-INSTITUCION POLITICO-JURIDICA EN LA HISTORIA DE AMERICA. Sociedad Peruana de Historia. Lima 1986. Pág. 9.

Es decir, en cada comunidad, se ha establecido consuetudinariamente su propia organización del poder, su propio derecho consuetudinario y su propia forma de administrar justicia.

De tal manera que en el Perú, hay tantas organizaciones del poder comunal (andinas y antivas), tantos Derechos consuetudinarios, y tantas formas de administrar justicia, como tantas comunidades andinas y nativas existen lo que significa entoces que en la actualidad en la sociedad peruana, coexisten las siguientes formas de organización del poder 1) una organización del poder de carácter central bajo el modelo europeo y norteamericano, formalmente establecida y juridizada en nuestra Constitución Política. 2) Un sin número de organizaciones del poder de carácter comunal, consuetudinariamente establecidas en función de sus propias exigencias sociales. 3) Las organizaciones del poder de carácter municipal, copiadas de los modelos europeos. 4) I como si esto fuera poco, actualmente se viene imponiendo de "arriba hacia abajo" una cuarta forma de estructura del poder, es decir la organización del poder de carácter regional, siguiendo también la influencia europea. La misma que se viene imponiendo como "solución", frente a la ineficacia e incapacidad de las organizaciones del poder central y municipal, para coadyuvar en el desarrollo integral de nuestro país.

Respecto a la organización del poder de carácter regional, cabe precisar que las actuales regiones que se vienen estableciendo, agravarán aún más la crisis del actual sistema estatal, no solo por el crecimiento de la burocracia en todas las regiones; sino además, porque cuando comienzen a funcionar estas, surgiran un sin número de contradicciones políticas y sociales entre las funciones normativas y administrativas del poder regional, con las funciones normativas y administrativas del poder central y municipal, así como también con relación a las funciones normativas y administrativas del poder comunal. Lo cual agravará aún más, los conflictos sociales y el descontento de la población respecto del actual "Estado peruano", que lógicamente traerá como consecuencia el aumento del fenómeno subversivo en todo orden de cosas.

Por ello es que consideramos, que no se trata simplemente de copiar modelos de organización del poder y de administración de justicia de origen extranjero; sino más bien de establecer instituciones para nuestra realidad. Pero para ello es necesario conocer cientificamente como se desenvuelve el desarrollo de la sociedad, para llegar a comprender, entre otras cosas, que es el poder, como ha surgido ésto en la Historia de la Humanidad, cúal ha sido su desarrollo a lo largo de la Historia, cómo es que éste poder adopta formas concretas cuando actua en condiciones materiales diferentes, porque es que el poder actua en función de determinadas exigencias sociales generadas por la respectiva estructura económica sobre la que se levanta, cómo es que las funciones intrínsicas del poder (funciones normativas, administrativas, coercitivas, y protectoras) se exteriorizan y adoptan formas concretas y diferentes en cada comunidad, de acuerdo a las condiciones materiales de vida en la que actúan. Asimismo es necesario conocer, cómo es que científicamente se pueden utilizar las leyes económico sociales que rigen el desenvolvimiento del fenómeno social poder,

para ponerlo al servicio de toda la sociedad; teniendo en cuenta que lo que desaparecerá de aquí a varios cientos de años será el Estado, más no el poder, fenómeno éste último, que subsistirá mientras existan hombres y trabajo colectivo sobre la tierra. Por último, es necesario conocer como es que talmente se puede controlar el ejercicio del poder, para evitar excesos y abusos en el manejo de este fenómeno social, estableciendo para ello instituciones orgánicas y procesales de control del ejercicio del poder.

Esta ha sido en consecuencia, la línea histórica del desarrollo del fenómeno social poder, desde su formación en nuestras primeras comunidades de hombres hasta la actualdiad, lo que nos ayuda ahora a comprender que todo lo impuesto de "arriba hacia abajo" sin conocer el desarrollo de los fenómenos sociales en función de sus leyes concretas, no surtirá efectos en nuestra realidad. Por ello se hace necesario poner mayor atención a lo nuestro, a lo que ha perdurado a través de los años. Es decir a la democratización del poder en todo orden de cosas. Y en el plano judicial, a la democratización de la administración de justicia, que consiste en devolverle al pueblo su capacidad de ejercitar el poder, el control del ejercicio del poder y la capacidad de intervenir en la administración de justicia. En esto consiste el futuro del Perú.

Siguiendo esta línea de desarrollo del poder, nos atrevemos a sostener que el éxito de una verdadera democracia en nuestro país, dependerá en gran medida de la forma en que en los sistemas de organización del poder (dentro del que se encuentra la administración de justicia) y del control del ejercicio del poder, participe la mayor cantidad posible de personas.

Por todo lo anteriormente señalado coincidimos con Hans Jurgen cuando en las conclusiones de su obra "Justicia Popular", señala que en el Perú los conceptos de Democracia representativa y de la norma jurídica como expresión de la voluntad general no se cumplen; que existe un desfase entre el Estado y varios sectores de la sociedad; que el ordenamiento jurídico en su conjunto refleja las relaciones de dominio existentes; que el Derecho peruano no solo tiene un carácter clasista porque refleja la voluntad de los sectores dominantes, sino además es el resultado de un coyuntura política y de la presión de los sectores dominados; que los grandes códigos se basan sobre todo en concepciones extranjeras, lo que obliga recurrir al "Derecho comparado" para una mejor fundamentación de l as nuevas leyes y resoluciones judiciales; que el derecho constitucional de igualdad ante la Ley, acentúa más la desigualdad dentro de nuestra sociedad heterogénea y pluriétnica; que en el Perú no se reconoce jurídicamente la coexistencia de distintos Derechos, dentro de su territorio; que el ordenamiento jurídico es complejo y poco conocido, aún por las personas que pertecen a los sectores dominantes de la sociedad, y hasta incluso por los propios entendidos (abogados, jueces, políticos, legisladores, etc.); que existe un caos legislativo, que se traduce en una legislación desordenada, incoherente, inaplicabe e incomprendida por vastos sectores de la sociedad; que el Estado se encuentra alejado de la sociedad y por último coincidimos cuando señala que no obstante que constitucionalmente se ha establecido que la administración de justicia se ejerce

exclusivamente por el Estado, sin embargo existen en forma paralela, otros sistemas de administración de justicia dentro de nuestro mismo territorio, e incluso de mayor aceptación social que la administración de justicia estatal. Empero es necesario precisar, que el contenido de estas conclusiones ya fueron expresadas de una u otra forma, por anteriores científicos sociales; por lo que consecuentemente la investigación de campo que contiene el trabajo de Jurgen Brandt no hace sino demostrar lo que ya se viene afirmando en el Perú desde hace algún tiempo.

Sin embargo, no obstante el valiso aporte de Jurgen Brandt realizado en la aprehensión y descripción de la realidad Peruana; sin embargo este cientifico social no llegó a interpretar que el fenómeno social de la justicia popular, en sus distintas manifestaciones en última instancia es el reflejo de la estructura económica.

Por ello es que no coincidimos con Jurgen Brandt, cuando al tratar de explicar el porque de la existencia de la justicia popular en nuestro país, carente de una concepción sistémica del contexto social intenta solamente una explicación superestrucutal, en los términos siguientes: "La existencia los órganos y populares de justicia se explica principalmente por: La cultura autóctona, las concepciones de derecho y de justicia tradicionales y el sincretismo con nuevas normas y formas asumidas de la sociedad dominante. La inoperancia del sistema estatal"(+). Por nuestra parte y acercándonos un poco más a la verdad objetiva, consideramos que la existencia de la justicia popular, así como las diferentes formas que adopta la función normativa y administrativa del poder en las diversas comunidades, se debe fundamentalmente a que el Perú no es propiamente una nación, tampoco posee un solo sistema económico social, y por ende tampoco posee un único sistema estatal y jurídico. Por el contrario, nuestro país, es una sociedad pluriestructural y plurisuperestructrual por cuanto en su interior coexistente inarmónicamente varias formaciones económico sociales con sus respectivas relaciones económicas de producción; y como reflejo de estas, existen varias formas de organización del poder, varias formas de Derecho, varias formas de administrar justicia, varias clases de conciencia jurídico-política, etc. De tal manera entonces, que cada una de las comunidades andinas y nativas, posea su propio modo de producción, es decir su propia base económica, sustentada fundamentalmente en el trabajo colectivo y en la propiedad comunal; lo q ue a su vez ha generado el surgimiento de su correspondiente organización o estructura del poder. En el que lógicamente se desarrolla cada una de las funciones del poder (normativa, administrativa, protectora y coercitiva) en virtud de las exigencias sociales concretas de cada comunidad. Pero sin embargo es necesario precisar, que en la sociedad peruana, existe un sistema económico social con sus correspondientes relaciones económicas de producción que con apoyo del sistema estatal, del Derecho Estatal y de la Administración de justicia estatal, predomina coarcitivamente por encima de las débiles formas de organización del poder, del Derecho consuetudinario y de la Justicia comunal. Es decir, en la sociedad Peruana la coexistencia de sistemas de poder de Derecho y de administración de justicia; contienen y presentan una relación inármonica y conflictiva, en tanto representan intereses materiales y espirituales diferentes. Asimismo como consecuencia de que

el coercitivamente sistema estatal, trata de imponer coercitivamente su Derecho estatal y su administración de justicia estatal, através de sus terminales del poder, algunos de estos terminales (gobernaciones, Tenientes Gobernadores, puestos policiales, Juzgados de Paz, Letrados, etc.) logran quedarse y funcionan a medias dada la crisis en la que se encuentra su sistema, otros son retirados por el poder central frente al rechazo de la comunidad; y por último en otras comunidades, simplemente no llegan estos terminales del poder central. Que ental sentido, ante esta situación de inoperancia, de ineficacia de los pocos terminales del poder que logran coexistir en las comunidades o ante la ausencia de estos, y frente a la creciente exigencia de la comunidad de contar con una regulación, administración y dirección de sus asuntos internos, es que la débil organizaicón del poder que existe en su interior, comienza a fortalecerse, es decir a desarrollar sus débiles instituciones existentes: (o ante la ausencia de terminales del poder central); en el interior de la comunidad, el poder comunal comienza a desarrollar sus funciones a través de nuevas formas, es decir comienzan a surgir nuevas instituciones en virtud de las necesidades concretas.

Por otro lado, ante el retiro de los terminales del poder por parte del poder central, ya sea por la irresistible relación conflictiva con la comunidad, o por la carencia de apoyo económico logístico para seguir manteniendo dichos terminales del poder; surge entonces en la comunidad, la necesidad de cubrir dicho vacio, razón por lo que se establece para ello determinado órgano encargado de cumplir tal función del poder.

Naturalmente que el surgimiento de la organización del poder comunal, o el surgimiento de determinados órganos que cumpliran determinadas funciones del poder, constituye la expresión de la conciencia de los pobladores, en otras palabras el reflejo de la cosmovisión que tengan estos de las cosas. Que lógicamente obecederá a sus tradiciones, usos, costumbres, conocimientos recogidos de la civilización exterior, a su modo de producción, a la forma de propiedad predominante, etc.

En consecuencia, no es que las comunidades nativas e indígenas exigan un "control social" en su territorio, conforme señala Hans Jurgen siguiendo la concepicón sociologista de la ingeniería social de ...; lo que sucede es que estas comunidades exigen desarrollar su propia organización del poder y ello implica desarrollar las funciones intrínsecas del poder (función normativa, administrativa y coercitiva y protectora). En otras palabras, exigen establecer su propio gobierno, su propia administración de sus asuntos internos (administración de la producción, distribución y consumo, administración de justicia, etc.) Lo cual es completamente natural, en tanto toda base social debe poseer su propia superestructura, toda vez que imponer una superestructura extraña a la base social de esa comunidad, a la corta va ha generar el rechazo de esa imposición y el desuso de aquello terminales del poder central impuesto; e incluso va ha dar lugar al surgimiento de nuevas formas o exteriorizaciones de las fucniones del poder en virtud de las necesidades y exigencias comunales.

Por estas razones, han llegado a la conclusión que este sistema estatal (organización del poder central) que este Derecho Estatal, y que esta administración de

justicia estatal, desde su creación a partir de la Constitución de 1923 y sus retoques realizados por las demás Constituciones Políticas hasta la presente de 1979, nunca tuvieron vigencia social; es decir no le corresponde a todo el país en su conjunto, simple y llanamente le ha sido impuesto por las clases dominnates siguiendo modelos extranjeros de ahí su actual ilegitimidad.

Por ello, a diferencia de Julio Cotler, que sostiene que el Perú no ha contado en su Historia con una clase dirigente con capacidad para incorporar progresivamente a la vida del Estado las exigencias populares (+), nosotros sostenemos que lo que no ha tenido el Perú hasta el momento, es una clase o grupo dirigente que en forma mínima haya podido establecer científicamente para nuestra realidad, un sistema democrático estatal (organización del poder de carácter democrático) que coexiste armónicamente con las organizaciones del poder de carácter comunal. En otras palabras, un poder estatal, un Derecho Estatal y una administración de justicia estatal, que coexisten armoniosamente no sólo en los aspectos jurídicos sino en la realidad, con las organizaciones del poder comunal, con el Derecho consuetudinario gentilicio y con la administración de justicia comunal; y mucho menos, el Perú no ha contado con una clase o grupo, que siquiera en progama se hubiera imaginado las formas como, en la organización del poder, en la organización del control del ejercicio del poder y en la administración de justicia, participen la mayor cantidad posible de personas, sin necesidad de incrementar la burocracia para ello. Ya que ello realmente consiste, la democratización del poder, la democratización del control de ejercicio del poder y la democratización de la administración de Justicia; aspectos superestructurales que sin lugar a dudas deberan estar acompañadas de una democratización del proceso de producción, de la propiedad, de la distribución y del consumo; así como de todas las condiciones materiales de vida y de la ciencia, arte, educación y descanso.

Vladimir Paz de la Barra

Juez colactivo. Lima (Perú)

COMUNICACIONES

JUEZ Y SOCIEDAD

En el Ecuador, al igual que en todo nuestro continente, no se vislumbra la superación de los cruciales problemas de los que son objeto hombres y mujeres, como los que tienen relación con la satisfacción de elementales derechos sociales. Por el contrario, los indicadores económicos, sociales y políticos señalan un empeoramiento hasta límites inconcebibles en lo tocante al crecimiento de la desocupación, del hambre, de la morbilidad y la mortalidad especialmente infantil, por efecto de la devaluación, de la inflación, la crisis crónica, trayendo consigo una secuela de lacras sociales como la mendicidad, la prostitución, la drogadicción, el alto índice deliNcuencial.

Mientras este aterrador panorama se enseñorea en América Latina y en el Caribe, se habla de los avances regionales de la democracia, e internacionalmente, de un nuevo orden mundial, que hasta hoy no sinifican sino el apresuramiento por enterrar sueños y espectar o sufrir hechos, como el del Golfo Arábigo-Pérsico, que nos muestran con claridad de qué nuevo orden mundial se trata, sobre todo para nuestra región, que parece ser el eterno traspatrio, el espacio increíble del subdesarrollo y la dependencia, a pesar de sus gigantescas riquezas naturales y de sus invalorables recursos humanos.

Por otra parte, el acelerado progreso de la ciencia y de la técnica generado y dirigido por el hombre está transformando la fisonomía de la realidad. Al hacerlo, no sólo la transforma a ella, sino que se transforma a sí mismo. La aceleración del cambio no afecta solamente a lo material, a lo económico, afecta con mayor fuerza a nuestras vidas obligándonos a representar nuevos papeles, asumir nuevas actitudes, concebir nuevas ideas, elaborar nuevas normas legales que se adecúen a esa realidad.

Nos obligan a reflexionar acerca del rol de los jueces en una sociedad subdesarrollada como la nuestra. Estado de subdesarrollo originado fundamentalmente por la enorme diferencia existente entre el avance de la ciencia y la tecnología en el mundo y el estancamiento de la producción.

La legislación ecuatoriana, y en general la de los países latinos, heredera del Derecho Romano, tiene como sistema de aplicación de la disposición legal el formalista, el mismo que da exclusiva validez a la norma escrita, preestablecida, abstracta y obligatoria. El Juez, guiado por el viejo aforisma dura lex, sed lex, está obligado inflexiblemente a aplicar la norma general, universal, abstracta.

Tal rigidez jurídica se hace evidente fundamentalmente en el art. 18 del Código Civil, que da al juzgador las reglas a seguir para interpretar la ley, y no"suspender ni denegar la administración de justicia por obscuridad o falta de Ley".

No existe en nuestro ordenamiento procesal una disposición de carácter universal

que dé al Juez atribución para proceder cuando la aplicación de la norma general y abstracta pudiera sacrificar la justicia. Sólo en situaciones excepcionales se aplican las reglas de la sana crítica para apreciar la prueba en conjunto, "sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos" (art. 119 del Código de Procedimiento Civil); y el criterio judicial de la equidad es facultad únicamente de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en las setencias y autos con fuerza de setencia, "en todos aquellos casos en que consideren necesaria dicha aplicación para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por solo la falta de formalidades legales" (art. 1062, íbidem).

En síntesis: El Sistema Procesal Ecuatoriano con su carácter dogmático, estrictamente formal, excluye a los jueces la posibilidad de administrar justicia tomando en cuenta la dinamia social contempóranea, y la realidad nacional. No obstante, la Constitución Política del Estado dispone que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y no se sacrificará por la sola omisión de formalidades.

Es indispensable, pues, reformar las leyes sustantivas y adjetivas, que por obsoletas ya no funcionan en la sociedad de nuestros días, y se han convertido en trabas para la administración de justicia. Los cambios que se estan dando en la naturaleza y en la sociedad humana, la agudización del empobrecimiento y la injusticia social exigen nuevas normas jurídicas, más acordes con las necesidades de la sociedad pero al mismo tiempo exigen una nueva mentalidad del Juez.

El juez de nuestro tiempo no puede limitarse a aplicar friamente la norma jurídica vigente. En actitud comprensiva, y en determinados casos, simultáneamente, debe ir creando espacios que tiendan a la aplicación de la justicia en forma "más justa", recurriendo para ello, por ejemplo, al uso del derecho alternativo, que toma como punto de partida vivencias y experiencias colectivas de la vida cotidiana para llegar a generalizaciones que persiguen un objetivo común: el cambio de conciencia orientado a la liquidación de la opresión en todas sus formas.

En una sociedad como la nuestra, en que las desigualdades y la injusticia social son mucho más profundas, la conducta del juez debe estar encaminada a lograr el equilibrio entre el derecho y la justicia. Ya lo expresó el gran maestro Eduardo Couture, en su decálogo del abogado: "Tu deber es luchar por el derecho, pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia".

La justicia debe ser por sobre todas las cosas el ideal ético del juez en el mundo actual.

Ketty Romo-Leroux B.

Ministra

Juez de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (Ecuador)

O JUIZ E A SOCIEDADE NO BRASIL

Para examinar o papel do juiz na sociedade brasileira actual e, por outro lado, o modo como a sociedade considera esse papel e o seu desempenho, existem três dados conjunturais cuja consideração prévia se impõe: o desgaste, senão a decomposição da legitimidade, que atinge o Estado como um todo; a complexidade de nossa sociedade e a consequente conflitividade de interesses, agravada por um sistema econômico de progressiva concentração de renda; a contínua deterioração dos serviços públicos.

O primeiro dado mencionado é importante na medida em que o Judiciário, no Brasil, tradicionalmente se sustenta num mito de alheamento das lutas políticas. Esse alheamento, necessário à sustentação de outro mito, o da imparcialidade, acabou por gerar, também, um isolamento como relação à sociedade como um todo.

Uma das consequências desse posicionamento é o grande desgaste da legitimidade do Judiciário. Os mitos acima referidos -isolamento das lutas políticas e imparcialidade- fazem com que sua necessária inserção no Estado seja considerada pela sociedade como verdadeira submissão aos outros poderes do Estado, especialmente ao Executivo e à sua política de agravamento das diferenças e conflitos sociais.

Essa imagem do Judiciário obviamente muito tem a ver com a sua realidade. Afinal, historicamente ele pouco ou nada fez, no Brasil, para demonstrar sua independência ao decidir conflitos de grande potencial político. Num sistema processual calcado na individualização dos conflitos, sua tendência sempre foi no sentido de inibir-se em situações de mais acentuado interesse coletivo, principalmente naquelas de manifesto rompimento da ordem constitucional.

Aqui surge a importância do segundo dado acima referido, ou seja, a perversa concentração de renda no país. O Judiciário é de difícil acesso para o pobre e quando existe esse acesso, a decisão de conflitos que revelam a própria conflitividade social limita-se, na grande maioria das vezes, a uma administração dos interesses concretos e individuais em jogo. É o que tem sido designado como banalização dos conflitos, o aparelho judicial empregado para instrumentalizar a despolitização de interesses sociais contraditórios e muitas vezes excludentes, a serviço, portanto, da manutenção das relações sócio-econômicas estabelecidas.

Finalmente, num quadro geral de detrioração dos serviços públicos, o Judiciário não poderia escapar incólume. A falta de celeridade dos processos, a progressiva perda de efectividade das decisões e o grande número de atos desconfirmados socialmente agravam a situação de insolamento e de perda de legitimidade.

As implicações dos dados acima mencionados no relacionamento entre o próprio juiz e sociedade são óbvias e gravíssimas.

Em primeiro lugar, o culto ao alheamento das lutas políticas e à imparcialidade implicam no isolamento social do próprio juiz. De um modo geral, é possível dizer que

no Brasil o juiz é um ilustre desconhecido para su sociedade, que ele tampouco conhece de maneira satisfatória para o exercício de suas funçôes. O isolamento, levado às últimas consequências em nome da independência do Judiciário, nâo raras vezes é utilizado para minar essa mesma independência, dissimulando verdadeiras lutas políticas, as quais existem e são travadas nos bastidores do poder. Lutas polícas que fogem à mais mínima transparência, imunes que estâo a qualquer tentativa de veiculação pelos meios de comunicação. Tudo em nome de uma independ^encia que, muitas vezes, nao é o fim realmente visado, mas mero isntrumento de dissimulação de objetivos muito menos nobres.

A resistência a um envolvimento transparente nas lutas políticas e socials -que se desenvolvem num sistema de profunda injustiça social-, aliada à ineficiência do serviço, faz com que se desperte na sociedade, com relação ao juiz, a mesma imagem existente do Judiciário. Individualmente, o juiz é considerado como mais um funcionário intocável, beneficiado pelas vantagens do poder. Os milhões de miseráveis existentes no país são geralmente condescendentes e permissivos com essa imagen, como também o fazem com relação aos demais círculos de poder econômico e político. As classes médias introduzem nessa visâo um elemento mais exacerbado de desconfiança, também extensivo aos demais poderes do Estado. Nas camadas de nível cultural e/ou econômico mais elevado a imagem tende a ser mais negativa. Aqui, o juiz passa a encarnar o desmoralizado protótipo do funcionário público: burocrata, desatualizado, sem criatividade inclusive para manter uma relação interativa razoável como o seu meio social. Uma imagem que contribui para levar a níveis insuportáveis a falta de credibilidade da magistratura como instituição.

Tais problemas nâo poderão ser enfrentados sem a democratização da administração da justiça. Em nome de sua independência, o que se constata é o isolamento -com as implicaçôes referidas- do Judiciário. O grande desafio, sem dúvida, é a abertura a formas legítimas e razoáveis de pressão e democratização. Se isso nao ocorrer, para a sociedade o Judiciário e seus integrantes serão, sempre, um braço dos demais poderes do Estado utilizado para amortecer e administrar conflitos individuais, sem qualquer papel de relevância na solução dos problemas globais da sociedade.

Referencia Bibliográfica

- "Direito e Justiça - A Funçao Social do Judiciário", organizado por JOSE EDUARDO FARIA, Ed. Atica, Sao Paulo, 1989.

- "O Juiz", EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, Ed. Universitária de Direito, Sao Paulo, 2.ª ed., 1982.

- "A Justiça Está Sendo Processada", entrevista concedida por LUIZ SALLES, da Salles/Interamericana de Publicidade à Tribuna da Magistratura, ógao da Associaçao Paulista de Magistrados, n.º 18 outubro/1990.

Antonio Carlos Villén

Juez 4.ª Vara de Fazenda do Estado. Sao Paulo (Brasil)

JUEZ Y SOCIEDAD

(El Juez es el instrumento para lograr la paz y las justicias sociales a través del Derecho)

En un pequeño ensayo: "EL DERECHO SOCIAL DEL PORVENIR" (Publicado por la Corte Suprema de Justicia del Ecuador con motivo del CLIX aniversario de su Fundación) me permití consignar: "El hombre es y debe ser lo más importante para el hombre, como individuo y como especie y dentro de su propio universo. Su desarrollo, su progreso, su civilización, su cultura son producto de su esfuerzo milenario. Nada es de alguien en particular, ni le pertenece exclusivamente, o mejor no tiene derecho para considerarlo exclusivamente suyo. El fuego, la rueda, la brújula, el lenguaje, la escritura, hasta el color de los ojos o de la piel no son suyos, exclusivamente suyos, porque tras de cada uno de los grandes descubrimientos de la humanidad, en sus distintas manifestaciones e incluso en las morfológicas y biológicas, están factores endócrinos y exógenos, síntesis de su evolución y transformación, a través del tiempo y del espacio.Todo es patrimonio social; todo es patriomonio de la humanidad, es decir del hombre como especie y en conjunto. Pero ese patrimonio; -lo sustantivo y positivo de él- desde hace algunas centurias se encuentra en poder de unos pocos, quienes incluso se han apoderado de grandes y trascendentes valores como la justicia, la moral, la libertad, el derecho; y se consideran los únicos dueños de la verdad y de lo bueno. Aunque se diga lo contrario, existe una ética burgués-capitalista, una justicia burgués-capitalista, un derecho burgués-capitalista y con ellos su propio contenido y expresión de libertad. El hombre convertido en cosa sigue siendo esclavo. Verdad que teóricamente la esclavitud ha dejado de ser una institución legalmente reconocida o defendida por el Estado y sus instituciones, pero actualmente existen distintas formas de esclavitud aunque camufladas con una brillante etiqueta de "libertad", sin que esa etiqueta le garantice un mínimo de derechos fundamentales, reiteradamente proclamados que se acatan, pero no se cumplen".

Lo anterior son conceptos en vigencia y necesarios para poder analizar la relación e interdependencia del Juez y la Sociedad de acuerdo con la realidad del siglo XXI y la angustia y la miseria de la mayoría de los pueblos del orbe.

El Juez vive y actúa en una determinada sociedad y en un determinado instante histórico de la existencia de ambos. En ella nace, en ella trabaja y se manifiesta y a ella debe servir, procurando el bien común, la armonía y la paz sociales.

El hombre no es un robot, es un ente social que piensa y siente; capaz de mejorar y superarse. Si el hombre no es un robot menos aún lo puede ser un Juez. Al primero le recordamos su condición de ser humano, al segundo se la exigimos. La escencia de lo humano es lo que diferencia al "homosapiens" de los demás primates, aunque tenemos que reconocer, como excepción, que existen bestias más "humanas" que los hombres. El Juez debe ser capaz de sentir y saborear el dolor y la angustia ajenos y de analizar la realidad circundante para a través de esa óptica juzgar a los demás y

juzgase a sí mismo. Consecuentemente es absurdo pretender colocar al Juez dentro de una urna de cristal (herméticamente cerrada), separado de toda influencia exterior, en donde con neutralidad, imparcialidad, independencia aplica la ley a casos concretos, con frialdad y sapiencia. En doctrina y en teoría, se pregona la igualdad de los seres humanos frente a la ley y consecuentemente frente al Juez. Tan hermoso concepto es ajeno a la realidad en que vivimos, que mira solamente la parte formal de la norma jurídica tras de la cual se ocultan las desigualdades sociales, concretas y lacerantes, en donde el oropel de lo formal pretende prevalecer sobre la esencia y contenido.

Ni el Juez, ni la justicia pueden o deben actuar con los ojos vendados; por el contrario, sus ojos y su mente, lo mismo que su corazon deben ser capaces de percibir las vivencias humanas en sus distintas manifestaciones, en función no del hombre como individuo sino del hombre como especie, no en función de un pequeño grupo de castas o de clases sino de acuerdo con los intereses de las grandes mayorías.

Ya lo hemos dicho en otra ocasión y hoy nos ratificamos: El Derecho positivo no es sino la expresión de la clase económicamente gobernante, la misma que al detectar el poder dicta las leyes que considera conveniente para defender sus intereses, que para ella constituyen sus derechos, sin importarle los de las masas populares, y en general de aquellos que no pertenecen a su grupo; y luego exigen al Juez hacerlas cumplir. Si el Juez aplica esa Ley, ajena o contraria a la realidad social, esta abusando de sus funciones, y convirtiéndose en generador de injusticias, de violencias y de tragedias. Puede considerarse orgulloso de servir al sistema o a quien directa o indirectamente lo designó, pero en cambio estaría traicionándose a sí mismo, siendo desleal con la sociedad y atentado a los intereses de las mayorías, y al desarrollo socio-económico de los pueblos.

El derecho y sus instituciones se han convertido en instrumento de clase y son parte de su universo promoviendo la desigualdad, la injusticia, el odio, la destrucción y las formas más variadas de violencia y contraviolencia.

El Juez tiene y debe estar al servicio de la sociedad, de sus necesidades y aspiraciones y buscar solución a sus problemas a través de la paz y de un nuevo derecho, más humano y más justos, analizando cada caso en concordancia con el entorno donde el hecho a juzgarse se ha producido. No debe mancillar la judicatura quien solo conoce los códigos y leyes pero carece de cultura y preparación científica suficientes para détectar los problemas socio-económicos de la sociedad en la cual ejerce sus funciones, y analizar con honestidad la norma jurídica y luego aplicarla con criterio de equidad y sana crítica, sensible a la naturaleza humana, sin abusar de la ley, ya que de lo contrario estaría cabando no solo la tumba de la justicia sino de la sociedad misma, cuya descomposición la estamos presenciando día a día sin que los Jueces y Abogados tratemos de evitarlo.

Ante la dicotomía de la ley y la justicia, debemos pronunciarnos por la justicia antes que por la ley. Consecuentemente debemos ser cápaces de crear un nuevo derecho sobre la base de una nueva justicia: la Justicia Social.

El derecho debe ser el mejor instrumento de convivencia humana en procura de la armonía social y del bienestar del hombre, permitiéndole vivir dignamente sin temores, ni violencias, con principios normativos que efectivicen la fraternidad, la igualdad y el amor, y sobre todo que hagan posible una auténtica justicia social. El Juez debe aplicar la ley con esa filosofía y tenr presente que la paz y bienestar sociales solo se logrará a través de un nuevo derecho, esencialmente humano y justo, donde frente al derecho del uno no sólo está el derecho del otro, sino las necesidades de los demás; donde el hombre sea realmente hermano del hombre y saboreemos la alegría de vivir.

Ser Juez es tarea ardua y difícil, incomprensible y dura, pero una de las funciones más grandes, más nobles y bellas que cumplidas con bondad y humana sapiencia, protegiendo al débil y con él a la sociedad y dentro del marco de un nuevo derecho, le permite proclamar: **PAZ EN LA TIERRA Y AMOR Y BUENA VOLUNTAD ENTRE LOS HOMBRES.**

Jorge González Moreno

Ministro

Juez de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Ecuador

JUEZ Y SOCIEDAD

- I -

El objeto de este trabajo es facilitar materiales para una discusión más profuna sobre la buscada independencia judicial en los albores del siglo XXI. Crecimos pensando en el siglo venidero como una meta remota, matizada con fantasías de progreso y ciencia-ficción, en un mundo donde finalmente triunfaría la verdad y se alcanzaría la satisfacción general de las necesidades; pero ahora resulta que, como las tareas de los escolares remissos, el futuro ya está a la vuelta de la esquina, y nuestras tareas continúan mal resueltas o a medio hacer.

El siglo XXI comenzará enmarcardo en numerosos signos de interrogación, y mientras vamos a su encuentro, aumenta nuestro escepticismo y la sensación de que las respuestas del hombre continúan siendo contradictorias insuficientes. Es la dificultad de una época en que se están produciendo vertiginosos reacomodamientos políticos, económicos y ecológicos, sin cosmovisionese que puedan explicarlos. Muy por el contrario, pareciera generalizarse el recurso de la superficialidad, como mecanismo defensivo ante los desafíos de la hora. Así lo describe un gran escritor latinoamericano, Mario Benedetti: "En el agitado capítulo finisecular que a todos nos atañe, la frivolidad se ha salido de cauce, infiltrándose en capas más profundas de la conducta humana. Y eso ya no es juego sin temeridad, ya que puede significar la instalación del engaño, de la hipocresía y hasta de una superficialidad casi criminal, en zonas que son vitales para el desarrollo y la sazón de las relaciones humanas". Y a continuación interroga: "¿No es acaso un inquietante síntoma de honda frivolidad el sostener que hemos llegado a la cresta de la ola democrática, cuando la actual dimensión de ese sistema incluye aún tanta injusticia, y tanta explotación? Es innegable que la democracia es, en teoría el mejor de los modelos políticos hasta ahora patentados, pero no es menos cierto que aún falta mucho para que alcance el nivel de inamovible primor que le atribuyen: la frivolidad puede significar un necesario alivio, siempre que esté sostenida o justificada por una concepción madura de los reclamos humanos, de las necesidades sociales. Madurez sin frivolidad puede llegar a ser agobiante, abrumadora, pero frivolidad sin madurez puede ser autodestructiva y hasta suicida".

Desarrollando sus pensamientos sobre la superfialidad como filosofía, agrega el escritor: "El pragmatismo de los bien instalados consiste a menudo en cerrar puertas, pero el seudopragmatismo de quienes desembozadamente imitan tales modelos (sean estos bisoños ministros, altavoces de lo insulso, deportistas de elite o maniquíes de la jet society) adopta, tal vez inconscientemente, la forma de un egoísmo advenedizo, sin escrúpulos, donde **todo** se sacrifica a **poco**, y ese poco huele a cochambre. El capitalismo salvaje no es por cierto trivial, pero en las estructuras que están a su servicio, hace todo lo posible para que el personal (y en particular los jóvenes) crea que la frivolidad es un sinónimo de libertad, palabra esta que aún hoy, a pesar de las planificadas tergiversaciones, mantiene su poder de seducción"(1).

(1) "Página 12", Buenos Aires, 14.2.1991.

Si la publicación y el autor transcripto parecieran demasiado críticos para el gusto de algunas sensibilidades, vemos otra opinión publicada en un medio tradicional de Argentina: "Desde hace unos diez años todo es **light** en occidente: los cigarrillos, el café, los alimentos, las relaciones personales, el pensamiento filosófico y hasta las pasiones. El sonido blanco de esta palabra inglesa que significa luz, levedad, ligero, liviano, instantáneo, impalpable, expresa hoy el eje alrededor del cual se anuda y despliega todo un sistema de comportamiento. La moda **light** -también llamada **soft**- se apoya en uno de los grandes propósitos de estos tiempos, como es el mejoramiento indefinido de la calidad de la vida.

Este empeño nos induce a desearnos más livianos, más rápidos, más prácticos, y, en consecuencia, más bellos y sanos, es decir, más jóvenes.

Bien podría decirse que nos encontramos frente a una nueva utopía, sólo que de corte personal. E inclusive ante una nueva ideología dietética".

Rodolfo Rabanal, autor de estas meditaciones, concluye expresando su convicción de que "Los intelectuales de hoy parecen comentaristas descomprometidos, capaces de cambiar de criterio de una semana a la otra. La aspiración máxima de cualquiera de ellos es una noche entera en un buen programa de televisión. En el tiempo de las ideologías blandas -**Light**- el instante importa más que el futuro y el fragmento más que el todo"(2).

Se trata de observaciones muy ricas, por su poder descriptivo y profundidad, con las que quise comenzar, porque me posibilitan un primer interrogante, que, adelanto, está cargando de ironía. La cuestión es la siguiente: ¿De qué nos sirven a los jueces estas observaciones sobre la sociedad de hoy? La ironía radica en una posible tendencia judiciaria (propia también del avestrúz) a buscar razones sólo metiendo la cabeza en el agujero de la legislación. Los Jueces, podrían afirmar muchos, tienen la muy clara misión de aplicar la Ley, portarse bien, y ser lo más asépticos posible con el mundo que les rodea, especialmente, en lo que atañe al debate político.

Volveré pronto sobre esta caracterización de la mentalidad judicial,que, pese a ser algo general, sabemos que nos toca de cerca. Contesto, por el momento, al interrogante, afirmando, según mi convicción, que los jueces debemos estar imprescindiblemente comprometidos con la realidad que nos rodea, porque no sólo nos permitirá comprendernos mejor, sino fundamentalmente, comprender las motivaciones y angustias de quienes desfilan frente a nuestro estrados.

Si la época que vivimos es frívola, como dice Benedetti, y si toda ideología dietética nace de la abundancia y el bienestar, como dice en otro pasaje de su artículo Rabanal, estas circunstancias tendrán un importante efecto sobre el comportamiento social y la credibilidad de las instituciones que expresan y regulan la comunidad. De tal modo, pareciera que ignorar estos datos, centrándonos en una especie de autismo interpretativo de textos vigentes, llevaría a un grave divorcio con la realidad. Algo así como seguir creyendo en la vigencia de una relación sentimental del pasado mediante

(2) "La Nación", Buenos Aires, 29.10.1990.

la re-lectura de viejas cartas de amor.

En la República Argentina de 1991 los datos sobre la superficialidad como respuesta a los problemas del mundo, y la necesidad de un rápido disfrute de una calidad de vida en permanente ascenso son de extrema gravedad, por cuanto los problemas que enfrentan esta sociedad y el continente son muy graves y reclaman urgentes soluciones prácticas. Por otra parte, en este cuadro de carencias generalizadas y misera en aumento, es casi obscena la idea de un "disfrute de la calidad de vida" entendida como pasatiempo trivial o mero cumplimiento mecánico de las habilidades profesionales aprendidas en el curso de los años. Entiendo que una hora de tan grandes desafíos abarca primordialmente a los estamentos judiciales, porque los destinatarios naturales de la defensa de la Constitución, y las leyes, entendidas no como lectura de archivo, sino como camino dinámico por el cual hacer realidad **en el mayor grado posible** la idea de justicia, no en abstracto, sino lograda mediante la razón y la equidad.

- II -

La introducción precedente me conduce a la elección temática propuesta para este seminario. He dicho que pretendo hablar del tema "Juez y sociedad" pero los párrafos anteriores son una confesión de parte de las dificultades con que tropezaré tratando de hablar del presente y el futuro del quehacer judicial, prescindiendo de la relación del juez con los poderes del estado y su función de equilibrio y control constitucional. De tal modo, está claro que, pese al título, entiendo hablar de una unidad que abarca dos temas aquí propuestos, y espero me sean discupadas las inevitables superposiciones.

Otra aclaración importante que debo adelantar, es que, como juez penal, no tendré más remedio que aludir de modo casi constante al tema del poder penal del estado. Creo que esta circunstancia me favorece, porque en la situación actual del mundo, el rol del derecho penal es decisivo, en cuanto expresa con el máximo vigor el poder estatal, infligiendo los castigos más severos del orden jurídico, valiéndose de la autoridad o autoritarismo de isntituciones paralelas de gran poder político, como la policía, o los servicios penitenciarios. En suma, el derecho penal lleva implícita, por definición, una cuota importante del poder político, lo que necesariamente la vuelve mediatizable como herramienta tendiente al mantenimiento de la concepción de estado vigente.

Para ejemplificar lo dicho de un modo grosero, creo que el derecho penal es la "cara fea" que muestra el poder judicial, mientras que, en otras ramas jurídicas, la mayor intervención de las partes y su voluntad, hace de ellas más bien herramientas en manos de los ciudadanos, con la garantía de los jueces.

En síntesis, aludiré a continuación a las funciones que cumple el derecho penal (la justicia y los jueces penales) como control estatal de los comportamientos en una sociedad.

- III -

Se habla mucho hoy en día de "control social" y es posible que de tanto usar el concepto se lo esté tornando algo confuso. Para René König, el relevante sociólogo alemán, se trata de los **mecanismos** mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos para lograr que **obedezcan sus normas**. He subrayado intencionadamente la condición de "mecanismo" que presenta la idea de **control** y su expresa finalidad de **imponer obediencia**, lo que en otras palabras es un conjunto de acciones tendientes a producir integración y conformidad con la sociedad existente.

La "integración" y la "conformidad" con la sociedad vigente puede tener un alto grado de legitimidad, como sucede en las naciones industrializadas de Euorpa, Estados Unidos o Japón, porque en ellas el reparto de bienes alcanza grados importantes de equidad. Se trata, al menos, de grados y niveles que parecen de fábula en países del tercer mundo, donde la integración pretendida lo es a las reglas de una sociedad donde minorías insignificantes tienen a su favor la riqueza, el poder y las normas. Una "integración" esencialmente inequitativa de este tipo no puede alcanzar grados importantes de "conformidad", por lo cual se hace preciso el recurso a la manipulación y la fuerza como formas de "satisfacción forzosa" con la miseria y marginalidad que le ha tocado en suerte, por ejemplo, a la gran mayoría de los habitantes del contienente latinoamericano. El sistema penal puede degenerar, y de hecho sucede, en mero instrumento represor, reducido al cumplimiento de una función simbólica: hacer creer que hay justicia y que alcanza a todos por igual.

- IV -

La criminología moderna ha contribuído a explicar muchos de los mecanismos y funciones del aparato judicial que fuerzan a su desmitificación, y a una comprensión más calra de su operatoria desigual, selectiva y clasista; en suma, a cuestionar su legitimidad.

El estudio del delito de cuello blanco, a partir de las investigaciones de Sutherland en los años 30, mostró la impunidad de los grandes consorcios americanos, y la magnitud del daño social que produjeron sus operaciones contra y al margen de la ley. Hoy en día, se señala, desde la criminología crítica, que esa impunidad no es una deformación de la operatoria, sino que, incluída la actual transnacionalización del capital, resulta esencial al sistema, en su versión "óptima". El fracaso de la legislación penal protectora del medio ambiente en Alemania es una prueba contundente de que el funcionamiento óptimo del aparato capitalista no se compadece con los llamados "interese difusos" que nos comprenden a todos, en nuestro carácter de co-inquilinos del planeta. El daño actual de los mares, las napas subterráneas, la atmósfera terrestre, los bosques, la flora y la fauna ha alcanzado un grado tal, que es dudosa la posibilidad de reversión. Sin embargo, los intereses de las industrias contaminantes reciben un privilegio tras otro y larguísimos plazos para rediseñar sus sistemas productivos. Sigue importando más el superávit de hoy que la devastación del mañana, y así parece indicarlo la llamativa desaparición de información fiable sobre el agujero de ozono que ostenta nuestro polo sur.

Los grandes genocidios políticos de la humanidad han quedado y siguen quedando impunes, de lo que la Argentina de hoy y el Chile de mañana serán tristes ejemplos.

De este modo, resultó fácil contrastar el grado de eficacia del sistema judicial, contraponiendo las magnitudes de los bienes afectados por quienes evaden la red judicial, con la de quienes quedan atrapados en la misma, que, por otra parte, ostenta una visible selección social adversa.

Por estos caminos, la criminología desenmascaró al paradigma etiológico, que ha recogido desde comienzos de siglo la búsqueda científica del quid del comportamiento criminal. Se ha probado que el "ser criminal" no es esencialmente una condición psicofísica-cultural, de seres inferiores o resentidos, sino que se trata de una cuidadosa tarea de definición.

El poder definidor comienza con la sanción de la norma, que privilegia arbitrariamente determinados bienes, por su directa relación a las clases con poder, y se prolonga luego, con la **selección de los individuos que serán criminalizados**, a cargo fundamentalmente de la policía, y en segundo lugar, de los tribunales. Un ejemplo claro de lo que afirmo, es la desmesurada desproporción con que está protegido el automóvil en Argentina, mediante el decreto -ley 6582/58. Se trata de una reglamentación proveniente de un gobierno de facto, cuyo carácter clasista se pone de resalto advirtiendo que, pese a la general derogación de leyes y decretos provenientes de etapas inconstitucionales, ha sobrevivido, siendo incluso ratificado, por la ley 14.467. En la Argentina, el robo simple, con pena de **un mes a seis años**, es agravado con pena de **tres a diez años**, si el objeto es un automóvil. El robo agravado que implica pena de **5 a 15 años**, se eleva de **9 a 20 años** por el mismo motivo. Otras formas agravadas, del art. 167 del Código Penal, con pena de reclusión o prisión de **3 a 10 años**, reciben, por decreto, una escala de **6 a 15 años** cuando el objeto sea un automotor. Teniendo en cuenta que el homicido simple tiene un mínimo de pena de ocho a 25 años de prisión o reclusión, resulta que puede ser más benignamente punido quien mate, respecto al ladronzuelo que osare tocar un viejo vehículo, en las condiciones del artículo 166 del Código.

Otros ejemplos interesantes pueden ser el fracaso de la legislación de drogas, mediante la cual recurrentemente se intenta punir el consumo, con el triste resultado que hay enormes cantidades de jóvenes presos sin tratamiento, mientras los grandes zares de la droga jamás son alcanzados; o el aborto, figura mediante la cual normalmente es perseguido la víctima, porque las madres de menores recursos que abortan en Argentina se juegan la vida; o tal vez el ejemplo de la corrupción administrativa y política, sobre la que tanto se discute en la actualdiad, sin que se produzcan resultados visibles. Incluso, algunos funcionarios públicos sometidos a proceso reciben cargos diplomáticos, mientras duran los procesos en que ha sido puesta en duda su honestidad.

Por último, los recientes indultos del poder político favoreciendo a los responsables de los delitos contra los derechos humanos durante la dictadura militar, conformaron una verdadera amnistía encubierta en favor de reos acusados de docenas de

tormentos, privaciones ilegítimas de libertad, reducciones a servidumbre y homicidios, los hechos más graves de la escala penal, incluyendo os robos de vacas sagradas, o sea en la cultural nacional, de automotores.(3)

La lista puede ser mucho más larga y estremecedora, si analizáramos tipos penales que quedan en manos del fuero penal económico, o de la Fiscalía Nacional de Investigaciones administrativas. Los ejemplos aludidos demuestran, de modo elocuente, la operatoria selectiva del sistema jurídicopenal, lo que no es un patrimonio exclusivo de Argentina; se trata apenas de que el grado de contradicción aquí alcanzado es tan exasperante que llega a conformas la caricatura de un estado de derecho. La distorsión entre lo que la justicia penal proclama hacer y lo que realmente hace, ha sido objeto de profundo análisis por autores de gran predicamento científico, en fechas recientes. Zaffaroni, en un trabajo imprescindible para el análisis de la operatoria de la justicia penal(4) nos muestra un enfoque constitutivo de las deformaciones estructurales: "Pese a que el sistema penal "formal" no es más que el apéndice justificador del verdadero ejercicio de poder de las agencias del sistema penal, la legalidad ni siquiera se respeta en la operatividad social de éste". Y agrega: "La disparidad entre el ejercicio de poder programado y la capacidad operativa de las agencias es abismal y, por otra parte, si se diese la inconcebible circunstacia de que su poder se incrementase hasta llegar a corresponder a todo el ejercicio progamado legislativamente, se produciría el indesable efecto de criminalizar varias veces a toda la población. Si se criminalizasen todos los hurtos, todos los adulterios, todos los abortos, todas las defraudaciones, todas las falsedades, todos los cohechos, todas las lesiones, todas las amenazas, etc., prácticamente no habría habitante que no fuese varias veces criminalizado". Su conclusión es dramática: "La realización de la criminalización programada conforme al discurso jurídico-penal es un supuesto tan absurdo como la acumulación de material bélico nuclear que permite aniquilar varias veces toda la vida planetaria".

Alessandro Baratta, aludiendo a las funciones selectivas y clasistas de la justicia penal, llama nuestra atención sobre los contenidos del derecho penal en estos términos: "Por lo que se refiere al derecho penal **abstracto** (es decir a la criminalización primaria) és te concierne no sólo a contenidos, sino también a "no contenidos" de la ley penal. El sistema de valores que en ellos se expresa, refleja, sobre todo, el universo moral propio de una cultura burguesa-individualista, que destaca al máximo la protección del patrimonio privado y que se dirige prioritariamente a tocar las formas de desviación típicas de los grupos socialmente más débiles y marginados. Basta pensar en la enorme proporción de los delitos contra el patrimonio en la tasa de la criminalidad, según resulta de la estadística judicial, especialmente si se prescinde de los delitos de tránsito". "Los procesos de la criminalización secundaria -agrega- acentúan el carácter selectivo del sistema penal abstracto. Han sido estudiados los

(3) Sobre el juicio a los comandantes puede verse el libro de Marcelo Sancinetti "Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial". Ed. Lerner. Bs. Aires, 1988.

(4) "En busca de las penas perdidas". Ediar, Bs. Aires, 1989, pág. 30.

prejuicios y los estereotipos, que guían la acción tanto de las instancias de averiguación como de los juzgadores, y se ha demostrado que llevan, así como acontece en el caso del maestro y de los errores en las tareas escolares, a buscar la verdadera criminalidad sobre todo en aquellos estratos sociales de los cuales es **normal** esperarla"(5).

Desde luego, estamos señalando apenas a modo de selección provisoria algunos puntos conflictivos en torno a la existencia, y modo operativo del sistema penal, y por ello dejaremos de lado una visión de conjunto que incluya agencias auxiliares, como la policía o los servicios pentienciarios, que si bien son importantísimos en cuanto a su interrelación con la estructura judicial, exceden el marco de discusión de un tema en el cual los jueces somos materia de análisis.

De todos modos, es importante aludir a estudios en los cuales hemos sido objeto de análisis crítico en nuestra condición de funcionarios y personas.

Probablemente, las observaciones más agudas sean las de Zaffaroni, en su obra citada, donde nos señala que los requirimientos de la personalidad judicial son "asepsia ideológica, cierta neutralidad valorativa, sobriedad en todo, suficiencia y seguridad de respuesta y en general, un cierto modelo de "ejecutivo-senior" con discurso moralizante y paternalista, o una imagen de quien, a su debida edad, responderá a ese modelo. La manipulación de la imagen pública del juez pretende despersonalizarlo y reforzar su función supuestamente "paternal", en forma que opaque y oculte el carácter de operador de una agencia penal con limitadísimo poder dentro del sistema penal"(6).

Karl Schumann, un filósofo del derecho, profesor en la Universidad de Bremen, nos hace otro aporte crítico: "Repentinamente, se torna claro que el hombre de la calle pueda ser más tolerante con delincuentes que los juristas, porque está -en más de un sentido- más cerca de ellos que los juristas. Esto se torna más claro aún si se comapra la conducta decisoria de jueces legos y procesionales, puesto que los primeros sancionan con menos dureza la criminalidad promedio del autor de hechos leves y son, en cambio, más intolerantes que los jueces letrados ante hechos graves, cometidos, por ejemplo, por reincidentes. Es evidente que el ciudadano común tiene mayor tolerancia frente a la criminaldiad de leve y mediana gravedad, si bien se supone que es, además, su víctima más frecuente. Para los penalistas, en cambio, cada violación de una norma es su "pan de cada día"; los jueces calculan, a través de ellas su tarea mensual, de igual modo que los fiscales, tratando de hacer lucir altas cuotas de casos resueltos, mediante una buena mezcla de casos fáciles con algunos medianamente graves que den poco trabajo"(7).

Sintetizando brevemente lo que hemos señalado, podemos decir que el aparato jurídico penal está distorsionado entre lo que dice hacer y su función real en el sistema

(5) "Criminología crítica y crítica del derecho penal", S. XXI, México, 1982.

(6) Obra citada, pág. 146.

(7) "Una sociedad sin prisiones", traducción mía, de próxima aparición en la revista "Doctrina Penal".

social. No sólo **no cumple sus fines**, sino que no **sería materialmente posible hacerlo**. En cuanto a lo que se hace, resulta deformado por los mecanismos de selección que abarcan a la propia ley, y a los que se agregan los condicionamientos culturales de los jueces, que terminan ocupándose sólo de un sector social, el más desprotegido, para estigmatizarlo y hacer así más fácil su control. En suma, si se aceptan estas críticas, se hace imprescindible una prolija revisión del **rol del juez penal dentro de la sociedad tal como esta funciona**, y una búsqueda de modificaciones que le permitan asumir un rol más dinámico y justo en el desempeño de su tarea. Pero esto, ¿Es realmente posible en el marco de las actuales circunstancias? A responderlo, dedicaré el próximo acápite.

La obra de Zaffaroni que he citado aporta una rica serie de propuestas para el desempeño democrático de los jueces en la sociedad actual. He disentido parcialmente con algunas de sus propuestas, a las que tengo por poco viables. No obstante, entiendo que conforma un verdadero cuerpo de doctrina judicial, de cuyo conocimiento no puede prescindirse. Tampoco es posible prescindir de las críticas que estamos recibiendo los jueces, en la medida que sean certeras, para tomarlas como material de autocrítica y cambio. A mi entender, en la hora actual los jueces podemos todavía ponernos de parte de la sociedad, salvaguardando sus derechos y garantías constitucionales, en la medida que hayamos concientizado la realidad social y los mecanismos de funcionamiento reales y abstractos del aparato de justicia.

Si se entiende el concepto de **democracia** en su acepción castiza de "predominio del pueblo en el gobierno político de un estado" y si la justicia se pronuncia en nombre y representación del pueblo, (que no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes) es imprescindible comprender a ese pueblo y sus vicisitudes, situándonos no en la perspectiva de los valores de la familia o el sector social en que fuimos educados, sino en la perspectiva más general de los intereses de la sociedad, considerando objetiva y subjetivamente desfavorecidos a quienes menos chances tuvieron y tienen dentro de la sociedad, que de tanto en tanto los convoca a votar para elegir sus representantes. Esta desigualdad sustancial de los ciudadanos es la que ha motivado a Zaffaroni a concebir una nueva forma de culpabilidad, denominada "culpabilidad por la vulnerabilidad"(8) en la intención de nivelar el riesgo de aquello sque están más expuestos a ser criminalizados por su procedencia social.

Se compartan o no en particular las propuestas de Zaffaroni, parece ser un ejercicio de honestidad imprescindible, el reconocer la desigualdad estructural del país en la actualidad, resultado de un proceso de pauperización acelerado desde hace por lo menos 20 años, y que, para colmo, parece no haber llegado a su fin. En medio de las angustias de los bajos salarios, la desocupación, el empeoramiento de las condiciones alimentarias, de vivienda, de salud y educación, es obvio que crezca la disposición a atentar contra bienes jurídicos, en especial contra la propiedad.

Es preciso contraponer este marco con el de aquél importante sector de la sociedad que ha sido beneficiado con indultos de una amplitud y dudosa

(8) Op. cit. pág. 276.

constitucionalidad sin precedentes en la historia jurídica argentina. También se debe contraponer el cuadro social al escandaloso show de la corrupción, que incluye no menos escandalosos "amparos" frente a juicios políticos a jueces, en el mismo instante que se difunde imprudentemente una imagen de generalizada corrupción judicial.

Si no tomamos conciencia de la gravedad de esta situación, ninguna duda cabe de que terminaremos señalados como cómplices pasivos de ella; como quienes esconden la cabeza en los libros, buscando soluciones arqueológicas a problemas del pasado, en lugar de consustanciarse creativamente con el presente.

Desde luego, mis observaciones anteriores no apuntan a proponer un jubileo anarquista del poder judicial, absolviendo a todos los imputados o arrojando los expedientes por la ventana. Se trata de volver operativa la angustia ética que afecta a muchos de nosotros, procurando alcanzar dos metas: **reducir al margen de injusticia slectiva en nuestros pronunciamientos**, mediante un riguroso aseguramiento de las garantías constitucionales, y **asegurar un rol al poder judicial en carácter de poder político del estado**, meta prácticamente inexistente en la actualidad, como no sea en su reiterada función simbólica.

El poder judicial conforme al art. 94 de la Constitución Nacional, no puede ser separado de los dos artículos que le suceden, porque el 95 excluye expresamente al presidente de la Nación del ejercicio de funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas, y el 96 otorga estabilidad a los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación. La función judicial sólo puede ser entendida como contrapeso a los abusos de poder **en que pudieren incurrir los otros poderes del estado**. En este sentido, se trata del garante final y último de la constitucionalidad de los actos de gobierno y de la legitimidad de las resoluciones, leyes y reglamentos que dispongan los otros dos poderes y la administración.

Basta pensar en abstracto el poder que tiene todo aquél al que se le atribuya dirimir contiendas, para comprender la importancia que debe corresponder al poder judicial en el concierto de los poderes políticos del estado. Se trata, nada menos, que de la "ultima ratio" constitucional. Máxime en nuestro sistema, en el que desde 1853 se ha considerado **inherente a la función judicial** el control de constitucionalidad, al dictar sentencia en el caso concreto(9).

Nuestro sistema ha ido abriendo cada vez más espacio a la posibilidad de dictar **inconstitucionalidades de oficio**, especialmente en referencia a las garantías individuales más importantes, como lo demuestra el art. 6 de la Ley 23.098 de hábeas corpus. También se ha sostenido que debe permitirse el control en todos los casos concretos de lesión de derechos constitucionales(10).

---

(9) El art. 3 de la Ley n.º 27 (Organización de los tribunales nacionales) dice que: "Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella".

(10) Vanossi, Jorge R., "La Constitución y los derechos humanos" Eudeba, Bs. Aires, 1985, págs. 25/26.

Por último, el énfasis del art. 31 de la Constitución Nacional no deja espacio a dudas acerca de la jerarquía de las leyes, cuando nos indica que "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras SON LA LEY SUPREMA DE LA NACION" y en la misma línea de pensamiento fundamental, los arts. 18 y 19 de la ley Suprema (sin perjuicio del resto de su articulado) y la Convención americana sobre derechos humanos (convertida en ley de la Nación en sesión conjunta de ambas Cámaras legislativas el 1.3.84.) abren amplios espacios protectores del individuo frente a la posible omnipotencia del estado, sentando los principios ineludibles en que debe apoyarse la interpretación de cualquier ley, incluído el Código Penal. Recuérdese, por jemplo, que la pena es una forma de ejercicio del poder y que este ejercicio está en permanente contradicción con las garantías del art. 18, en cuanto las cárceles de la Nación cada vez son menos "sanas y limpias" para seguridad y no castigo de los reos detenidos en ellas.

Mi convocatoria tiende a hacer notar que, al margen de la obsoleta infraestructura con que estamos trabajando, del hacinamiento, los malos sueldos y la falta de medios, **nuestro accionar jurisdicente tiene una calidad intrínseca irrenunciable**. Esta calidad es la realización del valor justicia, mediante una labor creativa del derecho, en el cual pueda hallar refugio el ciudadano perseguido, discriminado, víctima de poderes arbitrarios y todo aquél que haya cometido un delito y demande la garantía de un juicio objetivo y justo, con respeto a su dignidad humana.

La depresión que nos provocan nuestras anodinas y a veces alienantes condiciones de trabajo, no pueden trastocar la **profunda racionalidad** que debe basar nuestras decisiones, en decisiones "razonables" (porque nadie protestara contra ella o porque conformen a la opinión pública, la prensa o cualquier factor de poder). De lo contrario, el riesgo de caer en la burocratización que denuncia Zaffaroni es muy grande, especialmente cuando se trabaja con sistemas procesales y organizativos tan antiguos como los de la Capital y Fuero Federal, en los cuales el escrituralismo y la anonimidad caracterizan las decisiones.

Es preciso que las asociaciones de jueces y éstos individualmente, adopten una presencia permanente y activa ante los medios de difusión, para disputar las posibilidades de llegada a la opinión pública. Estamos asistiendo reiteradamente al espectáculo de que los jueces sean chivos emisarios de asuntos como delicuencia en aumento, cárceles llenas, falta de seguridad, ineptitud profesional o la recientemente agitada corrupción. Mientras diversos políticos inescrupulosos -a veces representantes del pueblo- se lanzan a una especie de cacería de jueces corruptos, promoviendo docenas de irrelevantes juicios políticos, (posiblemente como forma de obtener una imagen protectora de la sociedad) los jueces pretendemos encogernos, tímidamente, en el principio no escrito conforme al cual sólo podemos expresarnos mediante nuestras setencias en el caso concreto.

No se pretende que los jueces sustituyan a las estrellas del jet-set, simulando una utópica presencia ubicua o hagan trascender los pasos investigativos de cada causa. Se trata de que no sean tristes blancos de parque de diversiones para los pelotazos

que cualquier aventurero pueda dirigirles. Esta caracterización, no es exagerada, porque hemos visto recientemente el caso de un juez de la Capital literalmente perseguido, denostado y calumniado durante semanas, por todos los medios de difusión. Tal vez no sea tampoco casual que a dicho juez le haya sido ametrallado el cohe como "advertencia".

Cito el caso anterior como ejemplo aislado, pero podríamos hablar de docenas de otros casos parecidos, alarmantes evidencias de que la justicia o al menos los jueces, son un blanco fácil para denostar impunemente. Las reacciones oficiales no han cambiado en nada este cuadro, lo cual es indicador de su inoperancia. Debemos asumir, autocríticamente, que tampoco hemos tenido como estamento profesional una enérgica y decidida actitud de defensa de nuestros colegas no involucrados en irregularidades. Recalco, entonces, que hago especial referencia a aquellos colegas que son atacados desproporcionadamente sólo por las decisiones que han firmado sin extralimitarse, en sus funciones.

Estas situaciones de descrédito público tienen un efecto social devastador, por cuanto al ciudadano lego llega sólo una información trastocada e intencionada, en la que no faltan tergiversaciones de textos de sentencias, obteniendo rápida credibilidad. Ciertamente que es mucho más difícil hacer conocer al ciudadano de los tecnicismos legales que presiden decisiones y garantizan derechos. Nuestra incapacidad de ganar la credibilidad del ciudadano e ilustrarlo de modo didáctico y simple sobre el funcionamiento judicial y las herramientas legales, es tambien un déficit que debemos asumir como responsabilidad propia.

Cerrando esta exposición, a la que considero apenas un bosquejo de la profunda investigación que estamos necesitando para conocer nuestra realidad profesional, haré ahora breve alusión a las condiciones de seguridad en que debemos desenvolver nuestra tarea. He mencionado al pasar las campañas de descrédito contra jueces por los medio de difusión, y atentados contra ellos o sus bienes. Las amenazas anónimas forman parte del repertorio de presiones que nos toca soportar, y afectan frecuentemente a nuestros familiares. La recepción de amenazas telefónicas, que dejan entrever la escucha de nuestras conversaciones, jamás reciben una explicación satisfactoria cuando se las investiga, y la mayor parte de los procesos por desacato desembocan en sobreseimientos y absoluciones, en especial si los agravios proceden de funcionarios o políticos, que manejan eficazmente sus inmunidades y derecho a la crítica.

A fines de 1985, América Latina se vio conmovida por un bárbaro suceso, aún no esclarecido. Un grupo de guerrilleros se atrincheró dentro de la Corte Suprema de Colombia, en Bogotá. El presidente del cuerpo. Dr. Alfonso Reyes Echandía, encabezó negociaciones con las fuerzas militares que rodearon el edificio, suplicando la renuncia a la fuerza, por las sangrientas consecuencias que podría acarrear. El palacio fue sorpresivamente atacado, y los tanques penetraron en su recinto a cañonazos, desencadenando una masacre, en la que pereció el Dr. Reyes Echandía y numerosos de sus colegas, colaboradores, empleados y ciudadanos. Amén de ello, se generó un incendio que hizo desaparecer importantísimas causas que comprome-

tían al poder político y al narcotráfico.

Cabría pensar hoy que ese fue un suceso aislado, propio de la violencia a que está sometido hace largo tiempo el pueblo colombiano. Sin embargo, alarma la noticia aparecida el 21.5.90 en "La Nación" de Buenos Aires, en la columna editorial: bajo el título: "Agresiones a magistrados en 48 países". Se informa que "El comité de Abogados para la Defensa de los Derechos Humanos, con sede en Nueva York, dio a conocer los resultados de un estudio sobre asesinatos, arrestos, sanciones y otras formas de persecución sufridas en 1989 por funcionarios judiciales, juristas y estudiantes de derecho, en 48 países de Africa, América, Asia y Europa. De los antecedentes reunidos, resultaría que los jueces y abogados de América Latina y del Caribe, según el comité mencionado, "practican sus profesiones en un campo minado". Diez países de América Central y del Sur acumulan, en ese año 1989, el 42% de los 277 casos de persecución documentados por el Comité. Y Colombia, -donde la guerra contra el narcotráfico merece un capítulo aparte- suma, desde 1980 la crifra de 225 jueces y otros funcionarios judiciales muertos o agredidos en forma violenta". Concluía el interesante artículo expresando que "Por estas razones, es indispensable esforzarse por brindar la máxima seguridad posible a magistrados, funcionarios y cuantos con ellos colaboran en la tarea judicial y ofrecerles la solidaridad indispensable para el desempeño de su misión, esencial en todos los países del mundo, para la convivencia pacífica de la comunidad y la subsistencia del estado de derecho".

En suma, todo indica que el margen de aceptación y seguridad con que contamos los magistrados latinoamericanos está en franco deterioro, y corresponde indagar causas, efectos y estrategias que reviertan este cuadro. Sin embargo, estos datos son ya suficientes para advertir la esterilidad de la política del avestruz y la "asepsia judicial", como respuesta a una realidad que amenza con incendiarnos. La comunidad comprendida y protegida por sus jueces será, seguramente, el único reaseguro válido contra males que, en parte, provienen de políticas criminales equivocadas, y en parte, de una equivocada "moralización de la sociedad" mediante el rigor judicial. Entiendo que los jueces no debemo ser verdugos que persiguen ciudadanos, sino quienes representan, para ellos, una garantía amplia. Para lograrlo, deberemos asumir verdaderas tareas de transformación profesional.

Conclusiones

Retornando ahora a las cuestiones iniciales, pregúntandonos por el problema del juez y la sociedad, hemos señalado algunas causas que perturban nuestra óptima inserción en la comunidad, orientados por ideales democráticos e igualitarios reflejados en la Constitución. Hablamos, así, de la mentalidad judicial que concibe los palacios judiciales como cortes versallescas alejadas y aisladas del devenir social; de la necesidad de revertir algunas de estas deformaciones, haciendo pesar el poder en sentido democrático, o sea en favor del ciudadano, limitando los excesos del estado, y no a la inversa, como lamentablemente suele ocurrir.

Hemos subrayado el funcionamiento del sistema penal como mero instrumento represor al servicio de una función simbólica, y en parte, ilustramos sobre los mecanismos a través de los cuales se producen esas deformaciones. También se destacó, como contraste, la imposibilidad de realizar la criminalización, tal como está programada en los códigos. Hemos aludido a las deformaciones profesionales a que estamos más expuestos, y a la necesidad de reducir el margen de injusticia selectiva, favoreciendo la asunción de un real carácter de poder del estado por parte de la justicia, entendida como garante de la democracia y contrapeso frente a los abusos de poder.

Por último, se llama la atención sobre la creciente victimización de los jueces, como alarmante síntoma del deterioro del ministerio judicial.

Como corolario, convendría proponer un catálogo de recomendaciones, tendiente a superar la grave coyuntura en que nos encontramos insertos. Con la mayor modestia, y sólo a título de bosquejo merecedor de un desarrollo profundo, entiendo que la "independencia judicial" en Latinoamérica debe implicar:

a) El reforzamiento de la autonomía y la autarquía del poder judicial.

b) La apertura de la mentalidad judicial hacia la comunidad, concluyendo el "mito de la asepsia" y como forma de asumir nuestro rol político en el estado.

c) Privilegiar la defensa de las garantías en favor del ciudadano, por sobre los criterios de uso corporativo o argumentos internos de prestigio (halcones y palomas).

d) Asumir un rol público más activo a título individual y como comunidad de jueces.

e) Custodiar celosamente la integridad y dignidad de los jueces en ejercicio de sus funciones, como respuesta al alto grado de riesgo ya alcanzado.

Buenos Aires, marzo de 1991

Carlos A. Elbert

Juez

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de Buenos Aires

(Argentina)

PONENCIA

"JUEZ Y CONSTITUCION"

PONENCIA

JUECES, CONSTITUCION Y ESTADO DE DERECHO HOY

G. Radbruch, en su excelente y hoy clásica **Introducción a la Ciencia del Derecho,** recordaba la fábula judicial del molinero Sanssouci al que Federico II habría preguntado: -"¿No sabes que yo podría cogerte el molino sin compensación ninguno?"; para recibir la ya mítica respuesta: -"Si, de no existir tribunales en Berlín".

Pero lo cierto es que recogía también la historia verdadera, esto es, "la del molinero Arnold (1780), en cuyo asunto el rey sustituyó la sentencia del tribunal, que se le antojó injusta, por una decisión o acto de fuerza y 'envió al diablo' a los jueces que la habían dictado, colmándolos de improperios y desprecios"(1).

El episodio que se reporta tomo auténtico, con el contrapunto de su reelaboración literaria, más allá de la anécdota, o precisamente en el anécdota, ambos en su relación, expresan muy gráficamente la realidad de una tensión entre el modelo ideal y la forma de existencia efectiva de la administración de justicia, que recorre la historia moderna de la institución y está asimismo presente en su peripecia actual.

Efectivamente, la evolución doctrinal y práctica que lleva de la justicia de gabinete al poder judicial se encuentra especialmente marcada por la contradicción. Así es bien paradójico que un significativo apunte histórico de **independencia judicial** frente al poder político -es el caso de los **Parlements** franceses- tubiera que producirse por una vía tan singular como la patrimonialización de la función de juzgar; fuera hecha posible por la venalidad de los oficios. Como paradójico resulta también que un punto de referencia central del concepto actual de la institución cual es la aportación de Montesquieu se nutra de preocupaciones propias de la sociedad estamental.

Esos ingredientes de paradoja e incluso de contradicción afloran también hoy en la tensión que evidentemente se da entre la justicia en tanto que aparato de control y como tal sometido a la lógica del poder, y la justicia, al mismo tiempo, órgano y función de determinados principios de libertad y en esa dimensión dotada de ciertas garantías frente al poder, de cierta dimensión de **contra-poder**.

Nada autoriza, sin embargo, a inferir que la permanencia de esas constantes de problematicidad en lo que toca a la jurisdicción puede ser sugestiva de una cierta intemporalidad de los problemas.

Y es que, en efecto, la experiencia práctica y la reflexión teórica han contribuido a producir significativos cambios de inflexión en el modo actual de discurrir sobre esos lugares comunes. Voy a detenerme en algunos de ellos de considero de particular interés, tomando como punto de referencia, y naturalmente de forma esquemática,

(1) G. Radbruch, Introducción a la Ciencia del Derecho, trad. de L. Recasens Siches; prólogo de F. de los Ríos, Revista de Derecho Privado, Madrid 1939, pp. 146-147.

algunas vicisitudes del poder judicial en la transición a la democracia en España. Un **poder judicial** que sale de la experiencia constituyente fortalecido en su significación institucional, después de una larga etapa de **administración de justicia** como pura articulación del ejecutivo.

En la peripecia española de estos últimos años cabe registrar un dato que me parece digno de reflexión. Es la preocupación suscitada en algunos medios políticos y ciertos sectores de la opinión pública por una cuestión que ya había dejado de ser polémica: la legitimación del poder judicial.

En efecto, la Constitución había asumido sin particular debate el tradicional sistema de selección de jueces exclusivamente fundado en la acreditación de un bagaje técnico jurídico.

Sin embargo, a raiz de la victoria electoral del partido socialista, en 1982, la legitimidad político-democrática de la magistratura para ejercer su función comenzó a ser cuestionada.

Se dijo por cualificados exponentes de la entonces reciente mayoría parlamentaria que ello obedecía a la falta de coherencia entre los valores encarnados por esta última, representativa de la gran mayoría del pueblo español, y los expresados por los jueces, que naturalmente, no debían a las urnas su acceso a la función.

Podrían citarse algunos asuntos ilustrativos de la realidad de ese desajuste. Pero vistos desde hoy, casi dez años más tarde, me parece que tienen un significado más bien anecdótico, y no podemos permitir que en nuestro análisis ocupen el lugar de los árboles que no dejan ver el bosque. Que es lo que ocurriría una vez más si cayéramos en el simplismo de reducir la cuestión justicia en la transición española al conflicto de unos jueces reaccionarios, preconstitucionales, con una mayoría política de progreso.

Que ello se diera en mayor o menos medida no quiere decir que fuera **el problema**. Aunque sólo sea porque tuvo que pasar muy poco tiempo para que los **problemáticos** empezaran a ser jueces bien constitucionales. Pero es que, además, no resulta difícil identificar también en años anteriores atisbos de esa situación.

Depués de vivir en primera persona estas vicisitudes y tras reflexionar y debatir no poco sobre las mismas, tengo la impresión de haber llegado a una conclusión que estimo puede ser de cierta fertilidad en el plano interpretativo del fenómeno a que me refiero. Creo, para decirlo en términos bastante simples, que si en nuestro país no huiera habido una magistratura como la existente en 1982, una magistratura facilmente demonizable en términos políticamente tan elementales, habría habido que invertarla. Porque lo que no cabía transmitir a la opinión en el marco de una Constitución que había optado por un poder judicial dotado de un notable nivel de independencia es que pudiera ser precisamente ese el problema. Es decir no aquéllos jueces, sino la significación objetiva en términos político-constitucionales de la instancia judicial. Y ello por una serie de circunstancias.

La primera de éstas, por su alcance, estuvo representada, ya en 1978, por la

emergencia de la propia Constitución.

En efecto, la inserción de la Constitución democrática en nuestro ordena miento se produjo en la condición de texto de "valor normativo inmediato y directo", productor de una "**vinculación más fuerte**, en la tradicional expresión del constitucionalismo americano", de aplicación directa por los jueces, obligados desde ese momento a "enjuiciar con el parámetro constitucional todas las normas con rango inferiror a la ley"(2). Tal eficacia salía además reforzada mediante la disposición derogatoria "de cuantas disposiciones se opongan" a lo establecido en la Constitución.

Por otra parte, el compromiso expresado en el Preámbulo de esta última de "establecer una sociedad democrática avanzada", unido a la franca acogida del que se conoce como **principio de efectividad**(3) (art. 9.2) tomado de la Constitución italiana, representaba para la magistratura, para decirlo con Ferrarese "un directo incentivo a medirse con los temas de la democracia y de la igualdad y a sentirse sometidos a un juicio de legitimidad, tendente a verificar su credibilidad de dispensadores de una real justicia en sentido sustancial"(4).

No quiere ésto último decir, naturamente, que la simple apertura de esa línea de principio hubiera venido a producir una reconversión de los jueces al nuevo planteamiento. Pero es indudable que ese hecho normativo -la consagración de una "función promocional del derecho"(5) -introducía un relevante fermento transformador del papel de aquéllos, al suponer un claro cuestionamiento del punto de vista del positivismo dogmático, hasta entonces netamente imperante.

A este cúmulo de circunstancias debe añadirse el surgimiento de muchas cuestiones nuevas, de nuevas subjetividades jurídicas muy activas en la reivindicación por vía judicial, y también una notable inflación legislativa, caracterizada por la voluntad de **consenso**, que en la práctica fue a traducirse en el desplazamiento sobre el momento aplicativo de muchas cuestiones problemáticas no resueltas en el de producción normativa.

De otra parte, la acción de gobierno estuvo inevitablemente marcada por un extraordinario decisionismo. Propio, por un lado, de la actuación mediante las técnicas típicas del **welfare state**; y debido también a la conciencia un tanto mesiánica profundamente arraigada en la mayoría gobernante de hallarse en el ejercicio de una tarea histórica y con la cobertura de un verdadero superavit de legitimidad. No es difícil ver en ello la raiz del alumbramiento de una nueva forma de razón de estado que ha

---

(2) Cfr. E. García de Enterría, ***La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,*** *Civitas, Madrid 1981, pp. 64-66.*

(3) Cfr. P. Andrés Ibáñez, "Acerca del 'principio de efectividad", en ***Jueces para la Democracia. Información y Debate,*** *n. 0, marzo 1986, pp. 77-79.*

(4) M. R. Ferrarese, ***L'istituzioneys difficile. La magistratura tra professione e sistema politico,*** *Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 1984, p. 14.*

(5) Cfr. N. Bobbio, "La funzione promozionale del diritto", en ***Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto,*** *Edizioni di comunità, Milán 1977, pp. 13 y ss.*

inspirado notablemente la acción política de los últimos años.

A todo ésto tendría que añadirse, asimismo, cierto cambio de inflexión también en la propia morfología de la intervención judicial, derivado de la nueva situación interna de la magistratura.

Me refiero sobre todo a la pérdida, al menos relativa, de significación del momento jerárquico. Este es a su vez un fenómeno de cierta complejidad, debido a varios factores. En primer término, a la privación al vértice jurisdiccional del control político de la carrera, desplazado ahora al nuevo órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial. Y en segundo lugar, al nuevo clima generado por el movimiento asociativo.

Así resulta que las transformaciones de orden legal, el reforzamiento de la incidencia práctica de la intervención judicial, y una mayor libertad y autonomía en la actuación de los jueces, contribuyeron decididamente a dar a la instacia judicial una relevancia política que hasta entonces ho había tenido, limitada como había estado a ser en gran medida una articulación más del ejecutivo durante el período franquista.

Por eso no tiene nada de extraño que las cuestiones de legitimación, ausentes de la escena durante tantos años, entrasen de manera abrupta en el debate público. Como se explica también que las cuestiones de independencia y responsabilidad fueran objeto de tratamiento desde perspectivas no habituales.

Con todo, hablar de la existencia de debate no quiere decir que éste fuera precisamente rico.

En efecto, el cuestionamiento en clave meramente pragmática de la legitimación de la magistratura buscaba pura y simplemente reforzar las posiciones del ejecutivo frente a la misma y recuperar al menos en parte la capacidad de control político perdida en la forma a que antes se ha hecho mención.

No cabe aquí entrar en toda la serie de vicisitudes en que fue desgranándose el complejo proceso a que todo ésto dió lugar(6). Me interesan las grandes líneas del problema, como hilo conductor de estas reflexiones sobre juez y constitución.

Pues bien, desde ese punto de vista, lo cierto es que en amplios sectores políticos y también en algunos sectores de opinión judicial, sobre todo progresista, ha llegado a instalarse la idea harto paradójica de que el poder judicial tendría "legitimidad constitucional pero no legitimidad democrática". Por decirlo con palabras, que siguen pareciendo alucinantes, escuchadas hace bien poco al que fuera vicepresidente del anterior Consejo General del Poder Judicial(7).

Idea que no sólo degrada a una instancia de fundamental significación dentro del esquema conceptual y práctico del estado de derecho, sino que incluso retroactúa harto negativamente sobre la propia Constitución que, de ser un orden coherente desde el punto de vista de la organización del poder, pasaría a padecer una notable esquizofrenia.

Es verdad que, como apuntaba al comienzo, corresponde a la misma esencia de lo judicial encarnar un cierto nivel de contradictoriedad por lo que tiene de doble valencia en su significación constitucional y en su proyección isntitucional. Pero esa realidad demanda una lectura bien distinta.

En mi opinión la formulación más cabada que se ha dado a la cuestión es la debida a Luigi Ferrajoli(8).

La legitimación de la función judicial en el estado de derecho tiene una doble dimensióy se encuentra estrechamente ligada a la naturaleza de **contra-poder** que en el reparto de roles dentro de esa estructura estatal se le ha asignado a la instancia jurisdiccional.

El judicial es **contra-poder** en cuanto tiene atribuido el control de legalidad de los actos de la administración y en alguna medida el de legitimidad constitucional de los actos del legisltivo; y porque le corresponde la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano frente a cualquier tipo de interenciones, incluidas las que pudieran provenir de dentro del propio estado.

Esto hace al autor hablar de una doble fuente de legitimación: **formal y sustancial**. Constituida la primera por la sujección sólo a la ley; y la segunda por la función de tutela de los derechos fundamentales(9).

Pero obliga a llevar todavía más lejos el discurso de la legitimación, hasta salir en calve polémica al encuentro del punto de vista más tradicional no exento de cierto jacobinismo ingenuo y muy arraigado en la izquierda. Obliga a cuestionarse si una legitimación de tipo representativo podría resultar compatible con la atribución de las funciones a que se ha hecho mención, en la medida en que el juez debe estar en

(6) Resulta ineludible hacer referencia, sin embargo, a una de ellas. Es la modificación en el modo de formación del Consejo General del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. En un momento de especial intensidad del conflicto entre la mayoría gobernante y el sector mayoritario de la magistratura asociada, representado por la ***Asociación Profesional de la Magistratura****, en torno al proyecto en discusión de aquélla ley, se introdujo de manera inopinada en la misma el cambio aludido. El art. 112 dispuso que la componente judicial del Consejo (12 miembros sobre 20) sería elegida directamente por las cámaras y no por los jueces. Promovido un recurso de inconstitucionalidad en este punto, el Tribunal Constitucional (sentencia 1081986, de 26 de julio) lo desestimó, por entender que la opción acogida por el legislador tenía cabida en la previsión del texto fundamental. No obstante, decía el Tribunal "se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada por la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiende sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a mantener al márgen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aún la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución..." La experiencia de dos renovaciones del Consejo por el nuevo procedimiento ha dado ampliamente la razón en este punto al Tribunal Constitucional.*

(7) Me refiero a Manuel Peris, en su intervención sobre "El gobierno de los jueces en España", en las jornadas sobre ***Legitimidad democrática y poder judicial****, celebradas en la Facultad de Derecho de Valencia, durante los días 14-16 de noviembre de 1990, bajo los auspicios del Seminario de Sociología del Derecho.*

situación de poder ejercer su cometido constitucional incluso contra la mayoría política(10).

Por otra parte, se da también la circunstancia de que el poder judicial, en el estado democrático de derecho, está llamado a desmpeñar una verdadera función legitimadora, aunque sólo sea por la indudable eficacia **deslegitimadora** que la censura judicial implica. Piénsese en el procesamiento de un funcionario o de un exponente del poder político. (Es una paradoja aparente que evidencia la inconsistencia del punto de vista a que antes me he referido).

De este modo, en el plano teórico y también en la práctica, se produce un evidente nivel de confluencia entre las dos líneas de pensamiento y dos formas de concebir empíricamente el poder judicial que, tomando a Montesquieu como punto de referencia, llegaron a concretarse en dos modelos marcadamente diversos: el representado por el constitucionalismo francés y acogido básicamente en muchos otros países del continente europeo; y el propio del cosntitucionalismo americano.

De la primera subsiste el principio de supremacía del poder legislativo, pero expresivamente corregido, como hemos visto, mediante la idea -que se toma de la segunda- de que el juez puede o debe serlo también de la ley desde la constitución, y hallarse en condiciones de hacer valer una y otra frente a todos, incluído el mismo poder político, según idea tan cara a Tocqueville(11).

---

*(8) Cfr. L. Ferrajoli, **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 551 y ss.*

---

(9) Como ha escrito Enoch Alberti Rovira, "existe hoy un acuerdo generalizado en situar la cuestión de las garantías en el lugar central de los derechos humanos, o de los derechos y libertades fundamentales"; y a este respecto no cabe duda de que "la garantía más sólida la presta su protección judicial". (En el trabajo inédito: "La protección judicial de los derechos y libertades", 1986, p. 4 de la versión mecanográfica por la que cito).

---

*(10) Resulta paradigmática a este respecto la valiente actitud de la juez Huerta, obligada a enfrentarse al gobierno democrático, por el comportamiento obstruccionista de ésta con la jurisdicción, al negar la comparencia de cierto número de guardias civiles en la investigación de un posible hecho de tortura en dependencias policiales ("caso Linaza" en el que hoy han recaido condenas, justamente por aquél delito). Como he escrito en otro lugar "precisamente esa actitud de la juez, supuestamente desestabilizadora de no se sabe -o quizás ya si- qué inconfesables equilibrios, tiene en este punto, aparte de su extraordinario valor práctico, una notable carga simbólica. Al extremo de que podría decirse que ella sóla -sin siquiera el apoyo del Consejo General del Poder Judicial- encarnó allí y entonces, frente a la mayoria, frente a un poder legítimo pero ilegitimamente jercido en este caso, **toda la legitimidad del estado democrático**". (En "Refrescar la memoria democrática", **El País**, 1 de diciembre de 1990. También en mi "Independencia del juez pero autonomía de la guardia civil: a propósito del 'caso Huerta', en **Justicia/conflicto**, Tecnos, Madrid 1988, pp. 206 y ss.).*

---

(11) Esa idea en el caso español, como en otras experiencias continentales, se toma de manera atenuada ("sistema de justicia constitucional concentrada"), pusto que el control de constitucionalidad resulta atribuido a un Tribunal Constitucional, organizado al márgen de la jurisdicción ordinaria. (Cfrs. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en E. García de Enterría, op. cit., pp. 121 y ss.). De extraordinaria relevancia en los primeros momentos de la transición fue la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, en materia de garantías procesales, abriendo vía en la práctica de la jurisdicción ordianria -no sin dificultades- a una sensibilidad al respecto antes casi inexistente.

Esto último, por cierto, ha resultado más realizable de lo que en su momento pensaba ese autor, en la medida en que en algunos ordenamientos -es el caso sobre todo italiana, pero también el español- el gobierno de la magistratura ha quedado fuera de control de ejecutivo.

El paso que significa esta opción, que se concreta institucionalmente en la emergencia de los Consejos (**Consiglio Superiore della Magistratura** y **Consejo del Poder Judicial**), tuvo ciertamente en ambos casos un orígen histórico íntimamente marcado por coyunturas con cierto grado de similitud, pero vino a suponer una contribución de extraordinaria relevancia en la construcción del modelo de organización judicial que demanda el estado democrático de derecho.

En efecto, es uno y otro caso la incorporación del nuevo órgano estuvo determinada en lo inmediato por la necesidad de dotar a la magistratura de un sistema de gobierno que, evitando el mandarinato de los jueces y propiciando cierto grado de coordinación con la representación de la soberanía popular, pudiera ser al mismo tiempo garantía de independencia y no manipulación. Ello en vista de la preocupante funcionalidad de las judicaturas italiana y española, cortadas por el patrón liberal de gobierno desde el ejecutivo, a los proyectos autoritarios mussolianos y franquista.

La experiencia -ya larga la italiana, mucho más breve la española, las dos sin duda insatisfactorias desde tantos puntos de vista- han puesto de manifiesto a mi entender que encarna -si bien más genuínamente la italiana- una línea de principio que es la que mejor se acomoda a las exigencias de legitimación del poder judicial que se expresan en la afortunada formulación de Ferrajoli.

Por otra parte, contribuyen también a dar efectividad a lo que Pizzorusso ha llamado "pluralismo institucional", como forma de "desarrollo de la'democracia participativa', configurada no como una alternativa a la democracia representativa, sino sobre todo como un enriquecimiento de la misma"(12).

La neuva situación generada por la experiencia de los Consejos y los cambios experimentados en el sistema de legalidad ha producido algunas consecuencias relevantes en el ámbito de la independencia judicial y, consecuentemente en el orden de la responsabilidad.

En términos generales y como ya se ha señalado, el nuevo modelo de gobierno o de administración de la jurisdicción buscaba y, en efecto, produjo como resultado un reforzamiento de la indepencia judicial. Y ello tanto si se atiende a la consideración de la misma desde el punto de visto **externo** como desde el punto de vista **interno**: al operarse una evidente extracción del juez del área de influencia del ejecutivo y, al mismo tiempo, al producirse una significativa atenuación del momento jerárquico. Esto último de forma más marcada en Italia por la práctica abolición de la **carrera**; pero también en España como consecuencia de la pérdida de la capacidad de control político directo experiemntada por el vértice jurisdiccional. En ambos casos, asimis-

---

(12) A. Pizzorusso, "Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia", en ***Questione Giustizia****, 2/1984,p.292.*

mo, merced al desarrollo del movimiento asociativo, por lo que éste tiene de inserción de un fenómeno democrático-representativo en una estructura tradicionalmente jerárquica; y de apertura del ámbito de la justicia al pluralismo político-cultural.

Además, junto a aquéllo, la impregnación política del papel del juez, debida como ha señalado Luhmann(13) al "deslizamiento" de algunos problemas decisionales al ámbito de la jurisdicción ha producido una consecuencia de extraordinaria relevancia, como es el paso de la vieja situación de equilibrio-subordinación del poder judicial en relación con los otros poderes a una nueva caracterizada, como ha dicho Ferrarese, por el "aumento del peso específico"(14) de este último, sobre todo bajo la forma de intervención penal.

De ahí una consecuencia importante en el plano de la independencia, o por mejor decir, de su valoración, puesto que en el ámbito de los operadores políticos se habría pasado de una reivindicación inequívoca de la misma como condición de democracia a otra en la que son cada vez más las voces de alarma y el ¡cuidado, demasiada independencia!

Bien notorio es el caso italiano, por la evidente colocación bajo sospecha de un importe sector de la clase política, a que han dado lugar conocidos procesos.

Pero no menos significativo me parece el español. En efecto, entre nosotros, los sectores progresistas del arco constitucional portagonizaron durante los primeros años de la transición un verdadero "judicialismo miliante"(15) y precisamente con **aquéllos** jueces. Lo que no fue obstáculo para de ahí pasar directamente a la demonización indiscriminada una vez alcanzadas posiciones de gobierno y tanto, al comienzo, por defecto como, enseguida también, por supuesto exceso de Constitución en actitudes jurisdiccionales incómodas.

Tales circunstáncias han producido en España un estado de cosas dingo de reflexión, en lo que concierne a la cultura democrática de la independencia.

Este valor, rasgo esencial de la jurisdicción, ha sido con frecuencia políticamente -y diré que interesadamente- degradado a pura excrecencia corporativa, trinchera de la derecha política después de su pérdida de presencia en los otros poderes del estado democrático en las elecciones de 1982. Imágen, por los demás, francamente sugestiva en vista de las actitudes difundidas al respecto desde la derecha judicial.

Así, la independencia como valor ha resultado en buena medida patrimonializada por la cultura de esa derecha; con la connivencia implícita e incluso utilización táctica de la situación por el poder democrático, poco interesado en potenciar ni siquiera el debate sobre lo que al fin representaría para él una forma de control.

---

*(13) N. Luhmann, **Stato di diritto e sistema sociale**, trad. de F. Spalla, Guida Editori, Napoles, 1978, p. 59.*

(14) M. R. Ferrarese, op. cit., p. 39.

*(15) Me he referido a ello en mi "Transición en la justicia/justicia de la transición, en **Justicia/conflicto**, cit., pp. 32 y ss.*

De ahí que la izquierda judicial o, como referirán algunos, el sector progresista de la magistratura en España no acabe de verse libre de cierto complejo de culpa al enfrentarse con el problema. Con un curioso resultado en el plano de la experiencia concreta: observa en general un extraño **pudor** que le impide hablar y comprometerse en la elaboración de un discurso teórico sobre el tipo de independencia que sin embargo generalmente practica con ejemplaridad.

Es sintomático que, por ejemplo **Jueces para la Democracia** haya expresado en estos años una mayor preocupación por el control que por la independencia del mismo. Y que en ocasiones, el miedo a coincidir con la derecha judicial en la defensa de aquélla frenta a algún ataque concreto, haya operado de forma disuasoria.

Resulta también bastante expresivo el hecho de que el nuevo presidente del Consejo General del Poder Judicial ha dedicado uno de sus primeros pronunciamientos públicos a recomendar **prudencia** a los jueces de Andalucía que investigan un posible delito con claras implicaciones políticas de algunos exponentes de la mayoría gobernante. La otra a sugerir a los componentes de la última promoción del Centro de Estudios Judiciales que desempeñen su función en **coordinación** con los demás poderes.

Es bien perceptible el creciente desasosiego que en medios políticos y en los de gobierno del poder judicial producen las actuaciones judiciales, sobre todo penales, que se proyectan sobre las actividades del ejecutivo. Ese desasosiego se disfraza en ocasiones de preocupación por el equilibrio constitucional de poderes; otras veces de luhmaniana preocupación por el crecimiento de la "complejidad" y su traducción en un nuevo factor de "ingobernabilidad". Cuando no se torna en lamento por la **perdida** certeza del derecho. Es el mensaje implícito en las llamadas a la **coordinación** y a la **prudencia** y en cierta añoranza vergonzante de un tiempo contraseñado por el valor constrictivo del procedente que, al parecer, evitaba la actual dispersión de criterios jurisdiccionales y un cierto aventurerismo judicial.

De ahí que sea necesario llamar la atención sobre los riesgos que para la independencia, democrática y constitucionalmente entendida, podrían representar ese tipo de reclamos, en la medida en que, en un caso, parecen sugerir un tipo de relación del juez con las otras instancias de poder distinta de la que implica el sometimiento y aplicación de la ley y que sin duda estuvo presente en las experiencias de gobierno de la justicia por el ejecutivo. Y, en el otro, evocan un modo de prevalencia de los criterios jurisprudenciales nacido no en la libre dialéctica interpretativa, sino en la autoafirmación jerárquico-administrativa de la casación, en su antigua calidad de órgano de gobierno heterónomo y autocrático.

Por otra parte con olvido de que como escribió Senese hace ya algunos años "la única posible 'certeza' del derecho, alcanzable en una sociedad democrática y pluralista pasa) no a través de una apriorística imposición autoritaria, sino sobre todo a través del debate y la confrontación de las argumentaciónes y de su congruencia con puntos de vista socialmente significativos es decir con valores ya irrevocablemente puestos como base de la convivencia civil por las normas constitucionales(15).

Como no podía ser menos, la **responsabilidad**, en especial en su vertiente **disciplinaria**, ha sido frecuentemente llamada en causa en esta situación conflictual. Sobre todo a partir del momento en que se cobra conciencia cierta del amplio espacio que las nuevas realidades normativas y extranormativas abren al trabajo del juez en el ambito de la interpretación. Si ésto es así ¿como sujetar de nuevo al juez **desvinculado**? Esta preocupación, que hizo explícita D. Simon(16) en su conocida obra, ha impulsado directamente, desde luego en nuestro país, en los medios del poder a un redescubrimiento de la disciplina como factor de cohesión y de integración subordinada de los jueces en el gobierno político de la coyuntura.

Así resulta -y cualquiera de las experiencias europeas homólogas es también rica en supuestos de este género- el uso del instrumento disciplinario como medio de interferir y condicionar el producto jurisdiccional, expulsado, al menos en apariencia por la puerta, vuelve a entrar por la ventana en recurrentes usos y abusos de los distintos órganos de gobierno.

En el caso de España hay dos buenos ejemplos de este modo de operar. Uno, es el de las llamadas **diligencias informativas**, que con notable frecuencia se proyectan sobre procesos en curso como una forma de vigilancia administrativa. Otro, al menos en la experiencia del anterior Consejo (el actual lleva apenas unos meses en el ejercicio de sus funciones), es la apertura de expedientes disciplinarios con motivos a veces banales a jueces simplemente incómodos. Y también el haber dado patente de legitimidad a la inquisición disciplinaria sobre el contenido de las resoluciones judiciales por haberse empleado en ellas términos tenidos por impropios en la crítica de reiteradas actuaciones, desde luego francamente criticables en aquél caso, del ministerio fiscal.

Estos datos y la sospechosa reiteración con que, desde sectores de la mayoría gobernante, se insiste en la ampliación de las actuaciones disciplinarias en relación con el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los jueces; en la reducción de toda la acción de gobierno a disciplina; resultan claramente significativos de un afán de recompner por esa vía -limitando algunas manifestaciones incómodas de la independencia judicial- lo que se valora como un simple desajuste, casi una cuestión de **orden público**.

Creo que nadie que siga con atención las vicisitudes de la instancia judicial y su actual papel en esas realidades políticas podría negar la existencia en éllas de importantes quiebras con respecto al modelo ideal prefigurado en las correspondientes constituciones.

Para decirlo con palabras bien simples: resulta evidente la pérdida de protagonismo y de capacidad de control de la institución parlamentaria; la hipertrofia de la dimensión

---

*(15) En **Atti del Seminario su: La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale,** Giuffrè, Milán 1978, p. 83.*

*(16) Cfr. D. Simon, **La independencia del juez,** trad. de C. Ximénez-Carrillo, con prólogo de M. A. Aparicio, Ariel, Barcelona 1985, pp. 71 y ss., entre otras.*

político-administrativa; y, consecuentemente, un alto grado de exposición de este último género de actividades a la fiscalización, muchas veces penal y casi siempre escasamente eficaz.

Simultaneamente, se registra una evidente huida de los centros de decisión político-administrativos a zonas oscuras de los aparatos, al reparo de cualquier tipo de censura desde la legalidad. E incluso, cuando ésta se produce, cabe advertir actitudes abiertamente resistentes al control jurisdiccional, casos en que el poder legítimo, el poder democrático protagoniza poco edificantes huidas del derecho. (La negativa del gobierno español a dar información sobre el uso de **fondos reservados** del Ministerio del interior que con toda probabilidad sirvieron para financiar actividades terroristas contra el terrorismo de Eta, resulta ser en este punto un caso emblemático).

En otro nivel de menor espectacularidad, pero no menos significativo, se sitúa la resistencia sistemática de la administración a dar ejecución a las resoluciones judiciales firmes que contradicen o enmiendan otras suyas impugnadas ante la jurisdicción.

Consecuentemente, según el campo, cabe registrar disfunciones que van desde la hipertrofia y el caos de la producción legislativa, en ocasiones, hasta el simple vacío de legalidad, en otras; ejercicios de cisionismo político que muchas veces o tienen poco que ver o toleran mal el dictado de la ley; desplazamientos sobre la institución judicial de tareas que lo mismo suponen la subrogación en el inexistente control del poder ejecutivo desde las cámaras, que la demanda de realización de expectativas generadas por la proclamación constitucional de derechos sociales insatisfechos... Situaciones, en suma, sintomáticas de una grave patología del estado de derecho, que convierten al juez en un anómalo operador político por subrogación.

Mientras tanto, el llamdo poder judicial permanece básicamente en sus constantes históricas de infradotación en todos los órdenes. Del que por cierto la de carácter cultural no es la menos relevante, habida cuenta de la magnitud cualitativa de los nuevos problemas. Esto le impide afrontar la creciente demanda social de **ordinaria justicia**, pero también es **garantía** de su incapacidad para dar satisfacción a las nuevas demandas, que, sin embargo, se dirigen sobre él cada vez con mayor presión.

Pués bien, se quiera o no se quiera tal es el contexto, o incluso la **constitución material** del poder judicial hoy, sobre el que pesa también una fuerte exigencia de realización de los valores consagrados en la Constitución formalmente entendida.

En esta última perspectiva, parece que lo deseable sería el retorno de la mediación judicial a su verdadera dimensión constitucional y esta debe ser una preocupación tendencial de los propios jueces. Pero, no puede caerse en la ingenuidad de creer que ésto sea posible y ni siquiera deseable si no se produjera un movimiento complementario de las demás instancias de poder hacia la ocupación de su genuino espacio igualmente constitucional.

De ahí que esa preocupación no deba favorecer en modo alguno la inadmisible entrada en el juego reductivo de la **coordinación**, del colateralismo, de la pérdida de

significación de la magistratura como institución básica del estado de derecho, de la independencia judicial como verdadera condición de democracia. Así, ni absurdas pretensiones de imposibles gobiernos de la sociedad desde el juzgado, ni el juez **deus ex machina**, pero tampoco el juez **comprensivo** con las dificultades de gobernabilidad y presto a entrar en **complicidades** que signifiquen cesiones de algo como la independencia que es rigurosamente indisponible y que no puede ser degradado en nombre de nada a la condición de dudoso valor táctico. La independencia de los jueces, lejos de lo que a veces se sugiere, no pierde ni un ápice de su sentido frente al **poder-bueno**, sino que es presupuesto incondicionado de la siempre difícil bondad del poder en sentido fuerte.

Ahora bien, si no cabe tolerar interferencias en el ejercicio de la jurisdicción, la conciencia de que éste hoy tiene una dimensión de excesiva y en ese grado incluso de indeseable consistencia política de sobre-politización patológica, debe llevar a los jueces a un extraordinariamente cuidadoso, responsable y comprometido desempeño de sus funciones. A esforzarse en el desarrollo de una nueva cultura de la independencia, muchos de cuyos elementos ya están en la propia práctica de tantos jueces demócratas. Y hacerlo como ha escrito Senese, sin "negar la especificidad del terreno en el que esa función política se ejercita, especificidad que está dada por las mediaciones culturales e ideales del discurso jurídico. Son precisamente estas mediaciones las que hacen que la decisión judicial no se exprese por norma como burda adhesión a la posición de ésta o aquélla parte política sino sobre todo como afirmación de opciones de valor, de principios ideales, referibles si a las diversas concepciones políticas que se enfrentan en la sociedad pero no immediatamente superponibles a las contingentes posiciones de ésta o aquélla fuerza política"(17).

Queda fuera de duda que los valores que demandan nuestra adhesión son los constitucionalmente consagrados, homologados por las declaraciones internacionales de derechos. Valores que al márgen de todo coyunturalismo deben inspirar y traducirse en el contenido de las resoluciones. Pero diría que antes incluso informar nuestro modo de operar judicial, el proceso mismo.

Digo ésto en la certeza de que la inflación de, a veces desgraciadamente supuesta, constitucionalidad en el discurso externo apenas logra ocultar un gravísimo déficit de empeño **constitucional**, de empeño democrático, en el trabajo jurisdiccional.

En efecto, no puede afirmarse que la función judicial, sobre todo en aquéllo que tiene de ejercicio de poder concreto frente al ciudadano individual resulte suficientemente permeable a los valores de la democracia. La jurisdicción sigue registrando todavía altos niveles de decisionismo autocrático, de falta de racionalidad en la adopción y en la justificación de las decisiones. Continúa protagonizando espectaculares fugas frente a la posible efectividad de la crítica, por las conocidas vías de escape del hermetismo, de las motivaciones **pro forma** o de la carencia de motivación sin más. Actitudes coherentes con opciones fondo que son de puro y simple control social de muy difícil justificación en la perspectiva de aquéllos principios.

(17) S. Senese, op. cit., p. 135.

De ahí la importancia que, junto a la crítica del ejercicio de otros poderes ejercida desde la Constitución y la ley, los jueces practiquen con el mismo empeño la crítica del propio poder. Es decir la que el ciudadano-juez, sustrayéndose a cualquier mal entendido compromiso de **omertà** corporativa tiene el ineludible de ejercer desde su privilegiada posición de conocimiento de las interioridades del sistema, como modo de favorecer la crítica pública.

Luigi Ferrajoli ha dado irreprochable tratamiento teórico a lo que hasta ahora era quizás sólo una intuición nacida al calor de la reflexión autocrítica de algunos sectores de la izquierda judicial europea, singularmente **Magistratura Democrática** en Italia. El autor afirma que hay una particularidad constitutiva del poder en el estado de derecho: y es que los valores que el mismo consagra nunca son del todo realizables, en la medida que contienen un relevante elemento de utopía. De aquí se sigue "una latente y estructural **ilegitimidad jurídica** del estado de derecho, debida a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en los niveles inferiores"(18). Esta dimensión del estado de derecho representa frente a los precedentes modelos históricos de estado un factor de extraordianria positividad por el componente dinámico que encierra y la diléctica que necesariamente injerta en todos los momentos del sistema.

Es evidente que esa ilegitimidad afecta también al trabajo del juez, en la medida que, asimismo en palabras de Ferrajoli, "la legitimidad de la función judicial, al residir en los vínculos impuestos a la misma por la ley en garantía de su carácter cognitivo y para tutela de los derechos de los ciudadanos es siempre parcial e imperfecta..." porque "en alguna medida, potestativa"(19).

Esta doble constatación delimita bien plásticamente el campo de acción y el compromiso constitucional del juez en el estado democrático. Debe, por una parte, contribuir eficientemente a la reducción de aquel -paradojicamente irreductible- coeficiente de ilegitimidad difusa que afecta al sistema de poder como tal, mediante un esfuerzo consciente en favor de la realización efectiva de los valores que expresan los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento. Que además atribuye imperativamente al juez esa tarea.

Y, por otra parte, tendrá que contribuir al mismo tiempo a limitar tanto como le sea posible el nivel de ilegitimidad que aquél márgen de discrecionalidad inevitable confiere al trabajo jurisdiccional, poniendo en juego instrumentos de autocrítica y racionalización del propio quehacer a los que antes he aludido.

La tarea no es nada fácil, porque implica repensar y a veces reinventar las mismas categorías y los instrumentos teóricos y prácticos de que nos servimos diariamente; y hacerlo en la perspectiva de que el judicial es desde luego ahora un campo problemático donde los haya. Pero desde la certeza de que, como hemos visto, no existe (sólo) el judicial como problema, como supuesto elemento perturbador de la paz

(18) L. Ferrajoli, op. cit., pp. 907-908.

(19) L. Ferrajoli, op. cit., p. 556.

del estado de derecho, que deba ser tratado aisladamente.

El verdadero problema está en la crisis profunda que actualmente aqueja al estado democrático de derecho y la salida de ella tendrá que pasar seguramente por una auténtica refundación del mismo sobre los que proclama -aunque desconoce- como sus verdaderos principios inspiradores.

Por eso, si al molinero Sanssouci siguiera preocupándole la conservación de su pequeña industria hoy podría estar tranquilo. No -o no sólo, ni principalmente- porqué existan "tribunales en Berlín"; sino porque al Federico II de hoy, al "nuevo Leviatán" no le interesan los molinos. Y caso de interesarle es lo cierto que la propiedad si ha sabido dotarse de medios eficientes de protección.

Bien distinta es la situación de otros viejos y sobre todo nuevos derechos, a cuya peripecia frente al poder se ajusta mucho mejor la historia real del molinero Arnold que no la fábula de Sanssouci, como hemos visto. A pesar de que existan -y menos mal que existen- "tribunales en Berlín".

* * *

No quiero concluir sin dedicar unas palabras de entrañable homenaje a un magistrado ya fallecido, español en su orígen, ahora latinoamericano universal: Santiago Sentís Melendo. Como dato significado diré que, siendo todavía un jóven juez de primera instancia, fue el adaptador para Reus de la entonces clássica ***Organización de tribunales (Ajustada al programa para las oposiciones a ingreso en la carrera judicial***), de Ortiz-Arce y Menéndez-Pidal, a raiz de la convocatoria de 1932 (había que hablar del jurado, del Tribunal de Garantías Constitucionales). Después, como juez por la democracia se vería obligado a vivir la amarga experiencia del exilio. Sin duda bastante menos dura gracias a la hospitalidad fraternal hallada de este lado del Atlántico. Desde aquí, desde Argentina, con su labor de enseñante, de escritor, pero sobre todo de traductor prolífico y editor, puso a nuestro alcance obras y un ejemplo que hoy son parte inestimable de nuestro bagaje, de nuestra cultura jurídica democrática. Para muchas generaciones de jueces y juristas españoles y latinoamericanos su nombre se encuentra indisolublemente unido sobre todo al de Calamandrei y con él a la idea y el esfuerzo en favor de un derecho procesal garantista y funcional a los valores del estado de derecho. Por éso de él puede decirse como escribió Capelletti a propósito de Calamandrei, en páginas no por casualidad escritas para ser publicadas en América Latina, que fue un gran procesalista, un gran jurista porque fue un grande y vigoroso defensor de la libertad.

De ahí que me parezca justo convocarle hoy aquí, entre nosotros, a través de la gratitud y el recuerdo, como el mejor exponente de lo mucho que nos une y un estímulo extraordinariamente valioso para emprender con energía lo mucho que nos queda por hacer.

Perfecto Andrés Ibáñez

COMUNICACIONES

O JUIZ E A ORDEM CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A despeito de estar a independência do Poder Judiciário e de seus membros garantida na Constituição Federal(1), tradicional é seu distanciamento das grandes quest˜oes nacionais, mormente as de natureza constitucional.

Isto se dá, tanto pela ausência de mecanismos democráticos de atuação do Judiciário no sentido de garantir a ordem constitucional efectiva, visando a transformação da sociedade, quanto pela timidez com que os governos v^em atendendo à necessidade de modernização do aparelhamento judiciário e mesmo pela excessivamente discreta atuação dos próprios magistrados.

A administração da Justiça a todos interessa. A norma jurídica só ganha corpo quando fielmente aplicada pelo Poder Judiciário. As decisões dos juízes são a última etapa da vida do direito e, sem um funcionamento adequado da organização judiciária o país caminha para o caos e a descrença em suas instituições(2).

Ãs garantias de magistratura mencionadas, jã constantes da Constituição anterior, veio se juntar, na nova Carta, a autonomia administrativa e financeira (artigo 99).

Apesar disto, até pela histórica hipertrofia do Poder Executivo no país, continua sendo nula a presença política do Poder Judiciário.

Envolvidos numa sobrecarga formidável de serviço, os juízes tendem ao alheamento, à mera preocupação com pequenos interesses concretos em jogo. Transformam-se em meros "julgadores de ladrões de bicicleta" segundo o desabafo contido na "Arenga" do magistrado francês Oswald Baudot(3). Em juízes de minudências, pode-se resumir, sem efetivo poder político.

Tanto o Executivo quanto o Legislativo têm conhecido, enguanto afirmação de verdadeiro Poder do Estado, seus momentos de glória, especialmente ao reagirem diante do rompimento da ordem constitucional. O primeiro, quando, à iminência de golpes de força, muitas vezes persiste na defesa da ordem constitucional, exercendo a administração pública em sua plenitude. O segundo, por exemplo, quando negou autorização a que deputado fosse processado por crime que envolvia pretensa "segurança nacional", de conteúdo eminentemente ideológico (4 e 5) ou quando se reuniu para votar emenda constitucional prevendo eleições diretas para Presidente da República apesar de toda a pressão "institucional" contrária.

O Poder Judiciário, entretanto, apesar de seus inúmeros valores individuais independentes, sempre se rendeu à realidade dos fatos impostos.

Os magistrados, em especial os que ocupam a cúpula do Poder, estiveram freqüentemente mais preocupados com sua segurança e vantagens baseados no

mito da "independência" e muitas léguas distantes do ideal de justiça e dos princípios que juraram defender.

Aliás, como bem observou HÉLIO BICUDO, hoje, não apenas os juízes, mas também os membros do Ministério Público e advogados precisam de reservas de grandeza moral para saber discernir entre o justo e o injusto, que os impeça de ceder, como tantas veces tem dolorosamente acontecido, às injunções dos poderosos do momento. Isto para que o ordenamento jurídico não se desvaneça ou finque à deriva, entre as correntes de interesse estranhos à essência e aos propósitos do Direito e da Justiça"(6).

Repleta de exemplos é a história.

Ignorando a advertência de RUI BARBOSA, no sentido de que não pode um tribunal fundar suas decisões em considerações sobre sua rejeição política ou sobre a possibilidade de mudarem a ordem estabelecida pela força, estranhas à autoridade da justiça(7), um ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal desconheceu pedido de segurança impetrado pelo Presidente Constitucional da República, Café Filho, que, em 1955, afastado do poder por um golpe do estado, pretendia recondução(8).

Durante a ditadura Vargas, igualmente, o Supremo Tribunal Federal recebeu como válidas todas as leis de exceção, inclusive as penais de carácter retroativo, afrontosas de elementares princípios da cultura jurídica democrática(9).

Atos institucionais que rasgavam a ordem constitucional no período posterior ao golpe de 1964 e que investiam o Presidente de todos os poderes, suspendendo as garantias à magistratura e aos cidadãos, nunca foram efetivamente questionadas pelo Judiciário.

Quinze anos de violações constantes aos direitos humanos se passaram até que um magistrado independente cobrasse o cadáver de um preso político assassinado no cárcere.

É bem verdade que o próprio texto constitucional, como os anteriores, ao estabelecer vagos princípios, dificulta a cobrança popular e a atuação dos trabalhos do Judiciário.

O anteprojeto de Constituição elaborado pelo professor FABIO COMPARATO ao tempo da instalaçaõ dos trabalhos do Congresso Constituinte, ao contrário, evitou as normas programáticas, preocupando-se com a efetividade das normas constitucionais(10).

Há necessidade de se ampliar o campo de iniciativa popular na função de controle de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos como, por exemplo, com ação direta de inconstitucionalidade a ser intentada por qualquer do povo e o mandado de segurança impetrado individualmente, na defesa de direitos coletivos, o que prestigiaria a presença política do Judiciário.

Cumpre assinalar, entretanto, que o mais novo desafio imposto ao Poder Judiciário

diz respeito às "medidas provisórias", previstas no artigo 62 da Constituição Federal.

Tais medidas podem ser adotadas pelo Presidente da República "em caso de urgência e relevância", com imediata força de lei, a serem apreciadas pelo Congresso Nacional em trinta dias.

Têm sido editadas pelo Poder Executivo de forma evidentemente abusiva, causando verdadeiro abalo na ordem jurídica e dificultando a aplicação do direito até nas lides mais corriqueiras.

Muitas matérias não urgentes e relevantes a um só tempo têm sido rotuladas como tal pelo Executivo, por conta da redação, imprópria a um Poder Executivo não acostumado a limites.

A constituição está sendo desrespeitada, o sistema judiciário, perde gradativamente sua unidade, gerando normas conflitantes e perda do padrão objetivo do justo.

O Poder, baseado no direito que não passa de uma ficção criada pelos homens que o detém para a defesa de seus privilégios sociais, é um mal em sua essência.

O abuso de tal Poder constitui un malefício sem par, conduzindo ao arbítrio, corrupção e ditadura.

Em situação alguma pode se admitir que o governo aja fora da lei.

Tanto que preocupação primeira dos constitucionalistas foi justamente o estabelecimento de limites jurídicos para o exercício do poder político.

Ainda hoje, esta é a tônica das leis fundamentais do Estado(11).

Uma nebulosa limitação de poder é candidata ao desrespeito, encorajando práticas arbitrárias, especialmente quando se trata de um Poder Executivo de histórica sobreposição relativamente ao Legislativo e Judiciário.

A Constituição só deve permitir o uso de meios excepcionais pelo governo (Poder Executivo) dentro dos limites estritamente necessários, minimanente e por curto tempo, não se descuidando de estabelecer um sistema de controle permanente pelos demais órgãos e pelos governados(12).

A atribuição do Presidente da República no que respeita à edição de medidas provisórias, excepcional que é, deveria conter dispositivo que exigisse maior responsabilidade. No caso de desaprovação pelo Congresso Nacional das medidas tomadas imperativamente, o "impeachment" do Presidente seria uma possibilidade.

Na verdade, tais medidas foram introduzidas na Constituinte no contexto de um sistema parlamentarista, que administra, livre de maiores traumas, as crises de governabilidade, permitindo a substituição imediata de um governo por outro(13).

Fato é que o Poder Legislativo só rejeitou, direta ou indiretamente, 24 das 295 medidas editadas em pouco mais de dois anos. Mais da metade delas não versava sobre temas urgentes e relevantes ao mesmo tempo.

O Judiciário não tem correspondido plenamente aos apelos da população relativamente à lesão de direitos individuais delas decorrentes e, quanto ao enfrentamento de sua constitucionalidade em si mesma, como sempre, continua mergulhado no alheamento, sob os mitos da imparcialidade e independência.

Tal imparcialidade não constitui mais do que uma ficção cultivada por uma cultura jurídica isolada e idealista porque não se pode ignorar que as leis emanam de um poder centrado em grupos e interesses, tendo, pois, caráter ideológico(14).

O distanciamento do Judiciário com relação às "coisas do poder" mal dissimula as verdadeiras lutas políticas, travadas em seus bastidores, ausente a transparência.

Vive o Poder Judiciáro no Brasil, hoje, uma dupla crise. A crise tradicional se resume na falta de influência nas grandes questões nacionais, de interesse coletivo, de natureza constitucional, capazes de transformar a sociedade, de barrar a progressiva concentração de renda e deterioraç˜ao da qualidade de vida da população.

A novíssima crise decorre do caos jurídico inédito na história brasileira, emergente da fúria legiferante do Executivo que, sem enfrentar as verdadeiras causas geradoras de desigualdades e miséria, tem editado a média de uma medida provisória a cada dois dias, além de portarias, resoluções, pareceres normativos e outras "normas jurídicas" confusas, redigidas sem rigor técnico, que o Congresso Nacional não dá conta de votar e os operadores jurídicos (advogados, promotores, juízes), não conseguem acompanhar em suas contraditórias marchas e contramarchas(15).

A regulamentação mais precisa do dispositivo constitucional que prevê as medidas provisórias tem sido objeto de debates no Congreso Nacional(16).

E a matéria é de toda urgência.

NOTAS e BIBLIOGRAFIA BÁSICA

1) Relativamente às garantias constitucionais de independência dos magistrados, previstas no artigo 95 da Constituição Federal, ou sejam, vitalidade, inamovilidade e irredutivilidade de vencimentos, há que se observar que a última não é efetiva por não incluir a regra do reajustamento periódico no caso de perda do poder aquisitivo da moeda nacional. Não constitui de fato garantia, pois, diante do processo inflacionário --tradicional em nosso país e que os sucessivos "pacotes" legislativos não lograram estancar-- basta que n˜ao se reajustem os ganhos para se ter real redutibilidade. O anteprojeto de Constituição elaborado pelo professor Fábio Comparato em 1985, ao tempo da instalação dos trabalhos do Congresso Constituinte, previa tal reajuste, acoplado à garantia de irredutibilidade de vencimentos (Fábio Comparato, Anteprojeto "Muda Brasil! Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático", Brasiliense, 1986, artigo 156, III).

2) Hélio Bicudo, "Direitos Civis no Brasil, Existem?", Brasiliense, 1982, pág. 57.

3) Discurso aos Juízes, in "Decisão n.º 7, publicação da Associação Paulista de Magistrados, São Paulo, 1989.

4) A ideologia da segurança nacional ganhou relevo internacional após a II Guerra Mundial e entre nós encontrou sua maior expressão na concentração de poder pós-1964 (Hélio Bicudo, "Segurança Nacional ou Submissão", Paz e Terra, 1984).

5) Hélio Bicudo, "Direitos Civis no Brasil, Existem?", Brasiliense, 1982, pág. 35.

6) Hélio Bicudo, "Direitos Civis no Brasil, Existem?", Brasiliense, 1982, pág. 63.

7) Rui Barbosa, impetrando ***Habeas corpus*** *em 1912, para libertar a Bahia, cuja capital era bombardeada por agentes do Governo Federal, assim se expressou perante o Supremo Tribunal Federal:*

"Não pode este Tribunal fundar as suas decisões na consideração de serem elas rejeitadas ou não, de poderem elas trazer ou não efeitos materiais. Esta consideração é estranha à autoridade da justiça, cuja missão jurídica é aplicar a lei, sejam quais forem as suas conseqüências, seja qual for o resultado das suas decisões. Não importa ao Supremo Tribunal saber se os seus julgados serão ou não respeitados pelo governo, se serñao ou não acatados pela força, se terão ou não execução material, ante a anarquia ou as multidões revoltadas. Diante dos vossos olhos, venerandos ministros, não existe senão a letra da lei, na sua vontade expressa ou na sua vontade implícita, a lei nos seus preceitos, a lei no que ela manda, a lei no que ela exige, no que ela impõe. Vós não tendes autoridades, permiti-me falar-vos com esta liberdade que a tribuna judiciária me assegura, para discutir se o ***habeas corpus****, que aqui houverdes de conceder, merecerá amanhã acatamento ou não pelas forças militares, pelo seu comandante ou pelo governo ilegal que exerce neste momento a administração do Estado da Bahia. A vós não* ***incumbe senão abrir*** *o livro da lei, e indagar se está ou não dentro desta fórmula o caso do habeas corpus que neste momento vos impetro, a ordem, expedida pelo Supremo Tribunal, ao coator, para que faça cessar a coação.* É isso o **habeas corpus**". *(in Arruda Campos, "A Justiça a Serviço do Crime", Horizonte, 1969, pág. 17/18).*

8) Tentando justificar sua posição, afirmou o ministro Nelson Hungria que "... o impedimento do impetrante, para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica" (in Arruda Campos, "A Justiça a Serviço do Crime", Horizonte, 1979, pág. 18).

9) Francisco Campos, ministro de Vargas, assim se manifestou em sua ânsia de ainda mais aviltar o Judiciário e a democracia: "Não me parece essencial ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a incosntitucionalidade das leis ou de lhes recusar a execuçñao, com fundamento na sua incompatibilidade com a carta constitucional. Ora, tal prerrogativa não é um atributo que se encontra reconhecido universalmente ao Poder Judiciário. Ao contrário, é um atributo ao Poder Judiciário do tipo americano, e, mesmo nos Estados Unidos, seriamente combatido como os melhores fundamentos" *(in Hélio Bicudo, "Direitos Civis no Brasil, Existem?", Brasiliense, 1982, pág. 22).*

10) O professor Comparato não quis fazer do texto um repositório de máximas e conselhos. Partiu da premissa de que, sem dispensar a autação de forças políticas, "o sistema constitucional deve conter um mecanismo de poderes capaz de, uma vez posto em marcha, conduzir a sociedade a fins determinados. Algo como um dispositivo cibernético, dotado de auto-regulação e auto-alimentação". Procurou, assim, evitar a definição de principios sem regras de aplicação concreta e atribuição de poderesdesacompanhados de sanções. (Fábio Comparato, "Muda Brasil!), Brasiliense, 1986).

11) Celso Bastos, "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 1978. Ferdinando Lassalle, "Que é uma Constituição", Vila Martha, 1980.

Alfonso Arinos de Melo Franco, "Direito Constitucional", Forense, 1976. Dalmo Dallari, "Elementos de Teoria Geral do Estado, Saraiva, 1984. Goffredo Telles Jr., "A Criaçaõ do Direito", São Paulo, 1953. Roberto Lyra Filho, "O Que é Direito", Brasiliense, 1985.

12) Dalmo Dallari, "Constituição e Constituinte", Saraiva, 1986, págs. 30 e 61.

13) José Serra, "MPSs e Projeto Jobim", Folha de São Paulo, 05/03/91.

14) Urbano Ruiz, "Motivaç˜ão Para Ser Competente", in "Decisão" n.º 6, publicação da Associação Paulista de Magistrados, São Paulo, 1988.

15) Dentre as afrontas à plena autuação do Poder Judiciário chegou o Executivo a editar medida provisória em que proibia a concessão de liminar em mandado de segurança impetrado contra as tais medidas, muitas vezes inconstitucionais.

16) Em editorial de 05/03/91 assim se expressou o jornal "Folha de São Paulo": "Sob o pretexto de supostas emergências, têm sido editados diplomas legais que, para além da frequente inépcia formal, reincidem na prática de revogar-se uns aos outros em intervalos cada vez mais curtos, desorientando os cidadãos, as autoridades judiciais e, instalando um verdadeiro tumulto legislativo e processual. Nesse aspecto, é mais do que oportuna a disposição do Congresso de agir para regulamentar o referido dispositivo constitucional. Claro está que a providência não resolverá, por si só, todo o problema, mas escusar-se de tomá-la implicaria abrir mão de ao menos começar a corrigir as enormes distorções do panorama judiciário brasileiro".

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior

Juez de Derecho, Ejecuciones Fiscales. Sao Paulo Brasil

Burocracia y Olvido de la Constitución en la instrucción de sumarios criminales en Iberoamérica

(Dedicado a Manuel Argibay Carlé,

digno fiscal de la democracia, recientemente fallecido)

Esta ponencia reconoce dos vertientes. Por una de ellas viene a decantar un cuarto de siglo de labores judiciales, cumplidos como empleado, funcionario y magistrado, en el ámbito de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Argentina. Por la otra, discurren los estudios y experiencias de campo desarrollados, básicamente, en tres ámbitos de nuestro continente: como Secretario de Investigación del Programa "Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina" llevado a cabo entre 1982 y 1986 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, bajo la coordinación general del Profesor Eugenio Zaffaroni; como docente del Ilanud (Instituto Latino americano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el Tratamiento del delicuente) con la celebración de once cursos nacionales entre 1987 y 1989, y como colaborador permanente del Instituto de Estudios Jurídicos de Río de Janeiro dirigido por los profesores James Tubenchlak y Ricardo Silva Bustamente.

De los cuatro factores negativos básicos detectados a lo largo de estos arduos años en el seno de los sistemas penales iberoamericanos -violencia, sectorización, burocratización y corrupción- he de referirme aquí especialmente al tercero, el de la **burocratización**, para desentrañar la penosa actuación de muchos jueces en lo Criminal de nuestro sub-Continente frente a los postulados que debieran configurar su guía suprema, su marco normativo insoslayable y que son los que emergen del texto de la Constitución Nacional de sus respectivos países. Con ello no quiere expresarse que en el divorcio del juez con lo penal con su Ley Fundamental no se gesten hipótesis de violencia, o que no se adviertan, en tal fenómeno, los efectos de la sectorización funcional entre las diversas agencias componentes del Sistema, o que no podría incluirse el tema -ampliando los márgenes conceptuales- entre los casos de corrupción.

Sencillamente nos situamos en aquel factor específico, porque es el más característico y difundido en el segmento judicial y oculta -tras su aparente levedad- el germen de perversión del sistema en su conjunto.

Los miembros de nuestros tribunales en lo criminal abrevaron esencialmente en dos corrientes de pensamiento jurídico: el más despojado **retribucionismo**, filosóficamente basado en el contractualismo, y el **peligrosismo** heredado del auge del positivismo transpuesto a las ciencias sociales.

De tal manera, relativamente distanciados, o bien desentendidos de la génesis de los casos comunes aportados por la agencia policial para su conocimiento y decisión, encaran al imputado como a un presunto traidor al pacto social que, habiendo un mal uso de su libertad, habría afectado bienes jurídicos ajenos.

A su turno, para aquellos casos en los que la reiteración o la reincidencia delictiva activan simultáneamente el resorte peligrosista, los mismos jueces enfrentan al encausado como a un traidor especialmente taimado o violento y preparan el campo para la aplicación de medidas penales principales, por retribución, y accesorias, por peligrosidad, desinteresándose, una vez más, de las causas de esas recaídas en el

obrar antisocial.

Y, finalmente, si las características psíquicas del supuesto transgresor, conducen a neutralizar el ingrediente retribucionista, abandonan toda empresa investigadora y se limitan a despachar al desdichado rumbo al instituto donde padecerá una medida de seguridad, ese eufemismo con que suele nombrarse en nuestras latitudes a las penas del control social formal.

En la explicación de tal resultante sociológico-jurídica podríamos alinear diversos factores. No es posible intentar aquí su desarrollo, pues nos alejaría del tema específico de esta ponencia. Diremos apenas que es normal que en estas sociedades periféricas, con una historia de independencia política relativamente breve y de dependencia económica progresivamente acentuada, la composición de nuestros foros, de nuestras academias y universidades y de nuestras asociaciones profesionales o científicas haya revelado, durante largas décadas la homogeneidad ideológica propia de su identidad socio-económica y cultural. Y que, aún contabilizándolos relativos logros de democratización habidos en los últimos años, entre marchas y contramarchas provocadas por las frecuentes rupturas del orden constitucional, estemos lejos de contar con un colectivo judicial dispuesto a cerner las antiguas teorías aprendidas en la Facultad de Derecho, con su interesada cosmovisión y su inocultable carga ideológica, por el cedazo progresista de la nueva criminología.

Lo cierto es que, genéricamente considerados, los jueces en lo criminal de Iberoamérica evitamos cuestionar, en el marco de nuestra actividad, las falencias del sistema penal que integramos.

Como alguna vez hemos expresado, nuestra magistratura se recuesta "bien en cientificismos maxweberianos, bien en un pragmatismo más ocupado en la cobertura de ritos y reglamentos de superintendencia que en la obediencia a los principios generales contenidos en la Ley Suprema ante un caso concreto, a despecho de la lenidad de una aplicación rigurosa de la ley penal(1).

De tal suerte, y echando mano a la terminología propia de nuestra disciplina, la instrucción de los sumarios criminales presencia lo que hemos dado en llamar "el culto a la tipicidad objetiva".

No se valoran integralmente las conductas sometidas al conocimiento y decisión del Instructor. Sólo cuentan los aportes probatorios enderezados a acreditar la materialidad del hecho. Esa tendencia condujo, por ejemplo, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a sostener reiteradamente, en vigencia del Código de procedimientos en lo criminal anterior al que hoy rige, que la cesación del procedimiento prevista en su art. 163 sólo operaba en tratándose de plena demostración de atipicidad objetiva, por considerar que el término "infracción" se circunscribía a la airimación de dicho carácter específico del obrar humano analizado, situación superada por la explícita redacción del art. 34 del Código de 1987, recogiendo críticas de pensadores iushumanistas como el Profesor Alvaro Pérez Pinzón.

Y, esa estrechez de miras en el proceder de los Jueces de Instrucción y aún de los magistrados de instancias superiores se vincula indisolublemente con el olvido o despreocupación evidenciados frente a las máximas constitucionales, que pomposamente declaran derechos y garantías tantas veces incumplidos, así como

Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, cuya sola mención provoca muecas de desdén en más de un magistrado reaccionario.

Cumplir con esos mandatos supremos implica, por ejemplo, que todo imputado por un delito o falta sea interrogado inexcusablemente por su juez natural. Implica también que ese individuo sea correctamente instruído respecto de sus derechos esenciales (posibilidad de negarse a declarar, de no hacerlo en su contra, de ser asistido por un letrado y de declarar cuanto sea conveniente para su descargo, por sólo mencionar los principales). Y significa, asimismo, que no ha de ponerse exclusivo y excluyente celo en la demostración de la realidad objetiva de la transgresión, sino también -y muy cuidadosamente- en la probable concurrencia de una causal de justificación que torne lícita la conducta o en la no menos probable existencia de una situación reductora o supresora de la culpabilidad, por circunstacias incidentes sea en la comprensión del injusto, sea en el ámbito de autodeterminación del sujeto.

La experiencia conduce a afirmar -en las antípodas de ese desiderátum- que, como regla, el tratamiento al sujeto pasivo de una imputación penal en la fase crucial de la instrucción, incumple burdamente estos requisitos básicos del debido proceso, limitándose a una recepción acrítica del incoado de manos de la fuerza policial, que comúnmente lo habrá mantenido algunos días en su ámbito, y a una indagatoria recibida y redactada, y a su manera, por un empleado, centrada en la mera constatación del hecho objetivo, sin la mínima posibilidad de restituir a ese acto procesal el carácter de medio de defensa material que la doctrina le atribuye.

Los jueces en lo criminal de instrucción no podemos modificar la estructura socioeconómica en que estamos insertos, cuyas injusticias determinan o influyen ostensiblemente en la afluencia de individuos al sistema penal. Tampoco podemos operar personalmente en la reconsideración de las partidas presupuestarias, para lograr que el Poder Judicial deje de ser la Cenicienta en el reparto de recursos, con sólo la centésima parte del haber fiscal para su desenvolvimiento. Pero sí podemos reasumir nuestro pleno carácter de intérpretes de la ley aplicable, respetando y haciendo respetar el derecho de defensa de los ciudadanos y evaluando de manera integral las conductas que nos toca investigar, analizando desde un principio, toda alternativa de atipicidad sistemática o conglobante, de justificación o de inculpabilidad.

No sólo podemos; estamos ética y jurídicamente obligados a ello.

Luis Fernando Niño

Juez Nacional en lo Criminal de Instrucción. Buenos Aires (Argentina).

---

(1) "Proceso Penal y Realidad Social en América Latina", conferencia preparada para el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delicuente, con sede en San José, Costa Trica, C.A. (1987).

LA CONSTITUCION Y EL JUEZ

Herederos de una estructura institucional y jurídica organizada en España, conservamos algunas de sus formas organizacionales como las de los Municipios o Ayuntamientos, gobiernos seccionales que tuvieron durante la colonia importancia política, atribuciones judiciales y administrativas. Escasa influencia ejerció en cambio en la juridicidad de América.

Veintidós constituciones registra la historia en nuestro país hasta la que nos rige aprobada en el Referendum del 15 de Enero de 1978 publicada en el R.O. 800 del 24 de Mayo de 1979.

El derecho Constitucional ha ido cambiando al ritmo de los cambios histórico-políticos económicos hasta llegar a las concepciones socialistas. La Constitución es la máxima norma jurídica-política para garantizar el orden, libertad y dignidad humanas por eso la justicia constitucional asoma como un acontecimiento urgente para la defensa de los valores supremos con vivencia colectiva. Para el control y guarda de los preceptos constitucionales los países suelen utilizar dos sistemas:

1) Crear un organismo político.

2) Dejar el control de la constitucionalidad a un Juez. Esta facultad de control puede ejercerse por vía de acción o de excepción.

La primera se ejerce a base de un verdadero proceso contra la Ley, ante un Juez, bajo acusación de ser una Ley violatoria de la Constitución y sometida a litis, se anula la ley como si nunca hubiera existido, y el alcance del fallo es general para todos los habitantes, y deja tal ley de ser obligatoria.

Por la vía de excepción, el alcance del fallo es, limitado al caso y personas que intervienen en la litis; conservando la Ley teóricamente su eficacia jurídica, su obligatoriedad.

Confiar al órgano Judicial la defensa de la Constitución surge natural como su facultad pues se requiere de conocimientos especiales en materia legal, imparcialidad e independencia de criterio; atributos que deben tener los jueces que necesariamente deben ser neutrales, e investidos de fuerza moral con ausencia de toda fuerza material, lo que es característica en esta función. El órgano judicial debe ser el titular de la defensa constitucional.

En nuestro país, Ecuador, la jurisdicción constitucional es difusa. No existe criterio unifrome sobre el órgano que declara la inconstitucionalidad de una ley o para que se tramite una demanda de violación constitucional, así ha sido históricamente desde la constitución de 1830 (de la Gran Colombia) en la cual no se determinó órgano alguno para ello señalando sólamente al jefe de Estado la obligación de no violarla bajo calificación de "alta traición", pasando a posteriores constituciones del período Republicano sin claridad en su evolución hasta llegar a confiar el control de la Constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal de Garantías Constitucionales y al Congreso Nacional al cual se supeditan.

La Constitución de 1945 dictada a raíz de la revolución del 28 de Mayo que llevó

al poder al Dr. José María Velasco Ibarra, recibe la influencia de la Constitución española de 1931. En el art. 159 de este estatuto se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales que sólo funciona en el campo de la justicia administrativa reservándole al Congreso la definitiva facultad sobre inconstitucionalidad. Esta constitución se derogó a los 9 meses por la Dictuadura del mismo Dr. Velasco Ibarra y fue restaurada por el gobierno militar de 1972.

En la constitución de 1946 se determina dar a la Corte Suprema de Justicia en última instancia la facultad de conocer un proyecto de ley impugnado por el Congreso en pleno por veto del ejecutivo. Se estableció en esa Constitución el sistema de inexequibilidad, es decir, control previo a la expedición de esta ley.

En la Constitución de 1967 la atribución de la Corte Suprema de Justicia es muy limitada y consignada en el art. 205 n.º 4 dicho estatuto le da la facultad de "Suspender total o parcialmente de oficio o a petición de parte los efectos de una ley, Ordenanza o Decreto inconstitucional por la forma o el fondo, medida que la Corte someterá a conocimiento y resolución del Congreso en su próximo período de sesiones".

La última constitución aprobada por el referendum de 1978 con vigencia desde 1979 en que terminó el gobienro de la última dictadura militar y asumió el mando el gobierno constitucional del Abg. Jaime Roldós Aguilera, mantiene el tribunal de Garantías Constitucionales, determinándose sus atribuciones en los arts. 140 y 141; le otorga también a la Corte Suprema de Justicia facultades más amplias que anteriores constituciones para suspender la vigencia de normas inconstitucionales como lo estatuye el art. 138 que dice "Corresponde a la Corte suprema de Justicia suspender total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo. La corte someterá su decisión a resolución de la Cámara de representantes o, en receso de ésta, al Plenario de las Comisiones Legislativas.

Ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del Plenario de las Comisiones Legislativas, tendrán efecto retroactivo. Sin embargo esta norma fue suspendida por el Tribunal de Garantías Constitucionales quedándoe sólo a él la facultad de control constitucional.

Además, "la Corte Suprema, en los casos particulares en que avocare conocimiento declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en causa materia del pronunciamiento. La Sala informará al pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior".

El Ecuador en su difuso sistema de control Constitucional deja en última y definitiva competencia a la Cámara Nacional de Representantes; constituyendo en Iberoamérica una excepción ya que la mayoría de países americanos se apegan al sistema norteamericano en donde la impugnación se hace predominantemente ante los tribunales ordinarios, así sean los más elevados. Nos acogemos al sistema francés que considera al Congreso como la representación máxima del interés de la noción y le otorga esta facultad.

Leonor Jiménez de Viteri

Juez 7.º de lo Civil. Guayaquil (Ecuador)

JUEZ Y CONSTITUCION

1) Introducción

El título encierra dos conceptos inescindibles en los sistemas republicanos modernos, porque la esencia de la división de poderes radica en la posibilidad de dirimir los conflictos ante un órgano imparcial, que tenga como marco de referencia una ley común a todos.

Siguiendo a John Rawls en su Teoría de la Justicia, debemos recordar que todo sistema jurídico es en sí discrecional, en tanto regula conductas a partir de pautas elegidas por personas y circunstancias propias de un determinado momento histórico, conforme sus particulares ambiciones, preconceptos, creencias y expectativas.

Es el resultado de aquello que los constituyentes pretendieron promover e impedir y lo obrado por las generaciones posteriores -en concordancia o discordancia- recreando el pacto inicial permanentemente, con virtudes y defectos humanos.

El ordenamiento jurídico constitucional, no es entonces el resultado de inexorables leyes de la naturaleza sino una construcción eminentemente cultural y discrecional. Conociendo esta particularidad, aceptándola como un dato esencial del análisis, podemos comprender el funcionamiento del sistema republicano y sus consecuencias.

Se trata de un medio para posibilitar la convivencia que parte de un deseo: someter a los habitantes exclusivamente a la ley común.

Porque aunque ésta sea errónea, imperfecta o arbitraria, siempre lo será menos que la mera voluntad de un hombre o conjunto de ellos, al ser aquella general y modificable por procedimientos sencillos.

El criterio es que de la soberanía del pueblo, emana el poder delegado conforme la constitución para reglamentar conductas, resolver los conflictos y administrar.

Los conflictos, tema que ahora nos ocupa, pueden presentarse infinitos entre las personas y entre los individuos con las leyes vigentes y/o los administradores de la comunidad, por lo que es preciso contar ex-ante con un sistema eficaz para dirimirlos e idóneo para sostener la esencia de la república.

Con lo expuesto, queda definida la función jurisdiccional como la potestad emanada de la soberanía popular de resolver los conflictos, conforme el derecho y de manera obligatoria para los sujetos involucrados.

2) El juez en la constitución

La función del Juez en nuestro sistema constitucional, se desprende nítida, sin posibilidad de mayores interpretaciones en contrario, de la misma raíz del sistema republicano.

Es consecuencia directa del pacto social, en virtud del cual los habitantes de una

comunidad deciden someterse a un sistema de gobierno con poder delegado y dividido en funciones específicas e independientes, de legislar, administrar y juzgar.

Como la soberanía sigue residiendo en el pueblo, las dos primeras funciones tienen los límites impuestos por el pacto fundacional y de surgir conflictos en los alcances de ese poder, deberán ser los jueces los encargados de precisar sus límites, conforme la voluntad popular delegada.

De no entenderse así, estaríamos frente a una permanente inseguridad jurídica y social, pues serían necesarios contínuos replanteamientos del pacto inicial y los distintos grupos de inteés de rla sociedad intentarían de contínuo imponer su voluntad.

Entonces en la práctica, una ley será inconstitucional cuando pretenda invadir esferas de reserva propias de los otros dos poderes y/o cuando afecte garantías individuales no delegadas por la soberanía popular a los gobernantes, en forma expresa o implícita. E igualmente, un acto administrativo será inconstitucional cuando importe un avance sobre alguno de los otros poderes o sobre los derechos constitucionalmente protegidos de los administrados.

La pretensión de imponer el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo con tales características, generará un conflicto que los jueces en el caso concreto deberán dirimir. Y es allí donde, ante todo, deberán sostener la primacía y vigencia de la Constitución.

Así, el Poder Jurisdiccional se convierte en la garantía de funcionamiento del sistema y de la vigencia de los derechos esenciales del individuo frente al poder delegado.

Por ello, en mi criterio se ha dicho con razón que el derecho procesal es la reglamentación del derecho constitucional y que el proceso es el derecho constitucional aplicado. Para conocer la real vigencia de los derechos republicanos en un país, será necesario conocer su sistema procesal.

3) El Juez en la comunidad

Como señalara en la introducción, el sistema jurídico es el resultado de aquello que los constituyentes pretendieron promover e impedir y lo obrado por las generaciones posteriores, recreando permanentemente el pacto social dentro de su marco.

Esa modificación paulatina se produce con los cambios legislativos y el modo en que los tribunales los interpretan en la resolución de conflictos, dentro del contexto constitucional.

Ello es obvio entre juristas, pero muchas veces ocurre un fenómeno que estimo presente en nuestro país: hay un mundo jurídico disociado del real. La gente piensa y siente de una manera distinta del modo en que las leyes y la jurisprudencia resuelven sus conflictos.

Probablemente encontremos la causa de tal situación en la no implantación del

sistema de jurados, previsto en la Constitución Nacional. Ello ha llevado a que una interpretación excesivamente técnica -a la luz del espectro jurídico- de los conflictos produjera una deformación profesional en los Magistrados.

Pero también es cierto que en situaciones de degradación cultural como la que vive nuestro país, el común de la gente no tiene en claro cual es la función de los jueces y reclama soluciones incompatibles con el sistema constitucional, que los jueces no pueden brindar y ello produce un descrédito en el sistema.

Es entonces imprescindible para la salud de la forma republicana de gobierno; a) La participación popular en las decisiones jurisdiccionales a través del sistema de jurados; b) Un trabajo de concientización en la población acerca de las funciones del poder judicial.

En tanto ello no ocurra, se reiterarán situaciones en las que, por la mera búsqueda de resultados, se consienten o exigen de los órganos jurisdiccionales violaciones al sistema de garantías, como la libertad individual o la propiedad privada y la consecuente deformación del sistema republicano de gobierno.

Ejemplos diarios de lo expuesto, son la confusión generalizada sobre los derechos individuales ante el proceso penal, la real posibilidad de dar respuesta jurídica ante la imprevisión particular en actos de comercio o la verdadera importancia de una adecuada asignación presupuestaria a los órganos jurisdiccionales.

4) El Juez ante las garantías constitucionales

Según lo desarrollado hasta el momento, está claro que el Juez es el custodio de la primacía constitucional y que debe dar respuesta a la comunidad, resolviendo los conflictos llevados a su conocimiento.

En la generalidad de los casos, no hay mayores problemas en encuadrar las sentencias en el marco constitucional; pero hay circunstacias en que el conflicto adquiere ribetes dramáticos, porque imponen al Magistrado optar entre la primacía de la Constitución y los deseos primarios y actuales de la comunidad.

Esto se ve claramente cuando frente a la comisión de delitos aberrantes o de gran trascendencia pública, se encuentra el Juez con que por violación a garantías esenciales -como la privacidad del domicilio o papeles privados o el derecho de defensa en juicio- es preciso declarar ineficaz la prueba de cargo reunida.

La presión de la prensa, de los políticos y de la opinión pública suele ser muy grande y a ella debe sumarse la natural inclinación del Juez en su mera condición humana, a rechazar la posibilidad de otorgar una carta de impunidad al delincuente.

Pero la cuestión debe ser analizada desde otra óptica, pues si las cuestiones coyunturales justificaran el apartamiento de las normas constitucionales, la Constitución Nacional dejaría de tener sentido como tal y se convertiría en un mero punto de referencia de relativa obligatoriedad, lo que desbarrancaría rápida e inexorablemente todo el sistema de garantías.

Aquí es donde deberá privar la valentía y profesionalidad del Magistrado, que

deberá responder a la gran responsabilidad que le ha sido conferida asumiendo los riesgos de la decisión que, conforme los alcances del sistema jurídico, sea justa.

Es que la justicia de las sentencias no siempre se ajusta a un concepto puramente ontológico de justicia. Un fallo será justo cuando se adecúe a las pautas legales y entonces muy a menudo los límites constitucionales de la investigación, harán que el resultado del proceso no se ajuste a la realidad histórica de los hechos.

¿Es esto malo o negativo? No puede ser considerado de tal modo en la medida que se entienda que la función jurisdiccional no está destinada a reemplazar a Dios, sino a resolver conflictos y que es imprescindible para posibilitar la convivencia.

Y como hay valores a resguardar más importantes que la mera resolución de un conflicto, relativos a la dignidad de la persona y sus consecuentes derechos esenciales deberá aceptarse como un riesgo calculado del sistema, que en pos de tales fines habrá muchas controversias sin solución judicial posible o con soluciones insatisfactorias.

Esta conclusión fundamental es la salvaguarda de la libertad individual, debe ser permanentemente recordada a sus beneficiarios pues integra un elemento básico en la inclaudicable lucha por la libertad.

En efecto, las coyunturas difíciles de resolver aumentan la permeabilidad de las personas a aceptar soluciones autoritarias y esa característica suele ser aprovechada por sectores políticos con ese tenor.

De manera que el freno a tales actitudes solo podrá provenir de la conciencia ciudadana sobre los reales límites del poder jurisdiccional y la importancia de sostenerlos.

Ya Calamundici en el Elogio de los Jueces, señaló con inigualable maestría esa sensación de soledad del Magistrado y la necesidad de protegerlo de las consecuencias de sus rectas decisiones, porque no hay república que pueda sostenerse sin jueces probos y valientes, que sepan defender el sistema de libertades individuales.

5) Ponencia:

Como consecuencia de los fundamentos expuestos hasta el momento, considero que estas Jornadas deberían incorporar entre sus conclusiones las siguientes:

a) Que el concepto de **verdad procesal** tiene raigambre constitucional y es consecuencia de la vigencia de las garantías constitucionales.

b) Que los jueces deben contar con la protección suficiente y adecuada, frente a presiones que pudieran incidir en su libertad de resolver en favor de las garantías constitucionales.

c) Que es imprescindible para la mejor comprensión ciudadana del sistema jurisdiccional y para el funcionamiento correcto del sistema constitucional, la implantación del juicio por jurados.

Luis Cevasco

Juez Nacional en lo Criminal de Instrucción. Buenos Aires (Argentina)

PONENCIA

"ESTATUTO DEL JUEZ"

PONENCIA

LE STATUT DU JUGE

Indépendance, Inamovibilité, responsabilité Selection et formation du juge

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame: "toute société dans laquelle la garantie des droits nést pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

Or, garantie des droits et séparation des pouvoirs renvoient à une institution judiciaire indépendante. Le problème de l'indépendance des juges est ainsi posé, meme s'il est encore loin d'etre résolu.

En effet, ce problème, tel qu'il se pose à notre époque, est un problème relativement récent lié à l'essor de l'Etat-nation.

C'est seuleument à l'époque moderne, avec la formation des Etats nationaux en Europe, que le thème de l'indépendance du pouvoir judiciaire apparait en tant que question politique porteuse d'une incidense pratique sur la structure du pouvoir d'Etat.

Cela ne va pas sans tensions et conflits meme graves qui sont le moule dans lequel prend forme l'idée de l'indépendance des juges.

Roscoe Pound nous raconte l'affrontement qui en 1612 opposait le juriste Sir Edward Coke, Chief Justice de la Court of Common Pleas, et le roi d'Angleterre Jacques I qui prétendait déssaisir la Cour pour exercer personnellement dans un cas particulier les fonctions de juge.

A peu prés à la meme époque -comme nous l'apprend Montesquieu (Esprit des Lois, VI, 5)- le Président du Parlement de Paris, Nicolas de Bellièvre, soutenait une position semblable face à Louis XIII qui voulait juger personnellement le Duc de la Valette.

Cette attitude des juges vis à vis du souverain, tout au long d'une période de plus de 150 ans, a donné de la substance à l'idée d'indépendance et a permis à Alexis de Tocqueville de s'exprimer sur la justice de l'Ancien Règimen dans les termes suivants:

"Nous étions devenus un pays de gouvernement absolu par nos institutions politiques et administratives, mais nous étions resté un peuple libre par nos institutions judiciaires. La justice de l'Ancien règime était compliquée, embarassée, lente et couteuse; c'étaient de grands défauts, sans doute, mais on ne rencontrait jamais chez elle la servilité vis à vis du pouvoir, qui n'est qu'une forme de la vénalité, et la pire. Ce vice capital, qui non seulement corrompt le juge, mais infecte bientot tout le peuple, lui était entièrement étranger. Le magistrat était inamovible et ne cherchait pas à avancer, deux choses aussi nécéssaires l'une que l'autre à son indépendance, car qu'importe

qu'on ne puisse pas le contraindre si on a mille moyens de le gagner". (A. de Tocqueville, L'Ancien Rèquime et la Révolution, Paris, 1967, 200).

L'esprit d'indépendance avait en effet alimenté une culture et une tradition qui, à certains moments, fut la seule force du corps des juristes face à l'arbitraire du roi.

Ce processus historique est à la base des théories rationalistes du XVII et XVIII siècle sur la séparation des pouvoirs dont on s'acorde à reconnîitre que la théorisation la plus cohérente est celle due à Montesquieu (**De L'Esprit des lois, Genève 1748 Ch. XI**).

La séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire trouvent ici un solide fondement de thèorie politique: la balance des pouvoirs limite chacun d'eux et empeche les maux qui pourraient venir d'un exercice unifié de la puissance étatique.

A notre époque on a eu tort de considérer parfois dépassé l'enseignement de Montesquieu, car il y a dans cet enseignement un noyau dur trés actuel, c'est à dire la mise en garde contre toute tendance à la concentration du pouvoir et à la simplification du réel.

Les interpretations les plus modernes de **Montesquieu** voient dans le despotisme le point d'arrivée d'une tendance à l'unification, omniprésente dans l'historie des hommes, l'écrivain contemporaine Todorov a écrit récemment: *"le despotisme est une traduction, sur le plan social, de traits caractéristiques de tout ˆetre humain: la passion, le désir de puissance, la volonté d'unification". (Tzvetan Todorov, Esprit, n. 3/83, 48).*

Donc, en dernier ressort, la tendance à nier l'autre, c'est à dire la compléxité du réel.

Si on applique cette interprétation au plan institutionnel, on concluera aisément que toute tendance à la simplification de la forme du gouvernement, à la concentration et indivisibilité du pouvoir, représente un danger pour les libertés qui -en revanche- trouvent leur garantie dans un système politique caractérisé par la présence d'une pluralité de centres institutionnels, chacun à l'abri de lémprise de l'autre et donc obeissant uniquement à sa propre logique.

La justification constitutionnelle de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Bientot, d'ailleurs, à la justification politique rappellé ci-dessus, vient s'ajouter une justification de la nécéssité de l'indépendance du pouvoir judiciaire tirée directement des caractères spécifiques de la fonction judiciaire.

C'est **Cesare Beccaria**, l'auteur du célèbre Traité des délits et des peines, qui avance le premier cette justification:

"Le souverain qui représente la société elle-même -écrit-il- ne peut que poser de lois générales qui soient contraignantes pour tous, mais il ne peut pas juger que quelq'un a violé le contrat social. Dans ce cas en effet la société se scinderait en deux, une partie représentée par lle souverain affirmant la violation du contrat, l'autre représentée par l'accusé, la niant. Il est donc nécéssaire qu'un tiers juge de la vérité du fait...". (C. Beccaira, Dei delitti e delle pene, editore Franco Venturi, Turin, 1981; III,

14).

Par cette voie, la distinction du pouvoir judiciaire des autres pouvoirs et l'affirmation de son indépendance étaient ancrées dans les traits spécifiques de ce pouvoir, c'est à dire dans les caractères propres de l'acte de juger. Assurèment, juger les faits, donc établir si l'affirmation qu'un certain fait s'est produit et qu'il s'est déroulé d'une certaine manière, est vraie ou fausse; juger de la règle s'appliquant aux faits établis, c'est à dire de l'existence de la loi, de sa signification et des faits tombant sous sa coupe; tout cela n'a rien à voir avec la volonté du souverain.

La mise en oeuvre concrète des commandements de celui-ci, en cas de controverses, est ainsi soustraite à l'emprise du souverain lui-mˆeme et de tout centre de pouvoir, pour etre confiée -au moins dans le modèle théorique- à une **activité de raison**.

Cela fait de l'indépendance du pouvoir judiciaire une garantie des libertés des citoyens, en les protegeant face à tout pouvoir arbitraire, c'est à dire à tout pouvoir dont la légitimité et l'étendue ne se fondent pas sur la loi.

Les thèories contemporaines

Reprenant l'intuition de Beccaria, des analyses de plus en plus pénétrantes fondent aujourd'hui le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire sur les liens indissolubles qui, dans l'activité du juge, raccordent le dispositif (ou le commandement) de sa décision à la motivation. En effet, la structure de celle-ci est orientée à la **cognition** ou connaissance (en ce qui concerne les faits) et à la **recognition** ou reconnaissance (en ce qui concerne le repèrage de la règle de droit applicable au cas jugé). Or, connaissance et reconnaissance sont, à l'évidence, des activités qui appartiennent à la sphère théoretique, soumises donc aux règles propres à cette sphère et dont les résultats -qui s'apprécient seulement au vue de ces règles- ne sauraient être influencés, sans se dénaturer, par une volonté extèrieure quelle qu'elle soit, fut-elle celle du souverain.

Du résultat d'une activité de connaissance ou de reconnaissance ou peut dire -sur la base des règles qui régissent cette activité- qu'il est "vrai" ou qu'il est "faux" (bien sûr avec la relativité admise par les règles elles-mˆemes) et ce prédicat (vrai ou faux) valide ou invalide la décision judiciaire.

C'est pour cela que, parmi tous les produits juridiques du pouvoir d'Etat, la décision de justice est le seul dont on puisse dire que "veritas, non auctorits facit iudicium", alors que pour les autres produits, à commencer par la loi, c'est le contraire qui est vrai, c'est à dire que **auctoritas non veritas facit legem** selon la formule de **Hobbes**.

Mais une activité qui trouve sa source de légitimité dans la "vérité" de son résultat ne peut par définition etre soumise à aucune contrainte qui ne soit celle provenant des règles inhérentes à la recherche de cette "vérité".

A cette première base théorique de l'indépendance du pouvoir judiciaire vient s'en ajouter une autre qui lui est étroitement liée et qui tient au fait que le pouvoir judiciarie,

dans le cas de l'Etat de droti, est le garant des droits fondamentaux de l'individu et, en mˆeme temps, le seul pouvoir d'Etat qui peut légitimement sacrifier ces droits; car "droits fondamentaux" signifie cette partie de la sphère personnelle de chacun qui, dans tout Etat de droit, est soustraite aux déterminations de l'autorité politique en vue du bien commun, et peut etre touchée seulement dans les cas et selon les formes préalablement prévues par la loi.

Or, établir si l'on se trouve en présence de l'un de ces cas, d'une part, et si les formes son respectées, d'autre part, est une activité de connaissance et de reconnaissance que li citoyen peut accepter seulement si elle est soustraite à toute influence extèrieure et surtout à toute influence du pouvoir politique. (Sur toute cette matière, voir l'oeuvre magistrale du Prof. **Luigi Ferrajoli**, Diritto e Ragione, Laterza, Roma 1989).

La situation actuelle

Aujourd'hui personne ne songe à contester, sur le plan théorique, le principe de l'indépendance du juge. Mais il y a toujours des objections qu'on oppose à une véritable réalisation de cette indépendance. On évoque l'expérience des juges de l'Ancien Régime, qui, certes, jouissaient d'une grande indépendance et qui néanmoins étaient un instrument d'oppression du peuple. On fait également valoir l'absence d'investiture démocratique qui, dans plusieurs de nos systèmes, caractérise l'institution judiciaire.

Toujours en est-il que l'indépendance du juge est reconnue au niveau international comme faisant partie des principes politiques dont l'application garantit le respect des droits fondamentaux des êtres humains. L'article 10 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme déclare que "toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial..." Et la disposition est répétée à l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

Les objeccions rappellées plus haut jouent alors le rôle de justifitation des timidités ou insuffisances institutionnelles qui marquent l'application du principe, pourtant non contesté. Il s'agit parfois d'insuffisances graves ce qui explique pourquoi le VII congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Milan du 26 aˆout au 6 septembre 1985, a adopté par consensus les "principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature'. Document que l'Assemblée Générale a approuvé par ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985. Le travail sur cette matière se poursuit au sein des Nations Unies, notamment au sein de la commission des droits de l'homme et de la sous-commission pour la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Un important rapport à ce sujet, rédigé par notre collégue M. Louis Joinet, vient d'être diffusé.

Parmi les recommandations qui figurent dans ce rapport, on notera l'importance qui est attribuée à "la tenue de séminaires ou de cours au niveau national et régional sur

le rôle du pouvoir judiciaire dans la société et la nécéssité de son indépendance". Le rôle de la solidarité interprofessionnelle internationale y est également souligné: citant le Docteur Singhvi, le rapport rappelle que "l'indépendance de la profession judiciaire dépend pour beaucoup du sens de la solidarité de ses membres. La profession pourra préserver sa dignité, son honneur et son indépendance si ses membres restent unis dans leur allégeance aux idéaux fondamentaux qu'elle poursuit".

Dans le cadre de cette action se situent les nombreux colloques organisés par MEDL au niveau européen.

Ce colloque est la primière tentative du MEDL d'élargir sa réflexion au delà du niveau régional.

L'objet du colloque

Dans ce colloque, et notamment dans cette Commission, il s'agit d'essayer d'analyser d'un peu plus près la façon dont l'indépendance est concrètement garantie dans nos pays et de cerner les difficultés respectives que sa protection rencontre pour les comparer et essayer d'en dégager des lignes d'action communes.

Les pays européens dont on tiendra compte dans ce rapport sont le Portugal, l'Espagne, la France, la Belgique; la République Fédérale Allemande, l'Italie et la Grèce. Chacun de ces pays a remis un rapport répondant a 16 questions. Vous pourrez prendre connaissance du questionnaire et des réponses.

Je me bornerai ici à quelques remarques très générales.

Quelques observations sur les pays d'Europe envisagés

D'abord une prémisse. Dans tous les pays cités le juge fait partie de l'appareil d'Etat, c'est à dire qu'il est un sujet ayant avec l'Etat un rapport professionnel de service qui comporte une rémunération, qui ne lui permet pas (en général) d'exercer d'autres activités et qui lui impose une série de devoirs. Le juge en somme fait partie d'une bureaucratie, bien que dans un sens tout à fait particulier qui ne saurait l'assimiler à la bureaucratie administrative (ce n'est pas vrai partout: en France, par exemple, le rapprochement entre magistrats et autres fonctionnaires d'Etat est très fort).

Une bureaucratie, si spéciale qu'elle soit, requiert une série d'activités destinées à en assurer l'administration et la coordination, à commencer par les nominations et en passant par l'affectation aux différents postes. De plus, les services judiciaires et leur composition numérique ainsi que leur structure sont déterminés au préalable par des actes normatifs généraux; ils constittuent des appareils au regard desquels se posent des problèmes d'administration qui vont de la désignation des magistrats aux divers services à leur mutation de l'un à l'autre, de l'organisation de chaque service à la distribution des affaires à l'intérieur de chacun d'eux, et ainsi de suite.

Or, en général c'est dans ces activités d'administration, dans le pouvoir direct ou

indirect qu'elles impliquent, que se cachent des menaces plus ou moins graves à l'indépendance du juge.

Je sais bien que cette indépendance peut être lésée de façon bien autrement grave par un pouvoir despotique qui menacerait la vie ou la liberté personnelle des juges. L'histoire de l'indépendance commence aux siècles passés par une lutte contre ces menaces. Et encore aujourd'hui les dictadures modernes s'attaquent directement à ces biens fondamentaux de la personne du juge. Il suffit de rappeler, pour l'historie récente de l'Europe, le cas du juge Sarztetakis que tout le monde connaît grâce au film "Z" de Costa Gravas. Je n'ai pas besoin d'insister sur ce point ici, en Amèrique latine et à Buenos Aires, où les menaces à l'intégrité physique des juges sont un souvenir récent et, dans certains contexte, rine realité sanglante. Les choses ne vont pas différemment lorsque les attentats à la vie viennent non point directement du pouvoir d'Etat mais de groupes illégaux, dont souvent ce même pouvoir se sert; ni dans le cas où les attentats proviennent de groupes criminels en lutte contre la légalité qu'il s'agisse de terroristes ou de la maffia. Dans tous ces cas, pourtant fort différents le suns des autres, le problème de l'indépendance des juges n'est qu'un fragment d'un problème plus vaste qui touche aux conditions minimales de sécurité de la vie en commun. Dans ces cas là la lutte pour l'indépendance fait tout un avec la lutte pour le droit à l'existence de la collectivité dans so ensemble.

Mais ce qui nous intéresse particulièrement ici ce sont les atteintes à l'indépendance du juge qui se réalisent dans le cadre d'une vie collective normale, dans le fonctionnement institutionnel d'un Etat plus ou moins démocratique et de droit, pourrait-on dire. Ces atteintes dont l'opinion publique s'accomode, que souvent elle ne perçoit même pas, qui s'inscrivent dans la légalité ordinaire et qui se traduisent en un système institutionnel qui nie les grands principes dont pourtant celui-ci se réclame.

En effet, toutes les constitutions des pays envisagés proclament le principe de l'indépendance du juge, à l'exception de la constitution belge qui néanmoins s'y réfère implicitement dans toute sa logique en mentionnant le pouvoir judiciaire parmi les trois pouvoirs de l'Etat et en consacrant certaines dispositions à la protections de cette indépendance (nomination à vie des juges, inamovibilité, etc.).

Encore, aucune de ces constitutions n'admet de contrôle politique sur les décisions des juges.

Mais cette unifomité disparait dès que l'on essaie de voir comment ces m^emes constitutions ou les lois ordinaires qui en découlent organisent les activités destinées à règir les corps des juges, ce que l'on pourrait appeler leus carrière. Car, certains se préoccupent d'édicter des règles en la matière ou à confier ces mêmes activités à des organes plus ou moins soustraits à l'influence du pouvoir exécutif, tandis que d'autres sont complétement muettes à cet égard.

Or, comme je le disais plus haut, c'est justement à ce niveau que se situent les atteintes les plus insidieuses à l'indépendance, car -comme le dit A. de Tocqueville déjà cité- "qu'importe qu'on ne puisse pas contraindre le juge, si on a mille moyens de

le gagner?".

En effet, protéger l'indépendance c'est organiser le pouvoir judiciaire de sorte qu'on ne demande pas aux juges d'être dans leur vie de tous les jours des iætres exceptionnels capables de résister aux tentations de la vie quotidienne, au désir de progresser dans une échelle hierarchique ou dans la considération de la société souvent fondée sur des signes extérieurs (le grade, l'importance de la juridiction dont on est membre, le montant de la rémunèration etc.).

Il est intéressant de noter à ce propos que même les dictatures utilisent ce moyen pour plier les juges: des études d'il y a déjà quelques années ont pu établir que dans l'Allemagne nazie -contrairement à ce que l'on pouvait croire- les juges qui appliquaient la loi avec indépendance ne courraient pas de risques sérieux et que pourtant la plupart des juges ont fait du zèle par conformisme politico-social ou par désir de carrière (v.A. **von Brünneck, Die Justiz im deutschen Fascismus** AAVV **Der Unrechts-Staat, I, Frankfdurt am Main** 1979, 119; v. aussi **E. Fraenkel, Der Doppelstaat**, trad. it. **Turin**, 1983, 121 et suivantes).

D'ailleurs, à cet égard, il me parait hautement significatif que les réponses au questionnaire venant de France, Belgique et RFA, où pourtant les systèmes sont assez différents, tout en concordant pour exclure l'existence d'un contrôle politique sur les décisions des juges, mettent en garde sur l'influence indirecte que sur ces décisions peut avoir le rôle joué par le pouvoir politique dans l'avancement des magistrats. Il serait intéressant d'approfonndir ce point pour les autres pays aussi.

Les solutions nouvelles

Au lendemain de la seconde guerre mondiale la consciencie de ce danger a fait naitre l'idée de soustraire au pouvoir exécutif les attributions touchant à l'administration du statut du juge et de les confier à un organe indépendant formé ou par des magistrats seulement, ou bien par des magistrats et des personnalités indépendantes élues par le parlement.

Cet organe, appelé Conseil supérieur de la magistrature ou Conseil général du pouvoir judiciaire, figure dans la Constitution française de 1946, dans la Constitution italienne de 1948 encore en vigueur, et dans les nouvelles constitutions d'Espagne, Portugal et Grèce.

Mais, là encore, derrière cette même façade, se cachent des réalités différentes: en France, la Constitution de 1958 qui a remplacé celle de 1946, a maintenu le CSM mais en a sensiblement modifié la composition (l'organe, présidé par le Président de la République et dont le **vice-président** est le ministre de la justice, est formé de neuf membres désignés par le Président de la république, ce qui -sans s'attarder aux détails- en fait en réalité un organe rattaché au pouvoir exécutif). Il est vrai que la même constitution déclare que le Président de la république est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, mais il ne faut pas oublier que ce garant est le représentant d'une majorité politique. En outre, les compétences du CSM français sont réduites à des avis

et à des propositions essentiellement, un véritable pouvoir de décision lui étant reconnu seulement en matière disciplinaire.

Les compétences du CSM grec son plus étendues (même si la nomination du premier président de la cour de cassation, confiée au conseil des ministres, lui échappe). Mais il est composé du président du "tribunal supèrieur compétent et de membres du même tribunal désignés par tirage au sort" (article 90 Constitution).

En Italie, toute compétence en matière d'administration du corps des magistrats (du concours d'entrée jusqu'à la nomination du premier Président de la Cour de cassation) sont concentrés dans le CSM formé pour deuix tiers par des magistrats de tous les grades élus à la proportionnelle sur des listes concurrentes et, pour un tirs, par des personnalités élues par le parlement. Le Consell est présidé par le Président de la République et le premier président et le procureur général de la cour de cassation en font partie comme membres de droit. Cet organe s'est révèlé assez capable de protéger l'indépendance des magistrats. D'autant plus que, depues des années, à la suite d'une déliberation du CSM lui-même, ses déhats sont publiques, la presse y peut assister et tout le monde peut prendre connaíssance des positions qui y sont prises par les differents membres sur les affaires objet des deliberations. Ce qui devroit en faire un organe exposé au contrôle publique et sonstrait à des tentations corporatistes.

Des compétences très étendues, plus amples même que celles du CSM italien, sont attribuées au Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol à propos duquel la constitution établit qu'il est composé par 20 membres (8 nommés par le parlement parmi des juristes de prestige, y compris des magistrats, les autres 12 devant être des magistrats). Mais la constitution ne dit pas comment les 12 magistrats doivent être nommés; ce qui a fait que -aprés en avoir remis l'élection aux magistrats eux-mêmes- la loi organique, à la suite d'une modification de 1985, a établi que ceux-ci soient nommés aussi par le parlement. Il est bien vrai que la majorité requise est des trois cinquième, por empêcher le monopole de la majorité sur ces nominations; mais - comme l'a signalé la Cour Constitutionnelle espagnole (arrêt du 29 juillet 1986 n.º 108)- il y a le risque que cette mesure soit rendue vaine par des ententes entre les partis dominants. Ce qui en effet semble avoir eu lieu à l'occasion des dernières nominations.

Au Portugal, le Conseil supérieur de la magistrature a des compétences semblables à celle de son homologue italien. Il est présidé par le président du suprême tribunal de justice et il est composé de 16 membres dont deux nommés par le président de la république (l'un de ceux-ci devant être un magistrat), 7 élus par le parlement et 7 élus par leurs collègues à la proportionnelle. Il semble que ce système garantit de façon satisfaisante l'indépendance des juges.

En Belgique et en Allemagne, par contre, il n'existe pas de CSM et le ministre de la justice joue un rôle considèrable, de même d'ailleurs qu'en France, dans la carrière des juges. Il faut toutefois ajouter que des formes de participation ou de concertation sont mises en place, surtout dans certains Länder allemands (la justice, exception faite pour les tribunaux suprêmes appartient en RFA à la compétence des Länder), pour contrecarrer l'ingérence du pouvoir exécutif.

L'indépendance dont nous avons parle´jusqu'ici est l'indépendance vis à vis du pouvoir politique, voire du pouvoir exécutif. C'est ce qu'on appelle l'indépendance externe.

Mais il y a une autre dimension aussi importante de l'indépendance dont nous avons pris conscience au cours des dernières décennies. C'est l'indépendance interne, c'est à dire l'indépendance du juge face à son ordre, aux chefs de juridiction, et, plus en général, face aux sommets de l'appareil judiciaire. Cette indépendance est menacée chaque fois que le corps judiciaire est hierarchisé et que les chefs de juridiction ou les tribunaux supérieurs ont un pouvoir sur le statut du juge, notamment sur sa carrière. L'avancement par cooptation fige la jurisprudence et pousse au conformisme, frustrant ainsi la garantie énoncée dans toutes les constitutions qui veut le juge soumis seulement à la loi. D'ailleurs, mêmes les garanties offertes par des solutions du type CSM risquent d'être bafouées si cet organe est composé seulement par des hauts magistrats et n'est pas le produit d'une dialectique démocratique au sein du corps, sonmís au contrôle de l'opínson publique.

A des degrés très différents des élèments de hierarchisation du corps judiciaire se trouvent dans tous les systèmes examinés. Ils sont neutralisés, ou presque, là où est en place un CSM démocratiquement élu par les magistrats (qui se pose comme instance supérieure aux chefs de juridiction) et la séparation du grade et de la fonction est assurée. Par contre, le rapport français fait état d'une forte hierarchisation qui s'accompagne de surcroît d'un grand décalage entre les rémunèrations des juges de base et celles des juges des instances supérieures.

Inamovibilité, juge naturel, accés à la fonction, responsabilité

En général, les constitutions assurent directement certaines garanties d'indépendance, quel que soit l'organe compétent à administrer le statut du juge.

La garantie de l'inamovibilité est en ce sens classique et elle est assuré par toutes les constitutions des pays intéressés. Mais dans certains cas (en Grèce par exemple: article 88/3 constitution), il est permis que le magistrat soit soumis a une période d'essai de trois ans, tout en étant chargé d'exercer des fonctions judiciaires qui donc sont confiées à des juges ne jouissant pas de l'inamovibilité. Cette m^eme situation se produit actuellement en Allemagne pour les juges de l'ex RDA.

La garantie de l'inamovibilité est aussi une garantie pour le justiciable. Cela est vrai plus en général pour l'indépendance; mais dans le cas de l'inamovibilité on peut cerner plus clairement encore ces liens, car le pouvoir qui aurait intérêt à ce qu'une affaire sensible ne soit pas jugée par un juge dont il se méfie, peut -au lieu d'inquiéter le juge- transférer l'affaire à un collègue plus docile ou bien instituer un juge spécialement pour cette affaire. Pour empêcher ces entorses, l'élaboration juridique a construit la notion de juge naturel et le principe d'interdiction des juges extraordinaires. En vertu de cette interdiction, le pouvoir, fut-ce le parlement lui-même, ne peut instituer un juge pour juger une affaire concrète. Tandis que, grâce au principe du juge naturel, tout affaire

doit être jugée par un juge établi à l'avance selon des règles génerales. Les constitutions allemande et italienne énoncent clairement ces principes, de même que le système portugais. Le principe du juge naturel se trouve également énoncé dans les constitutions espagnole, grecque et belge; tandis que l'interdiction des 'juges ad hoc' parait subir quelques exceptions en Espagne et en Grèce alors que la France et la Belgique semblent ignorer la notion. La constitution française ne fait pas mention du juge naturel.

A propos de ce principe il faut encore souligner que pour qu'il soit efficace il doit s'appliquer non seulement à l'organe judiciaire (respect des règles de compétence) mais aussi à la personne physique chargée de former l'organe lui-mˆeme, car dans un grand tribunal il est facile de remplacer un juge peu docile tout en gardant la compétence du tribunal lui-même. L'application intégrale du principe ainsi entendu demande des règles très minutieuses qui ont été élaborées surtout en Allemagne.

L'accés à la profession est aussi un point très sensible. La tradition française du concours public qui garantit à tous l'accés à la fonction sur un pied d'égalité se trouve constitutionnalisée en Italie. Le même système est en vigueur en Grèce et au Portugal et, avec des particularités, en Espagne. En France, ou pourtant le principe a fait ses preuves, depuis quelque temps est prévu que 25% des postes soit rempli par concours interne pour des fonctionnaires ou par concours sur titres reservé à certaines catègories. En Allemagne et en Belgique, en revanche, la nomination relève du ministre de la justice dont la discrétionnalité est tempérée dans certains Länder allemands par des commissions mixtes de juges et de parlementaires.

Le revers de l'indépendance est la responsabilité. Mais comment rendre un juge responsable de ses jugements sans porter atteinte à l'indépendance de ceux-ci? C'est la raison pour laquelle, en général, la responsabilité civile des juges pour les erreurs judiciaires est exceptionnelle et remplacée par celle de l'Etat qui peut, sous certaines conditions, exercer action récursoire contre le juge. De même la responsabilité pénale est limitée aux cas de fraude ou dol. En revanche, la responsabilité disciplinaire joue un rôle majeur. En principe, le juge n'a pas à se plaindre s'il est sanctionné pour faute de service. Mais les codes disciplinaires ne sont pas précis et permettent parfois d'empiéter sur l'indépendance; d'autant plus que parmi les devoirs du juge on a tendance à comprende des obligations qui ne touchent pas l'exercicie de ses fonctions, telles par exemple l'obligation de reserve ou celle de tenir une conduite irréprochable même dans la vie privée. Notion vague qui se remplit de contenus contingents au vue de l'humeur de l'opinion publique. Sur ce point les garanties directes énoncées par les constitutions ne vont pas au delà de la prévision que la décision sur les poursuites disciplinaires soient confiées à un organe indépendant du type CSM. A mon avis, le problème de la résponsabilité des juges est un problème mageur qui ne peut pas trouver de répouse saitisfaisant dans de formules géometriques. Les solutions institutionnelles, pourtant nécessaires, peuvent toutes conduire à des entorses à l'indépendance. C'est pour cette raison qu'elles doivent être très prudentes et s'accompagner de la reconnaissance d'une responsabilité culturelle du juge face à la societé, ce qui implique la critique publique géneralisée des decisions de justice. La

formule pourrant être "la plus grande protection du juge feu ou pouvoir, la plus grande es joisto ou du juge Pace à la societé".

La liberté d'association des juges

La liberté de créer des associations ou des syndicats de magistrats est reconnue dans tous les pays examinés. En revanche, seulement en France, Allemagne et Italie les juges peuvent être membres d'un parti politique et avoir des activités politiques. La constitution italienne prévoit toutefois la possibilité pour la loi ordinaire d'interdire aux juges l'affiliation aux partis politiques. Mais une loi en ce sens n'a toujours pas été promulguée. Au Portugal et en Belgique, les juges peuvent s'affilier à un parti politique mais n'ont pas le droit d'avoir des activités politiques publiques: cela est établi dans la loi au Portugal tandis qu'en Belgique on le considère une obligation déontologique. La constitution espagnole interdit l'affiliation des juges à un parti politique (article 127) et la grecque interdit toute manifestation en faveur des partis politiques.

Sauf en France et en Allemagne, dans les autres pays il y a une justice militaire dont les compétences et les garanties varient d'un pays à l'autre. En Italie, les juges militaires ont leur Conseil supérieur de la magistrature et on le droit de s'associer.

Voilà à vol d'oiseau un aperçu très sommaire de la situation statutaire et de l'indépendance du juge dans les pays considérés.

Cela n'a d'autre ambition que d'introduire la discussion. Il serait hasardeux d'en tirer des conclusions. La preue en est donnée par la diversité de réponses apportées aux questions si i le juge se considère luimême indépendant et si la société le considére indépendant. Questions difficiles.

Toujours en-est-il que -à la seule exception de la Belgique- tous on estimé que la critique publique aux décisions de justice est positive. C'est reconnaître, même implicitement, qu'il y a beaucoup à faire pour amèliorer la justice.

Encore faut-il que la critique ne se transforme pas en démagogie et en instrument aux mains des forces dominantes qui ne supportent pas un contrôle effectif de légalité.

Salvatore Senesse

Magistrado de la Corte de Casación de Roma (Italia)

ESTATUTO DEL JUEZ

Formalmente, la Constitución Nacional argentina garantiza la independencia de los tres poderes clásicos de la forma de gobierno republicana, adoptada por dicha Ley Fundamental.

Al Poder Judicial, compuesto de diversos órganos estructurados en forma vertical y presididos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se lo considera un órgano "no político", en tanto y en cuanto acusa marcadas diferencias con el Ejecutivo y el Parlamento, tanto en orden a los mecanismos de designación como en lo relativo a la duración de las funciones específicas de sus miembros.

Ello autoriza a hablar de independencia del Poder Judicial, constituyendo características de dicha independencia, entre otras, la instauración permanente de los órganos judiciales , la limitación de los fueros personales, por imperio del art. 16 de la Constitución Nacional, así como de las comisiones especiales, en virtud de lo establecido por el art. 18 del mismo texto supremo; la expresa imposibilidad de administrar justicia por parte de los órganos del Poder Ejecutivo (arts. 23 y 95 del magno texto); la implícita inhabilidad de dicho Poder para impartir instrucciones a los jueces acerca del modo de ejercicio de sus funciones, conforme con lo que rezan los arts. 94 y 95 de la Ley Fundamental, la inamovilidad de los Jueces, prevista en el art. 96 ibíde, y las incompatibilidades funcionales casi totales para quienes ejercen la magistratura, contenidas en la Ley Orgánica para la Justicia Nacional (Decreto Ley 1285/58 y demás reglamentos inferiores (*)

Estos presupuestos formales se ven notablemente resentidos en la práctica, básicamente por cuestiones económicas; es reciente el manejo de los propios fondos por parte del Poder Judicial, más, aun contando con esa conquista, loexiguo de la partida presupuestária tradicionalmente asignada relativiza su valor.

De más está decir que la escasez en las retribuciones es un modo de atentar, en la práctica, contra la inamovilidad funcional que la Constitución garantiza. Si bien ésta, en su artículo 96, establece que la remuneración de los jueces no puede disminuir en manera alguna mientras permanezcan en sus funciones, de hecho, en países sometidos a constantes procesos inflacionarios, la mera conservación nominal de los salarios no representa el respeto a la intangibilidad declarada en aquella disposición.

Por cierto, no sólo las remuneraciones de los magistrados están comprometidas en el presente, sino también -y muy especialmente- la de los funcionarios y colaboradores de rango inferior, hecho que conspira contra la formación de cuadros auxiliares idóneos para la delicada tarea que les compete. La insuficiencia de recursos humanos derivada directamente de tales estrecheces económicas, enfrentada al incesante aumento de las labores judiciales, ha dado lugar a la generalizada práctica de incorporar "meritorios", ésto es supernumerarios que no reciben estipendios,

(*) La Ley n.º 27, sancionada en los albores de nuestra Organización Nacional, establecía como uno de los objetios del Poder Judicial el sometimiento de la observáncia de la Constitución, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición en contrario de los otros poderes nacionales.

disimulándose -con el argumento de su adquisición de práctica procesal, ya que se trata, generalmente, de estudiantes de Derecho- lo que es una falencia estructual del Poder Judicial.

Es lo que hace a recursos materiales, la ausencia de una adecuada infraestructura edilicia y del regular abastecimiento de útiles básicos conduce a compartir la tragicómica afirmación de que el único progreso registrado en este siglo, en nuestros tribunales, está en vías de desaparecer. Me refiero, obviamente, a las máquinas de escribir, cuya vetustez y penoso estado de mantenimiento general limitan las condiciones de su uso (En términos globales, las máquinas eléctricas de escribir, fotocopiadoras y computadoras son una exquisitez absolutamente infrecuente en los estrados judiciales capitalinos).

Otro aspecto de la misma cuestión lo configura la insuficiencia -o inexistencia- de cuerpos periciales, dentro de la estructura del Poder analizado. Buena parte de las pruebas de tal carácter deben quedar confiadas a dependencias de las fuerzas de seguridad auxiliares -Policía, Prefectura Naval, Gendarmería- cuya subordinación jerárquica a Ejecutivo representa un obstáculo más a la auténtica independencia de poderes.

Retornemos ahora a la normativa que sustenta el régimen de nombramientos en el Poder Judicial.

El sistema de acceso a la función judicial es único y se encuentra establecido por la Constitución Nacional en su art. 86, inciso 5.º; de acuerdo a dicho sistema, intervienen en la selección de los jueces los otros dos poderes, toda vez que el Poder Ejecutivo propone al Senado -es decir, a la Cámara Alta- el nombre de aquel candidato en quien se estiman concurrentes los requisitos para su designación, elevando sus antecedentes; si la Comisión respectiva de aquel cuerpo legislativo coincide en la apreciación, presta el acuerdo. Con posterioridad, el Poder Ejecutivo, mediante un decreto, lo asigna a un Juzgado en particular.

No existen cuestionamientos, por parte de la opinión pública, respecto del sistema de acceso precitado, si bien es preciso aclarar que lo que huelga es una interesada reflexión: sobre el punto, que tampoco ha merecido mayor tratamiento crítico por parte de los medios masivos de difusión.

Dentro del ámbito vinculado al quehacer judicial, podemos reconocer tres corrientes de opinión: en una de ellas militan quienes adhieren al sistema actual, ya que lo conciben como un modo eficaz de evitar que el Poder Judicial agudice sus características de corporación y de garantizar que se erija en un correcto ejemplo del sistema de frenos y contrapesos estatuído por la Constitución Nacional; en una segunda postura aparecen quienes reconocen sus ventajas pero consideran que el Ejecutivo debería ser más riguroso en la selección y guiarse por pautas relacionadas estrictamente a la capacidad técnica de los aspirantes, excluyendo otro tipo de motivaciones, básicamente partidarias. Concretamente, se sugiere, como opción intermedia, la posibilidad de conformar una Comisión, con integrantes de la Magistratura, de la

Universidad y de los Colegios de Abogados, a fin de que brinden su visto bueno, previo al envio de pliegos al Senado, tomando en consideración a la totalidad de abogados aspirantes a la magistratura. Tras esa preselección el Poder Ejecutivo escogería candidatos, elevaría los antecedentes que abonaren su propuesta a la Cámara Alta, y ésta decidiría sobre el acuerdo respectivo. La tercera vertiente de opinión reclama la creación de un Colegio de la Magistratura, encargado de designar, mediante un estricto proceso de selección, a quien se hallare en condiciones de acceder a la función judicial.

Fuera de esas tres posiciones, algunas voces aisladas vislumbran la posibilidad de reformar radicalmente los mecanismos de designación, postulando la elección -por vía del sufragio- de los magistrados.

Pero, a excepción de estas últimas, el grueso de las cuestiones dirigidas al sistema vigente no tienden a su impugnación frontal sino al modo como el mismo se practica. Se pone en tela de juicio, concretamente, la falta de control suficiente sobre la presupuesta idoneidad de algunos candidatos, tanto por parte del Ejecutivo como del cuerpo parlamentario. También ha motivado cuestionamientos la ausencia de rigor en el tratamiento de pliegos pertenecientes a jueces que permanecieron en funciones durante períodos dominados por regímenes "de facto".

Llega el momento de referirnos al juez natural. La Constitución Nacional lo incluye en su artículo 18, junto a otros elementos componentes del derecho al debido proceso. Ello no obstante, en los últimos años el tema ha concitado la atención del medio forense, ante la reiterada aplicación, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la doctrina de la avocación "per saltum", en torno a determinados asuntos que el mismo Tribunal ha considerado de suficiente gravedad institucional, con el correlativo desdibujamiento de la figura del Juez natural y la efectiva privación en las partes de articular sus defensas a diversas instancias.

Dicho procedimiento admite dos variantes: a) que el Tribunal Superior asuma el conocimiento del caso si se provoca su jurisdicción mediante un recurso al que se exime de algunos recaudos procesales normalmente exigibles para su viabilidad; b) que la asuma de oficio, por nuda avocación.

Acotemos que en el mes de noviembre de 1987 el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires dirigió una nota a la Cámara de Diputados de la Nación señalando que el "per saltum" introduce una tercera vía de acceso al conocimiento de causas por parte del máximo tribunal nacional, fuera de la competencia originaria y la vía de la apelación, únicas previstas por el supremo texto en su art. 101, aconsejando no convalidar iniciativas legislativas por tal motivo y porque "podría afectar al derecho de defensa en su más amplia acepción".

Y, a su vez, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires dio a conocer, en Enero de 1988, un dictamen desfavorable a la aplicación de tal doctrina, basándose en similares razonamientos.

Finalmente, y abordando el tema de la subordinación de unos jueces respecto de

otros, en los planos gubernativo y disciplinario, más allá de la gradación jerárquica establecida desde la letra misma de la Constitución Nacional, la Ley 4055, del año 1902, establece en su art. 10 que la Corte Suprema ejerce poderes de superintendencia sobre las cámaras federales, jueces de sección, jueces letrados de territorios nacionales y demás funcionarios de la justicia federal, quedando a su cargo el dictado de los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia.

Tales poderes incluyen el velar por el cumplimiento de esos reglamentos, imponer penas disciplinarias, exigir la remisión anual "o en cualquier tiempo" de una relación de causas entradas, falladas y pendientes, e imponer a los iembros de las cámaras y jueces inferiores penas disciplinarias por faltas a la consideración y respeto debidos a la Corte o a algunos de sus miembros, por actos ofensivos al decoro de la administración de justicia o por falta o negligencia en el cumplimiento de su deber, penas que consistirán en prevenciones, apercibimiento o multas, pudiendo, en caso de reincidencia o de gravedad de la falta o negligencia, poner el hecho en conocimiento de la Cámara de Diputados de la Nación (art. 11).

A su vez, el Reglamento para la Justicia Nacional aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, prevé que dicho cuerpo podrá conocer, por apelación o mediante su avocación en todos los sumarios administrativos iniciados en las dos instancias subordinadas a ella (art. 22).

Los Presidentes de las distintas Cámaras de Apelaciones ejercen -a su vez- el gobierno del fuero respectivo, quedando bajo su autoridad el orden interno de la Cámara y la vigilancia en el cumplimiento de sus deberes de jueces, funcionarios y empleados de su jurisdicción.

Con referencia específica al fuero penal, agreguemos que su Tribunal de Superintendencia, compuesto por los Presidentes de las siete salas del cuerpo y por el Presidente del Tribunal, puede aplicar multas a los jueces de I.ª instancia por omisiones o demoras en el cumplimiento de plazos procesales o -aún- en la concreción de requisitos meramente reglamentarios incluídos en el código adjetivo, multas que pueden alcanzar el 15% de la remuneración del magistrado, sin perjuicio de la sujeción del mismo a juicio político, si así se estimare correspondiente, y de su eventual responsabilidad penal (art. 294 del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional).

En conclusión, es nutrido el elenco de disposiciones legales y reglamentarias a partir de las cuales ejercen autoridad de superintendencia los tribunales superiores sobre los jueces de grado. Circunstancia que suele redundar en una tendencia al ritualismo por parte de los jueces de I.ª Instancia, a fin de evitar penalizaciones de ese tenor, con el consecuente desinterés por cuestiones jurídicamente más trascendentes pero no conectadas directamente con la casuística en que suele desplegarse aquel poder sancionador.

Stella Maris Martínez

Denfesora Oficial. Buenos Aires (Argentina)

COMUNICACION

LA QUIEBRA DE LOS MITOS

(Realidades de la independencia judicial y de la selección de los jueces en Latinoamérica)

Introducción

La rama jurisdiccional es seguramente el flanco más débil de los Estados latinoamericanos. Diferentes aspectos vinculados a la denominada **cuestión judicial** hacen que la legitimación de las administraciones de justicia se haya hecho cada vez más difícil dentro de la forma que el Estado ha ido asumiendo en Latinoamérica.

Mientras el derecho y los discursos jurídicos se han mantenido dentro del marco de concepciones iusnaturalistas-tomistas o iuspositivistas, la idea de una administración de justicia que aplica meramente el ordenamiento jurídico ha impedido que surgieran interrogantes o que se cuestionara el papel que la jurisdicción cumple frente a regímenes de injusticia social.

En efecto, la cultura jurídica latinoamericana, con pocas fisuras, se ha mantenido unida o dependiendo de las tradiciones francesas o germanas que, hasta mediados del S. XX, han continuado en Europa la función legitimante de los ordenamientos jurídicos cumplida por la disciplina que los estudia. Esta ha sido una función que, de modo más o menos cambiante, se ha llevado a cabo a través de sus propias conceptualizaciones; es decir, mediante las operaciones que ella ha realizado sobre las normas y para justificar la inserción de las innovaciones legislativas en relación con todo el ordenamiento jurídico. (v. para todos estos aspectos, **De Giorgi** 1979).

Mas, a fin de la década de 1970 se vuelve a poner en primer plano en Europa, como objeto privilegiado de reflexión, la antigua ambigüedad que siempre ha caracterizado el papel del jurista a partir de la experiencia del derecho moderno. Ambigüedad ésta en el sentido que el jurista se había colocado, por una parte, en la sociedad y en el equilibrio de los poderes institucionales como **custodio de la legalidad positiva**, o sea de la positividad del derecho y, por tanto, como **portador de un conocimiento técnico** en condiciones de garantizar que la solución de los problemas particulares -del caso judicial concreto- pudiera ocurrir siempre sobre la base del procedimiento de subsunción del hecho concreto en la norma jurídica existente.

He aquí, por tanto, una mayor ambigüedad pues el jurista aparecía también como garante de la legitimación del entero ordenamiento jurídico, o sea de la correspondencia de las normas y de los preceptos jurídico particulares con la racionalidad jurídica. Científico del derecho era entonces, en ese sentido legitimador, aquel portador de un conocimiento capaz de mediar entre la positividad de la norma y la racionalidad jurídica intrínseca o inmanente a la misma estructura lógica de la noción de norma, tarea para la cual se le preparaba específicamente (acerca de este orientado proceso de formación de jurista en las facultades de derecho hasta esa época, cfr. **Wiethölter** 1968).

Es así entonces cómo se puede comprobar que la ambigüedad del jurista es la misma ambigüedad de la relación entre positividad y legitimidad que atraviesa toda la historia del pensamiento jurídico moderno y que está en la base de la tradicional distinción entre aquellos que se ocupan del problema de la justicia (¿Qué cosa es derecho?) y de los que se ocupan de la aplicación o de la comprensión de las normas sancionadas por el legislador (cfr. **Barcellona** 1984, 9).

Si desde los comienzos del presente siglo el tema en discusión giraba en torno a la interpretación del derecho, el cual confrontaba a quienes sostenían la cerrazón del sistema -y por tanto la deducción sobre líneas internas de los cánones hermenéuticos- con aquellos que, en cambio, sostenían la validez del recurso a la tipología social o a los datos extrajurídicos obtenibles en el análisis de la realidad social, en la actualidad el debate encara directamente la teoría de las fuentes, o sea el tema mismo de las normas, de la noción de norma y de normatividad (una síntesis de este debate puede encontrarse en, **Baratta** 1983). En consecuencia, hoy no es tanto la técnica de determinación de los contenidos de las leyes y de las posibles referencias a datos extralegislativos lo que preocupa, sino es la idea misma de derecho lo que se pone como **quid** para la cultura jurídica europea de las dos últimas décadas.

Este fenómeno ha sido particularmente evidente en algunos casos y especialmente en aquellos en que los propios juristas han teorizado explícitamente sobre la función del juez como representante y garante de los intereses excluídos, de los intereses débiles, de aquella parte de la sociedad que de algún modo sufre procesos de marginalización y respecto de la cual la jurisdicción puede y debe cumplir una labor. Semejante labor ha tenido una relevancia especial en aquellos ámbitos culturales en los cuales, por vigencia de explícitos principios constitucionales, ciertas corrientes de la magistratura judicial, movidas por una sensibilidad democrática, han decidido profundizar tales principios y hacerlos eficaces mediante la actividad jurisdiccional aún contrariando los propios ordenamientos jurídicos que por variadas razones permanecen todavía enclaustrados en conceptos autoritarios sobre la sociedad civil, cuando no inmersos en una ideología fascista.

Más allá de la argumentación jurídica que para propiciar la solución del caso individual debe tender de cualquier manera a apoyarse sobre el dato normativo, aquello que más llama la atención de ese tipo de reflexión es el tema explícito de la referencia a la representación social que se sume como base de la intervención jurisdiccional en el caso y haciendo empleo de forma amplia de aquellos principios constitucionales, orientada a obtener resultados de justicia respecto de franjas de la sociedad que sufren profundas desigualdades o que viven al margen de los grandes poderes u organizaciones de intereses. El problema de la **suplencia** que han debido afrontar aquellas corrientes de la magistratura ha connotado particularmente la actividad jurisdiccional de la última década en países donde los poderes políticos han abandonado la protección de los grupos sociales más desaventajados. El caso italiano, particularmente el de **Magistratura Democratica** (MD) y, últimamente el español con **Jueces para la Democracia**, aunque con menor incidencia social, han demostrado que, cuando los jueces se proponen una reformulación entre derecho y

política, a través de un análisis de la praxis jurídica entendida como descubrimiento de la **politización de la magistratura**, del papel del jurista y de los mismos contenidos normativos no sólo es posible hacer un "uso alternativo del derecho" sino que también puede influirse hasta en la propia epistemología jurídica(1).

Lo dicho hasta ahora, prueba sencillamente las posibilidades que surgen de una actividad jurisdiccional liberadade los compromisos a los que la constriñe el papel legitimador del ordenamiento jurídico atribuído al juez como técnico u operador dedicado estrictamente a la aplicación de las normas.

1) Aspectos centrales de la cuestión judicial latinoamericana

Más tales posibilidades dependen casi naturalmente de dos aspectos fundamentales que configuran lo que con propiedad se denomina **cuestión judicial**. Tales aspectos están íntimamente relacionados a su vez entre sí. Uno, es el que atraviesa verticalmente toda esa cuestión judicial y es el fenómeno de la **independencia judicial** y, otro es el que alimenta esencialmente al primero, por lo que parece tener una naturaleza mucho más técnica, vinculado a la propia organización interna de la estructura jurisdiccional pero, como todos los demás aspectos, es de esencia exquisitamente política. Aludo aquí al problema de la **selección de los jueces y magistrados** que componen los distintos niveles de la jurisdicción y que comparativamente está resuelto en las organizaciones judiciales según los modelos sobre los que éstas están tradicionalmente diseñados (**Pizzorusso** 1987).

Modelos de organización como el anglosajón y el italiano (en consecuencia de éste, también el español) tienen resueltos estos problemas de modo diferente. Mientras en el primero las técnicas de selección están más condicionadas por el poder político que en el segundo, en aquel la independencia se garantiza por la conciencia difundida en la sociedad del alto valor que se les reconoce a los jueces y no por las garantías jurídicas del tipo de las que han sido introducidas, con una eficaz aplicación en Italia (y también en España). En cambio, los modelos francés y soviético que parecen ser mucho más dependientes de los poderes políticos en sus organizaciones judiciales, ellos exhiben mecánicas de selección diferentes aunque en la práctica ninguna de ellas garantiza la eficiencia de jueces y magistrados; en el primero, por la injerencia que tienen las elevadas jerarquías judiciales en la preselección de los jueces (**Picard** 1987) y, en el segundo, por las directivas que aquéllas dan a los órganos judiciales inferiores sobre la forma en que deben ejercer sus funciones (**Smirnov** 1987).

---

*(1) Hay una vasta literatura producida en Italia por la corriente **Magistratura Democrática** y en España, aunque en menor medida, por la **Asociación "Jueces para la Democracia"**, junto a la **Asociación Progresista de Fiscales.** Ver, en todo caso, Atti del Congresso di Rimini, **Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia**, Feltrinelli, Milano 1975 o Atti del sesto Congresso nazionale, **Poteri e Giurisdizione**; Jovene editore, Napoli 1985; pero, sobre todo, la colección de la revista **Questione Giustizia,** Franco Angeli, Milano para poder conocer el nivel de compromiso y de dabate a que ha llegado en Italia la cultura democrática de los jueces italianos. En España, como semejantes fines, aunque obviamente con un menor desarrollo pero con un gran empeño, los jueces democráticos llevan adelante una lucha semejante desde las páginas de **Jueces para la Democracia** (Información y Debate), Edisa, Madrid.*

Los dos aspectos a que he hecho mención van luego a unirse en un tema que, sobre todo en los dos modelos continentales europeos a los cuales he aludido -el francés y el italiano-, constituye un asunto central para el análisis de las organizaciones judiciales contemporáneas. Me refiero al tan debatido **gobierno de la administración de justicia** y a sus explicitadas formas de auto- o cogobierno.

1.1) El mito de la independencia judicial

En América latina el debate sobre la cuestión judicial es hasta ahora de escasa relevancia, habiendo quedado generalmente relegado al marco de relaciones entre el llamado Poder judicial y los demás poderes del Estado y, en especial, el Ejecutivo. Esto quiere decir que el tratamiento de semejante cuestión ha sido tradicionalmente emprendido por los especialistas en derecho constitucional. Con permanente referencia a Montesquieu, ellos han analizado los dos aspectos antes citados (independencia judicial y selección de los jueces) mediante interpretaciones de la teoría de los tres poderes del Estado, sin haber descendido a la consideración de todos los otros elementos que han venido configurando la **sociología de la justicia** (cfr. **Bergalli** 1983; 1990), como aquel campo en el que una multiplicidad de disciplinas sociales y de la conducta humana suministran sus aportes. Es evidente que para que esto ocurriera, ocultando o desviando la atención sobre fenómenos tan específicos que hacen a la organización interna de las estructuras judiciales o a las ideologías y al comportamiento de los jueces y magistrados que las componen, han primado obstáculos de carácter cultural, en particular de cultura política y jurídica. Por lo demás, en el ámbito de esa cultura política pocos especialistas se han significado estudiando la función cumplida por el derecho en Latinoamérica, en la configuración de la forma-Estado; viceversa, tampoco los juristas -salvo contadas excepciones (como más adelante se verá)- han profundizado en las falencias que genera la consideración singular de sus discursos y de las instancias de aplicación del derecho, apegados meramente al estudio interno de los ordenamientos jurídicos. El uso y las prácticas jurídicas alternativas del derecho que están surgiendo en América latina no provienen de quienes reflexionan sobre él en la forma tradicional, sino de aquellos juristas -abogados que han comprendido los reclamos de los movimientos sociales en la búsqueda de justicia social, por lo que dejan de acudir para la solución de sus conflictos al derecho y a los tribunales del Estado(2).

Ahora bien, será muy difícil hacer aquí un análisis pormenorizado acerca de cómo el fenómeno de la independencia judicial se manifiesta en todos los Estados latinoamericanos. Por otra parte, si dicho fenómeno se alimenta esencialmente con los mecanismos que se emplean para la selección de los jueces, la tarea sería aún más compleja pues estaría obligado a entrar en cada uno de los sitemas nacionales activos en los respectivos países y destinados a configurar sus diferentes cuerpos judiciales. Pero estos no son los objetivos del presente trabajo. El análisis que aquí se pretende exponer más bien se orienta a rescatar las características generales que emergen de aquellos aspectos centrales de la cuestión judicial latinoamericana, para luego extraer

---

*(2) Tal uso y prácticas alternativas del derecho tienen un interesante reflejo en la actividad de grupos de juristas orientados en tales fines. Un marco de expresión de tales manifestaciones se encuentra en el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, con sede en Bogotá y en sus diversas publicaciones, siendo la más difundida, **El otro Derecho**, editorial Temis, Bogotá.*

de ellas algunas conclusiones que permitan poner al descubierto las ideologías que guían las administraciones de justicia en el continente.

Por consiguiente, en una visión panorámica, conviene tomar los sistemas de los tres países de los extremos y el centro continentales para recoger aquellas características que luego se verán esparcidas, con matizaciones, por las demás organizaciones judiciales de la región. Argentina, México y Brasil constituyen ejemplos típicos de organización piramidal de sus administraciones de justicia, teniendo en cuenta que sus respectivas jurisdicciones de provincias o Estados confederados se configuran del mismo modo que las federales y éstas, a su vez, reproducen el modelo anglonorteamericano con una Corte Suprema en la cúspide de la pirámide a la cual se le requiere que en parte cumpla un papel que, por ejemplo en el modelo francés, se le atribuye al Ministerio de Justicia.

La organización judicial se entonces sobre las Cortes Supremas y los constitucionalistas han pensado siempre que la independencia de la magistratura depende esencialmente de la de los jueces (ministros) que integran esos altos tribunales. El sistema norteamericano de designación política con un cierto control (nombramiento por el Ejecutivo con acuerdo del Senado) está en vigor en los tres grandes países. Pero otro numerosos grupo de Estados ha preferido evitar cualquier intervención del Ejecutivo y confía al Parlamento la elección de los jueces de la Corte Suprema, en la creencia que de este modo se alejan las interferencias de factores políticos. Si la República Dominicana, Bolivia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Uruguay y Venezuela han seguido ese tipo de sistema, tampoco han asegurado mejor que los otros la independencia judicial pues la inestabilidad institucional y la frecuencia de interrupciones a la legalidad constitucional como rasgo principal de todo el continente -salvo muy contadas excepciones- ha burlado la salvaguardia de toda independencia judicial. Por lo demás, si la cláusula de inamovilidad de los jueces es ciertamente más importante que las garantías que se adoptan en su selección y nombramiento, el hecho ya comprobado por **Lambert** en 1963 de que entonces en catorce países regían sistemas de nombramiento temporal de los jueces de la Corte Suprema y en algunos el mandato era por cierto breve (a veces menor que el del Presidente de la República), revela que la independencia judicial en el cuadro de la teoría de la separación de los poderes es más un mito que una realidad en Latinoamérica. Pero, de todos modos y como además ses fenómeno so sólo se constata en el nivel de las Cortes Supremas, sino asimismo de los demás jueces federales y nacionales, conviene analizar algún caso concreto para hacer patente la carga ideológica con la que se sostiene ese mito en Latinoamérica. El caso de la República Argentina es sin duda el más útil a tal fin, sin perjuicio de atender a otros también.

2) El caso argentino como ejemplo del mito

La elección del caso argentino para poder analizar la realidad de los dos aspectos centrales a la cuestión judicial latinoaméricana, como lo son los de la **independencia**

judicial y el de la **selección de los jueces** no obedece a un capricho. Existen motivos para escogerlo; entre ellos aparecen no sólo las vicisitudes que han particularmente rodeado la estructura y la vida de la organización judicial argentina en relación con los avatares a que se han visto sometidas las instituciones políticas, sino que también deben destacarse algunos fenómenos como el protagonismo asumido por jueces y fiscales en tiempos recientes a raíz de sucesos de raíz política. Por último, existe el más sencillo motivo personal de un mejor conocimiento de la cuestión sobre la cual me he explayado reiteradamente.

2.1) Organización de la justicia

La Constitución Nacional argentina (CN) y la llamada ley de "Organización de la Justicia Nacional" (dec./ley 1285/58, ratific. por ley 14.467 y posteriores modificaciones), prevén un sistema bastante **sencillo**, por una parte, y eminentemente **político**, por la otra, para la selección (o elección) -reclutamiento, nombramiento, promoción y remoción- de los jueces federales y nacionales que, en diversas composiciones, integran las Juzgados de 1.ª Instancia, los Tribunales o Cámaras colegiados de 2.ª Instancia y hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando digo sencillo aludo obviamente a las condiciones requeridas para ser juez de la Corte Suprema y de los llamados "tribunales inferiores" (art. 97 CN y arts. 4, 5, 6 y 7 de la ley de Organización de la Justicia Nacional, OJN); mientras cuando digo político, estoy únicamente recordando por ahora su origen, en tanto es el Poder Ejecutivo (PE) y complementariamente el Legislativo, los que permiten el nombramiento (art. 86, inc. 5 CN) y proceden a la remoción (arts. 45 y 51 CN) de los jueces que configuran el denominado Poder Judical de la Nación.

Es obvio que este sistema de elección de jueces federales y nacionales argentinos responde en un todo -al igual que en México y Brasil- a la primacía de los poderes políticos que contituyen el Estado argentino. Se ha pretendido, ciertamente, que la falta de legitimidad para ese Poder Judicial quedara en parte subsanada por esa privilegiada intervención del Ejecutivo y del Legislativo en el nombramiento y remoción de los jueces pues ellos sí, como lo prevé la CN, resultan elegidos- aunque de forma indirecta el Presidente y el vice-Presidente de la Nación (arts. 81 y 85 CN) por el voto popular (arts. 37 y 46 CN, para diputados y senadores). Pero, también es obvio que este sistema ha generado graves problemas de **dependencia** o de **débil independencia** de la jurisdicción, como trataré de demostrarlo.

2.2) ¿Es un Poder del Estado la rama jurisdiccional?

Existe en Argentina una larga tradición que ha procurado dar rango de auténtico Poder del Estado al Judicial, intentando ubicarlo en el mismo nivel de autonomía de la que gozan el Ejecutivo y el Legislativo. Aquí no haré ni siquiera una síntesis de tal tradición pues, por otra parte, ya la he hecho en otras partes (cfr. **Bergalli** 1984a; 1984b; 1984c; 1984d). Y si bien mi resistencia a reconocerle al Judicial esa naturaleza arraiga en una de las dos grandes ópticas actuales que los teóricos del Estado contemporá-

neo han construído para interpretar la antigua tesis del Poder tripartito expuesta por Montesquieu, quizá ella pueda entenderse como un ex abrupto. Pero ocurre que dicha tesis, seguida por los teóricos del Estado liberal, también necesitó y ha sido interpretada desde dos grandes óbticas: la que, al tiempo que verifica la superación de los límites impuestos por la teoría de la división de poderes, a raíz de la presencia de nuevas dinámicas sociales, piensa que ya son necesarias nuevas articulaciones institucionales; y, la que, a raíz de la pérdida de vigor de la separación de los poderes encuentra un nuevo sostén para el Estado en la llamada "soberanía popular", concepto éste que suministra una lógica unificadora para todas las expresiones de los poderes estatales, incluído el Judicial (cfr., por todos, **Pizorrusso** 1982, 58 y ss.).

Desde este último punto de vista se alega una substancial recomposición posible en la hipótesis de la unidad del comando popular y esta óptica es quizá la que permite interpretar muchas de las transformaciones por las que están pasando los cuerpos judiciales de los países post-industriales. No obstante, es muy importante resaltar aquí que, pese a toda esta dinámica que ha sacudido las rígidas concepciones entorno a la ubicación de la administración de justicia en el esquema institucional; que ha alterado la vieja imagen de los jueces por sobre la sociedad y que ha otorgado a éstos una nueva representación social en el cuadro de los aparatos estatales, haciéndolos portadores de valores emergentes, la actividad jurisdiccional sigue encontrando sus mejores puntos de apoyo en el marco del Estado de derecho.

No obstante lo dicho, sigo pensando que mi resistencia a reconocerle verdadera naturaleza de Poder a la rama jurisdiccional del Estado argentino y fuera del plano teórico, se apoya sobre unos hechos (y aquí se constata la necesidad de observarlos según los instrumentos de esa parte de la sociología jurídica que se conoce como **sociología de la justicia**) que creo haberlos ilustrados ampliamente en trabajos anteriormente citados y que son suficientemente veraces como para confirmarla a través de la práctica real de la jurisdicción en Argentina y en otros países latinoamericanos.

2.3) Hechos que demuestran la naturaleza de la jurisdicción

Aludo, por una parte, a decisiones de la Corte Suprema de Justicia, pronunciadas en críticas oportunidades, mediante las cuales se prestó una legítimación a regímenes **de facto** instaurados a través del empleo de la fuerza militar. Por otra parte recuerdo decisiones del poder político que directamente avanzaron sobre el máximo tribunal argentino para obtener su adhesión. Y, por último, menciono verdaderas intervenciones de fuerza para "deshacerse" de jueces incómodos, como ocurrió en Colombia en Noviembre de 1985, en el Palacio de Justicia de Bogotá.

2.3.1) Decisiones de la Corte Suprema

Así puede afirmarse que la jurisdicción confirmó la intervención golpista en la República Argentina y no fue nada casual, en consecuencia, que luego de semejantes actitudes de la Corte Suprema de Justicia la propia forma-Estado de derecho quedara

más tarde como una mera expresión de deseos.

El máximo tribunal argentino había seguido una tradición de la jurisprudencia norteaméricana, conocida como doctrina de las **political Questions** por la cual, según el clásico principio de la división de poderes -que se presenta como eje central del diseño constitucional norteamericano-, "las cuestiones políticas no están sujetas al conocimiento judicial". La naturaleza de semejantes cuestiones fue detenidamente examinada por los contitucionalistas nacionales y yo mismo me ocupé de ellas hace unos años (cfr. **Bergalli** 1984a cit, 64-74).

Lo que aquí importa destacar es la abstracción que semejante doctrina imponía a los tribunales de justicia para intervenir en situaciones de índole política. De tal modo, esto traducía -particularmente para la Justicia federal y la Corte Suprema, dado la estructura constitucional y la organización judicial argentinas una total prescindencia en las alternativas que eventualmente pudieran rodear el juego de los poderes políticos. No obstante, en 10 de septiembre de 1930 y en 5 de julio de 1943 -ante los golpes de Estado producidos por los movimientos de días anteriores a esas fechas-, la Corte Suprema -con diferentes composiciones- adoptó sendas decisiones (expresadas mediante las respectivas "Acordadas") con las cuales atribuyó, por lo tanto en forma espontánea y sin requirimiento institucional alguno, una legitimidad a los gobiernos militares impuestos por aquellas asonadas castrenses que así habían destituído los que hasta entonces tenían toda la legalidad democrática a su favor (presididos por Hipólito Yrigoyen y Ramón S. Castillo, respectivamente), aun cuando pudiera imputárseles defectos en el ejercicio de sus funciones.

Tales decisiones, más allá de su significado como cambio histórico en la posición de la Corte Suprema -cuya valoración se descuenta pero excede los límites de este análisis-, lo que hicieron fue desplazar a los magistrados de ámbito federal y nacional de su naturaleza **de jure** a otra **de facto**, pues al dejarse de lado la Constitución que exije otro tipo de legitimación para el Ejecutivo, ellos perdieron su legitimidad institucional (v. **Pérez Ghilhou** 1983, con bibliografía ilustrativa). Esto que ocurrió de la forma descrita en aquellas ocasiones, volvió a repetirse posteriormente, aunque con diferencias de hecho e institucionales, en las siguientes interrupciones de la legalidad constitucional de los años 1955, 1966 y 1976. Así fue que el reiterado reconocimiento posterior a los "golpes" de la "nueva" legalidad hecho por los jueces, sus nombramientos y promociones al margen del sistema previsto por la Constitución (art. 86, inc. 5º CN) y el desconocimiento total o parcial de ésta por los Poderes ejecutivos provisionales, en muchos de sus aspectos pero especialmente en el de las garantías individuales, pusieron a la administración de justicia argentina en las condiciones **de facto** que todos los demás aparatos del Estado.

Una situación como la descrita por la que reiteradamente ha pasado la clase judicial argentina en diferentes etapas, no fue esporádica ni casual. Comenzó en 1930 y se ha prolongado, con algunas breves intermitencias, por lo menos hasta 1983. Es verdad entonces que los vaivenes característicos del régimen político-institucional, a lo largo de cincuenta y tres años en los cuales una plena legalidad rigió en cortos

períodos, colocaron a la clase judicial en situación de inestabilidad casi permanente. Con ello, la necesaria independencia para que la jurisdicción funcione como verdadero Poder del Estado argentino se vió aún más debilitada de lo que siempre lo fue en razón del propio esquema previsto para ella por la Constitución y por virtud de la primacía que los poderes políticos poseen en el proceso de selección, nombramiento, promoción y remoción de los jueces.

2.3.2) El comportamiento de los magistrados y las decisiones judiciales

Por lo demás, mi resistencia a aceptar la tradición que otorga naturaleza de auténtico. Poder del Estado a la rama jurisdiccional se apoya en los propios comportamientos que los magistrados han brindado, a veces corporativamente. En efecto, las muestras de sometimiento que ha dado el cuerpo judicial -dejando aquí obviamente a salvo el caso de muchos jueces que, individualmente, dieron pruebas de autonomía de criterio en repetidas oportunidades, actuando con competencia e integridad frente al autoritarismo- sobre todo en períodos **de facto**, agravadas en el último tiempo de irracionalidad y barbarie entre 1975 y 1983, han revelado la escasa independencia con que la jurisdicción actuaba en el país lo que, por su parte, generó un gran descreimiento ciudadano y su deslegitimación institucional.

El reiterado ejemplo de los **habeas corpus**, presentados por millares y rechazados sin alguna o escasa investigación, durante los ocho años de agudo terrorismo estatal, constituye la prueba terminante de aquel sometimiento. Así lo enfatizó el propio **Informe** de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), cuando puntualizó:

"Así fue que, el mismo día del golpe de Estado, se cambió la composición" del Poder Judicial a nivel de la Corte Suprema, del Procurador General de la Nación y de los Tribunales superiores de Provincia, al propio tiempo que se puso 'en comisión' a la totalidad de sus otros miembros. Todo Juez, para ser designado o confirmado, debió previamente jurar fidelidad a las Actas y Objetivos del 'Proceso' liderado por la Junta Militar. A partir de allí la actividad judicial adoptó un perfil harto singular. Señalada por la Ley Suprema de la Nación como amparo de los habitantes contra los desbordes autoritarios, cohonestó la usurpación del poder y posibilitó que un cúmulo de aberraciones jurídicas adquirieran visos de legalidad. Salvo excepciones, homologó la aplicación discrecional de las facultades de arresto que dimanan del estado de sitio, admitiendo la validez de informes secretos provenientes de los organismos de seguridad para justificar la detención de ciudadanos por tiempo indefinido. E, igualmente, le imprimió un ***trámite meramente formal al recurso de habeas corpus, tornándolo totalmente ineficaz*** *en orden a desalentar la política de desaparición forzada de personas." " El Poder Judicial, que debá erigirse en freno del absolutismo imperante, devino en los hechos en un* ***simulacro de la función jurisdiccional*** *para cobertura de su imagen externa. Hubo, sin embargo, jueces que, dentro de las tremendas presiones sufridas por la situación reinante, cumplieron su función con la*

dignidad y el decoro que se esperaba de ellos. Pero también es real que hubo quienes, teniendo el deber jurídico de proteger a las personas y a sus bienes, dejaron de hacerlo; quienes pudiendo limitar el abuso de las detenciones arbitrarias avalaron la aplicación de verdaderas penas sin juicio previo; y quienes, por fin, con su indiferencia, exhibieron una conducta cómplice con los secuestros y las desapariciones. La población llegó a presentir que era inútil recurrir al amparo judicial para preservar sus derechos esenciales. La situación creada alcanzó tal notoriedad y difusión en la comunidad internacional, que un tribunal suizo negó la extradición de cinco argentinos, a pesar de cumplirse todos los demás requisitos del respectivo tratado, fundando su decisión en razones de inseguridad para la vida de los delincuentes que debían extraditarse". (v. CONADEP 1984, 391-2). (Las cursivas han sido agregadas al original).

Por todo ello, dejan perplejo las afirmaciones emitidas por magistrados que, en tiempos de democracia, olvidando sin duda su participación anterior en administraciones de justicia **de facto** aunque cumpliendo de forma relevante su función en el Estado de derecho, pueden ser interpretadas como coberturas de las tareas desempeñadas por ellos mismos durante la dicturadura. En efecto, se les preguntó:

(Periodista) "Hay declaraciones suyas que me han llamado la atención. Usted dijo una vez que había empezado a conocer la realidad de la Argentina de los últimos años al encargarse del juicio". Y, ¿qué pasó con los ***habeas corpus*** *en favor de los desaparecidos, que jamás prosperaron durante esos años? Y el entrevistado, respondió:*

(Entrevistado) "Por aquel entonces, al menos en los primeros años del régimen, fuí juez. Los ***habeas corpus*** *se presentaban y las autoridades negaban la existencia de detenidos o secuestrados. ¿Qué podíamos hacer nosotros? ¿Qué podía hacer un juez? ¿Allanar la Escuela Mecánica de la Armada? ¿Decir, entrégueme al detenido? Todo esto suena a fantaía." (v. Strassera 1986).*

Para enteder mejor las respuestas del entrevistado, que se acaban de transcribir, conviene hacer presente que el Dr. Julio C. Strassera, Fiscal ante la Cárama Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, entonces, dictaminó luego sobre la llamada ley de obediencia debida opinando que la misma no era inconstitucional (v. **Duhalde** 1987). Ciertamente, al abandonar ese cargo judicial, fue nombrado por el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín como Embajador ante los Organanismos de Derechos Humanos en Ginebra, puesto en el que fue confirmado por el Presidente Carlos S. Menem; recientemente, abrumado por los indultos dictados respecto de los mismo ex-Comandantes Militares cuyas condenas él mismo había solicitado ante aquel tribunal federal, acaba de dimitir como representante diplomático argentino.

Sin embargo, tantos o más perplejidades que las declaraciones antes transcriptas provocan las decisiones de la jurisdicción y, en este sentido, me remito a la ya famosa sentencia de 9 de diciembre de 1985, emitida respecto de los nueve Comandantes, integrantes de las tres primeras Juntas militares que ocuparan por la fuerza el Estado argentino desde el 24 de marzo de 1976. La Cámara Federal en lo Criminal y Correccional que emitió tal sentencia estuvo integrada por algunos conspicuos

funcionarios judiciales que durante el régimen militar anterior ocuparon ya puestos relevantes bien en la justicia ordinaria, bien en la federal, bien en la Procuración de la Nación (órgano máximo del Ministerio Público, en Argentina) y hasta en la propia Corte Suprema de Justicia (secretario de ésta, en la dictadura, fue el Presidente de esa Cámara Federal, Dr. Andrés D'Alessio). Por ante todas estas instancias jurisdiccionales se tramitaron los **habeas corpus** de que se habla y los integrantes de aquellas habían obviamente prestado juramento a sus cargos por la "nueva" legalidad (según lo establecía entonces la "ley" 21.258, impuesta desde el Ejecutivo por sus ocupantes **de facto**), muy diferente al que prescribe la Constitución argentina (art. 98). No obstante, el gobierno democrático del Dr. Alfonsín promovió a todos esos funcionarios para integrar la Cámara Federal aludida de la que amenó la sentencia aludida. Ésta, por cierto lenitiva y ambigua como fue cuestionada (cfr. **Bergalli** 1985), fue la que preparó -a partir de su punto 30º- la hipótesis de obediencia debida como causa de inculpabilidad o justificación, paulatinamente luego instrumentalizada hasta llegarse a la tesis exculpatorias de casi toda la jerarquía castrense y de seguridad mediante la aplicación de la respectiva ley que sancionara el Congreso el 30 de mayo de 1987 y que fuera promulgada con el n.º 23.521.

2.3.3) Cómo se hace de hecho la selección de los jueces

Si se pudiera hacer un análisis estadístico de los nombramientos de magistrados judiciales realizados en los períodos **de facto** de la historia institucional argentina, seguramente podría comprobarse el mayor número de ellos en relación a los efectuados en las épocas en que la Constitución rigió de pleno. De tal modo, quedarían en evidencia las facilidades que el sistema de elección de jueces que rige en Argentina ha dado para que los Ejecutivos provisionales intervinieran -entonces ya sí, sin la mínima participación del Senado (por las clausuras del Congreso en esas épocas) y, por ende, sin ningún control popular- en la supuesta independencia que se atribuye al denominado Poder Judicial. Ello así, pues la facultad con que el art. 86, inc. 22 CN inviste al Presidente de la Nación para llenar las vacantes de los empleos que requieren el acuerdo del Senado y que ocurren durante su receso, por medio de nombramientos "en comisión" que expirarán al fin de la próxima Legislatura (la Constitución alude naturalmente a los recesos ordinarios y no a los impuestos por los regímenes **de facto**(3), de la cual, como he dicho, los Ejecutivos provisionales han hecho largo uso, no ha hecho más que ampliar la interinidad de juez que queda a la espera que se produzca la recuperación del Estado de derecho para alcanzar la convalidación que llegará por medio de una nueva propuesta del Ejecutivo constitu-

(3) Muy recientemente se ha podido constatar en Argentina el empleo de este sistema para cubrir unas vacantes en la justicia federal y nacional, aunque ese procedimiento fue abiertamente repudiado por un buen sector de la propia clase judicial al haber dado el Poder Ejecutivo un uso instrumental y desprolijo de la facultad que le otroga la CN para designar a magistrados durante los recesos legislativos ordinarios. En el caso de que se habla, que se conoce como el "decretazo", pese a la resistencia de algunos tribunales colegiados que debían recibir el juramento de los 14 jueces propuestos mediante decreto del Ejecutivo encabezado por el Dr. Carlos S. Menem, la Corte Suprema avaló ese procedimiento no obstante que las vacantes databan a fechas anteriores a la finalización del período ordinario de sesiones del Legislativo (v. "Los camaristas rechazaron a jueces nacidos del 'decretazo'y "La Corte y el decretazo", en Página/12 del 17 y 20 de noviembre de 1990, respectivamente, Buenos Aires).

cional y el acuerdo senatorial. Pero, también y antes, esos nombramientos "en comisión" lo que han hecho es favorecer el necesario "amiguismo" o imprescindible confianza con los personeros del régimen **de facto** para que durante la vigencia de éste el eventual candidato pudiera ser nombrado.

La historia judicial argentina, particularmente la de los últimos sesenta años, está cargada de las tensiones y de los apremios corridos por quienes se consideraron aspirantes a jueces. Producidos los golpes de Estado, el juez debe buscar el "contacto" con la Secretaría de Justicia para alcanzar finalmente la promoción en la jerarquía jurisdiccional o para lograr no ser desplazado por un substituto también nombrado **de facto**. Recuperada la vigencia de la Cosntitución, ntenta hallar el amigo político del partido con peso que le asegure la propuesta del Ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado a fin de mantener la estabilidad en el cargo o le procure el ansiado nombramiento. Semejantes ajetreos han dejado a la clase judicial argentina, en todo este tiempo, verdaderamente expuesta por una parte a las presiones que pudieran venir del campo político o del militar y, por otra, obligada a formar algunas de las distintas "familias" o aristocracias judiciales con influyentes conexiones sobre aquellos estamentos; pero, de una u otra forma, en condiciones muy precarias para que la jurisdicción pudiera mantener una cierta independencia.

2.3.4) Avances del poder político sobre la independencia judicial

En materia de decisiones del poder político que han revelado un avance sobre la administración de justicia, al punto de dejar vulnerado el principio de la independencia judicial, se recuerda siempre en Argentina la iniciativa del Ejecutivo encabezado por el Gral. Juan D. Perón de promover el juicio político (arts. 45 y 51 CN) a los integrantes de la Corte Suprema, después de haber asumido el gobierno mediante el triunfo en las elecciones de 1946. La integración de ese alto tribunal provenía de la composición de sus cinco miembros llevada a cabo en períodos políticos anteriores, lo cual podía hacer presumir que las decisiones que fuera a adoptar podrían ser contrarias al espíritu de los cambios que se proponía realizar el gobierno peronista. Pero, según se afirma, entre Perón y la Corte Suprema había ciertas "cuentas pendientes" pues la última había anulado algunos decretos del gobierno **de facto**, anterior a las elecciones, que también había integrado Perón, poniendo en tela la constitucionalidad de la Secretaría de Trabajo y Previsión que había estado a cargo de aquél.

Como ha escrito **Félix Luna** (1972, 45) "El alto tribunal, compuesto por juristas de mentalidad liberal, no podía convivir con el nuevo régimen y era previsible que de algún modo sus integrantes quedarían desplazados. Pero la forma en que se los removió fue torpe e hipócrita. En octubre de 1946 se inició el juicio político contra cuatro de los cinco miembros de la Corte, con pretextos que no convencieron a nadie. Destituídos después del juicio constitucional de rigor, sus vacantes fueron cubiertas con magistrados que desde ese momento pusieron al alto tribunal al servicio de los propósitos del gobierno, no tanto en sus decisiones jurisprudenciales como en actos formales de servilismo que pronto los desconceptuaron ante la opinión pública". Por

lo demás, el hecho mismo del juicio político a los jueces de la Corte Suprema ha sido inscripto por otros autores dentro del marco de una estrategia que incluía, asimismo, la disolución de otros centros o instituciones en los que se nucleaban grupos de opinión contraria a los designios políticos de Perón. Así ocurrió con la intervención en la autonomía de la Universidad Nacional, con la disolución de nucleamientos de empresarios y la creación de la Confederación General de Empresarios, etc. (v. **Laiño** 1985, 87).

Pero, indudablemente, el ejemplo más reciente que muestra actitudes políticas contrarias al principio de la independencia judicial estuvo constituído por la modificación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia. El aumento de los componentes de este tribunal ha sido desde mucho un asunto que ha recibido diversas consideraciones; bajo otros gobiernos constitucionales se llevaron a cabo iniciativas en tal sentido, casi siempre fundadas en razones de mejor distribución de la tarea para lo cual siempre se pensaba en la división del tribunal en Salas con lo que, necesariamente, debía elevarse el número de los jueces. Incluso durante el gobierno del Dr. Alfonsín se propició una reforma con tal fin.

Sin embargo, ha sido a comienzos del mandato del Dr. Carlos S. Menem que una iniciativa semejante tuvo fuerte impulso. Habría que detallar numerosas alternativas que precedieron la propuesta oficialista de la ley pertinente para proceder a tal reforma, más quizá sea suficiente destacar que ante el proceso de privatización de variadas actividades económicas a cargo del Estado argentino y, sobre todo, ante la política de indultos para los responsables militares por las violaciones de derechos humanos que se había anunciado y se inició, era presumible que la Corte Suprema hubiera sido llamada a decidir en asuntos tan trascendentes. De hecho, en el período previo a la sanción de la ley que aumentaría el número de los jueces de la Corte de cinco a nueve, se produjo un sinnúmero de cuestionamientos públicos al comportamiento de algunos de los integrantes del tribunal, mientras el juez Jorge Bacqué, que tan respetables votos había formulado en fallos donde se convalidaba la obediencia debida como causa de inculpabilidad, optó por renunciar a su cargo.

Aprobada la ley e integrada la Corte Suprema con aquellos jueces que completaban el número de nueve, rápidamente el tribunal dió muestras de complacencia frente a asuntos en los que el gobierno nacional necesitaba una convalidación jurisprudencial. Fue así que, con la nueva composición, la Corte Suprema adoptó una doctrina hasta el momento jamás asumida y que contraria no sólo una tradición por demás asentada, sino que además va contra la propia instauración del recurso extraordinario (ley 48) mediante el cual es únicamente posible abrir la vía hacia el onocimiento del alto tribunal, en un caso concreto. El denominado **per saltum**, aplicado por primera vez en la decisión acerca de las contrataciones por la venta de la compañía aérea estatal Aerolíneas Argentinas, marca el comienzo de una jurisprudencia que algunos ya tacharon de "adicta" por anticipado, durante la discusión del proyecto de ley de reforma de la Corte Suprema (v. discurso del senador **Solari Yrigoyen** en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 29.IX.1989), pues ella permite el avocamiento del tribunal a ciertos asuntos que él considera necesarios de su conocimiento directo.

2.3.5) El caso extremo de Colombia

El caso extremo que aquí puede exponerse como demostración de los avances que el poder político ha realizado sobre la independencia judicial en Latinoamérica, creo que es el producido en Colombia con motivo de la ocupación del Palacio de Justicia, en Bogotá, por un grupo armado perteneciente a las que entonces eran fuerzas guerrilleras del Movimiento 19 de Julio (M 19).

El proceso de desnaturalización de la administración de justicia que viene padeciendo Colombia, arraiga su origen en la instauración de un régimen político que ha sido considerado como uno de los factores decisivos en la prolongación de la **violencia** que ha vivido la sociedad colombiana, por lo menos desde la muerte de Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948. Posteriormente se han ido agregando otros factores extraños al mencionado pero que añadidos, en su conjunto, han producido el cuadro tan deteriorado de convivencia civil que hoy se observa.

No obstante, muy serios estudios sobre la extracción sociológica de los miembros de la clase judicial colombiana, de sus procesos de formación, de la imagen que la sociedad se ha configurado de ellos, del uso y abuso de la excepcionalidad penal y el estado de sitio como modos de degradación del Estado de derecho, etc. han demostrado la inferioridad en que la jurisdicción se encontraba cuando la Corte Suprema -presidida por el insigne jurista **Alfonso Reyes Echandía**- decidió emprender investigaciones acerca de las violaciones de derechos humanos atribuibles a las fuerzas militares (cfr. **Bergalli** 1986). Cuando el alto tribunal se encontraba estudiando estos graves asuntos, se produjo el asalto al Palacio de Justicia. La tremenda reacción desatada por las Fuerzas Armadas que prácticamente calcinó a un número nunca determinado de ocupantes del edificio, también terminó con las vidas de venitidos jueces encabezados por el propio Reyes Echandía aunque éste hubiera reclamado al mismo presidente de la República, Belisario Bentacur, que diera orden de interrumpir el ataque militar; las palabras de aquél quedarán grabadas para la historia de las responsabilidades compartidas por el poder miliar y el poder político en Latinoamérica, respecto de una mancillada independencia judicial.

2.4) La (in)dependencia interior de la jurisdicción

Lo que he venido exponiendo hasta ahora se relaciona con la llamada **independencia** exterior a la propia estructura judicial y, en consecuencia, asimismo, con un sistema de elección de los jueces que la integran que se instaura y actúa desde fuera de ella. Es decir que, desde instancias, instituciones y momentos ajenos al aparato judicial se producen los impulsos que tienden a su configuración. Pero es también en ellos donde anidan los elementos que a la postre generan su dependencia de otros ámbitos institucionales del Estado o de poderes fácticos y ajenos a los legitimados constitucionalmente.

Sin embargo, existen unos aspectos internos a la organización judicial que merecen una consideración pues son los que, asimismo, provocan obstáculos para que el fenómeno de la independencia también tenga una cara interior. Ellos se

vinculan con la particular estructura piramidal que en general exhiben las administraciones de justicia latinoamericanas, pero que en la argentina tienen caracteres propios.

Dentro del aparato judicial, los niveles de vigilancia sobre el comportamiento de sus integrantes y la adhesión de sus decisiones a la ideología jurídica dominante están aseguradas por el reparto de competencias sancionadoras otorgadas a las instancias superiores. Éstas aparecen investidas de la necesaria capacidad sancionadora para aplicar correcciones a los jueces "inferiores". La conservación de la disciplina está siempre en las manos de los tribunales de alzada que llegan a dictar incluso sus propios reglamentos, los cuales deben ser observados en el trámite de aplicación de sanciones.

Pero, la forma más eficiente de controlar el comportamiento de los jueces y mantener la adhesión ideológica se manifiesta en la fuerza que los tribunales superiores ejercen para revisar las sentencias que no reflejan tal adhesión. En Argentina esto se complementa con el empleo de los llamados fallos "plenarios" adoptados por los tribunales colegiados con el fin de uniformar la jurisprudencia.

En la realidad, esta situación se ha convertido en una verdadera pérdida de la independencia de cada juez que, al imponérsele una manera de decidir, se encuentra limitado por esas instancias cuando percibe que su criterio se aparta del "superior". De esta forma, el verdadero **Poder** Judicial que debería estar distribuído en la cabeza de cada miembro de la jurisdicción, se ha cristalizado en los diferentes tribunales de rango más elevado o, finalmente, en la Corte Suprema de Justicia a su vez aprisionada, como ya se ha visto, por los vaivenes de los regímenes de gobierno.

En consecuencia, quiero destacar aquí el valor y el peso que tienen las llamadas setencias "plenarias" o simplemente "plenarios" emitidos por las Cámaras de Apelaciones; sobre todo, cómo están prescriptas cuando, como se dijo, se dirigen a unificar la jurisprudencia de las distintas Salas que componen el tribunal o para evitar sentencias contradictorias de los Juzgados de I.ª Instancia como, asimismo, para fijar la interpretación de la ley aplicable a cada caso, siempre que la Cámara, o a iniciativa de cualquiera de sus Salas, entendiera que es conveniente. De la lectura de la propia norma que impoene reglas de interpretación a los jueces y les somete a una decisión ajena a la fundamentación de sus criterios de decisión, puede extraerse la conclusión de hasta qué punto está internamente limitada la independicia judicial en Argentina. En efecto, la mencionada OJN, en su art. 27, entiende que:

"La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria, es de aplicación ***obligatoria*** *para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal".*

Una concepción tan severa e inflexible de la interpretación del derecho -como se esbozó al comienzo de este trabajo- contrasta visiblemente con todas las propuestas modernas y democráticas formuladas que pretenden concebir al derecho y la

jurisprudencia como instrumentos revulsivos con el fin de afianzar una práctica jurídico-política específica la cual, en función de nuevos criterios, más apegados a la realidad, tienda a la solución emancipadora de tensiones y contradicciones en aquellas formaciones sociales que pasan por un período de profunda crisis. La celosa uniformización de las decisiones de los tribunales que prescribe esta concepción de la interpretación judicial del derecho -la cual, por cierto, proviene de la filosofía iuspositivista- ha impedido en Latinoamérica, pero como se ha visto especialmente en Argentina, que los jueces y en general los tribunales de justicia asumieran la necesaria conciencia acerca de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y de su verdadera idoneidad como factor de cambio social (cfr. **Novoa Monreal** 1983, esp. 39-44).

3) El gobierno de la administración de justicia y la cultura de los jueces

A esta altura de la exposición debería parecer evidente que una tentativa de solución a los numerosos obstáculos que se oponen para que el principio de la **independencia judicial** en Latinoamérica deje de ser un mito, ha de pasar principalmente por dos reformas. Una, que evidentemente atañe a las formas de la organización judicial, a su reubicación en la estructura de los aparatos del Estado, a la desburocratización y democratización interna de la propia pirámide jerárquica; y, otra, que se debe manifestar en la misma cultura de los jueces, en la cual debe comenzar a cambiar la propia auto-imagen que ellos generan de sí, al mismo tiempo que su inserción real en los problemas y conflictos que llegan a sus conocimientos les lleven a concebir el derecho que aplican como un instrumento de transformación social.

La experiencia europea muestra que esas reformas fueron posibles o por lo menos se han podido intentar, a partir de la configuración de un sistema que ha dado en llamarse como de **gobierno de la administración de justicia**. Sobre tal tipo de sistema hay múltiples estudios y yo mismo los he descripto al mismo tiempo de emitir una valoración crítica sobre él, en la perspectiva de una eventual aplicación a las organizaciones judiciales latinoamericanas (respecto de la experiencia de los gobiernos de la administración de justicia en Europa occidental, por todos, **Zanchetta** 1987; respecto a América latina y en particular a Argentina, cfr. **Bergalli** 1984a, 102-110; 1991).

Empero, para llegar a hacer realidad formas de auto - o cogobierno de la justicia es imprescindible contar con que los propios integrantes de los cuerpos judiciales tienen que llegar a realizar una toma de conciencia del papel que ellos mismos pueden cumplir en semejante transformación. La adopción de una identidad que los identifique con el ciudadano desprotegido que reclama su interceción par a la solución del conflicto que lo aflije, sólo puede alcanzarse si su compromiso llega a empeñarlo colectivamente con los demás compañeros que tienen una sensibilidad semejante. El nacimeinto de un asociacionismo judicial que pretenda incidir como para participar en el logro de aquellas formas nuevas de organización de la administración de justicia,

únicamente se legitima si está desprovisto de todo afán corporativo, pues en la medida que una restructuración de los aparatos se adecue a las demandas que la sociedad le formula es cuando más se justifica el compromiso de sus integrantes.

Esa clase de asociacionismo judicial y las corrientes democráticas que han orientado en Europa el movimiento colectivo de jueces y magistrados para librar batallas en el campo de las libertades civiles, constituyen un ejemplo en el cual deben observarse los colegas latinoamericanos. Es sabido que en muchos ámbitos ellos están más preocupados hasta por la propia salvaguardia; el riesgo físico y la misma pérdida de la vida son los peligros a que se ven expuestos muchos jueces latinoamericanos cuando se confrontan con la corrupción de los políticos, el desmedido lucro de los empresarios, la criminalidad organizada o el despiadado autoritarismo militar. Pero, también otros se preocupan por no perder protagonismo y, con desprecio de los intereses sociales que les corresponde proteger, coquetean con el poder allí donde éste se manifieste. El cambio de imagen que esto supone va en desmedro de la representación social que los jueces deben asumir, sobre todo en aquellas sociedades en las cuales las creencias populares sobre el derecho y la justicia están muy deterioradas por los usos privilegiantes que de ambos se ha hecho o demasiado mediatizadas por los discursos demagógicos.

La lucha por unas sociedades más justas, donde todos los derechos humanos estén protegidos comenzando por el derecho a la vida, y el logro de formas de gobierno auténticamente democráticas, son aspiraciones con las cuales los jueces deben colaborar. Pero sólo pueden hacerlo si el instrumento jurídico que van a emplear se aplica desde una organización abierta al conocimiento de los ciudadanos. Una forma de alcanzar esta meta es que en los órganos de gobierno para la administración de justicia que deben crearse en Latinoamérica, debe contemplarse no sólo una adecuada representación de los propios jueces y magistrados, junto a la del Poder Legislativo, sino que asimismo deberá tenerse en cuenta la necesidad que otras fuerzas sociales -como las univesidades, los sindicatos de trabajadores y empresarios- pueden hacer oir su voz aunque sea desde fuera de la composición institucional de tales órganos. De aquí salen los conceptos de auto- o cogobierno que, por ahora, han tenido una incipiente aparición, con vida muy efímera o tan solo como propuestas a legislar (así fueron los casos que en Venezuela primero y luego en Colombia no llegaron a alcanzar el nivel de funcionamiento, cfr. **Chiossone** 1980 y **Nemoga Soto** 1987, respectivamente).

Por último, las reflexiones y propuestas que se acaban de emitir únicamente pueden discutirse si se aceptan los precedentes que han dado origen a todas ellas. Tales precedentes se encuentran insertos en el desarrollo histórico de una cuestión judicial latinoamericana la cual, por sus especificidades propias a formaciones sociales dependientes en lo económico ha hecho del derecho, de los discursos jurídicos y de sus organizaciones judiciales instrumentos idóneos para profundizar la dominación y la hegemonía política (cfr. **Bergalli** 1990). Es hora, entonces, para que los jueces latinoamericanos asuman la carga de la transformación reclamada y dejen de ser transmisores de unas ideologías jurídicas y judiciales que la impiden.

Bibliografía

BARATTA, A. (1983): **La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho**, en: Anuario de la Facultad de Derecho-Estudi General de Lleida, "Las fuentes del Derecho", eu Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.

BARCELLONA, P. (1984): **I soggetti e le norme**, coll, Per la storia del pensiero giuridico moderno 16, Giuffrè editore, Milano.

BERGALLI, R. (1983): **La Instancia judicial**, en R. Bergalli et al, "El pensamiento criminológico", vol. II: Estado y Control, col. homo sociologicus 29, Península, Barcelona, 73-94. Hay co-edición latinoamericana, edit. Temis, Bogotá 1983.

BERGALLI, R. (1984 a): **Estado democrático y cuestión judicial** (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial), Depalma, Buenos Aires.

BERGALLI, R. (1984 b): **Independencia, autogobierno y asociacionismo de los jueces Por una práctica judicial alternativa**, en: O. Oszlak (comp.) "Proceso, crisis y transición democrática/1", Biblioteca Política Argentina 45, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 69-101.

BERGALLI, R. (1984 c): **La estructura judicial en América latina**. (Bases para una necesaria organización democrática de la administración de justicia en América Latina desde la cuestión argentina), en: G. Rusche y O. Kirchheimer, "Pena y estructura social" (trad. E. García Méndez), col. Pensamiento Jurídico Contemporáneo, edit. Temis, Bogotá, XVII-XLIV.

BERGALLI, R. (1984 d): **El Estado democrático y la cuestión judicial: el caso argentino**, en: "Afers Internacionals", primavera n.º 3, CIDOB-Barcelona, 47-77.

BERGALLI, R. (1985): **Argentina: aspectos de una setencia y sus repercusiones**, en: "Afers Internacionals", tardor-hivern n.º 7, CIDOB-Barcelona, 121-124. Ha aparecido en italiano, con el t´tulo: **L'obedienza dovuta** (Argentina: la sentenza contro i membri delle giunte militari), en: "Antigone-Bimestrale di critica dell'emergenza", il Manifesto anni'80, Roma 38-39.

BERGALLI, R. (1986): **El poder y los jueces latinoamericanos** (Los modelos argentino y colombiano), en: "Afers Internacionals", primavera n.º 8, CIDOB-Barcelona, 49-61.

BERGALLI, R. (1990): **Jueces y justicia en Latinoamérica** (Un aspecto de la sociología del control penal), en: L. Aniyar de Castro (ed.), "Criminología en América latina", serie: Criminología en los países en desarrollo, UNICRI, Roma, 71-90.

BERGALLI, R. (1991): **Selección de jueces y auto-gobierno de la administración de justicia**, en: R. Bergalli (ed.), "Sociología del control penal", Oñati Proceedings (en prensa), Instituto Internacional de Sociología Jur´dica, Oñati (Gipuzkoa).

CONADEP (1984): **Nunca Más**; Informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas, EUDEBA, DICIEMBRE 4ª ed., Buenos Aires.

DE GIORGI, R. (1979): **Scienza del diritto e legitimazione**, De Donato, Bari.

DUHALDE, E. (1987): **Strassera: La estatura del hombre**, en: Madres de Plaza de Mayo, año III, n.º 32, julio, Buenos Aires, 7.

LAIÑO, F.H. (1985): **De Yrigoyen a Alfonsín** (Relato de un testigo del drama argentino), Plus Ultra, Buenos Aires.

LAMBERT, J. (1963): **Amérique latine**, Presses Universitaires de France, Paris. Hay versión en italiano (trad. S. De Santis), "L'America latina", Editori Riuniti, Roma 1966.

LUNA, F. (1972): **De Perón a Lanusse, 1943/1973**, Biblioteca Universal Planeta, Panorama 8, editorial Planeta, Barcelona.

PEREZ GHILHOU, D. (1983): **Los jueces de facto - Amnistía política**, Temas de Controversia Constitucional, Depalma, Buenos Aires.

PICARD, E. (1987): **Come progredire rimanendo immobili?** (Riflessioni sullo stato della magistratura in Francia), en: P.L. Zanchetta (a cura di), "Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale", Quaderni di 'Questione Giustizia', Franco Angeli, Milano, 51-73.

PIZZORUSSO, A. (1987): **Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche**, en: P.L. Zanchetta (a cura di), op. cit., 159-175.

SMIRNOV, L.N. (1978): **La Côur Supreme de l'Union des Républiques socialistes sovietiques**, en: P. Bellet y A. Tunc, "La Cô ur judiciaire supre", Paris, Economica, 373 y ss, esp. 380.

STRASSERA, J.C. (1986): **Mi deseo es que nada quede impune**, TEXTO: S. Palacio, en: LA VANGUARDIA (Revista semanal), 19.enero, Barcelona, 6-11.

WIETHÖLTER, R. (1968): **Rechtswissenschaft**, Fischer, Frankfurt a.M.

ZANCHETTA, P.L. (1987): (a cura di), **Governo e autogoverno della magistratura neil' Europa occidentale**, Quaderni di 'Questione Giustizia', Franco Angeli, Milano.

Roberto Bergalli

Universidad de Barcelona (España)

ESTATUTO DEL JUEZ

1. Que las garantías de independencia, inamovilidad, e intangibilidad de remuneraciones de los Jueces para asegurar la preservación de los derechos humanos e individuales, constituya un capítulo de las constituciones que se dicten por Asambleas Constituyentes, o que se incorporen en las constituciones vigentes, o que se mantengan en aquellas que lo tienen así consagrado.

2. Que para consolidar la independencia de los Jueces se establezca por los órganos legislativos, reglas que posibiliten la participación de la ciudadanía en la selección de los magistrados, sea en forma directa o indirecta; que si es de manera indirecta como por ejemplo lo ordena la Constitución de la Nación Argentina, sea el Poder Administrador encargado de la propuesta, quien ejecute el régimen de selección, ateniéndose a aquellas regulaciones, atendiendo al mismo tiempo a las opiniones objetivamente fundamentadas de los Tribunales Superiores del fuero respectivo.

3. Que para garantizar la inamovilidad de los jueces, su remoción solo pueda realizarse mediante juicio que les garantice el pleno ejercicio del derecho de defensa; con participación de integrantes de los Poderes Legislativos y Ejecutivo y expresa exclusión de otros organismos judiciales como Tribunales Supremos o Apelaciones.

4. Que para sancionar disciplinariamente a los Jueces por faltas que no alcancen entidad para removerlos, se establezca legislativamente regímenes específicos que contengan un catálogo de conductas sancionables, y el procedimiento a aplicarse que asegure la garantía de la defensa en juicio, con intervención de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sin sujeción a miembros de Tribunales Superiores o Inferiores.

Geronimo Sanso

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones

civil de la ciudad de Buenos Aires

CUESTIONARIOS

1) ¿Está amparada constitucionalmente la independencia judicial?(*)

2) ¿En qué otras leyes y Reglamentos se desarrolla ese principio constitucional?(*)

3) ¿Cómo es el sistema de acceso a la función judicial, único o múltiple?

4) ¿Es cuestionado este sistema? Razones concretas alegadas

5) ¿Está garantizado el principio de "juez natural" o juez ordinrcio predeterminado por la ley?

6) ¿Existen "ministros en visita" o "jueces ad hoc"?

7) ¿Está garantizada la inamovilidad?

8) ¿Existe subordinación de unos jueces a otros en el plano gubernativo y disciplinario? ¿Está garantizado el principio de doble instancia?

9) ¿Existe jurisdicción militar? ¿Cuáles son sus competencias?

10) ¿Puede el juez pertenecer a un partido político o a un sindicato? En su caso, rango normativo de la prohibición

11) ¿Están permitidas las asociaciones de jueces?

12) ¿Está regulada la responsabilidad penal, civil y disciplinaria?

13) ¿Existe control ideológico institucional de las resoluciones de los jueces?

14) ¿Quién vela por la independencia de los jueces?

15) ¿El juez se siente independiente? ¿Cómo vive su independencia?

16) ¿La sociedad cree que el juez es independiente?

17) ¿La crítica pública de las resoluciones judiciales está favoreciendo u obstaculizando, de hecho, la independencia de los jueces?

(*) Acompañar en su caso fotocopia del o de los preceptos de la Constitución, Leyes o Reglamentos donde se recojan.

VENEZUELA

1) Sí, el artículo 205 establece la independencia y autonomía **de los jueces**.

2) En la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 1.

3) Se debe acceder sólo a través de concursos. Aún cuando la Ley de Carrera Judicial establece la obligatoriedad de los concursos, las figuras del juez provisorio y juez interino, cuyo nombramiento no obedece a normas preestablecidas, hace nugatorio la obligatoriedad de los concursos.

4) En la teoría, o en lo formalmente legal, es un sistema (el de concursos) aceptable o bueno, sin embargo se ha desvirtuado en sus propósitos a través de las figuras aludidas. En Venezuela más de la mitad de los jueces son iterinos o **provisorios**, muchos, con años en esa condición. Esto permite que se acceda a la judicatura. como funcionario de carrera, a través de esta vía y después de estar años como provisorio o interino.

5) Sí, el artículo 69 de la Constitución entablece que "nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales". Se han presentado algunos problemas en relación a la jurisdicción militar.

6) El Código de Enjuiciamiento Criminal permite la designación de Instructores Especiales en ciertos casos de importancia. Este es designado por los Jueces Superiores de la región. Sin embargo estos Instructores Especiales han de ser jueces ordinarios. No existe la figura del juez designado para encargarse de un asunto particular. Actualmente se ha creado la figura del Juez itinerante, funcionario que es asignado para aquellos Juzgados con trabajo atrasado.

7) Sí, el artículo 3 de la Ley de Carrera Judicial sólo permite la destitución o suspensión del juez, previo juicio disciplinario con todas las garantías que esto supone. Sin embargo esto no ha frenado la arbitrariedad del órgano disciplinario, al extremo que es común que la Corte Suprema de Justicia deje sin efecto estas decisiones y ordene la reincorporación del juez.

8) El Consejo de la Judicatura tomó, desde hace algunos años, todo el poder disciplinario que antes descansaba en los jueces superiores de la región, por lo menos en primera instancia. Desde el punto de vista administrativo también, el Consejo de la Judicatura, tiene todas las facultades. No existe juez en Venezuela que ejerza este control, sólo tiene su función jurisdiccional. En cada región, según la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Juez Superior Primero Civil, tiene la representación institucional del Poder Judicial.

9) Sí, sólo se ocupa de delitos previstos en el Código de Justicia Militar (sean cometidos por militares o civiles), o bien de delitos comunes cometidos en instalaciones militares. Por otra parte los delitos comunes cometidos por militares, fuera de servicio, son enjuiciados por la justicia penal ordinaria.

10) Sí puede, aun cuando se le prohibe participar en reuniones y actividades proselitistas (art. 45 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Sin embargo, aun cuando es pública y notoria la violación de esta disposición por un número considerable de jueces, nada se hace al respecto. Si se entiende como sindicato las Asociaciones de Jueces, sí puede pertenecer. Por otra parte el juez pertenece, a veces, debido a otras actividades, a sindicatos, por ejemplo en el sector educativo.

11) Sí están permitidas. De hecho en todos los Estados (regiones) de Venezuela existe una Asociación, y una Federación de Asociaciones, a nivel nacional.

12) Aun cuando el artículo 121 de la Constitución establece la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios públicos, en el sector judicial no ha sido regulada legalmente. La Corte Suprema, en reciente decisión, inclusive, declaró como no admisible recurso de queja contra algunos de sus magistrados.

13) No existe, institucionalizado, tal control. Sin embargo, la interferencia del Ejecutivo, así como los intereses partidistas y económicos crean un control de sometimiento ideológico. Por otra parte, en no pocos casos, se ha abierto juicios disciplinarios a jueces por el contenido de sus decisiones, con la excusa de alguna causal disciplinaria. Se recurre, casi siempre, al expediente de que una u otra decisión atenta contra el "decoro" del Poder Judicial, con toda la subjetividad que ello implica. La composición actual del Consejo de la Judicatura ha esperanzado al gremio judicial, pues ha mejorado notablemente en este período constitucional, al designar sólo a jueces de carrera como Magistrados.

14) El artículo 217 de la Constitución establece que el Consejo de la Judicatura tiene dentro de sus atribuciones asegurar "la independencia, eficaia, disciplina y decoro de los Tribunales". Entiéndase por Tribunales las oficinas judiciales (juzgados, cortes y tribunales propiamente dichos).

15) Esta respuesta, necesariamente tendrá que ser contestada personalizándola: no me siento independiente, o mejor dicho, el deseo de vivir la independencia me ha traído múltiples problemas laborales y personales, al extremo de ser denunciado por jueces superiores (cuando los tenía, pues afortunadamente ahora soy juez superior), debido a no compartir sus criterios, aparte de las reprimendas implícitas en sus revocatorias. Así mismo se me han abierto juicios disciplinarios por el Consejo de la Judicatura al "maltratar" (judicialmente, claro) cierta y alta jerarquía militar, así como por no compartir criterios claramente represivos de jueces superiores. Se debe insistir que mejoró, para este período constitucional, la conformación del Consejo de la Judicatura. Esperamos, por tal razón, que su actitud varíe en este sentido.

16) No, la sociedad tiene un pobre concepto del juez. Esto está comprobado por encuestas. Lo consideran un poder público dependiente, politizado y corrupto. En Venezuela, a veces avergüenza decir que se es Juez.

17) Debido a que efectivamente el Poder Judicial es lo que cree el público, no sabemos hasta dónde la crítica es beneficiosa o dañina. Creemos, sin embargo, que las decisiones judiciales han de ser discutidas públicamente; no defendemos la tesis

del juez aislado y neutral, sino que creemos en el juez activo, inclusive en un rol social y político, consciente de los intereses que trata de realizar el sistema jurídico.

Jorge Rosell

ARTICULOS

Constitución de la República de Venezuela

Art. 69: Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales, ni condenado a sufrir pena que no está establecida por la ley preexistente.

Art. 121: El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley.

Art. 205: En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público.

CAPITULO III

Del Consejo de la Judicatura

Art. 217: La Ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL - TITULO I

Del Poder judicial; de sus órganos y de la Administración de Justicia.

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Art. 1: El Poder Judicial es independiente de las demás ramas del Poder Público en el ejercicio de sus funciones.

Art. 45: Los funcionarios judiciales deben abstenerse de tomar parte en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político; y en las elecciones populares o en los actos que las precedan, se limitarán en emitir su voto personal.

No obstante lo anterior, deberán ejercer las funciones y cumplir los deberes que por razón de sus cargos les impongan las Leyes.

LEY DE CARRERA JUDICIAL

Art. 3: Los jueces gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser removidos o suspendidos en el ejercicio de sus funciones en los casos y mediante el procedimiento que determina la presente Ley. Los jueces están obligados a procurar un rendimiento satisfactorio en el ejercicio de sus funciones, de manera que contribuyan a una pronta y eficaz administración de justicia.

BRASIL

1) La independencia judicial está amparada en el artículo 2º de la Constitución Federal de 1988, cuya redacción es la siguiente:

"Art. 2º São Poderes da Uniâo, independientes e harmômicos entre si, o Legislativos, o Executivo e o Judiciário".

Otras normas constitucionales que desarrollan el principio son las que se refieren a los delitos de responsabilidad del Presidente de la República y las hipótesis de intervención en los Estados y Municipios:

- "Art. 85: São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

...II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação;

...VII - o cumprimento das leis e decisões judiciais".

- "Art. 34: A Uniâo nao intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

...IV - garantir o livre exercicio de qualquer dos Poderes das unidades da Federação;

...VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial";

- "Art. 35: O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a Uniâo nos Municípios localizados no Território Federal, exceto quando:

...IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou decisâo judicial".

Con respecto a los jueces y magistrados, los preceptos constitucionales importantes para garantizar la independencia judicial son los que establecen que el cargo es vitalicio y las remuneraciones irreductibles, así como el que prohibe la traslación y jubilación compulsorias, a la excepción de la hipótesis de deliberación del respectivo tribunal. Esos preceptos son los siguientes:

- "Art. 95: Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93. VIII;

III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que

dispôem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, 2º, I".

- "Art. 93: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em dicisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa".

2) En el campo de competencias de los Estados, el principio se desarrolla de modo distinto en cada uno de ellos, según sus propias constituciones y leyes de organización judicial. En la esfera federal, el desarrollo depende del futuro "Estatuto da Magistratura" mencionado en el art. 93 CF. El actual estatuto - Lei Complementar n.º 35/77 - ha sido recepcionado en parte por la Constitución de 1988, pero sus normas no representan un desarrollo importante del principio.

3) El acceso a la función, en primera instancia, se da unicamente por oposiciones. La excepción es constituida por la jurisdicción laboral, cuyas "Juntas de Conciliaçao e Julgamento" se componen de jueces togados y representantes patronales y de los trabajadores.

En los tribunales superiores, no obstante, el sistema de acceso es misto. Parte de sus integrantes es representada por juez de carrera y parte por fiscales y abogados.

4) Con respecto a las oposiciones, es que ellas no se han mostrado sufientes para la verificación de la aptitud para la función. Unos cuantos Estados -v.g. Sao Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais- están desarrollando esfuerzos para corregir las distorsiones del sistema. Esos esfuerzos consisten, principalmene, en la creación de las "escolas estaduais de magistratura", en las cuales se desarrollan sistemas de preparación y aprendizage que preceden el acceso a la función.

Con respecto a las instancias superiores, la discusión más importante se refiere al propio Supremo Tribunal Federal. Desde hace varios años, el Supremo ha venido mostrándose un fiel aliado del Ejecutivo Federal. Hoy día el adecuado encauzamiento del problema está entregue al Senado Federal, en cuya esfera de competencias se incluye la aprobación, por mayoría absoluta, de los nombramientos de magistrados hechos por el Presidente de la República (art. 101 CF).

5) Sí, por el artículo 5º, XXXVII y LIII, de la Constitución Federal.

6) No.

7) Sí, en los términos y con la excepción mencionados en la contestación a la primera cuestión.

8) Existe la subordinación, según se puede verificar por el propio art. 93. VIII CF, también mencionado en la contestación a la primera cuestión.

La doble instancia está garantizada por el art. 5º, LV de la CF

9) Sí, existe la jurisdicción militar, a la cual "compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei" (art. 124 CF).

Felizmente, la Constitución de 1988 modificó el precepto correspondiente de la Constitución anterior (art. 129), lo cual determinaba que la competencia de esa jurisdicción se aplicaba a todos los ciudadanos, en los casos predeterminados en ley para la represión a los delitos contra la seguridad nacional o las instituciones militares.

10) La prohibición es unicamente de pertencer a partido político, según el artículo 95, pár. único, III, de la CF.

11) Sí.

12) Solamente la responsabilidad civil y disciplinaria. La penal, en su caso, está regulada por la ley penal común.

13) No.

14) Los tribunales superiores y las asociaciones existentes disponen de medios para velar por la independencia de los jueces. Sin embargo, sus actuaciones con respecto al tema no han venido siendo satisfactorias.

15) La cuestión no posibilita una contestación tajante, principalmente a causa de las disparidades regionales que existen en Brasil. Sin embargo, puede decirse que la situación ha mejorado muchísimo, después del término del régimen militar y que hoy día es satisfactoria especialmente en los Estados más desarrollados.

Con respecto a la segunda parte de la cuestión, lo que ocurre es que la independencia ni siempre es comprendida hasta mismo por los jueces y magistrados. Con frecuencia, ella es instrumentalizada para preservar la ausencia de transparencia en las actuaciones judiciales y confundida con la arbitrariedad.

16) No. El concepto existente es natural, considerándose el sistema de profunda injusticia social en el que vivimos, al cual se añade la notoria ineficiencia de los órganos judiciales.

17) La crítica pública no obstaculiza la independencia de los jueces. Si es esencial para garantizar la verdadera independencia judicial, sin las distorsiones referidas en la contestación a la cuestión 15º.

Antonio Carlos Villén

PERU

1) Nuestra última Constitución Política de 1979, en su artículo 233 inciso segundo establece como garantía de la Administración de justicia, la independencia judicial. Más adelante en el artículo 242 inciso primero se señala que el Estado garantiza a los Magistrados Judiciales su independencia, agregando además que sólo están sometidos a la Constitución y a la Ley.

2) Los preceptos constitucionales anteriormente referidos no han sido desarrollados en ninguna otra norma jurídica.

3) A la función judicial se accede a través del Consejo Nacional de la Magistratura y de los Consejos Distritales de la Magistratura, organismos encargados de inscribir, examinar y elaborar las ternas de postulantes para cubrir las plazas de Vocales de la Corte Suprema, Superior y Jueces (Civiles, Instructores, de Trabajo, Agrario, de Menores y de Paz Letrados).

4) Este sistema es criticado no sólo por la composición del Jurado Examinador que se presta a la presión política, sino además por la inadecuada y superficial forma de examinar a los postulantes.

5) La Constitución Política señala a manera de Derecho Constitucional en su artículo 2do. inciso 20 literal l) "**Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la Ley ni sometida a procedimientos distintos de los Previamente especiales creadas para el efecto, cualquiera sea su denominación**".

6) No existen **Ministros de visita**, pero si **Jueces ad hoc** en materia penal, nombrados expresamente para avocarse al conocimiento determinado caso judicial de gran importancia.

7) El artículo 242, inciso 2do. de la Constitución Política expresa "**El Estado garantiza a los margitrados judiciales: su permanencia en el servicio hasta los setenta años y la inamovilidad en sus cargos, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función. Los magistrados no pueden ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento**".

8) a) Si existe subordinación de unos jueces a otros en el plano gubernativo y disciplinario.

b) Si está garantizado el principio de la doble instancia, en el inciso 18) del artículo 233 de la Constitución Política, que establece la instancia plural como garantía de la Administración de Justicia.

9) Si existe jurisdicción militar, totalmente separada de la jurisdicción ordinaria, la misma que se rige por su propio Código de Justicia Militar. Su competencia son todas las faltas y delitos que cometen los miembros de la fuerza armada y de la Policía General en circunstancias en que se encuentren en actividad. No está de más señalar que hace poco el actual régimen del Presidente Alberto Fujimori Fujimori expidió el

Decreto Supremo número 271-91, mediante él establecía que los militares y policías en las zonas de emergencia se encontraban en actividad las 24 horas del día y como tal cualquier falta o delito que se cometieran en ese lapso sería de conocimiento de la jurisdicción militar. Al respecto todas las fuerzas democráticas especialmente la Prensa escrita se pronunciaron en contra de tal dispositivo, hasta obligar al Congreso de la República a derogarlo mediante una Ley.

10) El segundo párrafo del artículo 243 de la Constitución Política declara que "**Los magistrados estan prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga**".

11) Las Asociaciones de Jueces no está expresamente permitidas en la Constitución Política ni en ninguna otra norma de menor jerarquía; sin embargo desde hace años, la existencia de la Asociación Nacional de Magistrados ha quedado legitimado al reconocerse la participación de su Directiva o la de sus integrantes en una serie de comunicaciones oficiales. En el útlimo proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se permite la formación de Asociaciones de Jueces para fines Culturales y Sociales.

12) La responsabilidad penal está regulada en el Código de Procedimiento Penal, la responsabilidad civil en la Ley 24979 y en el Código de procedimientos Civiles; y, la responsabilidad disciplinaria en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley y Reglamento de funcionamiento de la Oficina de Control Interno del Poder Judicial.

13) No existe un control ideológico institucional en forma directa respecto de las resoluciones de los jueces; sin embargo en la práctica los jueces con mentalidad renovadora y de transformación son marginados socialmente por las cúpulas dirigentes del Poder Judicial.

14) La independencia de los Jueces debería ser velada por la Corte Suprema, sin embargo son pocas las ocasiones en las que este máximo órgano jurisdiccional se ha pronunciado en forma expresa por el respeto a la independencia de los jueces.

15) Por lo general el Juez se siente independiente, de manera tal que vive su independencia cuando con su resolución no pone en peligro el actual orden de cosas; empero, existen determinados jueces que realmente tratan de sentirse independientes no obstante estar presionados por el sistema imperante, estos jueces en algunas ocasiones emiten resoluciones cuestionadoras del sistema, y como tal propulsores de cambiar en la Sociedad.

16) Por lo general las personas componentes de la Sociedad creen que el Juez lo puede todo.

17) La crítica pública actualmente se encuentra orientada por determinados órganos de Prensa, los mismos que obstaculizan el desarrollo de la relativa independencia de los jueces.

Vladimir Paz de la Barra

ECUADOR

1) Está garantizada la independencia judicial por la disposición del Art. 96 de la Constitución de 1987 y su codificación promulgada en la R.O. n.º 596 del 1 de Septiembre.

2) Este principio de independencia judicial, se desarrolla en la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional; Art. 22 y en la Ley de Carrera Judicial publicada en el R.O. n.º 486 del 25 de Julio de 1990 y el Reglamento aprobado por la Corte Suprema.

3) El acceso de la Función Judicial para los Ministros de la Exc. Corte Suprema es único; los elige el Congreso Nacional según el Art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional y Art. 101 de la Constitución. A su vez los Ministros de Corte Superiores son elegidos por la Suprema y los Jueces y Funcionarios por las Cortes Superiores respectivas.

Para otros funcionarios como Notarios y Registradores, es por Concurso de méritos y oposición.

4) Este sistema único de elección de Magistrados de la Corte Suprema y Corte Superiores se cuestiona argumentando que se politiza la función. Se sectoriza a los partidos políticos dominantes y a los gobernantes de turno y se pierde la independencia de la Función Judicial.

5) El principio de Juez Natural o de Juez Ordinario predeterminado en la Ley está cosntitucionalmente garantizado en los estatutos jurídicos civiles, penales y procesales. Se establece "Que nadie puede ser distraido del Juez de su fuero" en razón del domicilio con excepciones por la subrogación. La Constitución de la República Art. 19 Lit. d) "Ninguna persona puede ser distraida del Juez compente ni juzgada por Tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que fuese su denominación.

6) No existen Ministros en visitas o Jueces Ad-hoc, Existen sí Conjueces de los Magistrados a nivel de Corte Superiores y Suprema. En los tribunales penales pueden integrarse en audencia pública con un lJuez ad-hoc.

7) No legalmente; los Jueces y Ministros de Corte duran cuatro años en sus cargos lo que da lugar a reorganizaciones frecuentes con matiz político partidista; Art. 173 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional "Los Magistrados de la Corte Suprema y Superiores y los Jueces y Fiscales de la República durarán cuatro años en el ejercicio del cargo, podrán ser reelegidos indefinidamente y tendrán su respectivo Conjuez o suplente. Terminado el período para el que fueron elegidos continuarán desempeñando el cargo hasta ser legalmente reemplazado. En caso de producirse vacante durante el período, el nombrado como reemplazo ejercerá el cargo hasta la terminación del período.

8) Sí, Jueces de primer nivel de todas las Jurisdicciones a los Ministros de Corte Superiores y éstos a su vez a la Corte Suprema. Existen dos o tres instancias en el plano de los procesos civiles y en recurso de casación y revisión de sentencias en juicios penales, de tránsito y Tributario.

9) Existe Jurisdicción militar y Policial para las causas penales o disciplinarias por infracciones y contravenciones cometidas durante el desempeño de sus funciones por sus miembros; tienen sus propios Código Penal y Procesal.

10) El Juez no puede pertenecer a grupos políticos partidistas. Le está prohibido participar en política. Principio consignado en la Constitución de la República Art. 104 se le prohibe funciones de dirección en los partidos políticos. El Art. 194 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional prohibe incluso integrar estas agrupaciones.

No existe prohibición al respecto. Pero no hay ninguna asociación. Los Jueces se incorporan como miembros de la Asociación de Empleados judiciales.

11) Sí consta tal regulación de responsabilidad, en la Constitución Art. 99 inciso final; pueden ser llamados los Magistrados de Corte Suprema, Tribunal Fiscal y Tribunal de lo Contencioso Administrativo a juicio político ante el Congreso Nacional. En los propios Códigos de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal lo referente a acciones de indemnización de daños y perjuicios (Art. 1031 al 1039 del Código del Procedimiento Civil), y tipificado el prevaricato en el Código Penal. En cuanto a la disciplinaria está la responsabilidad, prevista en la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional.

13) No, los Jueces en sus resoluciones sólo a través de recursos son controlados en sus resoluciones por las Cortes, pero no "Control Ideológico Institucional".

14) Por la Independencia de los Jueces vela la Corte Suprema.

15) Un Juez se siente independiente a medias, es decir, sabe que la Constitución y su Ley Orgánica garantizan su Independencia; pero en la práxis recibe muchas presiones y una resolución puede costarle su estabilidad; entonces debe arriesgarse firmemente y sostener su criterio, sobre todo en causas penales en que la prensa ejerce gran presión.

16) La sociedad cree que el Juez no es independiente.

17) La crítica pública que hacen los medios de información están obstaculizando de hecho la independencia de los Jueces, puesto que hacen sus propias conclusiones e inducen a la opinión pública en la dirección más sensacionalista y absuelven o condenan antes de que el proceso concluya.

Dr. Nicolás Cassis M.

Corte Superior de Justicia Guayaquil (Ecuador)

HOLANDA

1) La independencia del poder judicial está garantizada (art. 117 de la Constitución, art. 111, párrafo 3 de la Constitución para las Antillas Neerlandesas).

2) La garantía de este principio constitucional es elaborado más detalladamente en la Ley de la Organización Judicial y la Ley sobre la Composición de los Tribunales Civiles y el Salario de los Empleados Públicos Judiciales. En cuanto a las Antillas Neerlandesas y Aruba está en vigor el Decreto Uniforme Organización Judicial (ELRO).

3) Tanto en los Países Bajos que en las Antillas Neerlandesas y Aruba existen dos (2) formas de incorporación en la Función Judicial;(a) juristas jóvenes (menores de 30 años) pueden ser admitidos como "Empleados Públicos Judiciales En Formación (R.A.I.O.)" después de un exámen psicológico y conversaciones con una comisión de admisión (en la cual además de un represenante del Ministerio de Justicia y un representante de la sociedad, tres (3) miembros del poder judicial tienen asiento).

Esta formación práctica dura seis (6) años (2 años escribanía, 2 años fiscalía y 2 años en una función jurídica fuera de la organización judicial, casi siempre la abogacía).

Después de seis (6) años sigue, en caso de una evaluación favorable, el nombramiento a juez o fiscal (b) Juristas con más de seis (6) años de experiencia práctica adquirida en otra parte pueden ser admitidos como juez-suplente después de conversaciones llevadas con una así llamada comisión de admisión.

Después de uno (1) a tres (3) años, durante los cuales la mayor parte del tiempo toca seguir cursos, la persona concerniente, a proposición del aparato judicial concerniente puede ser nombrado juez del cuerpo judicial en cuestión.

4) Existe una satisfacción bastante amplia en cuanto a las dos formas de reclutamiento. Como aspectos desventajosos de la formación - R.A.I.O. están considerados los siguientes puntos:

La formación no estimula tanto que digamos la formación individual de la persona concerniente y además no se distingue suficientemente el futuro cargo de un juez y un fiscal. En cuanto al reclutamiento de personas ajenas se considera una desventaja los dos (2) años que transcurren después de su nombramiento a juez-suplente ya que forman un período incierto, puesto que no hay nada que garantize su instalación como juez.

5) En la Constitución está establecido que el juicio penal y el juicio de disputas en lo que se refiere a los derechos civiles están al encargo del poder judicial (art. 112 y 113 Const.) (en cuanto a las Antillas Neerlandesas los art. 100 y 101 - la Const.).

6) Los Países Bajos están provistos de la posibilidad que los miembros de aquellos

aparatos judiciales llevan a cabo audiencias en otros lugares que no sean la ciudad principal de su distrito o cantón, en cuanto a los tribunales de los distritos y los cantones (art. 50 y 34, párrafo 2, RO).

En cuanto a las Antillas Neerlandesas está en vigor (siempre sencillo) que la Corte en Primera Instancia, cuyas audiencias normales se efectúan en Curacao, puede llevarlas a cabo en cualquiera de las demás islas pertenecientes a las Antillas Neerlandesas (art. 7, párrafo 2 y 3 ELRO).

7) Según la Ley Fundamental y la Constitución de las Antillas Neerlandesas los miembros del poder judicial, encargados de juicios, son nombrados por el Procurador General del Consejo Superior para toda la vida (art. 117 Ley Fundamental y art. 111, párrafo 3, Constitución Antillas Neerlandesas).

8) En cuanto a los jueces existe, en forma, a penas alguna subordinación referente a los miembros de la magistratura vigente (designación a desempeñar la función del Ministerio Público por el presidente de un cuerpo judicial (art. 6 RO). A nivel disciplinario el Presidente de un cuerpo judicial tiene el derecho a advertir a los miembros del cuerpo judicial a su cargo (art. 14 RO). Los miembros del poder judicial, encargados de juicios, pueden ser suspendidos y despedidos (art. 13 y 13a RO)y art. 118 ELRO) bajo demanda del Ministerio Público.

En las Antillas Neerlandesas las actividades de la Corte están repartidas por el Presidente (art. 9 ELRO). El Presidente puede dar un advertimiento a los miembros de su Corte (art. 37 ELRO).

El principio de 2 instancias no está garantizado constitucionalmente. Sin embargo, para casi todas las formas de juicios vale que la ley está provista de 2 instancias.

9) Hasta el día primero de enero 1991 existió en todo el Reino (Los Países Bajos y las Antillas Neerlandesas) juicios militares, penales y disciplinarios. Esto es actualmente abolido. Sea por el hecho que el juicio de militares se efectúe por asi llamadas cámaras militares de la instancia judicial concerniente. Un militar siempre forma parte de esta instancia.

10) Ninguna disposición jurídica excluye calidad de miembro o función dentro de un partido político. También la calidad de miembro de Estados Provinciales y Junta de Concejales está enfáticamente permitido (art. 8 párrafo 2 RO).

La calidad de Miembro de un Sindicato Obrero no es Prohibido en Ninguna Parte.

11) En Los Países Bajos existe la asociación para Juicios (NVOR), de la cual el 90% de los empleados públicos judiciales forma parte. Dentro de esta entidad existe, la corriente, la así llamada Magistratura de Grupo de Trabajo, que tiende más al sindicalismo.

12) Existe un arreglo criminal particular para magistrados, lo cual implica que ellos deben justificarse ante otro tribunal que no sea el en el cual se efectúen sus audiencias, es decir tribunales en los cuales están acreditados (art. 510 Enj. Crim.).

En cuanto a las Antillas Neerlandesas hace falta semejante arreglo.

La responsabilidad del derecho civil de los empleados públicos no figura en un arreglo separado.

Sin embargo, recientemente un fiscal fue sentenciado a indemnización de daños y perjuicios a causa de violación evidente del Código de Enjuiciamiento Criminal.

A nivel disciplinario los miembros del Ministerio Público pueden ser castigados según el Derecho de Empleados Públicos (con llamamiento al Juez de Empleados Públicos), mientras para los miembros de la magistratura vigente es de vigor que pueden ser advertidos por el Presidente de su cuerpo judicial y el Consejo Superior los puede suspender o despedir (art. 13, 13a y 14 RO).

Unos u otros detalles también estan vigentes para las Antillas Neerlandesas y Aruba. Además en cuanto a los Antillas Neerlandesas rige que ellos puedan ser despedidos por el Rey a causa de incapacidad, psicopatía, enfermedad corporal u achaques de la vejez a proposición del Gobernador de las Antillas Neerlandesas (art. 117 y 118 La Constitución).

13) No existe ningún control a nivel institucional-político referente a las decisiones de los jueces. Por el otro lado hace falta un derecho de prueba de leyes a la constitución la constitucionalidad de leyes, por lo tanto es unicamente a cargo del juicio del legislador. Recientemente hubo problemas referentes a este punto en los Países Bajos.

14) La independencia del Poder judicial no es garantizada por ninguna instancia en particular. La protección de esto proviene de la Ley Fundamental, respectivamente la Constitución de las Antillas Neerlandesas.

15) El juez en los Países Bajos y en las Antillas Neerlandesas se considera debidamente independiente. Uno experiencia aquella independencia en particular ante el poder legislativo y los órganos representativos.

En 1982 en ocasión de una decisión del alcalde de Amsterdam hubo una sentencia de evaculación de una prestigiosa casa crujida que no se pudo llevar adelante y a causa de ésto hubo una amplia discusión con respecto a la polémica si para el alcalde no existiera una obligación judicial.

16) Por regla general, la independencia del poder judicial es aceptado y percibido como tal. Pequeñas amenazas de este principio (como previamente ilustrado) conducen a discusiones amplias. Donde existe en los Países Bajos en medida creciente de escepticismo en cuanto al papel del legislador, la confianza en el poder judicial es intacta, es más amenaza una cierta medida de expectaciones exageradas.

17) La crítica social referente a las decisiones de los jueces es, por lo general, positiva con relación a la independencia judicial.

LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 112

1) El poder judicial se encarga del procesamiento de las contiendas referentes a derechos civiles y cobro de deudas.

2) La ley puede encargar sea al poder judicial o a los tribunales no pertenecientes a aquel el juicio de litigios que no proceden de vínculos de judiciales civiles.

La ley formula pautas para el procedimiento y las consecuencias de las decisiones.

Artículo 113

1) Fuera de esto el poder judicial se encarga del enjuiciamiento de los actos penados por la ley.

2) Los procesos a nivel disciplinario instituído por el Gobierno son regulados por la ley.

3) Una pena de privación de libertad sólo puede ser impuesta por el poder judicial.

4) Para el juicio de los Países Bajos y para el derecho penal militar, la ley podrá establecer normas distintas.

Artículo 117

1) Los miembros del poder judicial encargados de juicios y el Procurador-General de la Corte Suprema son nombrados de por vida por real decreto.

2) Por petición personal y al haber llegado a la edad dispuesta por la ley, los miembros por la ley serán despedidos.

3) En los casos determinados por la ley los miembros pueden ser suspendidos o despedidos por un tribunal designado por la ley y perteneciente al poder judicial.

4) Por lo demás la ley regula la posición legal de los miembros.

Artículo 118

1) Los miembros de la Corte Suprema de los Países Bajos son nombrados de una lista de tres candidatos, presentada por la Cámara Baja de los Estados Generales.

2) La Corte Suprema en los casos correspondientes y dentro de los límites establecidos por la ley, está encargado de la casación de los procesos judiciales por razón de infracción del derecho.

3) Según la ley también podrán encomendarse otros cargos a la Corte Suprema.

Gerritjan van Oven

FRANCIA

1) L'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 déclare:

"Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.Il est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Les magistrats du siège sont inamovibles".

L'article 65:

"Le Conseil Supérieur de la Magistrature est présidé par le Président de la République. Le Ministre de la justice en est le vice-président de droit. Il peut suppléer le Président de la République.

Le CSM comprend en outre 9 membres désignés par le Président de la République dans les conditions fixées par une loi organique.

Le CSM fait des proposition pour les nominations de magistrats du siège à la Cour de Cassation et pour celle du premier président de Cour d'Appel. Il donne son avis dans les conditions fixées par la loi organique sur les propositions du Ministre de la Justice relatives aux nominations des autres magistrats du siège. Il est consulté sur les grâcies dans les conditions fixées par une loi organique.

Le CSM statue comme Conseil de Discipline des magistrats du siège. Il est alors présidé par le premier président de la Cour de Cassation".

Composition du CSM

Le CSM comprend 9 Membres désignés par le Président de la République dans les conditions suivantes:

- 3 membres de la Cour de Cassation dont un avocat général, 3 magistrats du siège des cours et tribunaux. Ces 6 membres sont choisis sur une liste établie par le bureau de la Cour de Cassation et comportant pour chacune des catégories un nombre de noms triple du nombre de postes à pouvoir.

- un conseiller d'Etat choisi sur une liste de trois noms établie par l'Assemblée g´nérale du Conseil d'Etat (le Conseil d'Etat est la plus haute juridiction administrative).

- deux personnalités n'appartenant pas à la magistrature et choisies à raison de leur compétence.

Le mandat des membres du CSM est de 4 ans, renouvelable une fois.

(*)Comentaires

- L'article 64 é dicte que le justice nést qu'une "autorité" et non un "pouvoir". Il y a donc volonté politique claire de ne pas placer la justice au même niveau que le

pouvoir exécutif et législatif.

- Composition du CSM: Les magistrats judiciaires composant au nombre de 6 la CSM ne sont pas élus par leurs pairs. Il appartient au bureau de la Cour de Cassation d'établir une liste de 18 noms, parmi laquelle le choix du Président de la République est libre.

Le SM condamne ce type de désignation:

a) la liste des magistrats proposés au Président ce la République est dressée par le bureau de la Cour de Cassation c'est à dire par la hiérarchie judiciaire. Le risque est grand que cette liste ne reflète pas le pluralisme de la magistrature.

b) Les magistrats choisis par la Cour de Cassation, puis désignés par le Président de la République, n'étant pas élus, leur légitimité est faible.

c) Sur les 9 magistrats judiciaires composant le CSM, trois appartiennent à la Cour de Cassation. Il y a donc une représentation de la haute hiérarchie, puisque la centaine de membres de la Cour de Cassation a droit à trois représentatns au CSM alors que les quelques 5000 magistrats du siège des cours d'appel et des tribunaux n'ont droit qu'à 6 représentants.

d) Le Président de la République choisit librement les deux personnalités extérieures membres du CSM, ainsi que le secrétaire génaral de celui-ci. Afin de mieux garantir le pluralisme politique, il conviendrait que les présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat puissent également désigner des représentants. Le secrétaire général du CSM, dont le rôle est important, puis que c'est le seul magistrat affecté à plein temps au CSM, soit élu par le CSM et non choisi par le Président de la République.

e) Le CSM n'est pas compétent pour connaitre des nominations des membres du Ministère Public, qui sont pourtant des magistrats.

f) Le CSM fait des "propositions" qui lient le Président de la République que pour les magistrats du siège de la Cour de Cassation et les premiers présidents des Cours d'Appel, soit une centaine de magistrats. Pour les quelques 5000 autres magistrats, le CSM ne donne que des "avis" qui ne lient pas le Président de la République pour leur nomination. Cependant, depuis que François MITTERAND est Président de la République, il semble qu'il ait néanmoins toujours suivi les "avis" du CSM.

N.B.: Modalités de nomination des magistrats:

Depuis quelques années a été instaurée par le Ministre de la justice une procédure dite de "transparence" destinée à clarifier les conditions de nomination des magistrats du siège et du parquet. Lorsqu'un magistrat se porte candidat à un poste particulier, son nom figure sur une liste, connue de tous les magistrats, qui comporte tous les noms des candidats à ce poste. Le nom du candidat proposé par le Ministère de la Justice

(*) Ordonnance n.º 58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique sur le CSM.

est souligné. Tous les candidats non retenus par le Ministère peuvent faire part de leurs observations au CSM (s'ils appartiennent au siège) qui sera donc conduit à donner son "avis" en connaissant ces "observations". Il arrive que le CSM ne suive pas la proposition faite par le Ministre.

2) Cf. réponses à la question n.º 1.

3) - 75% des magistrats du siège et du parquet sont recrutés parmi les diplômés en droit qui ont réussi le concours d'accès à l'Ecole Nationale de la Magistrature, où ils bénéficieront d'une formation théorique et pratique de 30 mois.

- Le reste du recrutement s'effectue soit par concours interne pour les fonctionnaires, soit sur titre (avocats, fonctionnaires, greffiers, enseignants). Le recrutement sur titre est de la compétence d'une Commission au sein de laquelle siègent des magistrats élus. Cette commission décide également de l'aptitude des magistrats à obtenir de l'avancement.

Commentaire

Le SM demeure attaché au recrutement par concours, qui offre le plus de garanties que celui effectué sur "titres". Le SM demande que les recrutés sur "titres" effectuen également une scolarité à l'E.N.M. Quant à l'E.N.M., il serait souhaitable qu'elle n'emploi pas que des enseignants magistrats et qu'elle mette davantage l'accent sur la réflexion déontologique et sur l'ouverture en direction de la société civile et les ciences sociales.

4) Cf. répondes question n.º 3.

5) Contrairement à de nombreux pays européens, la France apparait peu attachée à cette nation, qui est d'ailleurs très peu employée dans le langage judiciaire. Bien entendu, les règles de compétence territoriale et d'attribution des juridictions son strictement régies par les codes. Mais au sein d'une juridiction, le Président est libre d'affecter à sa guise, les magistrats dans tel ou tel service, sauf pour ce qui est des juges spécialisés (juge d'instruction, juge pour enfants). De même, c'est le président du Tribunal qui décide du contentieux qu'auront à traiter les différentes chambres qui composent la juridiction. Les affaires sont, depuis pu, attribuées aux différents juges d'instruction d'un tribunal selon des critères objectifs. Mais le Procueur de la République peut contourner cette règle dans certains cas, et choisi ainsi indirectement le juge d'instruction.

6) Terminologie inconnue en France.

7) L'inamovibilité des magistrats du siège est garantie par la Constitution. Ils ne peuvent être mutés, même en avancement, qu'avec leur accord. Mais pour obtenir un avancement, il faut en règle générale, quele magistrat quitte la juridiction où il exerçait jusqu'alors. En France, en effet, il n'existe pas de "carrière plane" c'est à dire de dissociation grade et de l'emploi. Les membres du Ministère Public ne bénéficient pas de l'inamovibilité. Ils peuvent être mutés dans "l'intérêt du service". Mais d'une façon

générale les mutations s'effectuent toujours avec le consentement de l'intéressé (sauf en cas de sanction disciplinaire).

8) La magistrature est fortement hiérarchisée sur un modèle quasi militaire. Dans un Tribunal de Grande Instance la hiérarchie est la suivante: 1º) Président; 2º) Premier Vice-Président; 3º) Vice-Président; 4º) 1er. juge; 5º) Juge.

Le Président a le pouvoir de répartir les juges dans les différentes chambres du Tribunal. Il choisit la chambre que présidera un vice-président. Le Président dètermine les compétences de chaque chambre du Tribunal. Il note l'ensemble des magistrats.

Les Assemblées Générales des magistrats n'ont qu'un rôle consultatif. Chaque juge est libre dans son appréciation du litige qui lui est soumis, mais ni ses décisions déplaisent au Président, il risque d'être mal noté. Le principe du double degré de juridiction est garanti pour la plupart des litiges.

9) Les délits commis par des militaires sont du ressort des juridictions civiles, qui ont une chambre spécialisée.

10) L'article 10 du statut de la magistrature édicte:

"Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. Toute manipulation d'hostilité au principe ou à la forme du Gouvernement de la République est interdite aux magistrats, de même que toute démostration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou à entraver le fonctionnement des juridictions".

Ce texte est interprété de manière libérale. Un magistrat peut être membre d'un parti politique. Il peut se présenter à une élection politique, sauf dans le ressort de sa juridiction. Si un magistrat est élu député ou sénateur, il ne peut plus exercer ses fonctions (5 magistrats siègent à l'Assemblée Nationale et au Sénat). A plusieurs reprises des magistrats ont soutenu des candidats aux élections. Il y a eu une seule poursuite disciplinaire (avertissement). Les droits syndicaux sont reconnus dans la magistrature. Les dirigeants des syundicats bénéficient de décharges de service.

12) a) **Disciplinarie**:

L'article 43 du statut de la magistrature prévoit que "tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire".

Les sanctions disciplinaires applicables aux magistrats sont: 1º) La réprimande avec inscription au dossier; 2º) Le déplacement d'office; 3º) Le retrait de certaines foctions; 4º) L'abaissement d'un échelon; 5º) La rétrogradation; 6º) La mise à la retraite d'office; 7º) La révocation avec ou sans suspension de droits à pension.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature est l'organe compétent en matière disciplianire pour les magistrats du siége. Pour le Ministère Public, la responsabilité disciplinaire est appréciée par la Commission de Discipline du Parquet, composée de magistrats élus. Il a très peu de poursuites disciplinaires, peut-être une par an.

b) **Civile**:

L'article 11-1 du statut de la magistrature prévoit que "la responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut-être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat".

En d'autres termes, la personne qui estime que le magistrat a commis une faute professionnelle, doit engager une action judiciaire contre l'Etat et non contre le magistrat.

Si l'Etat est condamné, il peut se retourner contre le magistrat (pas d'exemples connus).

13) Non. Seules les voies de recours judiciaire (appel, cassation) sont admises.

Mais la carrière des juges et surtout celle des membres du Ministère Public dépend, dans une certaine messure, du pouvoir politique.

14) (Se reporter aux articles de François GUICHARD et Jean-Claude NICOD).

15) Cf. question n.º 14.

16) Cf. question n.º 14.

17) L'article 226 du Code Pénal édicte que "quiconque aura publiquement par actes, paroles ou écrits, cherché à jeter le discrédit sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance, sera puni de un à 6 mois d'emprisonnement et/ou à une amende".

Des poursuites ont été exercées par des ministres de la justice conservateurs, ainsi que par une association de magistrats tout aussi conservatrice contre des organes de presse et des hommes politiques, qui auraient critiqué des décisions de justice.

Le SM demande la suppression de ce délit, qui est une atteinte à la liberté d'expression. La justice plus que toute autre institution doit supporter la critique. Le juge, garant des libertés, rend ses décisions "au nom du peuple français". La liberté d'expression et le droit de critique son la condition essentielle d'un contrôle démocratique de la justice.

F. Guichard

ALEMANIA

1) Art. 97 GG:

I) les juges sont indépendents et subordinés seulement à la loi.

II) Les juges nommés à vie ne peuvent être destitués ou mutés contre leur voeux que par décision d'un tribunal et pour des raisons et par des procédures rêglées par la loi.

2) Statut de la magistrature (Deutsches Richtergesetz) voire annexe.

3) Après les études à l'université les jeunes juristes passent un premier examen. Ensuite ils sont "Referendar", une espèce de stagiaires auprès des tribunaux, dans l'administration et ailleurs pour 2 1/2 ans. Cette période est terminée par un deuxième examen. Chacun qui a passé les deux examens peut poser sa candidature pour un poste dans la magistrature. Il n'y a pas de concours. Les décisions sont prises par les ministres de la justice des régions (L'Allemagne est un pays fédéral, et la justice avec exception des tribunaux suprémes est dans la compétence régionale) ou par des commissions dont la composition diffère d'une région à l'autre. Tous les statuts régionaux de la magistrature connaissent une participation plus ou moins effective des magistrats ou des députés dans la procédure de nomination. Dans leurs détails les règlements diffèrent beaucoup. Ils sont, d'ailleurs, tous liés à l'article 33 aliéna 2 de la constitution qui garantit l'accès à la fonction publique à tous les allemands en mesure de leur qualification.

4) Dans les années'70 on a expérimenté avec des différents modèles d'intégrantion des études universitaires et l'expérience pratique. Enfin, d'ailleurs, on est revenu au modèle classique et conservateur. Depuis quelques années la discussion sur la formation des magistrats a recommencé de nouveau sou l'influence de l'union européenne.

Quant à la nomination, parmi les magistrats progresistes on discute le modèle italien avec un conseil supérieur de la magistrature.

5) Art. 101 GG:

I) Des tribunaux d'exception ne sont pas admis. Nul ne doit être soustrait à son juge naturel.

II) Des tribunaux spéciaux ne peuvent être établis que par la loi.

Quand-même dans la réalité il y a des possibilités de manipulation, e. g. le parquet peut souvent choisir entre des différents tribunaux, et par les promotions et mutations on peut influencer la composition d'un tribunal.

6) La constitution interdit des tribunaux ad hoc (Art. 101 GG, voire supra N.º 5).

7) L'inamovibilité des juges est garantie par la constitution: Art. 97 (supra N.º 1).

8) Le principe de la "double instance" est garantisé avec exeption des procès civils au tribunal d'instance avec une valeur en litige de ne pas plus de 1200 DM.

L'organisation du pouvoir judiciaire est hiérarchique. En principe -avec des modifications dans les détails- les instances de recours ont la surveillance organisatoire sur les tribunaux subordinés (le président de la cour d'appel sur les tribunaux de grande instance, le président du tribunal de grande instance sur les tribunaux d'instance).

9) Officiellement il n'y a pas une jurisdiction militaire. Il existe un projet de loi sur la justice militaire. Dans le passé il y a eu presque clandestinement des cours de formation professionnelle pour des magistrats prêts à être des futurs juges militaires.

Pour les infractions disciplinaires apart du pouvoir disciplinaire des supérieurs il y a des tribunaux disciplinaires auprès de l'armée. Contre les mesures disciplinaires il y a le recours aux tribunaux administratifs. La compétence pour des délits aux termes du code pénal militaire est auprès des tribunaux ordinaires.

10) Les magistrats du siège et du parquet ont le droit d'être membres de partis politiques et de syndicats.

Art. 9 GG:

I) Tous les allemands ont le droit de constituer des associations et des sociétés.

Cet article de la constitution vaut pour les magistrats comme pour tous les citoyens.

11) Les association des magistrats du siège et du parquet ne sont pas prévues exprès dans la loi, mais leur existence est présupposée dans beaucoup de règlements, e. g. sur les élections pour les organismes de participation.

12) Une responsabilité pénale du juge n'existe qu'en cas de violation frauduleuse du droit. Jusqu'a présent aucun juge n'a été condamné, même pas les juges de l'epoque nazi.

En cas de condemnation un juge serait expulsé du service par un tribunal disciplinaire. Apart de cela il n'y a pas une responsabilité disciplinaire des juges pour le contenu de leurs décisions. Le pouvoir disciplinaire sur l'exercice des fonctions du juge est limité par l'obligation de l'état de garder et respecter leur indépendance.

Le pouvoir disciplinaire peut sanctionner des violations de l'obligation des juges à la réserve.

Une responsabilité civile du juge pour le contenu de ses décisions n'existe qu'en cas de condemnation pénale pour violation frauduleuse du droit. Il y a, d'ailleurs, une responsabilité civile pour des fautes dans l'exercice de leur fonction hors des jugements - e.g. des mesures provisoires illégales comme des mandats ou des ordonnaces, des mesures illégales d'exécution etc. En tout ces cas c'est d'abord l'état qui indemniser la personne lésée. Il ne peut exercer un recours contre le juge qu'en cas de dol ou de faute lourde.

13) Un contrôle institutionnel des décisions des juges n'existe pas. Le contrôle informel est surtout réalisé par les promotions dans le système hiérarchique.

14) L'indépendance des juges est protégée par les conseils de discipline.

Art. 26 du statut de la magistratura (Deutsches Richtergestz):

I) Le juge est subordonné au pouvoir disciplinaire seulement de mesure que son indépendance n'est pas atteinte.

II) Sous réserve de aliéna le pouvoir disciplinaire inclut le droit de reprocher l'exercice non réglementaire des fonctions et d'exhorter à accomplir les devoirs régulièrement et sans délai.

III) Si un juge prétend que son indépendance est atteinte par une mesure disciplinaire, il peut introduire une action auprès d'un tribunal confomément à ce statut.

15) Il n'y a pas de dates autentiques sur la position des juges envers leur indépendance.

16 / 17) Dans une société pluraliste il y a des positions très différentes envers le pouvoir judiciaire. A mon avis, la méfiance et la critique devraient être acceptées par les juges dans une société démocratique et dans l'état du droit.

Stuttgart, 6.2.1991

Christoph Strecker

1) Está reconocida constitucionalmente. La proclaman los artículos 117.1 (principio general), 117.2 (inamovilidad), 117.3 (excluyentividad), 117.4 (exclusividad), 118 (sumisión de otros poderes al judicial en el campo propio de éste), 122.2 (Consejo General), 122.3 (nombramiento de los Consejeros)...

Respecto de este último punto, la Constitución sólo establece que las Cámaras legislativas nombren ocho de sus veinte miembros (juristas de prestigio), dejando en silencio la forma de designación y órgano competente para ello respecto de los doce restantes (jueces y magistrados).

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ha llenado este vacío atribuyendo a éstos idéntico régimen que a aquéllos. La mayoría requerida de 3/5 va dirigida a impedir el monopolio del partido mayoritario; pero existe el peligro, apuntado por el Tribunal Constitucional, de que este sistema de mayoría cualificada sea burlado en la práctica mediante pactos de reparto de puestos entre los partidos dominantes.

Hay motivos para creer que se ha incurrido en esta deformación en las dos últimas renovaciones del Consejo.

2) En la LOPJ, artículos 1º, 2º, (transcripción de normas de la Constitución), 4º (alcance de la jurisdicción), 5º.1 y 6º (jerarquía de normas), 8º (control sobre el Ejecutivo), 12 (independencia interna), 13 y 17 (efectividad de la independencia) con la excepción del art. 18; 217 y siguientes (abstención y recusación), 389 y siguientes (incompatibilidades), 398 y siguientes (inmunidad), 402 y siguientes (independencia económica)...

3º) La forma es múltiple. El ingreso, en general, es por la última categoría, juez. 2/3 de las plazas por oposición libre, y 1/3 por concurso entre juristes de reconocida competencia con seis años de ejercicio.

En la categoría superior, magistrado, se ingresa por ascenso por antigüedad (1/2 de las plazas), por oposición restringida entre jueces (1/4) y por concurso de méritos entre juristas con diez años de ejercicio (1/4).

A la categoría máxima (Tribunal Supremo) se accede desde la propia carrera (4/5 de las vacantes) o entre juristas con veinte años de ejercicio (1/5).

Además, en el específico caso de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores regionales (Salas con escasas competencias, entre las que se cuentan los enjuiciamientos de Altos Cargos de la Administración regional), una de cada tres plazas se cubre previa propuesta en terna efectuada por la Asamblea legislativa de la región.

4) La oposición libre se cuestiona en razón al predominio de las facultades memorísticas propias de este sistema, que no garantizan un futuro buen profesional; aunque sigue un curso en el Centro de Estudios Judiciales, es proverbial su ineficacia.

El acceso por concurso de méritos es contestado en base a que los juristas de

verdadera valía no suelen acudir a una carrera que no colma sus expectativas económicas ni sociales, siendo, por lo demás, el "reconocido prestigio" una apreciación subjetiva de difícil control.

5) Art. 24 y 117.6 de la Constitución. Sí lo está, en términos generales, sobre la base de un reparto de competencias, tanto por razón del objeto, cuantía y materia, como por el territorio, minuciosamente establecidas para los distintos órdenes jurisdiccionales.

En el órden penal, la existencia de la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales, ignorados en la Constitución y regulados en la LOPJ, el tener atribuída jurisdicción en todo el territorio del Estado sobre determinadas categorías de delitos, supone una vulneración al principio del juez natural como el del lugar de la comisión del delito.

6) Estan prohibidos los Tribunales de excepción. En lo demás, me remito al número anterior.

Entendiendo por "jueces ad hoc" jueces de nombramiento individualizado para casos concretos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal los autoriza cuando circunstancias excepcionales lo aconsejen, con relevación de funciones del juez natural; los nombrados habrán de ser funcionarios judiciales en activo destinados dentro del territorio del Tribunal, Superior o Supremo, que los designe.

7) Esta proclamada en las disposiciones ya citadas. En estos momentos está sometida a decisión del Consejo General la cuestión de si los Presidentes de las Audencias Provicionales (cargo cuyas facultades legales adolecen de notable ambigüedad normativa) pueden distribuir a su arbitrio, aunque sea con el respaldo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior correspondiente, entre las distintas secciones de su Audiencia, a los magistrados destinados en ella. De darse respuesta afirmativa, quedaría cuestionada la inamovilidad y la independencia de los Tribunales, cuya composición personal resultaría afectada.

8) Si; las Salas de Gobierno de los Tribunales, que estan formadas por magistrados y jueces, tienen facultades disciplinarias sobre los funcionarios destinados en el territorio de su jurisdicción. Por su parte, los Presidentes dirigen la inspección de Juzgados y Tribunales.

8.1 En el órden jurisdiccional civil, si, salvo algunas excepciones por razón de fuero personal, en que en primera instancia conocen ya los órganos superiores.

En el criminal, hay doble instancia para las faltas y los delitos castigados con pena no superior a seis años; para los que la sobrepasan existe única instancia, pero tienen acceso al recurso de casación: en éste, no solo se revisa la aplicación del derecho; también puede combatirse, bajo ciertas condiciones, la apreciación de hechos probados.

En lo contencioso administrativo y en lo social, la regla general es la doble instancia en los asuntos de que, en primera conocen los órganos inferiores (Juzgados), y la única, salva la cesación, para aquellos atribuidos a los tribunales colegiados.

9) Existe; en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de

sitio.

Sus competencias son, en lo penal, los delitos comprendidos en el Código Penal militar: con algunas excepciones (allanamiento de locales, desobediencias a centinela, no incorporación a filas, contra la Administración de Justicia militar, recaptación), solo contempla conductas realizadas en tiempo de guerra, o por militares (se comprenden en este concepto los que cumplen el servicio militar).

En supuestos de estado de sitio, el Congreso de los Diputados podré determinar qué delitos quedan sometidos a la jurisdicción militar. Este conoce también lo que fijen los tratados internacionales.

10) No, mientras se encuentren en servicio activo. Lo prohibe la Constitucón, artículo 127.

11) Sí, en el mismo precepto constitucional. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos o sindicatos; deberán tener ámbito nacional, sin perjuicio de la existencia de secciones; se respeta la libertad de asociación y solo podrán pertenecer a ellas jueces y magistrados en servicio activo; no está permitida la doble o múltiple afiliación; quedan constituidas por la inscripción en el registro correspondiente, lo que sólo se puede denegar si no se cumplen los requisitos legales.

12) Sí, las tres. La penal, en su aspecto sustantivo, en el Código Penal común; en el procesal existe un previo juicio antes de incoar causa contra jueces y magistrados e instancia de particulares; no rige cuando actúa el Tribunal competente o el Ministerio Fiscal. La civil se ventila, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, según normas generales; en lo orgánico, existe fuero personal especial. La disciplinaria regula las faltas leves, graves y muy graves (existen tipos muy abiertos), el procesimiento y las sanciones.

13) No existe control institucional.

14) El Consejo General del Poder Judicial; los propios jueces y tribunales y aún el mismo órgano atacado, en el caso de que sean competentes para adoptar las medidas correctoras oportunas; y el Ministerio Fiscal.

15) El juez no sufre personalmente ataques o presiones individualizadas contra su independencia, y se considera independiente; pero se ve inmerso en un aparato, y en general, en una sociedad que no lo es (opinión personal).

16) La sociedad cree que, por regla general, los jueces son honestos, pero que esto sirve de poco frente a las irregularidades y la ineficacia de la Administración de Justicia.

17) Indiscutiblemente la favorece; no obstante, los ataques a la independencia de la justicia pueden ser tan sutiles o clandestinos que escapan al control social, y pueden perpetuarse pese a la existencia de la crítica.

Santiago de Compostela, enero 1991

Carlos López Keler

CONCLUSIONES

1ª Ponencia: JUEZ Y SOCIEDAD

1) El fortalecimiento del Poder Judicial de los derechos y libertades de los ciudadanos, dentro de un sistema de separación de poderes y en el marco de un Estado soberano pasa por la democratización de la administración de jusa, propiciando la participación institucional del ciudadano en la misma a través de múltiples medios y por la creación de mecanismos que aseguren la transparencia de la actividad judicial.

2) Se reivindica la utilización del proceso como medio de acercamiento entre juez y sociedad y se subraya el papel legitimador de aquel a través de la profundización en los principios de publicidad e inmediación, así como la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.

3) Se considera necesario un proceso de culturalización del juez que además de atender a su formación técnico-jurídica, de relevancia al conocimiento de otras disciplinas sociales, económicas, culturales, etc., que sirvan a una mejor comprensión de la realidad social y contribuyan a adquirir un mayor compromiso con aquella.

4) Aunque el Poder Judicial necesita de un marco de democracia política y económica para cumplir con su real finalidad garantística, ello no significa que en situaciones de desigualdad e injusticia como las existentes en muchos lugares de la tierra, los jueces deban abdicar de su compromiso en la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

5) Los jueces deben utilizar todas las posibilidades que suministran las Constituciones y los Tratados internacionales, para aplicarlo con preferencia a las leyes ordinarias que en tantas ocasiones resultan contradictorias con aquellos, superando así el legalismo positivista y la concepción de la función de juzgar como una tarea aséptica y neutral descomprometida de la realidad social y las necesidades de la persona.

6) Se rechaza la interesada identificación entre independencia y apliticismo del juez y se reivindica el ingrediente político de la actividad judicial en razón de los márgenes de discrecionalidad que inevitablemente deja abiertos la norma, postulando al propio tiempo un Estatuto del juez que no mutile o reduzca su condición de ciudadano.

7) Se insiste en el papel de las Asociaciones judiciales como instrumentos de participación política de los jueces en la vida social, tanto en el plano nacional como el internacional, a través de un permanente debate sobre la justicia y de la formulación de modelos sobre política judicial.

2ª Ponencia: JUEZ Y CONSTITUCION

1) No existe Estado de derecho sin la consagración constitucional de un catálogo de derechos y libertades fundamentales, que sea efectivamente vinculante para todos los poderes públicos.

2) Los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos tienen carácter vinculante para todos los poderes públicos.

3) La Constitución y los instrumentos internacionales en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales, como normas de carácter positivo, son de aplicación directa por los jueces y tribunales.

4) Corresponde a la jurisdicción en el Estado de derecho la tutela y garantía de la efectividad de los derechos fundamentales frente a todos, comprendidos los demás poderes del Estado. No es admisible la existencia de zonas opacas frente al control judicial.

5) Se rechaza expresamente el recurso a fórmulas de legalidad excepcional - estados de excepción o similares- como técnicas de limitación o supresión de las garantías y libertades y de la tutela jurisdiccional de las mismas.

6) Sólo podrá hablarse de jurisdicción como función del Estado de derecho allí donde se encuentre constitucionalmente garantizada la independencia judicial.

7) La independencia judicial exige que los jueces y tribunales gocen a su vez de un estatuto de verdadera independencia dentro de la propia organización judicial, que sitúe su quehacer jurisdiccional a salvo de interferencias jerárquicas y adminsitrativas.

8) La independencia judicial requiere que constitucionalmente se garantice la suficiente dotación presupuestaria para el ejercicio de la función jurisdiccional y una retribución digna para los integrantes del poder judicial. Las correspondientes partida presupuestarias serán objeto de reajustes periódicos.

9) La función jurisdiccional se ejerce a través del proceso. Por eso las garantías procesales tendrán rango constitucional. Entre éstas, en concreto, la de presunción de inocencia, derecho de defensa, oralidad, inmediación, publicidad, contradicción e igualdad de partes.

10) La observancia de las garantías procesales es condición imprescindible para la averiguación de la verdad, a la que debe orientarse la función jurisdiccional.

11) La función jurisdiccional comprende el control de constitucionalidad de las leyes. A tal efecto, corresponderá a los jueces y tribunales la facultad de declarar la eventual inconstitucionalidad de la ley en el caso concreto. Asimismo la de promover cuestiones de inconstitucionalidad ante el órgano que corresponda. Es también función de la jurisdicción ejercer el control de legalidad de los actos de la administración.

12) Se estima imprescindible promover la participación popular en la adminsitración de justicia, a través de fórmulas como implantación del jurado y el potenciamiento de

la figura del juez de paz comunal o vencinal, siempre a tenor de las distintas realidades nacionales.

13) Es obligación del Estado garantizar las condiciones que hagan posible el ejercicio de la función con verdadera independencia. Ante el carácter especialmente dramático de algunas realidades nacionales, es preciso señalar que la primera garantía que el Estado debe prestar al juez es la de la propia vida y la integridad personal.

14) Los jueces tienen el deber constitucional ineludible de velar por la efectividad de los derechos fundamentales.

15) Los jueces resolverán las cuestiones que se les sometan con riguroso respecto de las garantías procesales e inspirándose para la composición de los intereses materiales en conflicto en los valores superiores de libertad e igualdad sustanciales.

16) Los valores del ordenamiento democrático deberán informar el ejercicio de la función jurisdiccional. Así los jueces estan obligados a dar a ésta el máximo de transparencia.

17) Los jueces motivarán cuidadosamente sus resoluciones. Tanto en lo que se refiere al tratamiento de las cuestiones de hecho -adquisición y valoración de las pruebas- como a los aspectos de derecho. Y lo harán dando cuenta de la verdadera razón de sus decisiones y de modo que, no obstante las exigencias técnico-jurídicas, aquellas puedan ser comprendidas por los ciudadanos.

18) Los jueces tienen como ciudadanos el derecho y el deber de ejercer la crítica de las resoluciones judiciales.

3ª Ponencia: ESTATUTO DEL JUEZ

1) Que las garantías de independencia, inamovilidad e intangibilidad de remuneraciones, así como el aseguramiento de adecuadas prestaciones sociales o previsionales de los Jueces para asegurar el ejercicio de la magistratura en la preservación de los derechos humanos e individuales, constituya un capítulo de las constituciones que se dicten por Asambleas Constituyentes, o que se incorporen en las constituciones vigentes, o que se mantengan en aquéllas que lo tienen así consagrado.

2) La garantía de independencia de los Jueces, debe consistir en la previsión de mecanismos institucionales, capaces de asegurar que el Juez sea efectivamente sujeto, **sólo a la Constitución y Ley**. En particular organizando el acceso a la función a los diversos puestos de la Magistratura, de modo que sean sustraídos a cualquier forma de discrecionalidad de los otros poderes, incluído el propio vértice del poder judicial.

3) Esta garantía inlcuye preveer además, que las acciones de carácter disciplinario que se emprendan contra los magistrados, sean juzgadas por órganos independientes del poder legistativo, del ejecutivo y del vértice del poder judicial, mediante juicio que les garantice el pleno ejercicio del derecho de defensa.

Las infracciones disciplinarias y las sanciones de ese carácter deberán ser previamente determinadas por la Ley. No podrán ser sancionados disciplinariamente aquellos comportamientos que consistan en el ejercicio de libertades fundamentales. En ningún caso el contenido de la decisión podrá ser objeto de sanción disciplinaria.

Deberá asegurarse a los jueces el disfrute de las libertades fundamentales y en particular la de asociarse libremente entre sí y la de expresar libremente su propio pensamiento.

4) Debe preverse que el mismo estatuto de independencia estipulado para los jueces, sea de aplicación a los integrantes del Ministerio Público.

5) La autoridad judicial debe disponer de una policía judicial y de cuerpos técnicos periciales, totalmente independientes de los otros poderes.

Aclaración: Todas las conclusiones precedentes han sido adoptadas por unanimidad a excepción de la relativa al acceso a la función, que ha sido adoptada por mayoría.

DECLARACIONES FINALES

Declaración sobre Colombia

Reunidos en Buenos Aires, República Argentina, durante los días 25, 26 y 27 de Marzo de 1991, ante la situación por que atraviesa el Poder Judicial de Colombia, resuelve declarar lo siguiente:

1) Condenar la violación genralizada de los **Derechos Humanos** en ese país, lo cual constituye una afrenta directa contra la democracia y las libertades, la cual se agrava con el asesinato perpetrado en las personas de Magistrados, Jueces y Empleados, así como las amenazas actuales contra jurisdicciones enteras, en lo que significa un proceso acelerado de deterioro de las bases del Estado de Derecho.

2) Declarar la preocupación por la orientación que en la actualidad ha dado el Ejecutivo de Colombia a la legislación, expresada en:

2.1. La expedición de Decretos excepcionales, con base en la antidemocrática institución del "Estado de Sitio", que terminan con los principios generales del Derecho procesal y de defensa, tal como lo plantea el recientemente expedido "Estatuo para la Defensa de la Justicia", que en última subvierte la estructura democrática de las instituciones y abre las posibilidades de estructuración autoritaria de la aplicación de Justicia.

2.2. La presentación ante las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente estos días, en la ciudad de Bogotá de un proyecto de reforma a la constitución política del Estado, que busca casi que con exclusividad, terminar con la relativa independencia de que goza el Poder Judicial, al pretender la creación de una Fiscalía General de la Nación, una Corte Constitucional y un Consejo Superior de Administración de Justicia, mecanismos mediante los cuales se busca desligar al juez del control de las investigaciones criminales, ejercer un control eminentemente político sobre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia e introducir el manejo del ejecutivo en la designación de Magistrados y Jueces.

3) Exhortar al Gobierno de la República a que se comprometa decididamente en la preservación de la unión de los jueces de Colombia, porque sólo así se logrará salvar el Estado de Derecho y la Democracia, mediante la demostración de una voluntad política tendiente a encontrar mecanismos expeditivos para garantizar lo más preciado de los jueces: su existencia.

4) Hacer un llamado democrático al gobierno de Colombia, y a los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, para que las nuevas reformas a la Constitución política impliquen el respeto a la transmisión del poder público, la independencia de la función judicial y el remozamiento democrático del Poder Judicial.

Declaración sobre Racismo y Xenofobia

Este colectivo judicial manifiesta su expreso y rotundo rechazo a las corrientes de xenofobia y racismo que nuevamente vuelven a recorrer los países del llamado primer mundo y que se plasman en emergentes barreras de tipo ideológico, económico, policial o contra la inmigración y permanencia en aquel de ciudadanos procedentes de países marginados en el concierto mundial.

Asimismo se repudia la discriminación que tiene lugar en algunos países latinoamericanos frente a comunidades nativas y campesinas, lo que genera formas de justicia paralelas que suponen una quiebra en el monopolio estatal de la función de juzgar.

ACUERDO DE BUENOS AIRES

En desarrollo del espíritu que presidió el "documento de intenciones" de San Sebastián de Junio de 1989 y manteniendo como línea de fuerza actual la consecución de los objetivos allí definidos, se han reunido en Buenos Aires (Argentina) los días 25, 26 y 27 de Marzo de 1991 las delegaciones de los países que al final suscriben, las cuales, tras el análisis de las respectivas realidades nacionales, han acordado constituir una comisión gestora tendente a la futura creación de la Asociación Internacional de Magistrados por la Democracia y las Libertades.

Esta Comisión Gestora quedó constituída por **Antonio Doñate** (España), **Luis Niño** (Argentina) y **Jorge González** (Ecuador), y por **Antonio Carlos Villén** (Brasil) como suplente.

Dichas delegaciones han asumido también el compromiso de desarrollar en los respectivos países los mecanismos tendentes a la creación o fortalecimiento del movimiento asociativo de magistrados, así como de comunicar a la comisión Gestora todos los elementos que aquélla precise para llevar a cabo las funciones para la que ha sido constituída.

Buenos Aires, 27 de Marzo de 1991

JUECES para la DEMOCRACIA (España)

MAGISTRATURA DEMOCRATICA (Italia)

N.R.V. (Alemania)

SINDICATO dos MAGISTRADOS do MINISTERIO PUBLICO (Portugal)

BRASIL

ECUADOR

PERU

MAGISTRADOS EUROPEOS por la DEMOCRACIA y las LIBERTADES (MEDL)

ASOCIACION de JUECES y FUNCIONARIOS para la DEMOCRACIA y las LIBERTADES (Argentina)

W.M. (Holanda)

ASONAL JUDICIAL (Colombia)

CHILE

PARAGUAY

VENEZUELA

VALORACION

Durante los días 25 al 27 de marzo ha tenido lugar en Buenos Aires, el 1er. Seminario Internacional sobre la "Independencia Judicial en Latinoamérica" organizados organizaciones de Jueces y Magistrados entre los que destacan como convocantes y organizadores la Asociación Española Jueces para la Democracia y la Asociación Argentina de Jueces y Funcionarios para la Democracia y las Libertades.

A lo largo de tres días se han debatido un sinnúmero de problemas que, más allá de las fronteras afectan al Poder Judicial, y si bien es cierto que algunos de ellos son originales y específicos, es decir, provienen de la propia y peculiar historia de cada país y derivan, por tanto, de su situación concreta en el tiempo, otros muchos -tal vez los más importantes- surgen del papel a ejercer por el Poder Judicial en el actual tipo de Estado democrático como garante primordial de los derechos y libertades fundamentales del ciudadano.

En términos generales y como primera conclusión, aunque es cierto que dista mucho de ser comparable la situación del Poder Judicial en Europa y en Latinoamérica, no lo es más de la que distan sus respectivas realidades políticas, sociales y económicas, lo que a su vez determina las diferencias entre los diversos países que se agudizan en función del mayor deterioro democrático de éstas últimas.

La lucha de los Jueces Demócratas en Latinoamérica es la misma lucha de los Jueces Demócratas en Europa, lo único que cambia es el estadio en el que cada uno nos encontramos, la forma en que en cada momento del proceso se exterioriza el problema, problema que allá donde se expresa en su apariencia más dura puede y llegar a colocar a los miembros del Poder Judicial que defienden esta concepción en una auténtica lucha por la supervivencia.

Aunque es cierto que el Poder Judicial, se dice en una de las conclusiones, necesita un marco de democracia política y económica para cumplir con su real finalidad garantista, ello no impide que en situaciones de desigualdad e injusticia, como las existentes en muchos lugares de la tierra, los Jueces deban abdicar de su compromiso en la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Comprobar como más de 150 Jueces provinientes de diversos continentes coinciden en la necesidad de que la Institución Judicial sea estructurada y considerada como un verdadero Poder y no como un peligro; que los individuos que representan ese Poder gocen de auténtica inamovilidad en la prácica, y exclusividad contrapesada efectivamente con una verdadera responsabilidad y control público de su actividad; y que el legislador no puede por menos que establecer las disposiciones conducentes para que ese Poder, contenido en sus justos límites, no usurpe las atribuciones de otro, y pueda al mismo tiempo defenderse si se siente estorbado en el libre ejercicio de su función, si se atenta de cualquier modo a su independencia, -cualidad la más

preciosa y esencial de la magistratura- y sin la cual, ésta deja de constituir un poder para transformarse en una rueda de la Administración política, constituye una experiencia inigualable.

El concepto de Independencia Judicial ha sido desde un principio y sigue siéndolo un término sumamente complejo, difuso y poroso. Complejo porque la reivindicación que emana de tal término puede ser interpretada de diferentes maneras. La Independencia puede ser considerada como la relación entre Jueces y partes o de Jueces entre sí. Puede ser descrita, en el sentido tradicional como el problema de la dependencia de otros poderes del Estado (incluyendo a la Justicia misma) o de modo general como independencia de los personajes de influencia política, con o sin vinculación gubernamental. Finalmente, puede ser enfocada desde la perspectiva de "forum interno" o sea, de la independencia personal del Juez. El término es además, difuso y poroso en todos estos aspectos, debido a que en él han ido incidiendo e inciden aún diferentes intereses y experiencias de diversos grupos sociales.

Pues bien, todas estas perspectivas han sido analizadas en el Seminario de Buenos Aires, en el que internamente los trabajos se han desarrollado en distintas comisiones sobre: "El Juez y la sociedad Democrática"; "El Juez y la Constitución" y "El Estatuo del Juez", debatiéndose finalmente los iniciales acuerdos de todas ellas en Pleno.

En la Ponencia "Juez y Sociedad" se ha hablado de la necesaria democratización del aparato de la Administración de Justicia, del urgente proceso de formación y culturización del Juez en cuantos aspectos exige la sociedad moderna, de la utilización directa de los mecanismo constitucionales y de los Tratados Internacionales, punto éste que ha sido especialmente desarrollado en la Ponencia "Juez y Constitución". En ésta se destaca la necesidad consustancial a todo Estado de Derecho de consagrar constitucionalmente un catálogo de Derechos y Libertades Fundamentales vinculante para todos los poderes públicos, que los Jueces tienen el deber ineludible de proteger y garantizar efectivamente, rechazando cualquier formula de legalidad excepcional, limitativa de las garantías establecidas y de la tutela jurisdiccional de las mismas.

Especial relevancia cobran en este sentido los Instrumentos Internacionales para la protección de los Derechos Humanos, que aún en su carácter de "mínimos" son directamente aplicables y exigibles para todos los poderes públicos. La Independencia Judicial exige que Jueces y Tribunales gocen de un estatuto específico que comprenda el desarrollo de cuantas medidas se consideran necesarias para garantizar aquella, cuyo reconocimiento debe tener en cualquier caso, rango Constitucional.

La inamovilidad, intangibilidad, exclusividad, responsabilidad y reserva de ley para el Régimen disciplinario han de formar parte de ese Estatuto, excluyéndose, por razones obvias, toda tipificación de comportamientos que implique el legítimo ejercicio de Derechos Fundamenales y Libertades Públicas.

Estas y otras muchas cuestiones han aflorado en la discusión mantenida estos

días y se reflejan en las conclusiones cuya lectura constituye instrumento imprescindible para conocer la dimensión de este Seminario. A ellas me remito no sin antes destacar la importancia de la última formulada al hilo de la primera ponencia y que no es otra que la que se refiere al papel de las Asociaciones Judiciales en el mundo no sólo judicial, sino con carácter general en el político y social.

Este Seminario ha sido posible gracias a su iniciativa, iniciativa que en mi entender es obliación de los poderes públicos apoyar y potenciar tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La comisión gestora que ha nacido de este Seminario tiene un trabajo por delante en el que todos vamos a poner nuestra mirada, si bien la responsabilidad en cuanto a su éxito o fracaso deberá ser asumido por cuantos defendemos la necesidad del modelo participativo internacional.

Teresa Fernández de la Vega Sanz

Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

Responsable del Area Internacional