

Publicado en "Nueva Doctrina Penal", 1998/B, Editores del Puerto, Buenos Aires.

DIMENSIÓN POLÍTICA DE UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE*

Julio B. J. Maier

I. Introducción

La independencia judicial no constituye un objeto de reflexión que pertenezca sólo al mundo moderno. Por lo contrario, ya mucho tiempo antes de la creación del Estado de Derecho se tenía conciencia acerca de ciertas necesidades y peligros que implicaba la atribución al ser humano del poder de juzgar a sus semejantes, al punto de que Cristo debió advertir: "no juzguéis"¹.

Pero la finalización de las organizaciones políticas vecinales, absolutamente limitadas en territorio y en número de miembros, en cuyo seno todas las personas capaces jurídicamente ejercían en forma cotidiana el poder político y, derivado de él, la función de juzgar a sus semejantes, y su reemplazo por organizaciones sociales más vastas, casi anónimas por su extensión, regidas por un poder político centralizado en manos de unos pocos y en las cuales el habitante se convirtió en un súbdito de ese poder, puso en crisis esa atribución desde todos los puntos de vista imaginables². El poder de juzgar mismo adquirió una dimensión y un significado políticos totalmente diferentes de los vigentes con anterioridad³.

* Conferencia dictada por el autor el 23/6/1998, en San José de Costa Rica para el IIDH, en el XVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado por esa institución.

¹ *Evangelio según San Mateo*, 7, 1; *Epístola de Santiago*, 4, 12; ARISTÓTELES, *La política*, 10ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1965, Libro Sexto, Cap. XIII, ps. 199 y ss.; PLATÓN, *La República*, trad. de Antonio CAMARERO, 19ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1988.

² STRATENWERTH, Günter, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977 (hay versión castellana de Enrique BACIGALUPO, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980), ps. 5 y siguiente.

³ Para no retroceder demasiado y limitarnos al mundo germano de la Edad Media, ya el contenido de la palabra "justicia" implicó un concepto diferente a aquel que le sucedió: en

Doctrina

La concentración del poder político se perfecciona con la creación del Estado-Nación, forma de organización social precedida en nuestra cultura por la concentración del poder eclesiástico, al conjuro de la vocación de universalidad de la Iglesia católica-romana⁴, que transmitió al mundo laico sus instituciones. El Derecho romano imperial de los últimos siglos, conservado en el seno de la Iglesia por el Derecho canónico y transformado según sus necesidades políticas, representó al Derecho culto y científico que reemplazó al Derecho local y costumbrista medieval desde el siglo XIII, fenómeno que se conoce como el de recepción del Derecho romano-canónico en Europa continental⁵.

Dicho de manera general y sintética, esta última forma de organización política concedió al concepto básico que definía el hecho judicial un contenido distinto a aquel que le precedió en la organización social local. En aquello que se refiere a nuestro tema, reemplazó el concepto de independencia por el de *objetividad* de la investigación. Era natural, pues la función judicial pretendía estar presidida por el fin de aplicar la ley del Estado a sucesos reales y el procedimiento estaba dirigido a averiguarlos, se consumía en la encuesta de un inquisidor para poder informar a quien, en definitiva, poseía el poder de aplicar su ley, el soberano⁶. En materia penal, paradigma de la aplicación de la ley del Estado, se pretendía, precisamente para lograr objetividad, aislar al encuestador de todo otro inte-

□ él una lucha de intereses entre ofensor y ofendido, cuyo paradigma de solución lo constituía un acuerdo entre ambos (contrato de composición) para regresar a la paz comunitaria, que desembocaba incluso en una lucha física entre ambos frente a sus vecinos (asamblea comunitaria), si no se lograba el acuerdo, con el objetivo de excluir a alguno de los contendores de la garantía de la paz comunitaria (pérdida de la paz); con posterioridad una encuesta o investigación oficial acerca de la adecuación o inadecuación del comportamiento del súbdito a la ley del Estado, con lo cual el criterio "verdad" aparece como sinónimo de aquello que significa justicia o, cuando menos, fuertemente vinculado a él. Ni qué hablar de una serie de conceptos implicados en los que ahora no puedo detenerme: "reacción o pena estatal", "persecución penal pública" (*inquisitio*), organización judicial burocrática y, por ende, de sentido vertical y jerárquico, recursos contra las decisiones de los funcionarios, procedimiento por registros, como ejemplos más notorios.

La misma palabra "ley", como parámetro frente al cual comparece la justicia del caso, adquiere un significado absolutamente diferente, antes una norma consuetudinaria creada por el comportamiento regular de los mismos vecinos, modernamente una regla absolutamente heterónoma a los habitantes-súbditos, dictada por quienes detentan el poder político.

⁴ Cf. GETTEL, Raymond G., *Historia de las ideas políticas*, t. I, trad. de Teodoro GONZÁLEZ GARCÍA, Ed. Labor, Barcelona, 1930, ps. 216 y siguientes.

⁵ Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 290 y ss. (§ 5, n° 2 y ss.).

⁶ Hay varios ejemplos en la literatura, pero ninguno en la literatura castellana como *Fuenteovejuna*, de LOPE DE VEGA.

rés que no fuera el de ese mandato autoritario. De allí que toda intervención de los protagonistas del conflicto y toda forma dialéctica de hallar la solución del caso se sustituyera por un encuestador objetivo de los rastros del suceso, perteneciente al aparato de poder estatal. El interés del Estado, representado por el monarca, acerca de la vigencia de su propia ley, presidía el caso y la aplicación de ese mandato constituía el único norte admitido. La *objetividad* de la encuesta, en el sentido expresado, quedaba garantizada por la propia estructura judicial, la creación de una burocracia profesional jerárquica y verticalizada, en quien se delegaba por escalones la tarea, y por un procedimiento registrado que permitía sucesivos controles de quienes delegaban el poder soberano. El Derecho indiano y la estructura judicial de las colonias hispanoamericanas, casi siempre con final en la metrópoli (Consejo de Indias, Casa de Contratación), constituyen un buen paradigma de esa organización.

Sin embargo, el despotismo al que, con los siglos, condujo esa organización del poder, frente al desarrollo social, produjo una reacción necesaria cuya estación final fue la creación de las repúblicas representativas modernas, movimiento que, sin destruir la forma de asociación política estatal, ni la concentración del poder político que ella supone, modificó profundamente el ejercicio de ese poder según nuevas reglas que, básicamente, cumplían la función de limitarlo⁷. Uno de esos principios, introducido por la Ilustración, fue el relativo a la *independencia judicial*.

No obstante, aquello que significa "independencia judicial", esto es, su mayor o menor contenido, es hasta hoy objeto de la reflexión política y jurídica. Incluso en el mismo movimiento de reforma, sufrió distintas determinaciones hasta la cimentación de aquello que se comprendió como Estado de Derecho en el siglo XIX, cuyo orden jurídico se extendió, por la influencia del Derecho francés en ese período y del imperio napoleónico, que fijó sus reglas, por toda Europa continental. Conviene seguir esta trayectoria, desde el Iluminismo hasta la conformación definitiva del Estado de Derecho, antes de concluir en el significado actual de la independencia judicial.

II. El Iluminismo

No existe duda alguna que perturbe la afirmación de que el Iluminismo abrevó en las instituciones políticas inglesas, se miró él mismo en las instituciones inglesas como en un espejo⁸. De allí obtuvo la teoría de los

⁷ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Porrúa, México, 1992, Libro undécimo, cap. IV, p. 103.

⁸ MONTESQUIEU lo confiesa en *op. cit.*, Libro undécimo, caps. V y VI, ps. 103 y ss.: "Pero hay también en el mundo una nación cuyo código constitucional tiene por objeto la libertad

Doctrina

tres poderes, como forma de dividir el poder político centralizado en el Estado-Nación, para quitarle vigor, controlarlo y evitar los abusos de poder⁹. Ésta es una de las caras visibles del contenido significativo de la *independencia judicial*, la que todos observan y pregonan, y que nadie se atreve a negar verbalmente, maguer su estilo despótico de gobierno. Pero no es la única.

La otra cara visible es la defensa contra una magistratura permanente y burocrática y, por contraposición, la defensa de los tribunales integrados por jueces accidentales, extraídos de la “masa popular”, de todas las clases y de todas las profesiones¹⁰, esto es, que no sean organizados ni integrados con formaciones fijas y permanentes. Ello indica con claridad una nueva característica del Poder Judicial, según el Iluminismo: su *horizontalidad*, como en el Derecho ático y romano republicano, por contraposición a la verticalización propia de las burocracias inquisitivas, nacidas con el absolutismo y sus gobiernos despóticos.

Todavía parece que existe otra cara, ya no tan visible: la que revela una característica que hoy define la labor judicial, la *imparcialidad*. Es por ello que MONTESQUIEU afirmaba el derecho del acusado de recusar (sin causa) casi ilimitadamente¹¹.

Si se me permite la licencia de ingresar brevemente a otro tema, para el Iluminismo integra también la imparcialidad y, como veremos, a través de ella, la independencia judicial, una cuarta característica, el método según el cual el tribunal conoce: la publicidad de los juicios, es decir, la publicidad de los actos que lo integran, que son cumplidos directamente

□ política. Vamos a examinar los principios fundamentales de su Constitución. Si son buenos, en ellos veremos reflejada la libertad como en un espejo.

Para descubrir la libertad política en la Constitución no hace falta buscarla. Si podemos verla donde está, si la hemos encontrado en principios, ¿qué más queremos?”.

Y, a continuación, el cap. VI, ps. 104 y ss., habla “De la Constitución de Inglaterra”.

⁹ Cf. MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 104. Y también la organización política federativa, de más moderada centralización, efectiva para reducir el poder, aunque los iluministas no citaran a Inglaterra en el punto, por su rechazo a la monarquía: cf. *ibidem*, Libro noveno, ps. 86 y ss. También el liberalismo de cuño americano (EE.UU.) abrevó en esa fuente, para ellos natural.

¹⁰ *Ibidem*, p. 105.

¹¹ *Ibidem*, p. 105: “Bueno sería que en las acusaciones de mucha gravedad, el mismo culpable [corrección: acusado como culpable], concurrentemente con la ley, nombrara jueces; o a lo menos tuviera el derecho de recusar a tantos que los restantes parecieran de su propia elección”.

Cf., también, BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, en *Opere*, Ed. Mediobanca, Milano, 1984, t. I, p. 59 (versión castellana de FRANCISCO P. LAPLaza, *De los delitos y de las penas*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, § XIV, p. 215).

frente al tribunal, al acusador y al acusado, y al público que asiste a él¹². Tal característica no se vincula a una modificación del parámetro sobre el cual se asienta la justicia del caso, el hallazgo de la verdad histórica –*veritas, non auctoritas facit iudicium*¹³–, para, sobre esa base, aplicar la ley, eventualmente, máxima introducida masivamente por el Derecho romano-cánónico como sinónimo de justicia, sino, por lo contrario, se liga a una transformación del método –procedimiento– sobre la base del cual se halla esa verdad, para el Iluminismo uno dialéctico de contraposición de intereses, que reemplazaba a la encuesta inquisitiva¹⁴.

III. El Estado de Derecho en el siglo XIX

Pero la Ilustración no concluyó sola la conformación de un nuevo Estado. Antes bien, después de un comienzo volcánico, que no logró estabilizarse, fue el siglo XIX y, especialmente, la legislación napoleónica, la que consiguió estabilidad y difusión. Y allí los principios iluministas debieron confrontar y llegar a compromisos con la reacción conservadora.

La independencia judicial sólo se comprometió, en principio, con la concepción política de los tres poderes separados. Pero no pudo escapar al principio de la organización jerárquica, propio de toda burocracia de funcionarios. A tal punto llegó ello, que, como se sabe, no se confió a los jueces la interpretación de la ley (para impedir la invasión del Poder Judicial en la competencia del Legislativo, la rebelión de los jueces frente a la ley: horror frente a la interpretación y aplicación discrepante y distinta, para casos distintos), pues, por ejemplo, el recurso de casación y su tribunal fue concebido, en la nueva República, como sección del Poder Legislativo, como facultad de interpretar auténticamente la ley, de aplicación automática por los jueces¹⁵. Con el tiempo, ese horror alimentó la subsistencia de poderes judiciales verticalizados, con prácticas de control sobre las decisiones de los jueces inferiores, como aquellos que hoy encontramos en la

¹² Cf. BECCARIA, *ibídem*.

¹³ Inversión de la característica sobresaliente de la ley: *auctoritas non veritas facit legem*; cf. FERRAJOLI, Luigi, *Giustizia penale e democrazia. Il contesto extra-processuale*, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Ed. Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1989, t. 2, p. 118; NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 449 y s., con cita del primer autor.

¹⁴ Cf. BECCARIA, *ibídem*; MONTESQUIEU, *op. cit.*, Libro vigésimosexto, cap. XI, p. 314, negativamente.

¹⁵ Cf. DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, I, c, ps. 9 y siguientes.

Doctrina

mayoría de los países de Derecho continental y, sobre todo, en la América hispánica, proclives a continuar la tradición inquisitiva de España.

Desde el punto de vista de la defensa de la imparcialidad del juzgador, la cuestión fue hartamente ambigua. En materia penal, el Estado no resignó la encuesta inquisitiva. Si bien antepuso a la sentencia de condena, como única base de conocimiento para ella, el juicio público frente al tribunal sentenciador, con la presencia de los protagonistas del conflicto, conservó al inquisidor y a la persecución penal pública como base del sistema. Pero el peor atentado contra la imparcialidad del juzgador consistió en la influencia innegable de la encuesta sobre el enjuiciamiento público, pues la ley permitió que los actos de aquélla, con escasas excepciones, ingresaran sin mayor control a este último; por lo demás, nunca se evitó correctamente el conocimiento personal de los jueces del colegio sentenciador sobre las actas que documentaban la investigación. Por ello, fundamentalmente, el juicio público no representó, en el Derecho continental, incluso en el siglo XX, la oportunidad para que el acusador expusiera “su caso”, con los elementos de prueba de cargo que lo habían conducido a él, ni una clara y perfecta oportunidad de control y crítica para el acusado, antes de la decisión del tribunal.

IV. El contenido actual de la independencia judicial

Si se me permite observar la independencia judicial desde un punto de vista distinto a aquel que pone el acento sobre el Derecho político, esto es, sobre la conformación de las competencias del gobierno de una República, esto es, si la describimos antes bien desde su razón de ser, la necesidad de garantizar que los conflictos entre los ciudadanos, y entre ellos y el Estado sean resueltos conforme a la ley por jueces “justos”, mediante un juicio “justo” –valgan las redundancias–, para evitar concebir la justicia como una mera manifestación del poder –*auctoritas*–, quizás podamos arribar a una representación fundamental acerca del contenido actual de esa independencia. Ello implica, necesariamente, mirar a esta exigencia desde el ciudadano frente al poder, como pretendió la Ilustración. Desde ese punto de vista político, que es el que informa a los “derechos humanos”, el atalaya es correcto, pues se trató, precisamente, de evitar concentrar la autoridad, representada por la ley, con la tarea de aplicarla, esto es, con la función de decidir, conforme a ella, conflictos concretos que, en su base, contienen la afirmación de que alguien no cumplió con la ley de la autoridad. El problema se maximaliza en materia penal, por cuanto ese sistema resume en el propio Estado, portador del poder y expresión de la ley, el interés casi excluyente (persecución penal pública) en la observancia de su propia ley. Por ello, ese sistema, máxima expresión del poder estatal, constituirá el ejemplo al que acudiremos continuamente.

I. En principio, la llamada *independencia judicial* es una función del ideal de *imparcialidad* en la tarea de juzgar o del calificativo de imparcial que integra la definición de la palabra juez. Deseamos jueces independientes de todo poder o los estatuímos así mediante diversos mecanismos, porque queremos acercarnos al ideal de la imparcialidad. Ello significa, aun etimológicamente, que, salvo los valores ético-sociales que presumiblemente encarna la ley, comunes a todos y base de la igualdad de todos frente a ella, el calificativo “imparcial” aplicado a la definición de un juez, o la nota de “imparcialidad”, aplicada a la definición de su tarea, equivale a exigir de él o de ella la nota de *neutralidad*¹⁶. Neutralidad, a su vez, significa, básicamente, apartamiento de los intereses defendidos por quienes protagonizan el conflicto a decidir (*in-partial*) y ausencia de prejuicio o interés particular alguno frente al caso a decidir.

Tan importante resulta el calificativo para describir la esencia del concepto de juzgador, o de su función, que las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos lo exigen al definir el tribunal y su procedimiento, pues conceden al justiciable el derecho a un *juicio justo* ante un *tribunal imparcial*¹⁷, base de la legitimidad de ambos.

Pero este calificativo sólo es, como muchas de las reglas de principio de un Estado de Derecho, un *ideal* al que pretendemos acercarnos, en más o en menos, con ciertos mecanismos y previsiones, siempre contingentes históricamente, de los cuales depende la mayor o menor perfección de ese acercamiento en la vida práctica y a través de los cuales se puede evaluar, en una sociedad determinada que los aplica, la mayor o menor desviación del ideal. Los jueces, profesionales o accidentales, letrados o legos, no son otra cosa que personas idénticas a aquellas que van a ser juzgadas; todos, juzgadores y juzgados, viven, además, en una misma época político-cultural y, por ello, están regidos básicamente por una concepción más o menos común sobre los valores vigentes y sobre la vida política, por afanes y esperanzas similares, por reglas de conducta –al menos las jurídicas– idénticas. Por lo tanto, los jueces asumen frente a la vida, en general, prejuicios similares a los que portan sus juzgados, provenientes de la realidad histórica que habitan conjuntamente, y nada especial los legitima como “imparciales” frente al asunto que deben juzgar, a decir verdad, nada los legitima para juzgar a sus semejantes, que no sea el intento de evitar la violencia de unos contra otros frente a la aparición de un conflicto social, poder característico del Estado moderno (el monopolio de la fuerza).

¹⁶ Cf. CARRIÓ, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1990, cap. II, n° 3, ps. 22 y ss., y n° 6, p. 30; cap. III, n° 3.2, ps. 63 y ss.; cap. IV, n° 2.3, ps. 129 y siguientes.

¹⁷ DUDH, 10; DADH, 26, II; CADH, 8, n° 1; PIDC y P, 14, n° 1; CPDH y LF, 6, n° 1.

Doctrina

Quizás convendría, todavía, aclarar un par de cosas. La nota de *imparcialidad* o *neutralidad* que caracteriza al concepto de “juez” y a su función no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan tanto las reglas referidas a la organización como las reglas del procedimiento. Por otra parte, es necesario no confundir el atributo y su portador concreto: no se trata aquí de “reglas de los jueces” (de privilegios), comprendidos en esa corporación una serie de personas con determinados atributos, sino, por lo contrario, de “reglas de garantía del justiciable”, clasificadas a veces –más o menos arbitrariamente– por su referencia a la organización judicial, pero sin perder de vista su naturaleza de garantía individual en un Estado de Derecho.

II. Los mecanismos o las previsiones que intentan aproximarnos a ese ideal pueden ser esquematizados por referencia a un grupo de máximas fundamentales que pretenden lograr la ansiada aproximación al tribunal ideal. Un primer principio nos coloca frente a la exigencia de jueces independientes de todo poder estatal que pueda influir en la consideración del caso, con la salvedad de la ley del Poder Legislativo, parámetro ante el que comparece el caso mismo. Por ello, tal característica se define con precisión: el juzgamiento y decisión de las causas se llevará a cabo por jueces independientes de todo poder del Estado, sólo sometidos a la ley.

El segundo principio, conocido como la imposición del *juez natural* o *legal*, pretende evitar toda manipulación de los poderes del Estado para asignar un caso a un tribunal determinado, de modo de elegir los jueces que lo considerarán *ad hoc*.

La tercera exigencia se refiere al procedimiento en sí, al método utilizado para juzgar, importante, según hemos visto, para colocar al tribunal en la mejor posición de neutralidad.

La última exigencia consiste en la llamada imparcialidad frente al caso, determinada por la relación del juzgador con el caso mismo –según su objeto y los protagonistas del conflicto, comprendida allí la actividad previa de los jueces referida al caso–, mejor caracterizada como *motivos de temor o sospecha de parcialidad*, y persigue el fin de posibilitar la exclusión del juez de la tarea de juzgar en un caso concreto, cuando él afecta su posición neutral.

De todas estas exigencias, únicamente la primera será objeto de discusión aquí, no tan sólo por constituir el objeto de nuestro estudio, sino, además, porque el tiempo nos constriñe poco menos que a abandonar nuestra empresa una vez que nos ocupemos, sintéticamente, de ella. Las demás deberán conformarse con simples acotaciones marginales.

III. Regularmente se expresa que la *independencia* es una característica que corresponde al *Poder Judicial* como organización compleja, frente a los demás poderes del Estado, poderes que, según la teoría política liberal, comparten con él el ejercicio de la soberanía estatal. Ello resulta natural

porque la macrovisión del sistema político y la teoría liberal que lo preside fijan su atención en la independencia de los tres poderes entre los que se distribuye la soberanía, en la competencia u objeto propio de cada uno de ellos y en la coordinación del ejercicio de esa competencia propia, descrita genéricamente, para eliminar los conflictos entre ellos o prever su modo de solución. Desde este punto de vista, las reglas que prevén la mayor o menor estabilidad de los jueces permanentes, la compensación por sus tareas, insusceptible de ser disminuida, la prohibición para el Ejecutivo y el Legislativo de ejercer funciones judiciales y el deber general de los jueces de ajustar sus decisiones a la ley, son mecanismos relativos a la independencia y límites de la función judicial, como atributo del Poder Judicial del Estado¹⁸.

Pero esa macrovisión del problema, a menudo confundida con la independencia de su cúspide, el tribunal superior de un Estado, olvida que, por su composición y organización, el Poder Judicial es colegiado y la función judicial es ejercida por muchos tribunales –que deben ser independientes– integrados por jueces diversos que, en cada caso y conforme a su competencia, pronuncian la decisión de autoridad del Poder respectivo, jueces que, incluso, pueden no formar parte de la organización permanente (los jurados). En efecto, la cantidad de casos que el Poder Judicial debe resolver con una decisión de autoridad emanada de sus miembros propios, los jueces, y la necesidad de que ellos resuelvan el caso sólo según los criterios de la ley, evitando, en lo posible, la influencia de factores políticos coyunturales, que operan sobre el caso, impone que, a diferencia del Ejecutivo, de ejercicio unipersonal, en más o en menos, y, en todo caso, organizado verticalmente, según el principio de jerarquía, el Poder Judicial se exprese por una serie de oficios, los tribunales o cortes de justicia, integrados por una pluralidad de personas (los jueces), quienes no pueden depender del principio de obediencia jerárquica, para garantizarle al justiciable la sumisión a la ley y al caso concreto. Y ello es así, aunque se faculte a alguien para recurrir la decisión de un tribunal y se permita, de este modo, que otro tribunal reexamine el caso, desde algún punto de vista, y ese tribunal esté autorizado para eliminar, reformar o revocar la decisión anterior (por considerarla errónea desde algún punto de vista), pues las instancias recursivas y los tribunales creados para llevarlas a cabo no deben ser, al menos de manera principal, expresión de

¹⁸ Una buena manera de garantizar la independencia judicial, desde el punto de vista del Poder Judicial en su conjunto, es determinar constitucionalmente el porcentaje de las rentas del Estado que le corresponde a ese poder, como mínimo, según sucede, por ej., en la Constitución de la República de Costa Rica, 177, II.

Doctrina

una organización jerárquica, sino, por lo contrario, manifestación de la necesidad de evitar errores judiciales para garantía del justiciable¹⁹.

Se entiende, entonces, porqué la regla que prevé la independencia o la autonomía del criterio judicial debe ser formulada respecto de cada uno de los jueces que contribuye en una decisión e integra el Poder Judicial permanente o accidentalmente, por intermedio de los cuales ese Poder se pronuncia, y con referencia a todo poder del Estado, no tan sólo al Ejecutivo y al Legislativo, sino, también, al mismo Poder Judicial²⁰. De allí la regla: “El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley” (CPP Modelo para Iberoamérica, 2).

Ello implica que cada juez, cuando juzga y decide un caso concreto, es libre –*independiente* de todo poder estatal, inclusive del Judicial– para tomar su decisión y sólo se le exige que su fallo se conforme con aplicar el Derecho vigente, esto es, que se someta a la ley. Salvo la ley que rige el caso, se prohíbe así que determine su decisión por órdenes de cualquier tipo y proveniencia. En ello –y no en otro principio– reside la *independencia judicial*, mecanismo asegurador de la imparcialidad frente al caso²¹.

¹⁹ Las organizaciones judiciales verticales son propias de los sistemas políticos autoritarios, características, por ej., en las monarquías absolutas y en su régimen procesal penal, la Inquisición. Por lo contrario, desde el punto de vista de la decisión judicial –no siempre referido a la organización administrativa de los tribunales–, la organización horizontal se corresponde con el sistema republicano de gobierno, aristocrático o democrático, histórico o actual (cf. MAIER, *op. cit.*, § 5, B y C). En las repúblicas modernas, representativas y democráticas, o en las monarquías constitucionales, la horizontalidad se manifiesta por la intervención de jueces accidentales, representantes de los ciudadanos en el tribunal de juicio (jurados o escabinos), y por la seguridad de que ellos deciden sin conexión con el poder político del Estado y evitan, en lo posible, toda su influencia.

²⁰ Observa claramente todo este problema, al que alude como independencia *externa* (del Poder Judicial) e *interna* (de los jueces), BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, V, B, ps. 98 y ss., incluso para extraer consecuencias en la organización y administración del Poder Judicial (cogobierno del Poder Judicial).

²¹ Cómo se consigue que el juez se someta a la ley, constituye otro problema. Precisamente, el hecho de que el juez pueda, voluntaria o inconscientemente, apartarse de la ley del caso, y de que, necesariamente, existe una última sentencia judicial que puede incurrir en este error, fue el que condujo al mismo Kelsen a la teoría de la *norma alternativa*, según la cual tanto tiene vigencia una norma *X*, como la de contenido opuesto contradictorio (cf. mi *Función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 71 y ss.), absurdo que le quita todo sentido racional al orden jurídico. Sin querer explicar nuevamente el tópico, sí deseo señalar, en cambio, que el orden jurídico, regularmente, conoce el problema y se ocupa en darle solución: la ley penal prohíbe el prevaricato y todos los recursos de casación conocidos tienen por misión el control de que, en el caso, no se introduzca una violación de la ley que lo rige.

V. Los mecanismos que aseguran la independencia de los jueces

Regularmente se debate acerca de ciertos mecanismos que procuran tornar a los jueces independientes de la influencia de los poderes políticos, esencialmente del Ejecutivo y del Legislativo. Las constituciones y las leyes se ocupan, también, de señalarlos. Estos mecanismos están casi siempre dirigidos a lograr un estatus especial para los integrantes de un cuerpo profesional de juristas prácticos que, como jueces, integran la burocracia del Poder Judicial. Sin pretender referirme a todos ellos, a menudo integran ese debate los métodos de nombramiento de los funcionarios judiciales, que intentan lograr transparencia y la exclusión de factores políticos coyunturales en la designación de jueces, con mayor o menor éxito. A partir de los años 80, bajo el ejemplo de la legislación italiana y, luego, de la española, se constituyeron en una moda los consejos de la judicatura, que, integrados de modo más o menos corporativos, de manera más o menos política, producen esos nombramientos y, además, en ocasiones, administran y gobiernan el Poder Judicial de un Estado. A este debate le siguen, casi como anexos a él, la discusión sobre la estabilidad plena o temporal de los jueces en sus empleos y la intangibilidad de las rentas del cargo que ocupan. Además, por aquellas mismas razones, es necesario prever un procedimiento para su destitución o suspensión en el cargo, para los casos en que se verifique o se sospeche su mala conducta personal o la comisión de un delito en el ejercicio del cargo o con ocasión de él. Frecuentemente, los jueces gozan del privilegio de no poder ser perseguidos penalmente hasta tanto no sean desaforados (destituidos o suspendidos), en razón de la función, privilegio del que normalmente gozan otros funcionarios públicos constitucionales, con el objetivo racional de impedir que se obstaculice el ejercicio de la función constitucional mediante acusaciones infundadas. La función de suspenderlos o destituirlos y de liberar su persecución penal, cuando ella es procedente, la cumple, en algunos sistemas, un tribunal permanente específico y, en otras ocasiones, el mismo consejo de la judicatura o un tribunal *ad-hoc-jury* de enjuiciamiento de magistrados— y hasta el mismo parlamento que, cuando es bicameral, destina una de sus Cámaras a la función acusatoria y la otra para instalarse como jurado.

No he incurrido en la tentación de ingresar en el debate sobre estos mecanismos, muy variados por cierto según los diversos países, no sólo porque creo que ellos dependen en demasía de la experiencia práctica y política de cada país, sino, antes bien, porque todos esos métodos, incluidos los concursos públicos, son falseables, en el sentido de que no garantizan en extremo aquello que pretenden: el acceso y permanencia de los mejores a los cargos judiciales. Creo, sin embargo, que esos mecanismos pertenecen, por necesidad, a un orden jurídico y, dentro de una realidad

Doctrina

política determinada, es posible elegir aquellos que mejor custodian la independencia de los jueces profesionales²².

Empero, desde un punto de vista externo, y más universal, creo en la importancia de dos mecanismos que indicaré sucintamente. Es propia de una democracia la horizontalización de su Poder Judicial, al menos, la mayor horizontalización posible en la organización de sus tribunales. Ello impide las instrucciones internas, dentro del propio Poder Judicial, disfrazadas a través de la necesidad del *exequatur* superior para que las decisiones de tribunales inferiores sean ejecutables, al menos cuando ellos favorecen al ciudadano frente al Estado, de recursos promovidos de oficio (consulta) o de sentencias de tribunales superiores cuya doctrina resulte obligatoria de acatar por tribunales inferiores. La horizontalización supone, además, terminar con los cuerpos de decisión rígidos o fijos, de modo de establecer una suerte de “competencia interna” entre jueces o tribunales colegiados que pertenecen a una misma competencia territorial y material. Ni siquiera en el caso de los recursos ello es necesario, porque, en ese caso, la garantía del recurrente no consiste en esta división, sino en el reexamen de la cuestión, normalmente por un número mayor de jueces que aquel que contribuyó a dictar la primera decisión²³.

Sin duda contribuye a esta horizontalización y a la independencia externa de las decisiones judiciales, el hecho de que esas decisiones no dependan solamente de la opinión de jueces permanentes, funcionarios pú-

²² Recientemente he vivido, en persona, el nombramiento sobre la base de una “audiencia pública”, en la cual adquieren relevancia oposiciones formuladas por los ciudadanos o asociaciones de ciudadanos, conforme a un calendario público previo, y las contestaciones de quien es postulado como juez: debo decir que, a pesar de mi experiencia personal casi trágica, quizás merecida, al menos parcialmente, el método me convenció, por la transparencia pública del debate (Ver Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 111; Ley de la Ciudad n° 6 [de audiencias públicas], Tít. II, Cap. VI, 21 y ss.). Creo, sin embargo, que en la audiencia pública los legisladores privilegiaron, de manera absoluta, la discusión histórica acerca de la trayectoria personal de cada uno de los jueces, un error parcial, a mi juicio. Con ser cada una de esas trayectorias importantes para el voto de los legisladores, que, para lograr el acuerdo, debían alcanzar una mayoría privilegiada (dos tercios de los votos de la integración total de la legislatura porteña), olvidaron totalmente presentar a los candidatos preguntas relativas al futuro, sobre aspectos importantes de su misión constitucional, como, por ej., su posición circunstanciada frente a la regla de la Constitución nacional que crea la autonomía jurídico-política de la ciudad, su posición frente a la competencia legislativa y judicial de la ciudad en materia penal, etcétera.

²³ Muchas veces las constituciones positivas de los diferentes Estados se oponen a una horizontalización total, en todo caso posible e imaginable, pues ellas atribuyen competencia a un tribunal superior (Corte Suprema o Corte de Casación) diferenciado. Agravan el problema aquellas constituciones o leyes orgánicas que feudalizan el Poder Judicial al exigir la creación de distintos tribunales de primera instancia, de apelación y sucesivos.

blicos integrantes de la burocracia judicial. Me refiero a la participación de ciudadanos en los cuerpos de decisión, al menos durante el debate del caso y en la sentencia que lo define. En materia penal, esa participación tiene larga historia, pues representa, en principio, una condición para el ejercicio del poder penal del Estado: la condición de que un grupo de ciudadanos, independientemente o unidos a los jueces profesionales, autoricen, en el caso concreto, la utilización de ese poder penal conforme a la ley –el mayor poder que la ley positiva legitima y atribuye al Estado– o, de otro modo, desautoricen el uso de tales medios de coacción para dar solución al caso. Con total independencia de los resultados de esa participación, acerca de la cual es dable esperar que, en grandes números, no provoque un uso diferente del sistema penal comparado con aquél atribuido a los jueces profesionales, lo cierto es que esa participación contribuye, de varias maneras, a evitar la suspicacia relativa a un sistema penal gobernado por funcionarios del Estado que deciden sobre un interés confesadamente estatal, precisamente, la aplicación de la pena estatal²⁴.

No resulta menos importante para la independencia judicial la transparencia pública del procedimiento que se utiliza para dar a luz las decisiones. El juicio público como modelo, requerido también por convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, precisamente para proveer a esa transparencia, es, sin duda, el procedimiento adecuado. El control público de esos procedimientos y de su resultado, la sentencia judicial, significa, políticamente, otro mecanismo que procura lograr la independencia judicial a través de la crítica popular, incluida la prensa, en un Estado democrático.

²⁴ Las garantías del justiciable se observan de otra manera en tribunales integrados por ciudadanos: para ejemplo basta el derecho del condenado al recurso y la máxima *ne bis in idem* (cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, § 6, E, 4, ps. 632 y ss. y § 6, H, ps. 705 y ss.).