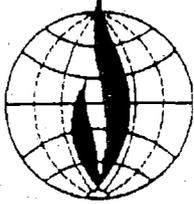


box 55/2



COMISION ANDINA DE JURISTAS



COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS

MATERIALES DE LECTURA

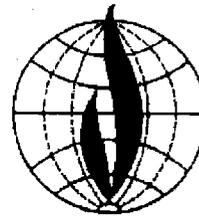
VII CURSO INTERNACIONAL

**"LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS
EN LOS PROCESOS DE MODERNIZACION"**

Lima, 9 al 11 de setiembre de 1996



COMISION ANDINA
DE JURISTAS



COMISION INTERNACIONAL
DE JURISTAS

PRESENTACION

La *Comisión Andina de Juristas (CAJ)* es una asociación internacional privada sin fines de lucro de acción regional. Brinda servicios jurídicos de interés público para el fortalecimiento y vigencia del Estado de Derecho y la difusión de las instituciones democráticas, en la perspectiva del respeto a los derechos humanos.

Una de sus principales actividades académicas es el curso anual internacional de Derechos Humanos co-organizado con la *Comisión Internacional de Juristas (CIJ)*. Para este año 1996, el curso se desarrollará temáticamente desde la perspectiva con una de las instituciones más importantes del Estado de Derecho: La Administración de Justicia.

Los materiales que aquí entregamos servirán de apoyo para un mejor análisis y discusión de los temas, así como para la resolución de los casos que se discutirán en las Comisiones de Trabajo. Algunos de estos materiales son fragmentos de obras mayores o estudios introductorios a obras colectivas acerca de los problemas de la administración de justicia y que tienen relación con los ejes temáticos de nuestro VII Curso Internacional.

Esperamos realizar en este corto tiempo un intercambio de experiencias que sea lo más provechoso posible. Para ello agradecemos de antemano su colaboración, ya que los objetivos que la *Comisión Andina de Juristas* se ha propuesto con este evento dependerán, en parte, de la dedicación y preparación especial de sus participantes.

Lima, 9 de setiembre de 1996

VII CURSO INTERNACIONAL

“LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCESOS DE MODERNIZACION”

INDICE DE LECTURAS

INTRODUCCION: DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA: NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

1. Resolución 1994/41, 50º período de sesiones de las Naciones Unidas: Creación de la relatoría especial sobre la independencia de jueces y abogados.
2. Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura.
3. Procedimientos para la aplicación efectiva de los principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura.
4. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.
5. Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.
6. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
7. Estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia (selección de normas).

TEMA I: DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA: PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

8. Zaffaroni, Eugenio, **Dimensión política de un Poder Judicial democrático**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 37, 1993
9. Luis María Díez-Picazo, **El Poder Judicial. Independencia del Ministerio Fiscal**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 44, 1995.
10. Carlos Peña, **Hacia una análisis económico del sistema judicial chileno**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 44, 1995

11. César San Martín Castro, **El Poder Judicial: Planteamientos básicos**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 37, 1993
12. Adama Dieng, **El Imperio del Derecho y la independencia de la Judicatura: Un panorama de principios**, Anuario del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, 1992

INCORPORACION DE LOS ESTANDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

13. THOMPSON, José, **Derechos humanos, garantías fundamentales y Administración de justicia**, en Poder Judicial, Madrid, 1986.

TEMA II: LAS REFORMAS JUDICIALES EN LA REGION ANDINA

14. ASSELIN, Robert J., **Experiencias recientes en el desarrollo de coaliciones para promover reforma judicial**, National Center for State Courts, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.
15. Jorge Correa Sutil, **Situación y Políticas Judiciales en América Latina**, en Cuadernos de Análisis Jurídicos, N° 2, 1993. [Estudio Introductorio a la obra colectiva]

TEMAS III: MODERNIZACION DE LA GESTION JUDICIAL

16. GREGORIO, Carlos, **Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina**, National Center for State Courts, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.
17. William Davis, **Estrategias para disminuir el retraso en los tribunales de primera instancia**, National Center for State Courts, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.

TEMA IV: LA FORMACION Y EVALUACION DEL MAGISTRADO EN PROCESOS DE REFORMA

18. PEREZ PERDOMO, Rogelio, **La capacitación de jueces. Interrogantes y opciones**, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 8, 1989.
19. CORREA SUTIL, Jorge, **Formación y perfeccionamiento de Jueces**, Cuadernos de Análisis Jurídicos, N° 22, Julio 1992.

DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA:

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

1. Resolución 1994/41, 50º período de sesiones de las Naciones Unidas: Creación de la relatoría especial sobre la independencia de jueces y abogados.
2. Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura.
3. Procedimientos para la aplicación efectiva de los principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura.
4. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.
5. Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.
6. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
7. Estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia (selección de normas).

1994/41. La independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados

La Comisión de Derechos Humanos,

Guiada por los artículos 7, 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 2, 4 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Convencida de que la existencia de un poder judicial independiente e imparcial y de abogados independientes es condición previa esencial para proteger los derechos humanos y garantizar que no haya discriminación en la administración de justicia,

Teniendo presente la Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/23) aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y en particular el párrafo 27 de la primera parte y los párrafos 88, 90 y 95 de la segunda parte,

Recordando sus resoluciones 1989/32 de 6 de marzo de 1989, 1990/33 de 2 de marzo de 1990, 1991/39 de 5 de marzo de 1991, 1992/33 de 28 de febrero de 1992 y 1993/44 de 5 de marzo de 1993,

Recordando también la resolución 45/166 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990, en que la Asamblea acoge con satisfacción los Principios básicos sobre la función de los abogados y las Directrices para lograr la independencia de los jueces y mejorar la selección y la formación de los jueces y fiscales, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente e invita a los gobiernos a que los respeten y los tengan en cuenta en el marco de su legislación y práctica nacionales,

Teniendo presentes los principios contenidos en el proyecto de declaración sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y los asesores y la independencia de los abogados (E/CN.4/Sub.2/1988/20/Add.1 y Add.1/Corr.1), elaborado por el Sr. L. M. Singhvi, cuya importancia puso de manifiesto la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1989/32 de 6 de marzo de 1989,

Tomando nota, por una parte, de los atentados a la independencia de que son víctimas con frecuencia cada vez mayor los magistrados y los abogados, así como el personal y los auxiliares de justicia y, por otra parte, de la relación que existe entre el menoscabo de las garantías del poder judicial y de la abogacía y la intensidad y frecuencia de las violaciones de los derechos humanos,

1. Acoge con satisfacción el informe definitivo sobre la independencia de la judicatura y la protección de los abogados en ejercicio preparado por el Sr. Louis Joinet, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1993/25 y Add.1);

2. Hace suya la recomendación de la Subcomisión, contenida en su resolución 1993/39 de 26 de agosto de 1993, de que se cree un mecanismo de control encargado de seguir la cuestión de la independencia e imparcialidad del poder judicial especialmente en lo que respecta a los magistrados y los abogados y al personal y los auxiliares de justicia, así como a la naturaleza de los problemas que pueden menoscabar esta independencia e imparcialidad;

3. Ruega al Presidente de la Comisión que nombre por un período de tres años, previa consulta con los demás miembros de la Mesa, un relator especial cuyo mandato podría incluir las funciones siguientes:

a) Investigar toda denuncia que se transmita al Relator Especial e informar sobre sus conclusiones al respecto;

b) Identificar y registrar no solamente los atentados a la independencia del poder judicial, de los abogados y del personal y auxiliares de la justicia, sino también los progresos realizados en la protección y el fomento de esta independencia, y hacer recomendaciones concretas, incluso sobre asistencia técnica o servicios de asesoramiento a los Estados interesados cuando éstos lo soliciten;

c) Estudiar, por su actualidad y por su importancia, y con miras a formular propuestas, algunas cuestiones de principio con el fin de proteger y afianzar la independencia del poder judicial y de la abogacía;

4. Ruega encarecidamente a todos los gobiernos que presten su ayuda al Relator Especial en el ejercicio de su mandato y le proporcionen todas las informaciones que pida;

5. Ruega al Relator Especial que presente a la Comisión, a partir de su 51º período de sesiones, un informe sobre las actividades inherentes a su mandato;

6. Ruega al Secretario General que proporcione al Relator Especial, dentro de los recursos limitados de las Naciones Unidas, toda la asistencia necesaria para el buen desempeño de su mandato;

7. Decide examinar esta cuestión en su 51º período de sesiones;

8. Recomienda al Consejo Económico y Social que apruebe el siguiente proyecto de decisión:

[Para el texto, véase cap. I, secc. B, proyecto de decisión 11.]

55ª sesión,

4 de marzo de 1994.

[Aprobada sin votación. Véase cap. X.]

PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA

El Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, adoptó los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura.

Los documentos fueron "endosados" por la Asamblea General de la ONU (A/RES/101/32, 29 de noviembre de 1985) quien, más tarde, acogió con beneplácito específicamente los Principios Básicos e invitó a los gobiernos "a respetarlos y a tenerlos en cuenta en el marco de su legislación y práctica nacionales".

Considerando que, en la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos del mundo afirman, entre otras cosas, su voluntad de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y realizarse la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin hacer distinción alguna,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de la igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley,

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan el ejercicio de esos derechos, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza además el derecho a ser juzgado sin demora indebida,

Considerando que todavía es frecuente que la situación real no corresponda a los ideales en que se apoyan esos principios,

Considerando que la organización y la administración de la justicia en cada país debe inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para hacerlos plenamente realidad,

Considerando que las normas que rigen el ejercicio de los cargos judiciales deben tener por objeto que los jueces puedan actuar de conformidad con esos principios,

Considerando que los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos,

Considerando que el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16, pidió al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que incluyera entre sus tareas prioritarias la elaboración de directrices en materia de independencia de los jueces y selección, capacitación y condición jurídica de los jueces y fiscales,

Considerando que, por consiguiente, es pertinente que se examine en primer lugar la función de los jueces en relación con el sistema de justicia y la importancia de su selección, capacitación y conducta,

Los siguientes principios básicos, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se han elaborado teniendo presentes principalmente a los jueces profesionales, pero se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces legos donde éstos existan.

Independencia de la judicatura

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos de que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.
5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.
6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.

7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

Libertad de expresión y asociación

8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.
9. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas.

Competencia profesional, selección y formación

10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

Condiciones de servicio e inamovilidad

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.
12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.
13. El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.
14. La asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.

Secreto profesional e inmunidad

15. Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos.
16. Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.
18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.
19. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial.
20. Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares.

PROCEDIMIENTOS PARA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA

(adoptados por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1989/60 y aprobados por la Asamblea General en su Resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989).

Procedimiento 1

Todos los Estados adoptarán y aplicarán en sus sistemas judiciales los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura con arreglo a lo previsto en sus procedimientos constitucionales y en su práctica jurídica interna.

Procedimiento 2

No se nombrará o elegirá juez alguno para fines que sean incompatibles con los Principios Básicos ni se le requerirá que desempeñe servicios que pudieran ser incompatibles con esos Principios. Ningún juez aceptará un cargo judicial sobre la base de un nombramiento o elección que sea incompatible con los Principios Básicos ni desempeñará servicios que pudieran ser incompatibles con esos Principios.

Procedimiento 3

Los Principios Básicos serán aplicables a todos los jueces, así como, según convenga, a los asesores y asistentes judiciales no profesionales, cuando los haya.

Procedimiento 4

Los Estados procurarán dar a conocer ampliamente el texto de los Principios Básicos al menos en el idioma o idiomas principales u oficiales del

país respectivo. Se informará, de la manera más apropiada posible, a los jueces, sobre el contenido y la importancia de los Principios Básicos, a fin de que puedan promover su aplicación en el marco del sistema judicial. Los Estados deberán procurar especialmente que el texto de los Principios Básicos esté al alcance de todos los miembros de la judicatura.

Procedimiento 5

Al aplicar los Principios Básicos 8 y 12, los Estados prestarán particular atención a la necesidad de asignar recursos adecuados para el funcionamiento del sistema judicial, nombrando un número de jueces que resulte suficiente para atender a los casos pendientes, proporcionando a los tribunales el equipo y el personal auxiliar necesario y ofreciendo a los jueces un nivel apropiado de seguridad personal, remuneración y emolumentos.

Procedimiento 6

Los Estados fomentarán o estimularán la celebración de seminarios y cursos de estudio, de ámbito nacional y regional, sobre la función desempeñada por la judicatura en la sociedad y sobre la necesidad de preservar su independencia.

Procedimiento 7

De conformidad con lo previsto en la sección V de la resolución 1986/10 del Consejo Económico y Social, los Estados Miembros deberán informar al Secretario General, cada cinco años, a partir de 1988, sobre los progresos realizados en la aplicación de los Principios Básicos, en particular sobre su difusión, su incorporación a la legislación nacional, los problemas planteados y las dificultades u obstáculos hallados al aplicarlos en el ámbito nacional y la asistencia que podría necesitarse de la comunidad internacional.

Procedimiento 8

El Secretario General preparará informes quinquenales independientes para el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia

sobre los progresos efectuados en lo relativo a la aplicación de los Principios Básicos, que deberán estar basados en la información recibida de los gobiernos de acuerdo con lo previsto en el procedimiento 7, así como en cualquier otra información disponible en el interior del sistema de las Naciones Unidas, incluida la información sobre cooperación técnica y capacitación facilitada por institutos, expertos y asesores regionales e interregionales. Al preparar esos informes, el Secretario General recabará asimismo la cooperación de los organismos especializados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, y concretamente de las asociaciones profesionales de jueces y abogados, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social, y deberá tener en cuenta la información suministrada por esas entidades y organizaciones.

Procedimiento 9

El Secretario General deberá difundir los Principios Básicos, los procedimientos de aplicación aquí formulados y los informes periódicos relativos a su aplicación mencionados en los procedimientos 7 y 8, en el mayor número posible de idiomas, y deberá ponerlos a disposición de todos los Estados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales interesadas a fin de dar a esos documentos la mayor difusión posible.

Procedimiento 10

El Secretario General procurará que las Naciones Unidas recurran y hagan referencia, en la mayor medida posible, en todos sus programas pertinentes al texto de los Principios Básicos y de los procedimientos de aplicación aquí formulados y se ocupará de incluir los Principios Básicos tan pronto como sea posible en la publicación de las Naciones Unidas titulada *Derechos Humanos: Recopilación de instrumentos internacionales*, con arreglo a lo previsto en la sección V de la resolución 1986/10 del Consejo Económico y Social.

Procedimiento 11

Como parte de su programa de cooperación técnica, las Naciones Unidas, concretamente su Departamento de Cooperación Técnica para el Desarrollo y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, deberán:

- a) Prestar asistencia a los gobiernos que lo soliciten en orden al establecimiento y fortalecimiento de sistemas judiciales independientes y eficaces;
- b) Poner a disposición de los gobiernos que lo soliciten los servicios de expertos y asesores regionales e interregionales en cuestiones judiciales para que les ayuden a aplicar los Principios Básicos;
- c) Estimular las investigaciones sobre medidas eficaces para la aplicación de los Principios Básicos, prestando particular atención a los acontecimientos más recientes en esta esfera;
- d) Promover la celebración de seminarios nacionales y regionales, así como de otras reuniones a nivel profesional y no profesional, sobre la función de la judicatura en la sociedad, la necesidad de preservar su independencia y la importancia de aplicar los Principios Básicos para el logro de estas metas;
- e) Fortalecer el apoyo sustantivo prestado a los institutos interregionales y regionales de investigación y capacitación de las Naciones Unidas en lo relativo a la prevención del delito y la justicia penal, así como a otras entidades del sistema de las Naciones Unidas interesadas en la aplicación de los Principios Básicos.

Procedimiento 12

Los institutos regionales e interregionales de investigación y capacitación de las Naciones Unidas en lo relativo a la prevención del delito y la justicia penal, así como otras entidades interesadas del sistema de las Naciones Unidas, deberán prestar su asistencia al proceso de aplicación de estos Principios. En sus programas de investigación y capacitación deberán prestar particular atención a los medios y procedimientos de mejorar la aplicación de los Principios Básicos y deberán procurar prestar la asistencia técnica que les sea solicitada por los Estados Miembros. A

este fin, los institutos de las Naciones Unidas prepararán, en cooperación con las instituciones nacionales y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales interesadas, planes de estudios y material de capacitación apropiados, inspirados en los Principios Básicos y en los procedimientos de aplicación aquí formulados, para su utilización en programas de formación jurídica de cualquier nivel, así como en cursos especializados sobre derechos humanos y otros temas conexos.

Procedimiento 13

Las comisiones regionales, organismos especializados y otras entidades del sistema de las Naciones Unidas, así como otras organizaciones intergubernamentales interesadas, deberán participar activamente en el proceso de aplicación. Deberán asimismo informar al Secretario General de los esfuerzos efectuados en orden a la difusión de los Principios Básicos, así como de las medidas adoptadas para su puesta en práctica y de todos los obstáculos y deficiencias hallados. El Secretario General de las Naciones Unidas deberá también tomar medidas para conseguir que las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social tomen parte activa en ese proceso de aplicación y en los procedimientos conexos de presentación de informes.

Procedimiento 14

El Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia deberá prestar asistencia a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social en lo relativo al seguimiento de los procedimientos de aplicación aquí formulados, incluida la presentación de informes periódicos prevista en los procedimientos 6 y 7 *supra*. A este fin, el Comité deberá identificar los obstáculos y deficiencias existentes en la aplicación de los Principios Básicos, así como las causas que los originan. El Comité deberá formular, según convenga, recomendaciones concretas a la Asamblea y al Consejo y a cualquier otro órgano de las Naciones Unidas competente en materia de derechos humanos, sobre las futuras medidas requeridas para una aplicación eficaz de los Principios Básicos.

Procedimiento 15

El Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia deberá prestar cualquier asistencia a la Asamblea General, al Consejo Económico y Social y a cualquier otro órgano de las Naciones Unidas competente en materia de derechos humanos, según convenga, presentando recomendaciones relativas a los informes de los órganos o comisiones especiales de investigación, en lo concerniente a asuntos relacionados con la aplicación y puesta en práctica de los Principios Básicos.

8. Código de Conducta para Funcionarios Encargados
de Hacer Cumplir la Ley

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de
diciembre de 1979 [resolución 34/169]

La Asamblea General,

Considerando que entre los propósitos proclamados en la Carta de las Naciones Unidas figura la realización de la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión,

Recordando, en particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos,

Recordando asimismo la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975,

Consciente de que la naturaleza de las funciones de aplicación de la ley en defensa del orden público y la forma en que dichas funciones se ejercen tienen una repercusión directa en la calidad de la vida de los individuos y de la sociedad en su conjunto,

Consciente de las importantes tareas que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley llevan a cabo con conciencia y dignamente, de conformidad con los principios de los derechos humanos,

Consciente, no obstante, de las posibilidades de abusos que entraña el ejercicio de esas tareas,

Reconociendo que el establecimiento de un código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley es solamente una de varias medidas importantes para garantizar la protección de todos los derechos e intereses de los ciudadanos a quienes dichos funcionarios sirven,

Consciente de que existen otros importantes principios y requisitos previos para el desempeño humanitario de las funciones de aplicación de la ley, a saber:

a) Que, al igual que todos los organismos del sistema de justicia penal, todo órgano de aplicación de ley debe ser representativo de la comunidad en su conjunto, obedecerla y responder ante ella,

b) Que el mantenimiento efectivo de normas éticas por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley depende de la existencia de un sistema de leyes bien concebido, aceptado popularmente y humanitario,

c) Que todo funcionario encargado de hacer cumplir la ley forma parte del sistema de justicia penal, cuyo objetivo consiste en prevenir el delito y luchar contra la delincuencia, y que la conducta de cada funcionario del sistema repercute en el sistema en su totalidad,

d) Que todo el organismo de ejecución de la ley, en cumplimiento de la primera norma de toda profesión, tiene el deber de la autodisciplina en plena conformidad con los principios y normas aquí previstos, y que todos los actos de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben estar sujetos al escrutinio público, ya sea ejercido por una junta examinadora, un ministerio, una fiscalía, el poder judicial, un ombudsman, un comité de ciudadanos, o cualquier combinación de éstos, o por cualquier otro órgano examinador,

e) Que las normas en sí carecen de valor práctico a menos que su contenido y significado, mediante la educación y capacitación, y mediante vigilancia, pasen a ser parte del credo de todo funcionario encargado de hacer cumplir la ley

Aprueba el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley que figura en el anexo a la presente resolución y decide transmitirlo a los gobiernos con la recomendación de que consideren favorablemente la posibilidad de utilizarlo en el marco de la legislación o la práctica nacionales como conjunto de principios que han de observar los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Anexo

CODIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY

Artículo 1

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

Comentario

a) La expresión "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.

c) En el servicio a la comunidad se procura incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata.

d) Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos, de depredación y nocivos, sino también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal. Se extiende, además, a la conducta de personas que no pueden incurrir en responsabilidad penal.

Artículo 2

En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Comentario

a) Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

b) En los comentarios de los distintos países sobre esta disposición deben indicarse las disposiciones regionales o nacionales que determinen y protejan esos derechos.

Artículo 3

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Comentario

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida externa. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.

Artículo 4

Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.

Comentario

Por la naturaleza de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley obtienen información que puede referirse a la vida privada de las personas o redundar en perjuicio de los intereses, especialmente la reputación, de otros. Se tendrá gran cuidado en la protección y el uso de tal información, que sólo debe revelarse en cumplimiento del deber o para atender las necesidades de la justicia. Toda revelación de tal información con otros fines es totalmente impropia.

Artículo 5

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad

nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Comentario

a) Esta prohibición dimana de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General, y en la que se estipula que:

"[Todo acto de esa naturaleza], constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos [y otros instrumentos internacionales de derechos humanos]."

b) En la Declaración se define la tortura de la siguiente manera:

"[...] se entenderá por tortura todo acto por el cual el funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos."

c) El término "tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" no ha sido definido por la Asamblea General, pero deberá interpretarse que extiende la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental.

Artículo 6

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.

Comentario

a) La "atención médica", que se refiere a los servicios que presta cualquier tipo de personal médico, incluidos los médicos en ejercicio inscritos en el colegio respectivo y el personal paramédico, se proporcionará cuando se necesite o solicite.

b) Si bien es probable que el personal médico esté adscrito a los órganos de cumplimiento de la ley, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben tener en cuenta la opinión de ese personal cuando recomiende que se dé a la persona en custodia el tratamiento apropiado por medio de personal médico no adscrito a los órganos de cumplimiento de la ley o en consulta con él.

c) Se entiende que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley proporcionarán también atención médica a las víctimas de una violación de la ley o de un accidente ocurrido en el curso de una violación de la ley.

Artículo 7

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Comentario

a) Cualquier acto de corrupción, lo mismo que cualquier otro abuso de autoridad, es incompatible con la profesión de funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Debe aplicarse la ley con todo rigor a cualquier funcionario encargado de hacerla cumplir que cometa un acto de corrupción, ya que los gobiernos no pueden pretender hacer cumplir la ley a sus ciudadanos si no pueden, o no quieren, aplicarla contra sus propios agentes y en sus propios organismos.

b) Si bien la definición de corrupción deberá estar sujeta al derecho nacional, debe entenderse que abarca tanto la comisión u omisión de un acto por parte del responsable, en el desempeño de sus funciones o con motivo de éstas, en virtud de dádivas, promesas o estímulos, exigidos o aceptados, como la recepción indebida de éstos una vez realizado u omitido el acto.

c) Debe entenderse que la expresión "acto de corrupción" anteriormente mencionada abarca la tentativa de corrupción.

Artículo 8

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán la ley y el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de ellos y por oponerse rigurosamente a tal violación.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del presente Código informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

Comentario

a) El presente Código se aplicará en todos los casos en que se haya incorporado a la legislación o la práctica nacionales. Si la legislación o la práctica contienen disposiciones más estrictas que las del presente Código, se aplicarán esas disposiciones más estrictas.

b) El artículo tiene por objeto mantener el equilibrio entre la necesidad de que haya disciplina interna en el organismo del que dependa principalmente la seguridad pública, por una parte, y la de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos básicos, por otra. Los funcionarios

encargados de hacer cumplir la ley informarán de las violaciones a sus superiores inmediatos y sólo adoptarán otras medidas legítimas sin respetar la escala jerárquica si no se dispone de otras posibilidades de rectificación o si éstas no son eficaces. Se entiende que no se aplicarán sanciones administrativas ni de otro tipo a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley por haber informado de que ha ocurrido o va a ocurrir una violación del presente Código.

c) El término "autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas" se refiere a toda autoridad o todo organismo existente con arreglo a la legislación nacional, ya forme parte del órgano de cumplimiento de la ley o sea independiente de éste, que tenga facultades estatutarias, consuetudinarias o de otra índole para examinar reclamaciones y denuncias de violaciones dentro del ámbito del presente Código.

d) En algunos países puede considerarse que los medios de información para las masas cumplen funciones de control análogas a las descritas en el inciso c) supra. En consecuencia, podría estar justificado que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, como último recurso y con arreglo a las leyes y costumbres de su país y a las disposiciones del artículo 4 del presente Código, señalaran las violaciones a la atención de la opinión pública a través de los medios de información para las masas.

e) Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que observen las disposiciones del presente Código merecen el respeto, el apoyo total y la colaboración de la comunidad y del organismo de ejecución de la ley en que prestan sus servicios, así como de los demás funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

4. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder

Recomendada, para adopción, por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

A. Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.

B. Las víctimas del abuso de poder

18. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

53. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992

La Asamblea General,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Teniendo presente la obligación impuesta a los Estados por la Carta, en particular por el Artículo 55, de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Profundamente preocupada por el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley,

Considerando que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad,

Recordando su resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978, en la cual se declaró profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzada o involuntaria de personas y conmovida por la angustia y el pesar causados por esas desapariciones, y pidió a los gobiernos que garantizaran que las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad tuvieran responsabilidad jurídica por los excesos que condujeran a desapariciones forzadas o involuntarias,

Recordando igualmente la protección que otorgan a las víctimas de conflictos armados los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977,

Teniendo en cuenta especialmente los artículos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan a toda persona el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona, el derecho a no ser sometido a torturas y el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica,

Teniendo en cuenta además la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que dispone que los Estados partes deben tomar medidas eficaces para prevenir y reprimir los actos de tortura,

Teniendo presentes el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos,

Afirmando que para impedir las desapariciones forzadas es necesario asegurar el estricto respeto del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figuran en el anexo de su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, así como de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, formulados por el Consejo Económico y Social en el anexo de su resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989,

Teniendo presente que, si bien los actos que contribuyen a las desapariciones forzadas constituyen una violación de las prohibiciones que figuran en los instrumentos internacionales antes mencionados, es con todo importante elaborar un instrumento que haga de todos los actos de desaparición forzada delitos de extrema gravedad y establezca normas destinadas a castigarlos y prevenirlos,

1. *Proclama* la presente Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas como conjunto de principios aplicables por todo Estado;

2. *Insta* a que se haga todo lo posible por dar a conocer y hacer respetar la Declaración;

Artículo 1

1. Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes.

2. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.

Artículo 2

1. Ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas.

2. Los Estados actuarán a nivel nacional, regional y en cooperación con las Naciones Unidas para contribuir por todos los medios a prevenir y a eliminar las desapariciones forzadas.

Artículo 3

Los Estados tomarán medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzadas en cualquier territorio sometido a su jurisdicción.

Artículo 4

1. Todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

2. Las legislaciones nacionales podrán establecer circunstancias atenuantes para quienes, habiendo participado en actos que constituyan una desaparición forzada, contribuyan a la reparación con vida de la víctima o den voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada.

Artículo 5

Además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad civil de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional.

Artículo 6

1. Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla.

2. Los Estados velarán por que se prohíban las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas.

3. En la formación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley se debe hacer hincapié en las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

Artículo 7

Ninguna circunstancia, cualquiera que sea, ya se trate de amenaza de guerra, estado de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otro estado de excepción, puede ser invocada para justificar las desapariciones forzadas.

Artículo 8

1. Ningún Estado expulsará, devolverá o concederá la extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que corre el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada.

2. Para determinar si hay tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia en el Estado interesado de un conjunto de violaciones sistemáticas, graves, manifiestas o masivas de los derechos humanos.

Artículo 9

1. El derecho a un recurso judicial rápido y eficaz, como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o de individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva, es necesario para prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia, incluidas las contempladas en el artículo 7 *supra*.

2. En el marco de ese recurso, las autoridades nacionales competentes tendrán acceso a todos los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad, así como a todo otro lugar donde haya motivos para creer que se pueden encontrar las personas desaparecidas.

3. También podrá tener acceso a esos lugares cualquier otra autoridad competente facultada por la legislación del Estado o por cualquier otro instrumento jurídico internacional del cual el Estado sea parte.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad deberá ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y, con arreglo a la legislación nacional, presentada sin demora ante una autoridad judicial luego de la aprehensión.

2. Se deberá proporcionar rápidamente información exacta sobre la detención de esas personas y el lugar o los lugares donde se cumple, incluidos los lugares de transferencia, a los miembros de su familia, su abogado o cualquier otra persona que tenga interés legítimo en conocer esa información, salvo voluntad en contrario manifestada por las personas privadas de libertad.

3. En todo lugar de detención deberá haber un registro oficial actualizado de todas las personas privadas de libertad. Además, los Estados tomarán medidas para tener registros centralizados análogos. La información que figure en esos registros estará a disposición de las personas mencionadas en el párrafo precedente y de toda autoridad judicial u otra autoridad nacional competente e independiente y de cualquier otra autoridad competente facultada por la legislación nacional, o por cualquier instrumento jurídico internacional del que el Estado sea parte, que desee conocer el lugar donde se encuentra una persona detenida.

Artículo 11

La puesta en libertad de toda persona privada de libertad deberá cumplirse con arreglo a modalidades que permitan verificar con certeza que ha sido efectivamente puesta en libertad y, además, que lo ha sido en condiciones tales que estén aseguradas su integridad física y su facultad de ejercer plenamente sus derechos.

Artículo 12

1. Los Estados establecerán en su legislación nacional normas que permitan designar a los agentes del gobierno habilitados para ordenar privaciones de libertad, fijen las condiciones en las cuales tales órdenes pueden ser dadas, y prevean las penas de que se harán pasibles los agentes del go-

bierno que se nieguen sin fundamento legal a proporcionar información sobre una privación de libertad.

2. Los Estados velarán igualmente por que se establezca un control estricto, que comprenda en particular una determinación precisa de las responsabilidades jerárquicas, sobre todos los responsables de aprehensiones, arrestos, detenciones, prisiones preventivas, traslados y encarcelamientos, así como sobre los demás agentes del gobierno habilitados por la ley para recurrir a la fuerza y utilizar armas de fuego.

Artículo 13

1. Los Estados asegurarán a toda persona que disponga de información o tenga un interés legítimo y sostenga que una persona ha sido objeto de desaparición forzada el derecho a denunciar los hechos ante una autoridad estatal competente e independiente, la cual procederá de inmediato a hacer una investigación exhaustiva e imparcial. Toda vez que existan motivos para creer que una persona ha sido objeto de desaparición forzada, el Estado remitirá sin demora el asunto a dicha autoridad para que inicie una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal. Esa investigación no podrá ser limitada u obstaculizada de manera alguna.

2. Los Estados velarán por que la autoridad competente disponga de las facultades y los recursos necesarios para llevar a cabo la investigación, incluidas las facultades necesarias para exigir la comparecencia de testigos y la presentación de pruebas pertinentes, así como para proceder sin demora a visitar lugares.

3. Se tomarán disposiciones para que todos los que participen en la investigación, incluidos el denunciante, el abogado, los testigos y los que realizan la investigación, estén protegidos de todo maltrato y todo acto de intimidación o represalia.

4. Los resultados de la investigación se comunicarán a todas las personas interesadas, a su solicitud, a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso.

5. Se tomarán disposiciones para garantizar que todo maltrato, todo acto de intimidación o de represalia, así como toda forma de injerencias, en ocasión de la presentación de una denuncia o durante el procedimiento de investigación, sean castigados como corresponda.

6. Deberá poderse hacer una investigación, con arreglo a las modalidades descritas en los párrafos que anteceden, mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una desaparición forzada.

Artículo 14

Los presuntos autores de actos de desaparición forzada en un Estado, cuando las conclusiones de una investigación oficial lo justifiquen y a menos que hayan sido extraditados a otro Estado que ejerce su jurisdicción de conformidad con los convenios internacionales vigentes en la materia, deberán ser entregados a las autoridades civiles competentes del primer Estado a fin de ser procesados y juzgados. Los Estados deberán tomar las medidas jurídicas apropiadas que tengan a su disposición a fin de que todo presunto autor de un acto de desaparición forzada, que se encuentre bajo su jurisdicción o bajo su control, sea sometido a juicio.

Artículo 15

El hecho de que haya razones de peso para creer que una persona ha participado en actos de naturaleza extremadamente grave como los mencionados en el párrafo 1 del artículo 4 *supra*, cualesquiera que sean los motivos, deberá ser tenido en cuenta por las autoridades competentes de un Estado al decidir si conceder o no asilo.

Artículo 16

1. Los presuntos autores de cualquiera de los actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 *supra* serán suspendidos de toda función oficial durante la investigación mencionada en el artículo 13 *supra*.

2. Esas personas sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar.

3. No se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

4. Se garantizará a los presuntos autores de tales actos un trato equitativo conforme a las disposiciones pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales vigentes en la materia en todas las etapas de la investigación, así como en el proceso y en la sentencia de que pudieran ser objeto.

Artículo 17

1. Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.

2. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la

prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos.

3. De haber prescripción, la relativa a actos de desaparición forzada ha de ser de plazo largo y proporcionado a la extrema gravedad del delito.

Artículo 18

1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 *supra* no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal.

2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada.

Artículo 19

Las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. En caso de fallecimiento de la víctima a consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a indemnización.

Artículo 20

1. Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen.

2. Habida cuenta de la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el párrafo precedente, deberá ser posible, en los Estados que reconocen el sistema de adopción, proceder al examen de la adopción de esos niños y, en particular, declarar la nulidad de toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada. No obstante, tal adopción podrá mantener sus efectos si los parientes más próximos del niño dieran su consentimiento al examinarse la validez de dicha adopción.

3. La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales.

4. Para tal fin, los Estados concluirán, según proceda, acuerdos bilaterales o multilaterales.

Artículo 21

Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones.

**VII CURSO INTERNACIONAL
"LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS
PROCESOS DE MODERNIZACION"**

**ESTANDARES INTERNACIONALES SOBRE ADMINISTRACION
DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

DERECHO A LA LIBERTAD

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ARTICULO 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

ARTICULO 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

ARTICULO 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa por causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

ARTICULO 11

Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ARTICULO 7

Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

ARTICULO 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

ARTICULO 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

ARTICULO 11

1. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

ARTICULO 2

1.
2.
3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
 - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violadas podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

ARTICULO 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haber revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

ARTICULO 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

ARTICULO 8

Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente la culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:
 - a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

ARTICULO 9

Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

ARTICULO 10

Derecho a indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

ARTICULO 25

Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal decisión sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) A garantizar que la autoridad competente provista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

TEMA I:

DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA:

PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA

ACTIVIDAD JUDICIAL

AUTONOMIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

8. Zaffaroni, Eugenio, **Dimensión política de un Poder Judicial democrático**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 37, 1993
9. Luis María Díez-Picazo, **El Poder Judicial. Independencia del Ministerio Fiscal**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 44, 1995.
10. Carlos Peña, **Hacia una análisis económico del sistema judicial chileno**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 44, 1995
11. César San Martín Castro, **El Poder Judicial: Planteamientos básicos**, en Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 37, 1993
12. Adama Dieng, **El Imperio del Derecho y la independencia de la Judicatura: Un panorama de principios**, Anuario del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, 1992

DIMENSION POLITICA DE UN PODER JUDICIAL DEMOCRÁTICO

Eugenio Raúl Zaffaroni

Profesor Principal de la Universidad de Buenos Aires

Primera Parte:

Condiciones mínimas para el ejercicio democrático de la jurisdicción

I. PODER JUDICIAL DEMOCRATICO

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

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

América Latina presenta un caos de estructuras judiciales con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherentes y fatales invenciones vernáculas, al ritmo que les marcaron los intereses sectoriales y corporativos que más cerca han estado de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial. El resultado es un panorama poco alentador: nos hallamos con magistraturas análogas a las europeas de la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas europeas de finales del siglo pasado. La responsabilidad de este atraso institucional, por supuesto que, en primer lugar, incumbe a nuestros políticos, pero es justo reconocer que buena parte de la misma debe cargarse a la cuenta de nuestros doctrinarios.

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

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

En nuestras universidades es mínimo el tiempo que se dedica a la enseñanza de la normativa del Poder Judicial y en cuanto a investigación, es muy poco lo que se ha hecho en los aspectos sociológicos y en la teoría política. Investigar sociológicamente a los jueces o

Conferencia pronunciada por el autor en el Seminario «Reforma Judicial en el Ecuador» a inicios de setiembre de 1992 y que ha sido objeto de una edición anterior en «El Derecho» dirigida por Germán Bidart Campos y en el «Boletín» N° 37 de la Comisión Andina de Juristas.

analizar su función desde la perspectiva política, con frecuencia se considera poco menos que un desacato.

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

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

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

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

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

II. LA DEMOCRACIA EN PELIGRO

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

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

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

Estos mecanismos no pueden tomarse en consideración como meras escaramuzas anecdóticas o coyunturales, aunque los políticos y aun algunos juristas se queden en semejante superficialidad, sino que es *uno de los caminos más cortos para debilitar y aniquilar a nuestras democracias*. Ante la falta de una jurisdicción que imponga mínimamente la supremacía constitucional y que opere con cierto grado de eficacia en la decisión y solución de conflictos, cada vez serán menos los obstáculos al ejercicio arbitrario del poder, las mayorías coyunturales y los políticos se burlarán cada día más de los límites constitucionales a su poder, no habrá un acotado espacio de juego democrático, sino una selva de disputa con cualquier medio y a cualquier precio, la demagogia y la irracionalidad triunfarán cada día más sobre la racionalidad y la serenidad, y nuestras débiles democracias serán cada día más dictaduras en envases democráticos hasta acabar despreciando la forma y, lo que es más grave aún, hasta que los mismos pueblos desprecien a las democracias, porque en su experiencia histórica concreta no la perciban más que como una máscara encubridora de la arbitrariedad. Las palabras también se «gastan», y es muy grave cuando por abuso se gasta la palabra «democracia».

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

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

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

III. ¿DEMOCRACIA PARA ANIQUILAR A LA DEMOCRACIA?

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

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

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

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

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

Como producto de esta confusión y de la reiteración de éstos y otros proverbios, cobra cuerpo a veces la observación de que la jurisdicción no podría tener a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes, especialmente cuando se trata de un control centralizado que hace perder fuerza a la ley, pues se trataría de una función netamente política.

Aunque la discusión acerca de la naturaleza del control de constitucionalidad pueda ser atendible pese a que en ocasiones se torna bastante bizantina- esto no autoriza a sostener la innecesaria o inviabilidad de un mecanismo de control constitucional de las leyes por medio de un cuerpo independiente. Justamente esta posición fue sostenida por Carl Schmitt en los años veinte, afirmando en plena época prenazí que el custodio de la constitucionalidad de las leyes no era el Reichsgericht, sino que la Constitución de Weimar debía ser custodiada por Heindenburg, el presidente de la República. En este aspecto fue Schmitt el gran contra-

dictor de Kelsen en cuanto a la necesidad de implementar el control constitucional sobre el modelo que hoy es corriente en Europa continental. La posición autoritaria de Schimth es ampliamente conocida y no requiere demostración. (Ultimamente se ha sostenido que después de ser el *Kronjurist* del *dritte Reich* fue marginado por su falta de ortodoxia, pero esto no pasa de ser el fenómeno usual con cualquier intelectual de cierto nivel de abstracción puesto al servicio de una dictadura, cuyas elaboraciones jamás pueden ser lo necesariamente dúctiles para permitir su constante adecuación a las mutables arbitrariedades del régimen).

La tesis de Schmitt en su versión folklorista latinoamericana se responde, simplemente, observando que a nadie que detente el poder se le puede asignar la función de controlar su propio poder, porque ello implica concederle un poder ilimitado. Una república -y con más razón una república democrática- consiste, en última instancia, en un sistema de controles recíprocos, y la pretensión de que el control sea «auto-control» es un mesianismo contrario a la condición humana y a la competitividad intrínseca a la naturaleza de la actividad política. Sin control constitucional de las leyes, la Constitución alcanza el máximo de flexibilidad, que se identifica con su desaparición material. Esto lo decía en 1803 el famoso *chief justice* Marshall en el no menos famoso citado «*Marbury vs. Madison*»: «O bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo. Si fuera verdadera la primera parte de la anterior alternativa, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería una ley; si la segunda parte fuese verdadera, entonces las Constituciones escritas serían absurdas tentativas del pueblo por limitar un poder ilimitable por naturaleza».

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

IV. ¿DEL ESTADO DE DERECHO «LEGAL» VAMOS HACIA EL «CONSTITUCIONAL» O HACIA EL «DECRETAL» O DE «BANDOS»?

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

América Latina, lamentablemente, parece encaminarse en dirección opuesta. Por efecto de las leyes delegadas en los estados de excepción y también por el constante avance de los poderes administradores que, incluso fuera de esos estados de emergencia, tienden a legislar

por decreto cuestiones de clara competencia parlamentaria, aunado a la endeblez política de la jurisdicción y a su dependencia y pauperismo, puede afirmarse que en América Latina el estado de derecho «legal» tiende a derogarse en estado de derecho «decretal» o de «bandos», con algunas aisladas excepciones, como Costa Rica. Sea esto dicho con la salvedad de que no estamos muy seguros acerca de si un Estado «decretal» o de «bandos» puede ser muy Estado de «derecho».

V. ¿PODER JUDICIAL?

Cabe preguntarse si es correcto hablar hoy de «Poder Judicial», pues se ha puesto seriamente en cuestión esta denominación y, lo que es peor, se confunde la discusión sobre la denominación con su contenido material y político. En la doctrina francesa -Duguit y Hauriou principalmente- sostuvieron que no se trata de un «poder» y hoy se postula la sustitución del «Poder Judicial» por el «servicio judicial».

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

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

Lo que creemos que es necesario reafirmar sólidamente es que hablando de «poder», de «función», de «servicio» o de cualquier otra cosa, esto no puede ser un pretexto ni una racionalización para limitar la independencia de los jueces, porque debe existir un ámbito de poder que se deriva de una independencia, en razón de que esa independencia es necesaria para imparcialidad y, sin imparcialidad, no hay jueces y, sin ellos, no se concibe ninguna «función» ni ningún «servicio» que pueda llamarse «judicial». Si la cadena conceptual «poder, independencia, imparcialidad, jueces» se quiebra, la disyuntiva estará entre un poder, función o servicio «judicial» o una rama burocrática de funcionarios parcializados que realizan sumisamente lo que otros poderes les ordenan.

VI. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

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

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

En líneas generales, puede afirmarse que un juez independiente -o quizá un «juez» a secas- no puede ser un empleado del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, pero tampoco puede ser un empleado de la Corte o tribunal supremo. Un Poder Judicial no es una rama más de la Administración y, por ende, no es admisible que sea una corporación jerarquizada en la forma de un ejército. La independencia jurídica del juez -especialmente en América Latina- presupone la independencia del Ejecutivo, pero poco se ha observado respecto de la igualmente necesaria independencia del juez respecto de los órganos colegiados del propio Poder Judicial. No obstante, ambas formas de independencia son necesarias para posibilitar la independencia moral del juez, es decir, para dotar a éste del espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del derecho. La independencia moral no la puede imponer el derecho, porque es personal, pero la debe posibilitar el derecho.

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

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

Creemos que bastan estas consideraciones para demostrar que una magistratura independiente no puede estar compuesta por personas que dependan del Poder Ejecutivo (que no merecerían el nombre de jueces, sino de empleados públicos) y tampoco por personas que dependan del órgano supremo del Judicial (que tampoco merecerían el nombre de jueces, sino de amanuenses del órgano supremo).

VII. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

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

Está claro que el juez no puede responder a las órdenes o conveniencias de un partido político, pero esto no significa que el juez no sea un ciudadano, que no tenga un sistema de ideas, una comprensión de la realidad, una concepción del mundo. No sólo no hay juez que no la tenga, sino que no hay hombre que no la tenga, por simple que sea. El «juez eunuco»,

realmente, es una ficción absurda, una imagen inimaginable, una imposibilidad de hombre, una aberración humana.

¿Cómo garantizar la imparcialidad por parte de hombres que, como tales, son «parciales»? Es la vieja paradoja de Carnelutti. Y por cierto que en un sistema autoritario esto sería imposible, aunque, como es lógico el sistema autoritario no se preocupa por la imparcialidad de sus jueces; por el contrario, le molesta la imparcialidad y demanda parcialidad. Sin embargo, en una democracia -que es a la que realmente le interesa la imparcialidad- ésta se logra a través del pluralismo ideológico propio de la misma, es decir, cuando la estructura de la magistratura es tal que permite la disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir al mundo y al derecho.

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

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

VIII. EL ENTRENAMIENTO PROFESIONAL DE LOS JUECES

Hasta aquí hemos destacado la necesidad de la independencia judicial como presupuesto para su imparcialidad, lo que equivale a su judicialidad. No obstante, hay un presupuesto elemental e indispensable en una magistratura profesional (que es de la que estamos hablando aquí): su nivel técnico o entrenamiento profesional. Históricamente, como veremos, es un requisito que se cumplimentó antes de perfeccionar su independencia.

La magistratura debe cumplir una función y prestar un servicio, ambos con una importante función política y social, pero básicamente debe hacerlo en forma técnica. El puro título habilitante profesional no puede ser el requisito que califica para cualquier función judicial. Como toda función que requiere un alto grado de profesionalidad, la función judicial debe estructurarse en forma tal que las personas con más alta calificación técnica tengan acceso a ella. A nadie se le ocurre que cualquier médico sea jefe de cualquier servicio hospitalario ni que practique intervenciones de alta complejidad. Si esto sucede con la salud, no hay razón para suponer que otra cosa es la magistratura, donde se trata de seleccionar a profesionales que tendrán en sus manos la libertad, el honor y el patrimonio de los ciudadanos, e incluso su salud y su vida, que muchas veces dependen de la correcta solución jurídica de sus conflictos.

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

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

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

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

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

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

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

Suele observarse que el requerimiento de nivel técnico para el ingreso a la magistratura tiene el inconveniente de presuponer un largo y costoso proceso de aprendizaje que sólo pueden pagar las personas de estratos sociales acomodados. En una democracia hay becas y otras formas de estímulo a la superación técnico-jurídica que si bien no neutralizan

diferencias sociales que son estructurales, son útiles para acortarlas permitiendo que personas de menores recursos puedan acceder también a su entrenamiento.

Segunda parte:
Nuestro atraso institucional

IX. MODELOS DE MAGISTRATURA EN EL DERECHO COMPARADO

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

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

b. En las *magistraturas tecno-burocráticas* el proceso de selección de los jueces tiene ciertos recaudos que garantizan un nivel técnico mínimo. Esta garantía puede ser *débil o fuerte*; es débil cuando la ley o la tradición imponen un «escalafón» interno (entrenamiento predominantemente burocrático) y es fuerte cuando por imperio legal se impone un sistema de concurso público de antecedentes y oposición o bien el egreso de una escuela (con los inconvenientes que señalamos para esta última forma de selección).

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

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

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

c. *En las magistraturas democráticas de derecho* además del aseguramiento del nivel mínimo técnico-jurídico asegurado mediante garantía fuerte (concurso público de antecedentes y oposición), se satisface mucho más ampliamente la independencia (interna y externa) de los jueces mediante la transferencia del gobierno del Poder Judicial a un órgano diferente del Ejecutivo y del supremo judicial, integrado en forma equilibrada por una mayoría de jueces que representan a todos sus colegas y una minoría de juristas independientes designados por la representación popular.

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

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

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

X. LA SELECCION Y PROMOCION DE MAGISTRADOS EN LOS MODELOS EMPIRICO-PRIMITIVOS LATINOAMERICANOS

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

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

a. *Nominación política*: en la región hallamos algunos sistemas de designación política pura, en que las nominaciones pueden provenir del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o de facultades convergentes de ambos poderes.

b. *Co-optación*: otro procedimiento de nominación, minoritario en la región, es la nominación por el órganos supremo del Poder Judicial, que también llena sus propias vacantes.

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

Estas formas de nominación dentro del modelo empírico-primitivismo, van acompañadas por variables que es menester tomar en cuenta a la hora de diagnosticar las falencias de cualquier magistratura en concreto, puesto que pueden agudizar o morigerar las

características propias del modelo empírico-primitivos o lesionar en mayor o menor medida la independencia judicial. En este sentido es necesario tener en cuenta:

- Si la nominación es vitalicia o por períodos (inamovilidad relativa) y, en este último caso, si los períodos son más o menos prolongados (en caso de períodos muy cortos puede considerarse cancelada la garantía de inamovilidad).
- Si la remoción por inconducta es política o si radica en el órgano supremo y, en cualquier caso, de qué garantías está rodeada (la primera afecta la independencia externa, la segunda la interna y la medida de las afectaciones la proporciona el grado de indefensión del juez que puede llegar a la cancelación de la garantía de inamovilidad).
- Si los respectivos órganos políticos o supremos son asistidos por algún órgano técnico (generalmente llamados «consejos», pero que nada tienen que ver con los «consejos» del modelo democrático de derecho) o si se prescinde de cualquier intervención técnica. (Esto permitirá saber si se incorporan algunos elementos del modelo tecno-burocrático o si es un modelo empírico-primitivo más puro).

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

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

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

La *nominación por co-optación pura* elitiza el Poder Judicial, desembocando en la familia judicial, destruye toda independencia interna de la magistratura, el juez queda sometido a los criterios superiores y la función jurisdiccional queda en definitiva en manos de una corporación jerarquizada que tiende a hacerse hereditaria. Es posible que tenga cierto nivel técnico superior al de mera nominación política (por autoconservación de la propia élite), pero no produce jueces independientes ni imparciales, sino que tiende a producir jueces elitistas, clasistas, prejuiciosos, alejados de la comunidad y de sus problemas, refractarios a cualquier innovación progresista. La función jurisdiccional termina congelándose y cualquier creatividad se erradica.

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

XI. TENDENCIAS DETERIORANTES EN LAS MAGISTRATURAS EMPIRICO-PRIMITIVAS

Hemos visto que existen *tres modelos básicos o estructurales de magistraturas* (empírico-primitivo; tecno-burocrático; y democrático de derecho), que son también tres estadios en la evolución política de las magistraturas dentro de la tradición jurídica europeo continental. Hemos destacado que la mayoría de las magistraturas latinoamericanas corresponden al modelo empírico-primitivo, estadio que fue superado en Europa continental en el siglo pasado, y que la única magistratura tecno-burocrática con selección fuerte es la brasileña. En estas magistraturas empírico-primitivas de América Latina hemos destacado que la selección no democrática (no realizada por la vía del concurso público de oposición y antecedentes) se lleva a cabo por combinación de ambas y que los caracteres empírico-primitivos se marcan más o menos según que la movilidad y la dependencia sean más o menos acentuadas.

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

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

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

b. En los modelos tecno-burocráticos tiende a predominar el deterioro en forma de burocratización. En estos modelos, en la medida en que se debilitan sus caracteres propios y se refuerza la selección fuerte, tienden a aparecer algunos caracteres de jueces democráticos de derecho, aunque no predominen. La selección fuerte y la elevación del nivel técnico da lugar a que varios jueces inquietos rechacen las pautas burocráticas y se cuestionen su función, aspirando a mayores niveles de integración de los principios generales y de perfección del estado de derecho.

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

casos la «matricería» resulta y los disidentes permanecen como excepción o son directamente marginados o expulsados, según sea el grado de poder vertical o de militarización de la institución.

Es cierto que las instituciones las hacen los hombres, pero una vez hechas, son éstas las que hacen a los hombres, los modelan y reproducen. Resulta harto ridículo el espectáculo de políticos que se rasgan las vestiduras criticando a los jueces, cuando son ellos los que permiten o sostienen -con tal de nombrar a sus amigos o parientes- estructuras institucionales que condicionan para la incapacidad técnica, para la dependencia y para la parcialidad, cuando no para la corrupción y la domesticación. No están haciendo más que criticar la obra de su glotonería de poder inmediato.

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

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

XII. LA TENDENCIA AL DETERIORO PARTIDIZANTE

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

Cabe acotar que no siempre una dictadura se maneja con una magistratura de modelo

empírico-primitivo. En Europa las dictaduras de entre-guerras se encontraron con magistraturas tecno-burocráticas y se manejaron con ellas. La menor docilidad de estas magistraturas de estadio medio de evolución política determina que las dictaduras traten de reforzar el verticalismo, asegurarse el dominio de las cúpulas y crear tribunales especiales (orden público, seguridad pública, etc.). Algo parcialmente parecido tuvo lugar en Brasil con la dictadura militar.

XIII. LA TENDENCIA AL DETERIORO DEGRADANTE

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

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

XIV. LA TENDENCIA DETERIORANTE DEL MODELO DE MAGISTRATURA TECNO-BUROCRÁTICA

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

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

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

Para ahorrarse conflictos y sobrevivir les es necesario ocultar su ideología o hacer alarde de la que no comparten y, en el fondo, cuando han internalizado completamente las actitudes burocratizantes, terminan por no tener más ideologías que un sistema de defensa que les permite subsistir dentro del marco institucional en el que se hallan insertos. Con el paso del tiempo y el progreso del deterioro personal que estas actitudes condicionan, pueden llegar a los tribunales cupulares y desde ellos orientar el proceso reproductor de las mismas actitudes condicionantes del rol. La imagen pública que proyectan y reproducen es la del juez «aséptico», a que ya nos hemos referido.

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

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

Aunque en las estructuras con tendencia burocratizante interesan más las actitudes que las ideologías, siempre existe la tendencia a ocultar las últimas, aunque esto da lugar a fenómenos que merecen mencionarse. Para la estructura burocratizante, por lo general no se considera una manifestación ideológica toda aparición pública que identifique o refuerce la pertenencia del juez al *stablishment*, en tanto que lo es cualquier otra aparición pública considerada como «desubicada»: reuniones con opositores, vínculos con el sindicalismo, contactos o participación en grupos progresistas, en manifestaciones artísticas criticables por los sectores mojigatos, etc. En general, el burócrata, cuando debe exteriorizar su ideología porque no le resta alternativa, tiende siempre a hacerlo hacia las posiciones más elitistas y reaccionarias o antidemocráticas, no por ideología, sino por las dudas, aunque sin pecar de exageración peligrosa.

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

Cabe acotar que el juez burocratizado sufre una fuerte agresión a su identidad que, en muchos casos, no puede dejar de observarse en la forma de grave neurosis con serias consecuencias orgánicas. Existe en el caso una grave violación del derecho humano a la identidad. La imagen «aséptica» que alguien, como vimos, la ridiculiza como la imagen del «eunuco judicial», también hemos visto que es imposible, que es una aberración humana, pero lo cierto es que resulta estereotipada y le es devuelta por los mecanismos de interacción social que hoy son bastantes conocidos. En definitiva, el mismo interaccionismo simbólico nos explica la tendencia que todos tenemos a asumir los roles que se nos demandan conforme

a los estereotipos y a responder positivamente a esas demandas, lo que es altamente peligroso en éste y en otros casos, para la propia salud, pues se termina sin poder acallar totalmente la culpa que genera no ser lo que nadie puede ser.

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

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

XV. HACIA LA SUPERACION DEL MODELO TECNO-BUROCRAICO

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

Como órgano de gobierno de las magistraturas democráticas de derecho, comenzaron a perfilarse los llamados «consejos de la magistratura». Como modelos originarios de consejos de la magistratura, podemos mencionar el francés de la Cuarta República y el italiano de la Constitución republicana de 1948. Como veremos luego, no puede confundirse este organismo, que es de gobierno del Poder Judicial, con otros de igual nombre pero diversa función, o que no renuncian a la jerarquización militarizada del Poder Judicial y que son frecuentes en América Latina. La mera sinonimia no puede movernos a confusión.

Para aclarar el importante fenómeno político que significó la aparición de estos órganos de gobierno independientes del Poder judicial en los países de Europa continental, nos referiremos a tres modelos concretos que son el francés, el italiano y el español. Su análisis nos permitirá comprender los avances y retrocesos en este modelo de magistratura. No obstante, antes de llevar a cabo este somero análisis, creemos necesario detenernos un instante

en el contexto histórico y en las causas del fenómeno político del surgimiento de los consejos como órgano de gobierno independientes de los poderes judiciales y su coincidencia con la generalización de los controles centralizados de constitucionalidad.

XVI. EL MARCO HISTORICO DEL SURGIMIENTO DE LOS CONSEJOS EUROPEOS

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

Los políticos europeos no son ni fueron nunca ángeles que regalasen poder. No obstante, el desastre, el holocausto y los millones de muertos, alertaron sobre la actitud suicida que es para una democracia la articulación de una magistratura no democrática. Además, justo es reconocer la dimensión humana que les permitió acordar a hombres de ideologías encontradas y hasta absolutamente incompatibles, los principios para su formulación. Esta capacidad de comprensión, por más que la alienten las circunstancias, requiere una considerable visión política y, acertados o descaminados en sus posiciones personales, creemos que, por esta amplitud que les permitió superar los intereses mezquinos y la tentación de repartirse como botín político, deben recordarse los líderes que lo posibilitaron, como Alcide de Gásperi y Palmiro Togliatti, como Suárez y González.

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

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

catástrofe y cabe recordar aquí las reflexiones de Radbruch, que los consideraba poco menos que inimputables debido a su entrenamiento.

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

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

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

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

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

Habida cuenta de las citadas diferencias y de otras no menos importantes de marco general; lo cierto fue que en el contexto de las catástrofes a que habían contribuido magistraturas no democráticas se pensó en el perfeccionamiento de la independencia judicial mediante los consejos de la magistratura como órgano de gobierno de las mismas. Tal fue lo que sucedió en Francia y en Italia y, treinta años después en España y Portugal. Este movimiento, insistimos, coincide con la adopción generalizada de las cortes constitucionales de control centralizada, a que ya hemos hecho referencia. Es menester insistir en esto, porque pone de manifiesto que la idea del moderno Estado constitucional de derecho en la Europa continental, nace apoyada en dos instituciones: las cortes constitucionales y el consejo de la magistratura.

XVII. LOS MODELOS ORIGINARIOS DE CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA

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

El Consejo Superior de la Magistratura francés, creado en 1958, está presidido por el presidente de la República, el ministro de Justicia es su vicepresidente y lo integran nueve

miembros elegidos por el presidente de la República, entre los cuales seis deben ser magistrados de una lista que propone el órgano supremo judicial -casación- en tanto que los tres restantes son dos extraños a la magistratura y uno entre los consejeros de Estado. Su función es la de expresar su parecer acerca de los candidatos a jueces propuestos por el ministro de Justicia, aunque tiene derecho de veto en las candidaturas a magistrados de casación. En una composición especial, en que lo preside el presidente de la casación, impone sanciones administrativas a los magistrados.

Como es dable observar, no se trata de un órgano de gobierno del Poder Judicial y, sin duda, inspira a todos los organismos con análoga denominación que en Latinoamérica se limitan a ser organismos auxiliares. Su composición parece dominada por la Corte de casación o tribunal supremo y su función parece ser la de combinar la co-optación con la nominación política, o bien a atenuar la nominación política con elementos co-optativos, pero teniendo en cuenta la previa selección fuerte que de cualquier manera impone un mínimo de tecnicismo jurídico.

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

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

c. El Consejo General del Poder Judicial español fue creado por la Constitución de 1978 y está presidido por el presidente del Tribunal Supremo e integrado por veinte consejeros, ocho de los cuales los elige el Parlamento entre reconocidos juristas y los restantes doce son magistrados. Según la ley orgánica de 1980, estos últimos eran elegidos como en Italia, pero conforme a la ley orgánica de 1985 pasaron a ser elegidos también por el Parlamento, con lo que el consejo perdió una buena parte de su poder y cesaron los conflictos que, análogamente a Italia, comenzaba a producirse en España. Sus funciones son análogas a las del consejo italiano y, pese a la grave alteración en su composición que importa la ley de 1985, lo cierto es que continúa siendo un órgano de gobierno del Poder judicial bastante independiente. Es dable suponer que el retroceso de 1985 será pasajero, según los esfuerzos que en el plano político sea capaz de realizar la magistratura española.

Estos tres ejemplos no bastan para reflexionar sobre las dificultades que conlleva la instalación de un órgano independiente de gobierno del Poder Judicial. El ejemplo francés, con el notable retroceso que implica la Constitución de 1958, deja al consejo reducido a un órgano bastante auxiliar que en poco altera la situación anterior y, en definitiva, no nos sirve como modelo para resolver nuestros problemas. Tengamos en reducido a un órgano bastante auxiliar que en poco altera la situación anterior y, en otro en menor medida, no nos basta superar modelos tecno-burocráticos de magistratura, sino que ni siquiera hemos alcanzado ese nivel, dado que nos movemos en el nivel empírico-primitivo, con jueces elegidos arbitrariamente por los cambiantes gustos del poder de turno o del «superior» en el seno de una corporación mutable o de una «familia» enquistada. El ejemplo francés en

América Latina ha contribuido a confundir las ideas y a pretender que se había optado por un «consejo» como sistema, cuando en realidad no se trata más que de un control corporativo atenuado de las nominaciones que realiza el ministro de Justicia.

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

- a) La magistratura italiana se ha enfrentado al terrorismo y lo ha desbaratado.
- b) La magistratura italiana ha denunciado y desbaratado organizaciones que pusieron en peligro la estabilidad democrática del Estado y que estaban enquistados en los mismos cuerpos de seguridad del Estado.
- c) Los políticos italianos tienen grandes y frecuentes conflictos con ellas, porque sienten el peso de su poder controlador.
- d) La magistratura italiana es pluralista; existen organizaciones de magistrados demócrata-cristianos, socialistas e izquierdistas que disputan en su seno y se controlan y denuncian recíprocamente, lo que posibilita un amplio control público de su actividad.
- e) La magistratura italiana se ha enfrentado y continúa haciéndolo, contra la mafia y la criminalidad organizada en general, a costa de la vida de sus propios jueces.
- f) El nivel técnico-jurídico de la magistratura italiana es altísimo, sus sentencias son de alta calidad, su control de constitucionalidad es fino y complejo, al menos en comparación con lo que usualmente conocemos en América Latina, a excepción de la jurisprudencia constitucional de los últimos años en Costa Rica, algunas sentencias de los tribunales supremos del Brasil, de Colombia y unos pocos ejemplos más.
- g) En la magistratura italiana, al erradicarse la «asepsia», se ha impulsado la jurisprudencia y la crítica a la jurisprudencia y a la ley, promoviendo un importantísimo movimiento de retroalimentación entre jueces y doctrinarios, con un notable impulso al nivel jurídico general del país.
- h) La integración del consejo por mayoría de jueces electos por todos los jueces del país, reduce o anula la dependencia interna y hace realidad el precepto con el que la Constitución de la República Italiana de 1848 reaccionó frente a la jerarquización corporativa de la magistratura fascista: «los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones» (art. 107, inc. 4°).

En síntesis:

- 1) En el siglo pasado Europa abandonó el estadio de la magistratura empírico-primitiva, pasando a la etapa tecno-burocrática, con lo cual superó el nivel paupérrimo de las magistraturas que son resumideros de todos los demandantes de «premios consuelo» en lo político o bien, de la elitista «familia judicial».
- 2) Europa supo reconocer en la postguerra el peligro que implica la magistratura no demócrata y las fallas en el control de constitucionalidad.
- 3) Conforme a ello produjo dos instituciones: las cortes de constitucionalidad -separadas

de las de casación o «supremos»- y los consejos de la magistratura como órganos de gobierno de los poderes judiciales.

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

Tercera Parte: Los pasos hacia la Magistratura Democrática de Derecho

XVIII. LAS ENSEÑANZAS DE LA COMPARACION: EL GOBIERNO JUDICIAL

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

En principio, debemos replantear seriamente el problema del gobierno del Poder Judicial: ¿quién debe gobernar en una magistratura independiente?

La idea bonapartista de la magistratura jerarquizada, militarizada, que se prolonga hasta el fascismo y que sufre el primer revés importante en la reacción antifascista que se concreta en la Constitución de la República Italiana, se nos ha metido muy dentro. Nos cuesta percibir que una magistratura independiente lo es, tanto de los poderes externos como de las dictaduras o autoritarismos internos. Nuestros tribunales o cortes supremos, conforme a la inveterada costumbre de defender espacios de poder como feudos, retienen o pretenden monopolizar el gobierno judicial. Esto redundará en perjuicio de nuestras magistraturas en dos sentidos: a) Por un lado, lesiona frontalmente -como lo hemos reiterado- la independencia interna de los jueces. b) Por otro lado, nuestros tribunales supremos cumplen muy defectuosamente sus funciones propias, como el control de constitucionalidad o la unificación de jurisprudencia, por la vocación llamativa pero entrañable que tienen hacia el ejercicio del poder interno. Tienden a considerar a los jueces como sus subordinados, no sólo en el plano administrativo, sino en el jurisprudencial, injurian y ridiculizan a los jueces que se apartan de su criterio, usan su poder o su peso político para presionarlos y para obstaculizarles los «ascensos». En general, subordinan sus funciones judiciales a las administrativas y pierden la mayor parte del tiempo en estas cuestiones, por no decir en estas intrigas, pues frecuentemente derivan en ello.

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

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

Sólo el convencimiento de que los jueces son jueces y no hay entre ellos otra jerarquía que la derivada de la condición de juez, puede aclararnos esta confusión. No puede haber

«superior» ni «inferior» entre los que «dicen el derecho». Un juez de alzada no es «superior» del de primera instancia, sino que simplemente cumple una función diferente, tienen una competencia diferente y nada más. Ordenamientos judiciales incuestionablemente democráticos, como el italiano y el español, nos enseñan hoy esta premisa, que es el modelo exactamente contrario al de una corporación jerarquizada. Dentro de la función jurisdiccional, el juez no puede ser empleado ni dependiente de nadie: desde el juez de paz hasta el juez constitucional, todos son jueces y tienen la misma jerarquía «judicial», con diferentes competencias.

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

Para materializar esta idea, la primera premisa es que el gobierno judicial debe estar a cargo de un organismo judicial diferente de los órganos supremos o de últimas o extraordinarias instancias. Este organismo, como es natural, debe estar prioritariamente compuesto por jueces, pero aquí es donde debe imperar el criterio democrático: si la magistratura no es un ejército, cada juez debe tener un voto para elegir su representante al consejo y el sistema más democrático es el de lista completa y cociente electoral u otro que garantice la representación proporcional de los diferentes grupos de magistrados. De este modo los jueces se asociarán de acuerdo con sus percepciones de la realidad o sus comprensiones del mundo y estarán representados proporcionalmente mediante comicios en los que voten todos los jueces del país.

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

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

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

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

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

c. Las necesarias para elaborar y ejecutar su propio presupuesto (autarquía financiera) conforme a un porcentaje razonable del presupuesto nacional que se le asigne anualmente.

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

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

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

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

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

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

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

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

XIX LOS CONSEJO «ENGAÑOSOS»

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

1. Organos independientes de gobierno del Poder Judicial.

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

3. No están dominados ni integrados en representación de los cuerpos políticos (serían formas encubiertas de nominación políticas).

4. No están dominados ni integrados en representación de los cuerpos políticos (serían formas encubiertas de nominación por co-optación).

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

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

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

XX. LOS ARGUMENTOS «FOLKLORISTAS»

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

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

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

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

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

Esta perspectiva quizá sea criticable por ser demasiado lineal y requerida de alguna matización, que no tenemos tiempo para desarrollar aquí, pero lo que nos resulta penoso es que se pretenda negarla frontalmente con argumentos «folkloristas». En tanto que por «folklorico» entendemos algo sumamente respetable, por «folklorista» entendemos una caricatura del folklore y bajo este acápite caricaturesco colocamos ese género de argumentos con que, en toda ocasión y materia, se pretenden rechazar las reformas que impulsan a la democracia y que, en nuestro caso, serían los siguientes:

a. que nuestros países «no están preparados»;

b. que no tenemos juristas;

c. que no se trata de instituciones foráneas que se oponen a nuestras «tradiciones nacionales».

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

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

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

b. Si en alguno de nuestros países el nivel jurídico no es muy elevado, no creemos que pueda lograrse la elevación del mismo con una magistratura empírico-primitiva en que para ingresar y promocionarse o para litigar frente a ella, sea título suficiente el compadrazgo con el político o el juez supremo de turno.

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

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

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

XXI. LA RACIONALIDAD DEL DERECHO Y DEL PODER REPUBLICANO

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

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

EL PODER JUDICIAL: PLANTEAMIENTOS BASICOS*

César San Martín Castro**

I. INTRODUCCION

La moderna doctrina reconoce pacíficamente que la potestad jurisdiccional del Poder Judicial es amplísima. Comprende áreas jurídicas tan importantes como el control del ejercicio del poder político, la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La extensión y calidad de las atribuciones del Poder Judicial debe obligar a aquellos países que viven un proceso de reforma constitucional, tal como sucede en el caso peruano, a constitucionalizar un conjunto de garantías institucionales e identificar los principios que informan su actividad funcional. En todos los países que siguen el sistema jurídico de derecho escrito romano canónico y han optado por un modelo funcional de administración de justicia, como es el caso del Perú, se reconoce -a nivel interno- tres grandes principios: unidad de la jurisdicción, exclusividad judicial y Juez legal; a nivel externo destacan los principios de independencia e imparcialidad judicial, cuya efectiva vigencia requiere a su vez el cumplimiento de cuatro garantías: vinculación del juez al ordenamiento jurídico, inamovilidad judicial, irreductibilidad de los sueldos judiciales y gobierno autónomo. Igualmente, la independencia de la justicia tiene una última connotación, de suyo muy importante en países con una tradicional debilidad institucional: la independencia económica, muy reclamada en todos los foros regionales o internacionales realizados en los últimos años para abordar la problemática del Poder Judicial.

Estos principios y garantías tienen su fundamento político en las teorías democráticas de la separación de poderes y de la autonomía judicial. En virtud de la teoría de separación de poderes cada poder del Estado debe distribuirse en complejos organizativos distintos, servidos por personas también distintas. La segunda teoría, que considera la relación entre los diversos poderes, procura garantizar la independencia judicial mediante mecanismos de gobierno o administración específicos.

II. UNIDAD DE LA JURISDICCION

La unidad de la jurisdicción en tanto principio institucional del Poder Judicial, significa -más allá de lo que el título sugiere a primera vista- que toda manifestación jurisdiccional debe ser servida por verdaderos jueces, independientes e imparciales,

* Publicado en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, N° 37, Lima, junio de 1993.

** Abogado, profesor universitario.

donde toda manipulación en su constitución y competencia esté expresamente destruida. Dicho principio postula que el eje del sistema de administración de justicia es la denominada *justicia ordinaria*, no obstante lo cual se considera que no está reñido con aquél la existencia de determinados órganos judiciales, como son los militares, los constitucionales, los Juzgados de Paz, el Jurado, etc.

Mucho puede decirse sobre los *tribunales militares*, más allá del fuerte debate que sobre su propia existencia se está dando en Europa. El constitucionalismo contemporáneo postula, de un lado, delimitar su competencia exclusivamente al personal militar y policial en actividad y por la comisión de conductas punibles, y en algunos casos disciplinarias, que vulneran bienes jurídicos exclusivamente castrenses (derecho penal militar y derecho contencioso-administrativo militar). El artículo 14 del actual Código Procesal Penal está en armonía con las últimas tendencias constitucionales y las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De otro lado, la justicia militar requiere para ser considerada independiente e imparcial por lo menos de tres condiciones: la primera, que esté desligada de los mandos castrenses; la segunda, que sea profesional, vale decir, que esté servida por personal estable y en línea del cuerpo jurídico militar radicado con exclusividad y sin interferencias de la jefatura castrense en esa actividad jurisdiccional; y la tercera, que pese a su calidad de justicia especializada esté sujeta a un control jurídico, vía recurso de casación, por la Sala competente de la Corte Suprema, con lo que se cumple el principio de unidad jurisdiccional y de control genérico que le está encomendado al Supremo Tribunal sobre toda cuestión litigiosa que surja en la sociedad.

La Jurisdicción Constitucional, cuya existencia determina la real vigencia de un Estado democrático, debe ser materia de determinadas precisiones teóricas. Existen dos grandes modelos de justicia constitucional: el americano del *judicial review*, que entrega el control constitucional a los jueces ordinarios; y el europeo o *kelsiano* que crea una jurisdicción *ad hoc* y encarga el control a jueces especializados distintos de los ordinarios. En América Latina la opción mayoritaria se orienta, aunque con particularidades muy notorias, al primer modelo (Brasil en su última Constitución insistió en que el control lo ejerza el propio Tribunal Supremo Federal); sin embargo, a partir de las experiencias chilena y guatemalteca, tiende a generalizarse el modelo europeo (Colombia en su novísima Constitución creó la Corte Constitucional). Una opción intermedia, que parece ser la asumida por el Proyecto de la Corte Suprema y el proyecto del Colegio de Abogados de Lima, es la actualmente vigente en El Salvador y Costa Rica: se crea al interior de la Corte Suprema una Sala Constitucional con un estatuto especial y con poderes muy amplios y con mayor prestancia que las demás salas jurisdiccionales del máximo tribunal, dedicadas a materias de derecho ordinario.

La decisión que tomará el Congreso Constituyente Democrático es obvio que debe partir de una serie de consideraciones político-jurídicas, aunque es de temer que va a estar marcada por lo que se entiende un fracaso del Tribunal de Garantías Constitucionales, signado por la escasa relevancia jurídica de sus fallos, por lo polémico y jurídicamente opinable de sus últimas sentencias en materia de acción de inconstitucionalidad y por las públicas desavenencias de sus miembros en determinados períodos de su existencia. Sin embargo, es justo precisar -como apuntaron en su momento la gran mayoría de constitucionalistas- que muchos de estos desencuentros

fueron condicionados por la forma cómo se diseñó dicho Tribunal en la Constitución de 1979.

No obstante que lo más probable es que se opte por el modelo intermedio, es menester garantizar constitucionalmente el acceso a esa sala de jueces altamente especializados, bajo procedimientos *ad hoc* (de ahí que es impropio encargar el control a una Sala Plena formada por jueces que carecen de alta especialización y complejidad alcanzada por el Derecho Constitucional), y definir un marco normativo idóneo, particularmente en lo que se refiere a los órganos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad, aunque podría pensarse en postular lo que Fix Zamudio reconoció como institución propia del constitucionalismo latinoamericano: la acción popular de inconstitucionalidad, bajo los aportes realmente valiosos de las constituciones de Colombia y Venezuela.

América Latina tiene una fuerte tradición, heredada de España, en materia de *Justicia de Paz*, servida por vecinos de una localidad que administran justicia bajo razonamientos que privilegian la conciliación y la efectiva solución del conflicto. Lo ideal sería no sólo reconocer su existencia como tal, sino además incluir los principios que deben informarla. Son interesantes al respecto las disposiciones de la Constitución colombiana y de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial. Paralelo a este modelo de administración de justicia debe reconocerse, dada la diversidad cultural del país, la *Justicia Tradicional* o de las comunidades nativas y campesinas, circunscribiéndose a determinadas materias y dotándolas de una verdadera autoridad en los temas de su competencia.

El *Jurado* es un mecanismo de participación ciudadana en la administración de justicia. En América Latina está consagrado normativamente en 6 países. En el Perú, si bien no tiene arraigo social, su inclusión no puede dejar de meditar, ya sea en la forma de jurado de conciencia o, en todo caso, en el modelo europeo y escabinado. Lo que no puede ser materia de discusión y desplazamiento es la intervención ciudadana vía acción popular, radicándola siempre en la defensa de intereses difusos, colectivos o públicos en general.

La mal llamada *Justicia Arbitral* debe ser reconocida constitucionalmente y, de ser posible, privilegiarse en materia laboral y en determinados conflictos vecinales o de derecho social, sin perjuicio de su difusión masiva en materias de derecho civil y comercial.

El principio de unidad de la jurisdicción, más allá de la excepción a los jueces profesionales que significan los supuestos de justicia de paz, tradicional, arbitral y jurado, requiere el cumplimiento adicional de las garantías procesales mínimas de un juicio justo o del debido proceso. El legislador constitucional y el ordinario están obligados a reconocer y el Juez a respetar un conjunto de derechos fundamentales de quien se ve involucrado en un proceso, siendo significativo al respecto el Art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

III. EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCION

Según el principio de exclusividad de la jurisdicción los jueces son los únicos representantes del poder público autorizados para ejercer funciones jurisdiccionales. El Poder Ejecutivo y el Congreso no pueden administrar justicia; y por consiguiente, sus decisiones no son definitivas, no tienen la calidad de cosa juzgada y pueden ser objeto de revisión ante el Poder Judicial.

La exigencia de exclusividad determina en el poder político la obligación de no interferir en el ejercicio de la jurisdicción y de respetar y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. En virtud de este derecho fundamental, que engloba al derecho de defensa, no puede negarse el acceso a los tribunales de justicia, el proceso debe cumplir mínimas reglas de razonabilidad y los tribunales deben promover la ejecución de lo juzgado. Los mandatos deben ser obedecidos por los poderes públicos y por la sociedad en general, bajo responsabilidad.

IV. JUEZ LEGAL

El principio del Juez legal o natural significa que sólo puede juzgar a una persona aquél órgano jurisdiccional que es preexistente al momento de los hechos, que tiene una competencia predeterminada por la ley y que es designado por una norma objetiva de reparto de causas, al igual que el personal que lo integra y, en su caso, tratándose de órganos colegiados, el ponente.

Lo valioso de este principio es que pone en tela de juicio: a) los jueces *ad hoc* o especiales para determinados casos; b) el cambio rotatorio, sin reglas predeterminadas, de los órganos colegiados cada año judicial; y, c) los tribunales de excepción o las Comisiones Especiales, es decir, aquellos órganos creados fuera de la organización regular del Poder Judicial, bien *ex post facto* bien para juzgar a una persona o grupo de personas concretas (y no genéricamente consideradas) y generalmente con un procedimiento carente de garantías y establecido al efecto. Ninguna circunstancia, inclusive los estados de emergencia, autoriza a la adopción de tales medidas.

El principio analizado sólo rechaza las competencias de excepción. No lo vulnera, según Montero Aroca, la competencia general, especializada y especial. Por la primera, el juez o tribunal puede conocer de todos los asuntos que surjan (órganos mixtos), por la segunda de sectores o ramas concretas del ordenamiento jurídico (civil, penal, menores, comercial etc.), y por la tercera de grupos de asuntos específicos o grupos de personas (tribunales antiterroristas, de inquilinato, de hacienda pública, etc.).

Lo descrito en el párrafo anterior guarda armonía con la institución de la carrera judicial, definitivamente arraigada en los países de influencia napoleónica, y con el criterio de especialización judicial. Ambos buscan un ordenamiento servido por jueces profesionales o técnicos integrados en un cuerpo único dotado de obligaciones y derechos *sui generis* y orientados hacia áreas específicas del ordenamiento jurídico. Destacan la penal, la civil y comercial, la laboral, la agraria, la de menores y la constitucional.

V. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SUS GARANTIAS

La independencia judicial es un principio puramente instrumental. A su amparo los jueces no deben estar sujetos en el ejercicio de su función a órdenes o instrucciones de nadie.

Su fundamento descansa en la especial función asignada al Poder Judicial: la tutela del ordenamiento jurídico, siendo así que el juez debe actuar dentro del más estricto respeto al principio de jerarquía normativa. Para cumplir este objetivo no sólo es necesario desligarlo de determinadas vinculaciones de derecho, sino también incorporar cuatro garantías que apunten a hacerlo efectivo. Se trata de la vinculación del juez al ordenamiento jurídico, de la inamovilidad judicial, de la irreductibilidad de los sueldos y del gobierno autónomo de la justicia.

La garantía de *vinculación del juez al ordenamiento jurídico* significa que los magistrados son defensores de la legalidad, del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. Aplican la ley y demás normas jurídicas en la medida que se correspondan con la Constitución. Por ello, sin perjuicio de aplicar directamente la Carta Magna en cuanto norma jurídica superior del sistema, debe reconocerse constitucionalmente a los jueces la facultad de controlar la legalidad de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y proclamarse que al administrar justicia no están sometidos a jerarquía alguna.

La garantía de *inamovilidad judicial* significa que el juez, cualquiera que haya sido el método de designación, no podrá ser destituido de su cargo salvo por violación de sus deberes judiciales. Se busca asegurar al juez estabilidad en el cargo, permanencia en el puesto, en la sede y en las funciones, sustrayéndole a todo traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto por motivos expresamente establecidos en el ordenamiento judicial.

Un aspecto muy importante vinculado a la inamovilidad es la duración del cargo judicial: vitalicio o temporal. Ambos modelos, seguidos casi en igual proporción en América Latina, tienen sus pros y sus contras. Sin embargo, es de considerar que la opción más compatible con el modelo funcionarial, de carrera judicial, que se ha asumido desde siempre es la *vitalicia*, pues permite un nivel más acentuado de independencia del juez frente al poder político, aunque su incorporación exige como contraparte una mayor rigurosidad del principio de responsabilidad judicial y el diseño de mecanismos muy estrictos de inspección de tribunales de control preventivo y de régimen sancionatorio, que vigilen permanentemente el desempeño funcional y el desarrollo del nivel jurídico de los integrantes del cuerpo judicial.

Es del caso puntualizar, a propósito de los mecanismos de corrupción institucionalizada que lamentablemente integran el panorama cotidiano del Poder Judicial, que no se trata de una consecuencia inevitable de la garantía de inamovilidad y del modelo vitalicio. Como acota el magistrado supremo español Martín Pallín, la corrupción nace y se reproduce a partir de un régimen inadecuado de control o inspección, de un sistema deficiente de nombramientos judiciales y demás servidores de la administración de justicia, de un modelo procesal escrito que conlleva la

pérdida del principio de inmediación y de la celeridad judicial, a la vez que permite una intermediación excesiva de personas ajenas al juez en el diligenciamiento y resolución del litigio, de un desorden institucional general y del propio manejo administrativo de cada oficina judicial y, por último, de una falta de presencia de los colegios profesionales y asociaciones de jueces que no han movilizad o a sus miembros y a la opinión pública en el combate contra las desviaciones del sistema.

La solución, por ende, no pasa por la adopción simbólica de medidas aisladas o de mecanismos excepcionales, sino por la implementación de políticas judiciales estables, progresivas, necesariamente por etapas e interconectadas con las demás instituciones vinculadas al quehacer judicial.

Consideramos que colida frontalmente con esta garantía el mecanismo excepcional de las ratificaciones o evaluaciones judiciales masivas. La historia de esta institución no brinda apoyo a su implantación. En un estudio realizado en 1991 el Instituto «Justicia y Cambio», advirtió lo inconveniente de su incorporación a nuestro ordenamiento judicial.

La perversión que produce al interior del sistema es gravísima: se refuerza inconvenientemente el nivel jerárquico y por lo general se hace un uso arbitrario del denominado criterio de conciencia, al sancionar a los jueces -más allá de todo eufemismo- sin causa legal previamente habilitada y sin permitirles un debido proceso, así como se debilita y envilece la autonomía del juez, pues tiende a limitar su juicio responsable al ejercer su función para compartir acríticamente determinadas actitudes y corrientes jurisprudenciales de la «superioridad» para evitar su no ratificación, empobreciendo con ello la garantía de vinculación exclusiva del juez al ordenamiento jurídico.

Cabe aclarar que criticar tal opción no significa ser complacientes con la corrupción y la ineficacia judicial. Es de propugnarse que la ley diseñe no sólo tipos disciplinarios por mala conducta funcional, sino también supuestos expresos de inidoneidad profesional, como serían la incompetencia manifiesta, el desconocimiento del ordenamiento jurídico, la producción judicial insuficiente y deficiente, la no aprobación de los cursos de capacitación y especificación, etc.

La garantía de *irreductibilidad de los sueldos*, inspirada al igual que la anterior en la Constitución Americana, consiste en la determinación por la ley de los sueldos de los jueces en un nivel compatible con su jerarquía y responsabilidad, los cuales no pueden ser disminuidos en manera alguna mientras permanezcan en sus funciones. Ello tiene por objeto evitar una presión económica por parte de los órganos Legislativo y Ejecutivo con la amenaza de menoscabar la remuneración de los jueces por motivos de carácter político.

Una óptima política salarial permitirá cumplir varias metas sustanciales del Poder Judicial. Entre ellas tenemos las siguientes: Primero, incorporar a la carrera judicial a los mejores abogados y jóvenes juristas. Segundo, garantizar un recambio -sin mengua de la calidad profesional- del personal judicial. Tercero, impedir que calificados magistrados se aparten de la Judicatura por no garantizarle la satisfacción de

sus mínimas necesidades. Es claro que el Estado a todo nivel debe contar con un eficiente cuerpo de servicio civil compuesto por funcionarios eficientes y con vocación de servicio; empero, esa necesidad es más urgente en el cuerpo judicial, atento a la importancia, complejidad y gravedad de su misión, pues una justicia mal dispensada deslegitima al Estado y pone en crisis todas las instituciones democráticas.

Aparte de estas tres garantías materiales, también se reconoce una garantía formal, que es la reserva de ley orgánica para definir el estatuto de los jueces. Esta garantía está al servicio de la independencia judicial. Sería deseable meditar la posible incorporación de algunas previsiones en la Constitución respecto a la necesidad de un informe previo o aceptación del órgano de gobierno del Poder Judicial o, en caso de opinar en contrario, a la necesidad de un voto calificado en el Congreso cuando se abordan materias que afecten el orden judicial. La Constitución de Costa Rica es ilustrativa al respecto.

La *imparcialidad* también es un principio institucional del Poder Judicial. Está contenida implícitamente -según Ignacio de Otto- en el principio de independencia y en la garantía de sumisión exclusiva a la ley, y significa que el ordenamiento jurídico es el único criterio del juicio, que el juez no puede guiarse por ningún otro interés que el de hacer prevalecer el derecho. La necesidad de suprimir o levantar la sospecha de imparcialidad del juez y de preservar la imagen de la magistratura ha determinado que en muchos ordenamientos constitucionales se arbitren una serie de disposiciones restrictivas al derecho de sindicación, huelga y de participación en actividades político-partidarias de los jueces.

VI. GOBIERNO AUTONOMO DE LA JUSTICIA

La importancia del Poder Judicial, en mérito al conjunto de sus atribuciones de control, y la desconfianza ciudadana en los demás poderes públicos, conllevó la preocupación político jurídica de encontrar fórmulas que permitan neutralizar la mediatización del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo. Es así que asumió como tarea central la regularización de la función del gobierno de la judicatura.

En Europa y en parte de América Latina (especialmente Venezuela y Colombia) se ha concedido esta sustracción de toda influencia del poder político con la creación de un órgano o de la relevancia constitucional de composición plural y procedencia mixta: el Consejo Superior de la Magistratura o el Consejo General del Poder Judicial. Se trata de órganos de garantía, preordenados al mantenimiento de los jueces fuera del alcance de otros centros de poder y en condiciones de hacer posible su sometimiento al imperio de la ley.

La importancia de este modelo de origen francés y con interesante desarrollo en Italia y España es que no sólo margina al Ejecutivo de la administración y gobierno de la judicatura sino que define un órgano que evita el corporativismo judicial e impide que un solo sector jerárquico de la magistratura (Vocales Supremos) absorba el poder de conducir los destinos del aparato judicial. La composición plural y la procedencia mixta significa que el Consejo está conformado, en un sector mayorita-

rio, por magistrados de todas las instancias elegidos democráticamente por los propios jueces (modelo italiano) y el resto designados por el Congreso, siendo deseable también la incorporación de delegados del Foro, de la Universidad y de determinados representantes de la sociedad civil. Ello evitaría, de un lado, el alejamiento de la justicia de la comunidad a la que sirve, y, de otro lado, un manejo piramidal y una intermediación político-partidaria a todas luces inconvenientes para el buen servicio judicial.

Este órgano tendría competencias muy variadas. En primer lugar, circunscritas a elaborar el presupuesto del Poder Judicial, a efectuar comunicaciones sobre el estado de la administración de justicia, a emitir proyectos de ley, normas reglamentarias y consultas sobre temas referidos al orden judicial. En segundo lugar, tendría competencia de carácter decisorio como son los nombramientos judiciales, las promociones, las sanciones disciplinarias, el control interno y la formación de jueces y de magistrados. La conformación plural del órgano de gobierno judicial impediría el nepotismo en los nombramientos, daría más agilidad a las decisiones gubernativas del Poder Judicial y, sobre todo, democratizaría saludablemente todo el aparato judicial a instaurar modelos participativos en la conformación de sus propios órganos y en la gestión de los asuntos judiciales.

VI. INDEPENDENCIA ECONOMICA

La falta de recursos que sufre el Poder Judicial se explica no sólo por la debilidad fiscal del propio Estado, que se extiende a todas las instituciones públicas, también porque los poderes políticos mantienen un control directo sobre el presupuesto del Poder Judicial y minusvaloran la importancia de la judicatura y la relevancia constitucional de la potestad jurisdiccional.

La independencia económica es esencial para la apropiada independencia de los jueces. Consiste, como señalan Salas y Rico, en la facultad del Poder Judicial de determinar y administrar su propio presupuesto sin interferencias o intervenciones de los otros poderes del Estado.

Seis países en América Latina tienen una asignación porcentual en sus constituciones. Adicionalmente, sería conveniente establecer que el Poder Judicial administre libremente sus recursos económicos, que tenga fondos propios designados por ley o rentas especiales para la ejecución de sus obras de infraestructura. Por lo demás, debe insistirse en las normas constitucionales actuales en relación, primero a la inclusión -sin modificaciones del Proyecto del Poder Judicial remitido al Ejecutivo por el órgano de gobierno de la Magistratura, y segundo, a la intervención de un delegado judicial ante el Congreso para la sustentación presupuestaria y control de la intangibilidad de su cuota presupuestal.

Lima, marzo de 1993

**El Imperio del Derecho
y la Independencia de la Judicatura:
Un Panorama de Principios**

Adama Dieng*

A menudo se ha dicho que la independencia del poder judicial es la columna vertebral del Imperio del Derecho. Este artículo se basa en los principios generales que gobiernan estos dos conceptos inter-relacionados. Comienza con el examen del significado del Imperio del Derecho y la independencia de la judicatura, para luego analizar algunos problemas específicos relacionados con estos principios. Al hacer este enfoque, este artículo no intenta ser exhaustivo, sino tan sólo servir de introducción al tema general de este volumen: "Garantías constitucionales para la independencia de la judicatura".

El significado del Imperio del Derecho

La noción de la supremacía del derecho ha tenido su inspiración en diversos aspectos en todos los sistemas legales. *Etat de Droit*, *Rechtsstaat*, *Stati di Diritto* - todas son variaciones de lo que llamamos "Imperio del Derecho" y tienen por finalidad el logro del mismo objetivo: el establecimiento de las libertades individuales y la protección contra cualquier manifestación de arbitrariedad de las autoridades públicas. La experiencia de varias generaciones de juristas de muy diversas nacionalidades ha permitido la elaboración de ciertas condiciones y principios básicos, sin los cuales el Imperio del Derecho no puede subsistir.¹

Estas condiciones y principios son:

- la separación de poderes, un principio que debe ser definido no solamente en las relaciones entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, sino además en cualquier área en que se produzca una completa concentración de poderes.
- la independencia de los jueces, no solamente frente a las autoridades públicas, sino además ante cualquier otra influencia que no sea la de la ley.
- el requisito de que cualquier potestad emergente de la autoridad colectiva -en particular del legislativo y del ejecutivo- debe respetar los derechos y las libertades fundamentales del ser humano.
- la legitimidad de la acción administrativa.

* Secretario General, Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Ginebra

¹ Ver en general CIJ, *Imperio del Derecho y Derechos Humanos* (1997)

- el control de la legislación y la administración por jueces independientes; y
- la necesidad de un cuerpo profesional que sea independiente frente a las autoridades y que esté dedicado a defender la noción del Imperio del Derecho.

Ninguna de estas condiciones y principios puede funcionar sin las otras, dado que están íntimamente relacionados entre sí. Deben operar como un todo o desaparecerán en conjunto.

La noción del Imperio del Derecho, por lo tanto, tiene por propósito el sometimiento de la administración al respeto de la ley. La legislación elaborada por el parlamento, que es el representante del electorado, constituye el instrumento a través del cual la soberanía popular se impone sobre la administración, impidiendo que ésta se convierta en una autocracia. El derecho, como principio abstracto de aplicación general, garantiza la libertad, igualdad y seguridad del individuo. Al imponer el respeto a las normas permanentes por encima de los organismos del estado, reduce el riesgo de iniciativas arbitrarias. Las medidas que las autoridades públicas llevarán a cabo, se vuelven -en cierta forma- fáciles de predecir y adquieren una especie de carácter estable, cuyas consecuencias el individuo puede calcularlas de antemano.

Esto no significa, sin embargo, que el Imperio del Derecho sea una noción estática. Por el contrario, en una sociedad moderna y democrática, el objetivo del Imperio del Derecho no debería ser simplemente mantener la paz en un estado congelado o paralizado; sino que debería tener el dinamismo de la vida, y adaptarse a los constantes procesos de transformación que caracterizan todos los organismos vivientes.² El derecho como factor de transformación y desarrollo de la sociedad humana tiene como propósito asegurar que este proceso se efectúe en forma ordenada, no violenta y pacífica, y al mismo tiempo contribuir al logro de una mayor justicia.³

El Imperio del Derecho por lo tanto, sólo es concebible y practicable cuando los derechos humanos son totalmente reconocidos y respetados. A los efectos de evitar el recurso a la rebelión, es imperativo que el Imperio del Derecho esté basado en el principio de justicia en el cual la libertad individual está garantizada. Esto depende en último término, de la existencia de una judicatura ilustrada, independiente y valiente, que tome a su cargo la tarea de promover y proteger los derechos humanos.

El significado de la independencia de la Judicatura

A partir de 1959, la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) describió las condiciones que deben gobernar la existencia de un poder judicial independiente e

² Ver Jiménez de Aréchaga. Algunas reflexiones sobre el Imperio del Derecho, Boletín de la CIJ, pág. 275,278 (1963)

³ Idem

imparcial.⁴ Desde entonces ha continuado con la elaboración de tales normas en el orden interno e internacional.⁵

De acuerdo con la definición efectuada por la CIJ en 1981, “la independencia del poder judicial significa que todo juez tiene la libertad de decidir las cuestiones que tiene ante sí de conformidad con sus convicciones y su interpretación de la ley, sin ninguna influencia, presión ni incentivo indebido, sea directo o indirecto, de ningún sector ni por razón alguna...”⁶

Como lo señala Shimon Shetreet con acierto, el concepto moderno de independencia de la judicatura no puede estar limitado a los jueces individualmente y a su independencia personal y substantiva, sino que debe incorporar la independencia colectiva de la judicatura como institución.⁷ En otras palabras, la independencia de la judicatura comprende dos componentes básicos: la independencia de la judicatura como institución y la independencia individual de los jueces.⁸

En el próximo capítulo se analizarán más ampliamente las normas relacionadas con estas dos nociones, a través del examen de las disposiciones contenidas en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura (en adelante “Los Principios Básicos”), Naciones Unidas, 1985, y en las establecidas en el Proyecto de Declaración sobre la Independencia de la Justicia, Naciones Unidas, 1989. Este Proyecto de Declaración fue propuesto por el Sr. L.M. Singhvi, Relator Especial de N.U. sobre

⁴ La CIJ patrocinó el Congreso Internacional de Juristas que se celebró en Nueva Delhi del 5 al 10 de enero de 1959. 185 juristas provenientes de 53 países participaron en el Congreso. En cuatro comisiones de trabajo, se analizaron diferentes aspectos del Imperio del Derecho. Al final del Congreso, las comisiones elaboraron importantes documentos sobre los siguientes temas: El Poder Legislativo y el Imperio del Derecho; El Poder Ejecutivo y el Imperio del Derecho; El Poder Judicial y la Profesión Jurídica bajo el Imperio del Derecho y El Proceso Penal y el Imperio del Derecho. Estos documentos pueden consultarse en “Documentos de Trabajo de la CIJ sobre el Imperio del Derecho”.

Varios congresos internacionales tuvieron lugar posteriormente: en Lagos (1961), Río de Janeiro (1962) y Bangkok (1965). La CIJ continúa su trabajo además sobre la definición y aplicación del Imperio del Derecho, y sobre conceptos relacionados con la independencia de la judicatura, a través de sus publicaciones (Boletín CIJ y Revista CIJ) y, desde 1978, a través de las actividades del Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA). Ver Boletín del CIJA No. 25-26 pág.4-6 (Abril-Octubre 1990).

⁵ El CIJA fue decisivo en la adopción por las Naciones Unidas de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura y de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Ver nota 6.

⁶ Boletín del CIJA No.8, pág. 34 (Oct. 1981). Este principio fue incorporado en los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura (en adelante “Los Principios Básicos”). Los Principios Básicos fueron adoptados en el 7º. Congreso de N.U. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985. La Asamblea General de N.U. en su resolución 40/146 del 13 de diciembre de 1985 acogió con beneplácito los Principios Básicos e invitó a los gobiernos a respetarlos y a tenerlos en cuenta en el marco de su legislación y práctica nacionales. Ver Boletín CIJA No. 25-26(Abril-Oct. 1990).

⁷ S. Shetreet, *The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration*, in *Judicial Independence. The contemporary debate* 393 (S.Shetreet y J.Deschenes, eds, 1985).

⁸ Bhagwati. *Las presiones y los obstáculos a la independencia de la Judicatura*, Boletín CIJA No. 23, págs. 14, 18 (Abril 1989).

Independencia de la Judicatura y de la profesión jurídica, conocido comúnmente como "Declaración Singhvi".⁹

a) Independencia colectiva de la Judicatura

Los Principios Básicos y la Declaración Singhvi establecen varios principios que son determinantes para la independencia colectiva de la judicatura. En estos documentos se incluyen los principios siguientes:¹⁰

- el concepto de no interferencia: Constituye una importante salvaguarda para garantizar la independencia judicial. Según los Principios Básicos es un requisito de garantía constitucional de no interferencia en los procedimientos judiciales. En ellos se dispone que "todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura"¹¹ y que "no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial"¹²

- el monopolio jurisdiccional: El art. 3 de los Principios Básicos dispone que: "la judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial." En la práctica, no obstante, en varios países se crean tribunales especiales para juzgar ciertas categorías de casos en que el poder ejecutivo tiene un interés particular. La mayoría de ellos son tribunales especiales facultados para entender en casos vinculados con la "seguridad". El establecimiento de estos tribunales de excepción puede minar la independencia judicial y socavar la autoridad judicial.

- la transferencia de jurisdicción: Este es un tema relacionado también con la posibilidad de menoscabo de la independencia de la judicatura. Generalmente se ejerce mediante la transferencia de jurisdicción de los tribunales ordinarios a tribunales *ad hoc* creados específicamente. Para responder a este problema, el art. 5 de los Principios Básicos establece que "toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponde normalmente a los tribunales ordinarios". Las constituciones más avanzadas establecen la unidad y exclusividad del poder judicial. Lo más común son las normas que especifican que sólo los tribunales pueden decidir los asuntos litigiosos y que sólo los tribunales legalmente establecidos pueden decidir los asuntos civiles o penales.

- supervisión de la administración de justicia: La independencia judicial requiere también que el poder judicial controle su propia administración. La Declaración

⁹ La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su 45º período de sesiones, según resolución 1989/32, invitó a los gobiernos a que, al aplicar los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, tuviesen presentes los principios enunciados en el proyecto de Declaración del Sr. Singhvi. Para el texto íntegro ver Boletín del CIJA No. 25-26, pág.38-60 (Abril-Oct.1990).

¹⁰ Ver: R. Brody, Normas internacionales sobre la independencia de la judicatura (documento de la CIJ no publicado, presentado en la Conferencia "La independencia de la justicia en una Europa cambiante", celebrada en Popowo, Polonia, del 10 al 13 de octubre de 1991).

¹¹ Principios Básicos, art. 1

¹² Idem, art.4

Singhvi dispone que "La responsabilidad principal en cuanto a la administración de los tribunales, inclusive la supervisión y el control disciplinario del personal administrativo y auxiliar, corresponderá al poder judicial, o a un órgano en que el poder judicial está representado y cumpla una función eficaz."¹³

b) Independencia personal

Con respecto a la independencia personal, los Principios Básicos disponen que los jueces "resolverán los asuntos...con imparcialidad basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo."¹⁴ En general, los principios Básicos tienen relación con la libertad de expresión y asociación de los jueces; su competencia profesional, selección y formación; condiciones de servicios e inamovilidad; secreto profesional e inmunidad; medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo. Los mecanismos para proteger la independencia personal de los jueces deberán incluir particularmente:¹⁵

- permanencia en el cargo: La medida más importante para proteger la independencia personal de los jueces es la garantía de la permanencia en el cargo. El desempeño de las funciones del juez queda apartado así de la preocupación de las reacciones políticas ante sus decisiones. Los Principios Básicos disponen que "se garantizará la inamovilidad de los jueces...hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto."¹⁶

- protección contra la remoción arbitraria del cargo: El artículo 18 de los Principios Básicos dispone que "Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones". La remoción de un juez por algunas de estas causales debería ser encomendada a otros miembros del poder judicial, ya sea una corte de apelación o a un consejo de magistrados.

- proceso de nombramiento imparcial: El proceso de nombramiento es fundamental para la independencia del poder judicial. La utilización de la designación por el ejecutivo (o legislativo) sin las salvaguardas apropiadas contra los abusos, presenta riesgos elevados de que se efectúen basadas en consideraciones de índole política o de lealtad personal. Los Principios Básicos previenen contra los "motivos inapropiados" y encomiendan un procedimiento de selección basado en los principios de integridad, idoneidad, méritos y no discriminación.¹⁷ Los mismos principios se aplican para el ascenso de los jueces¹⁸. Este tema es abordado más ampliamente a continuación.

- garantías de remuneración adecuada: Los salarios adecuados reducen la dependencia

¹³ Declaración Singhvi, art. 32

¹⁴ Principios Básicos, art. 2

¹⁵ Ver Brody, supra nota 10

¹⁶ Principios Básicos, art. 12

¹⁷ Idem. art. 10

¹⁸ Idem. art. 13

personal y la corrupción y significan un atractivo para que accedan los profesionales mejor calificados para la función. Los Principios Básicos disponen que la ley garantizará una remuneración adecuada.¹⁹

La Declaración Singhvi establece además que la remuneración de los jueces no se podrá alterar en su detrimento durante su permanencia en el cargo²⁰ y que "serán revisadas periódicamente para contrarrestar o minimizar los efectos de la inflación"²¹ agregando que "una vez jubilados, recibirán una pensión".²²

- prohibición de traslados punitivos de jueces: En varios países los jueces son transferidos de un cargo a otro considerado inferior, como forma de sanción. En razón de que el traslado involuntario puede ser punitivo y a menudo equivalente a una invitación a renunciar, la falta de restricciones de estos traslados puede comprometer seriamente la independencia personal de los magistrados. La Declaración Singhvi establece al respecto que: "no se efectuará ningún ascenso por motivos indebidos" y que "salvo que se trate de traslados hechos en el marco de un sistema de rotación o ascenso ordinarios, los jueces no serán trasladados de una jurisdicción o función a otra sin su consentimiento".²³

Si bien aún existe una distancia entre la posición que conforman estas normas y la situación actual, es importante enfatizar el avance que significa que estas disposiciones hayan sido aceptadas como normas internacionales. Hoy día, más que nunca su observancia debe ser llevada a la práctica a través del compromiso activo de aquellos a quienes alcanza más directamente -los jueces- y también mediante la solidaridad de los abogados y la concientización del público en general haciéndoles ver la importancia que implica una judicatura independiente.

Problemas específicos que afectan la independencia de la judicatura

Este capítulo enfoca dos problemas vitales que producen sus efectos en la relación paradójica entre la independencia del poder judicial y el concepto de separación de poderes. Estos son: el tema de una adecuada administración del proceso de selección judicial y la cuestión de los recursos financieros de la judicatura.

a. Proceso de designación y ascenso en la judicatura

La primera interrogante a plantearse en relación con la independencia del poder judicial es: ¿puede existir independencia cuando la facultad de designar y ascender a los jueces es de resorte exclusivo del poder ejecutivo? A priori, la respuesta es negativa. Con respecto a los países democráticos, esto sin embargo, debe ser en cierto modo reducido, en virtud que el ejecutivo responde por sus actos ante el pueblo vía el parlamento. De todas formas, aún en dichos países pueden existir sin duda cierto grado de consideraciones políticas en la decisión de nombrar o ascender a un juez. Es suficiente la referencia al dilema planteado en la Constitución francesa de

¹⁹ Idem. art. 11

²⁰ Declaración Singhvi art. 16(a)

²¹ Idem art. 18(b)

²² Idem art. 18(a)

²³ Idem arts. 14 y 15

1958, cuyo art. 64 establece que el Presidente de la República es el garante de la independencia judicial; mientras al mismo tiempo estipula en el artículo 66 que, la autoridad judicial es la salvaguardia de las libertades individuales. Irónicamente, esto equivale a decir que el jefe del ejecutivo es el garante de las libertades individuales.

El principio de "jerarquización" de los poderes sustituye capciosamente al de "separación", principio contenido en la Constitución francesa anterior, con lo cual se modifica el papel constitucional del poder judicial. El poder judicial se encuentra así reducido a ser meramente una "autoridad judicial". Luis Joinet correctamente indica que "Esta novación constitucional enmarca el origen del ascenso progresivo de la tutela del poder ejecutivo sobre el poder judicial"²⁴. Entre las manifestaciones de subordinación judicial que menciona está la relatividad de la garantía de la permanencia en el cargo. Joinet señala que "el magistrado es empujado a dejar lo antes posible su tribunal, única manera de obtener el ascenso al que están asociados el privilegio y la remuneración. Paradojalmente la inamovilidad deja entonces de ser una garantía para convertirse en una sanción. El magistrado inamovible es a menudo aquél a quien se niega toda promoción."²⁵

En los países en que el sistema legal se basa en el modelo francés, la magistratura es híbrida. Dos tipos de magistrados -magistrats du siège (jueces) y los del parquet (procuradores fiscales y sus sustitutos)- están unidos en un único cuerpo.²⁶ Esto plantea ciertos problemas. La independencia de la judicatura está comprometida por disposiciones que establecen que un magistrado puede actuar en ambas capacidades durante el transcurso de su carrera. Además existen ciertos riesgos que la independencia de la judicatura pueda debilitarse por el simple hecho de que el Presidente de la República, también actúa como Presidente del Consejo Superior de la Magistratura (CSM), con la actuación como Presidente Adjunto del Ministro de Justicia. Jueces de Francia y Senegal, por mencionar tan sólo dos países, han planteado y continúan planteando una serie de críticas a la composición y facultades del CSM.

Es instructivo recordar la declaración del Presidente Mitterand del 30 de noviembre de 1990, cuando los jueces franceses manifestaron en la Plaza Dauphine. En un discurso hecho a la Cour de Cassation, desacreditó la idea de reformar el CSM en los términos siguientes:

¿Debemos recurrir a un mayor compromiso implícito en una modificación de la Constitución (para asegurar la independencia de la judicatura)? Aquellos que buscan quebrar todo vínculo con el jefe de estado desearían hacerlo... Pero, les pregunto ¿quién sería el garante de vuestra independencia en nuestra república? ¿los cuerpos profesionales y los gremios? ¿la corporación? Bajo el pretexto de proteger a los jueces contra cualquier abuso potencial por parte de las autoridades, las que están sujetas permanentemente al control del parlamento y a la opinión pública, se le daría al poder judicial facultades de

²⁴ Joinet. Francia: Las arduas relaciones del Poder Judicial con los Poderes Ejecutivo y Legislativo, Boletín CIJA No. 7, pág.37 (Abril 1981)

²⁵ Idem pág. 39

²⁶ Ver también Joinet, pág.38

dominio que no estarían sujetas a ningún control.²⁷

Es indiscutible la enorme importancia que reviste la separación de los poderes ejecutivo y judicial. El CSM sigue siendo una paradoja: si bien opera como una de las herramientas claves del mantenimiento de la independencia de la judicatura, al mismo tiempo plantea una gran amenaza a su independencia.

b) El presupuesto del poder judicial

Otra fuente de preocupación y un elemento que viola la independencia de la judicatura es su dependencia del ejecutivo para sus recursos financieros. El poder judicial debe limitarse a los fondos que se le destinan en el presupuesto anual. Si bien el presupuesto es discutido y votado a nivel parlamentario, en la mayoría de los países el legislativo está bajo el control del ejecutivo. Consecuentemente, al asegurar recursos insuficientes, el ejecutivo puede limitar el reclutamiento de jueces e impedir el funcionamiento expeditivo del aparato judicial. Los atrasos producidos en los procedimientos judiciales -fuente de quejas en todo el mundo- deteriora la credibilidad e imagen de la judicatura, la que a la vez tiene su impacto negativo en la independencia de los jueces.

La autonomía financiera es por lo tanto esencial para la independencia de la judicatura. Cada constitución, por lo tanto, debería asignar la administración directa de los fondos judiciales al poder judicial, con el asesoramiento de institutos técnicos competentes. Los fondos deberían ser utilizados por el poder judicial para asegurar la remuneración de los jueces como así también los materiales necesarios que genere la administración de justicia (edificios para los tribunales, materiales de oficina, publicaciones, etc.). Las sumas asignadas, de acuerdo con los recursos y nivel de vida en cada país, deberían permitir que los jueces tuvieran un nivel decente de ingreso, proporcionado a la dignidad de su cargo y suficiente para liberarlos de serias dificultades financieras, a los efectos que sus necesidades inmediatas no afectaran su independencia.

Conclusión

En conclusión, es oportuno recordar las palabras de Roger Lallemand, un jurista belga, quien correctamente expresó que "todo pensamiento acerca de la independencia de la judicatura es arriesgado"²⁸. La independencia es un valor, un principio ideológico, cuyo fundamento debe ser comprendido. No debemos olvidar que la independencia de la judicatura es la mejor garantía del ejercicio de los derechos y libertades necesarios para la dignidad humana. Una estructura jurídica cuantitativa y cualitativamente suficiente para desempeñar debidamente sus servicios, lejos de ser un lujo para un estado pobre, debe ser considerada uno de los componentes necesarios de la sociedad y condición previa para su progreso.

²⁷ Le Monde, 1 de diciembre de 1990

²⁸ Lallemand, *Indépendance et discipline*, en *Les Pouvoirs du Judiciaire*, 27 (C.Panier & F. Ringelheim eds. 1987).

INCORPORACION DE LOS ESTANDARES
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA
ADMINISTRACION DE JUSTICIA

13. THOMPSON, José, **Derechos humanos, garantías fundamentales y Administración de justicia**, en Poder Judicial, Madrid, 1986.

José Thompson
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Derechos humanos, garantías fundamentales y Administración de Justicia

SUMARIO: INTRODUCCION. I. LA RELACION ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. II. EN PARTICULAR SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. III. LOS ORDENES NORMATIVOS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA APLICACION POR EL JUEZ. IV. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA PENAL: a) El fin del ordenamiento penal; b) El carácter punitivo del Derecho Penal y su incidencia en los derechos humanos; c) Principios que rigen en la determinación del delito; d) Principios que rigen en la determinación de la pena; e) El delincuente ante los derechos humanos: el principio de dignidad; f) El debido proceso: concepto y contenido. A MODO DE CONCLUSION.

INTRODUCCION

Antes de entrar en la consideración de los vínculos que se establecen entre la Administración de Justicia y el Derecho de los derechos humanos¹ es preciso determinar el concepto de derechos humanos al cual haremos referencia.

De las múltiples interpretaciones que se dan a los derechos humanos como fenómeno y no exclusivamente como rama del ordenamiento jurídico² nos remitimos, a los efectos de esta ponencia, a la concepción normativa que deriva consecuencias a partir de la forma y el contenido que las normas vigentes asumen y determinan.

¹ Sobre la expresión «Derecho de los derechos humanos», véase PIZA ESCALANTE, Rodolfo, «Derecho y derechos humanos», en *Manual de Cursos, Recopilación de Conferencias*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, agosto 1987.

² Los derechos humanos pueden concebirse como fenómeno político, es decir, como los juegos y movimientos de poder que generan, o bien como principios de orden moral, como lo hacía el jusnaturalismo en su forma más clásica. Estas son al menos dos de los más populares acercamientos al tema de «derechos humanos».

De cuales sean normas de derechos humanos es, hoy en día, una tarea bastante más fácil, en particular en los ordenamientos de raíz románica, al presentarse en dos campos fundamentales: a la Constitución nacional y los instrumentos internacionales.

Esta dualidad, sin embargo, resulta de enorme importancia, como se verá, para el tema que nos ocupa y, a la vez, crea problemas no menores para la aplicación misma de los derechos humanos. Si la compatibilidad de las normas internas y las internacionales en general no está del todo resuelta por la doctrina y la práctica jurisprudencial, resulta claro en que una rama del Derecho tan compleja como los derechos humanos, en sí misma constituida por dos órdenes y con órganos especializados de función jurisdiccional en el plano internacional, asume características propias.

Nos inclinamos por apoyar nuestras conclusiones en el Derecho internacional de los derechos humanos. Las razones son dos. En primer término, porque las normas internacionales han sido creadas, precisamente, para suplir las insuficiencias de las nacionales y al mismo tiempo para uniformar los criterios sobre la correcta aplicación de los derechos humanos³. Además, porque el derecho internacional de los derechos Humanos, a diferencia de las ramas tradicionales del Derecho Internacional Público, no sólo establece obligaciones para los Estados (lo que, obviamente, incluye al Poder Judicial y significa la posibilidad de rever, si no revisar, en sede internacional las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos), sino que crea derechos directos e inmediatamente reclamables por los individuos sometidos a la jurisdicción de ese Estado. En otras palabras, las normas internacionales en materia de derechos humanos no sólo rigen las relaciones entre Estados (o entre éstos y las organizaciones internacionales), sino que establecen obligaciones dobles para los Estados: de frente a los otros Estados y los órganos establecidos en caso de incumplimiento de las prescripciones de respeto hacia los derechos que el o los instrumentos contienen y de frente a los individuos sometidos a su poder, en tanto ellos se hallan legitimados para denunciar y perseguir (con mayor o menor amplitud, según el sistema) las violaciones a tales derechos, siempre de acuerdo con su descripción en los instrumentos del caso. Esta característica, de hecho, define al Derecho internacional de los derechos humanos como diferente de las otras ramas internacionales.

Dada la cantidad de normas y sistemas⁴ que integran el Derecho internacional de los derechos humanos, y por el interés que tiene para América

³ De hecho, la consagración constitucional de los derechos humanos precede en mucho la internacional y por ello mismo uno de los motores de esta última fue la conciencia de que no se trataba del «descubrimiento» de nuevas normas, sino más bien de su uniformidad.

⁴ Fundamentalmente el sistema universal dentro del marco de las Naciones Unidas y los sistemas regionales: europeo, interamericano y africano. Sobre el tema véase: Héctor GROS ESPIELL, «Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los derechos humanos», en los *Tratados sobre Derechos Humanos y la Legislación Mexicana*, UNESCO, México, 1981. Además: Adam LOPATKA, *El regionalismo europeo en el área de la promoción y protección de los derechos humanos*; Héctor GROS ESPIELL, *Los derechos humanos en las relaciones Este-Oeste*; Karel VASK, *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations regionales*. Société Française pour le Droit Internationale Regionalisme et Universalisme dans le Droit International Contemporain Pedone, Paris, 1973.

Central y el Caribe⁵, haremos uso del sistema interamericano de los derechos humanos y, dentro de él, pondremos énfasis en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José⁶.

En tal sentido, nos afiliamos a la terminología que distingue como derechos humanos la descripción de contenido de las normas obligatorias, y como garantías, los mecanismos de protección establecidos en caso de incumplimiento.

I. LA RELACION ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

De acuerdo con la concepción que hemos adoptado, los derechos humanos son una rama jurídica. De ahí que su relación con la Administración de Justicia resulte bastante obvia.

En efecto, contemplados en su doble aspecto (constitucional e internacional), los derechos humanos requieren de institucionales que hagan coactivo su carácter coercitivo. Dejando de lado las dudas o replanteamientos sobre la coactividad de las normas internacionales, que no interesa aquí puesto que nuestro objeto es la Administración de Justicia nacional y no los Tribunales internacionales, es claro que la primera relación que puede establecerse es la función del poder judicial como garante del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos.

Sea que las obligaciones provengan de la Constitución o leyes constitucionales o bien de los Tratados internacionales (en evento y sólo en cuanto crean obligaciones del Estado directamente reclamables por el individuo), es el Poder Judicial el encargado de constatar, descartar o aceptar y, en su caso, sancionar las violaciones que el Estado⁷ ha hecho de los derechos humanos.

Es evidente que, en cambio, aquellas violaciones reclamables por los Estados por incumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos por parte de otro Estado, o las denuncias individuales ante los órganos internacionales de protección de derechos humanos⁸, tocan sólo de manera tangencial, a veces como medio o bien como objeto, al Poder Judicial.

Por ello mismo, es esencial tener en cuenta nuestra precisión inicial en el sentido de que las normas internacionales (puesto que sobre las nacionales no podría haber duda) crean derechos inmediatos para los individuos del Estado

⁵ Son firmantes de la Convención Americana: Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay, Venezuela.

⁶ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

⁷ Nos adherimos a la concepción sostenida por múltiples organizaciones internacionales, en el sentido de que derechos humanos, con concepto normativo, se restringe a actuaciones directa o indirectamente efectuadas por el Estado. La violaciones de derechos humanos cometidos por individuos constituyen delitos.

⁸ En la medida en que se permita el acceso al individuo, lo cual varía según el sistema. En el caso europeo e interamericano, ver THOMPSON, José, *El procedimiento contencioso en los sistemas europeos e interamericano de protección de los derechos humanos*, Tesis de maestría, Derecho Internacional, Univesidad Deglistudio di Perugia, Istituto di Studi Giuridici.

que acepta y asume como obligatorias tales normas y no sólo compromisos reclamables en vía jurisdiccional internacional.

De acuerdo con tal postulado, el Juez, en cualquier caso, que conozca que involucre o pueda involucrar la aplicación de las normas de derechos humanos no podrá limitarse a los nacionales, sino que deberá tener en consideración las prescripciones internacionales.

En refuerzo de esta tesis pueden observarse las disposiciones de los Tratados que obligan a los Estados a modificar las normas (de la jerarquía que sea) que se opongan o aparten de las obligaciones de derechos humanos contraídos en el mismo instrumento⁹.

Comprendemos, claro está, que nuestra afirmación debe matizarse en función de la jerarquía que la Constitución asigne a las normas internacionales en general. Volveremos sobre este punto más adelante.

En todo caso, es innegable que el Juez tiene una función garante de los derechos humanos.

Existe, sin embargo, otra relación, y es la que se desprende de la exigencia, por parte del Derecho de los derechos humanos, de un Poder Judicial eficiente, eficaz e independiente. En este sentido, tanto las normas constitucionales en general como las internacionales en materia de derechos humanos demandan el establecimiento de las condiciones de justicia que permitan canalizar conflictos y tensiones sociales. Así, el artículo 8.1 de la Convención Americana:

«Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

Por tanto, ahora desde la óptica del Derecho Internacional o el funcionamiento del Poder Judicial en otras condiciones es, en sí mismo, una violación de las obligaciones internacionales de derechos humanos.

De lo dicho podemos resumir en que un Poder Judicial funcionante es, a la vez, una garantía y una exigencia del Derecho de los derechos humanos.

⁹ Así, artículo 2, Convención Americana: Deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

«Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.»

II. EN PARTICULAR SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Adoptamos el término «independencia judicial» en su doble sentido de «independencia del Poder Judicial» y de «independencia del Juez».

Conviene detenerse, por un momento, en la trascendencia que el principio de la independencia judicial tiene para la vigencia de los derechos humanos.

La independencia judicial resulta esencial para el Estado de Derecho, definido por el hecho de la autolimitación del poder por medio del Derecho, que se refleja en la existencia de procedimientos y órganos que castiguen la transgresión de esos límites. Si el Derecho es coacción y la coacción se traduce en coactividad, el Estado de Derecho es sólo un escaparón vacío cuando el Poder Judicial no es independiente.

La alta politización de los Poderes ejecutivo y legislativo y el hecho (muy frecuente en América Latina) de que un mismo grupo político domine ambos deja al Poder Judicial como el capaz de contener y controlar cualquier ejercicio arbitrario de la autoridad o cualquier atropello contra los derechos individuales.

Desde los inicios de la consagración positiva¹⁰ de los derechos humanos, la protección del individuo frente al Poder ha sido motor y constante. Un sistema judicial eficiente representa la única garantía para el funcionamiento de los derechos humanos. Si se pierde la independencia, toda la función judicial carece de sentido.

La tentación de dar un marco aparente de legitimidad a los abusos y aun a las violaciones masivas de derechos humanos es la que impulsa a invadir y controlar la esfera del Poder Judicial. Cualquier Estado prefiere una sentencia a su favor o inexistente antes que desautorarla.

Por tal razón podemos sostener que una amenaza a la independencia judicial significa una doble violación a los derechos humanos. Por un lado, se violan las normas mismas que prescriben la necesidad de la Administración de Justicia como independiente. Pero, además, de forma mediata se abre el camino para revestir de legitimidad otras violaciones directas a los derechos humanos.

Así, la jurisdicción internacional en derechos humanos no es sustitutiva sino supletoria de la interna, en virtud de la regla del agotamiento previo de los recursos internos, pero se vuelve sustitutiva e inmediata cuando esos recursos son estimados inexistentes o ineficaces¹¹.

¹⁰ En lo referente a la interna, se entiende.

¹¹ Así, artículo 46.2 Convención Americana: «Las disposiciones de los incisos La y Lb del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no existe en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto o lesionado en su derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardado injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.»

III. LOS ORDENES NORMATIVOS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA APLICACION POR EL JUEZ

Como ya lo hemos apuntado, la existencia de dos órdenes, interno e internacional, de los derechos humanos representa una complejidad más para su aplicación en general. Para la aplicación directa por el Juez significa problemas aún mayores, algunos de los cuales esbozamos a continuación.

En primer término, aceptando que las normas internacionales en materia de derechos humanos generan derechos para los individuos, surgen al menos dos puntos de indefinición: la jerarquía de tales normas dentro del ordenamiento interno y el carácter de «inmediatas» o no de estas normas.

En efecto, la aplicación por el Juez en un caso específico de las normas internacionales de derechos humanos variará en razón de la jerarquía que el ordenamiento acuerde al Derecho internacional. Desde la solución guatemalteca¹² de poner por encima de todo el orden normativo los Tratados de derechos humanos, hasta la común en países europeos¹³ de colocar las obligaciones internacionales al mismo nivel de la ley ordinaria (lo cual implica las formas simples de derogación que conocemos), pasando por fórmulas intermedias, el Juez deberá aplicar el ordenamiento vigente y válido, pero cada sistema la ampliará o restringirá sus facultades en este sentido.

No vale la excusa de desconocimiento, en virtud del principio *juris novit curia*, pero sí se presenta el obstáculo de la obediencia a la ley que condiciona el Juez. Ante una ley que contradice abiertamente al Derecho internacional de los derechos humanos. ¿es doble desaplicarla ante la mayor jerarquía del segundo o debe esperarse a utilizar antes los mecanismos para declarar la inconstitucionalidad de tal ley?

Claro está que esta hipótesis se salva por el amplio margen de interpretación que toda norma tiene, de modo que contradicciones *netas* y *evidentes* raramente existen, pero se unen al segundo aspecto que mencionaremos arriba, esto es, si la norma internacional es «inmediatamente aplicable».

La teoría de las normas de aplicación inmediata («self-executing») es aceptada por la doctrina moderna, pero su determinación no es fácil en el caso particular. ¿Cuáles de las normas de derechos humanos deben ser desarrolladas por ley u otros mecanismos internos antes de ser invocables directamente?

La respuesta de la jurisprudencia internacional¹⁴ a esta interrogante es reducir lo más posible el campo de las normas «non self-executing», en especial por el temor de que un Estado firmante pudiera dejar en el vacío su obli-

¹² Supremacía de los Tratados en materia de derechos humanos, artículo 46 de la Constitución de Guatemala:

«Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.»

¹³ Tratados con igual rango que la ley ordinaria, por ejemplo artículo 5 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968, «the generally recognized rules of international law binding upon state authority and every citizen...». Además, se encuentra en la norma consuetudinaria inglesa formulada así «International Law is a part of the law of the land en el artículo 8 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976.

¹⁴ Ver así Opinión Consultiva OC-7/36, de 29 de agosto de 1986, sobre Exigibilidad del Derecho de Recusación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

gación por el expediente de no darle desarrollo legislativo. En todo caso, mayor estudio y jurisprudencia deberán producirse a este respecto.

A lo anterior se unen problemas adicionales tales como el de la forma de interpretación. De frente a una norma internacional, el Juez nacional debe utilizar los criterios de interpretación del Derecho Internacional, pero debe hacerlos compatibles con los propios.

De todas maneras, la existencia de cláusulas de limitación en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos agrega una dificultad más ¹⁵.

Estos ejemplos demuestran, por un lado, la obligación del Juez de aplicar, en casos nacionales, el Derecho internacional de los derechos humanos, pero también dejan evidentes los obstáculos que sólo un mayor estudio y una mejor capacitación del Juez podrán superar.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA PENAL

Los derechos humanos, base del entero ordenamiento jurídico, tienen influencia en todas las ramas del Derecho. En la materia penal, en el sistema penal —incluyendo el aspecto procesal—, los derechos fundamentales desempeñan un papel singularmente importante. Las múltiples relaciones que pueden establecerse entre el ordenamiento penal y los principios que se desprenden de los derechos humanos corren en ambos sentidos, al constituir las disposiciones penales una garantía, pero a la vez encontrarse limitadas por esta materia.

En los países en que sólo se dan restricciones esporádicas a los derechos humanos se producen, precisamente, a raíz de la aplicación de las normas penales. Es indudable la tentación que se presenta en el poder, cuando aplica castigos, de excederse en sus facultades y reprimir, con violencia ilegítima, las que el ordenamiento considera conductas indeseadas. Por su parte, en las regiones del mundo en que las violaciones a los derechos humanos asumen un carácter masivo es de nuevo el sistema penal el mecanismo más idóneo para ejecutarlas, debido a la naturaleza ya de por sí represiva que las normas penales tienen.

Un adecuado sistema penal es una exigencia de la seguridad pública demandada por las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos. Así, la organización de un cuerpo policial y la represión de ciertas conductas es consecuencia del derecho de todo ciudadano a encontrarse protegido contra agresiones a sus derechos que provengan de los demás miembros del cuerpo social.

Por consiguiente, el ordenamiento penal es una garantía para el respeto de los derechos humanos. Su papel en este sentido no se limita, empero, a la defensa de los derechos fundamentales contra las agresiones de los particulares, sino a toda acción que, con las mismas consecuencias, provenga de todo individuo, sin importar su carácter oficial o particular.

¹⁵ KISS, Alexandre. «Permissible Limitations on Rights», en *Henkin The International Bill of Rights*, 1981, págs. 290-310.

Por otra parte, hallamos que el Derecho Penal, en un grado más acentuado que el resto del ordenamiento, tiene un carácter finalista, de donde protege, de modo explícito, valores que de una u otra manera se incluyen o relacionan con los derechos humanos. Esto se refleja en muchos Códigos Penales a la hora de clasificar los delitos, agrupándolos según los valores que se intenta proteger.

En este área de gran interrelación, el Derecho Penal *debe* proteger estos valores y su presencia de éstos también dentro de los derechos humanos implica que una imperfecta protección y, aún más, una desprotección de tales valores por el sistema penal constituye una violación de los derechos humanos.

Distinta es la situación en los delitos que sirven fines ajenos al campo de los derechos humanos y cuya presencia en las legislaciones ha sido a veces cuestionada, tales como los llamados en su época «delitos de mera creación legal» (delitos fiscales, por ejemplo). En esta hipótesis, el grado imperfecto de protección no resulta de una violación de derechos humanos.

La protección de los valores jurídicos, tutelados penalmente, no incide sólo en la tipificación o en la asignación de penas, sino que también tiene que ver con las condiciones generales de imputabilidad, así como en los hechos que afectan la antijuridicidad (en particular las llamadas causas de justificación) y la culpabilidad.

La relación sistema penal¹⁶-derechos humanos no se limita a la función del primero como garantía de los segundos, sino que implica, además, que aquél, en cada uno de sus componentes, tiene orientaciones o restricciones impuestas por los derechos fundamentales. Algunos aspectos destacables en este sentido se exponen a continuación.

a) *El fin del ordenamiento penal*

Todo sistema penal tiene una finalidad, expresa o no, frente a los fenómenos del delito y de la delincuencia. La historia del Derecho Penal ha conocido múltiples respuestas a esta interrogante¹⁷, las que no es necesario ni oportuno considerar aquí, pero que han variado de la simple represividad (con orientación moralista, ejemplificante o eleccionadora, entre otras) a la readaptación social de quien delinque. En la actualidad, es evidente que la discusión sobre el particular está lejos de agotarse y hasta puede hablarse de una crisis de las doctrinas tradicionales que justificaban la prisión y el entero sistema penal¹⁸.

En todo caso, la normativa internacional en materia de derechos humanos postula una finalidad para el ordenamiento penal, la cual forma parte de

¹⁶ Preferimos el término *Sistema Penal* antes que Derecho Penal, en tanto se debe incluir también el comportamiento real orgánico e insitucional del apartado represivo. Sobre este punto véase el estupendo desarrollo de ZAFFARONI, *Informe II*. Buenos Aires, Derecho Penal, Editorial De Palma, muchas de cuyas ideas han servido para el desarrollo de este capítulo.

¹⁷ Véase, por ejemplo, GESEK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Bosh, Barcelona, 1981. Y BERSTAIN, Antoni: *La pena y retribución y las actuales concepciones criminológicas*, De Palma, Barcelona.

¹⁸ Véase SANDOVAL, Emiro, *Penología. Parte Especial*. Universidad Externado de Colombia, 1984.

las disposiciones obligatorias, aspecto que a veces no se observa cuando estos compromisos son asumidos. Así, la Convención Americana indica, en su artículo 5, refiriéndose a la pena, que la reforma y la readaptación social de los condenados deben ser la finalidad a obtener.

Más importante quizá es que los derechos humanos continúen una filosofía profundamente humanista. En la base de todas las normas se encuentra el principio capital de la dignidad de la persona humana, que, como se recordará, parte del postulado de que todos los hombres, por su condición de tales, tiene un valor intrínseco. Cualquier excepción implica una derogación del principio. Por consiguiente, el delincuente, el procesado, el condenado, quien de alguna manera resulta inmerso como objeto de la función represiva del sistema penal, tiene derecho a que se respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho. Es frecuente, por el contrario, que el sistema funcione de forma tal que al delincuente se le clasifique como «no ser humano» y a menudo privado de todos sus derechos, desde los individuales hasta los políticos.

América Latina conoce legislaciones penales que tienen, a menudo, poca compatibilidad con la filosofía misma de los derechos humanos. Desde códigos que reproducen esquemas de gobierno totalmente alejados de los que postula o declara la propia Constitución, con finalidad marcadamente represiva, hasta normativas que se apegan a las doctrinas de defensa social, totalmente desvinculadas de los fines indicados por los derechos humanos. Se trata de una peligrosa separación cuando no una abierta oposición a las obligaciones internacionales en esta materia ¹⁹ y, por tanto, estas legislaciones deberían ser reformadas al menos para eliminar su extrema represividad y la consideración que del delincuente se hace.

Merece recordarse aquí, por otra parte, que la normativa de los derechos humanos no sólo implica el cumplimiento de los derechos consagrados específicos, sino que significa una interpretación y aun una relectura de las legislaciones internas en función de estas disposiciones.

b) *El carácter punitivo del Derecho Penal y su incidencia en los derechos humanos*

Tan importante como las relaciones anteriormente descritas es la que se deriva del carácter punitivo del Derecho Penal. Desde su propio nombre, este ordenamiento encuentra definición en el hecho de que la represividad que le es característica se traduce en la imposición de penas y le da una tendencia punitiva. La filosofía sobre la que se basa esta idea no puede ser discutida aquí, pero a partir de este punto se derivan importantes consecuencias.

Es por lo anterior que el Derecho Penal no puede ser extremadamente represivo, ya que en esta situación las penas pierden justificación y se convierten en violaciones a los derechos humanos.

¹⁹ De nuevo, sobre este punto véase ZAFFARINI, *op. cit.*

En otras palabras, para encontrar coherencia con las disposiciones en materia de derechos humanos las penas deben ser necesarias y apropiadas. Necesarias, en tanto que su imposición debe encontrarse motivada por la situación real de la sociedad y la incompatibilidad entre la conducta sancionada y los valores tutelados y respetados por la sociedad, en ese momento histórico. Apropiadas, porque, aunque a algunos pueda sonar mera filosofía, los valores protegidos no se ubican todos en la misma jerarquía y es precisamente por esto que las penas varían en grado y en contenido, así como los delitos varían en gravedad. Por consiguiente, a cada figura delictiva debe corresponder una pena que represente la escala que ese valor tiene en la sociedad.

Lo anterior parece obvio, pero es constantemente olvidado no sólo por los Códigos Penales, sino, y sobre todo, por las leyes especiales al asignar penas excesivamente fuertes o altas a delitos que se relacionan con valores secundarios.

c) *Principios que rigen en la determinación del delito*

Las normas que componen la materia de derechos humanos no sólo implican la adecuación de principios generales, sino que señalan aspectos específicos que deben ser respetados por las legislaciones penales.

Muchos de estos principios no son más que parte de los fundamentos mismos del sistema penal, elevados, como sabemos, a la categoría de derechos protegidos constitucionalmente y, después, establecidos como parte de los derechos humanos. Nos referiremos a continuación a los más destacados.

1. *Principio de legalidad*: No parece necesario insistir en la trascendencia de este principio para el Derecho Penal moderno, en tanto lo define²⁰ la Convención Americana en su artículo 9 al indicar que «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el derecho aplicable». A pesar de lo básico del principio, las violaciones a éste abundan en nuestros ordenamientos.

Así, los tipos penales en blanco o tipos abiertos, especialmente comunes cuando se trata de definir delitos políticos, son una violación del principio de legalidad y por tanto violación de los derechos humanos. Pero no son el único caso. La determinación imprecisa es tan frecuente como peligrosa: el utilizar verbos definitorios totalmente generales; el eliminar, del todo, la presencia del verbo; recurrir a ejemplificaciones y enumeraciones no taxativas; el utilizar expresiones difusas o reenviadas a campos morales. Todas son violaciones del principio de legalidad.

Para el cumplimiento de las obligaciones que imponen los derechos humanos, el principio de legalidad debe ser respetado íntegramente, esto es, utilizando fórmulas precisas a la hora de definir las figuras delictivas.

2. *Principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa*: Íntimamente ligado al principio de legalidad, lo encontraremos consagrado en el mismo artículo 9 de la Convención Americana: «... Tampoco se puede imponer pena

²⁰ Véase, por ejemplo, RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid.

más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito». De nuevo se trata de uno de los postulados esenciales del ordenamiento penal, pero también de uno frecuentemente violado en las legislaciones. Así, la no especificación de la entrada en vigor de una nueva disposición penal, si no se encuentra bien complementada por las normas generales, crea una situación de incertidumbre especialmente peligrosa cuando se trata de leyes para emergencias políticas.

Tampoco puede decirse que, de por sí, determinadas medidas correccionales o de seguridad constituyan necesariamente una «ley penal más favorable» y que pueda tener aplicación retroactiva según el mismo artículo 9: «Si con posterioridad a la comisión de un delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». En efecto, una medida de seguridad puede resultar más gravosa, al no estar rodeada de las garantías que restringen la aplicación de la pena de prisión. En consecuencia, la no retroactividad o la retroactividad de una disposición penal viene definida por la gravedad *real* de la sanción. Considerar la división entre prisión y medidas correccionales como una separación entre sanción y no sanción es violatorio de los derechos humanos si no corresponde a la realidad.

3. *Principio de presunción de inocencia*: Si bien este principio fundamenta el ordenamiento procesal antes que el sustantivo, las violaciones a éste proceden a menudo de la propia legislación penal y en el establecimiento de los delitos. Esto sucede con todos los tipos que establecen una presunción de dolo o culpabilidad y es característico de los casos en que se considera punil la conducta por atentar contra el orden, la moral o la seguridad nacional. Así, las disposiciones que establecen como delictivas conductas consideradas legítimas, sólo por el hecho de un dolo que incluyen en la tipificación, son violatorias de los derechos humanos.

4. *Principio de reparación del error judicial*: Establecido en el artículo 10 de la Convención Americana: «Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.» Este principio tiene importantes consecuencias, en particular por el efecto estigmatizante que el sistema penal tiene. En muchas legislaciones no se prevé la reparación por error judicial y, en otros casos, las disposiciones hacen más bien negatorio este derecho. En ambas hipótesis se incurre en una violación de los derechos humanos.

5. *Principio de no discriminación*: Según el artículo 10 de la Convención Americana, «los Estados partes... se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Este principio capital constituye uno de los de mayor desarrollo en derechos humanos, pero también es uno de los que sufre mayores violaciones y la materia penal no es la excepción.

d) *Principios que rigen en la determinación de la pena*

Debemos tener en cuenta, de principio, que la pena, como manifestación característica del ordenamiento represivo, incluye todos los tipos de puniciones. Pretender que las llamadas «medidas correctivas», «medidas correccionales» o «medidas de seguridad» no se encuentran cubiertas en la categoría de «pena» sería, so pretexto de su gravedad menor (si ello se puede sostener), colocarla fuera de las garantías mínimas, con lo que se llegaría al absurdo de que una conducta estimada menos atentatoria contra un bien jurídico protegido podría tener un castigo mayor.

El mismo razonamiento es válido para el caso de la legislación de menores y de otras especiales, las cuales, *a fortiori*, deben encontrarse sometidas a los mismos principios.

De un modo u otro, todas las puniciones pueden ser ubicadas como limitaciones a los derechos humanos, consentidas por el propio ordenamiento jurídico. Por tal motivo, su aplicación debe estar estrictamente regulada.

La orientación actual de las penas, para su conformidad con los derechos humanos, es que deben constituir la limitación de un solo derecho, en tanto está superada la doctrina de que el delincuente deba ser «destruido» y que su actuación amerita todas las sanciones que puedan imponerse. Si cada pena supone y debe suponer la limitación de un único derecho, limitar varios por una pena en realidad significa aplicar varias penas, lo que, en principio, no es consentido por el ordenamiento. Debe aclararse, sin embargo, que la inhabilitación, posiblemente por razones históricas, es aceptada como accesoria a la pena de prisión. Es ésta también una razón justificante para la eliminación de la pena de muerte, puesto que, aparte de su carácter definitivo, antes que limitante, involucra una serie de penas accesorias (la prisión anterior a la ejecución, la tortura psicológica que implica este mismo período, etcétera).

Otro principio general que puede desprenderse de los derechos humanos en materia de penas es la prohibición de algunas de ellas, de manera expresa o implícita. Así, la tortura resulta condenada y proscrita (art. 5.1 de la Convención Americana); la pena de confiscación contradice el principio de propiedad (art. 21 Convención Americana); la pena de extrañamiento o expulsión resulta prohibida (art. 22.5 Convención Americana).

Limitaciones específicas existen, tal como la eliminación progresiva de la pena de muerte. El artículo 4 de la Convención señala, en lo que aquí interesa:

«2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de Tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la apliquen actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisiones ante autoridad competente.»

e) *El delincuente ante los derechos humanos: el principio de dignidad*

Conviene reiterar que el principio de dignidad de la persona humana, no importa cuál sea el fundamento que se dé, implica una consideración del valor del ser humano que destaca la universalidad. Ninguna excepción, ninguna discriminación, es aceptable. Aquel que entre en el sistema penal como sujeto a la aplicación directa de las normas que forman parte de este sistema, en cualquier estado de proceso: procesado, condenado, absuelto, prisionero, sigue siendo un ser humano con dignidad.

Las manifestaciones de este principio son muchas, pero es importante enfatizar dos de ellas.

A la primera se hizo somera referencia a propósito de la pena y consiste en el postulado esencial de que aquel que sufre una punición sigue manteniendo sus derechos, salvo aquellos expresamente limitados. Por tanto, debe tener las condiciones mínimas que se garantizan a toda persona, incluyendo libertad de expresión, derecho de petición, derecho a la educación y, en la medida de lo posible, derecho al trabajo, entre otros que son indiscutibles²¹. Es, por cierto, esta idea la que ha producido en algunos países la crisis de la prisión como institución, por constituir una grave limitante al ejercicio real de estos derechos.

En todo caso debe reforzarse la noción de que para el respeto de la dignidad de la persona humana sólo pueden limitarse los derechos estrictamente necesarios para el cumplimiento de la justicia o de la condena.

Por otro lado, no es posible cerrar los ojos al fuerte efecto «estigmatizante» que tiene el sistema penal en todas sus etapas. Es evidente que la simple denuncia ante los órganos de investigación acarrea importantes consecuencias sobre la reputación y la consideración que la sociedad tiene del individuo. Mucho más grave es la situación de quien sale de la prisión.

Es por lo anterior que instituciones como el Registro de la Delincuencia, que llevan los organismos judiciales (de innegable importancia), deben estar limitadas a los fines del propio sistema penal, esto es, la información necesaria, interna y confidencial que manejan los Tribunales de Justicia, que sólo puede hacerse pública por medio del debate o de la sentencia. Sin embargo, es frecuente observar en muchos países el uso del registro para dar informa-

²¹ ZAFFARONI, *op. cit.*

José Thompson

ción a los empleadores, quienes lo utilizan como requisito para admitir las solicitudes. Esta permisividad es violatoria de los derechos humanos, en tanto agrega una pena perpetua además de la prisión, que a veces se extiende, incluso, a los datos sobre los procesos sufridos aun con resultado favorable.

Es necesario, entonces, que el efecto estigmatizante sea reducido al mínimo posible en aras del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos.

f) *El debido proceso: concepto y contenido*

Como resulta también con los principios que arriba hemos destacado para el Derecho Penal, el debido proceso es un fundamento esencial del Derecho Procesal Penal moderno, pero es igualmente una exigencia del ordenamiento de los derechos humanos. Esto ocurre porque los principios que informan el debido proceso son garantías no sólo para el funcionamiento judicial en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales. Así, el derecho de petición implica el acceso a la Administración de Justicia.

El debido proceso conlleva, pues, la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, del mismo modo que una serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cual el procesado tenga a su alcance las posibilidades de una defensa de su caso.

Para los derechos humanos, el debido proceso es, entonces, un requisito básico. Si recordamos la historia del desarrollo de los derechos fundamentales comprendemos que la acusación y juzgamiento, en lo penal, era un útil instrumento para el poder absoluto porque daba a lo que es simple persecución el marco y respetabilidad de lo jurídico y permitía, sin problema, aplicar los más fuertes mecanismos de represión, incluyendo la muerte. Es por esto que las garantías procesales revisten una particular importancia para los derechos humanos.

Los principios fundamentales que se relacionan con el debido proceso, y que están incorporados en el marco de los derechos humanos, podemos reseñarlos del modo siguiente:

1. *Disposición de la justicia ordinaria*: Un postulado básico en los derechos humanos, con el cual se relaciona totalmente el *babeas corpus*, es el evitar largos períodos en poder de las autoridades administrativas o de investigación. El peligro es para la vida y la integridad física, no se trata solamente de un atentado contra la libertad individual. Por esa razón, la Convención americana prescribe que: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...» (art. 8, subrayado nuestro). Es cierto que no se especifica cuánto puede durar este período, pero la razonabilidad no puede ser mayor de unos cuantos días.

Por lo anterior, las detenciones administrativas y las incomunicaciones, aun cuando encuentren respaldo en la legislación, son violatorias de los derechos humanos.

2. *Principio de Juez natural*: Con base en el mismo artículo transcrito apenas arriba puede establecerse con claridad la exigencia de que el Juez o Tribunal sea realmente imparcial y establecido con anterioridad por la ley, lo cual constituye una prohibición del establecimiento de fueros especiales. Lamentablemente, la formación y funcionamiento de Tribunales especiales es un hecho bastante común en las legislaciones, en particular para el juzgamiento de los que se estiman como delitos contra la seguridad nacional.

También es una violación de este principio la asignación de competencias sobre hechos delictuosos a tribunales que no sean los ordinarios, lo cual ocurre cuando se concede, por ejemplo a los fueros militares, la competencia sobre todos los casos en que pueda resultar comprometida una acción que atente contra la estabilidad nacional.

Igualmente, el principio de Juez natural en materia de derechos humanos significa no sólo una garantía para el procesado, sino también un esfuerzo a la certeza de un juzgamiento efectivo. En otras palabras, se trata de evitar la constitución de Tribunales especiales «blandos» preparados para impedir una condena antes que para llevar a cabo un procedimiento.

Atentados contra la independencia de los órganos judiciales, en cualquiera de sus manifestaciones: funcional, económica, política, son igualmente violatorios de los derechos humanos en tanto debido proceso se convierte en una noción vacía de contenido si no hay una verdadera independencia de quienes administran Justicia y porque el Estado de Derecho, tal como se hizo notar su momento, sólo existe con un sometimiento real de los encargados de juzgar.

3. *Principio de defensa*: Existe una serie de disposiciones que podemos encontrar en el Derecho internacional de los derechos humanos y que en la Convención Americana se destacan en el artículo 8, que tienden a brindar garantías dentro del proceso.

Así, el derecho a un traductor para su idioma, comunicación previa de la acusación, concesión de un período para preparar la defensa, derecho a un defensor propio o por cuenta del Estado, derecho de traer los testigos y otros medios al proceso, derecho de no autoincriminación y derecho a un recurso contra el fallo ante un Tribunal superior.

Muchos de estos principios, que pueden parecer innecesarios por formar parte de los procedimientos penales por definición, son, sin embargo, restringidos o directamente contradichos por la legislación o la práctica del sistema. Un par de casos sirven para ejemplificar la situación: aunque esté prevista dentro de las normas, la institución de los traductores no siempre funciona, sobre todo si se trata de uno nacional que, muchas veces, por su pertenencia a comunidades indígenas, desconoce el idioma «nacional». Frecuente es, asimismo, que no se contemple un recurso contra los fallos si se está frente a sanciones «de poca gravedad». Ambas constituyen violaciones de los derechos humanos.

4. *Principio de publicidad*: La publicidad del proceso tiende, como es sabido, a asegurar la defensa en su sentido más amplio al permitir a otros que no sean los involucrados en el proceso acceso a su desarrollo y, a la vez, da al procesado y a su defensor la oportunidad de transmitir los alegatos direc-

tamente a los Jueces, lo que resulta así en la necesaria intermediación con las pruebas.

Este principio está consagrado en el artículo 8.5 de la Convención Americana. Aun así es frecuente que la violación del principio de Juez natural vaya acompañada de la no aplicación de este otro, en tanto el secreto es característico de muchos de los procesos que son llevados a cabo por Tribunales especiales.

5. *Principio de "non bis in idem"*: En la Convención Americana encontramos la consagración de este principio, quizá no en la forma más depurada, según veremos:

«Artículo 8... 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.»

La imprecisión proviene del empleo del término «sentencia», cuando es sabido que dentro del procedimiento penal hay una serie de resoluciones definitivas que no se denominan sentencia y que, no obstante ello, implica en caso favorable la imposibilidad de un nuevo juicio. De hecho, ante un auto firme que prevea el sobreseimiento (en los sistemas en que no se trata de una sentencia, aunque tenga el carácter de tal), un nuevo juicio es inaceptable.

Hay quienes cuestionan la institución de la reincidencia como calificativo de la pena, en tanto es difícilmente compatible con una aplicación estricta del *non bis in idem*²². La aceptación de esta tesis dependerá, lógicamente, de las implicaciones que las legislaciones asignen a la reincidencia.

Probablemente, la imprecisión terminológica ya señalada de la Convención Americana obedece a una idea relacionada, la de que la condena sí debe ser dada por una sentencia, sin que pueda haber ninguna otra resolución con este carácter.

A MODO DE CONCLUSION

En las páginas precedentes hemos demostrado, primero, la íntima relación que se establece entre los derechos humanos y la Administración de Justicia. Posteriormente hemos analizado algunos casos específicos de violaciones a los derechos humanos presentes en las mismas legislaciones penales.

Estas reflexiones obligan a considerar que para una plena vigencia de los derechos humanos una Administración de Justicia independiente y eficaz es necesaria, pero no es condición suficiente.

El desconocimiento por el Juez de las obligaciones en derechos humanos, la inevitable revisión legislativa que se impone como consecuencia de estas mismas obligaciones, las profundas reformas que el sistema penal requiere son sólo claros indicadores de la absoluta necesidad de cambios que aseguran la modernidad y funcionalidad del Poder Judicial.

²² *Ibid.*

TEMA II:

LAS REFORMAS JUDICIALES EN LA REGION ANDINA

14. ASSELIN, Robert J., **Experiencias recientes en el desarrollo de coaliciones para promover reforma judicial**, National Center for State Courts, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.
15. Jorge Correa Sutil, **Situación y Políticas Judiciales en América Latina**, en Cuadernos de Análisis Jurídicos, N° 2, 1993. [Estudio Introductorio a la obra colectiva]

EXPERIENCIAS RECIENTES EN EL DESARROLLO DE COALICIONES PARA PROMOVER REFORMA JUDICIAL

Por

Robert J. Asselin, Jr.

Trabajo Preparado para la

2^{da} MESA REDONDA SOBRE REFORMA JUDICIAL

MAYO 19 - 22, 1996

Con el apoyo de

*La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional
y el Banco Interamericano de Desarrollo en coordinación
con el National Center for State Courts*

Experiencias Recientes en el Desarrollo de Coaliciones para Promover Reforma Judicial

by
Robert J. Asselin, Jr.

Mayo 1996

I. Introducción	1
A. La Necesidad de Establecer Coaliciones para Apoyar la Reforma Judicial	1
B. Objetivo del documento de trabajo	2
II. Experiencias de Países en el Establecimiento de Coaliciones para Promover Reforma Judicial	3
A. Argentina	3
B. Bolivia	8
III. Conclusiones	13
A. Lecciones Aprendidas	13
B. Acciones Ilustrativas y Recomendaciones de Reforma y Grupos de Operaciones para Elaborar y Promover las Medidas de Reforma Específicas	14
Anexo	17

Esta monografía fue preparada por Robert J. Asselin, Jr. para la Segunda Mesa Redonda sobre Reforma Judicial, celebrada por el National Center for State Courts (NCSC) en Williamsburg, Virginia del 19 al 22 de mayo de 1996, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Se puede reproducir y distribuir con fines educativos no lucrativos. Las opiniones expresadas en este documento no representan necesariamente las posiciones y políticas oficiales del NCSC, USAID o BID.

I. INTRODUCCIÓN

A. La Necesidad de Establecer Coaliciones para Apoyar la Reforma Judicial

1. Mesa Redonda Judicial de NCSC, Junio de 1993

En la mesa redonda organizada por el National Center for State Courts (NCSC) en Junio de 1993 se reconoció que, si bien existe un creciente consenso entre la mayoría de los dirigentes de los sectores judiciales del hemisferio que existe la necesidad de efectuar reformas legales y judiciales, en definitiva para tener éxito se debe lograr un mayor reconocimiento nacional y un apoyo activo a la necesidad de efectuar dichas reformas. Para los participantes de esa Conferencia resultó claro que es el propio sector judicial quien debe tomar la iniciativa de los esfuerzos reformistas, tanto para fortalecer la independencia judicial como para lograr asegurar una consistencia en la implementación de las propias reformas.

Quienes asistieron a la Conferencia organizada hace tres años no expresaron gran cosa respecto a las acciones que se podrían llevar a cabo para fortalecer el apoyo público a los esfuerzos de reforma judicial. Se mencionó la necesidad de organizar "grupos de estudio" de dirigentes nacionales interesados e influyentes que pudiesen contrarrestar la resistencia al cambio que podría surgir dentro del Poder Judicial y de la comunidad legal en general. También se mencionó la necesidad de recopilar más datos sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia y los problemas enfrentados, con el fin de diseñar y defender de mejor manera las iniciativas específicas de reforma. Aparte de estas dos sugerencias, sin embargo, los asistentes a la Conferencia regresaron a sus países más conscientes del consenso logrado entre ellos, respecto a la necesidad de apoyo público que, tal vez, de las formas en que los dirigentes del campo de la justicia pudieran trabajar para generar dicho apoyo a las reformas judiciales.

2. Razones para Establecer una Coalición

Las reformas se hacen en las organizaciones y procedimientos, porque las personas involucradas o afectadas por ellas deciden que es necesario cambiar. En Febrero de 1994, el Centro para el Desarrollo y Evaluación de la Información de USAID publicó un estudio titulado "Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs" (*Orientaciones Estratégicas para Programas de Estado de Derecho Financiado con Donaciones*) intentando proporcionar un marco analítico para el diseño de programas de administración de justicia que reciban financiamiento de entidades donantes. Una de las conclusiones más importantes del Estudio fue un reflejo del consenso logrado previamente entre dirigentes judiciales de América Latina, en la Conferencia del NCSC en Junio de 1993. Los autores del Estudio concluyen que existe la necesidad de alcanzar un equilibrio razonable entre los esfuerzos de "oferta" y "demanda" en los programas de reforma judicial; vale decir, que las reformas fundamentales para mejorar la administración judicial, el acceso a la justicia y otros elementos de la "oferta" de justicia, deben complementarse con los esfuerzos por establecer coaliciones y consenso para generar una "demanda" pública por reformas judiciales y un apoyo público para las iniciativas específicas asumidas por los políticos y grupos de interés comprometidos con sus resultados.

Los autores del Informe recuerdan a sus lectores que los esfuerzos de reforma legal deben considerarse como procesos políticos, sin reducirlos simplemente a actividades de "incentivos a la oferta" destinadas a fortalecer las estructuras del sistema legal y el desempeño institucional. Las autoridades del sector judicial hace tiempo que han aceptado este hecho, aunque muy pocos de ellos tienen el hábito de "actuar políticamente" en sus actividades profesionales como jueces y funcionarios de tribunales, aún cuando hayan debido "actuar políticamente" como individuos en el mejor sentido de esa expresión, para alcanzar sus objetivos personales. El "actuar políticamente" se refiere a los procesos de establecimiento de coaliciones y grupos de electores que forman parte de la vida cotidiana. Los autores del Estudio del CDIE describe de la siguiente manera estos términos, en relación con la reforma judicial:

- El establecimiento de coaliciones consiste en forjar un compromiso con la reforma judicial entre los dirigentes sociales de diferentes sectores. Las actividades para ello conducen a una demanda pública creciente por reformas que resuelvan los problemas específicos que afectan a la prestación de justicia.
- El establecimiento y desarrollo de grupos interesados en promover reforma judicial se considera como el proceso de movilización de apoyo para las reformas específicas, de los grupos de interés no gubernamentales y los funcionarios de gobierno involucrados.

3. Factores que Afectan el Establecimiento de Coaliciones

Los autores del estudio citado señalan diversas condiciones que afectan a las posibilidades de tener éxito en el establecimiento de coaliciones para la reforma judicial. Recomiendan que quienes estén intentando ponerse a la cabeza de los esfuerzos de reforma tengan en cuenta estos factores, puesto que cada país presenta su propio y diverso conjunto de condiciones políticas. Entre los factores más importantes que deben tomarse en cuenta están: el grado de libertad que gozan los medios de comunicación y el profesionalismo y eficiencia de los periodistas; el nivel de desarrollo de las organizaciones de la sociedad civil; el grado de voluntad política a favor de la reforma judicial que exista entre los funcionarios del poder ejecutivo y legislativo; y la disposición de las autoridades del sector judicial a encabezar o cooperar con los esfuerzos reformistas.

La oportunidad de las reformas suele depender del tiempo que tome formar las coaliciones en favor del cambio entre un número considerable de aquellos que se ven involucrados con (o afectados por) el *status quo*. Dado que los sistemas de justicia afectan a una gama tan amplia de individuos, se debe consagrar mucho tiempo y esfuerzos para establecer coaliciones para las reformas que incluyan a grupos de interés que podrían impedirlos, si no están convencidos de su necesidad. Los grupos más importantes de contactar para la reforma judicial son los ciudadanos (y sus organizaciones y empresas), dirigentes políticos, funcionarios de gobierno, los jueces y demás actores del sistema formal de justicia.

El apoyo político para las reformas reviste especial importancia. En las democracias, los dirigentes políticos deben responder a las demandas del público en general y de los grupos de interés. Por lo tanto, los políticos y el público en general son grupos importantes cuyo apoyo es necesario. Además, para que las reformas deseadas sean implementadas eficazmente, las personas que trabajan dentro del sistema judicial y que son responsables por ellas, también deben convencerse que valen la pena. Por ende, los esfuerzos para establecer coaliciones en favor de las reformas debe dirigirse también a los profesionales que trabajan dentro del propio campo judicial.

B. Objetivo del Documento de Trabajo

Uno de los principales problemas que enfrentan los dirigentes del sector judicial al intentar reformas, es discernir la forma específica en que podrán establecer estas coaliciones. Este documento tiene como objetivo revisar las experiencias recientes de reforma al estado de derecho en dos países de América Latina, para poder identificar diferentes tipos de acciones para establecer coaliciones y grupos de electores y los factores que contribuyeron a su éxito. Este documento busca solamente servir de base para una discusión más profunda en la Conferencia del NCSC en Mayo de 1996 y no pretende ofrecer conclusiones definitivas en un campo que, con toda seguridad, seguirá atrayendo la atención a medida que se avance en los esfuerzos de reforma judicial.

El documento se divide en dos secciones. En la primera se resumen las experiencias específicas de establecimiento de coaliciones en Argentina y Bolivia en los últimos cinco años, para informar al lector de la forma en que se emprendieron los esfuerzos específicos, de sus resultados y la forma de obtenerlos. En la sección de cierre del documento se ha hecho un esfuerzo para derivar aprendizajes tentativos, de las acciones descritas de

establecimiento de coaliciones, presentando también una lista de acciones y recomendaciones ilustrativas para establecer estos grupos.

II. EXPERIENCIAS DE PAISES EN EL ESTABLECIMIENTO DE COALICIONES PARA PROMOVER REFORMA JUDICIAL

A. Argentina

En esta sección se describen brevemente algunos esfuerzos dirigidos al establecimiento de coaliciones realizados por funcionarios públicos y privados, organizaciones sin fines de lucro, los que comenzaron a fines de 1991. Para apreciar la importancia de tales esfuerzos para el proceso de reforma judicial en Argentina, es necesario describir brevemente las situaciones que en ese momento afligían al sector judicial.

Argentina tiene un sistema de justicia federal. Sus provincias tienen sistemas de tribunales en tres niveles que actúan bajo la autoridad de las Cortes Supremas provinciales. El sistema judicial federal funciona en paralelo bajo la autoridad de la Corte Suprema de la Nación, que también tiene jurisdicción sobre la Capital Federal de Buenos Aires, y la autoridad para revisar casos juzgados por las cortes supremas de las provincias. Dado que la Argentina ya cuenta con un sistema legal bien desarrollado y por la larga tradición de excelencia de que disfruta la comunidad legal en el país, en 1991 ya se habían puesto en marcha diversas reformas judiciales, pero casi todas fueron realizadas por las Cortes provinciales, más que a nivel federal.¹

En 1991 comenzó a expresarse el descontento público por el deficiente funcionamiento del sistema federal de justicia, pero no existía aún el consenso necesario para reformarlo ni demasiada presión pública por los cambios. Con siete años de experiencia bajo gobiernos electos, las organizaciones de la sociedad civil funcionaban abierta y eficazmente, formándose nuevas organizaciones no gubernamentales que trabajan en el campo de la educación cívica y desarrollo democrático nacional. Los medios de comunicación argentinos tenían y siguen teniendo libertad de expresión. La prensa mantiene informado al público, con la tendencia a centrarse en denunciar escándalos relacionados con la corrupción, a los que sin embargo no ha sido inmune. Ni el público ni la prensa se mostraban demasiado preocupados por los problemas específicos enfrentados por los tribunales, ni en general, por los procesos judiciales, si bien se expresaba claramente un descontento por la falta de independencia judicial frente al poder ejecutivo. Asimismo, entre los dirigentes empresariales que ya debían competir en mercados más abiertos, se percibía una inquietud ante la carencia de un sistema legal confiable para la regulación de actividades y la resolución de disputas comerciales.

El sistema federal de justicia sufría una deficiente administración, altos costos operativos y demoras. El Poder Ejecutivo parecía más preocupado de eludir los impedimentos judiciales a sus programas de reformas económicas y del sector público que de mejorar el funcionamiento del sistema judicial. Dentro del propio sistema judicial, algunos miembros de la Corte Suprema de la Nación experimentaban la necesidad de las reformas judiciales, sin poder asumir ninguna acción ante las fuertes controversias dentro de la Corte. Aunque el Ministro de Justicia de esa época mostraba una disposición favorable a respaldar las reformas, su Ministerio carecía de poder.

En el fortalecimiento del ambiente pro-reformas, las organizaciones de la sociedad civil llevaron el peso de los esfuerzos de educación pública. Paralelamente, un reducido grupo de funcionarios públicos intentaban reformas, muchas de ellas infructuosas por la falta de coaliciones firmes a favor, produciéndose una superposición de las acciones emprendidas por funcionarios del sector público y por las organizaciones civiles,

¹ Por ejemplo, en varias provincias se adoptó el proceso oral para casos penales y se institucionalizaron los procedimientos para aplicar medidas disciplinarias a los jueces.

influyéndose entre sí con frecuencia. Para simplificar esta presentación, las describimos más adelante por separado.

1. La Corte Suprema de la Nación

a. Creación de una Escuela Judicial Nacional. En el segundo semestre de 1991 dos Ministros de la Corte Suprema contrataron a un consultor que había trabajado en una reputada fundación argentina de investigación y educación legal, FORES, para crear un programa destinado a establecer una escuela judicial nacional. El esfuerzo se materializó con la organización de un Comité formado por jueces y personal de tribunales que trabajó en la definición de las necesidades de formación. Sobre esta base, se desarrolló un currículum y se planificaron cursos piloto. El programa desarrollado para establecer una Escuela era integral y ambicioso. Cuando estuvo prácticamente terminado, la Corte Suprema patrocinó en octubre de 1991 una conferencia internacional para analizar las distintas experiencias de los países frente a la educación judicial, con gran concurrencia de argentinos interesados en el tema. Lamentablemente, nunca se continuaron las acciones para establecer la Escuela. La razón principal de ello fue que los (ahora ex) miembros de la Corte estaban peleados entre sí e inquietos por la mala publicidad originada en los escándalos del sistema judicial. No hubo voluntad política de avanzar.

El esfuerzo de planificación de la Escuela Judicial demostró sin embargo su utilidad. A partir de 1993, varias Cortes de provincias mostraron interés por establecer o mejorar sus Escuelas. La misma metodología adoptada inicialmente por la Corte Suprema de la Nación se aplicó para lograr un consenso dentro de esos sistemas provinciales de justicia, de la manera de establecer estas escuelas. Hasta la fecha se han establecido o restablecido siete escuelas provinciales.

b. Visita de dos Magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos. A fines de 1993, la Corte Suprema invitó a los jueces Sandra Day O'Connor y Anthony Kennedy a discutir los temas de su preferencia con la Corte y académicos argentinos. La Corte organizó una entrevista privada con el Presidente de la Nación, como parte importante de este viaje. Esta iniciativa, realizada bajo la conducción de la Corte Suprema, se vio coronada por el éxito al presentar tanto al Presidente como a otros miembros de la Corte, la idea de la necesidad de perfeccionar la entrega/prestación de justicia y de preservar los principios que son el fundamento del sistema nacional de justicia. Esta visita fue un paso positivo, aunque pequeño, en el establecimiento de una coalición para la reforma.

c. Diagnóstico de los problemas administrativos. En 1993, la Corte Suprema contrató en Buenos Aires los servicios de una consultora internacional de administración de empresas, para realizar un estudio integral de identificación y análisis de los problemas administrativos centrales del sistema federal de justicia, sugiriendo un plan de acción para abordarlos. El Presidente y Vicepresidente de la Corte en ese entonces tramitaron el estudio y su financiamiento, en colaboración con dirigentes empresariales que les ofrecieron su apoyo. La empresa consultora en administración recopiló información confiable e integral, que a la vez fue bastante controvertido puesto que documentó ejemplos de un sistema administrativo costoso y fuera de control. La publicación del informe final recibió inmediata resistencia tanto de miembros del personal de la Corte, temerosos de las reformas, como de unos pocos de sus Ministros, sorprendidos no solamente por sus conclusiones, sino por el sólo hecho que se hubiera encargado tal estudio. Poco después de la publicación del estudio estalló un escándalo relacionado con las acciones tomadas dentro de la Corte en un caso que involucraba al Poder Ejecutivo. Se hicieron cambios en los principales puestos de la Corte y el informe quedó enterrado.

Incluso sin el intempestivo escándalo, ésta bien intencionada iniciativa de los dos principales magistrados de la Corte para abordar antiguos problemas administrativos difícilmente se habría impuesto, porque tanto el informe como el plan de acción fueron elaborados exclusivamente por un equipo de especialistas externos. Sin duda era necesaria su capacidad administrativa para hacer bien el trabajo, pero la Corte no les solicitó que

trabajasen con personal de la misma en un esfuerzo generador de aportes y compromiso con el proceso de reforma. Indudablemente, tal estrategia habría demorado la publicación del informe, pero habría facilitado las acciones basadas en sus recomendaciones.

2. El Poder Ejecutivo

a. *Programa de Mediación del Ministerio de Justicia.* En 1991 el Ministerio de Justicia inicia su cooperación con una fundación local, la *Fundación Libra*, para introducir la práctica de la mediación dentro del país. Dos jueces de la Corte de Apelaciones crearon esta Fundación, tras costearse su estadía en los Estados Unidos para estudiar mediación en la Escuela de Derecho de (Harvard Law School). En este programa se seleccionó a un grupo de tribunales para probar la mediación en casos en donde los jueces decidieran que podría ser útil para resolver las controversias de modo expedito y satisfactorio. Se capacitó a los mediadores y se estableció un centro permanente para la resolución de casos y capacitación. Como resultado de la iniciativa del Ministerio y de la *Fundación Libra*, la mediación ha llegado a ser en Argentina un método alternativo aceptado para la resolución de controversias, tanto es así que se ha convertido recientemente en un paso obligatorio en la mayoría de los casos civiles.

El Ministerio de Justicia ha colaborado también con otra fundación nacional, la *Fundación La Ley* y con USAID en el establecimiento de ocho centros pilotos de justicia vecinal o comunitaria en los que abogados recién recibidos trabajan como voluntarios para ayudar a que el sistema de justicia sea más accesible a los individuos y familias que no están acostumbrados o no pueden recurrir a los Tribunales. Los centros pilotos vecinales han logrado comprometer a jóvenes abogados en las iniciativas para ampliar el acceso a la justicia, pero aún no se han extendido a nivel federal o provincial. Habría sido útil intentar basarse en estas iniciativas y motivar a los abogados voluntarios a integrarse en coaliciones más amplias para otras iniciativas de reformas que pudieran beneficiarse con su entusiasmo y conocimiento personal de los problemas que enfrentan los ciudadanos para acceder al sistema de justicia.

En ambos programas, el Ministerio de Justicia descubrió las ventajas de cooperar con las ONGs locales y por medio de ellas, establecer coaliciones a favor de las reformas que promovían. Estas experiencias mostraron también que la dirección de los esfuerzos reformistas no debe necesariamente venir de las autoridades formales del sector judicial y, efectivamente, que los jueces y abogados individuales pueden hacer una gran diferencia.

b. *Participación del Ministro de Justicia en foros públicos y medios de comunicación.* En estos dos últimos años, con el creciente interés público por las reformas judiciales, el Ministro de Justicia ha aceptado como rutina las invitaciones a participar en foros públicos (asociaciones empresariales, organizaciones cívicas y medios de comunicación) y discutir las ideas y planes para la reforma judicial del Gobierno. Estos esfuerzos han logrado a la vez mantener informado al público sobre los planes gubernamentales y facilitar el diálogo entre las partes interesadas, ayudando al Ministerio de Justicia a mantenerse en contacto con el sentimiento del público.

c. *Interés del Procurador del Tesoro en la Reforma.* En Argentina, la *Procuraduría del Tesoro* tiene la responsabilidad de defender al Poder Ejecutivo en controversias que afecten al interés público. El *Procurador* anterior se involucró personalmente y a su institución en las iniciativas de reforma, investigando temas de relevancia para su servicio, como la posibilidad de contratar casos con firmas privadas y participando en las discusiones sobre las reformas con dirigentes de la sociedad civil y representantes de agencias donantes. El Presidente reparó en sus esfuerzos, solicitándole que condujera las negociaciones con el partido opositor sobre las reformas a la Constitución referentes al sector judicial. Esta experiencia demostró que existen otros funcionarios públicos, fuera del Ministerio de Justicia y de los Tribunales que pueden ejercer un liderazgo en el tema de la reforma judicial.

d. *Estudio Preparatorio del Proyecto del Ministerio de Justicia.* A fines de 1994 tanto el Banco Mundial como el BID se demostraron dispuestos a cooperar con el gobierno en proyectos de modernización judicial. Para iniciar el proceso, el Ministerio de Justicia solicitó al Banco Mundial el financiamiento de un estudio diagnóstico integral de los problemas que afectan a la prestación de justicia en Argentina. Se gastó algo más de medio millón de dólares en la elaboración de un informe, con un equipo formado por abogados argentinos seleccionados por el Ministerio y expertos internacionales convocados gracias al apoyo del Banco Mundial. Los miembros del equipo trabajaron bajo la autoridad del Ministerio, contactándose con una amplia gama de individuos y organizaciones involucradas con la reforma judicial, pero trabajaron aislados. No sólo varios de los expertos no tuvieron mucho contacto con los demás expertos del equipo; como tampoco se alentó a que los propios grupos argentinos interesados participaran directamente en el proceso de estudio. En el momento que el Ministerio de Justicia presentó ante el público el informe del equipo, fue criticado por no haber tomado suficientemente en cuenta las iniciativas de reformas ya en camino, y por la falta de consistencia interna. El Ministerio de Justicia no conservó el apoyo del Ministerio de Economía y Finanzas sin el cual el Banco Mundial y el BID no pueden avanzar al diseño del Proyecto. Por haber realizado la investigación de modo excluyente, el Ministerio de Justicia perdió una oportunidad para comenzar a establecer coaliciones para la reforma y generar apoyo dentro del Gobierno y con el público para sus iniciativas.

3. La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires supervisa el más importante sistema judicial argentino. Sus esfuerzos de reformas se han llevado a cabo en una atmósfera mucho menos politizada que a nivel federal. Uno de los primeros pasos oficiales dados por la Corte fue crear una Oficina de Planificación que logró, con un apoyo financiero muy modesto de donaciones, planificar y facilitar una serie de reformas. La posibilidad de financiamiento permitió que la Oficina de Planificación organizara proyectos piloto. La relación de la Oficina con el donante le dio a ésta mayor influencia en la Corte y acceso a experiencia técnica. Una de las características más consistentes de los programas implementados por la Oficina a nombre de la Corte, ha sido su llegada a quienes se verán afectados por las reformas específicas, para incluirlos desde la partida. Esto fue realizado en programas para reorganizar el personal de los tribunales, para formar defensores públicos, descentralizar las responsabilidades administrativas y de planificación a los jueces de los distritos para realizar campañas de información pública y mejorar la escuela judicial provincial. Las reformas presentadas ante el pleno de la Corte para su aprobación ya habían sido desarrolladas de forma participatoria y aceptadas entre representantes de quienes serían los más afectados, por lo que, una vez aprobadas por la Corte, se implementaron con menor dificultad.

4. Organizaciones de la Sociedad Civil

A partir de 1991, los dirigentes de dos sectores de la sociedad civil emprendieron acciones para aumentar la demanda por reformas judiciales. A pesar de que los animaban distintas preocupaciones, se dieron cuenta que podrían colaborar. El interés de los dirigentes empresariales ante la reforma judicial se basaba en su inquietud por un ambiente legal que hiciera más estable el desarrollo de los negocios. El interés de muchos dirigentes civiles se originaba en su anhelo por instituciones democráticas más fuertes y por un sistema de justicia más imparcial y accesible para todos los ciudadanos. Ambos grupos trabajaron para aumentar la demanda pública por los cambios, cooperando con los reformistas del sector público para intentar implementar programas específicos de reforma.

a. *Asociaciones Empresariales.* La primera asociación empresarial que expresó públicamente su inquietud por el estado del sistema judicial argentino fue IDEA, el *Instituto de Desarrollo Empresarial Argentino* al introducir el tema de lo que llamó "la seguridad judicial" en su Conferencia Anual de 1993. Por "seguridad judicial" los líderes empresariales de IDEA se refieren a un estado de derecho más estable, en el cual las empresas puedan confiar en que las leyes que controlan el comercio no serán modificadas por un decreto del Poder Ejecutivo y que pueden confiar en un sistema judicial que resuelva imparcialmente los conflictos, incluyendo aquéllos con entidades del gobierno y del sector público. La introducción pública del tema

logró despertar la sensibilidad del Gobierno y reforzar la percepción pública de la necesidad de una reforma judicial. IDEA y sus dirigentes complementaron su acción inicial, organizando reuniones desayuno periódicas, a las que IDEA invitaba a una gama de personalidades de los sectores judicial y empresarial, para discutir las reformas realizadas en otros países y las propuestas de reforma en Argentina. Asimismo, se reunieron personalmente con funcionarios de la Corte Suprema de la Nación y del Ministerio de Justicia para ofrecerles el apoyo del sector privado a las reformas, si estas organizaciones decidieran asumirlas.²

En 1994, otra organización empresarial, FIEL, la *Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas*, decidió elaborar un estudio comparativo de los costos financieros de los sistemas de justicia en Argentina y otros países. El estudio fue presentado en la reunión anual de la Asociación de Bancos de Argentina (ADEBA), logrando extensas publicaciones en la prensa por el extremadamente alto costo del sistema judicial argentino, en comparación con otros países donde se percibe que los tribunales funcionan con menos problemas. El estudio de FIEL produjo una información riquísima que podría usarse más adelante para justificar y ayudar a diseñar reformas específicas.

Estas experiencias demostraron que los dirigentes empresariales pueden ser muy eficaces tanto en ayudar a establecer coaliciones para aumentar la demanda por reformas judiciales, como en colaborar con los dirigentes del sector judicial que estén dispuestas a seguir con las reformas.

b. *Organizaciones cívicas.* Seis ONGs argentinas han tenido especial participación en los esfuerzos por establecer coaliciones y desarrollar consenso. Prácticamente desde sus inicios, *Poder Ciudadano* ha patrocinado programas de información al público sobre la importancia de las reformas judiciales y la manera en que las reformas específicas afectan sus intereses como ciudadanos. Sus programas comprenden seminarios, publicaciones y conferencias de prensa destinados a incrementar el debate público de los problemas judiciales. Un ejemplo notable fue el saber que candidatos a juez necesitados para implementar nuevos procedimientos orales para juicios penales federales, estaban siendo seleccionados por el Gobierno. Otro programa contra la corrupción dirigido por *Poder Ciudadano* incluyó casos relacionados con la independencia del sector judicial, dentro de sus iniciativas de toma de conciencia colectiva.

Las otras ONGs que tomaron sus propias iniciativas para ayudar a establecer alianzas a favor de las reformas son:

1. *Fundación Libra*, cuyas iniciativas de trabajo con el Ministerio de Justicia en programas de mediación ya fueron mencionadas.
2. El *Centro de Estudios Institucionales* (CEI) que facilitó la colaboración entre la Universidad de Palermo y la Universidad de Yale para crear un programa de Magister en Derecho, entre cuyos objetivos está la promoción de la investigación y un mayor compromiso de los estudiantes de Derecho en temas de la reforma.
3. *FORES*, que implementó un exitoso programa de asistencia legal para formar abogados defensores públicos, profesores de Derecho y funcionarios del Colegio de Abogados.
4. *Conciencia*, una ONG de educación cívica femenina que incluyó entre sus actividades los temas conciencia de justicia.
5. *Fundación La Ley* (FLL) que colaboró estrechamente con la USAID en el apoyo a distintas iniciativas de reforma judicial en Argentina.

Uno de los programas más exitosos de la FLL fueron las invitaciones hechas a especialistas judiciales de los Estados Unidos para dar conferencias en Argentina. Los temas tratados incluyeron ADR, la educación judicial, tribunales y prensa y las ventajas de formar asociaciones judiciales, entre otros. Los expositores hicieron

² La Corte Suprema de la Nación aceptó la oferta, facilitada por dirigentes empresariales, de contratar a una consultora internacional en administración para hacer el estudio y plan de acción para la reforma administrativa mencionada anteriormente.

presentaciones ante diferentes audiencias formadas por una variedad de organizaciones públicas y privadas interesadas en la reforma judicial. Sus visitas a la Argentina contribuyeron a difundir la discusión de los temas de reformas judiciales y exponer a los dirigentes de diversos sectores a las experiencias de reforma en otros países.

La FLL organizó también un número de viajes de orientación a los tribunales e instituciones judiciales de Estados Unidos, para grupos de jueces especialmente interesados en la reforma judicial. Como ejemplo de ello está el viaje de varias autoridades de cinco cortes supremas provinciales al National Center for State Courts a mediados de 1994. En 1995, se organizó un programa especial para un miembro de la Corte Suprema de la Nación y otros jueces federales. Además de permitir que las autoridades judiciales estuvieran más al tanto del funcionamiento de los sistemas judiciales en Estados Unidos, al viajar juntos se posibilitó la formación de coaliciones entre los argentinos interesados en reformas, las que permanecieron intactas a su regreso a casa.

Una de las iniciativas más exitosas de la *Fundación La Ley* en torno al establecimiento de coaliciones fue reunir a representantes de todas las organizaciones, tanto públicas como privadas, que hubieran colaborado bajo el Programa de Administración de Justicia FLL/USAID. El grupo comprendía a *Poder Ciudadano*, *Conciencia*, *Fundación Libra*, *FORES*, el *CEI*, *IDEA*, el Ministerio de Justicia, Las Cortes Supremas nacionales y de la Provincia de Buenos Aires y el Procurador del Tesoro. Originalmente, la idea de la FLL era que los miembros del grupo compartieran la información sobre los esfuerzos de reforma de cada uno, pero a medida que iban conversando se fueron entusiasmando con la idea de trabajar en iniciativas comunes. El primer esfuerzo común fue encargar una encuesta a la Organización Gallup a fines de 1993 para recopilar informaciones específicas sobre las actitudes del público respecto al sistema judicial y lo que pueden hacer los ciudadanos para promover la reforma judicial. Cada organización aportó sus preguntas para la encuesta, pudiendo aplicar los resultados de la encuesta en sus propios programas de información al público.

Los esfuerzos de las organizaciones civiles descritos aquí aumentaron enormemente el diálogo público y el conocimiento sobre las reformas judiciales. Como resultado, crecieron las coaliciones a favor de la reforma y la demanda pública por mejoras en el sistema judicial. A mediados de 1993, cuando el gobierno decidió acordar con el principal partido opositor que la reforma constitucional debiera incluir la creación de un *Consejo de Magistratura* para administrar el sistema federal de justicia y nombrar candidatos a juez, la comunidad de las ONGs argentinas ya estaba preparada, ayudando a asegurar el compromiso público en esta importante iniciativa de reforma. *Conciencia* y *Poder Ciudadano* organizaron seminarios y trabajaron en conjunto para llamar la atención de los medios sobre las negociaciones en curso de los detalles de la creación del Consejo.

Sin embargo, los esfuerzos de implementación de reformas estructurales a nivel nacional en la Constitución reformada de Argentina están tomando mucho más tiempo del estimado. Esto podría parecer como otra prueba más de la necesidad de promover más demanda pública por reformas. Mientras tanto, la reforma judicial sigue avanzando en las provincias, donde existen numerosos programas de mediación, de educación judicial y esfuerzos de reforma administrativa.

B. Bolivia

A principios de esta década, Bolivia experimentaba más de siete años de estabilidad política y económica sin precedentes. El país disfrutaba de prensa libre y existía una amplia gama de organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, la prensa no estaba muy familiarizada con los problemas técnicos y sistémicos del sector judicial, y mientras varias ONGs bolivianas y extranjeras trabajaban en el área de la educación cívica, ninguna se centraba específicamente en los problemas del sector judicial.

El impulso para la reforma judicial no comenzó con acciones de la prensa o de dirigentes de la sociedad civil ni tampoco surgió del propio sector judicial. Se generó como resultado de las inquietudes expresadas por dirigentes individuales de partidos políticos que se transformaron en un consenso político por reformas, cuando ya la prensa y el público analizaban con mayor frecuencia los problemas judiciales. En 1993 se comenzó a

implementar reformas muy importantes dentro del sector judicial. Hasta la fecha han consistido principalmente en cambios estructurales y legales necesarios para permitir que el sistema judicial opere institucionalmente de manera más justa e imparcial.

1. Inicio del Proceso de Reforma Judicial

Las reformas judiciales en Bolivia tienen sus raíces en los debates generados en 1991 entre dirigentes de partidos políticos en el Congreso. Estos debates se relacionaban con la posibilidad de introducir varias enmiendas a la Constitución boliviana. Los líderes del Congreso -de los que uno de los más prominentes es el actual Presidente de la República- respondían al descontento público expresado por la corrupción judicial. También estaban muy conscientes que los ciudadanos bolivianos se estaban acostumbrados a ver perfeccionarse el funcionamiento de los poderes ejecutivo y legislativo, a medida que se fortalecía la democracia en el país, pero que estas mejoras no tenían paralelo dentro del poder judicial. Para algunos dirigentes políticos se hacían necesarios cambios generales para abarcar no solamente el marco estructural y legal del sistema judicial, sino también para mejorar el acceso a la justicia a la mayoría de la población, fortaleciendo de modo significativo las competencias institucionales del sistema.

Actualmente, el proceso de reforma judicial en Bolivia está avanzando a grandes pasos bajo la conducción del Ministerio de Justicia. Los éxitos logrados se deben en gran medida al hecho que se ha prestado mucha atención y consistentemente, al establecimiento de coaliciones y grupos electorales como parte integral del mismo proceso de reformas. De hecho, esto ha sido una característica de los esfuerzos reformistas en Bolivia, desde su inicio.

2. La actividad del Consejo Nacional de Reformas del Poder Judicial (CONARE)

A mediados de 1991 se estableció el CONARE por decreto presidencial. Su creación siguió a las acciones dentro del Congreso boliviano para movilizar a la opinión pública a favor de las enmiendas constitucionales mencionadas. La discusión sobre la necesidad de cambios constitucionales generó una oportunidad para iniciar un proceso de reforma, puesto que el Poder Ejecutivo de esa época ansiaba responder a las presiones crecientes por reformas judiciales. La idea de establecer un consejo provino de un abogado boliviano, representante de ILANUD en Bolivia y de un funcionario boliviano de USAID/Bolivia. Ambos decidieron visitar Costa Rica para conocer sus experiencias de aplicación de un consejo judicial, implementado pocos años antes. Este Consejo logró comenzar a establecer una coalición para la reforma, facilitando los esfuerzos compartidos en la definición de prioridades. Ambos regresaron a Bolivia con gran entusiasmo por lo aprendido en Costa Rica e instaron al gobierno a crear un consejo.

El Consejo de Reformas del Poder Judicial estuvo formado intencionalmente, por representantes técnicos y políticos de un amplio grupo de organizaciones dentro de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, el Colegio de Abogados, la Procuraduría General y otros. El Vicepresidente de la República que a su vez es Presidente del Congreso Nacional, fue nombrado como Presidente del Consejo. Se buscó una amplia representación del sector legal en el Consejo, por dos razones: en primer lugar, para aumentar las posibilidades de lograr una agenda de consenso para las reformas que sirviera de base para la construcción de una alianza a favor de la reforma judicial; y segundo, para evitar concentrarse excesivamente en temas operativos interno de los tribunales, favoreciendo el estudio de políticas sectoriales y de estructuras institucionales.

El Consejo estableció un programa de siete puntos y completó su trabajo en dos de ellos, por la vía de dos subcomités que prepararon dos proyectos de ley: la *Ley de Organización Judicial* y la *Ley de Ministerio Público*. El primer proyecto de ley incluía disposiciones para unificar el sistema de tribunales, establecer procedimientos para aplicar sanciones a jueces y abogados y proporcionar apoyo de personal para los jueces. La segunda iniciativa solicitaba enmiendas constitucionales para transformar la Procuraduría General en una Oficina fuerte e independiente de Fiscalía, responsable de todas las investigaciones y enjuiciamientos penales, que tenga

su propia fuerza policial de investigaciones. Asimismo, solicita crear una Oficina de Defensor Público. Ambas iniciativas lograron su objetivo porque se desarrollaron de manera abierta y participativa (se organizaron varios seminarios y eventos públicos) y por la conducción política eficiente del Vicepresidente, quien estaba resuelto a obtener resultados del Consejo antes de las siguientes elecciones nacionales en 1993.

3. Creación de un Ministerio de Justicia y Enmienda de la Constitución

Durante la campaña electoral de 1993, todos los principales partidos políticos acordaron que la reforma judicial sería una prioridad para el gobierno electo. Este consenso fue otro resultado del trabajo del Consejo, y fijó el marco para que el gobierno recién elegido avanzara rápidamente para iniciar el proceso de reforma.

Uno de los miembros más activos del Consejo, un ex senador que pertenecía al mismo partido del Presidente electo lo convenció de apoyar la creación de un Ministerio de Justicia para proseguir con la agenda de reforma judicial. Con la asesoría de una organización donante, el ex-Senador consultó los estatutos de otros ministerios de justicia de otros países y delimitó las responsabilidades del Ministerio de Justicia.

Las nuevas instituciones judiciales establecidas en la reforma constitucional de 1994 fueron 1) la Oficina del Procurador General y la del Defensor del Pueblo (Ombudsman), que van a operar independientemente de las cortes; 2) El Tribunal Constitucional que opera separadamente de la Corte Suprema; y 3) el Consejo de la Judicatura que va a nombrar jueces (y disciplina) y administrar el Sistema de la Corte.

4. Primeras Reformas encabezadas por el Ministerio de Justicia

Después de la creación del Ministerio de Justicia como parte de la reestructuración total de los ministerios de la rama ejecutiva, a principios de 1994, el Presidente nombró a un respetado abogado y político independiente como su segundo Ministro de Justicia, en un esfuerzo para ayudar a asegurar la consistencia de las reformas que se iban a desarrollar. El Ministro decidió concentrarse primero en los problemas urgentes con el código penal y prestar más adelante atención a los problemas estructurales de acuerdo con las enmiendas constitucionales recientemente ratificadas.

La primera iniciativa exitosa del Ministerio fue la *Ley de Abolición de la Prisión por Deuda y Apremio Corporal* que eliminó la encarcelación para los deudores, procedimiento del cual se había abusado enormemente en el pasado. El Colegio de Abogados inicialmente se opuso a la modificación de la ley. El Ministro reconoció que tanto líderes políticos en el Congreso como el público en general necesitarían saber más sobre el proyecto de ley antes de que ésta se constituyera en ley. Él decidió, por lo tanto, trabajar más en varios frentes para desarrollar un consenso favorable a la nueva ley. Sostuvo conferencias de prensa designadas para explicar al público cómo la ley propuesta podría afectar los derechos individuales e intereses de las personas, y se reunió con periodistas para discutir el significado de la reforma propuesta. Se realizaron una serie de reuniones-desayunos y almuerzos con los líderes congresistas de los diferentes partidos, en los cuales el personal de Ministerio aceptó sugerencias que fueron incorporadas para mejorar el proyecto de legislación. El Ministerio también convenció a prominentes abogados para que discutieran en favor del proyecto de ley con sus colegas en el Colegio de Abogados. Finalmente, después que estos esfuerzos lograron desarrollar exitosamente coaliciones en favor del proyecto de ley, el Ministro lo presentó formalmente al Gabinete para su discusión y aprobación previa a su presentación al Congreso. El Congreso aprobó el proyecto ley tal como se presentara, algo raro en Bolivia, dado el derecho que tienen los miembros del Congreso para cambiar los proyectos leyes en la misma sala, justo en el minuto en que se está realizando la votación final.

Después de la aprobación de esta ley, el Ministerio se movió rápidamente con otra reforma del código penal, la *Ley de Fianza Juratoria*, para reformar el sistema de fianza y los procedimientos de detención preliminares al juicio, de los cuales también se apreciaba había un abuso de estos en el pasado. Por primera vez en Bolivia, la nueva legislación permitiría la liberación antes del juicio en casos adecuados sin pago de una fianza

monetaria. El Ministro y su personal empleó una estrategia similar a aquella que había sido usada para desarrollar un consenso para la *Ley de Abolición de Prisión por la Deuda y Apremio*. Como resultado, esta también se aprobó intacta y unánimemente por el Congreso Boliviano.³

Después de la aprobación de esta ley, el Ministerio obtuvo el apoyo de la entidad donante para tener un taller de capacitación en Santa Cruz para sus setenta personas integrantes de la Oficina de Defensores Públicos. Esta Oficina se hizo responsable para la revisión inmediata de los casos de todos los detenidos para ver si ellos garantizaban la liberación y para ver si la nueva ley había sido implementada en forma consistente. La decisión de organizar este taller reflejó la fuerte creencia del Ministerio que su trabajo con las coaliciones que había ayudado a formar debía extenderse más allá de los proyectos de nuevas leyes hacia una activa colaboración asegurándose que las reformas se implementaran bien. Como resultado de las dos nuevas leyes, una atmósfera positiva referente al respeto de los derechos humanos como garantes constitucionales ha sido promocionada, lo cual es esencial para proseguir con reformas futuras.

5. Esfuerzos Actuales de Reforma del Ministerio de Justicia y la Corte Suprema

En septiembre, 1994, el Ministerio de Justicia y la Corte Suprema auspiciaron una conferencia de una semana para revisar las tendencias de reformas al código de procedimientos. La idea fue decidir en una agenda la reforma de procedimientos mediante un consenso. Se invitó a jueces, abogados, políticos y representantes de otras oficinas relacionadas con el poder judicial. Los expertos de Argentina y Costa Rica revisaron los esfuerzos de reformas al procedimiento penal que se están llevando a cabo en otros países, y dos Ministros de la Corte Suprema de Uruguay hicieron sus presentaciones sobre la experiencia uruguaya cuando implementaron sus reformas de procedimiento civil de mayor cuantía, incluyendo el uso del proceso oral. *Se acordó en la Conferencia enfocarse primeramente en una nueva Ley de Código Procesal Penal y continuar la discusión sobre cambios que podría efectuarse a los procedimientos de la corte civil.*

Para asegurar un desarrollo cuidadoso de la reforma del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio estableció un comité asesor de prominentes abogados, jueces y profesores de derecho, se contrató a un joven profesor de derecho y a un juez que había estudiado derecho penal en Costa Rica como principales proyectistas, y se arregló una asesoría financiada por las organizaciones donantes de Argentina y Costa Rica. El Ministerio fue cuidadoso de mantener control sobre la consulta y de formular el proyecto en sí. Los seminarios regionales están funcionando actualmente, y el proyecto de ley será pronto enviado al Congreso.

A pesar que la enmienda Constitucional hace un llamado para establecer un *Consejo de Judicatura* y un *Tribunal Constitucional*, continúa aún, una discusión detallada sobre la estructura y procedimientos de estos dos nuevos cuerpos. Parte de este debate refleja el hecho que los cambios no son todavía bienvenidos en algunas entidades. La Corte Suprema desea asegurar que su autoridad no sea indebidamente proscrita por el *Consejo de la Judicatura* y los partidos políticos, tradicionalmente fuerza dominante en la designación de jueces, ahora debe ceñirse a la idea de influenciar la selección de jueces a través de la participación en procesos para ganar la aprobación del Senado en los nombramientos judiciales que van a ser hechos por el *Consejo*.

Al proyectar las leyes habilitadores para ambas nuevas instituciones, el Ministerio y la Corte Suprema naturalmente tuvieron que trabajar muy cercanamente. La cooperación entre el Ejecutivo y las Ramas Judiciales se está llevando a cabo relativamente de manera fluida, debido en parte a los esfuerzos realizados por los miembros de ambas organizaciones para mantener una buena relación de amistad. La *Corte Suprema* ha establecido un *Consejo de Reformas Judiciales* para trabajar directamente con el *Ejecutivo y las Ramas Legislativas para facilitar su participación en el proceso de reforma.*

³ Más adelante, la Southern Legal Foundation de la Southern Methodist University (Universidad Metodista del Sur) reconoció los esfuerzos personales del Ministro para mejorar el tratamiento del acusado y le concedió una distinción por los derechos humanos.

Con la ayuda de la entidad donante, la Corte Suprema también ha promovido activamente la inquietud y las discusiones sobre metodologías de resolución alternativa de disputas (RAD). La Corte inició una serie de talleres alrededor del país sobre procedimientos de RAD anexadas a las cortes y en los cuales participaron jueces de varios distritos, Ministros de la Corte Suprema y estudiantes de derecho. Se invitó a los capacitadores de la mediación de la Cámara de Comercio de Bogotá a que llevaran a cabo simulaciones de mediación. Como resultado, se ha acordado que se desarrolle un proyecto de mediación piloto anexado a las cortes a través de esfuerzos conjuntos de la Corte Suprema y la Corte Superior de Cochabamba.

En lo que respecta al Ministerio de Justicia, éste ahora ha volcado su atención a las áreas nuevas de reforma: cambios parciales en el código penal para incorporar la criminalización de crímenes computarizados, lavado de dinero y otros fenómenos criminales recientes; cambios en los procedimientos de la corte civil y la implementación eventual de los procesos orales; la modernización del código comercial; y una ley para uniformar los procesos administrativos. Estas áreas se seleccionaron como resultado de una serie de consultas con las partes interesadas. El Ministerio decidió mantener las reuniones con los jueces de las cortes civiles periódicamente a pesar del rechazo que ellos expresaron en el Taller de septiembre, 1994 sobre cambios procesales, y ahora algunos jueces favorecen cambios crecientes. El sentimiento dentro del Colegio de Abogados ha también cambiado en este respecto. Estas experiencias muestran el valor de efectuar esfuerzos para construir una coalición sobre una base continua.

Entre los factores que han ayudado a la *coalición y la construcción del consenso efectivo* en Bolivia son: 1) la experiencia exitosa del *Consejo de Reforma del Poder Judicial* en establecer las bases de una coalición amplia y duradera en favor de la reforma judicial; 2) el apoyo total político del Presidente de la República; 3) el compromiso del Ministro de Justicia para elaborar las reformas en una manera participadora, para personalmente efectuar *lobby* en una amplia variedad de grupos de interés para lograr que la agenda de reforma continúe avanzando, y para trabajar con la prensa, radio y medios de televisión para asegurar que la opinión pública esté bien informada; 4) la importancia de generar estadísticas exactas para usar en los programas de comunicación del Ministerio; 5) la continuidad y permanencia de las consultas de los programas del Ministerio con diversos grupos de interés e individuos; 6) la insistencia de las autoridades bolivianas en tomar la conducción al elaborar el contenido de las reformas, y en establecer las estrategias que serán seguidas para implementarlas; y 7) el deseo de aprender de las experiencias de reforma judiciales de los colegas en otros países.

6. Acciones tomadas por el Sector Privado

A partir de 1992, las Cámaras de Comercio de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz han trabajado con la Inter-American Bar Foundation (IABF) para establecer los primeros tres árbitros comerciales y centros de conciliación. Con el fin de continuar con esta iniciativa, las Cámaras colaboraron con la IABF para auspiciar visitas a la Cámara de Comercio de Bogotá para observar sus programas. Además, se llevaron a cabo numerosos talleres, grupos de estudio y sesiones de capacitación para construir un consenso entre las firmas comerciales, abogados, y personeros del sector judicial involucrados en los programas de conciliación y arbitraje podían ser útiles en Bolivia, y para decidir cómo ellos podrían operar en los distintos medios encontrados en el país.

Dos ONGs Bolivianas han también actuado activamente en la construcción de la coalición. *La Fundación San Gabriel (FSG)* y *Capacitación y Derechos Ciudadanos (CDC)*. Algunos de los miembros femeninos de la FSG quienes fueron activos en proporcionar asistencia legal gratis a los pobres de los sectores urbanos, decidieron cooperar en el proyecto de ley sobre violencia doméstica y presionar su aprobación. La mayor parte a causa de su propia persistencia y determinación, estos abogados crearon conciencia pública del hecho que se necesitaba una ley y se efectuó el *lobby* en la Rama Ejecutiva y el Congreso. Con el apoyo de la *Subsecretaría de Asuntos Étnicos, de Género y de Generaciones*, la *Ley de Violencia Doméstica* se aprobó a mediados de 1995. El Gobierno ha sido muy activo en campañas de alerta pública con respecto a la ley. De no ser por la persistencia de la defensa del FSG, la ley no existiría.

El CDC se estableció con la asistencia de una ONG de los EE.UU, el Instituto Nacional para la Educación Ciudadana en la Ley. La CDC usa personal voluntario de los estudiantes de derecho y profesores para educar a los grupos desaventajados y a los jóvenes acerca de sus derechos como ciudadanos. Más de setenta estudiantes de derecho actuales y antiguos son voluntarios, y otras 6.000 personas (reos, pobres y jóvenes) en las tres principales ciudades de Bolivia han recibido información. El modesto programa de la CDC responde a un problema percibido comúnmente en el país; una falta ampliamente difundida de conocimiento de sus derechos por los ciudadanos y las leyes Bolivianas básicas. Como en otros países, desarrollados y en vías de desarrollo, existe la convicción que a medida que más ciudadanos estén conscientes de sus derechos, mejor funcionará el sistema judicial.⁴

III. CONCLUSIONES

La intención de las conclusiones dadas a continuación es para servir de base para la discusión solamente y no pretende ser definitiva. El anexo incluye tablas preparadas para facilitar la comparación de la coalición y las acciones tomadas en Argentina y Bolivia destinadas a construir el consenso.

A. Lecciones Aprendidas

Algunas lecciones con respecto a la coalición y construcción del consenso se pueden derivar de las experiencias descritas anteriormente en Bolivia y Argentina que pueden ser útiles en otros países. Antes de volver a ellos, podría ser útil recordar la lección aprendida, que fue mencionada por los autores del documento sobre Estado de Derecho de USAID mencionado en la Sección I:

- Una fuerte sociedad civil es una base efectiva para impulsar esfuerzos para movilizar a los grupos electorales a apoyar el desarrollo de estado de derecho.
- Existen unos pocos ejemplos de colegios de abogados que sirven como fuentes principales para las iniciativas de reforma.
- El sector comercial puede ser una importante coalición para la reforma.
- Aunque las coaliciones de ONG pueden ser difíciles de construir, ellas pueden formar una fuerte fuerza para la reforma legal.
- Se necesitan una media libre y efectiva para apoyar el desarrollo de coaliciones.
- Se necesitan estadísticas confiables de las cortes para informar el debate público sobre estado de derecho.
- Las encuestas de opinión pública son valiosísimas para evaluar la demanda pública para una reforma judicial.

De las experiencias Argentina y Boliviana, podemos también concluir que:

- Las reformas no ocurrirán en la ausencia de la voluntad política en apoyo a las cortes. El apoyo de la Rama Ejecutiva/Presidencial es también muy deseable, pero no es esencial en las democracias actuales, si los líderes de la corte están determinados a formar las coaliciones que se necesitan para efectuar las reformas.⁵

⁴ En este respecto, se debe hacer mención del hecho que la Corte del Distrito de Tarija estableció la primera oficina de relaciones públicas de Bolivia. Se espera que las Cortes en La Paz y Cochabamba estarán muy pronto haciendo lo mismo.

⁵ En Argentina, la reforma está ocurriendo en aquellos sistemas de la corte donde el liderazgo de ésta ha tomado interés en la reforma no en otras. Esto es verdadero aunque la Rama Ejecutiva apoye la reforma, ya sea a nivel nacional or provincial, ya sea neutral o no en apoyar las reformas judiciales. En Bolivia, la Rama Ejecutiva está a la cabeza de los esfuerzos y se están logrando éxitos debido a que las cortes están cooperando.

- La participación activa de un amplio espectro de las partes interesadas en el proceso del desarrollo de las reformas es un ingrediente indispensable para el éxito. La amplia participación en establecer prioridades y diseñar las medidas de reformas específicas deben comenzar tempranamente en el proceso.⁶
- Los individuos y las organizaciones de ambos sectores, el público y el privado, necesitan buscarse los unos con los otros y colaborar. Los esfuerzos de construir la coalición deben ser llevados a cabo continuamente con el fin de mantener el fuerte consenso en favor de la reforma y preparada para sacar partido de oportunidades para iniciativas cuando ella surgen.
- El liderazgo para promover los esfuerzos reformistas desde dentro del sector judicial puede venir desde sus líderes formales o informarles.
- Aquellos que deseen promover la reforma judicial necesitan asegurarse que están bien informados sobre como los sistemas de las cortes están funcionando, sobre los problemas egales y otros que afectan la entrega de la justicia en sus países, sobre lo que ha sido exitosamente hecho para abordar los problemas judiciales en otros países, y sobre que recursos pueden ser movilizados, ambos, dentro de sus países y de donantes extranjeros.
- Los programas para educar sectores del público con respecto a sus derechos como ciudadanos pueden ser útiles en la mayoría de los países, porque motivan a los ciudadanos a darse cuenta de la relación que existe entre la efectividad del sector judicial y sus vidas diarias.
- El conocimiento obtenido a través del uso de encuestas y grupos enfoque acerca de las preocupaciones públicas ampliamente compartidas deben usarse por los líderes de la reforma para asegurarse que sus programas de reforma están impulsadas por la demanda, por lo tanto generan apoyo público para el proceso de reforma en sí.⁷

B. Acciones ilustrativas y Recomendaciones para el Desarrollo de Coaliciones para la Reforma del Sector Judicial.

1. Establecer Comisiones para Desarrollar Programas de Reforma y Grupos de Operaciones para Elaborar y Promover las Medidas de Reforma Específicas.

Ejemplos Exitosos: Consejo de Reformas del Poder Judicial Boliviana; iniciativas de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires; Conferencia Boliviana para definir prioridades para las reformas del código procesal.

Claves para el Éxito:

- Asegurar la amplia participación de todas las organizaciones interesadas y de los sectores.
- Procurar la participación tanto de líderes técnicos como políticos.
- Ejercer un buen liderazgo de los comités - para las comisiones, preferiblemente un alto personero político o un ciudadano altamente respetado que disfrutan ampliamente de la confianza pública; para los grupos de operaciones, personas con amplio conocimiento técnico y experiencia con la gente.
- Contactar a grupos con intereses especiales y expertos para incorporar sus ideas en problemas específicos.
- Distribuir equitativamente el tiempo asignado para completar el trabajo. Se debe dar el tiempo adecuado para desarrollar un consenso, pero también se deben establecer plazos fatales y cumplirlos.

⁶ El éxito o falla de varios esfuerzos de reforma citados anteriormente se debió principalmente a si se buscó y logró la adecuada participación.

⁷ Por ejemplo, dos nuevas leyes bolivianas afectan el tratamiento de sospechosos.

2. Llevar a cabo Estudios de Diagnóstico como Base para los Planes de Acción.

Ejemplos Exitosos: Ninguno

Claves para el Éxito:

- Asegurar la supervisión final por expertos nacionales. Se debe dar cabida al uso de expertos extranjeros que estén familiarizados con las reformas de otros países, para que complementen los esfuerzos de los expertos nacionales.
- Buscar dentro del país a grupos de intereses especiales para involucrarlos en el análisis e incorporarlos a las coaliciones para la reforma.
- Proveer la cooperación efectiva y coordinación entre los miembros del equipo.
- Conseguir participantes en el sistema para definir sus problemas y sugerir las reformas.

3. Llevar a cabo Esfuerzos de Alerta Pública

Ejemplos Exitosos: Poder Ciudadano (A) Capacitación y Derechos Ciudadanos (B); Fundación La Ley (A); Conciencia (A) Ministros de Justicia Argentino y Boliviano.

Claves para el Éxito:

- Escoger varios grupos de interés para interiorizarse sobre sus problemas específicos.
- Usar las conferencias de prensa, resúmenes de prensa formal e informal, entrevistas publicadas para explicar las agendas de reforma.
- Emplear voluntarios calificados. Su participación ayuda a aprender sobre el sistema y hace posible la defensa de la reforma.
- Ser dedicado, determinado e imaginativo.
- Aprovechar a expertos extranjeros como oradores.

4. Redes entre Grupos relacionados con las Reformas.

Ejemplos Exitosos: El Ministro de Justicia Boliviano; las Cámaras de Comercio Boliviana, los Centros de Arbitraje y Conciliación; Fundación La ley (A); Fundación Libra (A); Procurador del Tesoro (A).

Claves para el Éxito:

- Escoger una amplia variedad de grupos de interés; organizaciones cívicas, asociaciones comerciales, grupos de defensa; personeros de otras instituciones del sector justicia; empleados del sistema judicial; colegios de abogados; organizaciones donantes; colegas de otros países (directamente y a través asociaciones regionales).
- Aprovechar las oportunidades para participar en público y en foros semi-privados.
- Mantener contacto regular con la red.
- Incentivar a los colegas dentro del sistema judicial para contactar y cooperar con las ONGs.

5. Mantener Contacto con los Líderes Políticos

Ejemplos Exitosos: Líderes comerciales de Argentina, Ministro de Justicia de Bolivia; Fundación Libra (A)

Claves para el Éxito:

- Aprovechar ambas oportunidades para contactos informales y ocasiones formales para dirigir comité congresionales y reuniones de gabinete.

- Mantenerse en contacto con las organizaciones donantes. (Esto puede ayudar a los líderes de las ONGs y del sector justicia a efectuar contactos con organizaciones nacionales e individuos a quienes les gustaría influenciar).
- Asegurar contactos políticos importantes para no perder los objetivos: el Presidente de la Nación, Ministros de Finanzas, líderes de partidos de la oposición, líderes congresistas, líderes de gobierno local.

6. Promover Sociedades para Implementar las Reformas Específicas - entre las organizaciones públicas y privadas, dos organizaciones públicas o dos privadas.

Ejemplos Exitosos: Ministerio de Justicia - Fundación Libra(A) (público-privado); Ministerio de Justicia - Corte Suprema(B) (público-privado); Fundación La Ley- Otra ONGs(A) (privada-privada)

Claves para el Éxito:

- Formar grupos informales de ONG y de representantes de organizaciones de justicia para intercambiar ideas. Reunirse regularmente.
- Efectuar propuestas específicas para cooperación entre ONGs y los personeros oficiales del sector justicia.
- Evitar acuerdos vagos de cooperación. Enfocarse en acuerdos sobre los programas específicos.

7. Mantenerse bien informados.

Ejemplos exitosos: Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires; Programas ADR conectados a las Cortes de la Corte Suprema Boliviana; Fundación San Gabriel (B) Fundación Libra (A); FIEL e IDEA (A).

Claves para el Éxito:

- Pedir a aquéllos que trabajan en áreas de interés definir los problemas tal como ellos los ven.
- Obtener estadísticas confiables sobre las operaciones en la cortes.
- Educarse asimismo en las áreas específicas en las cuales desea abogar por un cambio.
- Aprender lo que otros países han hecho para abordar problemas similares - a través de oradores visitantes - visitas a otros países y participación en conferencias regionales.
- Usar la información recogida por campañas de alerta pública y para defender reformas.

ANEXO

ACCIONES COMPARADAS PARA EL DESARROLLO DE COALICIONES

Las acciones tomadas para el establecimiento de coaliciones en Argentina y Bolivia se presentan en las tablas a continuación con el objetivo de comparar factores que afectaron su éxito o carencia de éste. Tablas separadas dividen las acciones en dos categorías: aquéllas diseñadas para ayudar a crear coaliciones generalmente en favor de las reformas judiciales; y aquéllas diseñadas para ayudar a formar coaliciones a favor de medidas específicas de reforma. Dentro de las tablas, las acciones muy exitosas están marcadas con "ME", las acciones exitosas con menor impacto están marcadas como "E", y las actividades que no tuvieron éxito están marcadas con "SE".

1. Acciones por Personeros relacionados con el Sector Judicial y Organizaciones para Generar Apoyo a la Reforma

ORGANIZACIÓN	ACCIÓN	RESULTADOS	FACTORES
Bolivia: Consejo de Reformas del Poder Judicial (CONARE)	Acuerdo sobre agenda de reforma	ME - Se forma amplia coalición; se logra consenso político para reformas; dos proyectos de ley	Amplia participación, técnica y política; buen liderazgo; se aprende de la experiencia Costarricense
Argentina: Ministerio de Justicia	Presentaciones Públicas	E - Grupos de interés, público y Gobierno mejor informado	Voluntad del Ministro; la ONG no es antagónica
Argentina: Procurador del Tesoro	Se participa en discusiones con grupos de interés	E - Presidente solicitó conducir las negociaciones destinadas a enmendar la Constitución	Interés en reformas; se mantiene la confianza de la Prensa; se mantienen contactos con grupos interesados pvt/ONG
Argentina: Corte Suprema Nacional	Visita de dos Jueces de la Corte Suprema de EE.UU.	E - Presidente y Ministros de la Corte despiertan mayor conciencia sobre las necesidades de reforma	Similaridad de los Sistemas de EE.UU. y Argentina
Argentina Ministerio de Justicia	Cooperación con el Banco Mundial para estudio de diagnóstico	SE - Resultados desacreditados; incapaces de obtener apoyo del Ministerio de Economía; se pierde la oportunidad de construir una coalición	Cooperación inadecuada entre los miembros del equipo; falta de participación por las partes interesadas Argentinas.

2. Acciones tomadas por las Organizaciones no Gubernamentales para Generar apoyo a las Reformas

ORGANIZACIÓN	ACCIÓN	RESULTADOS	FACTORES
Argentina Fundación La Ley	Oradores expertos/visitan las Cortes de EE.UU. y las instituciones judiciales	ME - Grupos Interesados informados/comprometidos; se forman las coaliciones	Oradores invitados fueron profesionales experimentados, oradores bien planeados con variedad de grupos locales, personeros de la corte aprendieron experiencias de colegas; se desarrollan lazos entre las cortes
Argentina: Poder Ciudadano	Educación judicial e programas sobre inquietud por corrupción; esfuerzos de la media	ME - Crece demanda por reformas	Contactos dentro del sector de justicia y la media; credibilidad de los fundadores del PC; programas creativos; financiamiento de entidades donantes
Bolivia: Capacitación y Derechos Ciudadanos	Programas de derechos ciudadanos	E - Más de 6000 personas informadas; más de 70 voluntarios abogados involucrados	Responde ante las necesidades reconocidas; dedicación de los voluntarios; apoyo de entidades donantes
Argentina: Instituto de Empresarios Argentinos (IDEA)	Conciencia pública y seminarios en "seguridad judicial"	E - Aumenta la sensibilidad del gobierno argentino con respecto a medio ambiente legal para el comercio; logra que los líderes comerciales se involucren en coalición pro reforma	Prestigio de la organización; prensa y contactos con exterior; se toman acciones de seguimiento
Argentina Fundación de Investigación Económica Latinoamericana (FIEL)	Estudio comparativo de los costos de administración judicial	E - Se genera información confiable para apoyar la demanda por reforma	Organización de buena reputación; buen contacto con exterior; se logra a través de la investigación

3. Acciones tomadas por los Personeros Relacionados del Sector Judicial y las Organizaciones para Promover las Reformas Específicas.

ORGANIZACIÓN	ACCIÓN	RESULTADOS	FACTORES
Bolivia Ministerio de Justicia	Continuación de su agenda de reforma estructural y legal	ME-Dos leyes aprobadas y otros proyectos de ley exitosos; apoyo popular para las reformas generadas; se mantiene el avance de las reformas	Apoyo presidencial; trabajo base por CONARE, construcción activa de la coalición por el Ministro; desarrollo participatorio de las reformas; contacto continuo con grupos de interés; los nacionales lideran el esfuerzo.
Argentina Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires	Creación y operación de las Oficina de Planificación Judicial	ME- Implementación de la planificación descentralizada; mejoras en el manejo de personal; capacitación de defensores públicos; programa de relaciones públicas, etc.	Manera participatoria en la cual la oficina opera; apoyo total de la Corte; disponibilidad de los fondos del proyecto piloto de parte de la entidad donante; se invierte el tiempo necesario para formar consenso
Gobierno Boliviano	Aprobación de las enmiendas constitucionales	ME-Establecimiento de las instituciones del nuevo sector judicial	CONARE crea consenso para reformas; apoyo político sólido
Argentina: Ministerio de Justicia y Fundación Libra	Introducción oficial de uso de la mediación	ME - Uso de mediación como mecanismo de RAD que crecen rápidamente; se resuelven los conflictos en forma más rápida	Sociedad pública-privada funciona bien, F.Libra creada por jueces practicantes; su dedicación a la reforma
Corte Suprema Boliviana	Programas de mediación y conciliación anexo a las cortes	E - Se logra consenso para proseguir con el programa; el proyecto piloto se está desarrollando	Se busca amplia participación; se aprende de las experiencias en otros países
Argentina Ministerio de Justicia	Centros de Justicia Vecinales	E (pero sólo en 8 áreas); proyectos pilotos no se multiplican; voluntarios podrían haber sido usados para otras reformas	Compromiso financiero e intereses limitado del Ministerio de Justicia
Argentina Corte Suprema	Plan para Colegio Nacional Judicial	SE - No se toman acciones	Luchas internas y falta de voluntad política
Argentina Corte Suprema	Diagnóstico y plan de acción para reforma administrativa	SE - No se usan informes	No se lleva a cabo en una manera participatoria con personal de la Corte cuya concurrencia se necesitaba para implementar plan; sólo dos Ministros de la Corte involucrados

4. Acciones tomadas por las Organizaciones No Gubernamentales para Promover Reformas Específicas

ORGANIZACIÓN	ACCIÓN	RESULTADOS	FACTORES
Argentina Fundación La Ley	Formación auspiciada de grupos informales de ONG y organizaciones del sector pública interesadas en reforma judicial	ME-encuestas Gallup; Programas de Alerta del Consejo de Magistratura Pública	Organizaciones con diferentes motivos en las reformas encuentran que podían trabajar como juntos; participantes generaron nuevas ideas; mejores programas emergieron
Cámara de Comercio Boliviana	Mediación comercial y Centros de Conciliación	ME - Centros establecidos en las tres ciudades principales, proyecto ley pendiente	Esfuerzos ampliamente respaldados; relacionados con IABF y otro país
Bolivia: Fundación San Gabriel	Proyecto de ley y lobby para la ley de violencia doméstica	ME - Ley aprobada y alerta pública en campañas activas	Responden a la necesidad sentida; cooperación exitosa pública y privada; perseverancia.
FORES (Argentina)	Programa de asistencia legal	ME - Defensores públicos a través del país; aumento de la alerta de la importancia de la asistencia legal	Voluntad para implementar la reforma específica en sí; receptividad de los defensores públicos y las cortes
Argentina: Centro de Estudios Institucionales	Programa de Asistencia de la Universidad de Yale y la Universidad de Palermo	E - Magister de Derecho establecidos; estudiantes de derecho y graduados recientemente más involucrados en las reformas	Miembros del CEI asisten a Yale; financiamiento modesto de la entidad donante.

INTRODUCCION

ANALISIS PANORAMICO DE ESTE LIBRO Y DE LA SITUACION Y POLITICAS JUDICIALES EN AMERICA LATINA

Jorge Correa Sullí (*)

I. CONTENIDO DE LOS TRABAJOS QUE COMPONEN ESTE VOLUMEN

Este libro recopila informes nacionales sobre los sistemas judiciales en Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Perú y Venezuela. En cada uno de ellos, su autor, siguiendo una pauta previa y común de lógicos, busca describir y hacer un diagnóstico del sistema judicial imperante en su país, así como analizar las políticas judiciales seguidas en cada uno de ellos.

En materia de diagnósticos, cada uno de los trabajos contiene, en primer lugar, una descripción sucinta de los principales aspectos orgánicos y procesales. De ese modo este texto busca producir una información básica de la "geografía judicial" de cada sistema que sea comprensible para lectores de otros países y comparables entre sí.

En el aspecto orgánico, el lector podrá encontrar información respecto al número de Tribunales, su carga de trabajo; su distribución geográfica y su relación con el número de habitantes; el personal que labora en ellos y sus calificaciones; una breve descripción de las funciones de otros organismos no jurisdiccionales que forman parte del poder judicial; y, por último, una descripción de las organizaciones de asistencia jurídica gratuita o que, de otros modos, también procuran el mejor acceso de los pobres al sistema judicial.

En cuanto a los aspectos procesales, los informes contienen una caracterización de los procedimientos judiciales de más común ocurrencia, especialmente en lo que se refiere a las variables de oralidad o escrituración,

(*) Profesor-Investigador del Departamento de Investigación y extensión de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

mediación o inmediatez, carácter inquisitivo o dispositivo y duración. Asimismo, cada autor ha debido describir la existencia y relevancia de los mecanismos de conciliación y de solución extrajudicial de conflictos jurídicos existentes en su país.

La descripción aborda también el tema de la profesión judicial, refiriéndose a los mecanismos de reclutamiento, selección, evaluación, ascenso y exclusión de sus miembros, los que cada autor evalúa someramente según, en su aplicación efectiva, imponen o no pautas universalistas, impersonales y alejadamente neutras; que incentiven el mérito, el profesionalismo, el comportamiento innovador y desmedren el corporativismo y el tráfico de influencias. En este mismo sentido los trabajos incluyen una descripción de los mecanismos de formación y perfeccionamiento de los jueces y referencias a las remuneraciones judiciales.

Por último, y aún en el plano descriptivo, los trabajos se refieren a las relaciones entre el sistema político y el judicial, tópico que abarca aspectos tales como el de los recursos financieros que se brindan al sector Justicia, incluyendo su cuantía y administración y el control efectivo que los órganos jurisdiccionales ejercen respecto de los restantes del Estado.

Cada estudio aborda, en tercer lugar, un breve y sumario diagnóstico del funcionamiento del sistema judicial, describiendo sus principales fortalezas y debilidades. Por lo general estos análisis se hacen sobre la base de las características de accesibilidad, independencia y eficacia.

Los trabajos incluyen, en cuarto lugar, una breve descripción del conocimiento empírico acumulado acerca del funcionamiento de los sistemas judiciales, lo que constituye un apartado bibliográfico comentado de lo que efectivamente se conoce acerca del funcionamiento del sistema judicial. No procuramos con ello dar a conocer las conclusiones que se han obtenido de los diversos estudios, sino comparar las preguntas que han pretendido abordarse, de un modo científico, para conocer el funcionamiento de los sistemas judiciales y aprender de las metodologías que se han empleado para ello.

Estas descripciones y evaluaciones no siempre son tratadas por los diversos autores siguiendo un mismo esquema de desarrollo. La edición del trabajo ha querido mantener los énfasis y el orden que cada autor ha estimado como el más adecuado para describir y evaluar su sistema judicial. No siempre resultan fáciles las comparaciones entre ordenamientos jurídicos de distintos países, aunque contemos con literatura para ello. Desde luego, el análisis comparado se dificulta por algunos problemas de lenguaje. Con la misma expresión, Corte Suprema por ejemplo, los diversos sistemas designan tribunales que cumplen muy distintas funciones. Por lo mismo, hemos pro-

curado, en esta edición, que el lenguaje fuese suficientemente explícito para que cualquiera de los textos resulte comprensible para un extranjero y le aporte elementos suficientes y de interés para un estudio comparado de los aspectos orgánicos, procesales, del funcionamiento y del conocimiento que se tiene acerca del sistema judicial en los siete países incluidos en este estudio.

Por último, el Informe se centra en una descripción y análisis de las principales políticas públicas impulsadas desde el Estado para mejorar el funcionamiento del sistema judicial en el último decenio, apartado que constituye un aspecto central de los trabajos que se recogen en esta edición. Se pidió a los autores describir y analizar las principales políticas judiciales seguidas en sus respectivos países en el último decenio, dando cuenta de sus supuestos, de las fuerzas políticas que las impulsaron, de los diagnósticos que la precedieron, conjuntamente con hacer una evaluación de sus éxitos y fracasos relativos.

Escoger los siete países incluidos en este estudio, y, sobretodo, descartar otros no fué tarea fácil. Podríamos exponer varios de los criterios que tuvimos a la vista, pero no podemos negar que, en ocasiones, la dificultad o facilidad para contactar a un experto que pudiese asumir este trabajo resultó ser el factor decisivo. El conocimiento y el intercambio bibliográfico no han sido siempre el deseable entre nuestros países en esta materia. Esperamos que la publicación de este texto constituya un aliciente para que se emprendan estudios más profundos y más comprensivos de los diversos países de Iberoamérica.

Realizados los estudios los autores se reunieron en un seminario efectuado en Santiago de Chile los días 14, 15 y 16 de Enero de 1993, donde los trabajos fueron sometidos a análisis y críticas. En el último día del encuentro se pidió a Alberto Binder de Argentina, Manuel Guzmán, Waldo Ortúzar y Juan Enrique Vargas de Chile y a Hugo Rodríguez del Perú, que expusieran acerca de lo que ellos creían se podía aprender al comparar las experiencias relatadas en estos textos. Sus comentarios resultaron de tal calidad que se han incorporado a este volumen. Lamentamos no haberlo podido hacer con la ponencia de Ortúzar, cuya versión escrita no recibimos a tiempo por motivo muy explicables y que comprendemos.

Nuevas versiones de los siete Informes salieron y volvieron de manos de sus autores con comentarios y solicitudes de agregar y quitar en múltiples ocasiones. Entendemos que los trabajos serían todos perfectibles para efectos de un texto que busca comparar, pero también entendemos que el lanzamiento de un libro no se verificaría jamás si uno no asume su carácter siempre precario y parcial.

II. ALGUNOS ASPECTOS QUE MOTIVARON ESTE TRABAJO. NUEVOS DESAFIOS Y NUEVAS TENDENCIAS EN EL PANORAMA JUDICIAL LATINOAMERICANO

A. ¿Qué Nuevos Desafíos para el Sistema Judicial? Un Cambio Significativo en el Rol de los Jueces

Este proyecto nació del convencimiento de quienes constituimos el Departamento de Investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales de que tenemos mucho que ganar en los esfuerzos por perfeccionar nuestros sistemas judiciales si observamos y aprendemos de las experiencias de países vecinos, con quienes compartimos varias de las características y carencias en el funcionamiento de nuestros poderes judiciales. Así fue comprendido por la Fundación Ford quien hizo un generoso aporte para hacer realidad este proyecto. No solo recibimos de ellos un apoyo financiero, sino también una muy valiosa orientación, especialmente de quien fuera su encargado en estos temas para el Cono-Sur, Michael Shifter.

Creemos que no ha sido casual que en los últimos años en muchos de los países de Iberoamérica se haya comenzado a hablar de una crisis de la justicia y se hayan desplegado esfuerzos que no tienen paragón en nuestras historias por conocer y perfeccionar el funcionamiento de los sistemas de administración de justicia. No solo -me parece- se trata de que los poderes judiciales hayan estado largamente desatendidos mientras buscábamos planificar nuestros desarrollos, con más atención puesta en las ideologías que en el análisis de las realidades. Parece ser también que nuevos fenómenos han venido a plantear imperiosos desafíos a sistemas judiciales que no se encuentran siempre preparados para responder adecuadamente a ellos.

Tales nuevos desafíos nacen, entre otras causas, de la relativa estabilidad y preeminencia de las ideas de legitimidad democrática en lo político y de mercado en materia económica. Ello ha trasladado la atención de las demandas de parte importante de nuestras sociedades desde los partidos políticos y los poderes legislativos y ejecutivos a los sistemas judiciales. Ya no se trata, para muchos de los grupos sociales de nuestros países, de demandar cambios sociales desde el Estado. Ya no se trata de "planificar el desarrollo" para cambiar a las estructuras y al hombre, como tanto escuchamos en los años 60 y 70. Ahora, muchos de los grupos demandan, no la revolución a través de la política, sino el cumplimiento de las promesas de igualdad y libertad que la democracia liberal ha hecho; y muchas de tales demandas se trasladan de la política a la jurisdicción.

Las promesas de la Revolución Francesa se han estabilizado como parámetros de legitimidad y muchos ya no esperan de grandes revoluciones para lograrlas plenamente, sino que demandan su cumplimiento en niveles más modestos y en sede jurisdiccional. La promesa de la libertad y de la igualdad toman los nuevos nombres de la no discriminación y del respeto a los derechos humanos y su cumplimiento se reclama cotidianamente ante los Tribunales de Justicia; institución que no siempre está preparada para estos nuevos desafíos de la "sociedad abierta" como algunos han querido llamarla, así como tampoco lo está para recibir el aumento y la especialidad de los litigios que produce el funcionamiento de una economía de mercado y fenómenos tan complejos como el de la corrupción y el aumento y sofisticación de la criminalidad. No pocos han hablado en el último tiempo de una "judicialización de la política", fenómeno que los poderes judiciales de nuestros países latinoamericanos difícilmente pueden enfrentar con su relativa debilidad institucional y su falta de tradición como verdaderos poderes del estado.

El mismo fenómeno de una sociedad más abierta hace que algunos de los conflictos que antes se resolvían al interior de los partidos políticos, las familias o las empresas, exploten hoy en los escritorios de los jueces.

Las sociedades latinoamericanas demandan más de sus sistemas judiciales y no siempre les dotan de lo necesario para cumplir con tales requerimientos. Los poderes judiciales han ocupado un lugar central en el tema que algunos mencionan como la gobernabilidad y ciertamente para la estabilidad democrática. Allí está como testimonio el autogolpe de estado de Fujimori en Perú, que adujo la corrupción e ineficacia judicial como uno de los principales motivos de su decisión. Allí está el fallido intento de golpe de militares venezolanos en febrero de 1992, entre cuyos motivos principales se aducía la falta de legitimidad de la Corte Suprema. Allí está el proceso de destitución posterior del Presidente Carlos Andrés Pérez por la Corte Suprema de ese país. Allí las transiciones argentina y chilena, en las que sus poderes judiciales jugaron un papel tan importante en el tema del juzgamiento de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante los regímenes militares.

Definitivamente los poderes judiciales han pasado a ocupar un espacio en el primer plano de la historia de nuestra región y no siempre están capacitados para ello. La necesidad de reforma se hace sentir y ella es especialmente problemática. Ya lo es intentar producir un cambio deliberado en cualquier organismo social. Más aún cuando se trata de órganos que suelen desarrollar un ethos conservador y corporativo. Más difícil aún el cambio cuando se trata de intervenir para asegurar más fortaleza e independencia, requisitos que suelen formarse lentamente; y que, por su na-

luraleza, son difíciles de provocar por un agente externo en un intento deliberado. Por lo mismo, aprender de las experiencias comparadas puede resultar especialmente necesario.

Pero el avance de las nociones de legitimidad democrática y de una economía de mercado no solo ha traído nuevos desafíos para poderes judiciales que juegan un papel cada vez más relevante. También la economía de mercado ha ido produciendo en latinoamérica un proceso de modernización de los sistemas de producción de bienes y servicios en el área privada. Bajo el nombre de racionalización administrativa, muchos de tales criterios han sido incorporados para producir cambios profundos en el funcionamiento de los órganos y servicios estatales. Indefectiblemente esos mismos criterios de eficiencia y control de la "productividad social" han alcanzado también a las oficinas y despachos judiciales, preguntando si los sistemas con que los Tribunales de Justicia distribuyen el trabajo, emplean sus recursos, planifican su gestión o controlan su rendimiento son aquellos de mayor productividad social.

De ese modo, los viejos temas judiciales como los orgánicos y los procesales, los de carrera e independencia judicial se han visto iluminados con nuevas perspectivas y nuevos temas, como los de la administración de Tribunales y el de los sistemas alternativos de resolución de controversias que han surgido con fuerza en el panorama judicial latinoamericano.

Es obvio que la nueva geografía que presentan los panoramas judiciales no se agota con las variables a que hemos hecho referencia. Fenómenos como el de las mafias que controlan el negocio de la droga, los niveles de corrupción, el de la complejidad tecnológica y su impacto en la administración de justicia, el de la crónica falta de eficacia de los sistemas penales, el tan gravitante de la falta de acceso de enormes masas que se ven simplemente marginadas del sistema judicial y tantos otros requerirían ser considerados por aquel que pretendiera dar un completo panorama del sistema. Pero no es ese mi objetivo en esta necesariamente breve Introducción.

B. Algunos "Signos de los Tiempos". Nuevos Tópicos y Nuevas Perspectivas en el Debate Judicial

Decía que no es el propósito de una presentación como esta intentar agotar el tema de los rasgos comunes y de las diferencias sugerentes que se observan al comparar realidades y políticas judiciales en países de la Región. Pero así como no se come el postre antes del aperitivo, no está mal mirar el "menú" antes de la cena, para de ese modo, "abrir el apetito". Algo como

eso constituye el objetivo del apartado que sigue, al adelantar, en esta presentación algunas notas de lo que a mí me llama la atención al leer, si no comparativamente, al menos "horizontalmente" los trabajos que constituyen este volumen. Lo haré, como ya decía, con la libertad con que uno lee un menú para despertar el apetito de quienes se han interesado por este libro. No reclamo entonces ningún afán exhaustivo en estas reflexiones iniciales.

Los nuevos fenómenos políticos, sociales y económicos recién descritos como desafíos del sistema judicial han variado el debate acerca del mismo. Estos fenómenos iluminan perspectivas distintas para viejos tópicos y plantean nuevos temas que antes no solían estar en la agenda de la discusión acerca de los poderes judiciales. Entre los viejos temas sitúo yo el de las estructuras judiciales, el de los procedimientos, el del acceso a la justicia, el de la oportunidad en las decisiones, el de la carrera judicial y el de la independencia de los jueces. Entre los nuevos que reclaman de manera imperiosa nuestra atención parecen ubicarse en lugar preeminente los de administración de tribunales y el de los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Se abordan a continuación alguna de las que me parecen como nuevas perspectivas o como nuevos temas.

1. La Estructura de los Tribunales

De los múltiples, variados y ricos temas que bajo este rubro de "estructura" u "orgánica judicial" suelen tratarse, y respecto de los cuales el lector podrá encontrar, en los trabajos que siguen, una vasta información, quisiera ahora solo llamar la atención acerca de la necesidad que percibo de enfrentar seriamente en nuestros análisis y políticas la cuestión del personal de empleados o de secretaría.

En primer lugar, el tema debe abordarse buscando definir con mayor claridad y precisión el tamaño de la organización judicial que resulta deseable en cada uno de nuestros sistemas. La comparación en este sentido entre los diversos informes que siguen no resulta fácil; principalmente porque las funciones que cada sistema requiere de sus órganos judiciales y de cada uno de sus componentes es muy diversa. Con todo, es posible detectar insuficiencias similares. Nos cuenta Carlos Manuel Garrido en su trabajo que la Corte Suprema Argentina cuenta con 9 miembros y más de tres mil empleados subordinados, lo cual podría ser una proporción perfectamente racional dependiendo de las funciones y organización de dicho Tribunal. Claro que, entre ellos, nos agrega Garrido, se cuentan los operarios de una fábrica de muebles para los tribunales, empresa que también depende de la Corte

Suprema. Tal vez ese caso sea único en América Latina, pero la falta de precisión de las tareas de los diversos funcionarios, la duplicación y la distribución poco racional de cargas son rasgos comunes a todos los países de nuestra región.

Pero el tema más grave de enfrentar en cuanto al personal de apoyo es el de la delegación de facultades. Ojalá haya llegado la hora de desenterrar nuestras cabezas que por años se han solazado leyendo las disposiciones de nuestros códigos, evaluando su sistematicidad y justicia o comparándolas con las de países desarrollados y enfrentar sin pudor, aunque con rubor, la cuestión de quien toma realmente las decisiones jurisdiccionales. La delegación de funciones judiciales en personal subalterno y no preparado parece ser alta. Resulta necesario primero reconocer y luego regular una práctica que amenaza con desbordar garantías mínimas de racionalidad administrativa y hacer puramente teórico el derecho básico de las personas a ser juzgados por un juez independiente y no por un funcionario sin preparación. El trabajo de José Luis Soberanes nos relata que en México las sentencias ya no alcanzan a ser redactadas, sino, en el mejor de los casos, revisadas por los jueces, quienes, por la saturación del trabajo, deben delegar estas funciones en los secretarios. Algo similar ocurre en prácticamente toda la Región.

2. Carrera Judicial

Entre los tópicos ya tradicionales, el de la carrera judicial continúa teniendo una especial vigencia. Desde luego porque siguen existiendo y apareciendo factores que hacen ilusorias las mejores regulaciones jurídicas. Ellos van desde las distorsiones que produce el clientelismo de los caudillos políticos o de la propia Corporación a las intervenciones abiertas en las Cortes Supremas, lo que en países como Argentina, constituye ya una tradición que sobrepasa a los regímenes autocráticos y se filtra incluso en los de origen democrático.

Interesante y alentador resulta a este respecto la incorporación de pruebas objetivas para la selección del personal, como ocurre ya en Costa Rica y la objetividad que han aportado las Escuelas Judiciales al proceso de selección para el ingreso a la carrera en algunos países de la Región, como esperamos ocurra pronto en Chile.

La remuneración continúa, claro está, siendo el aspecto esencial cuando se trata de revisar el atractivo que ejerce la función judicial para acercar a los profesionales mejor dotados. Resulta interesante y alentador apreciar como se producen mejorías parciales en este aspecto, las que se expresan

a través de asegurar mínimos presupuestarios para el sistema y de brindar una relativa autonomía en el manejo de los fondos. Así el caso colombiano y costarricense. La vieja fórmula de garantizar la intangibilidad de las remuneraciones ha probado ser ilusoria frente a la inflación, como demostró ya el caso Argentino. Los avances parecen significativos si se contrastan con los largos períodos donde el panorama de las remuneraciones de los jueces latinoamericanos resultó harto desalentador, hasta constituirse en un atentado a la idoneidad e independencia del personal judicial.

En torno al mismo tema de la carrera, surge con fuerza el desafío de buscar parámetros objetivos que permitan evaluar el rendimiento de los Tribunales y de su personal y someterlos así a un control de rendimiento que permita fijar nortes claros a las tareas de los magistrados e incentivos y desincentivos durante la carrera. Sin ellos, la profesión judicial parece indefectiblemente condenada a la falta de independencia, entre las amenazas del clientelismo político y el de las lealtades personales a los propios superiores jerárquicos. Los sistemas de selección de los jueces mexicanos son calificados por Soberanes más como una "canonja" que como una selección objetiva.

El clientelismo político de los jueces, no pocas veces determinado en el pasado por formulas de abierta intervención política en la carrera de los jueces, se presenta en esta época, influida por la doctrina democrática, bajo ropajes más sutiles de corrupción. Rogelio Pérez Perdomo nos dice que en Venezuela el clientelismo alcanza una forma perversa en las llamadas "tribus", las que explica como "la expresión deliberada del clientelismo... con el propósito consciente de control de un cierto número de jueces" por parte de una oficina de abogados "De esta manera- continúa Pérez Perdomo- la tribu ofrece el servicio de abogado que pueden garantizar el resultado del juicio, naturalmente mientras esté en manos de los jueces de la tribu. Los honorarios que cobran los abogados de la tribu son muy elevados pues son remuneración de la red". Este tema de la corrupción de los jueces parece ser otro en el cual el aprendizaje y las comparaciones, aunque difíciles, resultan imperiosas. En el Perú este ha sido uno de los argumentos que ha esgrimido el Presidente de la República para interrumpir el proceso democrático.

El riesgo del corporativismo, por su parte, parece tener raíces profundas en la cultura de varios de nuestros países y haber adquirido especial fuerza en el último tiempo. Varios de los autores nos hablan de la conformación de una "familia judicial" donde se premian más las lealtades que los buenos rendimientos. En Chile, ella se ve reforzada por normas discrecionales sobre calificación funcionaria y una cuota de autogeneración en la carrera. En Argentina, donde estos mecanismo no existen, Carlos Manuel Garrido, nos

relata como la influencia de la "familia judicial" no es mucho menor. La relación clientelar en Venezuela sale ya de los estándares políticos o jerárquicos e involucra influencias de oficinas de abogados como vimos recién.

Interesante resulta a este respecto estudiar los esfuerzos para evaluar objetivamente el rendimiento de los jueces que tuvieron lugar en Argentina durante el período de la transición, los que se hicieron respecto del Ministerio Público en Perú y los que se inician ya en Colombia.

El tema del control de rendimientos parece extremadamente difícil. En primer lugar porque no resulta fácil determinar los estándares óptimos de rendimiento que cabe esperar de un juez. La celeridad en resolver suele entrar en conflicto con la necesaria ponderación de todos los antecedentes, la inmediación con el número de sentencias que se dictan, la mayor protección de garantías procesales con la necesidad de resolver las cuestiones y así sucesivamente. Pero aún si se tuvieran determinados esos estándares, aún quedaría por precisar el difícil equilibrio entre la necesaria medición y control de los rendimientos que una organización moderna y eficiente reclaman, con la indispensable independencia personal de cada juez que reclama de autonomía. Por largos períodos los estamentos políticos parecen no mostrar preocupación alguna por el rendimiento de los jueces, como demuestran el caso chileno en los primeros 70 años de este siglo y México hasta fines de los 80. En otros, ella se constituye en una abierta intervención como ha ocurrido en más de una ocasión en Perú cuando el ejecutivo ha iniciado campañas de moralización de los jueces.

En todo caso, los sistemas de control de la disciplina y rendimiento consistentes en estándares vagos e imprecisos, como aquellos en actual vigencia en Chile, suelen constituirse en un serio riesgo para una carrera judicial, en cuanto implican, en la práctica, un poder discrecional en manos de los propios superiores jerárquicos, lo que no constituye una garantía de premio a los mejores jueces o de sanción a los peores.

3. Jurisdicción Especializada

Salvo de nuevo el caso chileno, el resto de los países latinoamericanos parecen haberse movido y continuar moviéndose en la dirección de especializar Salas y Tribunales dentro de una concepción unitaria de la jurisdicción.

Notable resulta constatar la fuerza con que surge en el último decenio, en todos los países estudiados, la jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa. Varios países las han enfrentado con tribunales especiales fuera de la jurisdicción de los ordinarios, como son los casos venezolanos, mexicano-aunque con características peculiares-, y colombiano desde 1991.

Otros han optado por salas especializadas de la Corte Suprema como es el costarricense y en el futuro próximo en Perú. En otros, constituye el grueso del trabajo de la Corte Suprema, como es el caso del sistema federal de la República Argentina. En el chileno, existe una dualidad no siempre bien planificada entre el Tribunal Constitucional, la jurisdicción vía acción de protección en el nivel de las Cortes de Apelaciones y una acción de inaplicabilidad en la Corte Suprema, cuya utilización es prácticamente nula. En todos los países el desarrollo de esta jurisdicción ha ido otorgando un poder a los Tribunales en el control de los órganos políticos del Estado que no pocas veces los sorprende a los propios jueces. Es posible pensar que aquí se encuentra el germen de una autoridad, que bien empleada, podría al fin poner a los poderes judiciales en una relación más equilibrada con los restantes poderes públicos, a los cuales tradicionalmente en latinoamérica han estado más bien subordinados. Claro que este poder de los jueces tiene el riesgo, sobretudo cuando de controlar al legislativo se trata, de constituirse en un freno a la voluntad legítima de las mayorías políticas, lo que les obliga a estar especialmente atentos a una discusión relativa a los límites del poder de control de los jueces que hasta hace poco era más bien propia del sistema constitucional Norte-Americano, pero que ya constituye un tópico insoslayable en países como Argentina en nuestra Región.

4. Reformas Procesales

En materia de procedimientos, la tradición inquisitiva heredada de España se mantiene aún muy fuerte en los procesos penales de la región. Las reformas en el último decenio parecen encaminarse todas -con mayor o menor decisión- hacia el modelo que prácticamente de modo universal es considerado como el que mejor encarna el ideal de un "debido proceso". Nos referimos al juicio oral o proceso por audiencia, concentrado, público y conforme al principio de inmediación. Determinar si la reforma ha de ser gradual o drástica resulta central, como lo demuestra el caso argentino, cuyo sistema federal estuvo cerca de ser reformado conforme a los principios y modelo de los Códigos Procesales tipos para América Latina y concluyó en un cambio bastante menos profundo. Hacia la oralidad e inmediación se han encaminado también reformas recientes en Uruguay, en cuanto al proceso civil; Costa Rica y, otros países Centro Americanos; Colombia y ahora Perú, cuyos nuevos Códigos de Procedimiento se encuentran ya aprobados y en períodos de vacancia legal. Chile va quedando así solo con su procedimiento civil escrito y mediatizado y con su proceso penal inquisitivo, secreto, de doble instancia y donde la instrucción, llevada a cabo por el propio sentenciador, absorbe el juicio. Al

caso chileno bien puede aplicarse la expresión con que Carrió caracterizara los procedimientos argentinos; señalando que éstos no eran ni orales ni escritos, sino conversados. Los abogados chilenos, además de sus presentaciones escritas y precisamente por falta de seguridad de que los jueces cuenten con el tiempo suficiente para leerlas y ponderarlas adecuadamente, toman más tiempo de los jueces reiterándoles verbalmente lo que ya se encuentra en sus presentaciones escritas.

Especial importancia asignan varios de los autores a la reforma de sus Ministerios Públicos. Encontramos aquí las más diversas estructuras y dependencias. En Costa Rica y Colombia se organizan como una parte del poder judicial, aunque gozan de relativa autonomía; sistema que presenta, en ocasiones, el riesgo de la falta de creatividad y agresividad de los fiscales frente a los Tribunales, riesgo que estos ordenamientos han pretendido disminuir con diversos mecanismos. En Argentina, en cambio, el Ministerio Público se organiza bajo la égida del Poder Ejecutivo, lo que no pocas veces ha presentado inconvenientes cuando se ha tratado de perseguir delitos de funcionarios públicos. Con frecuencia los Ministerios Públicos se encuentran sobrecargados de tareas, a veces algo diversas, como lo describe Soberanes para el caso mexicano.

Pero el tema de los procedimientos se ha ampliado y resulta ya imperioso analizarlo y enfrentarlo conjuntamente con el de la organización racional de las secretarías o despachos judiciales.

Carlos Manuel Garrido incluye en su trabajo una lista de deficiencias en la organización administrativa de los tribunales argentinos que creo, con leves variaciones, son comunes a la región estudiada. El dice que hay excesivo avance de las tareas administrativas por sobre las judiciales, delegación de funciones judiciales en empleados subalternos, constante duplicación de tareas por falta de oficinas centrales, carencias de uniformidad en las rutinas de trabajo, deficiencia de comunicación entre los diversos operadores del sistema, permanente incremento de trámites innecesarios, desaprovechamiento de recursos humanos y materiales, volumen de trabajo en aumento permanente, inadecuados sistemas de registros y estadísticas, carencias de medios tecnológicos y de apoyo, y deficiencia de la infraestructura.

Modernizar los despachos judiciales no es una tarea sencilla y no equivale a introducir computación en ellos como suele pensarse. Cualquier proceso de esta naturaleza debe partir por la fijación de algunos estándares de lo que se espera del sistema judicial, tarea que no resulta sencilla. Para ello, resulta necesario establecer algunos parámetros de eficacia y de eficiencia del trabajo judicial y éste es difícil de evaluar. Así nos lo recuerda acertadamente Pérez Perdomo, quien comparte con Carlos Peña la visión de que esta falta

de parámetros con los cuales evaluar el funcionamiento del sistema judicial es uno de los signos de su falta de modernidad. Pérez Perdomo ejemplifica esto relatando medidas tomadas a partir de lo que él llama ideas muy ingenuas y nada probadas de males y remedios. Los ilustra con dramáticos casos de personas que permanecen detenidas por largos años simplemente porque el sistema se olvida de ellas y nos precave de la excesiva confianza en que el uso de tecnologías modernas implicarán la solución de problemas que no son aptos de enfrentarse por este medio. Con todo, el tema previo más crucial para la fijación, implementación y control de estándares de eficiencia parece consistir en precisar cuales serán las funciones de los tribunales, cuales los conflictos a los que se avocará el sistema judicial, tema que se abordará más adelante.

Al leer los trabajos que siguen, es posible apreciar un significativo avance en el conocimiento y en el mejor tratamiento de los aspectos administrativos del funcionamiento judicial. De especial interés pueden resultar los esfuerzos que se han iniciado en Perú, y muy especialmente las interesantes, y yo diría ya exitosas, experiencias iniciadas en Colombia bajo una planificación que combina mucho de conocimiento científico acumulado y de sentido práctico de la realidad y cultura judiciales. En ellas se ha intentado salir de la lógica tradicional de una secretaría por cada tribunal de justicia, procurando unificar actividades, estandarizar trámites y, en general, incorporar un sistema racional de apoyo administrativo a la función jurisdiccional. Para un lector chileno puede resultar también de particular interés el análisis de la experiencia hecha por los jueces itinerantes en Venezuela y la apreciación del relativo fracaso de ese mecanismo que hace Pérez Perdomo. Tanto en ese país como en Chile, a partir del diagnóstico de la alta incidencia de los períodos de dictación de la sentencia y de otras resoluciones de fondo en la demora en los tribunales de justicia, se elaboran soluciones similares consistentes en la creación de jueces de apoyo para la sola dictación de sentencias: en el caso venezolano llamados itinerantes mientras que en el proyecto chileno, adjuntos.

La experiencia chilena de incorporación de informática de gestión en los juzgados civiles, precedida de estudios adecuados puede resultar también de interés para otros países, pues en muchos de ellos aun no se supera el nivel de los proyectos, se logran solo implementaciones parciales, o lo que es más grave, se discontinúan los esfuerzos.

5. Políticas de Capacitación

No pocas veces los principales esfuerzos por formar y perfeccionar a los jueces han surgido como complemento para asegurar la implantación de otras

reformas emprendidas en aspectos orgánicos, procesales o de racionalización de los despachos. Así ha ocurrido en Uruguay y Colombia con las reformas procesales. En Perú algunos de los cambios de legislación sustantiva han sido acompañados de grandes esfuerzos de capacitación para adaptar a los jueces. En otros periodos, en ese mismo país, los esfuerzos capacitadores han tenido objetivos más ambiciosos, procurando cambiar la mentalidad formalista y conservadora de los jueces. El sesgo ideológico de estos proyectos ha sido más o menos evidente. En Chile este sesgo no ha estado ausente de los debates acerca de los roles y funciones que debiera de tener una Escuela Judicial. Digno de atención resulta también el esfuerzo de capacitación desplegado en Costa Rica, sobre todo por el carácter regional que este va adquiriendo. Asimismo, resultará de interés conocer el rol que juega la Escuela Judicial en ese país como organismo asesor para las unidades jurisdiccionales que presentan atrasos u otros problemas o que simplemente la consultan.

La capacitación resulta también un complemento necesario para la implantación de procesos de racionalización de los despachos. Así, en el caso de Colombia, que parece el de mayor envergadura en este sentido y en el chileno que acompañó a la incorporación de la Informática.

Probablemente llamará la atención, también en el caso colombiano, el esfuerzo por capacitar personal judicial en el tema de la conciliación, lo que me permite pasar a una sexta observación de carácter general con que quisiera presentar estos estudios.

6. El tema de la Pertinencia y los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos

En varios de los trabajos que ahora presentamos, y muy especialmente en los de Pérez Perdomo, Jaime Giraldo y Alberto Binder, se destaca como un tema clave de la política judicial la revisión de las materias que deben ser conocidas por los jueces. Se trata de volver a preguntarse para qué están los Tribunales de Justicia, cuáles son las tareas que éstos deben realizar, reconociendo que en la región hemos ocupado, no pocas veces, el escaso recurso judicial para el cumplimiento de funciones simplemente administrativas o cuya importancia es muy menor.

Hacen ya demasiados años que venimos repitiendo que la labor de resolver los conflictos corresponde de manera exclusiva a los Tribunales de Justicia. En muchos de nuestros países hemos comenzado a revisar algo más críticamente la realidad para percatarnos que muchas de las tareas que llamaríamos jurisdiccionales han sido desde hace tiempo encargadas

a agencias administrativas. Es esta una hora en que se perfila con claridad la necesidad de definir que es exactamente lo que demandaremos de nuestros sistemas judiciales y cuales materias pueden tratarse, incluso de manera más adecuada, por agencias administrativas. Chile parece un país especialmente atrasado en esta materia, particularmente en cuanto ocupa alguna parte importante del quehacer que destina a la jurisdicción penal a conocer de fallas menores, como son las derivadas de la venta clandestina de alcohol o la ebriedad en la vía pública y también cuando destina una proporción muy importante del tiempo de la jurisdicción civil a materias no contenciosas o a simples gestiones preparatorias de vías ejecutivas que nada tienen de jurisdiccionales, como muestran las estadísticas que se contienen en el trabajo de Carlos Peña. Al mismo tiempo, Chile exhibe bajos índices de eficacia en la condena de delitos y en el acceso de su población más pobre a la protección de sus garantías más elementales. Respecto del caso venezolano, Pérez Perdomo hace ver que muchas veces los jueces deben allí ocuparse de procesos de cobros puramente ejecutivos, cuestiones en que hay mutuo consentimiento o problemas de naturaleza puramente administrativas, señalando al efecto que "es un sueño absolutamente imposible pensar en jueces cada vez más independientes, mejor entrenados, más respetados, mejor pagados, con un sistema judicial expandiéndose explosivamente, requiriendo en consecuencia cada vez más jueces y funcionarios, ocupados en asuntos banales, secundarios o rutinizados".

Para sistemas judiciales sobresaturados ha probado ser bastante ineficaz la tendencia a crear más Tribunales y a aumentar indefinidamente el número de empleados que dependen de los jueces. A pesar de estos fracasos relativos, cabría estar atento al nuevo ensayo de aumentar sustancialmente el número de tribunales del crimen que debiera ocurrir en el futuro próximo en Argentina. En Chile, el gobierno militar alcanzó a encargar una serie de estudios destinados a planificar el aumento del número de juzgados. La creación de más tribunales aparece como la tentación más frecuente en los países con menor desarrollo en la investigación y en la ejecución de políticas judiciales. No pareciera aventurado decir que ello constituye un signo del subdesarrollo de nuestros sistemas. En México, el crecimiento no planificado e improvisado del sistema judicial ha acarreado múltiples problemas; en Colombia, en cambio se postulan toda otra serie de medidas para enfrentar la congestión del sistema; en Chile la cuestión aflora a la discusión pública. Determinar el tamaño óptimo de un sistema judicial resulta extraordinariamente difícil, y parece imposible de separar del tema de las funciones. Con todo, puede afirmarse que el crecimiento inorgánico no constituye una solución.

El problema de la sobrecarga de causas parece especialmente grave y reúne características peculiares en las cúspides de la jerarquía judicial, órganos que no siempre han podido evitar la tendencia natural a transformarse en tribunales de última instancia que revisan todo tipo de causas. En varios países la cuestión ha sido enfrentada. En Chile se discute un proyecto de ley que busca reestablecer a la Corte Suprema como una fuente de orientación jurisprudencial. En el caso peruano, y con este mismo fin, se ha consagrado el valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema y se le ha permitido cierta discreción para aceptar o rechazar su intervención en los casos en que ésta se le reclama dentro de su competencia, creando una institución similar a la del "certiorari" de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, mecanismo que también se ha incorporado en México y ha dado lugar a iniciativas y discusiones en Argentina. El debate probablemente se promoverá pronto en la Sala Constitucional en Costa Rica, órgano que, a pesar de su corta existencia, se encuentra ya sobrecargado de casos y atrasado en su despacho. Puede apreciarse así, en toda la Región, un movimiento destinado a recuperar el rol de las Cortes Supremas de fijar la interpretación del derecho vigente, y que intenta sacarlas de la función de ser tribunales de última instancia de todas las causas, a la que la inercia y la presión de los abogados suelen arrastrarlas.

Pero más que el tema parcial de la competencia de las Cortes Supremas, parece necesario, como decía, preguntarse por el rol que cabe asignar y exigir del sistema judicial. La pregunta tiene ya una cierta tradición, en cuanto más de un ordenamiento ha debido decidir cuales casos penales deben necesariamente investigarse y cuales pueden desecharse por el sistema. En este aspecto, la discusión acerca del monopolio de la acción penal por el Ministerio Público y el derecho a accionar de las víctimas y sus familiares parece atravesar por nuevas etapas donde se vuelve a reconocer un rol más protagónico a estas últimas. Otro tanto suele apreciarse en causas laborales, donde es común que estas no sean conocidas y resueltas por tribunales ordinarios sino por comisiones tripartitas con tareas de conciliación y arbitraje. Así, por ejemplo, en el caso mexicano. Algunos órdenes constitucionales -como el colombiano- reconocen competencia jurisdiccional a agencias administrativas para, desde allí, definir con más precisión el rol de los Tribunales. Algo similar ocurre en México.

Tal vez el tema principal en esta materia, sea el de las vías alternativas de solución de conflictos jurídicos. Como dice Pérez Perdomo, la falta de litigiosidad no es necesariamente un mal. Una sociedad donde todos los conflictos jurídicamente relevantes se convirtieran en litigios judiciales sería ciertamente una pesadilla. Entre las experiencias de sistemas alternativos

que se relatan en los trabajos, cabe destacar las llevadas a cabo en Colombia para componer muchos de las cuestiones consideradas tradicionalmente como jurisdiccionales, incluyendo los delitos menores. La experiencia Argentina, aunque de menor envergadura y recién iniciándose, debiera resultar también de mucho interés. El trabajo de Soberanes señala que en México los funcionarios conciliadores han resultado en un fracaso.

Las vías alternativas de resolución de conflictos no solo podrían representar un adecuado mecanismo para solucionar la saturación del sistema judicial. Pueden también representar un camino más eficaz y satisfactorio para resolver los conflictos de intereses. Pienso sobre todo en los enormes segmentos de nuestras poblaciones que simplemente no acceden al sistema. Resulta obligada en esta materia referirse a la experiencia de los juzgados de paz en Perú, donde los jueces legos constituyen alrededor del 77% del total de los existentes en el país. Sin embargo, y a pesar de la notable legitimidad que tienen sus jueces de paz, resulta preocupante el surgimiento de vías de autotutela que el sistema formal ha debido reconocer con el objeto de regularlas y someterlas así a un cierto control, como ha ocurrido en el caso de las rondas campesinas destinadas a brindar seguridad a esa población.

Chile, por su parte, está pronto a ensayar una medida que algunos han calificado de extrema para descongestionar sus Tribunales, cual es la de declarar como materias de arbitraje forzoso las cuestiones de carácter mercantil cuya cuantía exceda de una cierta suma.

Rogelio Pérez Perdomo propone una fórmula que, como todo modelo, permite enriquecer la discusión, siempre que no se le tome como un esquema a aplicar rígidamente a la realidad. Su fórmula nos invita a observar dos variables para analizar cuales causas deben resolverse por Tribunales y cuales por otras vías: el grado de predictibilidad de los resultados de un conflicto y el interés en común que es posible preveer en las partes del mismo. Así, propone que la actividad notarial se haga cargo de aquellos asuntos donde existe una alta predictibilidad de los resultados e intereses comunes entre las partes; que se empleen fórmulas de negociación para aquellos problemas cuyo resultado sea de baja predictibilidad y alto interés en común para las partes; que se establezcan instancias puramente ejecutivas para aquellos litigios donde existe alta predictibilidad de sus resultados y no existan intereses comunes; la vía judicial quedaría así reservada sólo para aquellos conflictos donde exista bajo interés en común y poca predictibilidad de resultados.

El objetivo central al seguir políticas de fortalecimiento de vías alternativas, debiera ser cuidadosamente evaluado, pues no resulta garantizado que la capacidad judicial que se libera implique automáticamente un mayor acceso de los sectores pobres al sistema judicial.

7. La Necesidad de una Política Judicial. El Titular de su Diseño e Implementación: La Cuestión del Gobierno del Sistema. Nuevos Enfoques para el Tradicional Tópico de la Independencia

Todo lo dicho, el diseño de este trabajo y la publicación de este libro descansan en un supuesto obvio, cual es el de que el buen funcionamiento del sistema judicial requiere de actividades de estudio, planificación, seguimiento, control y evaluación. Esta afirmación no se encuentra siempre suficientemente internalizada en los profesionales del Derecho de algunos de nuestros países. En el traslondo de las mentalidades más tradicionales de nuestra cultura jurídica, se encuentra una concepción para la cual basta la existencia de Códigos Orgánicos y de Procedimiento claros, de un número suficiente de Tribunales por población y de jueces probos y conocedores de la ley para que la administración de justicia funcione de manera adecuada.

Si, por el contrario, pensamos que el sistema requiere de análisis científico, que sea planificada su gestión y controlados sus rendimientos; sí, como dice Binder, somos capaces de generar un proceso permanente y no traumático de preocupación por lo judicial, entonces surgen con fuerza las que el propio Binder llama las cuestiones de "meta-política": ¿para qué existe el poder judicial? ¿cuáles son exactamente las funciones que está llamado a cumplir y en cuáles puede y debe ser sustituido?; la necesidad de tomarnos en serio el trabajo interdisciplinario, sobre todo a la hora de enfrentar el tema de administración de tribunales; así como reconocer nuestra falta de conocimiento acerca de cómo funciona realmente el sistema judicial.

En materia de políticas judiciales, el panorama de la región parece harto diverso. Mientras Colombia ha avanzado significativamente en el plano de la investigación y de la ejecución de medidas relativamente sofisticadas, Venezuela presenta más bien una reforma legislativa que no logra su plena eficacia. Al respecto, Pérez Perdomo relata que pocas políticas judiciales son expresas o que, con frecuencia ocurre que las finalidades que se establecen como deseables o buscadas son distintas a las efectivamente perseguidas o logradas. Chile y Argentina, por su parte, presentan, más que una política sostenida, algunas marchas y contramarchas; Perú exhibe medidas con un fuerte sesgo ideológico; México parece carecer casi absolutamente de políticas relativas al Poder Judicial e incluso de órganos que puedan diseñarlas, salvo la propia Corte Suprema la que decide la creación de Tribunales sin mayor planificación o estudios.

Así, si se mira el panorama de las relaciones entre los poderes judiciales y los poderes políticos en la región, es posible distinguir algunos sistemas judiciales prácticamente abandonados de la preocupación pública, como es

el caso chileno durante todo lo que Carlos Peña denomina "estado de compromiso". Ello influyó en que se formara, entre los jueces de este país, un fuerte espíritu corporativo, de aislamiento, de poca atención a las demandas de la sociedad y aún mayor a sus críticas; dando lugar, además, a una cierta incapacidad de adaptación y a un grado alto de rutnización. Similar abandono puede apreciarse en el caso mexicano. Otros poderes judiciales presentan más bien un grado excesivo de subordinación al poder político, como es el caso venezolano. Otros son activos agentes de su propio proceso de cambio, como en Costa Rica.

En cuanto a las prioridades de la reforma judicial, una discusión latente en la región consiste en determinar si ella debe priorizar los elementos estructurales o las cuestiones procesales. En el caso chileno, claramente el primer conjunto de proyectos en el proceso de transición a la democracia tuvo carácter orgánico. A juicio de Vargas esto llevó a una discusión poco sustancial para la población, lo que habría incidido significativamente en su fracaso relativo.

En lo que toca a los tiempos de una reforma, parece haber consenso entre los autores en que, si bien las miradas y los programas requieren necesariamente ser globales, la prudencia política puede aconsejar que la reforma avance por etapas.

Otra materia relevante es la de los agentes llamados a diseñar o implementar tal "política judicial". Es obvio que no podría responderse tal pregunta con una sola fórmula, ni siquiera para cada país. Toda respuesta requiere necesariamente distinguir entre las varias políticas posibles y las diversas tareas que ellas implican. Algunas requerirán de acuerdos legislativos. Para otras bastará de cuerpos técnicos capaces de hacer propuestas que sean luego implementadas por los propios jueces. Con todo, y como apreciación general al observar y comparar experiencias, parece razonable concluir que un requisito indispensable para diseñar y sobretodo para implementar exitosamente una política judicial es que esta cuente con un importante grado de adhesión por parte de los propios jueces. De las experiencias analizadas parece claro que sin tal adhesión las reformas legislativas corren el riesgo de la ineficacia. Los jueces no pueden ni deben ser pensados como instrumentos inertes de la política estatal; no se les puede someter como objeto a un proceso de cambio deliberado sin correr el riesgo de ser ineficaces o de intervenir excesivamente en el sistema judicial, sacrificando su independencia. Si se quiere un poder judicial poderoso parece indispensable que los jueces sean capaces de hacerce y sentirse responsables de la buena marcha del sistema judicial. Tal vez no resulte aventurado sostener que el relativo fracaso de las políticas seguidas en el Perú durante

el período de Velasco Alvarado se debió, en alguna proporción, a esa falta de adhesión. El tema es de especial relevancia para el análisis de las reformas en actual discusión en Chile, en cuanto ellas despiertan un alto grado de reticencia, sino en el poder judicial como un todo, al menos en la Corte Suprema. Soberanes nos relata que en el caso mexicano el poder judicial no aparece con mayores deseos de reformarse y que los jueces reciben las críticas más como ataques personales que como propuestas de mejorar el sistema. Algo similar sucede en el caso chileno con una Corte Suprema fuertemente corporativa.

Si la adhesión de los jueces parece necesaria para el éxito de cualquier política en esta materia, el completo autogobierno de la judicatura puede resultar riesgoso desde, al menos, una triple perspectiva. En primer lugar, cabe tener presente el riesgo, teórico al menos, de la auto-complacencia. Sin controles externos, la judicatura puede carecer de los estímulos adecuados para captar los cambios que deben introducirse al sistema a fin de satisfacer necesidades sociales o la urgencia con que deben de llevarse a cabo. La experiencia Mexicana de autogobierno podría ilustrar esta afirmación. No es, sin embargo, lo que demuestra el caso costarricense, país donde la propia Corte Suprema ha impulsado una dinámica de reformas de escaso parangón en otros lugares de la región. Tal vez una de las preguntas más interesantes y difíciles de responder en un análisis comparado sea el de identificar los factores que hacen que una corporación judicial determinada sea más o menos abierta a la crítica pública, se perciba como más o menos responsable del buen funcionamiento de los servicios que brinda a la sociedad y se abra más o menos a introducir cambios a sus propias prácticas y estilos de trabajo. Un segundo riesgo del autogobierno es que este implica una tarea vasta que requiere del despliegue de múltiples medios, energías y esfuerzos. Su dirección toma un tiempo considerable; el que, asumido por la Corte Suprema implica un necesario deterioro en el ejercicio de sus tareas jurisdiccionales. De allí que, en general, los países hayan optado por crear órganos especializados. El autogobierno de la judicatura plantea, por último, el problema de la legitimidad de una política judicial hecha al margen de los órganos representativos de la ciudadanía. Por su parte, la presencia de los órganos políticos en el quehacer judicial representa un riesgo de clientelismo político del cual también cabe cuidarse. No pocas veces la presencia de los órganos políticos en el diseño de políticas judiciales despierta el reclamo de los jueces por considerar que ello constituye un atentado a su independencia. Países como Venezuela, Colombia y Perú han buscado el equilibrio a estas tensiones constituyendo un Consejo de la Justicia o de la Magistratura. Bajo estas denominaciones comunes se sitúan instituciones harto diversas

en sus dependencias, organizaciones y competencias, como lo demuestra incluso la evolución de tales órganos en esos países, lo que hace equívoco tratar sus méritos o deméritos como si fuesen una sola y misma figura. Por momentos, en ciertos países, como Venezuela, los consejos de la magistratura han sido, en la práctica, instrumentos de control político sobre los jueces. En el caso chileno, la propuesta de crear un Consejo para el diseño e implementación de políticas judiciales, aún cuando integrado por una mayoría judicial, fue considerada, por la Corte Suprema y por sectores que conformaban una mayoría en el Senado, como un atentado a la independencia y prerrogativas de los jueces, con lo cual las cuestiones del gobierno del sistema y de la política judicial se mantienen fraccionadas en los tres poderes del Estado, lo que, para algunas materias, equivale a decir que se carece de tales políticas.

Me parece que, de lo dicho, surge con fuerza la necesidad de definir o re-definir con más precisión el concepto de independencia judicial, en aras de determinar qué cuestiones, más allá de lo jurisdiccional, han de ser prerrogativa exclusiva de los jueces y cuales, en cambio, de los órganos de generación popular. El tema presupuestario, el del control de los rendimientos y el de gobierno resultan necesarios de enfrentar en esta materia.

Presentamos entonces este libro pensando en que una mirada a lo que ha sucedido en cada uno de nuestros países puede ayudarnos a ser más lúcidos al proponer políticas para mejorar el funcionamiento de nuestros sistemas judiciales. En ello, creemos, se juega, en parte, la estabilidad democrática de nuestros países y, en buena proporción, la protección efectiva que pueda brindarse a los derechos humanos que solemnemente garantizan nuestras Cartas Constitucionales.

TEMAS III:

MODERNIZACION DE LA GESTION JUDICIAL

16. GREGORIO, Carlos, **Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina**, National Center for State Courts, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.
17. William Davis, **Estrategias para disminuir el retraso en los tribunales de primera instancia**, National Center for State Courts, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, 1996.

GESTIÓN JUDICIAL Y REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA

Por
Carlos G. Gregorio

Trabajo Preparado para la

2^{da} MESA REDONDA SOBRE REFORMA JUDICIAL

MAYO 19 - 22, 1996

Con el apoyo de
La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional
y el Banco Interamericano de Desarrollo en coordinación
con el National Center for State Courts

Esta monografía fue preparada por el Dr. Carlos Gregorio para la Segunda Mesa Redonda sobre Reforma Judicial, celebrada por el National Center for State Courts (NCSC) en Williamsburg, Virginia del 19 al 22 de mayo de 1996, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Se puede reproducir y distribuir con fines educacionales no lucrativos. Las opiniones expresadas en este documento no representan necesariamente las posiciones y políticas oficiales del NCSC, USAID o BID.

Gestión Judicial y Reforma de la Administración de Justicia en América Latina

por
Carlos G. Gregorio

Mayo 1996

I. Introducción	1
II. Aspectos Encarados por los Proyectos de Reforma en América Latina	1
A. Congestionamiento	1
B. Reducción de los Retrasos	3
C. Formas Anormales de Terminación del Proceso	5
D. Accesibilidad de la Información Judicial	5
E. Mejoras en la Estadísticas Judiciales	6
F. Características de los sistema de Información	6
G. Finalidad y Calidad de la Información	6
H. Distribución de Casos	8
I. Gestión y Seguimiento de Casos	8
J. Privacidad e Información Judicial	11
III. Conclusiones	13

I. INTRODUCCIÓN

Los aspectos negativos más mencionados en los diagnósticos de los sistemas de administración de justicia en América Latina han sido: lentitud, incertidumbre, la excesiva complejidad, inaccesibilidad y una relación muy alta costo/beneficio. Por otra parte, las soluciones propuestas pasan casi siempre por aumentar el número de jueces y funcionarios, equipamiento y nuevos códigos. Frecuentemente, se piensa que estas medidas producirán automáticamente los resultados esperados. Mientras tanto el tamaño y la estructura del Poder Judicial crece irracionalmente, creándose nuevos conflictos y nuevas dificultades.

Sin embargo gran parte de los problemas tienen su raíz en los modelos existentes sobre la gestión y el manejo de casos. Muchos de los cambios que pueden resolver estos problemas podrían ser generados desde el interior del Poder Judicial sin aumentar sustancialmente el presupuesto ni recurrir a reformas legislativas. Para poder diseñar cambios desde el interior resulta necesario disponer de información básica y estadística que pueda ser analizada conjuntamente con jueces y funcionarios y contrastada con las experiencias realizadas en otras jurisdicciones. El Poder Judicial debería idear medios para analizar constantemente su funcionamiento y buscar la manera de perfeccionarlo, al mismo tiempo que imparte justicia.

Aumentar la productividad y la eficiencia supone la redefinición de cada una de las tareas, eliminar pasos innecesarios y poner a disposición de la administración de justicia tecnologías que son cada día más accesibles. También resulta necesario mejorar los mecanismos de control, agilizar los trámites y facilitar las comunicaciones.

La reforma de la administración de justicia supone, en muchas ocasiones, cambiar el *rôle* del juez en el proceso. Estos cambios surgen por lo general de las nuevas normas procesales, pero en algunos casos es posible también cambiar la frecuencia, intensidad, impacto y forma de intervención de los jueces, modificando algunas pautas sobre el manejo de los casos y el flujo de la información en la oficina judicial, y lograr con ello un mayor control del proceso.

En este campo, los propósitos concretos de la reforma judicial apuntan a reducir el retraso y el congestionamiento; mejorar la gestión y seguimiento de casos; identificar los problemas o tipos de casos que se presentan con mayor frecuencia para lograr procedimientos especiales o automatizados para ellos.

II. ASPECTOS ENCARADOS POR LOS PROYECTOS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

Para atender a estos problemas y en lo que hace a la gestión y seguimiento de casos, los proyectos de reforma en la región se concentraron en la informatización de los juzgados. También las reformas procesales han tenido un papel preponderante en la región en contraposición con las reformas sobre la administración judicial de casos. Los programas de reducción de retrasos o del congestionamiento son puntuales, en la mayoría de los casos suponen la creación de nuevos juzgados, en detrimento de estudios analíticos de las causas que los generan.

A. Congestionamiento

Las soluciones a los problemas del congestionamiento del sistema judicial pasan en general por un conjunto coordinado de medidas tendientes a: (i) favorecer la resolución alternativa de conflictos, alejando así del sistema los casos que pueden ser resueltos sin la intervención de un juez; (ii) reformas procesales, atendiendo así a buscar procedimientos más rápidos y transparentes; y (iii) reformas administrativas.

Por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires los juzgados laborales tuvieron un creciente congestionamiento que se inició en 1985 y que, en los dos últimos años, ha comenzado a descender (ver FIGURA 1). Las causas de ese congestionamiento parecen ser fundamentalmente externas: es posible observar que el número de conciliaciones logradas en la justicia laboral empezó a declinar en la medida que el proceso inflacionario se transformaba en hiperinflacionario. Situación que se consolidó con la decisión de la Corte Suprema en el caso *López vs. Pesquera de la Patagonia*¹ que significó una reducción en la tasa de interés que se utilizaba para actualizar los créditos laborales. La reciente disminución del número de casos iniciados podría explicarse de tres formas: (i) que el proceso de privatización de las empresas estatales redundó en una disminución de la litigiosidad; (ii) que mediante una reforma legislativa los accidentes de trabajo son ahora competencia de los juzgados civiles; y (iii) el crecimiento del nivel de desempleo y de la relación laboral informal (sin contrato).

También se tomaron algunas acciones para reducir el nivel de congestionamiento. En 1994 se crearon once nuevos juzgados con la única función de dictar sentencia. A estos juzgados les correspondía procesar los casos atrasados. Estos juzgados fueron dotados con un número mínimo de personal.

En El Salvador entre agosto y octubre de 1993 se realizó un censo de juicios activos. Los resultados arrojaron 136.791 causas pendientes, el 90% de ellas se encontraban en los juzgados de primera instancia. A los juzgados de la ciudad de San Salvador correspondía el 50% de las causas pendientes. El 50% de las causas tenían más de 3 años y el 26% más de 6 años. En el 57% de las causas penales había pasado más de un año desde la última diligencia, en las civiles el porcentaje era algo mayor $\tilde{A}66\%$ ya que el movimiento de estas causas depende de las partes.²

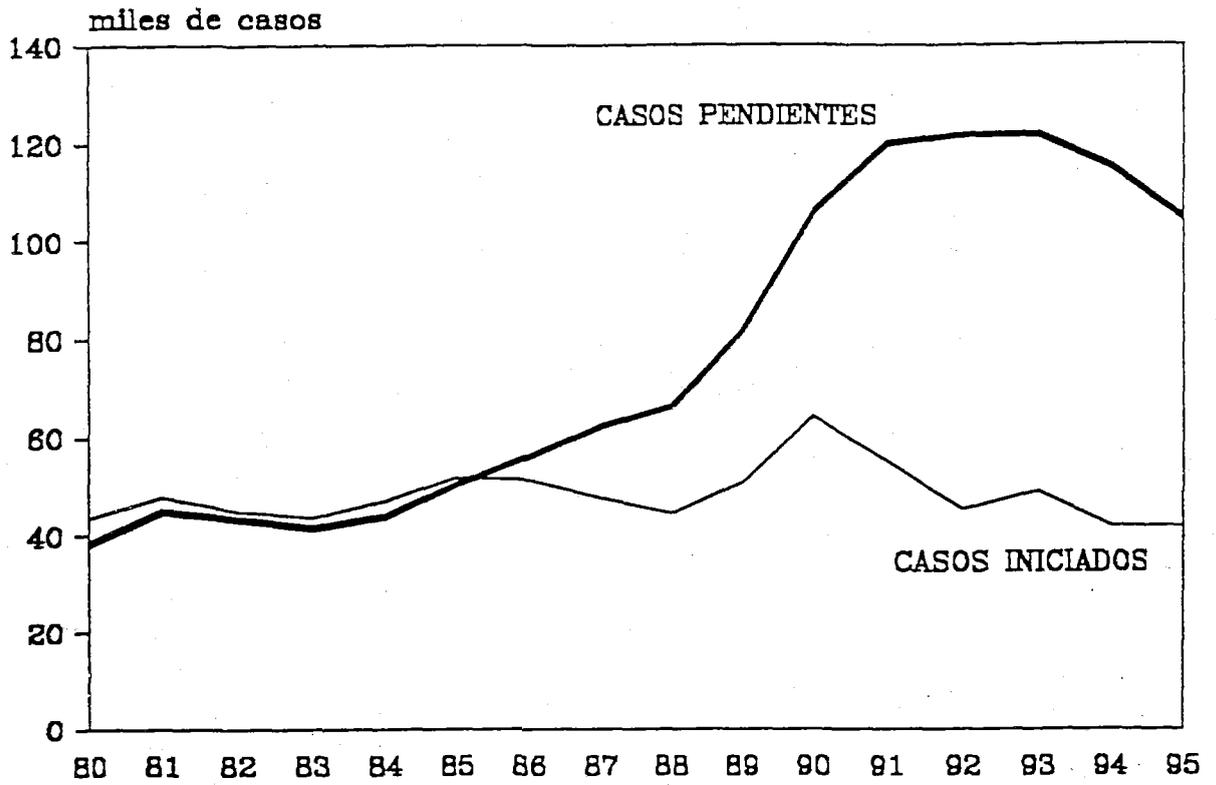
Esta situación fue enfrentada con varias acciones. Los principales elementos de la experiencia comprendieron: la depuración de causas paralizadas; mejoras en el manejo de casos; diseño e implementación de sistemas automatizados, fundamentalmente en los juzgados Penales de San Salvador y Santa Tecla; un sistema piloto para el seguimiento de reos condenados que se instaló en Santa Tecla y recientemente en San Salvador; un plan para la organización de los archivos judiciales; y el establecimiento de un funcionario administrativo encargado de coordinar la asignación de los casos y centralizar el manejo de otras tareas no judiciales. Todas estas acciones fueron reforzadas con capacitación.³

1. Fallo de la Corte Suprema de Justicia del 10 de junio de 1992, *cfr.* 1992-E *La Ley* (1992) 48-50.

2. *La Realidad de la Justicia Salvadoreña: análisis del censo de juicios activos*, (1994) 35pp. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, UNIDAD TÉCNICA EJECUTORA Y PROYECTO DE REFORMA JUDICIAL II.

3. Steve URIST & Robert LOVATO, *Evaluation of Pilot Courts*. Proyecto de Reforma Judicial II USAID/El Salvador, (1996) 42pp.

FIGURA 1. Casos iniciados y casos pendientes en los juzgados laborales de Buenos Aires.



B. Reducción de los Retrasos

La duración del proceso es inicialmente vista como un indicador de la eficiencia del sistema de administración de justicia. Sin embargo en muchos casos los retrasos se toman inadmisibles y pueden llegar a impedir la obtención de una solución justa al conflicto.

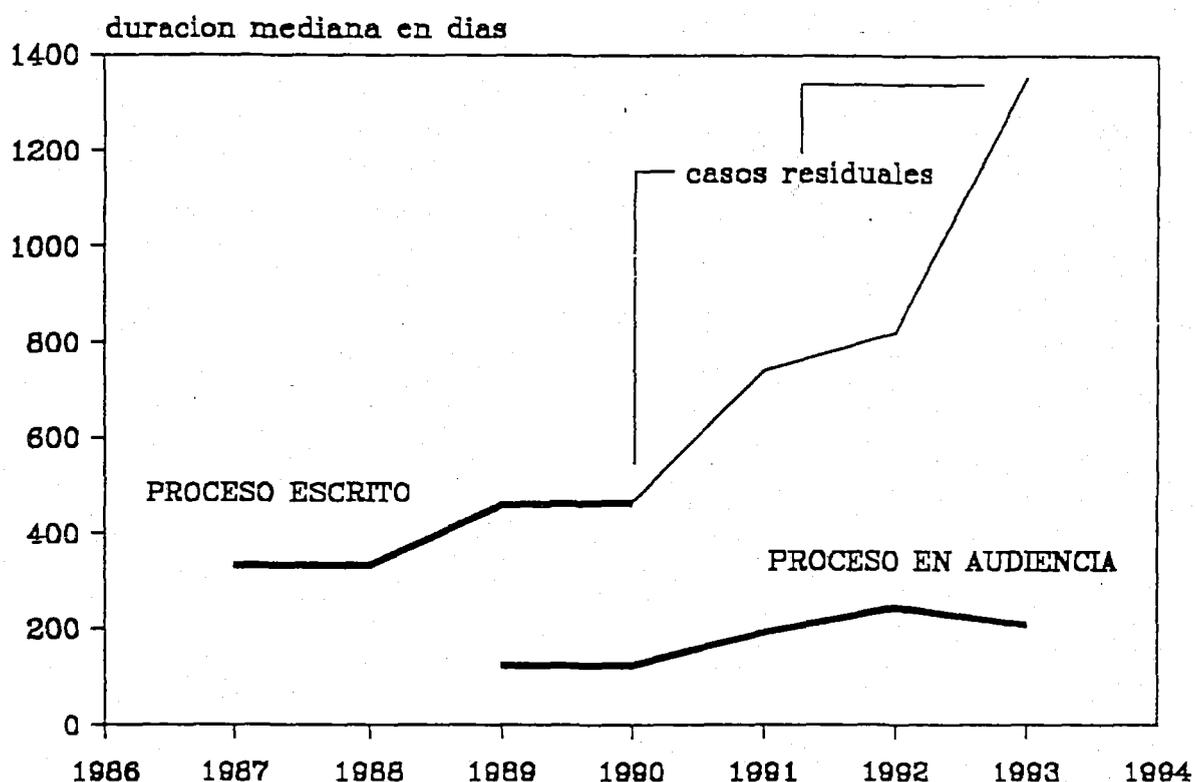
La mayoría de las acciones en la región para reducir retrasos se han dirigido a la modificación de las normas procesales. Por ejemplo, la reforma procesal en el Uruguay se inició en noviembre de 1989 con el cambio del proceso civil escrito *ÁCódigo del Proceso CivilÁ* por el proceso en audiencia *ÁCódigo General del ProcesoÁ*.⁴

Como resultado de la reforma se observó una importante reducción de los tiempos procesales (ver FIGURA 2). Un estudio muestral realizado por el Proyecto de Reforma Judicial permite establecer que la duración del proceso se ha reducido prácticamente a la mitad. Por otra parte el éxito del sistema del proceso en audiencia, cuyas ventajas no parecen discutibles, depende de que exista una debida proporcionalidad entre el número de jueces y el número de casos. Por eso, simultáneamente con la vigencia del Código General del Proceso se modificó la cantidad de juzgados existentes, lo que significó aproximadamente la duplicación del número de

⁴. Luis TORELLO, 'Lineamientos generales de la Reforma Procesal Civil y el caso concreto de la reforma en el Uruguay', en *Reformas Procesales en América Latina*, CPU, Santiago de Chile, 1993.

juzgados en la ciudad de Montevideo. La concurrencia del nuevo sistema de audiencias y la duplicación del número de juzgados representa una dificultad para explicar la reducción observada en los tiempos procesales. Sin embargo, como un elemento para esclarecer este punto, puede notarse que los juzgados que entienden en materia contencioso administrativa no se duplicaron sino hasta 1991. Sin embargo la reducción de la duración del proceso en los casos contencioso administrativos es similar a la del conjunto de los restantes juzgados civiles, de familia y de trabajo. Por los tanto, resulta razonable atribuir esta reducción en los tiempos a las características del nuevo procedimiento.

FIGURA 2. Duración mediana del proceso en los juzgados civiles, de familia, trabajo y contencioso administrativo de Montevideo.



La evaluación de la reforma procesal en el Uruguay no sólo indica una sensible reducción en los tiempos procesales, también señala haber alcanzado el objetivo fundamental de inmediación, concentración, publicidad, simplicidad (al limitar el número de tipos procesales al mínimo imprescindible), &c.⁵

⁵. Enrique VESCOVI & María del Carmen RUECO, *Los primeros resultados de la reforma de la justicia en Uruguay: un balance a los dieciocho meses de la entrada en vigencia del Código General del Proceso*. Ed. Idea. Montevideo, 1991.

C. Formas Anormales de Terminación del Proceso

Cuando se analiza el camino que sigue cada causa hasta su terminación, es posible ver que no todas terminan con una sentencia definitiva *i.e.* una decisión que resuelve la cuestión de fondo atinente al conflicto. Muchas veces el proceso concluye en forma anormal o extraordinaria: por caducidad, conciliación, desistimiento del derecho, desistimiento de la acción, allanamiento, &c. Cuando el número de casos que terminan anormalmente representan una cantidad significativa, esto se traduce en un esfuerzo del sistema de administración de justicia que se disipa, ya que el conflicto se resuelve independientemente del sistema judicial. Todo proyecto de reforma que intente atacar el congestionamiento y reducir los retrasos debería investigar que proporción de causas terminan sin sentencia, por qué ocurre y como se podría reducir ese número a niveles razonables.

A fines de 1992, se realizó en los juzgados de todas las materias de la ciudad de Buenos Aires una investigación para evaluar la duración del proceso que incluyó una cuantificación sobre las proporciones de cada una de las posibles formas de terminación de un caso. El estudio abarcó la primera instancia y la apelación y se estableció en que momento del proceso ocurrían las terminaciones anormales.⁶

En 1995, de acuerdo con la Ley 24.573 se estableció en la justicia nacional y federal de la Argentina una instancia obligatoria de mediación en todos los casos no penales. Antes de adoptarse esta decisión se implementó una experiencia piloto de mediación en la que participaron juzgados civiles (patrimoniales y de familia). Los resultados arrojaron un nivel de acuerdo del 59% en los casos patrimoniales y del 51% en los casos de familia. En los casos en los que se logró acuerdo la duración mediana del proceso de mediación fue de 55 días. En todos los casos se identificó que el momento más oportuno para que el caso sea mediado va desde la contestación de la demanda hasta el período probatorio.

D. Accesibilidad de la Información Judicial

Los sistemas de información debería permitir a los abogados patrocinantes, defensores oficiales, fiscales, etc., consultar la información correspondiente a sus causas, para tomar conocimiento en forma directa de la etapa en la que se encuentran, conectándose ellos mismos con la base de datos que contiene la información. Una gran cantidad de necesidades de información será satisfecha así sin la intervención de personal, optimizando el uso de tiempo y espacio.

Los sistemas actualmente en funcionamiento tienden a que los abogados realicen la consulta de sus causas desde sus propios estudios, mediante un sistema de comunicaciones externas al sistema de información judicial, para tener así acceso a en forma parcial a la información requerida.

La experiencia más interesante en este sentido es la realizada por el Poder Judicial en Chile. Los sistemas de consulta proporcionan información sobre el inicio, término y estado procesal de las causas que se conocen en las Cortes de Apelaciones de Santiago. También es posible obtener esta información mediante consulta remota a los bancos de datos de los juzgados civiles y laborales. El servicio público de *Autoconsulta Judicial* permite conocer en forma remota el estado de tramitación de las causas civiles y obtener información impresa con distintos niveles de detalle, *e.g.* estados diarios, textos de resoluciones, movimientos de una causa, &c. El acceso se realiza a través de terminales instaladas en el primer piso que alberga la totalidad de los juzgados civiles de Santiago.

⁶ Carlos G. GREGORIO, *Investigación sobre demora en el proceso judicial*. Centro de Estudios Judiciales de la República Argentina CEJURA, 1995.

En Argentina existen experiencias piloto recientes en los juzgados civiles de Buenos Aires que tienden a implementar la consulta sobre el estado de las causas en forma remota vía *modem*.

E. Mejoras en la Estadísticas Judiciales

Las estadísticas judiciales revisten un papel fundamental para el diseño y optimización de los sistemas de gestión y seguimiento de casos. En los últimos años la calidad de la información estadística sobre la administración de justicia ha mejorado significativamente en América Latina. Sin embargo no parece haberse tomado ventaja del proceso de informatización para incrementar la calidad de los datos y su uso en la toma de decisiones. La mayoría de los datos que se obtienen, y en particular los que se publican, son descriptivos de la carga de casos. En este sentido parece necesario darle un nuevo impulso a los sistemas de gestión y seguimiento de casos para obtener información básica global, que quizás no sea relevante para las tareas del juzgado, pero que resultará de fundamental importancia para realizar estudios tendientes a optimizar los procedimientos administrativos.

El nivel actual alcanzado por las estadísticas sobre administración de justicia en Costa Rica parecen ser uno de los buenos ejemplos sobre la forma en que el Poder Judicial debe informar a la comunidad sobre su funcionamiento. También se han logrado importantes resultados sobre estadísticas judiciales en Argentina, Colombia, Chile y Uruguay.

F. Características de los sistema de Información

Uno de los procesos de reforma de la administración de justicia consiste en el reemplazo de los sistemas de registro manuales por sistemas computarizados de manejo de la información. En casi todos los países de la región este proceso ha sido gradual. Los procesos de informatización de la administración de justicia han comenzado por la producción de sentencias (procesador de texto), seguido por los mecanismos de registro y seguimiento de casos que reemplazaron las fichas y los libros del juzgado.

En casi todos los países de la región existen procesos de informatización. Hoy, como corolario de estas experiencias, los objetivos primarios de estos sistemas apuntan a:

- proporcionar información para facilitar la toma de decisiones, tanto por parte del juez y sus colaboradores, como por las partes, sus abogados o cualquier otra persona que intervenga en un proceso;
- permitir la generación de información básica para el análisis estadístico, evaluación, racionalización, optimización del sistema y para la toma de decisiones por parte de quienes dirigen el sistema de administración de justicia y definen la política judicial.

G. Finalidad y Calidad de la Información

La información que se origina o procesa judicialmente puede tener diferente entidad y valor. Sin embargo la información que normalmente es incluida en los sistemas de información podría clasificarse en los siguientes niveles:

Estadístico: cuando los datos se incluyen en un sistema de información para ser utilizados en la realización de estadísticas, investigación o monitoreo; entonces no es necesario identificar el nombre de las partes (quizás con la excepción del propio Estado o partes que mantienen múltiples casos). La

consecuencia más importante es que la información que sólo se incluye a estos fines puede ampararse en el *secreto estadístico*.

Referencial: la información contenida en el sistema facilita el acceso a los datos o el proceso de identificación de documentos o personas necesarios para la gestión.

Documental: la información que tiene valor documental habilita para la toma racional de decisiones. Si las partes, por ejemplo, pueden informarse sobre una decisión del juez o una notificación por medio de una consulta al sistema de información, ese dato debe tener valor documental. En todos los datos clasificados como documentales debe garantizarse que la información no pueda ser modificada o, en su caso, deberá dejar rastros sobre cual era el contenido anterior, quién los modificó y cuándo.

Registral: la característica más importante es que la inclusión de un dato en el registro produce efectos legales. También es esencial la completitud: en un sistema registral la no existencia de información pertinente tiene valor documental.

En el proceso de planificación resulta necesario establecer qué alcance (estadístico, referencial, documental, registral) tendrá cada unidad de información o dato en cada sistema de información, cuál será su evolución en el futuro y qué flujos de información se definen con otros sistemas de información, ahora y en el futuro. Este aspecto, quizás será relevante en los futuros desarrollos o en la revisión de las versiones actuales de los sistemas de información. Probablemente deberá insistirse en realizar o profundizarla, si ya se realizó una cuidadosa evaluación de necesidades de información.

En muchos sistemas desarrollados en la región, en particular durante las etapas iniciales, es posible señalar que la inclusión o no de la información no surgió de un proceso de identificación de necesidades y que no se establecieron la finalidad ni los estándares mínimos de calidad para cada dato. Uno de los problemas que se han presentan es que el uso de los sistemas de información no es obligatorio para el juez y sus auxiliares; de esta forma se obtienen sistemas de información incompletos. También se ha generalizado el uso de campos literales en detrimento de los codificados y, en algunos casos, se ha dejado libertad a cada juzgado para establecer sus propias tablas de códigos. No tomar precauciones en este sentido se traduce en una menor calidad de la información que, si bien no afecta en principio la labor del juzgado, se torna relevante cuando en etapas futuras, los datos informatizados son utilizados para elaborar estudios globales y analizar el funcionamiento del sistema judicial en su totalidad.

La información de fuente judicial interviene en las pautas decisorias de muchas personas, pudiendo los incrementos de su calidad y accesibilidad modificarlas radicalmente. Por otra parte algunos sistemas de información pueden tener por finalidad optimizar o apoyar algún tipo particular de casos ya sea para la gestión diferencial o aportando información de contexto.

Una experiencia fue realizada en los juzgados civiles de Buenos Aires para atender a: (i) que el número de casos generados por accidentes de tránsito era ampliamente mayoritario; y (ii) se observó que los montos indemnizatorios otorgados en estos casos diferían significativamente de un juzgado a otro, aún cuando los casos eran relativamente parecidos. En gran medida contribuyó a resolver este problema la instalación de una base de datos montos otorgados por la Cámara de Apelaciones que permite recuperar casos con sentencia firme por

medio de los datos de la víctima o de los reclamantes. También se descubrió que el sistema desarrollado resulta muy útil para apoyar el proceso de mediación.⁷

H. Distribución de Casos

En muchos casos la instalación de sistemas computarizados de información permite administrar la distribución y asignación de causas entre los juzgados en forma pseudo-aleatoria y equitativa, de acuerdo con la dificultad y a la urgencia con que deben resolverse (e.g. acción de amparo).

Por ejemplo, existen sistemas de distribución de casos: en Buenos Aires, en los juzgados civiles desde 1981, en los laborales desde 1987 y, recientemente, en los comerciales; en los juzgados civiles y laborales de Santiago de Chile desde 1989; en los juzgados civiles, de familia, laborales y contencioso administrativo de Montevideo desde 1992.

Un hecho importante asociado a los sistemas automatizados de distribución de causas es el contar con tablas de codificación de objetos de litigio, materias, tipo de caso, objeto del proceso (recogiendo la sinonimia utilizada en algunos países de la región). La clasificación preliminar del caso es propuesta por el abogado que presenta la demanda, lo que permite un control más eficiente de los casos iniciados e intentar una distribución más homogénea de las causas. Es necesario revisar periódicamente estas tablas de opciones, teniendo en cuenta los requerimientos de los estudios estadísticos y de los sistemas de información. Es conveniente calcular las frecuencias de aparición en los últimos años de cada una de las opciones para analizar las ventajas de suprimir, agregar o distinguir nuevas opciones, con criterios estadísticos o jurídicos. Las tablas en uso en Buenos Aires, Santiago de Chile y Montevideo, por ejemplo, son sustancialmente diferentes. Una de las causas es naturalmente la diferente normativa sustantiva, pero también existen otros elementos o determinadas costumbres para litigar. Por ejemplo existe en las tablas de codificación de los juzgados civiles y laborales una dificultad que parece generar distintas soluciones, es la concurrencia en esas tablas de descripciones de hechos, derechos o acciones. Las tablas de delitos parecen ser mucho más homogéneas.

Los sistemas de distribución permiten generar archivos comunes a todos los juzgados o tribunales de apelaciones de una misma materia. Sólo en algunos casos están conectados en red con los sistemas de gestión de los juzgados, lo que permite un control más efectivo y hace posible identificar los casos relacionados.

I. Gestión y Seguimiento de Casos

Existen en la región varios sistemas en uso, algunos fueron desarrollados por los equipos técnicos del Poder Judicial y otros por empresas o consultores externos. En todos los casos se presentó como favorable un control y seguimiento directo de los proyectos por parte de las autoridades del Poder Judicial.

El objeto más importante de IANUS, el sistema de Seguimiento de Causas Penales de Bolivia, es el acto procesal. El proceso es considerado como una cadena de actos procesales. Los módulos técnicos consisten en: recepción de la causa, reparto de la causa a juzgados, administración y almacenaje de medios probatorios, administración del archivo, manejo de la agenda de jueces, control de notificaciones y control de la condena. El sistema permite generar diferentes estadísticas a nivel del juzgado.

⁷ Gladys S. ALVAREZ, 'El enfoque empírico: un sistema de ayuda a la decisión judicial', en R. GUIBOURG (ed.) *Informática Jurídica Decisoria* (1993) 191-210, Astrea, Buenos Aires.

Los juzgados penales de El Salvador (en San Salvador y Santa Tecla) utilizan un sistema de Seguimiento de Juicios Penales en Primera Instancia. El sistema permite el registro de los datos personales del imputado, abogados y defensores, lugar de comisión del delito, nombre de los ofendidos, &c. También se registran las fechas asociadas a todos los eventos, etapas procesales y formas de terminación del juicio. Una pantalla de historia permite desplegar todos los eventos del caso en forma ordenada. Se ha desarrollado otro sistema para el Seguimiento de Reos Condenados que actualmente funciona en los juzgados penales de Santa Tecla. El sistema permite el control de: la prisión preventiva, los juicios suspendidos, la ejecución de la sentencia y el cumplimiento de la condena. En el módulo de Ejecución de Sentencia es posible registrar los pagos realizados en relación con la responsabilidad civil y los objetos incautados.

En los juzgados civiles y laborales de Santiago de Chile, el Sistema de Seguimiento de Causas y Control Procesal registra la iniciación, tramitación, término y archivo de cada causa y el registro de todas las actuaciones procesales ordenándolas según el tipo de procedimiento (ordinario, ejecutivo, sumario, &c.) asociado a cada tipo de caso y puede verificar los plazos legales involucrados en cada etapa de tramitación. Proporciona, además, herramientas para facilitar tareas administrativas y la generación de nóminas, listados y estadísticas. También es posible el seguimiento físico de expedientes, compulsas, exhortos o documentos. También permite registrar los movimientos de cuenta corriente del tribunal.⁸

En Buenos Aires se encuentra en funcionamiento un sistema de gestión para los juzgados laborales que fue desarrollado en forma externa. Los equipos técnicos de la Corte Suprema desarrollaron también un sistema de gestión que se encuentra funcionando en los juzgados penales y civiles.

En el Uruguay se usa un sistema desarrollado por el Centro de Cómputos del Poder Judicial. Actualmente está en uso en los juzgados civiles, laborales, de familia y contencioso administrativo de Montevideo, y en los juzgados de jurisdicción múltiple (no penal) de las ciudades de Las Piedras, Maldonado, Pando, Paysandú y Salto.

Los primeros sistemas de gestión que se desarrollaron en la región para funcionar con códigos procesales con procedimientos escritos estuvieron dirigidos a saber *dónde estaba el expediente* y a facilitar la redacción de la sentencia (procesadores de textos). Por su parte, si la actividad procesal se concentra en las audiencias orales, los sistemas de gestión apuntarán más al manejo del calendario y de la agenda. Si bien estas fueron las primeras necesidades identificadas, hoy la experiencia acumulada en el uso de la tecnología informática indica que el sistema de gestión es una herramienta fundamental para mejorar el control efectivo de la marcha del proceso por parte del juez y sus colaboradores.

De acuerdo con las experiencias analizadas, el sistema de gestión puede desarrollarse con diferentes niveles de compromiso con las normas de procedimientos. En algunos casos, se ha intentado producir un sistema de gestión que pueda adaptarse prácticamente a un cualquier tipo de código de procedimientos; en otros casos, el sistema se ha desarrollado *ad hoc* para un código en particular. Las experiencias desarrolladas para buscar una alternativa intermedia dejan librado al usuario la inclusión de información vinculada con las normas procesales; en esta modalidad, por ejemplo, los pasos o etapas procesales son incluidos como tablas modificables por el usuario. Sin una adecuada coordinación, esta forma de trabajo tiende a generar información no comparable.

Se ha observado que el sistema de gestión puede tener cierta inercia o podría introducir procedimientos por vía no legislativa que, en algunos casos, ha mantenido vivos institutos o procedimientos derogados cuando se reforma un código procesal. Es conveniente diferenciar claramente, cuando se planifica la inclusión de cada dato,

⁸. Juan E. VARGAS & Jorge CORREA, Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno, CPU, 1995.

tabla o calificación, si se adecua fielmente a las normas procesales en vigencia. No todas las normas procesales deben ser motivo de referencia o registro en el sistema, sino sólo aquellas identificadas como necesarias. El desarrollo de esta actividad requiere la participación de un grupo de especialistas en procedimientos judiciales, en administración de justicia e informática.

Tanto el diseño como las modificaciones al sistema de gestión y seguimiento de casos deberían responder a necesidades identificadas previamente. Si se toma como referencia la estructura de los sistemas de gestión existentes en la región, en principio, el sistema las características básicas incluyen:

- un sistema de identificación del caso, único para todo el Poder Judicial;
- mantener en lo posible una interfase visual y lenguaje uniforme para todos los tipos de juzgado, procesos y casos, las distintas versiones deberían tener un mismo patrón lógico y constituir variaciones de procedimientos equivalentes;
- ser flexible, para ser adaptable a nuevas modalidades;
- funcionar con adecuada vinculación al código procesal en vigencia. De producirse un cambio de código procesal, los casos nuevos y los que sean tramitados de acuerdo al código anterior, deberían coexistir interinamente en el mismo sistema;
- reemplazar los sistemas de registro (libros o fichas) del movimiento de las causas;
- incluir sub-sistemas para la gestión diferencial para algunos tipos de caso;
- disponer de índices que faciliten el acceso, a parte o a toda la información sobre el caso, por diferentes entradas (el procedimiento debería incluir búsquedas alfabéticas). La información recuperada debería ser accesible para su modificación;
- incluir aplicaciones para realizar las funciones de registro de pasos y etapas procesales, citaciones, fianzas, detenciones, cambios en las partes intervinientes, efectos incautados, cálculo de tasas judiciales, honorarios, &c.;
- registrar fechas y tiempos de todas las intervenciones;
- incluir aplicaciones específicas para los procedimientos orales, en particular para el manejo de la agenda del juzgado. El sistema debe incluir un calendario y la posibilidad de conocer, registrar los eventos programados para cada día y la duración estimada de cada uno de ellos;
- cuando sea posible, incluir elementos de automatización;
- contener un procesador específico de textos y utilitarios para generar documentos-tipo o correspondencia de rutina, insertar citas de jurisprudencia o los nombres de las personas involucradas accediendo a las bases de datos, usar diccionarios, proteger los nombres de los menores, etc.;
- alertar automáticamente al asesor de menores sobre la presencia de menores en un caso, para la defensa de sus intereses;

- asistir al juez y sus colaboradores, integrantes de la oficina judicial, en la programación de audiencias durante un determinado periodo;
- utilizar tablas de referencias internas y tablas de opciones modificables;
- contener información sobre calendarios (feriados), disponibilidad y reserva salas de audiencias;
- utilitarios para ordenar los datos por fecha, alfabéticamente o numéricamente;
- seleccionar datos mediante operadores booleanos;
- realizar operaciones aritméticas, etc.;
- producir varios tipos de informes estadísticos internos del juzgado (casos en trámite e iniciados, en el juzgado, en el fuero, el año anterior, retrasos, mes por mes, casos más antiguos, &c.) y presentarlos conjuntamente con los indicadores globales del mismo tipo de juzgado.

J. Privacidad e Información Judicial

Los procesos de informatización de la administración de justicia han comenzado por el apoyo en la producción de sentencias (procesadores de texto), seguido por mecanismos de seguimiento de casos que reemplazaron las fichas o libros del juzgado. En la medida que los sistemas de información crecen y se perfeccionan, se generan bases de datos centrales para todos los juzgados de un mismo tipo en una jurisdicción. En este momento es cuando aparecen personas que no son parte en ninguna causa interesadas en acceder y utilizar información judicial.

Por otra parte la administración de justicia debe ser transparente, la publicidad de las actuaciones y de las decisiones es uno de los pilares del sistema y el conocimiento de los precedentes es lo que permite el respeto del principio de igualdad ante la justicia.

El Estado en el pasado requería y reunía datos, en algunos casos sin utilidad manifiesta. Realizaba esta actividad sin contar con la asistencia de computadoras. En la actualidad, la informática es un recurso óptimo para el procesamiento de los datos reunidos. A su vez se han generado transformaciones en ese procesamiento, con gran influencia en la conducta humana y en la toma de decisiones. La forma y los tiempos de transferencia de datos han variado notoriamente, alterando las relaciones del individuo con su entorno y la percepción del mismo.

Los incrementos en la accesibilidad, consecuencia de los sistemas centralizados de información judicial, han dado lugar a nuevos requerimientos. Por ejemplo en la justicia laboral se reciben pedidos de empresas que seleccionan personal interesadas en conocer la existencia de demandas laborales iniciadas por un potencial candidato a cubrir un puesto. Ciertamente se intenta predecir la conducta futura, pensando que quien ejerció sus derechos en el pasado no temerá iniciar nuevas acciones en el futuro.

En la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, se han presentado pedidos con las mismas características, por ejemplo, para averiguar si una persona, potencial arrendatario, ha sido desalojado en el pasado. Recientemente, la Cámara Civil estableció por Acordada n° 922, del 10 de noviembre de 1994, estableció restricciones sobre el acceso a la información judicial, especialmente en los casos de conflictos familiares.

Atento, pues, a la disparidad de criterios existentes con respecto a la publicidad de la información recogida en las actuaciones judiciales y ante la certeza de que tanto el volumen como las facilidades de acceso seguirán creciendo, mientras, que la demanda de información, con o sin interés legítimo, irá también en aumento, se considera altamente recomendable preparar legislación que contemple las situaciones anotadas y, fundamentalmente, defina principios generales aplicables durante el proceso de desarrollo de los sistemas informáticos del Poder Judicial.

Esta legislación debería ser compatible y complementarse con las normas que determine los alcances del *habeas data*,⁹ puesto que, en principio, la publicidad rige toda información que maneja la administración pública. Con todo, deberían establecerse lineamientos que atiendan al ciudadano en su situación de indefensión frente al uso que de esa información pueda hacerse. Será necesario, pues, establecer límites en los procesos de recolección de datos mediante normas sustantivas que exijan la identificación previa de la necesidad de contar con el dato y su finalidad de uso, así como quiénes podrán requerir tal información.

La creación de sistemas de procesamiento de datos debería ser transparente y accesible a todos los usuarios. Es necesario que las agencias gubernamentales que trabajen con bancos de datos tengan contactos con instituciones independientes y organizaciones no gubernamentales que ofrezcan el servicio de sus expertos y representen la opinión de sectores específicos. Se debería estudiar, como análisis de riesgo, los efectos y consecuencias que los sistemas de procesamiento de datos puedan producir en la sociedad.

La legislación debería evitar que la información almacenada genere o permita cualquier forma de discriminación o preconcepto, por ejemplo mediante la recopilación y conservación de datos sobre creencias religiosas, opiniones políticas, actitudes sexuales, origen étnico, discapacidad, &c. A su vez, se deberían identificar y estipular los plazos en que el mantenimiento de los datos fuera necesario, definiendo los procedimientos mediante los cuales serán eliminados. La publicidad no protege la indiscriminada divulgación de los datos, ni significa convertir a la administración pública en un servicio de informes. La legislación debería establecer en qué casos la información referente a un individuo puede ser proporcionada a terceros.

Resultan necesarias, pues, decisiones adecuadas en esta área, sea abriendo la información del Poder Judicial a cualquier usuario y admitiendo el recurso individual de reserva de la información, o, por el contrario, restringiendo el acceso solamente a quienes ostenten un interés legítimo debidamente acreditado. Las definiciones en este campo son un requerimiento sustancial para el desarrollo y la eficacia de los sistemas de información judicial, así como de los servicios públicos de información y de los registros nacionales, y, en especial, de los sistemas de información estadística.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, el diseño de los sistemas de información del Poder Judicial debería, mientras no existan normas o políticas explícitas, buscar de no romper el equilibrio entre el:

- principio de publicidad de las actuaciones y decisiones de la justicia;

⁹ La Constitución de Brasil de 1988 ha establecido el *habeas data* en el artículo 5º, inciso LXXII. Prescripciones equivalentes están en la Constitución de Colombia de 1991 (artículo 15), la Constitución del Perú de 1993 (artículo 200.3) y la Constitución de la Nación Argentina de 1994 (artículo 43).

y las más recientes tendencias sobre la protección de datos personales:¹⁰

- principio de finalidad (los datos se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades);
- principio de proporcionalidad (los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos);
- los datos se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;
- derecho de acceso a la información (viz. antes de iniciarse cualquier tratamiento informático, qué datos personales y cómo dichos datos van a ser tratados, transmitidos y transferidos a otras personas);
- derecho a saber a quien se han transferido sus datos personales;
- derecho de oponerse por motivos legítimos a que los datos sean objeto de tratamiento informático;
- derecho de rectificación;
- acciones específicas para la garantía del habeas data;
- cancelación de los registros cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para su finalidad;
- secreto estadístico;
- existencia de una autoridad de protección de datos personales.

III. CONCLUSIONES

La reforma en la región de la gestión judicial, manejo y seguimiento de casos, se ha caracterizado por la preponderancia de la introducción de equipamiento informático. Aún aceptando que es absolutamente necesario dotar a la administración de justicia con todos los avances tecnológicos, no debería pensarse que aquí se agota todo lo que es necesario y posible reformar.

Se han sumado en este proceso varios problemas: la complejidad de las nuevas tecnologías; su propia jerga; la resistencia al cambio; la formación tradicional de los abogados y de los jueces, que no incluye conocimientos de otras ciencias, en particular conceptos de información, administración, toma de decisiones, &c.; las presiones y los aspectos comerciales que rodean la informatización, por sólo citar algunos de los problemas más importantes.

Sin embargo, los avances logrados han sido muy importantes. Debe destacarse el alto grado de participación de los jueces que, en muchos casos, se han comprometido con experiencias piloto y otro tipo de evaluaciones.

¹⁰. Por ejemplo, el Convenio 108 del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981. *cfr.* Egbert J. AUSEMS, 'La protección de las personas frente al tratamiento automatizado de los datos personales en el marco del Convenio 108 del Consejo de Europa', en *Informática Judicial y Protección de Datos Personales* (1994) 15-27, Departamento de Justicia. Gobierno Vasco.

En este momento en muchos sistemas judiciales de la región, y con distintos grados de avance, existe equipamiento informático que, en la mayoría de los casos, facilita la gestión del juzgado, pero recién se comienza a desarrollar sistemas de información que permiten obtener datos de carácter global. Los sistemas más generales diseñados para distribuir casos, sólo contienen información sobre la existencia de la causa. Pero aún subsisten muchos de los problemas tradicionales ya descriptos, como son el retraso y el congestionamiento.

Por otra parte, cada vez más el funcionamiento de la justicia es parte de debate público. Los distintos grupos de interés, aún cuando no disponen de datos suficientes, hacen estudios y llegan a conclusiones sobre la forma en que se administra justicia. Las opiniones y estudios sobre el Poder Judicial, basadas en datos aislados y en función de intereses sectoriales, crean, en algunos casos, la sensación de que el sistema está fuera de control. Estos estudios influyen en las decisiones, pero suelen generar más ruido que información.

Por varias razones cada Poder Judicial debería concentrar todos los datos existentes en los sistemas de gestión y llevar a cabo sus propios estudios. Entre ellos, como marco general, los correspondientes al procesamiento de la información existente en el Poder Judicial que permitieran:

- mejorar la capacidad de planificación sectorial, con base en información confiable, suficiente y oportuna, que mejore el proceso de toma de decisiones;
- mejorar la capacidad de análisis de la propia gestión en los niveles directivos de cada una de las instituciones con funciones en el sector, incluyendo los juzgados como una de ellas;
- mejorar el conocimiento de la propia gestión en cada uno de los despachos judiciales, fiscalías, defensorías, &c., a partir de información particular y parámetros comparables;
- consolidar un conjunto de mediciones e indicadores que puedan ser difundidos en la comunidad, como información sobre el desempeño del sector Justicia y la evolución que éste ha tenido.
- optimizar la organización y los procedimientos administrativos;
- mejorar las estadísticas y hacerlas parte del proceso de toma de decisiones;
- responder a estudios sectoriales;
- diferenciar lo típico de lo anecdótico;
- generalizar y pronosticar.

ESTRATEGIAS PARA DISMINUIR EL RETRASO EN LOS TRIBUNALES DE PRIMERA INSTANCIA

Por

William E. Davis

Consejero

National Center for State Courts

Trabajo Preparado para la

2^{da} MESA REDONDA SOBRE REFORMA JUDICIAL

MAYO 19-22, 1996

Con el apoyo de

La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional

y el Banco Interamericano de Desarrollo en coordinación

con el National Center for State Courts

Estrategias para Disminuir el Retraso en los Tribunales de Primera Instancia

por
William E. Davis
Consejero
National Center for State Courts

Mayo 1996

I. Introducción	1
A. La Rama Judicial del Gobierno	1
B. Administración Judicial	1
C. Eficacia en la Gestión de los Asuntos	1
II. Experiencia Comparativa en los Tribunales de los Estados Unidos	3
A. Definición de la Demora	3
B. Principios Fundamentales de Operación	4
C. Diez Elementos Claves para el Éxito de los Sistemas de Flujo de Causas	5
D. Manejo del Flujo de Causas y Disminución del Retraso	7
III. Perspectivas en América Latina	8
A. Estrategias para Disminuir el Retraso	10
B. Estrategias de Capacitación para Disminuir el Retraso	15
IV. Conclusión	16
V. Bibliography	18
Appendix 1	19

Esta monografía fue preparada por el Dr. William E. Davis para la Segunda Mesa Redonda sobre Reforma Judicial, celebrada por el National Center for State Courts (NCSC) en Williamsburg, Virginia del 19 al 22 de mayo de 1996, con el apoyo de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Se puede reproducir y distribuir con fines educativos no lucrativos. Las opiniones expresadas en este documento no representan necesariamente las posiciones y políticas oficiales del NCSC, USAID o BID.

L INTRODUCCIÓN

A La Rama Judicial del Gobierno

El Poder Judicial "será siempre la menos peligrosa para los derechos políticos de la Constitución, porque será la de menor capacidad para molestarlos o lesionarlos. La rama judicial no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa; no gobierna ni la fuerza ni la riqueza de la sociedad; y no puede adoptar resolución activa de clase alguna. Puede decirse con verdad que no tiene ni FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento; y tiene que depender en última instancia de la ayuda del poder ejecutivo aún para la eficacia de sus dictámenes"¹

B. Administración Judicial

Ahora está bien reconocido que la existencia de la independencia judicial no puede separarse de la administración judicial adecuada y oportuna. La misma involucra tanto la elaboración de los cursos de acción como su administración. Si la rama judicial está equipada y administrada deficientemente, su independencia será de poco valor para los ciudadanos. La administración judicial oportuna necesita un financiamiento adecuado que lleva a la conservación de la confianza pública por la eficacia con que produce. Consecuentemente con la independencia judicial, la administración judicial debería ser ejercida por el propio personal de la rama judicial. Con más frecuencia la proporcionan los departamentos ejecutivos del estado. La dirección de dicha administración por parte de la rama judicial facilita la absorción de las impresiones del mismo en los cursos de acción y exige la presunción judicial de la responsabilidad para el progreso de la rama.

C. Eficacia en la Gestión de los Asuntos

La calidad de la independencia dada a la rama judicial es singular en el espectro político y, a su vez, exige que ella realice sus funciones eficazmente. Una rama judicial que se halle atrasada en un decenio para disponer de los casos que se le asignen puede ser independiente, pero no tiene importancia política. La calidad de la independencia deja de importarle a los ciudadanos si no pueden aplicarla a la resolución de sus disputas en particular.

Los sistemas judiciales están esforzándose por comprender sus responsabilidades e identificar los medios para reaccionar a las expectativas cada vez mayores que se espera de ellos. A medida que las sociedades encuentran aún modestos niveles de estabilidad económica, se escuchan los clamores por el mejoramiento de la justicia. La crisis a que se enfrenta la justicia derivada de la percepción, si no de la realidad, de que hay falta de equidad en el sistema — por ejemplo, de que se aplican normas distintas a los ricos, o que hay normas distintas debidas al color de la piel. Las demoras aparentemente interminables en el sistema son reconocidas por el público como sintomáticas de sistemas fracasados que fomentan el punto de vista de la incapacidad del gobierno para suministrar los servicios fundamentales.

El tiempo que le toma al sistema para resolver los conflictos contribuye directamente a la ausencia de confianza y a la apariencia de corrupción. ¿Cómo puede haber confianza en un sistema al que le lleva cinco años el resolver conflictos sencillos, o que detiene a una persona durante dos años sólo para encontrarle inocente al final de un proceso? No es de extrañar que los sistemas de justicia caracterizados por estas condiciones no gocen de la confianza de sus ciudadanos.

En un informe de 1987 del Instituto SER de Santa Fe de Bogotá, Colombia, los autores citan un mensaje enviado por el Presidente de Colombia, Alberto Lleras Camargo, al Congreso en 1961, en el que decía:

"Es cosa grave que todo el país acepte mucho como axiomática la quiebra de la organización judicial y que no haya nadie que pueda levantarse con autoridad suficiente, nacida de los hechos mismos, a refutar la convicción pública".²

La respuesta a esta petición de cambio fue el proporcionar al gobierno una autoridad mucho más amplia para abordar estas preocupaciones. Sin embargo, en una evaluación realizada casi 10 años después³, las circunstancias no

¹ Alexander Hamilton, *The Federalist*, No. 78

² Estudio sobre el Retraso en Colombia, Instituto SER, 1987.

habían cambiado. Los autores creen que las razones del bajo porcentaje de apoyo público son la lentitud del trámite y el acceso limitado a la justicia disponible para los sectores más pobres del país. Estudios semejantes efectuados en la Argentina⁴, Costa Rica⁵ y Chile⁶ muestran los mismos hallazgos.

La tabla que sigue presenta las etapas de evolución por la que atraviesan los sistemas judiciales en el proceso de maduración y mejoramiento de su desempeño. El gráfico ilustra y delinea las etapas que siguen los tribunales en su desarrollo. Es concebible que, dentro de un país, se puedan encontrar tribunales a todos los niveles de desarrollo.

Evolución de los Sistemas de Administración de Justicia⁷

TEMARIO	LOGÍSTICA	VOLUMEN DE TRABAJO	CALIDAD DE TRABAJO	CALIDAD DE CADA ACTOR
Énfasis	-Juez -Juzgado -Pueblo	-Juez -Juzgado -Tribunal de Apelaciones -Provincia/Nación -Suprema Corte de Justicia	-Áreas/fueros -Penal -Familia -Civil, etc. -Nación	-Usuarios/ clientes -Público
Papel de la Institución	-Mínimo	-Empieza a supervisar la facultad	-Corte Suprema de Justicia -Consejos -Colegio de Abogados -Facultad	-Nación/ Región -ONGs -Nuevo papel del Juez
Fundamento del sistema	-No existe el concepto del sistema	-Reconocimiento de la existencia del sistema -Rendimiento estadístico	-El sistema y sus componentes -Estándar de permanencia	-Revisión de la manera de gobernar, controlar, etc.
Intervenciones	-Apoyo logístico -Educación judicial	-Estadísticas de educación judicial	-RAD -Códigos éticos -Atacar el atraso -Educación -Experimentos pilotos	-RAD -Participación pública -Ética -Educación
Normas para Gobernar	-Ninguna	-Rudimentarias	-Volumen	-Calidad
Estructura	-Descentralizado	-Centralizado	Centralizado/Participativo	-Participativo

En la primera etapa, los sistemas judiciales están preocupados con las cuestiones logísticas. Estas cuestiones se reflejan en el espacio insuficiente, la falta de suministros y el equipo inexistente o deficiente que se necesita para realizar las funciones básicas. Los jueces y el personal de los tribunales que trabajan bajo estas circunstancias no están en posición de debatir o evaluar de qué modo está funcionando el sistema. El enfoque es sobre la supervivencia diaria y, con bastante frecuencia, se pide a los abogados y litigantes que suministren estos materiales al sistema judicial.

Los planificadores y reformadores deben reconocer que se necesita de un apoyo económico mínimo para las operaciones fundamentales. Las gestiones del Tribunal Supremo de Nicaragua para construir casi 100 locales destinados a tribunales locales – en las zonas más desoladas por el conflicto, como prioridad – son un ejemplo ilustrativo de esta etapa. Además el tribunal, después de seleccionar cuidadosamente a los nuevos jueces y al nuevo personal para prestar servicios en esta zona, cambió estas circunstancias al efectuar cambios operacionales.

En la segunda etapa, las preocupaciones se enfocan más sobre la organización y la administración. Muchos sistemas de América Latina están preocupados por la implantación de nuevas estructuras de organización. Durante esta etapa, los sistemas empiezan a desarrollar la capacidad para comprender sus nuevas operaciones. Esta etapa incluye el

³ Estudio sobre el Retraso en Colombia, Dr. Alonso Monada, 1971. Asociación Judicial Colombiana.

⁴ Estudio acerca de la Opinión sobre la Justicia, Centro de Estudios Judiciales de la República Argentina, Instituto Gallup de Argentina.

⁵ Estudio de Opinión acerca de la Justicia en Costa Rica, CID Gallup, 1994.

⁶ Justicia y Marginalidad, Percepción de los Pobres, Resultados y Análisis de un Estudio Empírico, Corporación de Promoción Universitaria.

⁷ Propiedad intelectual registrada por DPK Consulting, Julio de 1995.

surgimiento de oficinas de estadísticas, funciones de planificación y otras que permiten que los sistemas desarrollen sistemáticamente pautas, normas y directrices con respecto a su funcionamiento.

En la tercera etapa, los sistemas jurídicos empiezan a madurar y comienzan a enfocarse sobre preocupaciones específicas acerca del retraso y a medir el funcionamiento cuantitativo del sistema. La capacidad de recolectar y analizar la información es un requisito previo para iniciar las actividades para la disminución del retraso. Las gestiones de reforma deben, en primer lugar, sentar un cimiento adecuado para dar comienzo a una estrategia coherente que disminuya el retraso.

Es indispensable que se desarrolle una capacidad interna para medir el desempeño en contra de estándares. Hay, no obstante, un requisito igualmente importante para que el sistema tenga la capacidad de idear estrategias para el mejoramiento del funcionamiento, a fin de llevar a la práctica esas estrategias. Las gestiones, para que tengan importancia en los esfuerzos sobre la demora, deben tener apoyo profesional a fin de edificar las capacidades de organización y operación.

La cuarta etapa se enfoca sobre los asuntos cualitativos. Muchos sistemas jurídicos de la América del Norte todavía se encuentran en esta etapa de su desarrollo. Al menos 12 sistemas estatales y federales han iniciado proyectos encaminados a poner en práctica las normas de funcionamiento que se enfocan sobre los asuntos cualitativos. El sistema costarricense es quizás el único de América Latina que está en una posición para contemplar dicha acción en este momento.

II. EXPERIENCIA COMPARATIVA EN LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS UNIDOS

A. Definición de la Demora⁸

Los estándares de la Asociación Norteamericana de Abogados (American Bar Association - ABA) Referentes a la Disminución del Retraso en los Tribunales dicen:

"Desde el comienzo del litigio hasta su resolución, ya sea mediante juicio o transacción, cualquier tiempo transcurrido que no se requiera razonablemente para alegatos, descubrimientos y eventos en los tribunales, es inaceptable y debería ser eliminado. Para permitir la resolución justa y eficaz de los casos, el tribunal, no los abogados ni los litigantes, debería controlar el ritmo del litigio. Es indispensable un compromiso jurídico sólido para disminuir el retraso y, una vez logrado, mantener un registro al día". (Estándar 2.50)

La publicación en 1973 del Manejo del Flujo de Causas en el Tribunal de Primera Instancia, publicada por la Comisión sobre Normas de Administración Judicial de la Asociación Norteamericana de Abogados, fijó las razones fundamentales por las cuales el tribunal, en vez de los abogados, debe controlar el flujo de causas.

La coordinación eficaz de recursos múltiples en el ambiente del tribunal puede efectuarse solamente desde una posición singular. Los abogados y el fiscal están generalmente preocupados por casos individuales en lugar del volumen de casos en su conjunto. El tribunal, como dependencia neutral, es el foco central lógico desde el cual se puede controlar, coordinar y equilibrar los intereses de todas las partes. Aunque el manejo del flujo de causas es una práctica aceptada extensamente en los tribunales de los Estados Unidos, acostumbraba verse como impropio que el tribunal controlara el ritmo del litigio.

Un sistema de manejo del flujo de causas diseñado eficazmente realza a la justicia. Conserva recursos y disminuye las costas del litigio, mientras que al mismo tiempo clasifica cada caso a la índole de atención que merece de parte del tribunal. Hoy, muchos tribunales han implantado con éxito sistemas de manejo del flujo de causas, y los abogados están desempeñando un papel integral, al contribuir a su diseño y proporcionar apoyo continuo. Aunque los sistemas eficaces para el manejo del flujo de causas puedan tener características distintas, a menudo singulares para la

⁸ Estándares de la ABA Referentes al Retraso en los Tribunales: 2.50, Manejo del Flujo de Causas y Disminución del Retraso; 2.52 Estándares de Disposición Oportuna; Asuntos Presentados a un Juez; 2.54, Programa de Disminución del Retraso en los Tribunales, 1985.

cultura local en la cual funcionan, todos los sistemas que tienen éxito incluyen la aplicación de tres principios fundamentales de operación:

B. Principios Fundamentales de Operación

1. Intervención temprana del tribunal
2. Límites de tiempo para los incidentes de las causas
3. Supervisión del progreso de las causas por parte del tribunal

1. La Intervención Temprana del Tribunal, o sea la atención activa del tribunal para el caso, involucra a menudo una conferencia entre el juez y los abogados poco tiempo después de presentarse un caso, a fin de evaluar el tiempo, los incidentes y los recursos necesarios para disponer adecuadamente del caso. Los sistemas eficaces para el manejo del movimiento de los casos proporcionan información importante sobre los casos que permite al tribunal y a los abogados preparar un plan de disposición oportuno que se ajuste mejor a las características singulares de cada caso.

2. La Limitación de Tiempo para los Incidentes de las Causas involucra la creación y observación de los límites de tiempo, o los límites provisionales de tiempo, para la terminación de los incidentes necesarios. Un ejemplo es la fecha de terminación del descubrimiento. El total de los límites provisionales de tiempo es tal que la disposición del caso de acuerdo con las normas de tiempo conjunto de los tribunales queda asegurada.

3. La Supervisión del Progreso de las Causas por Parte del Tribunal exige la observación y el control del ritmo del litigio. El proceso de observación empieza cuando se presenta el caso y continúa hasta que se anote un dictamen. La supervisión activa y continua por parte del tribunal facilita el progreso predecible, promueve la preparación del caso y se presta a disposiciones oportunas. Hay necesidad de consultar a los abogados sobre los problemas de que adolezca el sistema de flujo de causas existente y las posibles soluciones. La experiencia muestra que a la mayoría de los abogados les preocupa el efecto del retraso y que están interesados en contribuir a las soluciones. Debería consultarse también a los abogados de cada caso sobre la complejidad de ellos y el tiempo que estimarían necesario para la preparación y disposición adecuadas del caso. Las gestiones para edificar alianzas con los abogados son elementos necesarios en un programa de disminución de la demora. Los abogados tendrán que cambiar su modo de operar y la experiencia ha mostrado que los abogados deberían participar, a fin de obtener su colaboración en esta gestión. La necesidad de reconocer que el tribunal asumirá el control sobre el trámite es de capital importancia.

A menos que un tribunal afirme el control positivo y temprano sobre el ritmo del litigio, no será posible lograr la disposición más oportuna y justa. Los hallazgos de un estudio de tres años sobre el tiempo que toma para procesar los casos en 18 tribunales urbanos de primera instancia se presentan en la publicación de 1988 del National Center for State Courts (NCSC) titulada *Los Tiempos Cambiantes en los Tribunales de Primera Instancia*.⁹ La investigación indica que la aplicación cuidadosa de principios fundamentales ha permitido a los tribunales manejar el volumen de sus casos con éxito. A continuación aparecen varios hallazgos amplios de la investigación:

- El retraso no es inevitable.
- Los tribunales pueden tramitar los casos con velocidad y eficacia y mantener altas normas de proceso debido.
- Donde existan acumulaciones y retrasos, es posible disminuirlos significativamente.
- Los procedimientos de los tribunales y los estilos de trabajo de los abogados pueden cambiar para mover más casos en un espacio de tiempo más corto sin sacrificar a la justicia.
- No hay una sola modalidad para el manejo eficaz del flujo de causas y la disminución del retraso.

⁹ *Los Tiempos Cambiantes en los Tribunales de Primera Instancia, el Manejo del Flujo de Causas y la Disminución del Retraso en los Tribunales Urbanos de Primera Instancia*, NCSC, 1988.

- Sin perjuicio de las normas, los procedimientos y los recursos diferentes, los tribunales pueden manejar los casos eficazmente y disminuir el retraso.

C. Diez Elementos Claves para el Éxito de los Sistemas de Flujo de Causas

- | | |
|---|--|
| 1. Liderazgo | 6. Compromiso |
| 2. Metas | 7. Involucración del personal |
| 3. Información | 8. Educación y Capacitación |
| 4. Comunicaciones | 9. Mecanismos de Responsabilidad |
| 5. Procedimientos y Cursos de Acción para el Manejo del Flujo de Causas | 10. Disminución de la Acumulación Procedimientos para y Control del Inventario |

1. Liderazgo

Los tribunales que tienen éxito disponen de equipos con liderazgo sólido, incluyendo un juez presidente que tenga la visión, persistencia, personalidad y habilidad política necesarias para emprender un programa de disminución del retraso. El administrador del tribunal es un miembro clave del equipo de líder que trabaja estrechamente con los jueces y el personal para desarrollar cursos de acción y procedimientos factibles. Los dirigentes de los abogados desempeñan también papeles críticos, ya que su involucración en el desarrollo y el apoyo de un programa de manejo del flujo de causas es indispensable para su éxito sostenido. En los programas de disminución del retraso que se enfocan sobre clases específicas de casos, tales como los de índole criminal, los dirigentes de otras dependencias del sistema jurídico (por ejemplo, el fiscal) deben estar involucrados en la planificación completa de todo el sistema que se necesita para que un programa tenga éxito.

2. Metas

Los tribunales que tienen éxito saben lo que están tratando de lograr, porque han adoptado normas de tiempo para tramitar los casos. Muchas jurisdicciones han adoptado las Normas de la Asociación Norteamericana de Abogados Referentes a la Disminución del Retraso en los Tribunales. Otros tribunales se orientan por las normas de tiempo establecidas por los tribunales supremos de sus estados, y algunos tribunales fijan sus propias normas.

Asociación Norteamericana de Abogados - Normas de Tiempo para los Casos Civiles

- 90% transados, juzgados o concluidos de otro modo dentro de los 12 meses de su presentación.
- 98% transados, juzgados o concluidos de otro modo dentro de los 18 meses de su presentación.
- 90% de los casos restantes son transados, juzgados o concluidos de otro modo dentro de los 24 meses de su presentación.
- 10% reciben tratamiento distinto porque representan circunstancias excepcionales.

Asociación Norteamericana de Abogados - Normas de Tiempo para los Casos de Delitos Graves (felonías)

- 90% adjudicados dentro de los 120 días del arresto.
- 98% adjudicados dentro de los 180 días del arresto
- 100% adjudicados dentro de un año.

3. Información

Los tribunales que tienen éxito disponen de información para observar el logro de los objetivos. Como mínimo, revisan periódicamente la información sobre el tamaño y la antigüedad de su volumen de casos pendientes, las tasas de aplazamiento y la tendencia de las presentaciones y disposiciones. Lo que es más importante, usan esta información para evaluar su adelanto, identificar los problemas y determinar qué es lo que funciona bien.

4. Comunicaciones

Los mecanismos para una buena comunicación y consultas amplias entre los dirigentes del tribunal de primera instancia y los dirigentes al nivel estatal, la asociación de abogados privados y las dependencias relacionadas con los tribunales, son indispensables para el éxito de un programa.

5. Cursos de Acción y Procedimientos para el Manejo del Flujo de Causas

Los principios básicos del manejo eficaz del flujo de causas pueden convertirse en cursos de acción y procedimientos que permitan a los tribunales ejercer un control temprano y continuo sobre los casos, cerciorarse de que las mociones se resuelvan pronto, fijar programas realistas para la terminación de los incidentes de los casos y asegurar fechas firmes para los juicios.

6. Compromiso

Los ingredientes críticos de los programas que tienen éxito son un reconocimiento compartido por el tribunal y los abogados de la necesidad de cambiar el ritmo de los litigios y una resolución compartida para lograr ese cambio. Además, en los tribunales que tienen éxito, los jueces afirman su responsabilidad de manejar el volumen de casos, y el tribunal como un todo se dedica al esfuerzo a largo plazo requerido para sostener a un sistema eficaz.

7. Involucración del Personal

Resulta imperiosa la involucración de los miembros del personal a todos los niveles de la planificación y la observación del sistema. El personal está formado por las personas más conocedoras de los detalles del funcionamiento del tribunal, y la atención a los detalles resulta vital para poner en práctica con éxito un sistema de manejo del flujo de causas.

8. Enseñanza y Capacitación

Si los tribunales han de manejar con éxito el volumen de sus casos, tanto los jueces como el personal del tribunal necesitan conocer el por qué y el cómo hacerlo. La capacitación es indispensable para familiarizar a los jueces, el personal, los miembros de la abogacía y las dependencias relacionadas con el tribunal tanto con los propósitos como con los principios fundamentales del manejo del flujo de causas y su aplicación específica a las operaciones diarias del tribunal.

9. Mecanismos para la Responsabilidad

En los tribunales que tienen éxito hay deberes y responsabilidades claramente definidos, así como mecanismos para la responsabilidad. La responsabilidad exige la existencia de objetivos para el funcionamiento y mediciones exactas del logro de los objetivos.

10. Disminución de la Acumulación y Control del Inventario

La eliminación de la acumulación de casos que ya están en el sistema es tan importante como el desarrollo de medios eficaces para evitar acumulaciones futuras. Aún cuando un tribunal esté funcionando bien y el retraso no sea un problema, el control del inventario de casos pendientes debería ser una preocupación.

El cuadro que sigue ilustra los elementos comunes a los programas de disminución del retraso que han tenido éxito. Estos elementos fueron determinados mediante un estudio¹⁰ hecho en 18 tribunales de los Estados Unidos.



D. Manejo del Flujo de Causas y Disminución del Retraso

Principio General

Desde el comienzo del trámite del litigio hasta su resolución, ya sea mediante juicio o acuerdo mutuo, todo el tiempo transcurrido (más allá de lo que se necesite razonablemente para los alegatos, las evidencias y los incidentes en la presentación al tribunal) es inaceptable y debería ser eliminado. Para permitir la resolución justa y razonable de los casos, el tribunal y no los abogados ni los litigantes debe tener el control y marcar el paso del litigio. Un compromiso jurídico sólido para la disminución de los retrasos es indispensable y, una vez logrado, debe mantener el orden actualizado del programa (la relación de los litigios para el período de sesiones).

Hallazgos Principales de los Estudios¹¹ sobre Disminución del Retraso:

Retrasos en los tribunales de primera instancia no son inevitables. Algunos tribunales urbanos manejan todos sus casos rápidamente.

- Los retrasos existentes pueden ser disminuidos de modo significativo. Los documentos del estudio indican que se lograron mejoras dramáticas a pesar de aumentos considerables en el número de casos asignados a cada juez.

¹⁰ Tribunales que Tienen Éxito: Seis Perfiles de Tribunales Exitosos, William H. Hewitt, NCSC.

¹¹ La Justicia Retrasada, el Ritmo del Litigio en los Tribunales Urbanos de Primera Instancia, NCSC, 1978; Administración para Reducir el Retraso, NCSC, 1980; Tribunales que Tienen Éxito, Seis Perfiles de Tribunales Exitosos, NCSC, 1990.

- No hay una correlación clara entre el ritmo (la velocidad) de los litigios civiles y criminales y el tamaño del tribunal, la población de la jurisdicción, la composición con el número total de casos, la cantidad de casos asignada a cada juez, o los porcentajes de los casos que pasan a ser decididos por jurados.
- La presencia de un programa de resolución alternativa de disputas (RAD), ya sea obligatoria o voluntaria, no está relacionada con la prontitud de la tramitación de los casos civiles.
- El sistema de asignación de casos empleado en una jurisdicción (por ejemplo, el calendario maestro, el calendario individual, o el método híbrido) no parece ser un factor decisivo para determinar el tiempo de tramitación de los casos.
- La implantación por parte del tribunal de los conceptos claves del manejo del flujo de causas se correlaciona fuertemente con la rapidez en la tramitación de los casos civiles.
- En el trámite criminal, las prácticas de la policía y las de la oficina del fiscal de distrito han probado tener un gran efecto sobre la duración general de la tramitación de los casos. Los buenos sistemas ofrecen estas características:

Evaluación rápida del caso por parte del fiscal.

Asignación temprana de asesoría legal para los acusados sin recursos.

Presentación temprana de la evidencia disponible (por ejemplo, los informes de la policía, las declaraciones de los testigos, las declaraciones del acusado, los informes del laboratorio).

Administración continua por parte del tribunal.

- Programas de seguimiento de casos pueden ser institucionalizados.
- Liderazgo es el factor clave del éxito de los programas de disminución del retraso.
- Liderazgo y compromiso a nivel local son necesarios.
- No existe sólo un modelo de programa exitoso. Los tribunales que han tenido éxito han empleado una diversidad de técnicas y las han amoldado a las circunstancias locales.

III. PERSPECTIVAS EN AMERICA LATINA

Durante el transcurso del año 1993, el NCSC realizó tres conferencias sobre disminución del retraso (en Kingston, Jamaica; Santiago de Chile y Ciudad de Panamá, Panamá). Esas conferencias se destinaron a presentar la experiencia de los tribunales de los Estados Unidos en la disminución del retraso y después a explorar de qué modo estas experiencias podrían emplearse en el sistema jurídico de América Latina.

Todos los países de América Latina, exceptuando Brasil, Ecuador y México, estuvieron representados en estas conferencias. El retraso en la tramitación de los casos criminales se reconoce en gran medida como que representa una circunstancia crítica en todos los países. El retraso en los casos civiles, de cinco años y más, era la norma en todas partes, con excepción del Uruguay. Los asistentes a las conferencias estuvieron de acuerdo en que el retraso crónico dió por resultado el descrédito del sistema jurídico.

El papel tradicional del juez es el de analizar y elaborar los principios que puedan derivarse del estudio cuidadoso de la legislación positiva en una estructura sistemática armoniosa. Se cree que los elementos de este sistema son puramente legales, un conjunto de verdades alternas relacionadas por la deducción rigurosa. De aquí que la

indagación legal se dirija casi exclusivamente hacia la norma legal¹². El concepto del papel del juez se manifiesta en los códigos de procedimientos civiles y penales, en los que el juez ha de coordinar el trámite de los litigios. La norma en los asuntos civiles es que los jueces no cumplen con este cometido. Los abogados controlan el trámite y el ritmo de los litigios, y tienen un dominio absoluto sobre el sistema civil. Hay, desde luego, excepciones a esta norma y estas excepciones demuestran la validez de este principio. Los jueces pueden realmente ejercer control sobre los casos y asegurar el cumplimiento de los procedimientos para que se pueda disminuir el retraso.

La ausencia de información estadística profunda inhibe la capacidad de los reformadores para identificar las estrategias adecuadas para hacer frente a esta realidad. El papel del abogado es el de ser un litigante. La capacitación en las escuelas de derecho se ha enfocado sobre el desarrollo de habilidades para el litigio, las cuales se traducen en manipular al sistema procesal para obtener ventajas. El trámite mismo ha creado el concepto de *la chicana* como un elemento en la bolsa de habilidades que cada abogado tiene que desarrollar. *La chicana* es el uso de estrategias de procedimiento virtualmente ilimitadas, que algunas veces atraviesan el límite de la legalidad. Los jueces raras veces intervienen en el trámite para limitar los abusos de los abogados, y la aplicación de sanciones es extremadamente rara.

Las dimensiones procesales del trámite de litigación eclipsan ahora al resultado del conflicto. El procedimiento civil se ha convertido en el curso de "estatus" en las escuelas de derecho. Las reglas para gobernar el trámite de resolución de los conflictos son necesarias, pero debe haber también una figura neutral que asegure la adhesión a estas reglas. Los jueces que han de ejercer este papel de supervisión han invitado a los abogados a reglamentarse ellos mismos, lo cual se traduce en la falta de reglamentos.

También es bastante inusitado el enterarse de un juez que imponga sanciones a los abogados por dejar de cumplir con las reglas procesales. La ausencia de mecanismos para el cumplimiento adecuado contribuye directamente a la creación de un sistema de litigación por el cual nadie asume responsabilidad. En verdad, los jueces no tienen responsabilidad por las acciones de los abogados, y los abogados no pueden hacerse responsables por las acciones de sus homólogos.

En los sistemas jurídicos de derecho consuetudinario, el enfoque del proceso hace énfasis sobre la resolución de los conflictos. Los procedimientos de descubrimiento empleados en el trámite de la litigación han evolucionado con el tiempo para disminuir la incertidumbre acerca de la naturaleza del caso y eliminar a la sorpresa. La idea era que mientras más supieran las partes acerca del caso del adversario, más fácilmente resultaría el resolverlo. En el procedimiento civil de los Estados Unidos, el juez controla la fijación de los límites de tiempo para que los abogados terminen de desarrollar sus casos. Los programas de enseñanza jurídica se centran en capacitar a los jueces para ejercer esta función — la de administrar el trámite de la litigación.

Otra dimensión del sistema jurídico civil, a la cual se identifica frecuentemente como la causa del retraso, es su confianza en los procedimientos escritos. El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Civil ha promovido la eliminación del sistema escrito tradicional en favor de los procedimientos orales. Uruguay aprobó procedimientos de trabajo en 1988 y puso en práctica el código modelo en 1991. El resultado del cambio fue una disminución dramática en el tiempo requerido para tramitar los casos civiles. Específicamente, cambiaron de entre 2 y 4 años a meses, durante los dos primeros años de la implantación del código¹³. Después de los dos primeros años, comienza un proceso de aumento gradual en el tiempo necesario para tramitar los casos. En un estudio estadístico efectuado por la Corte Suprema, el investigador¹⁴ no pudo probar si la disminución fue ocasionada por el nuevo código o por la creación de 100 plazas nuevas de jueces.

El reconocimiento de estas diferencias es indispensable para evaluar la pertinencia de las lecciones aprendidas en los programas de disminución del retraso en el Sistema Jurídico de los Estados Unidos. Los ingredientes esenciales de los programas de disminución del retraso que han tenido éxito fueron tratados anteriormente en este documento.

¹² John H. Merryn y David S. Clark, *Derecho Comparado, Sistemas Jurídicos de Europa Occidental y América Latina*, página 213 (1978).

¹³ Véase el Apéndice I.

¹⁴ Gregorio, Carlos, *Estudio Estadístico Acerca del Establecimiento del Juicio Oral*, Proyecto USAID/UNDP, Uruguay, 1994 (no publicado)

A. Estrategias para Disminuir el Retraso

Esta sección se enfoca sobre estas dos estrategias: 1) La Reforma del Enmarque Jurídico, y 2) El Mejoramiento de las Operaciones de los Tribunales. El enmarque jurídico se refiere a la legislación habilitadora que controla el modo de presentar y resolver los casos. El enfoque sobre las estrategias de operación mira directamente al modo de funcionar del sistema jurídico, su interacción con los usuarios y se supervisa a si mismo.

1. El Enmarque Jurídico

El énfasis sobre el cambio del enmarque jurídico es evidente en todos los países del hemisferio virtualmente, en los que los procedimientos escritos han sido empleados tradicionalmente. En las siguientes naciones, existen reformas legislativas en diversas etapas de desarrollo, y están destinadas a alterar el enmarque jurídico actual:

Lecciones de la Introducción de los Juicios Orales en América Latina¹⁵

PAIS	REFORMA EN ELABORACION	REFORMA EN TRAMITACION	REFORMA APROBADA
BOLIVIA	Penal (1994)		
BRASIL	Penal (1993)		
COSTA RICA		Penal (1995)	
CHILE		Penal (1995)	
EL SALVADOR		Penal (1994)	
ECUADOR		Penal (1993) Suspendida	
HONDURAS		Penal (1995)	
NICARAGUA	Penal (1996)		
PANAMA	Penal (1996)		
PARAGUAY	Penal (1994)	Ministerio Público (1995)	
PERU		Penal-acusatorio (1995)	Penal-plenario oral (1991) Civil (1992)
VENEZUELA	Penal (1995)		

Tribunal:

Juzgado de Paz	5 meses
Juzgados Laborales	3 a 8 meses
Juzgados Civiles	6 meses
Juzgados de Familia	4 a 7 meses

Estas reformas legislativas exigen cambios en el funcionamiento del sistema. El aprovechar las reformas del procedimiento jurídico para emprender la reforma administrativa y de operación es fundamental para dar la máxima eficacia a la reforma que se intenta.

2. Asuntos Operacionales

Es necesario comprender la relación de las operaciones de los tribunales con el funcionamiento de los aspectos procesales del sistema jurídico, a fin de identificar las posibles causas del retraso. Cuando revisamos todos los aspectos de

¹⁵ Esta información fue presentada por el Dr. Luis Toreilo, Ministro de la Corte Suprema de Uruguay, en la Conferencia Internacional sobre Proceso Oral, NCSC/CPU, Santiago de Chile, 1995.

las operacionales del proceso de los tribunales, descubrimos numerosas zonas que deben ser evaluadas para entender sus aportes a un sistema eficaz. En esta sección del estudio revisaremos aspectos del sistema a los que se cita con mayor frecuencia como problemáticos. Una de las causas mencionadas más a menudo en los sistemas jurídicos del hemisferio es la función de las notificaciones¹⁶. La organización, estructura y función de la notificación no han cambiado mucho desde la creación de los sistemas jurídicos existentes.

a. Procedimientos de Notificación

Los jueces han sido responsables por esta función, de modo que ha sido común tener *notificadores* de las oficinas de los jueces en la misma zona o aún en la misma oficina. Otro problema es el concepto de notificar mediante una oficina fuera del sistema jurídico. En el caso del Perú, hay planes para encomendar esta función al sector privado.

Entre los problemas más comunes del sistema de notificación están los documentos preparados defectuosamente, la numeración insuficiente de las calles, las firmas ilegibles y la ausencia de confianza y fe públicas en el sistema de correos¹⁷. "El sistema contribuye a uno de los problemas más comunes a que se enfrenta el laberinto procesal", escribe el Dr. Carranza. El autor menciona también la "facilidad con que los individuos pueden manipular este trámite y crear obstáculos como parte de sus estrategias legales."¹⁸

Otras prácticas y costumbres del trámite de notificación que impiden considerablemente el adelanto de la solución de conflictos de modo oportuno son:

- La incapacidad para cumplir con los límites de tiempo establecidos en los códigos, la que crea una *nulidad* debido a la escritura defectuosa y a las direcciones incorrectas.
- La ausencia de coordinación de la función de notificación.
- Los abogados que a menudo establecen horas de oficina que están fuera de las horas de trabajo del sistema jurídico, haciendo así muy difícil que se termine el procedimiento de notificación.
- Los requisitos de notificación de formalidades insignificantes agregan considerablemente al volumen de trabajo (en Costa Rica hay hasta entre 20 y 22 notificaciones en cada caso, lo cual equivale a 420 días).
- El uso insuficiente del boletín judicial en los casos en que hay incertidumbre sobre la ubicación de la persona u organización.
- El uso de lugares ficticios para notificar a las personas.
- La incapacidad para emplear la tecnología moderna en la transmisión de los avisos.

Surgen otros problemas diversos cuando hay una tentativa para desarrollar alternativas a fin de mejorar el sistema. Hay circunstancias logísticas y preocupaciones demográficas que deben ser enfocadas, tales como la ubicación de la oficina, el nivel de apoyo económico disponible para la oficina y si las funciones han sido centralizadas o no bajo un sólo coordinador¹⁹.

b. Sistema de Administración de Registros Inadecuados

Las prácticas actuales de administración de registros en América Latina son rara vez objeto de revisión y análisis. Las prácticas incluyen, por ejemplo, la costura a mano de los legajos. Hay pocos ejemplos de análisis completos

¹⁶ Estudio sobre Costa Rica, Taller para la Modernización del Sistema de Notificaciones, Cuadernos para el Sector de Justicia, No.2, 1995, Dr.

Carlos Carranza, página 36.

¹⁷ Obra citada, página 36.

¹⁸ Obra citada, páginas 40 a 47.

¹⁹ Obra citada, página 53.

del sistema de administración de registros con la intención de mejorar la mecánica del trámite de los registros, así como de acelerar la capacidad de manejar los casos pendientes en los tribunales.

Para ilustrar la importancia central de los registros (*expedientes*) para la tramitación de los casos, no hay que ir más allá de ver qué información es facilitada por el registro. Los informes estadísticos, la información sobre la situación de los casos, los nombres de los litigantes, abogados y testigos se derivan todos de los registros. En el trámite escrito, así como en el oral, el expediente es la evidencia de la existencia, la situación, etc. de los casos. El juez y el personal deben trabajar con este elemento en el proceso de decidir el caso²⁰. Esta zona ha sido mencionada reiteradamente como una que necesita atención, pero se ha hecho muy poco en el sendero del desarrollo de proyectos.

c. Sistemas de Rastreo de Casos

La incapacidad del sistema para rastrear la situación de los casos contribuye directamente al retraso en la tramitación de los casos. La norma es que todos los procedimientos civiles y criminales tengan límites de tiempo para la efectucción de los incidentes o etapas del proceso; no obstante, los sistemas de rastreo no tienen la capacidad para medir el cumplimiento. El rastreo de los casos infiere que haya un trámite de administración para mover los casos a través del sistema. El autor no está al tanto de ningún sistema jurídico de la América Latina que haya desarrollado esos procedimientos. El Salvador ha hecho los mayores adelantos en este campo.

d. Medición de la Extensión del Atraso

En El Salvador hubo una auditoría del 100% de todos los casos pendientes en el sistema judicial. Equipos de abogados y estudiantes visitaron todos los tribunales (18 de apelación, 120 de primera instancia y 304 jueces de paz) en el país, y desarrollaron un perfil estadístico completo de todos los casos pendientes en el sistema. Esta medición completa del inventario proporcionó a la Corte Suprema de Justicia información de antecedentes suficiente como para desarrollar una estrategia completa a fin de combatir el retraso.

Al escribirse este documento, El Salvador es el único país de toda la región que tiene un enfoque completo sobre el retraso. Los elementos del enfoque salvadoreño son: La medición de la acumulación existente; el establecimiento de un programa mejorado de estadísticas judiciales; el mejoramiento de la automatización de los sistemas de flujo de causas; el desarrollo de un plan para el manejo de los expedientes; y la introducción del secretario administrativo común para prestar servicios a todos los funcionarios judiciales en una sola ubicación.

El estudio estadístico proporciona al sistema judicial la capacidad de identificar aquellos casos que no estuvieran activos y pudieran ser purgados. Como resultado, pudieron purgar 45,000 casos, o sea el 45% de todos los casos pendientes que habían estado en el sistema durante dos o más años. El trámite de la purga permitió a los tribunales enfocar sus energías en los casos activos que exigían atención. En los tribunales de los Estados Unidos se han empleado con éxito programas de purga semejantes durante varios de años.

e. Estadísticas

Las estadísticas se usan para medir el funcionamiento al evaluar el cumplimiento del logro de ciertos objetivos. El diseño de los sistemas de informes estadísticos comienza más frecuentemente con la identificación de las necesidades de información de las personas de mayor jerarquía. La tendencia de los sistemas de informes estadísticos es la de "controlar" a los tribunales inferiores.

Este énfasis sobre el "control" representa una cuestión importante en el desarrollo organizativo para los sistemas jurídicos. Al hacer énfasis sobre el control, la unidad que informa (el juez) comprende que las preocupaciones del funcionamiento han de limitarse a aquellos ítemes que se incluyen en el informe estadístico.

²⁰ Evaluación de Tribunales Pilotos de El Salvador, Reforma Judicial II, Proyecto No.519-0976, USAID/El Salvador, Steve Urist y Robert Lovato, Febrero de 1996.

Los usuarios primarios de la información estadística deberían ser el juez y el personal del tribunal que están prestando los servicios al público. Idealmente, ellos deberían estar revisando los casos pendientes y fijando las fechas para terminar las actividades, tales como el seguimiento con los abogados, etc. El diseñar los sistemas de información estadística desde esta perspectiva cambia radicalmente la clase de información recolectada, la frecuencia de la recolección y los informes. El retraso debe ser enfocado a este nivel, es decir, el de la prestación de servicios.

En América Latina, muy pocos países publican o reportan la información estadística. La cantidad de asuntos que ingresan al sistema jurídico público y la resolución de estos asuntos no se informan. Los sistemas jurídicos del hemisferio se quejan de escasez de fondos, interferencia política, etc., no obstante, deciden mantener confidencial el modo de administrar los asuntos públicos.

En varios países (Argentina, Chile, Costa Rica y El Salvador) los proyectos de reforma han descubierto que entre el 45% y el 55% de los casos pendientes no continúan hasta el dictamen final. Sin embargo, estos casos han llegado a estar inactivos, no obstante lo cual permanecen en los libros como casos pendientes. Una revisión sistemática de la situación de los casos pendientes y de las gestiones periódicas para purgar el volumen de trabajo pendiente, se traduce en la aclaración del volumen real de trabajo de un juez. En ausencia de esta información, un sistema jurídico es incapaz de organizar e iniciar una estrategia de disminución del retraso.

Otra serie de problemas surge cuando otras dependencias están involucradas en el acopio de información, tal como en el sistema de justicia criminal. Las agencias policíacas, los fiscales y las oficinas correccionales tienen sus propias necesidades de información y, al estar ausentes de las gestiones de coordinación, aparecen a menudo duplicaciones o incongruencias en la información acopiada. Este asunto quedó aclarado en la Conferencia de 1995 sobre Prisión Preventiva celebrada en San José, Costa Rica, cuando los representantes del Poder Judicial del Ecuador informaron sobre el número de los detenidos que esperaban un dictamen final, mientras que el departamento correccional de la rama ejecutiva informó de cantidades considerablemente distintas.

Deben promulgarse disposiciones especiales para llevar cuenta de asuntos tales como el tiempo que les toma a los laboratorios forenses para revisar la evidencia, o el del examen de menores, o los exámenes psiquiátricos. Estos servicios, que no están bien dotados de fondos, son causas frecuentes de retrasos prolongados (nueve meses o más en Venezuela.)

Pocas naciones pueden emprender una auditoría estadística tan completa como la de El Salvador. Sin embargo, las gestiones de muestreo estadísticamente sólidas pueden suministrar información amplia para identificar la situación de los casos pendientes en el sistema. En una muestra efectuada en los tribunales civiles de Buenos Aires, el estudio demostró cuántos de ellos (el 45%) habían estado paralizados. En el Apéndice I, los cuadros de información derivados del estudio argentino reflejan el modo de imprimir los resultados de un estudio de muestreo.

El proyecto piloto de Panamá en San Miguelito produjo informes estadísticos semejantes, detallando la situación de los casos criminales pendientes en el sistema.

f. Sistema de Registro y Archivo

El sistema de registro proporciona una primera etapa para un sistema eficaz de manejo del flujo de causas y estadística. Una tarjeta de registro capta toda la información básica del caso de manera sumaria. El personal del tribunal usa la tarjeta para mantener el control sobre la situación de los casos. En aquellos sistemas en que no se puede automatizar todavía, este trámite manual ha probado tener éxito en gran medida.

El proyecto de El Salvador desarrolló este instrumento como parte del proyecto de mejoramiento de los tribunales. La tarjeta permitió también la implantación de un número específico para la identificación de los casos, proveyendo un mayor control sobre ellos. Cada caso del sistema tiene un número específico, proporcionando así un rastro útil para la auditoría. Este instrumento suministra al juez y al personal del tribunal con la capacidad de asumir el control sobre el proceso de litigación, que es clave para la disminución del retraso.

h. Automatización

Un sistema automatizado para el manejo del flujo de causas debería ser diseñado para lograr un índice automatizado, las historias de las acciones en el caso desde la presentación inicial, la tramitación del caso y la eventual terminación y archivo en los bancos centrales de información. El diseño de los sistemas de automatización debe centrarse sobre la base de un análisis cuidadoso y minucioso de las necesidades.

La sólo automatización de los sistemas existentes que están diseñados defectuosamente, para hacerlos trabajar más rápidamente, es de poco valor. La etapa del análisis de necesidades para el desarrollo del sistema de automatización con frecuencia se pasa por alto (por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina compró un sistema IBM sin análisis previos). En la etapa del análisis de necesidades hay un enfoque sobre las necesidades estadísticas del juez, de las instituciones auxiliares (la policía, el fiscal, la defensa, el departamento correccional), la corte suprema o el tribunal de apelaciones. La utilidad de un proyecto de automatización de los tribunales depende de la idoneidad de este análisis²¹.

La gestión chilena de automatización dispone un sistema elaborado de rastreo de los casos que no es utilizado por los jueces. No hay información para indicar los aumentos de la productividad. El sistema produjo también el acceso público a la información sobre la situación de los casos, cuyo sistema ha sido bien recibido por los abogados públicos.

La debilidad primaria de organización del sistema jurídico en la América Latina es la ausencia de sistemas de administración profesionales bien desarrollados. Los tribunales no tienen la capacidad de organización ni la conveniencia de emprender proyectos de mejoramiento porque no hay personal que preste estos servicios.

i. Oficina de Secretaría Central o de Secretarios

El despacho de cada juez funciona individualmente, sin ninguna estructura de organización prescrita, y no hay una pauta constante para enfocarse sobre el trabajo. No hay manuales procesales para que el personal del tribunal los siga. También hay duplicación de funciones entre las oficinas de los jueces, porque las fórmulas para la dotación de personal no hacen concesión alguna para centralizar las funciones, aún cuando todos los jueces deben realizar deberes semejantes. Como resultado, los jueces de todo el hemisferio precisaron en la Conferencia para la Disminución del Retraso que dedicaban hasta el 60% de su tiempo a los asuntos puramente administrativos. Esta asignación de tiempo limitaba el espacio del mismo disponible para trabajar en los casos.

En Chile, Costa Rica y El Salvador están siguiendo el plan de la Secretaría Única como el modelo de organización para los tribunales de primera instancia. Las funciones de la Secretaría Única son las siguientes:

Recepción del Público

- Atender al público
- Registrar los casos nuevos
- Recibir comentarios para los casos que ya están dentro del sistema
- Notificación

Registros y Evidencia

- Recibir y conservar la evidencia
- Devolver la evidencia
- Subastar
- Administrar los expedientes
- Recibir y mantener todas las cuentas financieras
- Mantener correspondencia con el tribunal
- Administrar los registros de los archivos de casos

²¹ Diagnóstico de Organización para la Especificación de la Gestión, Invertec, 1994.

Operaciones

- Identificar modos para mejorar el funcionamiento del sistema
- Realizar análisis de cómo están funcionando los tribunales y hacer recomendaciones a los jueces para efectuar mejoras
- Coordinar con las autoridades judiciales nacionales o regionales
- Desarrollar planes de acción anuales

Administración Económica

- Administrar los fondos asignados al tribunal
- Mantener los suministros para el tribunal
- Desarrollar las necesidades presupuestarias para el tribunal

Instalación Física

- Mantener y limpiar el edificio
- Desarrollar programas de mejoramiento

El traslado de estas tareas administrativas a una persona con capacitación administrativa proporciona el cimiento para enfocarse sobre la demanda crítica que estos trabajos sitúan sobre los jueces. En Chile, el Tribunal de Apelaciones de Santiago creó una plaza de coordinador para suministrar al Presidente del Tribunal ayuda administrativa. El coordinador, en conjunción con el Presidente del Tribunal, diseñó con éxito un programa para la disminución del retraso. El programa reunía todos los requisitos de un programa de disminución del retraso bien diseñado: Medición del retraso existente e identificación de los asuntos de funcionamiento, tales como la ausencia de sistemas para el rastreo de los casos. Esto da al coordinador la capacidad de identificar zonas problemáticas y divulgar los resultados a todos los jueces y al personal clave.

j. La Cultura del Retraso

Quizás el aspecto más difícil de enfrentar el retraso en el sistema jurídico sea la cultura del retraso. Este factor cultural fue mencionado reiteradamente en la Conferencia para la Disminución del Retraso como un problema importante a vencer. Este mismo asunto se convirtió en la preocupación crítica del Centro Nacional para el trabajo del National Center for State Courts en los tribunales estatales de los Estados Unidos, en donde el retraso en el sistema había llegado a ser la norma aceptada tanto por los jueces como por los abogados, quedando incorporada a la "cultura legal" local²². Dicha cultura, más que cualquier otro factor, controla el ritmo de la litigación y cualquier gestión que aborde el retraso en el sistema jurídico debe enfrentarse a esta realidad.

Cuando los operadores del sistema aceptan un cierto nivel de funcionamiento, ellos conforman su conducta al nivel aceptado. Este acomodo al retraso llega a ser el reto más exigente que hay que superar en un programa de disminución del retraso. Este factor, quizás más que cualquier otro, es el que explica por qué tantas reformas legislativas encaminadas a disminuir el retraso no han tenido éxito.

B. Estrategias de Capacitación para Disminuir el Retraso

1. Los jueces como administradores del proceso de litigación

Los programas de capacitación judicial se han enfocado tradicionalmente más sobre el derecho sustantivo que sobre las preocupaciones de funcionamiento. Hasta ahora, estos programas de capacitación no han suministrado un énfasis sobre el juez como administrador del trámite de litigación. La única excepción es el Uruguay, en donde el juez en el proceso civil ha asumido este papel, y la capacitación por parte del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, (CEJU), la escuela judicial uruguaya, ha enfatizado el papel de la administración de los casos.

Los jueces que se han acostumbrado a que los abogados administren el trámite de la litigación deben recibir programas de capacitación encaminados a adiestrarlos para cambiar esta perspectiva²³. El tener la información estadística

²² Justicia Retrasada: La Carrera de la Litigación en los Tribunales Urbanos de Primera Instancia, NCSC, 1978, página 53.

²³ Carlos G. Gregorio, Investigaciones sobre la Demora en el Proceso Judicial, Centro de Estudios Judiciales de la República Argentina, (CEJU),

sobre la duración de los casos es un material de antecedentes indispensable para el diseño del programa de capacitación, a fin de incorporar la realidad de la situación y superar la tendencia de los jueces de individualizar cualquier debate sobre preocupaciones sistemáticas.

En Costa Rica, el juez presidente de la división penal de la Corte Suprema seleccionó a 10 jueces de lo penal para reunirse periódicamente y debatir cómo podrían cambiar la cultura jurídica local al afirmar un mayor control sobre el proceso de litigación. Estos jueces fueron responsables también de supervisar a otros jueces y estuvieron encargados de promover la misma actitud en otros jueces.

En Chile,²⁴ un grupo selecto de jueces recibió capacitación para ser administradores del proceso de litigación. Los participantes informaron que estaban aplicando estos conceptos y ganando más control sobre su volumen de trabajo.

2. Enfoque el proceso sobre la resolución del conflicto y no exclusivamente sobre el proceso mismo.

El sumario del caso, el "*expediente*", ha llegado a ser más importante que el conflicto²⁵. El enfoque operativo ha sido sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos de un código. Quizás porque los códigos procesales dan tanta amplitud a los abogados, los jueces no han hallado fructífero el ocupar a los abogados y litigantes en la conciliación u otras medidas alternativas de resolución de conflictos.

Los abogados no están acostumbrados a que los jueces ejerzan control sobre el proceso de la litigación. Cuando los jueces empiezan a ejercer el papel de control, se enfrentan a la resistencia de los abogados. El liderazgo jurídico debe apoyar plenamente a las iniciativas de disminución del retraso, o la resistencia de los abogados será perjudicial para la gestión.

3. Capacitación del Personal del Tribunal

La disminución del retraso es una gestión completa de colaboración entre los jueces, el personal del tribunal y los abogados. Las gestiones de capacitación que dejen de incluir a todos estos grupos en ellas no serán eficaces, de igual modo que el sólo promulgar una nueva ley no se traduce en el cambio automático del sistema²⁶. En Uruguay, la Corte Suprema dilató en dos oportunidades la implantación del proceso oral: una de las razones principales fue la carencia de capacitación y enseñanza previas de los encargados con la puesta en práctica del nuevo código.

IV. CONCLUSIÓN

Los programas de disminución del retraso que tienen éxito incluyen una diversidad de características, pero ninguna es más importante que la voluntad política de la dirigencia del sistema para impulsar al cambio. Las estrategias que deben incluirse en los programas para que tengan éxito han sido tratadas más arriba. Un enfoque gradual del asunto es ineficaz y produce sólo resultados modestos. Los proponentes de los programas de disminución del retraso deben incluir en su enfoque estratégico todos aquellos elementos, si es que han de lograr resultados de importancia.

Antes de iniciar los proyectos de disminución del retraso, las primeras gestiones deben sentar el cimiento empírico de la gestión. Esta gestión se traduce en la producción de un conjunto confiable de estadísticas que aclaren la situación exacta del sistema jurídico. Segundo, se necesitará de gestiones extensas para capacitar a los jueces y al personal de los tribunales, con objeto de superar la cultura del retraso. Las gestiones deben ser considerablemente participativas e involucrar a los responsables de iniciar las actividades con las tasas más activas. Los programas impuestos desde fuera no han tenido éxito.

1995, página 36.

²⁴ Evaluación del Seminario de Capacitación Judicial, Corporación de Promoción Universitaria.

²⁵ La Situación en Costa Rica, Disminución de Atrasos, Alfredo Jones, Director de Planificación, 1993.

²⁶ Dr. Luis Torello, El Caso Uruguayo, Implantación del Juicio Oral: Corporación de Promoción Universitaria, 1993.

Las iniciativas tales como el desarrollo del rastreo de los casos, los sistemas de administración de expedientes, las tarjetas de casos o los sistemas de automatización, contribuyen todas a establecer la base necesaria para lanzar un programa de disminución de retrasos coherente y sostenible.

Los programas de disminución de retrasos con éxito son indispensables para recobrar la verosimilitud y la confianza pública en el sistema jurídico.

V. BIBLIOGRAFÍA

Changing Times in Trial Courts, Caseflow Management and Delay Reduction in Trial Courts, National Center for State Courts, 1988.

Change Masters, Rosa Beth Moss Kanter, Simon Schuster, 1983.

Courts that Succeed: Six Profiles of Successful Courts, National Center for State Courts, 1990.

Crisis en la Justicia de Colombia, Instituto Ser, 1987.

Duración del procedimiento Civil Ordinario en los Juzgados de Santiago, Carlos Cerda Fernández, Foridecyt, 1991.

Fifth Discipline, Peter Senge, Doubleday, 1990.

Gridlock, California Courts Delay Reduction, ABA Journal Program, Alex Aikman and William E. Davis, 1990.

La Doble Moral de las Organizaciones, Jorge Etkin, McGraw-Hill, 1993.

La Realidad de la Justicia Salvadoreña, Corte Suprema de Justicia, Unidad Técnica Ejecutora, Proyecto Reforma Judicial II, El Salvador, 1994.

Large Scale Organizational Change, Allan M. Monharain et. al., Jossey-Bass, 1989.

Managing to Reduce Delay, National Center for State Courts, 1980.

Reducing Delay in State Courts-A March Against Folly, Larry Sipes, Rutgers Law Rev. (Vol. 37:299-317), 1995.

Reforming Organizations, Artistry, Choice and Leadership, Bolman and Deal, Jossey-Bass, 1991.

Managing to Reduce Delay, National Center for State Courts, 1980.

Reformas Procesales en América Latina, La Oralidad en los Procesos, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile, 1993.

Report of Federal Courts Study Committee, 1990.

República de Panamá Órgano Judicial, Juzgado Municipal de San Miguelito, Proyecto Bilateral USAID/Panamá, Dev. Assoc./1993.

Situación y Políticas Judiciales en América Latina, editor Jorge Correa Sutil, Escuela de Derecho, Diego Portales, Santiago, Chile, 1993.

Appendix 1

DEMORA EN EL PROCESO JUDICIAL

TABLA 12

Duración entre pasos procesales Comercial (quiebras)

paso procesal	media	mediana	s	mínimo	máximo	N
cesación de pagos	400.7	297.0	308.2	7	845	12
sentencia declarativa del concurso	15.6	15.0	9.8	1	42	14
síndico (aceptación cargo)	72.4	69.0	32.9	10	160	15
término de verificaciones	44.7	51.0	18.7	21	67	15
síndico: informe individual	24.3	21.0	8.2	20	52	15
síndico: informe general	143.9	22.0	275.3	16	1031	15
resolución del juez	249.1	162.0	253.2	1	782	13
conclusión						
total	515.6	379.0	436.5	162	1922	15

TABLA 13

Duración entre pasos procesales Federal (Civil y Comercial)

paso procesal	media	mediana	s	mínimo	máximo	N
hecho						
demanda	692.0	362.0	1204.4	6	5111	41
traba de la litis	158.1	102.0	154.8	28	629	38
apertura a prueba	233.9	98.0	360.8	1	1404	28
conclusión	802.3	547.0	728.8	21	2911	24
sentencia 1	176.6	56.0	332.0	8	1547	27
apelación	28.3	16.0	28.2	2	111	25
sentencia 2	218.1	198.0	136.4	49	606	24
1 instancia	1232.7	749.0	1070.2	133	4226	23

TABLA 14

Duración entre pasos procesales

Federal (Contencioso Administrativo)

paso procesal	media	mediana	s	mínimo	máximo	N
hecho	1393.5	708.0	2015.9	21	9410	54
demanda	71.0	22.0	101.7	1	386	46
vista al fiscal	142.1	123.0	113.0	11	552	50
contestación	115.6	77.0	107.5	1	399	38
apertura a prueba	612.0	573.0	501.7	1	2074	46
conclusión	177.2	91.0	249.1	1	1141	46
sentencia 1	26.5	15.0	50.7	1	320	37
apelación	137.5	106.0	101.8	25	531	33
sentencia 2a	920.9	875.0	738.5	1	2614	26
I instancia						

DEMORA EN EL PROCESO JUDICIAL

TABLA 15

Duración entre pasos procesales

Federal (Penal)

paso procesal	media	mediana	s	mínimo	máximo	N
hecho	49.7	6.0	117.8	1	504	19
auto cabeza de la instrucción	129.2	42.0	160.3	1	453	11
indagatoria auto de procesamiento	348.3	225.0	333.4	24	1316	19
vista al fiscal	132.3	32.0	266.8	2	1085	15
auto de elevación a juicio	34.5	40.0	25.0	29	40	2
auto cabeza del juicio	56.8	53.0	29.1	22	128	20
auto de admisión o rechazo de la prueba	83.6	98.0	36.5	42	106	8
audiencia producción de la prueba	200.2	138.0	237.5	10	882	21
sentencia 1	150.8	133.0	109.9	29	558	24
recursos	30.9	23.0	35.9	6	139	13
sentencia 2						
1 instancia	780.5	854.0	291.4	513	1360	11

TEMA IV:

LA FORMACION Y EVALUACION DEL MAGISTRADO EN

PROCESOS DE REFORMA

18. PEREZ PERDOMO, Rogelio, **La capacitación de jueces. Interrogantes y opciones**, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 8, 1989.
19. CORREA SUTIL, Jorge, **Formación y perfeccionamiento de Jueces**, Cuadernos de Análisis Jurídicos, N° 22, Julio 1992.

LA CAPACITACION DE JUECES. INTERROGANTES Y OPCIONES

Rogelio Pérez Perdomo

1. Hamlet

Uno de los rasgos de nuestra época es la importancia de la capacitación. Hemos descubierto que la vida exige de nosotros constantes aprendizajes y tal vez nos hemos excedido respondiendo a esta percibida necesidad con todo tipo de programas, cursos, períodos de entrenamiento, etc. Personalmente me siento perseguido por quienes desean enseñarme el lenguaje de las computadoras o nuevas técnicas para desempeñarme como profesor. Y como en las pesadillas, descubro que yo también soy un capacitador. Por esto conviene que comencemos este tema de la capacitación de jueces con una pregunta existencial ¿Es realmente necesario y útil? .

Tres argumentos pueden oponerse a la capacitación de jueces. El primero es que el problema no está en la capacitación sino en la escogencia. Un sistema adecuado sería el que permita escoger como jueces a las personas más capaces para desempeñarse como tales, lo que, en extremo, haría inútil o superfluo capacitarlos para la tarea.

El segundo argumento es que lo que aprende una persona fuera de su propia experiencia como juez es irrelevante para su oficio. Quien tenga 5 o 10 años como juez no necesitaría capacitarse pues ya la experiencia le ha enseñado todo lo que tiene que aprender. Quien no tenga experiencia, sobre todo si es una persona inteligente y sensible, lo que necesita es comenzar en el oficio. A caminar se aprende caminando.

Los dos argumentos anteriores equivalen a indicar que el beneficio que se obtiene con un programa de capacitación de jueces es tan pequeño que no vale la pena el montarlo, sobre todo si hay un buen sistema de escogencia. El tercer argumento sería mucho más radical: los programas de capacitación de jueces tienen, o pueden tener, un efecto perverso, al darle importancia a la realización del curso mismo como mérito. La aprobación del curso puede sustituir el esfuerzo de logro. Para obtener una posición o un ascenso, o para sentirse seguro en una posición, el diploma acreditativo sustituye el esfuerzo real, el interés en desempeñar bien la función.

Este último argumento es insidioso porque es parcialmente verdadero: los programas de capacitación de jueces no son inocuos, pueden efectivamente tener efectos perversos sobre el sistema judicial. Además del señalado, puede agregarse que la situación de curso puede aislar más al juez o aspirante a juez pues toda situación escolar es un cierto apartamiento, y esto acentuaría la separación del juez de la sociedad. Pero el hecho que los programas puedan tener efectos negativos no excluye que también pueden tener efectos positivos. En una época en la cual los sistemas de administración de justicia son criticados por su ineficiencia, por su insensibilidad a las situaciones humanas y sociales, por la falta de independencia y aún de honestidad de los jueces, los programas de capacitación pueden hacer mucho por corregir tales situaciones. En cuanto a los dos primeros argumentos no son efectivamente muy fuertes. A ellos debemos responder que la capacitación no sustituye a la buena escogencia. Al contrario, la capacitación debe estar dirigida a aquéllos que ya se han escogido como jueces. En todo caso es bastante obvio que el mejor jurista, abogado o graduado en derecho no va a ser necesariamente un buen juez o funcionario judicial. La posición de juez tiene unos requerimientos específicos y es a ellos que debe estar dirigida la capacitación judicial. Por otra parte la experiencia no es sino una forma de aprendizaje. La capacitación puede ser particularmente importante cuando esa experiencia falta, y puede ser un programa para que el ingreso a la función judicial no sea tan traumático como lo es para muchos que prácticamente se encuentran con responsabilidades para las cuales no están preparados. Para los jueces con experiencia de 5 o 15 años, la capacitación puede ser la oportunidad de hacer un alto, de mirar a su función, a su papel en la sociedad, de pensar en formas alternativas de hacer lo que siempre han hecho de alguna manera, de compartir experiencias, dudas y vacilaciones con la gente de su oficio.

Permítanme, pues, abogar por la capacitación judicial, siempre y cuando se planifique bien qué se pretende y cómo se lo piensa lograr, qué se va a aprender y quiénes van a hacerlo, quiénes van a ayudar al proceso de aprendizaje y cómo van a hacerlo, y, por último, qué efectos para la carrera de juez, para el sistema judicial y para la sociedad se esperan del programa.

2. Fausto

Ahora expresamos un argumento distinto, que interesa discutir, sobre el contenido de los programas de capacitación de jueces:

El juez decide o debe decidir en derecho.

El mejor juez es aquel que conoce mejor el derecho y cuyas decisiones son las más apegadas a ese derecho. Ergo, la capacitación debe estar dirigida a que los jueces o aspirante a jueces aprendan más derecho. El Dr. Fausto jurídico sería el mejor juez.

El razonamiento propuesto es una cadena de entimemas y lo característico de los entimemas es que encubren premisas y trabajan con una pluralidad de sentidos. Analicemos algunos de los sentidos encubiertos en este razonamiento.

Aceptemos que el juez debe decidir en "derecho" y el análisis básico va a ser el significado de derecho como criterio de decisión judicial.

Por una parte el derecho es un saber técnico que implica un manejo especializado de principios, conceptos y normas. Por la otra esos principios, conceptos y normas constituyen un sistema abierto, en el sentido que debe encontrar soluciones para todos los problemas que se le planteen, y que tiene que operar con el lenguaje ordinario, que es necesariamente ambiguo y multívoco.

Esto es inevitable. Por cuanto está dirigido a toda la población y al dar a ella guías de conducta, el derecho no podría formalizar el lenguaje, como la lógica o las matemáticas. En nuestro lenguaje, las palabras pueden tener significados diversos o imprecisos y resonancias emocionales o afectivas. Por otra parte, y dado el carácter natural y abierto del sistema, las reglas de derivación no podrán ser nunca totalmente rigurosas y quedará siempre una libertad en la escogencia de los principios a partir de los cuales se razona. Como los significados de reglas y principios interactúan entre sí no podemos más que reconocer la textura abierta del sistema y sus componentes. Por esto la racionalidad de la decisión judicial es sólo parcial o imperfectamente formal, pues el decisor tendrá que usar ciertos criterios materiales para controlar la racionalidad de sus decisiones. El principal de esos criterios materiales está constituido por las consecuencias sociales de una determinada interpretación. En otras palabras, si de una determinada interpretación de una regla, principio o concepto, derivamos consecuencias inaceptables, la interpretación tiene que ser corregida. Por eso la decisión judicial no es puramente formal o técnica, sino que espera que el decisor considere los criterios o valores sociales compartidos y que esté atento a las consecuencias sociales de su decisión.

El juez debe conocer suficiente derecho para expresar en un razonamiento rigurosamente jurídico los valores que la sociedad comparte, para no dejarse entrapar en un razonamiento puramente formalista. En otras palabras el juez debe ser un buen jurista, ma non troppo jurista.

La opción de una capacitación judicial centrada sobre el derecho no tiene en esta perspectiva mucho sentido. Son las escuelas de derecho y los postgrados en derecho, los que pueden ocuparse con más propiedad de tal enseñanza y, seguramente, los procedimientos de selección podrían dirigirse a reclutar para la judicatura, los egresados en derecho mejor preparados. En cambio, parecería importante que el juez reciba, en el área jurídica, un buen entrenamiento en el razonamiento judicial. Al menos un entrenamiento suficiente para que no sucumba ante el ídolo del literalismo.

El faustianismo jurídico o legalístico lleva pues a la condenación, a menos que los excesos del legalismo sean moderados por otra sensibilización del juez. Evitemos un doctor Fausto sin Margarita.

3. K.

Conviene corregir ahora el rumbo. Hemos privilegiado el momento de la decisión en nuestro análisis y hemos reflexionado sobre una educación para la decisión. Para el público lego, que es la clientela de la justicia; y aún para los abogados, tal vez "la muerte esté en otra parte", en el proceso mismo y no en la decisión. Cuando hablamos de proceso, nos referimos sobre todo a la parte administrativa de éste.

Para entrar en la explicación de esta delicada materia invoquemos a K, el héroe o anti-héroe de El Castillo y El Proceso de Kafka. K es un ciudadano común que sabe que su felicidad y su vida dependen de una organización poderosa cuyas reglas y funcionamiento no entiendo. Para nosotros, que en el fondo somos los habitantes del Castillo, tal dificultad es a su vez difícil de entender. Por eso permítanme contarles dos anécdotas. En una ciudad apartada de la República Dominicana entrevisté a un preso bastante joven que acababa de ser sentenciado. Estaba pálido y aterrorizado. Le pregunté por qué lo habían detenido y me contó que lo habían acusado de robarse unos pantalones. Hurto simple diría en su lenguaje un abogado venezolano. Le pregunté sobre la sentencia que el juez le acababa de comunicar y confesó que no había entendido nada. Afortunadamente yo lo había oído: era una pena breve con suspensión condicional. La segunda anécdota fue con presos de la llamada Cárcel Modelo de Caracas. Habían sido escogidos por estar en estados a-

vanzados de su proceso y varios dijeron a sus entrevistadores, entre ellos yo mismo, que no tenían defensores. Nos sorprendió la mentira tan flagrante que sólo entendimos después. Obviamente tenían defensores, pero su contacto con ellos había sido superficial. Jurídicamente no tenían acusadores, pues lo que había era parte de buena fé, el Ministerio Público. En el tribunal habían encontrado estos señores y señoras muy bien vestidos, que hablaban el lenguaje de la ley. Todos eran "ellos", los personajes poderosos de quienes dependía su suerte y que, en definitiva, estaban allí para condenarlo. Ninguno, en realidad, era su defensor.

Volvamos al lenguaje de la gente del Castillo. No hay duda que el lenguaje procesal y el jurídico son arcanos para nuestros conciudadanos, que los procedimientos son difíciles de entender y que la administración judicial es morosa, arcaica y muchas veces desordenada. Todos compartimos estas apreciaciones, pero no sacamos las conclusiones de ellas: un tribunal es una oficina que tiene un flujo de asuntos que entran, son procesados y salen resueltos. Tienen funcionarios para hacer esto y tiene clientes que debe atender. ¿No podrían ser menos misteriosa y más eficiente?

He estado a punto de mencionar la expresión gerencia de tribunales pues de eso se trata. Pero sé que despierta adhesiones y rechazos emotivos. Lo fundamental parece ser que el tribunal garantice un flujo de información que permita al juez tomar un control real de la marcha de los asuntos. Saber de aquéllos que circulan más o menos automáticamente, conocer cuáles se retrasan indebidamente o se paralizan y saber cuáles necesitan de su atención especial o su impulso. No es demasiado. Unos sistemas administrativos relativamente simples podrían garantizar todo esto. Pero sin duda es bueno que el juez conozca de administración de tribunales. Es parte de su oficio y esto no tiene por qué aprenderlo ni en la escuela de derecho ni en el ejercicio de la abogacía.

Un sistema judicial y hasta un tribunal bien gerenciado requieren también que las rutinas sean permanentemente examinadas y evaluadas y el lenguaje simplificado. Mucho del arcaísmo y de la complejidad del funcionamiento de los tribunales no son productos de la legislación ni de una necesidad del razonamiento o la expresión, sino de rutinas que se van transmitiendo y que terminan siendo disfuncionales para la propia actividad judicial y para su comprensión por la población.

4. ¿Don Quijote?

¿Sería un buen juez este gerente de tribunales que puede

además razonar más instrumentalmente respecto a valores? ¿No sería un personaje incompleto si no se le ha sensibilizado para analizar la vida social y percibir en sus acciones y las acciones de los demás el contenido valorativo implícito? .

Pero, por el contrario ¿No estamos aspirando a verdaderos desfacedores de entuertos al estilo de un caballero andante, con todos los peligros que implica tal oficio para el caballero y para los parroquianos que encuentra en su camino? .

La fuente de este temor es, en mucho, un malentendido de la función de juez. El juez no es un activo desfacedor de entuertos, no sale a la búsqueda de injusticias a corregir. Es un ser mucho más tranquilo que está limitado por el andamiaje dialógico del proceso. Depende en gran medida de lo que le es presentado en su despacho, y su capacidad de investigación y de dirección del proceso es limitada. Lo imperdonable es que este ser retraído, que sale poco de su casa, cierre también sus ventanas. La capacitación del juez tendría como objetivo más bien ayudarlo a mantenerlas abiertas.

Veamos algunas de esas ventanas: Una mirada al exterior, a lo que pasa en la calle. El juez debe conocer ese escenario en el cual van a insertarse sus decisiones y que de alguna manera va a ser transformado o *mantenido por éstas*. Hay naturalmente el prejuicio que el análisis de lo social no es asunto de jueces o juristas, pues la ciencia jurídica es autónoma. Es una vieja preocupación, absolutamente despreciable en la época de las interdisciplinas. No se trata que el juez sea un sociólogo, politólogo, antropólogo o economista, sino que pueda apreciar el impacto de sus decisiones en el sistema político, la economía o la sociedad. El proceso no debe descartar ese impacto como argumentación irrelevante y esto es tarea de los abogados, pero, aún cuando no se haya planteado expresamente, el juez debe poder percibir los problemas de justicia material que están involucrados. La educación técnica del jurista tiende a hacerlo ciego ante estos problemas que creo podemos llamar apropiadamente de justicia material. Las escuelas de derecho deberían buscar transformarse, aunque tal vez no lo necesiten en sentido estricto: el abogado que trabajará vinculado a un sector de la población, a unas empresas, a un ente público, se reeducará rápidamente para percibir los intereses de su cliente más allá del decorado formalista. No ocurre lo mismo con el juez. Su comprensión de los aspectos de justicia material tiene que ser producto de su sensibilidad como ciudadano y esa sensibilidad es la que debe estimularse. Ella corre grave peligro bajo el peso de los expedientes.

La segunda ventana que es importante mantener abierta se

relaciona con la importancia de los roles sociales del juez. La rutina, usualmente pesada, de la vida judicial tiende a producir en los jueces un sentimiento de soledad y de marginalidad, en el sentido de pensar que, salvo excepciones, sus decisiones no interesan más que a las partes directamente involucradas. No es verdad. A través de los muchos casos que deciden o dejan de decidir, los jueces hacen políticas públicas y sus propias conductas dan la imagen de la justicia y del derecho que la población va a compartir. Por esto una de las pautas de la capacitación judicial es el conocimiento y la discusión profundizada de los trabajos que existen sobre los jueces y las acciones del Poder Judicial.

Personalmente para mí ha sido una sorpresa que los jueces tienden a ignorar estas visiones que existen en estudios que merecen atención. Un juez superior penal venezolano, por ejemplo, a quien aprecio personalmente, ignoraba un estudio sobre la aplicación desigual de la ley penal en Venezuela y los resultados le chocaron tanto que su reacción fue indicar que los datos no podían ser ciertos. Un magistrado colombiano señaló que discutir tópicos como la corrupción y la demora procesal, en artículos académicos muy serios, era atentatorio contra la dignidad de los jueces. Mi opinión, por el contrario, es que los jueces ganan discutiendo la literatura social que sobre la administración de justicia se produce.

Sugeriría aún que los propios poderes judiciales tengan unidades de investigación para producir esa literatura y proporcionar a los jueces una visión de lo que hacen.

Muy vinculado a lo anterior está el aspecto ético en la capacitación del juez. No es algo muy distinto de lo que hemos planteado pues la ética profesional es un análisis de las obligaciones morales que derivan de los roles a ser desempeñados. A la vez el estudio de los roles del juez y, en particular, de su inserción en la sociedad no tiene demasiado sentido en la capacitación judicial si no es para sacar las consecuencias conductuales que derivan de tales análisis.

Estoy seguro que estas ventanas, estas aperturas de los jueces frente a los problemas sociales y sobre el impacto de sus propias acciones, permiten la circulación de un aire fresco en la casa de la justicia. No creo que los convierta en enloquecidos luchadores por un mundo más justo, pero los hará tener una mayor conciencia de la importancia de su trabajo y, en definitiva, contribuirán con una conducta judicial que responda más a las expectativas sociales y, tal vez, con un mundo menos injusto.

FORMACION Y PERFECCIONAMIENTO DE JUECES

Jorge Correa Sutil*

Colaboración de: Marcelo Romero Iglesias

I. INTRODUCCION

El presente trabajo forma parte de uno más extenso sobre el poder judicial y el sistema político. En él se busca hacer un estudio comparado de las políticas públicas en el área judicial en los países Ibero-Americanos en periodos de transición y consolidación democráticas.

Una de las políticas que se desea analizar es la relativa a la capacitación de los jueces, y eso es lo que aquí se emprende. La actual versión es provisional en cuanto en ella se refiere sólo a la situación chilena, cumpliendo así con lo que se definió para la primera etapa del trabajo.

El trabajo se estructura del siguiente modo: En el apartado II se elabora, a modo de marco teórico, una reflexión acerca de lo que puede comprenderse con la expresión "Formación y Perfeccionamiento de Jueces" ensayándose alguna tipología de las diversas actividades que pueden encontrarse incluidas en tal concepto. Esta tipología se ordena según las clases de objetivos que pueden perseguirse con esta actividad. Cada uno de estos tipos o modelos de formación y perfeccionamiento de jueces intenta vincularse con visiones acerca del derecho y de la función jurisdiccional. En el apartado III se pasa revista a las características de la enseñanza de pre-grado de Derecho en Chile. Se justifica ello a partir de la idea que los programas de capacitación judicial habrán de entenderse como complemento de los estudios de Derecho que habitualmente -y desde luego en Chile- constituyen un requisito para ingresar a los cargos de magistrado. Asumiendo, entonces, que los programas de formación judicial se justifican para cubrir la brecha que queda entre la educación que reciben los estudiantes de Derecho y los objetivos de preparación deseables en un juez, se consignan al final de este capítulo algunas reflexiones personales en cuanto a los fines que debieran perseguir en Chile los programas de formación judicial.

El apartado IV, el más extenso de este trabajo, es una crónica sistemática de los esfuerzos habidos en el país por crear actividades de capacitación judicial.

* Profesor de Introducción al Derecho, Universidad Diego Portales, investigador del Departamento de Investigación y Extensión de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

Se consignan y analizan en él tanto las diversas propuestas como los programas que se han ejecutado, hasta concluir con el proyecto de creación de una Escuela Judicial en actual discusión en sede legislativa.

II. OBJETIVOS DE LA FORMACION Y PERFECCIONAMIENTO DE LOS JUECES.

Tal como se señalara en la introducción de este trabajo, él tiene por objeto fundamental hacer una descripción de los programas y proyectos que han existido en Chile sobre capacitación y perfeccionamiento de los jueces. Sin embargo, previo a hacer esa descripción de la realidad, parece necesario contar con algunas definiciones operativas que, a modo de marco teórico, permitan el análisis de esa misma realidad. Es lo que se intenta en el presente capítulo. Para explicar la necesidad del mismo, debe tenerse presente que una gama de muy diversas actividades pueden ser denominadas con la expresión "Formación y Perfeccionamiento de los Jueces". Este concepto denota sólo la idea que, a través de actividades educativas, se pretende colaborar al mejor desempeño de las funciones judiciales. La amplitud y vaguedad del concepto abre la posibilidad de incluir en él actividades muy diversas. Así, por ejemplo, podrían entenderse desde las que intentaren el adoctrinamiento de los jueces en una cierta ideología hasta aquellas cuya finalidad sea la enseñanza de técnicas para adiestrarles en el uso de determinados medios auxiliares, como pueden ser un curso de computación. Por ello, para poder caracterizar y analizar los programas de formación y perfeccionamiento de los jueces, la expresión requiere ser precisada para hacerla más rigurosa, de modo que nos permita distinguir exactamente de qué hablamos al emplearla.

Lo primero que parece conveniente precisar es que este trabajo se referirá únicamente a los procesos de educación formal de los jueces. Sin lugar a dudas cuando hablamos de la formación y perfeccionamiento de un juez -como ocurre con todas las profesiones, pero especialmente con aquellas en que se sigue una carrera- debemos saber que buena parte, sino la mayor parte de tales procesos de aculturación se producen en el propio ejercicio profesional y no en procesos formales de educación. Lo anterior no expresa un juicio de valor sino sólo una hipótesis de lo que me parece ocurre en la realidad. Ello es especialmente así en una carrera judicial como la chilena donde ascender resulta fuertemente atractivo para cada magistrado, tanto por los aspectos remunerativos como de status que ello implica. Para poder ascender resulta necesario, a su turno, que el postulante sea propuesto, en una lista de 3 ó 5 nombres, por el Tribunal Superior, al Presidente de la República para que éste decida según la terna o quina que se le presentan. A este decisivo poder que tienen los Jueces Superiores por sobre los inferiores debe agregarse, además de la natural

facultad jurisdiccional de alzada para revocar sus decisiones, otras múltiples que el sistema chileno consigna en el orden disciplinario, incluyendo, entre las más importantes, la de calificar anualmente el desempeño de los jueces inferiores, mecanismo que resulta gravitante en los ascensos y puede determinar hasta la expulsión de la carrera. En un organismo así de jerarquizado resultará fácil comprender que la primera y principal regla que aprende todo aquel que ingresa a ella es que debe complacerse a los superiores jerárquicos. La divisa de comportamiento se transforma así en una necesidad de aprender de los superiores, de sus consejos, sus mandatos y hasta de sus señales; y de aprender de aquellos que han logrado ascender o, al menos, sobrevivir en el sistema. La disgresión nos lleva, claro está, no sólo a remarcar la importancia de distinguir entre educación formal e informal, sino también sirve para precavernos de falsas ilusiones en cuanto al impacto que puedan tener las actividades de educación formal en este escenario. Resultará desde luego una dificultad adicional que esas actividades se propongan introducir criterios y modos de realizar el trabajo judicial que sean contrarios a la cultura y tradición imperantes en él. El fenómeno también nos muestra la mayor influencia que pueden tener aquellas actividades educativas que sean dirigidas o impartidas por jueces de los Tribunales Superiores.

Enseguida, parece necesario distinguir entre actividades propiamente de "formación" judicial y aquellas que llamaremos de "perfeccionamiento". Por actividades de formación aludiré, en lo que sigue, a aquellas que se dirigen a quienes se preparan para ocupar cargos judiciales, como una actividad previa a que ello ocurra. Con la expresión perfeccionamiento de los jueces aludiré, en cambio, a aquellas que se dirigen al personal judicial, o sea, a quienes ya desempeñan funciones judiciales. La distinción es relevante no sólo por la razón obvia de que la situación de aquel a quien van dirigidas las actividades educacionales será determinante para los objetivos que puedan perseguirse o resulten deseables de alcanzar, sino también por los otros fines que estos programas suelen pretender. Así, por ejemplo, como veremos más adelante, las actividades de formación, a diferencia de las de perfeccionamiento, suelen también establecerse como un modo adecuado de seleccionar a quienes ingresan a la carrera judicial.

Una tercera distinción podría efectuarse sobre la base de la ubicación del educando en la carrera judicial, siendo la distinción más importante aquella que diferencia entre la formación y perfeccionamiento de los jueces (en Chile, escalafón primario) y la que se dirige a los empleados de Secretaría (en Chile, escalafón secundario).

Si las dos distinciones anteriores se hacen sobre la base de aquellos a quienes están dirigidos los esfuerzos educativos, es decir, atendiendo a sus destinatarios, la que se describe a continuación pretende discriminar conforme al contenido de las actividades educativas que se realizan o programan. Tal

como se insinuara ya, estos esfuerzos o programas pueden proponerse objetivos muy diversos, pueden tener contenidos educativos muy dispares, y emplear metodologías muy diversas. Para analizar y caracterizar programas que pudieren tener tal variedad, parece necesario contar con algún método de clasificación que, al precio de simplificar un tanto la realidad, nos permita comprenderla mejor. Este objetivo, puramente metodológico como ya se dijo, procurará alcanzarse describiendo, en lo que sigue, algunos modelos posibles de formación y perfeccionamiento de los jueces, que luego servirán para estudiar los programas reales que se han dado, tanto en el caso chileno como en el resto de los países Iberoamericanos. Dejemos en claro entonces, desde luego, que estos modelos ideales no pretenden ser una descripción perfecta y adecuada de ninguna de las realidades que luego se abordarán, sino caracterizaciones ideales a priori para el estudio de la realidad. Para decirlo más simplemente, se trata de criterios que nos permiten ordenar esa realidad. Por supuesto que la validez de los modelos estará, en última instancia, en su utilidad, y ésta dependerá, en alguna medida, en su correspondencia con la realidad misma, por lo que, al describirlos, se irán avanzando algunos elementos descriptivos que abonan o justifican la adopción de estos modelos.

La caracterización de estos modelos teóricos se hará fundamentalmente a partir de los objetivos posibles de las actividades de formación y perfeccionamiento de los jueces. Ello porque los objetivos, implícitos o explícitos en toda actividad educativa que se proponga, constituyen el eje en torno al cual las restantes variables se ordenan. Son los objetivos, los que determinarán los contenidos, metodologías y modalidades de capacitación y perfeccionamiento que se habrán de postular como deseables.

Supuesto entonces que todo programa de formación y perfeccionamiento de los jueces puede caracterizarse en sus modalidades de contenido y metodológicas según los objetivos que implícita o explícitamente se proponga, resulta necesario ahora afirmar que tales objetivos son, a su vez, tributarios de las determinadas percepciones que se tenga sobre el quehacer jurisdiccional que es y aquel que se estima como deseable. Esto se explica si tenemos presente que todo programa de formación y perfeccionamiento de los jueces existe o se propone sólo en cuanto se estime: a) que la realidad del ejercicio de la función jurisdiccional presenta algunas deficiencias; b) que es posible postular un modelo ideal o, al menos, mejor, de ejercer la función jurisdiccional; y c) que es posible, a través de actividades educativas, acercar la brecha que media entre el modelo ideal o mejor y la realidad misma.

Omitiremos en lo que sigue el intento por describir las percepciones que sobre la realidad jurisdiccional resultan más frecuentes en Chile; por ser una materia que se aborda en un trabajo diverso a éste y que forma parte de este mismo

volumen¹, para formular entonces, con un fin puramente operativo y metodológico y con una caracterización ideal, según ya se ha dicho, los diversos modelos posibles de formación y perfeccionamiento de los jueces.

Teniendo presente la realidad chilena en particular y Latino-Americana, en general, nos parece que los esfuerzos de formación y perfeccionamiento de los jueces han respondido a tres grandes tipos de modelos. El primero es aquel que persigue como objetivo central adaptar mejor a los jueces al desempeño de las funciones que de hecho realizan al interior de un sistema, el que no se pretende cambiar; el segundo se propone más bien alterar el sistema de administración de justicia, a través de impulsar cambios conductuales en los roles de sus actores judiciales. Aunque formando parte de este último, por partir de un punto diverso y tener características peculiares, bien cabe distinguir un tercer modelo que, poniendo el acento en las funciones gerenciales o de administración de los jueces, se propone programas de formación y perfeccionamiento que tiendan a fortalecer las destrezas y habilidades gerenciales de éstos. En lo que sigue se desarrollan cada uno de estos modelos; para luego concluir este apartado con una referencia a otra importante función que, aunque no tiene carácter educativa, suele ser cumplida por los programas de formación; cual es la de proveer de un sistema adecuado para la selección del personal que ingresa a la carrera judicial.

1. El modelo de la adaptación.

Este primer modelo -que servirá para caracterizar muchas de las propuestas y experiencias de formación y perfeccionamiento judicial más tradicionales en Chile- se propone, como ya hemos dicho, adaptar mejor a los jueces al desempeño de sus tareas sin pretender alterar el sistema, sino más bien maximizarlo. Supone la voluntad de reafirmar la estructura y tradiciones judiciales, aunque perfeccionando su funcionamiento a través de jueces cada vez más adaptados a tales prácticas y tradiciones.

Este modelo resulta tributario y se corresponde con una determinada visión de la función jurisdiccional que por años ha resultado dominante en los países Latino-Americanos de habla Hispana. Me refiero a la doctrina de la escuela clásica de la exégesis que acompañó a las ideas que impulsaron la codificación. Ellas asignan al juez, como se sabe, un rol esencialmente pasivo y cognoscitivo. Entre sus fundamentos cabe destacar la percepción de la sociedad como susceptible de ser moldeada por la voluntad racional; la confianza en los mecanismos de separación de poderes y de representación política para

1 Véase el trabajo de Carlos Peña G. «Modernización del Poder Judicial» que se incluye en este mismo volumen.

expresar la voluntad nacional; la confianza también en la razón y su inicial desconfianza en la magistratura. Esta doctrina adscribió a la ley, fuente privilegiada, sino única -con la cual el derecho llegó a identificarse- las propiedades de claridad, precisión, coherencia y justicia. La ley es percibida en ella como un instrumento de configuración de la realidad social, para cuya aplicación no se hacia necesaria la intermediación de agentes creativos dotados de autoridad y legitimidad política, sino de funcionarios técnicos, dotados de rectitud para aplicar la ley, sin apartarse de su texto, expresión privilegiada de la voluntad nacional o popular. A partir de estos presupuestos filosófico políticos, simplemente esbozados², resultaba lógico predicar, como consecuencia necesaria, que la tarea de los jueces era sólo de tipo cognoscitivo, destinada a reconocer y aplicar las soluciones únicas o verdaderas para el caso en cuestión, previstas ya por la voluntad del legislador, expresión política legítima, que se manifiesta en las normas legislativas.

No obstante los progresos que se han hecho en la teoría de la función jurisdiccional y los estudios efectuados sobre la naturaleza del razonamiento y la justificación de las decisiones judiciales³, la cultura dominante en Latino-América sigue percibiendo y explicando la función de los jueces fuertemente influida por este modelo. Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas y no parece del caso extenderse aquí en ellas⁴.

De esta doctrina sobre la función jurisdiccional se sigue, lógicamente, un conjunto de objetivos para las actividades de formación y perfeccionamiento de los jueces, que constituyen nuestro primer modelo o tipo ideal de ellas. Conforme

- 2 Para un mayor desarrollo de los presupuestos de la escuela clásica de la exégesis pueden consultarse, entre otras, las obras de Francois Geny *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Moderno*, Editorial Reus, Madrid, 1925. Ernst Cassirer, *El Espíritu de la Ilustración*; Chaim Perelman, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Editorial Civitas, Madrid, 1979. Carlos S. Nino, *Introducción al Estudio del Derecho*, Astrea. Buenos Aires, 1980, págs. 328 y siguientes y John H. Merryman, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- 3 En el ámbito internacional, las obras son suficientemente vastas y conocidas para intentar aquí un listado. En el caso chileno, pueden citarse entre las principales el texto de Bernardo Gesche M. *Jurisprudencia Dinámica*, Editorial Jurídica de Chile, 1971; Fernando Fueyo L. *Interpretación y Juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Juris, Santiago de Chile, 1977; Agustín Squella, editor: *La Cultura Jurídica Chilena*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1988; Carlos Cerda Fernández, «El Perfil del Juez», en *Proyecto de Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, Tomo I, 1990 y los artículos de varios autores contenidos en los números 2 y 18 de la publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, editados en Santiago de Chile en 1987 y 1991 respectivamente.
- 4 Para un mayor desarrollo de las mismas, puede verse Jorge Correa S., «Formación de Jueces para la Democracia», en: *Revista de Ciencias Sociales* N° 34/35, Edeval, Valparaíso, 1992.

al paradigma ya descrito, lo que los jueces necesitan para desempeñar mejor sus tareas es un conocimiento acabado de las leyes que están llamados a aplicar. Ello define, a su vez, los contenidos y metodologías de enseñanza. Si lo que los jueces hacen es aplicar las leyes, un mejor juez es aquel que conoce más y mejor las leyes llamadas a resolver los casos sometidos a su competencia. Así, los contenidos de los programas de formación y perfeccionamiento de los jueces serán, entonces, los propios de la dogmática jurídica decimonónica: el conocimiento más vasto y extendido posible de la legislación vigente. Ello también define los métodos y modalidades de la enseñanza: si la solución de los casos se encuentra en la legislación, lo que los jueces requieren para perfeccionarse es la existencia de cursos donde ellos puedan aprender de aquellos que saben más acerca de la legislación vigente. La dogmática que se enseñará será fundamentalmente aquella que no se cubre adecuadamente en los planes de estudio en las Escuelas de Derecho, o aquella legislación que ha cambiado y cuyos contenidos deben entonces ser actualizados.

Un buen ejemplo de esta concepción de la enseñanza del derecho vino a darla precisamente un juez chileno: En una de las pocas ocasiones en que el Presidente de la Corte Suprema de Chile se ha referido a la enseñanza Universitaria del Derecho, lo hizo para hacer una dura crítica a contenidos y metodologías innovativas de enseñanza que se ensayaban en Universidades Chilenas. Dijo: "Es necesario que los estudiantes aprendan nuestra realidad legal en todas las materias referidas (ordenamiento jurídico positivo) y que no se les enseñe meras teorías que ninguna trascendencia van a tener en la vida profesional. Nuestro derecho positivo es lo suficientemente vasto y diversificado para que ocupe los años de estudio de nuestros abogados..."⁵

Definidos así los objetivos, contenidos y metodologías de la formación y perfeccionamiento judicial, cabe consignar que la realización de estas actividades no suelen asociarse con grandes esfuerzos investigativos ni de etapas de preparación muy sofisticadas o especializadas. Las estructuras de los organismos encargados de formar y capacitar jueces requieren, en este modelo, fundamentalmente desplegar esfuerzos con el objeto de cooptar a los mejores profesores, es decir, a aquellos que más saben dogmática, y ponerlos en contacto con jueces que carecen de esos conocimientos.

Demás estaría señalar que quienes propugnan, habitualmente, este modelo, basado en la doctrina de la escuela de la exégesis, suelen compartir también una visión relativamente conservadora y más o menos satisfecha como diagnóstico de la realidad jurisdiccional. Sus críticas al sistema consistirán fundamentalmente en que los jueces no saben suficiente derecho, de tal forma que, si las

5 Discurso de Inauguración del año judicial de 1976, publicado en el Diario Oficial de 6 de mayo de 1976.

actividades de capacitación y perfeccionamiento tienen éxito y logran el objetivo de diseminar conocimientos dogmáticos, ello producirá un automático mejoramiento de la función jurisdiccional.

2. El modelo del cambio

Un segundo modelo de los programas de formación y perfeccionamiento de jueces es aquel que, fundamentalmente se propone alterar y mejorar el sistema de administración de justicia, intentando provocar cambios conductuales en los propios jueces. Este segundo modelo no pretende tanto adaptar a los jueces al sistema sino intentar la modificación del mismo, formando y perfeccionando a jueces que sean capaces de alterarlo.

Este segundo programa es también tributario y se corresponde con una determinada visión de la función jurisdiccional que responde a las teorías que más modernamente se han formulado a este respecto. Las teorías modernas acerca de la función jurisdiccional y de la tarea interpretativa de los jueces, aunque muy variadas⁶, tienen en común reconocer que la tarea judicial es de naturaleza cognoscitiva y volitiva a la vez, tanto en la conducción del proceso, como en la decisión misma del asunto, ya sea porque el juez debe -habitualmente- optar entre diversas alternativas interpretativas que el lenguaje legal deja abiertas, ya porque se entiende que fallar conforme a derecho aparece como una cuestión más amplia y compleja que la de seguir la voluntad del legislador. Para estas teorías, la concepción del derecho y de las fuentes del mismo es la de una realidad dinámica y compleja donde el juez no encuentra en la ley una fórmula que debe sin más aplicar a casos, sino, pautas, configuradas por las diversas fuentes del derecho, que constituyen una manifestación de opciones valóricas, opciones a las que el magistrado -obligado a resolver conforme a derecho- debe ser fiel en los resultados prácticos que se derivarán de su decisión. Desde esta perspectiva, el buen juez no es aquel que mejor conoce las formulas legales que debe aplicar a los casos, sino aquel que conociendo la tradición jurídica, manifestada en la legislación, principios generales del derecho, doctrina, principios de equidad y costumbres dominantes, es capaz de crear soluciones normativas a los casos particulares que, siendo fieles a aquella tradición, resultan también las más adecuadas para alcanzar los valores jurídicos socialmente dominantes en un momento histórico determinado⁷.

Esta percepción del derecho y de la función jurisdiccional resulta cada vez

6 Para una exposición de ellas puede consultarse a Luis Recasens Siches. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Editorial Porrúa, México, 1980.

7 Para una discusión de este punto; y, en una posición moderna parcialmente contraria a la aquí descrita véase la obra de Ronald Dworkin.

más compartida entre los que pudiéramos denominar sectores renovadores del pensamiento jurídico Latino-Americano, especialmente agrupados en el mundo académico. Estos académicos tuvieron un especial impulso al recibir financiamiento para sus investigaciones y trabajos a fines de los años 60 y comienzo de los 70 desde los Estados Unidos de Norte América, en lo que dio en llamarse el movimiento "Law And Development"⁸.

Desde el momento en que se asume esta visión acerca del derecho y de la función jurisdiccional, resultará lógico propugnar, como consecuencia, objetivos bien diversos a los del paradigma anterior, para las actividades de formación y perfeccionamiento de los jueces. Desde esta percepción se entiende a los jueces como sujetos que influyen más o menos decisivamente en la configuración y creación del derecho, conduciendo los procesos y tomando las decisiones finales de los asuntos sometidos a su conocimiento con un grado importante de libertad y de responsabilidad en los planos jurídico, ético y social. El modelo asume que la conducta de los jueces resulta configuradora de la realidad jurisdiccional y que esta conducta no resulta determinada sino sólo influida, en parte, por la legislación vigente. Los objetivos a alcanzar en este modelo serán entonces los de influir en los valores, creencias y prácticas de los jueces para que estos, tanto en la conducción del proceso como en sus decisiones finales, procuren que el sistema jurisdiccional, como un todo, alcance fines que se estiman deseables. Entre los fines deseables a alcanzar en la conducción del proceso este modelo suele procurar aquellos que típicamente se agrupan bajo la denominación de debido proceso legal, tales como los de accesibilidad, oportunidad, bilateralidad de la audiencia, igualdad de las partes, etc. En cuanto a objetivos deseables en la decisión final de los jueces, entre quienes participan en este modelo, suelen típicamente propugnarse los de promoción y protección de los derechos humanos. Estos objetivos no necesariamente deben plantearse como un programa ideológico de contenidos claros y prefijados, sino que pueden perfectamente postularse, y así ocurre muchas veces, en la práctica, como un objetivo de llevar a los jueces a reconocer su propia capacidad creativa y a discernir entre diversas alternativas sin opciones pre-fijadas entre ellas. Así las actividades de formación y perfeccionamiento no necesariamente llevan implícita una idea preconcebida de cual es el modo más adecuado en que los jueces deben actuar. Una buena expresión de estas ideas se encuentra en la convocatoria a una de las jornadas más interesantes que se han desarrollado en

8 Para una explicación de este movimiento y de su declinación puede consultarse John Henry Merryman, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*. *The American Journal Of Comparative Law*. Vol 25, 1977.

En el caso chileno institución que recibe el apoyo y reúne al movimiento intelectual de renovación es el Instituto de Docencia e Investigación Jurídica. sus múltiples publicaciones se encuentran consignadas en los «Boletines del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica».

Chile con jueces civiles. Decía : "Las jornadas no son clases acerca de conocimientos acotados que profesores puedan impartir a los jueces. Por el contrario, en ellas se trata de examinar, a partir de la experiencia, las actuaciones judiciales, a objeto de que cada participante pueda preguntarse acerca del modo de perfeccionar su propio quehacer".⁹

Los contenidos de la enseñanza en este modelo resultan también más amplios que en el caso anterior. Si el juez es un creador de decisiones al interior de una determinada tradición jurídica, el mejor desempeño de sus funciones no se alcanzará con el sólo aprendizaje de la legislación vigente. Será necesario que el juez tenga, y por tanto las actividades de formación y perfeccionamiento le proporcionen, un conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas para conocer mejor todas y cada una de las fuentes del derecho, la realidad social que se ve afectada por las decisiones jurisdiccionales y, por último, las opciones axiológicas que informarán sus decisiones y habrán de ser alcanzadas a través de su tarea. Los contenidos de la enseñanza habrán de cubrir así las dimensiones normativas, fácticas y axiológicas del fenómeno jurídico; y, entre las normativas, considerar no sólo la legislación, sino todas las fuentes del derecho, así como las destrezas y habilidades para acceder mejor a ellas.

Los métodos de enseñanza en el presente modelo serán también más complejos. Si las soluciones a los casos no se encuentran, conforme a este paradigma, claramente preestablecidas en la ley, si no hay soluciones verdaderas en el plano jurídico, si hay varias opciones posibles que pueden ser juzgadas de más o menos razonables; si el derecho del caso concreto no preexiste en la legislación sino que debe ser encontrado en un proceso dinámico y complejo que lleva habitualmente a varias soluciones posibles, la metodología de la formación y perfeccionamiento de los jueces habrá de ser necesariamente activa, involucrando al "educando", es decir, al juez, en ejercicios en que colectivamente el derecho es buscado por varios y donde resulta posible analizar y discutir las bondades y defectos de las varias soluciones posibles. Típicamente, se emplearán metodologías tipo paneles, seminarios o talleres, en que el derecho no es dicho por uno que lo sabe, sino buscado por los propios educandos que quieren encontrarlo.¹⁰

Las estructuras de los organismos destinados a realizar actividades de formación y perfeccionamiento judiciales se tornan también más complejas en

9 La convocatoria se contiene en Proyecto de Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial. Tomo III, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1991, pág. 196.

10 Entre las experiencias chilenas que emplean esta metodología pueden citarse las realizadas por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, especialmente su taller sobre el razonamiento judicial y varias de las emprendidas conjuntamente por el Instituto de Estudios Judiciales, la Asociación Nacional de Magistrados y la Corporación de Promoción Universitaria. Ellas serán referidas en el acápite final de este trabajo.

este modelo. Las actividades de formación y perfeccionamiento deben ser precedidas, o al menos acompañadas, de actividades de investigación que permitan un mejor conocimiento de los valores, opciones y percepciones dominantes en los jueces, la confección de materiales que sean aptos para desarrollar la metodología antes descrita, elaborando, por ejemplo, casos hipotéticos o reales en los que se discutirán todos los aspectos antes señalados o literatura que permita a los propios jueces comprender como, en sus actividades diarias, cuentan con los grados de libertad y responsabilidad que este modelo sostiene, conforme a la teoría de la función jurisdiccional que lo sustenta. Las actividades habrán de ser sistemáticamente evaluadas, pues el logro de los objetivos: cambios conductuales, resultarán bastante más difíciles de apreciar que cuando sólo se procura un mayor conocimiento de la legislación vigente.

Estos objetivos de formación y perfeccionamiento de los jueces suelen ser propugnados por aquellos que tienen una visión crítica del funcionamiento del sistema jurisdiccional y especialmente de la cultura dominante entre los jueces, las que proponen entonces cambiar, al menos en parte, a través de actividades de formación y perfeccionamiento.

3. El modelo gerencial

No obstante que lo que denominaremos modelo gerencial y explicaremos a continuación pueda entenderse como una modalidad del modelo de transformación o cambio que acabamos de describir, su peculiar punto de vista y características así como la fuerza que ha ido adquiriendo en Hispano América en el último quinquenio¹¹, hacen razonable dedicarle un acápite aparte. En este modelo, los objetivos que se persiguen consisten fundamentalmente en la formación de destrezas y habilidades administrativas del juez, para que éste pueda manejar mejor la unidad judicial que está a su cargo, entendida como una empresa de servicio público.

Este modelo, a diferencia de los dos anteriores, no resulta tributario de una determinada visión acerca de la función jurisdiccional, sino que encuentra sus fundamentos al destacar la función de proveedores de un servicio público que se asigna y espera del subsistema judicial. Esta visión no se detiene tanto en la calidad de las decisiones judiciales, sino en la oportunidad de las mismas, o sea, en la capacidad del sistema judicial para dar respuesta a las demandas que le

11. La experiencia ha sido principalmente impulsada por la Agencia para el Desarrollo de los Estados Unidos de Norte-América, quien ha estimulado y financiado trabajos de investigación y líneas de acción en este tema a través de la I.L.A.N.U.D. en Centro-América; de F.E.S. y S.E.R. en Colombia y recientemente de la Corporación de Promoción Universitaria en Chile. Proyectos algo menores han sido impulsados en Argentina, (F.O.R.E.S.), Uruguay y otros países del continente.

plantea la población, y especialmente a la cobertura del servicio, la celeridad con que éste se presta y la eficiencia en la implementación de sus decisiones. Fuertemente influida por la corriente modernizadora de la economía y de las estructuras estatales, esta visión pretende incorporar conceptos modernos de administración a los Tribunales de Justicia. El juez es visto, fundamentalmente, en su dimensión de responsable de un servicio que debe prestarse a la población de manera accesible, oportuna y eficiente.

Es en los últimos cinco o seis años que en Hispano-América ha cobrado especial impulso la atención a esta dimensión de la función judicial. En ello ha tenido una especial influencia los Estados Unidos de Norte América, donde la noción de administración de Tribunales ha adquirido una especial relevancia, hasta constituir lo que pudiéramos denominar una disciplina propia. Ese país, especialmente a través de sus agencias oficiales en el campo cultural, ha incentivado esta preocupación, asignando fondos a países Ibero-Americanos tendientes a la investigación e implementación de políticas en materia de administración de Tribunales¹². Si bien tales experiencias aún no inician lo que propiamente pudiéramos denominar una línea propia de capacitación judicial, esto probablemente no tardará en producirse.

Percibido el juez en su dimensión de gerente o encargado de una empresa llamada tribunal, cuya función es prestar servicios al público, las actividades de formación y perfeccionamiento tendrán como objetivo formar en él las destrezas y habilidades administrativas que le permitan un mejor manejo de los recursos financieros, de personal, tecnológicos o de otro tipo que se encuentren a su alcance, para lograr con ello una mayor eficiencia en la prestación de este servicio.

A este objetivo se corresponderán contenidos y metodologías acordes de enseñanza. Normalmente los primeros se vincularán con la transmisión de conocimientos, y la formación de destrezas y habilidades de carácter administrativo. Así por ejemplo, organización de un juzgado, dirección de personal, manejo de tecnologías modernas como computación y otras, el mejor manejo del tiempo propio y otras de similar naturaleza. Las metodologías resultarán aquí variadas pero especialmente tenderán a privilegiarse aquellas que se realizan en el propio lugar de trabajo, aportándose, por el programa educativo observaciones que el juez podrá adoptar para mejorar la eficiencia de sus servicios.

En este modelo, las organizaciones que brindan formación y perfeccionamiento judicial deberán también necesariamente desplegar, o, al menos, conocer a fondo, los esfuerzos de investigación y de políticas públicas que paralela o previamente deben desplegarse. En efecto, para enseñar a administrar mejor una unidad jurisdiccional, será necesario tener, en primer lugar, un conocimiento

acabado de la realidad administrativa de los tribunales y luego desplegar o proponer políticas para su mejoramiento, adaptando técnicas administrativas que resulten adecuadas. Solamente una vez que se hayan respondido las preguntas anteriores relativas al conocimiento de la realidad administrativo judicial y de las técnicas más apropiadas para perfeccionarlas, será posible desplegar racionalmente esfuerzos de formación y perfeccionamiento que tiendan a esos mismos fines.

Estos tres modelos, con sus justificaciones teóricas, objetivos, contenidos y metodologías para los programas de formación y perfeccionamiento de jueces constituirán en lo que sigue de este trabajo, referentes que nos permitirán caracterizar las actividades de formación y perfeccionamiento reales que habremos de describir. Naturalmente, ninguna de las propuestas de las que dará cuenta este trabajo podrán identificarse plenamente con algunos de los tres modelos ideales antes descritos. Todas ellas, inevitablemente, habrán de participar de algunas de las características de estos modelos puros que aquí se han expuestos, aunque sin una perfecta correspondencia con ellos. Típicamente, si bien de modo dominante habrán de corresponderse con uno de ellos, con frecuencia participarán de características propias de otro modelo. Sin embargo, será habitual en el trabajo que siga que mencionemos que una propuesta se corresponde con el modelo tradicional de adaptación, con el más moderno de cambio o innovación o con el administrativo o gerencial. Creemos que estos son modelos válidos para el análisis y que los marcos teóricos acerca de la función jurisdiccional a que ellos responden se vinculan con las visiones tradicional y modernas que, acerca de la función jurisdiccional, pugnan por ser dominantes en la cultura jurídica hispano-americana¹³.

Pero, antes de pasar a nuestro siguiente apartado parece aun necesario referirse a un objetivo diverso que suelen perseguir los programas de formación y perfeccionamiento judicial y que consiste en proveerse de un mecanismo adecuado y objetivo de selección y promoción del personal judicial. Estos objetivos no pueden entenderse incluidos en ninguno de los tres modelos antes referidos, pues, a diferencia de ellos, no constituyen una finalidad educacional, resultando así compatibles con cualquiera de esos tres modelos. Aludiremos, en primer lugar, a los objetivos de selección que suele asignarse a los programas de formación, para concluir luego con algunas referencias a los fines de regulación de la promoción que pueden tener los programas de perfeccionamiento.

Tanto en Francia como en España, las Escuelas Judiciales cumplen la función de seleccionar a quienes ingresan a la carrera judicial. Para que ello ocurra, es necesario que el paso por esta etapa de formación sea un requisito

13 Para un análisis más a fondo de este tema en el caso chileno, puede verse Jorge Correa: «La Cultura Jurídica chilena en relación a la función judicial» en *La Cultura Jurídica Chilena*, op. cit., nota 3.

necesario para el ingreso a la carrera, aun cuando se puedan establecer excepciones. Cuando ello no ocurre así, la Escuela deja, desde luego, de cumplir con esta función, y el programa de formación que ella imparte pierde parte importante del atractivo para postular a él, del momento que su aprobación no garantiza el ingreso a la carrera. El relativo fracaso de algunos esfuerzos en Ibero-América se ha visto fuertemente influido por este hecho.

Cuando el paso por la Escuela Judicial sí constituye un requisito para el ingreso a la carrera judicial, una primera y principal fase de selección se verifica en el proceso de postulación a la Escuela Judicial, donde, a través del examen de ingreso puede medirse, con más o menos grado de objetividad y certeza, a los postulantes más idóneos. En el egreso de la Escuela puede seguirse una segunda forma de selección. Aquí los modelos difieren. Una primera alternativa consiste en desaprobar o rechazar el ingreso a la carrera sólo de aquellos que la Escuela estima como inidóneos o no aptos para el ejercicio de la profesión judicial. Un segundo sistema puede consistir en uno de competencia, donde sólo ingresen a la carrera judicial un porcentaje de los mejores graduados en la Escuela. Este es el mecanismo ideado para la Escuela Judicial Chilena, según veremos más adelante. La primera alternativa supone el ingreso a la Escuela de un número de postulantes igual a las vacantes que ofrece el sistema judicial. En el segundo caso, tal ingreso deberá ser mayor. La opción entre una y otra alternativa supone la consideración de todos los aspectos positivos y negativos de los procedimientos competitivos de formación. En el caso judicial, reviste especial importancia el hecho que el sistema competitivo parece tender a uniformar a los educandos y a minar el aplomo y seguridad en sí mismo que luego será necesario el juez despliegue en el ejercicio de sus funciones. El modelo de no competitividad puede aceptar ésta en parte; en cuanto, aun garantizando el ingreso a la carrera judicial de todos los egresados de la Escuela que hayan sido calificados como idóneos, puede permitir que estos compitan por los diversos puestos disponibles según el orden de sus calificaciones¹⁴.

El sistema de ingreso a la carrera judicial por la vía objetiva de un buen rendimiento comparativo o de una calificación de suficiencia en la Escuela Judicial resulta especialmente atractivo para la profesionalización de la judicatura en Ibero-América, siempre sometida a los avatares y riesgos de influencia y corrupción.

Una segunda cuestión que será importante de considerar cuando la Escuela Judicial cumple con esta función de selección consiste en la posibilidad de tener a los estudiantes de la Escuela como miembros de la judicatura y de permitirles

14 En los proyectos chilenos en general se contemplan tanto la eliminación de un porcentaje como la opción a cargos según rendimiento. El modelo Francés no tiene el mecanismo de eliminación por rendimiento.

o no, por consecuencia, de alguna remuneración y de otros privilegios propios del cargo.

Cuestión diversa a la ya referida consiste en la incidencia que los procesos de perfeccionamiento pueden tener en la promoción de los funcionarios judiciales a cargos superiores. Las alternativas son múltiples y resultan de la combinación de dos factores. Por un lado de la gravitación relativa que puedan tener la participación en estas actividades de perfeccionamiento en la promoción o ascenso; y, por otro, de si resulta o no calificado el desempeño de los jueces en ellas. La dignidad del cargo judicial lleva, por lo general, a descartar la idea de calificaciones competitivas en procesos de perfeccionamiento para definir ascensos. En cambio, es perfectamente posible establecer que ciertas actividades educativas constituyan un pre-requisito para ascender o para asumir cargos superiores en el Poder Judicial.

III. LAS INSUFICIENCIAS QUE, PARA LA PREPARACION DE LOS JUECES, PRESENTA LA FORMACION UNIVERSITARIA DE PRE-GRADO

1. Introducción

Como ya se ha insinuado en la introducción de este trabajo, en aquellos sistemas en que el ejercicio de la función jurisdiccional supone la obtención previa del grado de licenciado en Ciencias Jurídicas o en Derecho otorgados por Universidades, el hecho de proponer, impulsar o realizar actividades educativas para los jueces, especialmente aquellas que hemos denominado de formación, supone necesariamente afirmar que la educación universitaria que estos han recibido, como requisito para postular a sus cargos, resulta insuficiente para preparar adecuadamente a un juez, con las peculiaridades que este cargo presenta. Si alguien afirma que los jueces necesitan de una etapa de formación especial antes de ejercer los cargos, ello implica sostener necesariamente que la que les fue proporcionada por las universidades, durante sus estudios de pre-grado, resultó insuficiente para iniciarse en la carrera. Los proyectos de formación judicial habrán de justificarse, a su vez, en la medida en que ellos proporcionen aquello que le faltó a la educación universitaria de pre-grado para preparar adecuadamente a un juez que se inicia.

Lo anterior parece suficiente para que un trabajo que pretende describir los esfuerzos de formación y perfeccionamiento de los jueces se detenga, en forma previa, en una descripción de las cualidades e insuficiencias de la formación universitaria como actividad preparatoria en el ejercicio de cargos judiciales. Hay además una segunda razón por la cual se justifica detenerse en una descripción de las actividades de formación universitaria. Ella consiste en que, cualquiera sean los esfuerzos que se desplieguen en la formación de jueces, ellos habrán

de ser siempre un complemento menor, al menos en tiempo, de aquel que se llevará a cabo en los estudios regulares de Derecho. Caracterizar estos estudios entonces -aunque exista una Escuela Judicial- implicará siempre describir parcialmente la formación y perfeccionamiento que reciben los jueces.

Hechas las justificaciones anteriores, el presente capítulo pretende hacer una breve y sintética descripción de los estudios de Derecho en Chile, en cuanto ellos puedan resultar más o menos adecuados para la formación de la profesión judicial.

Desde luego, resulta necesario anotar que, para optar a los cargos de Secretario de un Juzgado o de Relator de Corte con que se inicia la carrera judicial en Chile, los postulantes deben tener el título de abogado; para cuya obtención, a su vez, resulta requisito habilitante el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales que otorgan las Universidades, a través de sus Escuelas de Derecho o Facultades de Ciencias Jurídicas. A falta de una Escuela Judicial y teniendo presente que los esfuerzos de formación y perfeccionamiento judiciales han sido relativamente recientes y aun asistemáticos en Chile, como se expondrá en el capítulo siguiente, debe tenerse presente entonces que la formación preparatoria de los jueces se ha realizado fundamentalmente por las Facultades de Derecho. Sería de presumir, asimismo, que estos estudios, aun cuando se cree una Escuela Judicial o se multipliquen las actividades de formación de los jueces, seguirán siendo un pre-requisito para el ingreso a la carrera judicial, manteniéndose, entonces, como el proceso más extendido y sistemático de educación especializada que habilitará a un juez para ejercer su cargo. En efecto, los proyectos en discusión sobre Escuela Judicial en Chile, propugnan un período de preparación de entre seis meses y un año, y establecen como requisito para acceder a ella detentar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas que proporcionan las Escuelas de Derecho y para los cuales debe aprobarse un conjunto de asignaturas, cuyo desarrollo toma al menos el plazo de cinco años, así como el cumplimiento de algunos otros requisitos que requieren de dedicación de entre seis meses y un año según la Universidad de que se trate.

2. Caracterización de los Estudios de Derecho en Chile.

a) Breve reseña histórica

La descripción de los estudios universitarios de pre-grado, en cuanto a sus cualidades y deficiencias para formar jueces, tanto en sus objetivos como en sus contenidos y metodologías nos llevará a caracterizarles como fundamentalmente correspondientes al modelo tradicional de adaptación que en el capítulo anterior se ha delineado.

En Chile los programas de enseñanza del Derecho y sus modalidades de

aplicación son fundamentalmente homogéneos en las diversas escuelas en que ellos se imparten¹⁵. Tales programas y modalidades hoy dominantes vienen a instaurarse en Chile en la década del 30 del presente siglo; y, no obstante algunos intentos por alterarlos, ocurridos a fines de la década del 60 y comienzos del 70, ellos se mantienen relativamente iguales desde la primera época.

Al estudiar el desarrollo de la enseñanza del Derecho en Chile, también es posible apreciar dos modelos que se han encontrado en constante pugna. El primero se propone la formación de un hombre público, habitualmente de un nuevo hombre público, que se postula como necesario para el país. Es éste un modelo. Se asigna a las Facultades de Derecho un rol político protagónico de transformar la realidad, formando líderes sociales y políticos dotados de una cultura y unos valores que, se postula, el país entero necesita. El segundo modelo, en cambio, es de corte profesional, o como suele decirse peyorativamente, profesionalizante. Se pretende aquí formar a un abogado más que un hombre público, funcional a un sistema social relativamente asentado y aceptado por quienes propugnan éste modelo, al cual el abogado se incorpora para servirlo y perpetuarlo más que para cambiarlo.

Estos dos modelos, explicados del modo sobre-simplificado que se ha hecho, se han encontrado en una relativa pugna que ha resultado ya constante en la historia de Chile. De algún modo, ellos conviven en relativa paz hasta 1850. Mientras la tarea de formar el hombre público, cuido y político se encuentra a cargo de la Universidad de San Felipe, y luego en la historia republicana en el Instituto Nacional y en la naciente Universidad de Chile, la tarea de la formación de conocimientos, destrezas y habilidades profesionales se realiza fundamentalmente a través de la Academia de Leyes y Práctica Forense o en los propios estudios de los abogados¹⁶. A comienzo del siglo 20, y por influencia fundamentalmente de don Valentín Letelier, un nuevo programa de enseñanza del Derecho se impone en la Universidad de Chile, el cual también apunta a la formación de un hombre público; esta vez con más énfasis en los valores republicanos y liberales. Como señala uno de los estudiosos del período, el nuevo programa "da amplia acogida al establecimiento de nuevas cátedras de tipo social, económico, histórico y filosófico, rompiendo la idolatría legal, para considerar al derecho como fenómeno social y examinarle paralela o conjuntamente con disciplinas como la hacienda pública, la medicina legal, el derecho industrial y agrícola, la historia general del derecho y la filosofía del derecho, más algunas otras disciplinas históricas, sociológicas, de derecho comparado y

15 La apreciación se funda en una somera revisión de los planes y programas de enseñanza del Derecho, tanto en Escuelas del sistema público como privado.

16 Para una historia de la formación de los abogados en el período, véase Hernán Espinoza A. *La Academia de Leyes y Prácticas Forense 1778-1850*, Editorial Jurídica de Chile Santiago, 19.

profundizado, optativas para los alumnos"¹⁷. A través de este programa, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se preocupa especialmente de la defensa y sustentación del ideario político e ideológico que da forma a la gran obra codificadora que se viene y continuará realizando en el país. Para su defensa se requiere formar un hombre público, republicano y liberal, de vasta cultura, instruido no sólo en las Ciencias Jurídicas, sino con noticias suficientes en las demás disciplinas sociales y especialmente de la economía, hombre liberal que ya no estudia sólo el derecho natural como fundamento único y necesario de los derechos positivos sino que, habiendo rechazado el "oscurantismo religioso", es capaz de encontrar otros fundamentos, "más científicos" que sirven de base y explican el fenómeno jurídico. El que se pretende formar, es, en definitiva, un hombre capaz de comprender y sustentar el ideario político e ideológico de la obra codificadora.

Asentada la obra codificadora y una vez que ya se ha producido una importante reflexión dogmática en torno a ella, ya no aparece tan claramente necesaria la formación de este hombre público empapado del ideario que había dado sustento a dicha empresa. Ya no era necesario apoyar ideológicamente una obra que se encontraba relativamente asentada. Era necesario más bien formar servidores para ella, colaborando a su adecuada implementación y operatividad. El nuevo modelo de enseñanza tiende más bien a la formación de un abogado que sea capaz de practicar al interior del sistema. Hacia 1920, y definitivamente hacia mediados de la década del 30, la función primordial que el nuevo modelo universitario parece asignar al abogado es la de servir al sistema, la de sustentarlo, con una práctica adecuada que permitiera su rutinario desenvolvimiento. Los contenidos de la enseñanza son propiamente de derecho positivo, ahora enriquecido por una dogmática que ha sistematizado los códigos. Las Escuelas de Derecho se concentran entonces en transmitir, más que en cultivar el conocimiento dogmático acerca del derecho positivo y especialmente del derecho positivo codificado; y, dentro de éste, con predominio absoluto del derecho privado por sobre el público¹⁸.

Este modelo, cuyas características más específicas en cuanto al contenido y metodologías de enseñanza desarrollaremos más adelante, por encontrarse aun vigente en nuestros días, se ve desafiado, a comienzos de los años 70, por un nuevo programa de enseñanza que ahora caracterizaremos. Esta tendencia innovadora se corresponde fuertemente con el modelo de la formación del hombre público al que ya hemos hecho alusión. Esta vez, quienes propugnaron

17 Anibal Bascuñán V., *Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, págs. 33 y 34.

18 Un análisis de esta realidad puede verse en la ponencia de Antonio Bascuñán realizada y publicada por el Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea en «*La Enseñanza del Derecho en Chile*», Santiago de Chile, 1987.

el nuevo programa partieron del diagnóstico de que el Derecho se encontraba en crisis, especialmente por no haber sido capaz de incorporar los conocimientos que se desarrollaban en las otras Ciencias Sociales y por ser un elemento más bien reaccionario, o al menos conservador, frente al proceso de cambios que se vivía en el país, lo que se debería fundamentalmente al rol reproductor y conservador que jugaba el sistema de enseñanza del Derecho. Entre otras cosas, se acusó a este de incorporar insuficientemente el derecho público y el derecho social a través del cual encontraban su cauce el proceso de reformas políticas y sociales propias de aquel período. Tras este nuevo proyecto se encontraron naturalmente muchos de los presupuestos ideológicos propios de la década del 60, tales como la simpatía por el proceso de cambios, y una enorme confianza en que desde el Estado resultaba posible instaurar un nuevo orden económico y social más justo. Asumiendo estos supuestos, se propugnó nuevamente la formación de un abogado que se transformara en un líder del proceso de cambios. Significativas resultan a este respecto las palabras de un ex-Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile quien sostiene que "las Facultades de Ciencias Jurídicas, Administrativas y Sociales de las distintas Universidades, mediante la concreción de un esfuerzo reformista global, pueden constituirse en las auténticas y dinámicas instituciones autónomas, democráticas, pluralistas, críticas y creadoras del pensamiento jurídico, político y social de los países y en los centros principales de investigación y desarrollo de las Ciencias Sociales"¹⁹. Tal vez la frase más repetida en la reforma a los estudios del Derecho de mediados de los 60 es la que "el abogado ha de ser el arquitecto de la nueva sociedad"²⁰. Conjuntamente con esta nueva propuesta, el proceso de reforma de los estudios del Derecho, y especialmente el que se verifica a comienzos de los años 70 en la Universidad de Chile, se ve acompañado también por algunos cambios metodológicos en la enseñanza que tienden a la formación de destrezas y habilidades profesionales que se intentan obtener a través de metodologías más activas de enseñanza, con las cuales el cuerpo académico se va familiarizando a través de las actividades del "Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas"²¹. La efervescencia universitaria propia del período y los cambios políticos radicales que se viven en el país hacen desordenado y hasta caótico los resultados de este movimiento. El golpe de Estado de 1973, aunque no de inmediato, viene a clausurar radicalmente este proceso. Como señala uno de los principales actores y propulsores de este proyecto de reformas de los años 60 y 70 "en la perspectiva de los últimos

19 La frase corresponde a Máximo Pacheco G. quien la cita en su libro *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 550.

20 El término es reiterado en varios de los discursos de la época, los que pueden ser consultados en la obra de Roberto Mayorga L. *La Reforma de 1966 a los Estudios Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

21 Véase nota 8.

cincuenta años, la reforma de los estudios del Derecho intentado entre los años finales de la década del 60 y los iniciales de las del 70 es más bien anecdótica²². Si bien me parece que la frase recién transcrita resulta certera en cuanto miremos el objetivo de creación de un nuevo líder social que el proceso se propone, no es menos cierto que algunas de las características de enseñanza más activa y más práctica del derecho tienen alguna persistencia, aunque tenue hasta nuestros días.

b) Características del Sistema de Enseñanza en actual Vigencia.

Pero, ¿cuáles son las características del programa de enseñanza del Derecho que se instaura a mediados de la década del 30 y se reinstaura hasta nuestros días desde mediados de la década del 70?. Hecha ya una breve explicación histórica de su instauración, se hace necesario entrar más morosamente al estudio de sus contenidos y metodología de enseñanza, lo que nos llevará a hacer algunas referencias a la estructura de la profesión académica en que ellos se sustentan. Toda esta descripción se hará de modo sintético y teniendo especialmente a la vista que ella habrá de servirnos para calificar luego sus fortalezas y debilidades en la formación de jueces.

En cuanto a los objetivos específicos del proceso de enseñanza y aprendizaje que se propone alcanzar este programa, ellos se caracterizan por un fuerte privilegio de lo cognoscitivo por sobre lo afectivo y sicomotor; y, dentro de lo cognoscitivo, los objetivos se reducen al aprendizaje de las leyes y especialmente de las leyes codificadas, las que se pretende el alumno conozca y memorice, sin que necesariamente se pretenda alcanzar capacidades para inferir nuevos conocimientos, analizarlos críticamente, reestructurarlos analíticamente o alcanzar otros objetivos de naturaleza también superior a los del mero conocimiento y memorización. Una excepción, aunque limitada y parcial a esta característica se establece con los programas de investigación y enseñanza clínica que suelen encontrarse incorporados en los últimos años de los estudios de Derecho. La actividad de investigación obliga al estudiante a realizar una memoria o tesis de pre-grado que debiera teóricamente adiestrarlo en funciones investigativas que implicarían el desarrollo de objetivos que van más allá del mero conocimiento y memorización, pues implican la capacidad de adquirir nuevos conocimientos, de comprenderlos y exponerlos sistemáticamente, además de los que suelen establecerse como objetivos explícitos de esta actividad, tales como el de analizar críticamente alguna institución jurídica. Sin embargo, la ubicación de esta actividad de investigación hacia el final de los estudios de derecho, y la carencia de profesores guías con dedicación suficiente

22 Andrés Cúneo M. «Adecuación de la Enseñanza Universitaria de Derecho para la Formación de los Jueces». Mimeografía, 1990, pág. 2.

a ellas, suelen dejar a los alumnos entregados excesivamente a su propia suerte, lo que se transforma, en definitiva, en que las Universidades no enseñan a investigar sino que, en el mejor de los casos, evalúan las cualidades que los alumnos pueden haberse formado en otras instancias. Los programas de enseñanza clínica, por su parte, incorporados en la mayoría de las Facultades de Derecho que ya han alcanzado cinco o más años de funcionamiento en el país, obligan al alumno a atender casos reales o hipotéticos, procurándose así objetivos integradores de diversas ramas del Derecho, así como la formación de destrezas y habilidades propias del ejercicio profesional²³. Sin embargo, el carácter aislado de esta asignatura que dura habitualmente un semestre o un año, así como los escasos recursos financieros que suelen asignarse a su implementación, la constituyen en un fenómeno aislado y relativamente poco significativo en medio de un programa de estudios que, como ya se dijo, espera que el alumno "sea capaz de reproducir, con un grado variable de énfasis en la memorización, el contenido de los principales cuerpos normativos codificados"²⁴.

La formación de las que hemos denominado destrezas de carácter administrativo o gerencial y que hemos caracterizado, para los jueces, como el adecuado manejo de un Tribunal, y que podrían extenderse a los abogados en aspectos que se refieren a los modos de organización de una oficina, se encuentran absolutamente ausentes de la formación universitaria.

Los propios educandos parecen percibir esta característica como una deficiencia de los estudios de Derecho. Un trabajo realizado con egresados de la Universidad Católica a fines de los 80 mostraba que un 78% de éstos se encontraban de acuerdo o parcialmente de acuerdo con la afirmación de que sus estudios habían carecido de objetivos prácticos, aun cuando sólo un 12% de la misma muestra se consideraba insatisfecho o muy insatisfecho con la enseñanza recibida²⁵.

En punto a los contenidos de la enseñanza, ellos podrían ser caracterizados como una enseñanza puramente dogmática y de una dogmática relativamente empobrecida, que poco o nada da cuenta de las dimensiones sociológicas y axiológicas del Derecho y que privilegia fuertemente el estudio de la legislación y de la legislación codificada en detrimento de las restantes fuentes del Derecho.

Si bien los planes de enseñanza del Derecho hoy vigentes en Chile contemplan algunas asignaturas que dan cuenta de la dimensión histórica, sociológica

23 Para una completa explicación de los objetivos que pueden alcanzar estos programas puede consultarse el artículo de Luis Bates H. «Enseñanza de la Práctica Profesional en Ambiente Académico. Algunas Implicancias», en Revista Chilena de Derecho. Vol. 9, 1982, págs. 217 y siguientes.

24 Andrés Cúneo, *op. cit.* nota 22, pág. 2.

25 Gustavo Jiménez: «Peril del Abogado Joven Egresado de la Universidad Católica de Chile», en Revista Estudios Sociales, N° 57, trimestre 3, 1988, Corporación de Promoción Universitaria.

o axiológica del Derecho, especialmente en el transcurso del primer año de la carrera, ellas representan una proporción muy menor frente a los ramos propiamente dogmáticos o, como suele denominarseles, "de Código"; y, lo que es más importante, en estos últimos, estas dimensiones se encuentran prácticamente ausentes, presentándose así el derecho como una realidad sistemática y no problemática de la realidad social. Estos ramos "de Código", a su vez, se organizan como compartimientos estancos conforme a diversas ramas del Derecho, cuyo estudio se hace aislada y no integradamente.

La enseñanza del Derecho positivo se reduce así fundamentalmente al estudio de la legislación, y particularmente de la legislación codificada, con privilegio de aquella que corresponde al Derecho Civil y Procesal, con escasas o nulas referencias a la jurisprudencia, prácticas de aplicación y principios. Estos estudios tienen un fuerte carácter enciclopédico y se estructuran a través de un *currículum* mayoritariamente rígido de asignaturas anuales. "La enseñanza privilegia el conocimiento del Código concordado, esto es, del trabajo dogmático autosuficiente del estudioso cuyo resultado final óptimo es la construcción doctrinal sistemática"²⁶. Si bien suelen darse algunas referencias a la jurisprudencia dominante de los tribunales en cuanto a la interpretación de esa legislación, esta jurisprudencia se presenta también de un modo "doctrinal", privándose a la casuística de toda su riqueza problemática²⁷.

Esta reproducción de los contenidos de enseñanza podría explicarse en parte por un fuerte aislamiento de las Facultades de Derecho del resto de las unidades académicas universitarias, con las cuales prácticamente nunca se integra y a la carencia en ellas de actividades de investigación. Estas Facultades se componen fundamentalmente de profesores que se limitan a realizar docencia.

En cuanto a la metodología de enseñanza, esta se ve definida por los objetivos antes descritos. Los planes de estudio están contruidos principalmente como actividades del profesor y sólo aspiran a que el educando adquiera determinados conocimientos, que luego deberá reproducir en las actividades de evaluación. Al no aspirarse a cambios conductuales sino meramente cognoscitivos en los alumnos, el modelo metodológico predominante es el de la clase conferencia o expositiva en que el alumno juega un rol pasivo, donde no aprende a tomar decisiones, sino fundamentalmente a memorizar lo que el profesor le expone. Aun cuando el número de alumnos por curso, frecuentemente de entre cuarenta a sesenta, permitiría la realización de ejercicios prácticos, el peso de

26 Andrés Cúneo, op. cit. nota 22, pág. 3.

27 Para un análisis de esta realidad puede verse, además de los trabajos citados de Andrés Cúneo y Antonio Bascañán notas 22 y 19 respectivamente, el trabajo de Gonzalo Figueroa Y.: "El Estado Actual de la Docencia y de la Investigación del Derecho en Chile, publicado en Documento de Trabajo N° 283 por la Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, Junio de 1963.

la tradición y la escasa dedicación de los profesores a la actividad universitaria implica que ello no se realice. La anterior descripción debe ser matizada en cuanto las estructuras universitarias y los planes de estudio admiten la presencia, en algunas universidades, de profesores que, fuertemente influidos por la experiencia de los años 60 y 70, continúan empleando, en alguna proporción, la metodología activa de enseñanza.

Los métodos de evaluación de los alumnos, consisten, -sin perjuicio de algunas pruebas parciales- en exámenes orales que se rinden al final de cada asignatura. Duran habitualmente entre 10 y 15 minutos y en ellos se exige la reproducción memorística de aquello que el profesor ha enseñado en clases. Antes de otorgarse el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas se somete al egresado de la carrera a un examen final de licenciatura donde generalmente se evalúan los conocimientos adquiridos en las asignaturas de Derecho Procesal y Civil. Si bien este examen se limita nuevamente a aspectos dogmáticos, pretende algunos objetivos de integración y síntesis en el conocimiento de estas ramas del Derecho, lo que suele representar especiales dificultades para el alumno que no ha sido entrenado para alcanzar estos dos objetivos.

3. Para Formar un Juez en Chile.

¿Cuáles son las fortalezas y debilidades con que se encuentra un Licenciado en Ciencias Jurídicas formado en conformidad a los programas antes descritos para ejercer funciones judiciales?

La respuesta dependerá fundamentalmente del modo como entendamos la función jurisdiccional. Dos concepciones diversas de ella se encuentran ya expuestas en el capítulo anterior. Si asumimos la concepción de la función jurisdiccional que hemos descrito bajo el rótulo de teorías modernas, la evaluación de las cualidades y deficiencias de la enseñanza universitaria de pre-grado para formar jueces será naturalmente más desalentadora que si adoptamos la visión de la función jurisdiccional que nos proporciona la escuela clásica de la exégesis. Pero aun en este último supuesto, todavía el juez necesitaría de un proceso complementario de formación para ejercer sus funciones.

Para respondernos la pregunta de qué le falta a un Licenciado en Ciencias Jurídicas en Chile para cumplir adecuadamente las funciones de juez, haremos a continuación una breve descripción de las cualidades, conocimientos, destrezas y habilidades que un juez requiere, anotando, luego, para cada caso, el modo como tales cualidades, conocimientos, destrezas y habilidades son o no formadas en la enseñanza universitaria de pre-grado. Las insuficiencias que detectemos pueden ser postuladas entonces como objetivos deseables de un programa de formación judicial para Chile.

3.1.) ¿Qué debe hacer un juez?

Al describir las características de un juez ideal inevitablemente tendremos que optar por alguna visión teórica acerca de lo que los jueces hacen. Por parecernos más convincente, asumiremos más bien la posición que, sobre la función judicial desarrollan las teorías modernas acerca de ella, pero cuidando, sin embargo, de no exagerar el carácter creativo que estas asignan a la función de los jueces, a fin de que quienes tienen una visión de la función jurisdiccional más cercana a la escuela clásica de la exégesis, puedan compartir también con nosotros nuestras conclusiones acerca de los objetivos deseables de un proceso de formación especial para los jueces.

Para describir las cualidades, conocimientos, destrezas y habilidades con que idealmente debiera contar un juez para ejercer sus funciones, nada parece más adecuado que tener presente que éste está llamado a conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las causas que se sometan a su conocimiento y que sean jurídicamente relevantes y de su competencia.

- a) Para ejercer adecuadamente las funciones de conocer, el juez parece requerir de una suficiente racionalidad y prudencia para constituirse en observador desprejuiciado de la realidad que es sometida a su conocimiento. Si bien durante el conocimiento del asunto el juez irá desarrollando naturalmente una empatía mayor con algunos de los intereses que estarán en juego en el pleito, no es bueno que se apasione con ellos, al punto de ser incapaz de comprenderlos todos o de someter a críticas "sus primeras impresiones", pues de lo contrario será frecuente que tome una decisión antes de reunir todos los elementos necesarios para hacerlo. El juez debe pues, aprender "a guardar distancia de sí mismo".
- b) Para llevar a cabo bien la funciones de conocimiento, el juez requiere contar con cierta capacidad analítica para indagar y organizar la información de esa realidad jurídicamente relevante que es sometida a su conocimiento. Dependiendo de si en el sistema jurídico de que se trata prevalece el principio dispositivo o el inquisitivo, el juez requerirá destrezas algo diversas para producir o recepcionar probanzas. En todo caso, deberá contar siempre con ciertas cualidades como las necesarias para la adecuada interrogación de inculpadados y testigos, la capacidad de jerarquizar, entre la múltiple información que recibe, aquella que resulta relevante, ordenarla y armonizarla, hasta comprenderla cabalmente, lo que implica saber preguntar, saber ordenar y saber organizar sistemáticamente.
- c) Tengo para mí que un juez no sólo debe conocer las alegaciones, indicios y pruebas que le presentan acerca de los hechos, si no también

- comprenderlas a cabalidad. Asumo que esta afirmación resultará más discutible para quienes comparten la visión de un juez meramente aplicador de Derecho. Para mí, sin embargo, el juez no sólo debe entender aquello que ocurrió, sino comprender el significado de aquello que ocurrió para las partes interesadas en el proceso, captar el modo como estas partes, conforme a sus niveles socioeconómicos, a su sexo, a su cultura, etc., aprecian el significado de estos hechos, la intensidad de los intereses que han desarrollado en ellos, etc, pues sólo de ese modo el juez llegará a comprender cabalmente ese trozo de hecho social que es sometido a su conocimiento. Tal vez el mejor ejemplo para avalar esta situación sería ponernos en el caso de un juez que conoce de una disputa entre padres por la tuición de sus hijos. Pienso que, para hacerlo cabalmente y para juzgarlo en forma adecuada, el juez no sólo debe indagar bien esa realidad si no tener sobre ella el conocimiento más amplio y profundo posible, de lo que ella significa para las partes, lo que le permita llegar a comprender realmente lo que está en juego.

- d) Por su parte, para resolver adecuadamente los casos sometidos a su conocimiento, los jueces deberán tener, en primer lugar, un conocimiento del modo cómo el ordenamiento jurídico enmarca sus decisiones. Ello implica tener un amplio dominio de las fuentes del Derecho y los conocimientos y habilidades para acceder adecuadamente a ellas, al tiempo que habilidades y destrezas para identificar las normas relevantes frente a la realidad dada, para interpretarlas a la luz de esa misma realidad, hasta determinar los posibles sentidos y alcances de los preceptos y principios considerados aplicables. -Debe ser, también, capaz de comparar diversas normas, resolviendo conflictos entre ellas y armonizarlas hasta inferir los principios generales que le sirvan de sustento.
- e) Para quienes no compartimos la visión o doctrina de la escuela clásica de la exégesis acerca de la función jurisdiccional, la operación descrita en el párrafo anterior llevará al juez no a un sólo resultado verdadero conforme a Derecho, sino, con mucha frecuencia, a varios resultados posibles igualmente válidos desde un punto de vista jurídico normativo. Si ello es así, el juez ha de ser capaz de visualizar las consecuencias de cada una de las varias posibles decisiones que normativamente puede tomar, y, teniendo presentes estas consecuencias, tomar aquella decisión que responsablemente pueda explicar, no sólo como enmarcada en las limitaciones antes referidas, sino también como aquella que, dentro del marco normativo resulta más acorde con valores, que, por los motivos que fueren, considera dignos de estima. Si ello fuera efectivo, el juez necesariamente debe contar con

instrumental de análisis y de razonamiento ético y sociológico.

- f) Para resolver adecuadamente los casos sometidos a su conocimiento, pareciera necesario que el juez deba tener un conocimiento acabado de la realidad que constituye el entorno en el cual su decisión producirá efectos. Si aceptamos que el juez, aplicando el derecho, no llega a un sólo resultado único o verdadero sino a varias opciones posibles, entre las cuales deberá elegir, será necesario que, al hacerlo, considere, como hemos dicho antes, los valores implícitos en esas decisiones. Sin embargo, me parece que no cabe hablar simplemente de decisiones justas o injustas en abstracto. Postulo en cambio que las decisiones serán justas o injustas, adecuadas o inadecuadas, según los efectos concretos que sobre la realidad provoquen. Para preveer y evaluar esos efectos, el juez deberá necesariamente tener un conocimiento adecuado de tal realidad.
- g) Para resolver conforme a Derecho, y no a otros factores el juez deberá tener características de personalidad, que le permitan resistir las presiones o influencias indebidas a que se verá muchas veces sometido al resolver algunos de los casos propios de su competencia. Los niveles de presiones, amenazas o tentaciones a que puede verse sometido un juez pueden adquirir los niveles dramáticos que por ejemplo se han alcanzado en algunos casos en Colombia cuando debe resolverse un asunto relativo a drogas, hasta el mucho menor tráfico de influencias que suele darse en Chile en los casos de mayor importancia.
- h) El juez no sólo debe llegar a una decisión en cada caso, si no que deberá ser capaz también de exponerla y justificarla de un modo adecuado y convincente, lo que requiere un buen manejo y versatilidad en el lenguaje.
- i) Por último, el juez, en cuanto jefe o gerente del servicio judicial, deberá contar con un conjunto de destrezas y habilidades de carácter administrativo, de tal forma que la unidad judicial a su cargo funcione adecuadamente.

3.2.) Insuficiencias en la formación Universitaria de un juez.

De todo este conjunto de cualidades, conocimientos, destrezas y habilidades descritas en los nueve acápite anteriores, muy pocas son formadas en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales. Como ya hemos tenido oportunidad de señalar al describir los estudios universitarios de pre-grado, la educación universitaria se concentra casi exclusivamente en el logro de algunos de los objetivos señalados en la letra d) y a desarrollar, aunque insuficientemente, las

capacidades de exposición descritas en la letra h) que anteceden. En cuanto a la señalada en la letra d) si bien las universidades preparan en el conocimiento de la legislación positiva codificada vigente, no realizan, salvo en una mínima parte de su programa (Clínicas Jurídicas) actividades que puedan tender al objetivo de que el alumno aprenda a acceder a la información jurídica, manejando las fuentes del Derecho. Lo mismo sucede con las cualidades necesarias para interpretar las normas a la luz de los casos, integrar y armonizar varias normas en la resolución de una situación determinada, salvar contradicciones entre ellas, etc.

Si la enseñanza universitaria de pre-grado alcanza sólo y parcialmente la formación de una mínima parte de las cualidades, conocimientos, destrezas y habilidades antes descritas como necesarias en un juez, parece razonable postular entonces que las actividades de formación y perfeccionamiento debieran concentrarse fuertemente en las restantes. Naturalmente, ningún programa educativo de corta duración podría pretender alcanzar todos esos objetivos de modo pleno y deberá naturalmente hacer algunos ejercicios de jerarquización; y, sobre todo, preguntarse hasta que punto una actividad educativa puede alcanzarlos de un modo significativo, pues hay algunos, como las características de personalidad descritos en la letra g) que resultan naturalmente más difíciles de alcanzar a través de programas educativos.

Como no es el fin de este trabajo hacer un nuevo programa de formación para los jueces, sino describir los existentes, no procuraremos, por nuestra parte, una jerarquización entre los varios objetivos posibles o un análisis de cuáles resultan más o menos alcanzables a través de actividades educativas. El análisis que hemos hecho, nos servirá, sin embargo, para hacer algunas críticas y alcances personales a los proyectos que describiremos más adelante, las cuales nacerán fundamentalmente de lo que aquí se ha dicho y fundado, como postulados personales, acerca del marco dentro del cual razonablemente debieran moverse los objetivos de una actividad de formación judicial para Chile.