

INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO GARANTE PARA  
EVITAR LA IMPUNIDAD

*INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL COMO GARANTE PARA EVITAR LA  
IMPUNIDAD*

*Dr. Raúl Zaffaroni*

Buenos días, Muchísimas gracias al Instituto Interamericano de Derechos Humanos por esta oportunidad que me brinda de volver a estar con ellos en este Curso Interamericano y sobre todo, la oportunidad que me brinda de volver a Costa Rica, volver a encontrar amigos y volver a encontrar recuerdos.

El tema de hoy es la independencia del poder judicial como garante para evitar la impunidad. Creo que es conveniente preguntarse antes qué se quiere decir con evitar la impunidad. Me parece que es imprescindible, creo que es imprescindible para toda persona que trabaje en derechos humanos.

El discurso punitivo, el discurso penal, el discurso jurídico penal es un discurso básicamente perverso, es perverso porque se retuerce, es torcido y se retuerce en forma tal que nos atrapa, que nos enreda en los propios tentáculos de ese discurso y nos hace terminar pidiendo nuestra propia represión. Hay que tener mucho cuidado cuando se habla de punición y, cuando estamos hablando de impunidad, por ende estamos hablando de su contrario – la punición. Hay que tener mucho cuidado de que la santa indignación que nos produce la circunstancia de ver genocidas caminando por la calle; la circunstancia de ver a los corruptos en las páginas ilustradas de las revistas; las circunstancias de quienes no tenemos un auto de procesamiento, tenemos una especie de capita minucio en el escenario político, es decir esa santa indignación que nos produce ver todo eso mientras nuestros pueblos se van sumiendo cada vez más en la pobreza; mientras la riqueza se va distribuyendo de una manera cada vez más polarizada; mientras se hunde nuestras clases medias; mientras se aumentan nuestros índices de mortalidad infantil; mientras descenden nuestros niveles de educación, es decir, cuidado que esa santa indignación no nos lleve a postular como solución la punición.

Pensar que la punición es la solución, choca con datos de realidad demasiado obvios pero que, la tormenta, la lluvia de noticias indignantes nos hace pasar por alto; nos hace ver demasiado el

presente y perder la perspectiva de lo que es el poder punitivo y de lo que siempre fue. Hay un dato de realidad innegable, el discurso legitimante del poder punitivo es básicamente falso. La regla del poder punitivo no es la punición, la regla del poder punitivo es la impunidad y de eso, tenemos experiencia todos; todos nosotros hemos sido alguna vez o muchas veces victimizados y sin embargo, nuestros victimarios permanecen impunes hasta en lo más cotidiano. Cada uno de nosotros tiene experiencia de victimización en delito contra la propiedad sin embargo, el sistema penal no se mueve, y algunos tendremos experiencia en otros delitos.

Por qué pasa esto. Esto pasa porque hay un legislador, y nuestro legislador latinoamericano y el legislador mundial – no tengamos tanto complejo tampoco – en este momento como se ha convertido en un político que es un gerente de un espacio en el cual no puede producir muchos cambios, vende ilusiones y, qué ilusiones vende – leyes penales. Hay una fábrica enorme de leyes penales en todo el mundo, es una forma de hacer clientelismo también; es una forma de hacer publicidad; es una forma de hacernos creer que se resuelven los problemas, entonces cuando un problema no tiene solución, lo dibujo en un tipo penario y lo publico en el boletín oficial – con eso ya he resuelto. Le di diploma de víctima a dos o tres que encuentro por ahí, metí preso a los más tontos que pude encontrar en el camino y con eso, vendo la ilusión de que resolví el problema. Entonces, tenemos una cantidad de leyes penales – si ustedes en alguna noche de insomnio en la canícula no tienen que hacer y se les ocurre leer especial del Código Penal y todas las leyes especiales, se van a encontrar con que la criminalización como programa criminalizante es una cosa completamente loca y se van a sorprender de repente, no les va a quitar el sueño pero esto yo lo hice en algún caso. Hemos cometido miles de delitos.

Los que están en el Poder Judicial o los que pasamos por el Poder Judicial, piensen sólo en la cantidad de falsedades en instrumento que hemos cometido – hemos estado en millones de audiencias que nunca estuvimos. Tenemos el don de reproducirnos y estar en todo lado, hablar con todo el mundo y firmamos al pie actas ideológicamente falsas – todos los días. Sin embargo, no estamos criminalizados. Por qué, porque esa programación es completamente desproporcionada, esa programación que llamamos en criminología, criminalización primaria, es decir crear los tipos penales, ponerlos en ley. Es completamente desproporcionada respecto de las posibilidades operativas de las agencias de criminalización secundaria, es decir las agencias

que seleccionan aquellos a los que se criminaliza en concreto. El policía tiene una capacidad de investigación limitada; tribunales tiene una capacidad de trámite limitada; las cárceles tienen una capacidad locativa limitada; en consecuencia hay una capacidad operativa de uno y un programa criminalizante primario de diez mil. La regla es, nueve mil novecientos noventa y nueve de impunidad – esto es inevitable. Esto se puede obviar y por ende podríamos pensar una criminalización secundaria adecuada al programa de criminalización primaria – no, por favor no. No primero porque se para la sociedad y segundo porque ninguno de nosotros queda del lado de afuera para cerrar la puerta.

Si ustedes toman el Código Civil y dicen, pensemos una sociedad que pudiera resolver todos sus conflictos como lo dice el Código Civil, hasta los más mínimos, con un acceso irrestricto a la justicia, encontrarían una sociedad bastante ordenada. Ahora, piensen una sociedad en que el Código Penal y las Leyes penales especiales se pusieran en funcionamiento al poder punitivo, cada vez que hay una infracción a una ley penal – esa sociedad no existe, esa sociedad desaparece. Es una utopía negativa.

En segundo término, esto qué consecuencia trae. Estructuralmente todo poder punitivo tiene que seleccionar, no le queda otra. Esta programación loca en relación a la capacidad operativa reducida a concreta, impone necesariamente la selección – todo poder punitivo es selectivo.

Este poder selectivo, por selectivo es contrario estructuralmente a los derechos humanos, históricamente incluso es contrario, aparecen en dos épocas distintas, este aparece con la inquisición, el otro aparece con el iluminismo, con el racionalismo – son dos fuerzas distintas. Este poder selectivo, por ser selectivo es discriminante, es inevitablemente discriminante. Esta discriminación se ha tratado de legitimar en el discurso con jerarquización biológica; este poder punitivo, vertical se estableció en nuestra historia no siempre, no, no eso de que acompañó al hombre desde la caverna, mentira – esto se estableció hace ocho siglos, se estableció en el siglo XI y en el siglo XII. Se estableció con un discurso altísimamente discriminatorio contra la mujer que fue el discurso inquisitorial, discurso de jerarquización biológica y después se fue nutriendo con todos los discursos racistas a lo largo de la historia – es el discurso anti derechos humanos, naturalmente. Es un discurso discriminatorio, sexista, discriminador de género, racista; se inserta en el discurso colonialista mundial, forma parte del discurso de jerarquización de

dominación planetaria del colonialismo y del neocolonialismo; tiende a una igualación; tiende a la normalización en el mal sentido de la palabra; tiende a negar el derecho a ser diferente y además, es genocida. Este poder es el que ha causado más muertos que cualquier otro poder en la historia: millones de muertos, no a los ejércitos, a las guerras, mentira. Por lo menos los ejércitos en función bélica no, los ejércitos en función bélica protagonizan estallidos brutales de violencia sí, pero estallidos – un tiempo; este es continuo, es permanente, este es constante. Por otra parte, no se pueden generar esos estallidos de violencia en esos fuertes ejércitos si no hay sociedades antes fuertemente corporativizadas y verticalizadas y el poder punitivo es el elemento de corporativización y verticalización de las sociedades.

Este poder punitivo es, el que ha generado los Estados totalitarios. Qué es un Estado totalitario, qué es un Estado autoritario, es un Estado con sus agencias punitivas descontroladas; es un Estado con sus agencias punitivas sin límites: desde la inquisición hasta la gestapo. Qué era la gestapo. La gestapo, la seguridad nacional estaba politizada y era la policía secreta del Estado – desde la checa hasta la KGB.

Nuestros propios ejércitos de seguridad nacional; nuestros Estados autoritarios y genocidas de seguridad nacional, qué fueron: no eran Estados con ejércitos en función bélica, eran Estados con ejércitos en función represiva; la única función bélica que tuvieron fue Malvinas e hicieron un papelón internacional, planetario en lo técnico; lo otro eran ejércitos en función represiva, era poder punitivo descontrolado.

Se me dirá que exagero, que hay límites – sí. Hay límites que los hemos intentado de poner en el discurso fundamentalmente a fines del siglo XVIII, comienzos del siglo XIX, cuando la burguesía tuvo que desplazar a la nobleza y entonces le negó el poder – trató de restarle, de limitarle – el poder vertical punitivo, sí. Pero a partir de mediados del siglo pasado, todo el discurso jurídico penal, trata de legitimar el poder punitivo y de romper los límites de aquel liberalismo racional que tiene el siglo XVIII, comienzos del siglo XIX.

Todos se han basado en ideas más o menos organizistas – hasta hoy, hasta hoy. No es sólo el organismo de Spencer, el organismo darwinista sino hoy mismo, las últimas teorías que tratan de legitimar el poder punitivo, apenas es funcionalismo sistémico que en definitiva es un organismo – que bueno, no lo es exactamente pero se funda en la auto pogenesis(?) y saca su idea del sistema

social de la misma base, del mismo fundamento del cual saca la idea de la biología; se nutre del mismo discurso. No sólo eso, hay límites si es cierto: el derecho penal tienen que tener límites, el poder punitivo tiene límites, sí. Pero vienen las emergencias y vivimos ochocientos años de emergencias. En las emergencias hay un poder cósmico que nos va a destruir, y frente a ese poder cósmico, todo límite se cae porque hay que salvar a la especie humana de la amenaza terrorífica, de la amenaza del maligno con las brujas, así empezó y después siguió con otras, de los erejes, de los revolucionarios, de la degeneración, la decadencia genética, de la sífilis, de la prostitución, del alcoholismo, de la subversión, del comunismo internacional, de las drogas – y van a seguir otras, claro. Todas emergencias sobre problemas más o menos reales, sí. Naturalmente las brujas también eran un problema real, la gente creía en las brujas y se morían, y las brujas creían que eran brujas también, sí, un problema real, no cabe duda. Todos estos problemas que fundaron las emergencias, o dejaron de ser problema, ahora convivimos con las brujas, o se resolvieron por otras vías: la sífilis la curó la penicilina. O no la resolvió nadie como el alcoholismo, pero el poder punitivo jamás resolvió ninguno de estos problemas cuya solución lo prometió, no hizo más que usarlo como pretexto para represivizar y usar ese poder represivo para reducir los espacios sociales y para montar Estados totalitarios, y lo sigue usando hasta el día de hoy.

El Poder Judicial. Su primera función, será evitar la impunidad, no. Frente a esta realidad el poder punitivo, el Poder Judicial, el poder jurídico, lo único que podemos hacer es, tratar de reducir la punición. Todo Estado de Derecho tiene en su seno los elementos del Estado autoritario. Lo decía Merkle(?) en la época de Wismar: no hagas notas necrológicas, no hagas discursos necrológicos al Estado autoritario; el Estado autoritario no se ha muerto ni con la Declaración de Virginia, ni con la Declaración Francesa del 89. El Estado autoritario está adentro, encorsetado por el Estado de Derecho; cada bajada de guardia del Estado de Derecho, el Estado autoritario trata de salir, lo perfora, es una coraza que la va perforando por todos lados y si puede reventarla, la revienta y entonces tenemos en toda su plenitud el Estado totalitario. Los Estados de Derecho son Estados que controlan más o menos a Estados autoritarios. El Estado de Derecho puro no existe, aquel en que todos estamos sometidos a la ley por igual; la ley nos considera a todos por igual – si a cualquiera de ustedes le preguntaran, en su país considera a

todos por igual, no, se reiría claro. En todos los Estados de Derecho históricos somos más o menos iguales – por qué, porque tratan de controlar mejor o peor el Estado autoritario, el Estado discriminante, el poder discriminante; el que está arriba siempre quiere estar impune, eso es una tendencia natural. Si hay una distribución razonable del poder de peso y contrapeso, que trata de contenerle un poco ese abuso de poder, bueno está mejor realizado el Estado de Derecho. Si eso está peor armado, está peor realizado el Estado de Derecho y hay más elementos discriminantes de Estado autoritario. Esto es más o menos inevitable, de modo que nuestro discurso, si sirve para algo el discurso de los penalistas; si alguna vez sirvió para algo, ha sido como apéndice del derecho constitucional, como un reforzador del corsé controlador y reductor del Estado de Derecho. Cuando el discurso jurídico penal se puso a legitimar el poder punitivo, lo que ha hecho ha sido convertirse en una mala caricatura de policía degenerado; de corruptor de policías, porque la función policial es otra; la función policial es correcta, la función policial sí está legitimada. La función de coacción directa de parar a alguien que está realizando un daño en curso, una lesión en curso o inminente, esa coacción administrativa directa, sí nadie lo niega, es legítima si está bien usada. Parar a alguien que me corre con un cuchillo por la calle, esa es la función de coacción directa, la llamada función policial. Esa coacción como modelo abstracto es legítima, es deber del Estado.

En la otra punta, la coacción reparadora, la coacción restitutiva, la coacción civil, la del derecho privado: si alguien me hace una lesión tienen que repararme, restituirme, repararme, etc., la coacción es *data lesa* – ese modelo está también legitimado abstractamente, en concreto pueda que se le use mal, pero como modelo abstracto también. En el medio, este modelo punitivo, qué legitima este poder punitivo. El discurso jurídico penal ha inventado todas las teorías imaginables – no se las voy a relatar acá porque perderíamos mucho tiempo, son todas falsas, absolutamente falsas, por lo menos no son generalizables. Qué es lo que hacen – apelar a una falsa generalización de experiencia cotidiana. Claro voy con el carro, no puedo estacionar si está parado, vienen y me lo llevan. Por eso pienso que si la ley me amenaza con otras cosas, eso va a ser motivo para que yo no lo haga; como si yo tuviera la misma motivación que tengo para abstenerme de parar el carro en lugar prohibido, cuando me abstengo de matar a mi mamá con el

árbol de Navidad. Ese infantilismo razonante, es lo que ha producido en la legitimación del poder punitivo en el discurso jurídico penal.

La traslación de esa experiencia, de esa introspección a cualquier situación y no hablemos de las otras teorías que resocializan, reinsertan, repersonalizan, etc. Miremos cual es el resultado estructural de una cárcel y nos vamos a dar cuenta que todas esas teorías “re” son absolutamente ridículas; pretenden enseñarle a jugar fútbol a una persona dentro de un ascensor – absurdo.

Función nuestra como poder jurídico – contenerlo. Somos una apéndice del Estado de Derecho, reducirlo y tratar de reducirle en lo posible en su nivel de selectividad pero sabiendo que la selectividad, la discriminación inherente a la selectividad – esos son caracteres estructurales. Su función de verticalización social, son caracteres estructurales, los podemos atenuar, los podemos disminuir y mucho podemos hacer en este sentido pero cuidado con soñar que van a desaparecer; son estructurales al ejercicio del poder punitivo. Preguntar cuál es el poder punitivo bueno, es como preguntar cuál es la guerra buena – la que no se hace, pero la guerra existe; el poder punitivo también, sí, es un hecho, es un hecho de poder, es un hecho extrajurídico; lo jurídico es su contención, lo jurídico es su reducción, lo jurídico son sus límites. El poder punitivo es un mero hecho político, igual que la guerra.

De ahí que, la función del poder judicial en este ámbito sea más o menos la de la Cruz Roja Internacional en el momento de la guerra. Yo no se si lo de Clausewitz está bien o si hay que decirlo al revés; si la guerra es la continuación de la política; la política la continuación de la guerra, pero bueno, en la guerra la Cruz Roja no tiene poder para suprimir la guerra, trata de reducirle su brutalidad de cortar las aristas más crueles, más inhumanas. En la política también nosotros con el derecho penal, nuestra función jurídica es tratar de reducir la brutalidad, la violencia, la selectividad, la discriminación que implica el ejercicio del poder punitivo, cuyo resultado natural lo tienen ustedes en cualquier cárcel, pueden ir y ver quienes está atrás de la reja y se van a dar cuenta, van a verificar empíricamente esto que estoy diciendo.

Atrás de la reja están los brutos, los torpes, los que no saben robar bien, los que se seleccionan por estereotipo, el delito más severamente penado y más usualmente penado es la apropiación de color en todo el mundo. Este no es un fenómeno latinoamericano, los norteamericanos meten

preso a los negros; los alemanas meten preso a los turcos; los franceses meten presos a los árabes y nosotros metemos preso a los más morenos de nuestra población. Por qué, porque la clase, no, porque es lo más fácil. Las agencias de criminalización secundarias son burocracias, toda burocracia que además de hacer su deber, sabemos que hace lo más fácil. Qué es lo más fácil, y lo más fácil es agarrar a un tipo que tiene cara que ladrón, camina como ladrón, está vestido como ladrón, se corta el pelo como ladrón, habla como ladrón y roba. En consecuencia, por qué está preso, porque roba, no, está preso porque roba mal sencillamente – no sabe fundar el banco y luego fundirlo, sólo sabe asaltarlo y a veces ni siquiera – está preso por torpe.

Es esto lo único que puede hacer el Poder Judicial. El poder jurídico no puede hacer otra cosa que contener este poder punitivo. En materia punitiva sí, no puede hacer otra cosa. Es la Cruz Roja, si lo hace bien, es la Cruz Roja del momento de la política pero fuera de la materia punitiva que no es la que agota el cuadro jurídico ni mucho menos, esto de hacernos creer que todo se resuelve punitivamente, es un panpenalismo absurdo; el derecho es mucho más amplio que el derecho penal; el poder del Estado tiene otras manifestaciones mucho más importantes que la punitiva o tendrían que ser mucho más importantes para la convivencia, para la coexistencia y ahí sí, el Poder Judicial podría hacer mucho más que lo que hace respecto del poder punitivo. Puede hacer mucho más para evitar que haya genocidas y corruptos andando por la calle y mostrándose en la televisión; puede hacer mucho más, puede evitar que haya genocidas y puede evitar que haya corruptos. Esto sí lo puede hacer, tiene mucho que hacer en este sentido o por lo menos puede reducirle la posibilidad o sus ámbitos.

Un Poder Judicial correctamente estructurado tiene básicamente dos funciones: una función que es la de decidir conflictos, que es más bien – no me gusta la expresión – pero lo que sería la función de servicio del Poder Judicial. Otra función que es, la del control de constitucionalidad. En nuestros países no se duda de esta segunda función, todos las tenemos consagradas en nuestras Constituciones, somos herederos de la Constitución norteamericana. El control de constitucionalidad es, el control de legalidad del Estado de Derecho. Es tan o más importante que la función de servicio de solución de conflictos, de decisión de conflicto. Un Poder Judicial independiente, un Poder Judicial imparcial, un Poder Judicial plural, puede a través de esta función de constitucionalidad, de control de constitucionalidad y a través de la función de

solución de conflictos, puede hacer muchísimo para evitar estas terribles violaciones a derechos humanos que hemos padecido y seguimos padeciendo aunque bajo otro ropaje. No lo va a evitar metiendo preso al VIP, no, no, deslegitimando los actos de abusos de poder antes de que el VIP cometa su delito. No soñemos con que nos van a meter presos a los VIP; hay algunos VIP presos, si es cierto y miren que pasa: cuando el VIP cae, la policía no sabe como tratarlo; para los periodistas por lo menos al principio, no es el malandro, no es el doctor fulano, el ex Ministro, el ex, el ex, y ese ex está preso porque perdió, si no perdió no cae en el sistema penal, nunca. Los jueces no saben como tratarlo porque el VIP contrata abogados importantes. La cárcel, tienen que darle un alojamiento VIP, lo cual prueba que el sistema penal no está hecho para él – tienen que meterlo en otro lado. No soñemos, ni siquiera soñemos con la promesa de que nos lo van a resolver los tribunales internacionales; está bien que hagan tribunales internacionales penales, sí, pero quien va a ir al tribunal internacional – el que perdió; mientras tenga poder y se pueda sentar en la mesa de negociaciones, no va a ir al tribunal internacional. No, pero vamos a hacer un tribunal internacional para que mañana un Nuremberg sea juzgado por un tribunal penal internacional. Evitemos que haya un nuevo holocausto. Cuando vino Nuremberg, Nuremberg tuvo forma de proceso, eso nos confunde, pero como terminó en Italia. Se preguntaron algunas veces; se preguntaron cuál fue la solución jurídica; qué dijo el derecho. Cuando agarran a Mussolini sobre la frontera suiza y dijeron, acá no hay Nuremberg, se terminó, acá lo hicimos nosotros y lo cuelgan en la Piazza di Dongo, la justicia italiana después intervino – veinte años demoró, y al final el Publico Ministero, Fiscale di Como, en la década del 60, pide el cierre de actuaciones porque dice: fue un hecho de guerra. Dentro de guerra mataron a Mussolini, dentro de guerra mataron a los jefes fascistas, pero mataron a Claretta Fattaci que era la amante, mataron al hermano de la Claretta también, medio raro, realmente matar al hermano de la amante, no.

Una ficción, se había terminado la guerra, se había firmado el armisticio con Alemania, pero no se había firmado el armisticio con la Republica Sociale Italiana – claro se había firmado el armisticio claro, si ya no existía la Republica Sociale, si el gobierno de la Republica Sociale era lo que se estaba escapando a Suiza.

Qué significa esto, significa que si un día se nos da el holocausto, no tenemos solución jurídica, no hay solución jurídica, es algo así como la pérdida de la paz. Es un sujeto que se quedó afuera de la comunidad, se quedó afuera de la comunidad jurídica; no, no le encontramos solución jurídica. Quieren hacer los tribunales internacionales penales, está bien – háganlo, pero tengamos en claro que va a ser una justicia tan selectiva como la otra y si no, nos vamos a encontrar con algún caso en que vamos a encontrar al sujeto fuera de toda solución jurídica porque el sistema penal no está para juzgar un señor que mató a tres millones de personas – no está previsto. No hay sistema penal en que eso pueda encajar, ni internacional, ni universal, no, no puede encajar, esto supera toda la previsión de cualquier sistema penal. Los sistemas penales están hechos para otras cosas, para otro tipo de ejercicio de poder. No soñemos con esas cosas. Sí, soñemos con lo que es posible, con que es posible evitar que eso suceda, a través de un Poder Judicial que pueda controlar y reforzar el Estado de Derecho; que pueda evitar el abuso de poder, fundamentalmente a través del control de constitucionalidad, fundamentalmente a través de una correcta solución de los conflictos en otros ámbitos, no exclusivamente en el ámbito penal.

Esta función, que sí es función que puede realizar un Poder Judicial, requiere que tenga condiciones estructurales, la agencia judicial para resolver correctamente los conflictos, para ejercer el control de constitucionalidad y para auto gobernarse, por qué, porque tiene que ser independiente. Independiente de quién – independiente de todos los factores de poder externo y fundamentalmente del ejecutivo; independiente también del propio poder interno – el Juez no puede estar sometido jerárquicamente a un Tribunal de Apelación y el Tribunal de Apelación no puede estar sometido jerárquicamente a una Corte o a un Tribunal de Casación y, el Tribunal de Casación jerárquicamente sometido a una Corte, porque ese es un gallinero en un derecho penal, no en un Poder Judicial.

El Poder Judicial no puede ser jerarquizado, cada juez tiene que tener la autonomía de conciencia para juzgar conforme él entiende la Constitución y las leyes, como única garantía de interpretación plural del derecho. El derecho, todos lo sabemos, es equívoco. La única garantía de interpretación imparcial del derecho, es la garantía democrática – el pluralismo ideológico dentro del Poder Judicial. Esto no sólo requiere independencia externa, sino también independencia interna. No soñemos aquí tampoco con esos jueces que claro, la falla de nuestros

Poderes Judiciales obedecen a que los jueces hoy día no tienen la ética que tenían antes – bueno como nuestros abuelos, como se murieron no nos acordamos de las barbaridades que hicieron antes --, entonces sí los jueces eran serios, los jueces de aquel entonces eran apolíticos, eran ideológicos, eran apartidistas, eran asexuados – claro era Ibernensen(?) que estaban en medio de Clark(?) y Kant, que estaban en medio de la sociedad – esto no existe, y si llega a existir un sujeto así es un degenerado. Un poder judicial es una institución democrática y como cualquier otra tiene que tener una estructura democrática, por ende tiene que tener una estructura pluriideológica o tiene que tener la posibilidad de ser pluriideológico.

Esto requiere que pensemos la estructura del Judicial y que la tengamos clara, que sepamos por qué vamos a pelear; qué estructura del Judicial queremos. Me podrán decir, para qué vamos a hacer esto, si después de todo nuestros gobernantes no nos van a ser caso. Es cierto, es posible pero no es tan así. Cuando nosotros pensamos una estructura de judicial lo tenemos que pensar aplicando esa rama de la ciencia política que es la ingeniería institucional, y conforme a esa ingeniería institucional, pensaron judicial, democrático y plural, con condiciones de independencia; y un judicial con jerarquía técnica, con nivel técnico, con nivel de formación jurídica. Es posible pensarlo, es posible tener las ideas claras al respecto, después vendrá la lucha política por realizarlo; esa lucha, es importante para esa lucha política tener claro el discurso, pero el claro es lo que queremos, si no nunca lo vamos a conseguir. Si antes no clarificamos los objetivos, no podemos establecer ninguna estrategia; y si no podemos establecer estrategia, menos vamos a poder establecer tácticas. Por otra parte, si tenemos claras las ideas, cuidado que estamos viviendo un momento muy, muy oportuno para poder llevar a la práctica muchas de estas ideas.

El poder es saber, nadie hoy ejerce el poder sin un discurso; nadie llega al poder sin un discurso y cuando llega al poder sin un discurso, se desbarra. Un filósofo francés decía hace algunos años que, quien llega al poder hoy, ya no se puede contentar con un poco de tropa, aguardiente y salchichón – necesita eso pero además necesita el discurso. Tengamos el discurso, sepamos que Poder Judicial queremos, qué modelo, qué estructura.Cuál es la estructura que tiene condiciones de pluralismo interno, de jerarquía técnica y por ende independencia, que tiene condiciones de imparcialidad.

No nos olvidemos que la oportunidad política en cualquier momento se abre, nuestros países abren oportunidades políticas a cada rato y sobre todo en este momento, se está abriendo continentalmente una que es hermosa. Nuestros gobiernos, nuestros operadores políticos confiaron, como siempre, confiaron en los jueces amigos y se olvidaron, no se dieron cuenta que los jueces son amigos mientras ellos tienen el poder; cuando el poder se les desbarata, se hacen amigos de los nuevos que llegan con el poder. Bueno, Banco en la República Dominicana, Carlos Andrés en Venezuela, y podríamos mencionar muchos que dijeron: “si este muchacho lo nombré yo, este muchacho era del partido; este muchacho me lo recomendó mi compadre”. Cuánto fúsche de utilería, hubo para napoleones de juguete y cuántos van a haber; cuántos híbridos de reptiles y camaleones hay en todo esto y cuántos van a haber. Es decir, el Poder Judicial de amigos no le da garantía a nadie, ni siquiera al corrupto porque no le garantiza después el mínimo de imparcialidad que necesita – no, el que se cambió camiseta, tiene que demostrar, tiene que exagerar, tiene que sobre actuar para demostrar que es auténtico eso que está haciendo. Esta es una hermosa oportunidad política si tenemos claro el discurso. Si no lo tenemos claro, puede ser que la perdamos de nuevo. El discurso no está muy claro porque siempre se le ocultó sistemáticamente. Siempre se pensó que el Poder Judicial estaba bien – nunca se sabía muy bien lo que hacía, nadie analizó nunca la función política de nuestros poderes judiciales; nuestras historias contemporáneas están estudiadas pero nuestros Poderes Judiciales, su función política no está estudiada; pueden revisar toda la bibliografía de nuestra región y hay muy poco sobre función política de nuestros poderes judiciales, muy, muy poco, casi nada, inclusive algunos libros buenos inéditos.

Esto ha hecho que discutamos parlamentarismo, presidencialismo, semipresidencialismo, semiparlamentarismo, sí, pero modelos de Poder Judicial en ingeniería institucional no se debatieron. Hay dos tradiciones históricas, la tradición histórica de dos revoluciones: la Revolución Francesa y la Revolución Norteamericana. La Revolución Francesa era una revolución que trataba de hegemonizar una clase social en lugar de otra, por ende el Parlamento, la Convención y como nosotros somos el poder absoluto, inventaron el Tribunal de Casación, la Corte de Casación, es decir un Tribunal al lado del legislativo para controlar a los jueces; legisladores controlando a los jueces para que los jueces no desvirtúen las leyes que ellos hacían –

una cosa bastante piramidal. La Revolución Norteamericana como no desplazó a ninguna clase social, echó a los ingleses pero las colonias siguieron manteniendo su antigua estructura, lo que necesitó fue un Tribunal Arbitral, entonces inventó la Corte Suprema, es decir jueces controlando a legisladores. Los dos modelos continuaron hasta el final de la II Guerra Mundial. El modelo francés se extiende por toda Europa, da lugar a poderes judiciales piramidales, totalmente burocratizados, muy poco aptos para la función de control del poder; fracasaron políticamente; fue el Poder Judicial francés, el que le tributó al día siguiente su homenaje de obediencia al gobierno de Bishí. Fue el Poder Judicial alemán el que siguió funcionando sin novedad todo el tiempo del nazismo. Fue el Poder Judicial italiano el que siguió funcionando sin novedad durante todo el tiempo del fascismo; el español con el franquismo; el portugués con el salazarismo – y por qué. Porque eran poderes judiciales con una estructura burocrática análoga al del ejército. (TERMINA LADO DE CASETE – NO SE GRABA TODO)

... no ejercían funciones de control de constitucionalidad – alguien dijo con razón que Europa tenía derecho administrativo, no derecho constitucional. El sujeto entraba de joven, se formaba en una escuela como la academia militar, iba ascendiendo a medida que mayor obediencia tributaba la cúpula mejor – más rápido ascendía – la cúpula con jurisprudencia obligatoria bajaba línea, y a medida que el sujeto iba envejeciendo y además iba recibiendo algunos golpes de la cúpula cuando quería apartarse un poco, iba quedando cada vez más tonto, cada vez iba neutralizando más su capacidad creativa y por ende, como ya estaba totalmente atontado, viejo y arterosclerótico llegaba a la cúpula y lo único que hacía era repetir el mismo trámite burocrático. El otro modelo, el norteamericano, el modelo norteamericano no tiene el control de constitucionalidad pero tiene la nominación política y la nominación política lleva a la degradación, quizás menos en Estados Unidos que en nuestros países, es posible. Es posible porque todo depende de donde esté inserto un Poder Judicial, pero cuidado, tampoco soñemos y tampoco idealicemos al Poder Judicial norteamericano y mucho menos el Poder Judicial norteamericano en ámbito punitivo, con un millón y medio de presos. Es decir, compiémosle a lo norteamericano lo bueno, lo bueno que tiene es su libertad de información, su libertad de cátedra, movimientos civiles, todo eso pero no le copiemos lo que tienen de malo y esto no es del todo bueno.

Se habla de las cortes norteamericanas, la Corte Warren, pero me acuerdo de las anteriores y no nos podemos olvidar que la guerra de secesión se precipita, no es la causa, pero lo que precipita la gota, es que la Corte Suprema de los Estados Unidos, le niega el hábeas corpus a un negro, en función del derecho de propiedad, de la intangibilidad del derecho de propiedad. No nos olvidemos que la Corte Norteamericana consagró el apartheid – iguales pero separados --. No nos olvidemos que la Corte Norteamericana declara la inconstitucionalidad de las leyes de Virginia que prohíben los matrimonios mixtos en el año 1957. No nos olvidemos de unas cuantas cosas de la justicia norteamericana; no nos olvidemos lo que hizo la justicia norteamericana con Roosevelt, la Corte Suprema, casi le impide el nudil (?) declarando la inconstitucionalidad de todas las leyes anti trust. A Roosevelt se le ocurrió la idea de aumentar el número de integrantes de la Corte Suprema, a Roosevelt no lo dejaron y en un cáncer oportuno y algunas cosas así, le resolvieron el problema después. Pero tampoco el modelo es del todo idea.

Cuando bajamos a nuestros países nos damos cuenta de como ese modelo que en su origen no es tan bueno; a medida que lo bajamos a nuestros países se va pervirtiendo cada vez más, sobre todo si lo vamos mezclando con jueces nombrados por mandato a término – que cada cuatro años el tipo tiene que ir corriendo a ver que amigo encuentra, que compadre para que lo vuelva a nombrar. Si tenemos jueces que pueden ser removidos popularmente; si tenemos cooptación, es decir el Poder político nombra a la Corte y después la Corte nombra de ahí para abajo a unos empleados a los que llama jueces. Es decir, todo esto va empeorando todavía más el modelo, lo va haciendo cada vez peor.

Terminó la II Guerra Mundial, los europeos le tenían desconfianza a lo que había pasado en Estados Unidos con Roosevelt, pero por otro lado se daban cuenta que su modelo judicial no funcionaba y entonces crean dos instituciones importantes que son las que dan lugar a los modelos, diría más democráticos que tenemos hoy disponibles en el mundo. Una que para nosotros no es mucha novedad, que es la Corte Constitucional, Tribunal de Justicia Política, control de constitucionalidad centralizado – se le opuso siempre al nuestro, que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad. Hoy día, teóricamente los dos modelos están bastante cercanos.

Europa conoció desde la posguerra, el control de constitucionalidad. Hubo algunos ensayos entre guerras que habían fracasado. Desde la posguerra lo conoce y tienen tribunales constitucionales la mayoría de los países europeos: lo tiene Alemania, lo tiene Suiza, lo tiene Italia, lo tiene España, lo tiene Portugal, lo tiene Grecia, etc. Pero, genera otra institución también, que es el Consejo de la Magistratura. El Consejo de la Magistratura es, lo inventan los franceses, lo desarrollan los italianos. En Francia, en la IV República prácticamente lo mataron; en la V República De Gaulle le puso la lápida. Cada vez que les hablen de Poder Judicial francés tengan en cuenta que la Constitución de la República Francesa dice que, los jueces son garantes de la libertad de los ciudadanos. Unos artículos después dice, que el Presidente de la República es el garante de la independencia de los jueces. Entonces, cada vez que les hablen del modelo francés, digan no gracias. El otro es el italiano que desarrolló a partir de la Constitución de 1947, el Consejo de la Magistratura que había aparecido por primera vez, en posguerra, en la Constitución francesa de 1946. Lo pone en funcionamiento en 1960, los políticos italianos trataron de evitarlo al igual que la Corte Constitucional, tardó diez años en ponerla en funcionamiento. Finalmente, ustedes saben que la política italiana avanza en propulsión a gente que patea el tablero, entonces cuando hay algo que no funciona, se patea el tablero y se democratiza un poco. Se puso en funcionamiento hacia el año 1960. Un Consejo de la Magistratura integrado en un tercio por juristas representantes de los partidos con representación democrática, y dos tercios integrados por jueces electos por todos sus colegas sin distinción de instancia. Es decir cada uno, un voto, lo que lleva a un predominio de representación de jueces del electorado interno, de jueces de primera instancia, es decir de los más jóvenes. A partir de ahí, se inicia un pluralismo interno bastante interesante, se puede saber quienes integran el Consejo, como piensan, como piensan los jueces porque integran sus partidos de jueces. No son ni nombrados ni removidos por el poder político, se nombran por estricto concurso público de antecedentes y oposición, y esto ha dado por resultado finalmente este Poder Judicial italiano que ha permitido manipulistas y todo este tipo de cosas, pero que también, mucho antes de esto, se permitió hacer cosas bastante interesantes como fue luchar contra la mafia, como fue luchar contra un terrorismo terrible sin cancelar ni reducir garantías, es decir, es no un Poder Judicial a copiar, pero sí un modelo de Poder Judicial cuyas virtudes tenemos que reconocer.

Diríamos sintéticamente para terminar, que hoy tenemos en el mundo tres modelos de Poderes Judiciales. Un modelo que todavía conserva las características francesas napoleónicas; un modelo verticalista tecno burocrático, más o menos copiado a la estructura militarizada – es el modelo francés, es el modelo que tienen algunos otros países que todavía no han cambiado en Europa el modelo francés, aunque lo han amortiguado con otros medios, como por ejemplo Holanda, tiene alguna forma de atenuarlo, los Países Escandinavos.

Tenemos el otro modelo que es el modelo de Consejo de la Magistratura, el modelo italiano, el modelo de Consejo de la Magistratura plural.

Por último tenemos modelos empírico primitivos, que se pueden parecer a algo pero que se forman en razón de los golpes, de los embates del poder – no hay una ingeniería institucional sino que a fulano en tal momento de la historia le convino tocar la Constitución y hacer tal cosa; a mengano le convino tocar la Constitución y hacer otra cosa y en medio de ese aquellarre, resultan los modelos empíricos primitivos.

Qué pasa en nuestra región. En nuestra región en general, si excluimos Brasil y un poco Costa Rica, que tienen modelos tecno burocráticos básicamente, el resto de nuestros países ni siquiera llegó a los modelos tecno burocráticos – tenemos modelos empírico primitivos. Nunca se ha pensado en el resto de nuestros países una ingeniería institucional respecto del Poder Judicial. Eran mucho pero yo oí hablar del Consejo de la Magistratura. En mi país existe el Consejo de la Magistratura, existen muchas formas que han inventado nuestros operadores políticos de institucionalizar la trenza – no se si esta palabra la entienden todos, el contubernio, digamos – en lugar de hacerse en el velatorio del muerto que acaba de dejar la vacante y empezar ahí a darles los abrazos al Ministro de Justicia, el contubernio se institucionaliza y se hace en una mesa en que se sientan la cúpula del judicial, la familia judicial y la familia política y entre los dos deciden cómo van a llenar la vacante. Consejo de la Magistratura que no hace más que institucionalizar los defectos de violaciones a la independencia externa e interna de los poderes judiciales. Que privilegian las cúpulas y que privilegian los intereses del Poder Ejecutivo. Eso no es un Consejo de la Magistratura, se podrán llamar así, es lo mismo que llamar Parlamento a un órgano legislativo cuyos integrantes se han designado por el dictador de turno, una cosa así, eso no sería un Parlamento, un órgano legislativo sí pero un Parlamento democrático, no.

Hemos llegado al absurdo en nuestra región de que hay un país de la región donde el Consejo de la Magistratura se usó el nombre durante la dictadura militar como un recurso para someter a todo el poder judicial a los dictados del Ministerio de Justicia – Uruguay. No se puede hablar en Uruguay del Consejo de la Magistratura porque se acuerdan de aquello, claro. Es decir, se puede prostituir el nombre del Consejo de la Magistratura, pero tengamos cuidado. Consejo de la Magistratura en el derecho comparado es, un organismo de integración plural, de una integración que impide que cualquier segmento la monopolice o por lo menos lo dificulta mucho, y esa integración plural tiene el gobierno del Poder Judicial, ya no es una Corte Suprema, ya no es nadie supremo – no hay supremos ya para mandar. Supremo será una instancia, pero nada más. No hay jerarquías entre jueces, hay distinciones de competencia, que es otra cosa, pero no jerarquía. Jerarquizado tiene que ser un ministerio público, un Poder Judicial no, por eso requiere un órgano de gobierno democrático, un órgano de gobierno plural, un órgano de gobierno que emerja de distintos segmentos, que nadie pueda monopolizarlo; que ese órgano de gobierno sea el que se ocupe de las sanciones; que ese órgano de gobierno sea el que se ocupe de iniciar los jurados de enjuiciamiento; que ese órgano de gobierno sea el que administra el presupuesto, que nuestro supremo no se dediquen a comprar ascensores y bombillas de luz y hacer negocio con los edificios; que se dediquen a controlar la constitucionalidad de las leyes, para eso están y para eso se les paga, no para que tengan fábricas de muebles ni empresas de construcción; no para que sean administradores sino para que controlen la constitucionalidad de las leyes.

La función administrativa, incluso por razones de horizontalización democrática del Poder Judicial, tiene que pasar a un organismo plural, a un organismo democrático.

Una última reflexión – pero entonces los jueces se nombran por concurso, dónde está el poder político, la voluntad popular, no salen de la voluntad popular. No me tomen el pelo por favor, basta, la voluntad popular está en tener jueces, en tener como jueces a los que más sepan derecho y eso, eso se establece a través de un concurso, de una prueba medianamente objetiva, todo lo objetiva que se pueda – no, pero que pueda ser fraudulento, sí las elecciones también, tratemos que no sean fraudulentas, no de suprimir las elecciones. Concurso también, puede ser fraudulento, tratemos de que sea lo menos fraudulento posible o de suprimir esa característica,

no de suprimir el concurso. Es una función altamente técnica, elijamos los mejores técnicos. Pero, eso no me garantiza el pensamiento democrático y de esto que tenemos ahora, tenemos garantía de pensamiento democrático acaso. Cuántas sentencias antidemocráticas puedo encontrar -- no, pero con esa vía pueden elegir a Karl Schmitt. Preferiría tener a un más inteligente como juez, antes de tener a un totalitario estúpido, solo porque tiene un compadre Ministro de Justicia.

Gracias.