

USO DEL DERECHO, FORMA- ESTADO DEMOCRATICO Y CUESTION JUDICIAL*

ROBERTO BERGALLI

USO DEL DERECHO, FORMA-ESTADO Y CUESTION JUDICIAL

La necesidad de plantearse una reconstitución del Poder Judicial argentino sobre bases democráticas, debe proponerse desde la modelación de las instancias o momentos de la administración de justicia que por su naturaleza tengan la posibilidad de conectarla con mayor facilidad a la realidad social sobre la cual debe actuar.

Un planteamiento similar tuvieron que formularse las sociedades que, sobre la mitad de este siglo, salieron de una larga noche como la constituida por los regímenes fascistas. Ahí están para testimoniar lo afirmado los procesos constitucionales alemán federal e italiano y el muy actual español, sin olvidar el francés. En todos ellos, la cuestión judicial ha tenido una atención preferente por el papel que ella juega como elemento definidor de la forma-Estado so-

* Tomado de Roberto Bergalli, Estado Democrático y Cuestión Judicial, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, Capítulo V, pp. 91 - 124.

cial y democrática de derecho. En efecto, si bien en el concepto liberal del Estado de derecho estaba muy presente el elemento de seguridad jurídica que se obtiene con la existencia y el funcionamiento del control judicial, es sólo en el Estado social y democrático de derecho que paulatinamente se ha ido conformando en esos países cuando los demás rasgos connotadores de aquél: a) imperio de la ley, b) división de poderes, c) legalidad de la administración, y d) garantía jurídico-formal y efectiva realización de los derechos y deberes fundamentales (v. Díaz, 1979, 29 y ss.) adquieren la dimensión necesaria para corregir el individualismo clásico liberal, mediante una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social, pero también para superar el neocapitalismo regresivo por medio de la transformación radical de las relaciones de producción y de un cambio en el control de las fuerzas económicas, todo lo cual debería llevar a la incorporación y participación real de todos los individuos. Sólo así la libertad-participación sustituirá a la libertad-alienación del capitalismo liberal.

En la conformación de unas relaciones entre sociedad civil y Estado, en las cuales este último adquiera una auténtica identidad democrática, con suficiente representación de todos los grupos sociales, es entonces imprescindible determinar cuáles son esos momentos de la administración de justicia que posibiliten su democratización. En este sentido es evidente que no hay fórmulas determinadas y que toda tentativa dirigida a semejante fin debe pasar por experiencias histórico-culturales propias. El caso argentino es uno en el cual se mantienen los mismos moldes de una administración de justicia enclavada como un cuerpo separado, una zona de poder separada de la sociedad, tal como hace diez años caracterizaba Senese el sistema judicial italiano (cfr. Senese, 1973, 825). Mientras esto ocurre, la sociedad civil argentina no es seguramente la misma respecto de la cual fue pensado el ordenamiento judicial, a la vista de los profundos conflictos, tensiones y cambios acaecidos sobre todo en los últimos años. Es indudable

que ese ordenamiento ha sido condicionado por el quehacer práctico o técnico-jurídico. Esto ha ocurrido así, pues como ya se ha adelantado, la forma tradicional de entender la función judicial en la Argentina ha tomado siempre como punto de partida los postulados de imparcialidad del Estado y neutralidad del derecho, llegando necesariamente a la inexcusable exigencia de fidelidad ciega del juez a la ley del Estado y a la visión de la actividad jurisdiccional como puramente técnica.

A) USO ALTERNATIVO DEL DERECHO EN OTROS AMBITOS CULTURALES.

Aquí es entonces necesario afirmar que el principio de la independencia judicial, contrariamente a la tradición argentina que se ha expuesto, comienza sólo a verificarse mediante el cambio que ha de propiciarse a partir de una nueva forma de concebir el derecho y la jurisprudencia. En efecto, si se considera que una contribución democrática de la cultura jurídica en formaciones sociales que pasan por un período de profunda crisis, consiste en afianzar una práctica jurídico-política específica que tienda a la solución emancipadora de las tensiones y contradicciones de dichas formaciones (V. Saavedra, 1978, 35), o lo que es lo mismo, a ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de la sociedad, es entonces necesario proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas *alternativas* a la cultura y a la práctica dominantes a fin de, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico —y especialmente en el judicial— unos determinados intereses o una determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos “sujetos jurídicos” que están sometidos por unas relaciones sociales de dominación. Si se acepta esta sugerencia, es indudable entonces que la fundamentación del principio de la independencia judicial ha de tomar senderos bien opuestos a los tradicionalmente transitados y ha de arrancar de una concepción radicalmente divergente.

En efecto, esa propuesta supone la toma de conciencia de la función política del derecho, de una interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y de su idoneidad como factor de cambio social. De esta manera quedan explícitas las implicaciones teóricas planteadas por un *uso alternativo* del derecho, en el sentido que así quedaría dilucidado el carácter relativamente autónomo —respecto a otras instancias sociales, como la economía o la política— que siempre le atribuyó la teoría y la práctica idealistas.

Es necesario subrayar que si se formula la propuesta de utilizar *alternativamente* el derecho existente, sin mantener la exigencia de transformarlo revolucionariamente, en el sentido de proteger o consagrar jurídicamente una práctica *emancipadora*, la primera implicación que semejante propuesta encierra es la afirmación de la existencia de grupos o clases sociales no emancipados, es decir, de relaciones sociales establecidas en términos de dominación, a las que el derecho presta eficacia con los medios que le son propios. El terreno de base, pues, que sustenta todo el discurso sobre el uso alternativo del derecho, es el de una teoría de la sociedad que explica las relaciones humanas como relaciones contradictorias, antagónicas, en conflicto, y no simplemente de desigualdad (así Saavedra, 1978, 42).

En el ámbito de fundamentación o de posibilidad teórica de ese perfeccionamiento alternativo del derecho que provoque en la realidad social unos efectos progresivos, deben tenerse en cuenta según Saavedra (v. ob. cit., 1978, 43 y ss.) dos presupuestos que suponen, como punto de partida, un conocimiento, comprensión o interpretación *alternativa* del contenido del ordenamiento jurídico. De un lado, pues, se hace necesaria una crítica del método jurídico que ponga de manifiesto el carácter político e ideológico de la interpretación tradicional del derecho; ésta está constituida por el conjunto de reglas técnicas que le permitirán al jurista descubrir las normas aplicables y mantener al mismo tiempo las características de neutrali-

dad y objetividad: interpretación gramatical, lógica, sistemática, teleológica, etc., mediante las cuales el intérprete desarrolla un análisis del lenguaje de la ley que se resuelve en una descripción o explicación de lo ya establecido en el sistema. Esto encierra una crítica del modelo teórico del positivismo cientificista, impreso en la autoimagen del jurista profesional, que constituye la base de sustentación de la ideología de la independencia judicial tradicional, de la autonomía de la ciencia jurídica, de la separación entre el derecho y la política o entre legalidad y justicia. Sería éste un presupuesto "subjetivo" o "epistemológico", porque atañe a la actividad de conocimiento del sujeto-intérprete.

Por otro lado, se hace necesaria una concepción no mecanicista, no determinista del derecho, inscrita en una adecuada relación base-superestructura. Conferir al derecho un *status* de autonomía y a la práctica jurídica un lugar adecuado en el conjunto de relaciones estructurales.

Una concepción del derecho —y del Estado— que se distancie definitivamente de la concepción del derecho como engaño de las clases dominadas y del Estado como instrumento de represión en manos de las clases dominantes; se trataría en este caso de un presupuesto teórico de carácter "objetivo", porque atañe al "objeto" del conocimiento jurídico: al derecho como sistema contradictorio con una sustantividad propia y unos efectos específicos.

Los presupuestos aquí brevemente expuestos han servido para resaltar en España la novedad del punto de vista *alternativo*, el cual ha venido a sustituir el rechazo incondicionado por una recuperación dialéctica del nivel jurídico-institucional, concibiéndolo como un campo más en que el esfuerzo por la democracia real es posible y que ofrece al mismo tiempo instrumentos idóneos para ser "recuperado" (v. Andrés Ibáñez, 1978, 64).

Una comprobación similar se había hecho patente en Italia —al comienzo de los años 70 y a partir del ya famoso encuentro del Catania (1972), cuyas contribuciones se volcaron en los ya consagrados dos volúmenes difundidos

por Pietro Barcellona (v. 1973)— revalorizando la lucha iniciada desde la caída del fascismo y por obra del fermento democratizador introducido por la Constitución republicana, sobre todo por el art. 3². Su promulgación hizo brotar con más fuerza la contradicción en el seno del ordenamiento jurídico italiano, pasando así a convertirse en un ejemplo altamente expresivo de las posibilidades de actuación del punto de vista alternativo sobre el derecho.

El programa para una jurisprudencia alternativa se articula precisamente a partir de las afirmaciones de ese art. 3 de la Constitución italiana y de la conciencia alcanzada por los magistrados demócratas de que cualquier justicia que no asegure la igualdad sustancial de todos los ciudadanos es una justicia de clase (v. Ferrajoli, 1973, 113). Después de haber afirmado en su primer párrafo el art. 3 la igualdad jurídica de todos los ciudadanos, denuncia en el segundo la existencia de "obstáculos de orden económico y social que limitando *de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". Esta afirmación constituye un explícito y solemne reconocimiento de la naturaleza clasista y desigual de las estructuras sociales existentes ya en Italia en 1947 y del consiguiente carácter abstracto que dentro de ellas asume el principio de igualdad formal sobre el cual se funda el derecho y la justicia tradicionales.

En el terreno de una práctica jurídica, el que una legalidad de corte netamente represivo, a la medida de un Estado fascista, viniera a estar presidida por principios cons-

² Constitución italiana, art. 3: "Todos los ciudadanos tienen una dignidad social pareja y son iguales ante la ley, sin distinciones de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales."

"Es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

titucionales de signo claramente opuesto, dio lugar en Italia a que, al amparo de ellos, comenzara a perfilarse una actividad jurídica y jurisprudencial de "ruptura" y de identificación con las nuevas formulaciones, y sin duda —y de ahí su valor emblemático— transferible a cualquier realidad jurídica de las mismas características. Es hoy todavía fácil de comprobar cómo en el interior del cuerpo de leyes italiano tienen reflejo distintas líneas de principios como expresión de las también distintas fuerzas sociales que están presentes en la sociedad italiana. En efecto, esa antinomia se da entre la Constitución y las aún supérstites leyes fascistas (Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Ley de Seguridad Pública), cuando no con las propias leyes de orden público dictadas en pleno período republicano (ley Reale I y II de 1975, ley Bonifacio-Cossiga de 1979; v. al respecto, en castellano, Bustos, 1983, 24 y ss.) y no es tanto de carácter técnico-jurídico como específicamente político, en el plano de los principios informadores, en cuanto lo que verdaderamente se enfrenta son dos modos diversos de concebir la organización política de la sociedad, los cuales se hacen explícitos en el nivel jurídico. Así, en el marco de un mismo ordenamiento conviven dos propuestas axiológicas claramente antagónicas que constituyen sin duda puntos de vista opuestos para la concreta actividad del intérprete. Para éste será obligatorio identificarse con uno de esos puntos de vista como portador de la respectiva política del derecho que por su medicación supone, en un caso, la modificación del orden social o, en el otro caso, simplemente —como ha sido lo habitual— la conservación tal cual de lo que existe.

Para la experiencia italiana de esta última década el *uso alternativo* del derecho, en lo que se refiere a la actuación judicial, supone, pues, una actitud decididamente orientada por vía interpretativa a la ampliación de los posibles espacios democráticos del ordenamiento jurídico, la cual se proyecta críticamente sobre el actual modo de inserción del Poder Judicial en el aparato del Estado y se

articula en una serie abierta de proposiciones para la reforma orgánica y la actuación concreta. El uso alternativo del derecho aparece conectado, en suma, a una propuesta alternativa de organización de la justicia, habiendo sido asumido como planteamiento y actitud por un sector de la magistratura italiana al cual se debe en gran medida el interés público y la difusión que el tema ha tenido en Italia y fuera de Italia.

Ahora bien, la propuesta de un uso alternativo del derecho en sus presupuestos teóricos —tal como sintéticamente ha sido aquí enunciada y como ha sido patentizada por la experiencia italiana— necesita de una implementación en el nivel de la praxis judicial. Esto promueve el problema de su viabilidad en una realidad concreta y es a ésta a la cual se debe intentar descender.

**B) PRAXIS JUDICIAL ALTERNATIVA E
INDEPENDENCIA: ¿REFORMA
CONSTITUCIONAL?**

El Poder Judicial argentino vive y padece profundamente la básica contradicción que supone aparecer como definición autónomo, independiente, "apolítico", cuando de hecho es institución del Estado implicada en la propia dinámica del poder que, tal como antes ha sido señalado, se vale de múltiples recursos para mantener el aparato judicial dentro de su área de influencia. Así, el encuadramiento de la organización judicial en el marco de un Ministerio de Justicia que, aunque llamado en principio a prestar la infraestructura meramente administrativa, no pudo menos que constituir un serio condicionamiento político. En mayor medida, aún, si se añade la potestad del Ejecutivo a la hora de seleccionar los candidatos para cubrir los cargos judiciales, tarea en la cual ese Ministerio desempeña un papel decisivo. Esta situación se torna aún más gravosa si se recuerda la función del llamado ministerio público o fiscal, respecto del cual por más sutilezas teóricas que se empleen para tratar de caracterizarlo como

"parte formal", "imparcial", "magistratura independiente", etc., no puede dejar de verse a través de él una presencia efectiva del Poder Ejecutivo en el proceso penal, que es aún más evidente si se considera la fungibilidad de sus miembros con los de los tribunales de justicia y la vigencia de los principios de unidad y dependencia por los que se rige, todo lo cual lleva a la conclusión de que el ejercicio de la acción pública, así monopolizada, queda sujeto a las órdenes del ministerio de Justicia.

Siguiendo el hilo de estas consideraciones se llega al corazón de la cuestión judicial, cual es el problema de las relaciones entre la independencia y el autogobierno, principios que se intercomunican y son inseparables, y a partir de los cuales deben pensarse todas las reformas que puedan sugerirse en el ámbito de la administración de justicia.

¿Cómo se encaran estos problemas cruciales en el actual estado de cosas de la justicia argentina? Pues aquí no cabe otra posibilidad, en un plan de futuro, que sugerir la reforma constitucional que contemporáneamente podría extenderse a otros aspectos. Véase cuál debería ser el objeto de dicha reforma.

El espacio que brinda la Constitución nacional, como se ha visto, para el ejercicio real del principio de independencia de la función jurisdiccional, es insuficiente hábida cuenta del avasallador papel jugado por los Ejecutivos nacionales. Mucho menos lo concede para el autogobierno judicial, sobre el cual ya, expresamente, no se pronuncia la carta constitucional. La posibilidad de que la Corte Suprema pueda dictar su reglamento interno y económico y nombrar sus empleados subalternos (art. 99, C.N.) no es, ni con mucho, un elemento plausible a ese fin.

No hay que olvidar, por cierto, que no se trata aquí de formular una crítica a la carta magna argentina, pensada y elaborada sobre las huellas de una teoría de la sociedad ya no más válida; todavía menos, compararla con textos constitucionales redactados para tejidos sociales de países industrializados en esta segunda mitad del siglo XX.

Teniendo presente esta afirmación pueden analizarse las experiencias italiana y española (aludiendo sólo a dos latinoamericanas) realizadas en el ámbito de la organización judicial, en las épocas democráticas —países de los cuales, por comunidad cultural y afinidad en el desenvolvimiento jurídico, pueden los argentinos tomar ejemplo sin temor a la dependencia— para comprobar la importancia otorgada a las cuestiones de la independencia y el autogobierno, tanto en los propios textos constitucionales como en la afirmación y el desarrollo de esos principios mediante leyes específicas y la incansable actividad de los mismos magistrados agrupados en las diversas tendencias asociativas.

Pero antes de entrar de lleno en el tema propuesto conviene hacer algunas matizaciones en torno del concepto de independencia judicial, pues él —con el cual muchas veces la gente se llena la boca— está constituido por esos vocablos en cierta manera gastados por el uso y sobre los cuales, cuando se unen al otro concepto de Poder Judicial, generalmente se provocan confusiones.

En primer lugar, cuando se hace referencia a independencia del Poder Judicial se piensa en la posición institucional de aquel Poder, en su articulación dentro del sistema total del poder político, y no en la independencia subjetiva, personal, incluso heroica, de los miembros individuales del Poder Judicial, aunque la segunda sea consecuencia de la primera, y no al revés, como se afirma desde posturas casi siempre interesadas. La matización es importante, porque casi siempre las posturas que defienden la independencia individual del juzgador, desvinculada de otros mecanismos institucionales, son las mismas que preconizan un juez encerrado en su baluarte, aguerrido defensor de unos valores individuales de los que nunca hizo cuestión, aislado de lo real y sin contacto con la sociedad civil. Un juez para el cual la aplicación de la norma se reduce a un juicio de lógica jurídica y a una simple operación tecnificada.

Por otra parte, la independencia del Poder Judicial tiene que ser entendida no solamente hacia el exterior, es decir, en relación a los otros poderes del Estado, sino en el seno de la propia organización judicial, impidiendo que por medio de unos mecanismos de jerarquización y burocratización, a los que para nada son ajenos los sistemas de organización judicial caracterizados por la profesionalidad, se haga realidad en cada uno de los componentes del Poder Judicial la independencia institucional de aquellos. Será necesario profundizar en la democratización de los órganos encargados de velar por la independencia institucional del Poder Judicial, para evitar que sean detentados o controlados por una cerrada oligarquía.

Por último, la independencia del Poder Judicial tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado a toda forma de control democrático y popular. De aquí la necesidad de que los órganos encargados de velar y garantizar la independencia del Poder Judicial no se conviertan en instrumentos en defensa de intereses estamentales y corporativistas o en simple grupo de presión para la reivindicación de pretensiones profesionales o en elementos de gestión burocrática de la organización judicial, sino que al mismo tiempo que actúan como garantizadores de la independencia institucional del Poder Judicial, sirvan de canal de comunicación entre aquél y la sociedad civil, evitando el enclaustramiento de la función de juzgar.

Si la independencia del Poder Judicial, entendida entonces como independencia externa del Poder Ejecutivo, es una exigencia indispensable en toda sociedad que pretenda calificarse de democrática, la cuestión que se presenta enseguida es cómo arbitrar los instrumentos necesarios de carácter jurídico-político que permitan hacer efectiva semejante independencia. En líneas generales se puede afirmar que la garantía de dicha independencia se ha encontrado contemporáneamente en el sistema llamado de

autogobierno o cogobierno de la justicia, mediante la constitución de organismos específicos dedicados a tal fin.

C) *NUEVA GARANTIA PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: EL AUTOGOBIERNO O COGOBIERNO DE LA JUSTICIA; EXPERIENCIAS COMPARADAS.*

Este sistema, sin pretender hacer historia, se conforma en Europa en las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial mediante la institución de los denominados Consejos Superiores (o Generales) de la Magistratura. El primer paso fue dado por la Constitución francesa de 1946, seguida por la italiana de 1947 y la griega de 1952. Empero, en la nueva Constitución francesa de 1958 las facultades decisorias de ese organismo han quedado reducidas al ámbito disciplinario, pues se ha vuelto al sistema anterior, no sólo en cuanto a las competencias sino en lo que respecta a la composición del llamado Consejo Superior. El desenvolvimiento posterior de la cuestión relaciones entre Justicia y Poder administrador revela que la independencia de la primera —apenas aludida en el nuevo texto constitucional— ha quedado seriamente lesionada. El sistema ha sido también seguido por la Constitución portuguesa de 1976, que en su art. 223 prevé el establecimiento de un Consejo Superior de la Magistratura, el cual “deberá incluir miembros elegidos por los jueces de entre ellos mismos” y al que se le asignan competencias en todo el ámbito de personal.

La Constitución española de 1978 también se decidió por el sistema de autogobierno para la justicia, y por eso en el art. 122 establece el nacimiento de un Consejo General del Poder Judicial. En este sentido no existen antecedentes en la historia constitucional española y sin duda —afirma Claudio Movilla (1981, 11)— el precedente más próximo hay que buscarlo en la Constitución italiana, aunque los arts. 104 y 105 de esta última son más detallados en cuanto a la naturaleza, composición, estatuto y

facultades del "Consiglio Superiore della Magistratura" (C.S.M.) que el art. 122 de la Constitución española. La influencia del "modelo italiano" ha sido sin embargo decisiva, al menos en cuanto a las previsiones constitucionales.

Las constituciones contemporáneas en América Latina no han sido insensibles y también han arbitrado fórmulas para instituir el autogobierno o cogobierno de la justicia. La Constitución venezolana de 1961 estableció el Consejo de la Judicatura y mediante la reforma constitucional de 1979 (acto legislativo 1, art. 44) se creó en Colombia el Consejo Superior de la Judicatura.

Las diferencias que califican a los órganos de autogobierno o cogobierno de la justicia en los distintos sistemas previstos contemporáneamente vienen dadas por las facultades que se les atribuyen y por la composición que se les asigne. Respecto del primer aspecto, las posturas extremas se concretan en un sistema de autogobierno en el cual el propio órgano administra tanto los medios personales como los materiales sin ninguna injerencia del Ejecutivo, y otro en el cual sólo corresponde al Poder Judicial la gestión del personal. En el segundo aspecto, las divergencias radican en si el órgano de autogobierno o cogobierno debe formarse únicamente con miembros de los cuerpos judiciales o si en él deben entrar representantes de los otros poderes del Estado o de otros sectores sociales a fin de que el Poder Judicial no se transforme en un poder descontrolado o desconectado de la sociedad real.

En la criteriosa opinión de Movilla, ya citada (1981, 10), si una fórmula de garantía de la independencia externa del Poder Judicial, basada únicamente en la dependencia absoluta de la ley, puede aparentemente aparecer como más democrática, al ser aquella expresión de la soberanía popular e impedir la aparición del corporativismo —siempre posible en un Poder no legitimado por la elección—, tiene el inconveniente de que por medio de la norma legal será muy difícil prever y por consiguiente resolver toda la extensa gama de situaciones y problemas que se derivan de la articulación y relación, no siempre pacífica, del Poder

Judicial y los otros poderes del Estado. Por otra parte, la instauración de un órgano de autogobierno o cogobierno supone, o debe suponer, la introducción de un elemento dinamizador en el aparato judicial y una mayor comunicación de aquél con la sociedad civil.

En lo que se refiere a las competencias y composición del órgano de autogobierno o cogobierno es indudable que la solución más garantizada de una verdadera independencia externa del Poder Judicial debería ser la que confiere a aquél una total capacidad sobre los medios personales como también sobre los materiales. En este sentido las funciones que más caracterizan la capacidad de autogobierno o cogobierno son aquellas relativas al reclutamiento, asunción, promoción y remoción de los magistrados, todo lo cual supone, a la vez, el ejercicio de facultades disciplinarias como consecuencia de la violación de los deberes que el magistrado asume respecto del Estado en virtud de la relación de trabajo que se establece a partir de que él acepta el nombramiento. De todas formas, el ejercicio del poder disciplinario debería ajustarse —dado que es de naturaleza penal-jurisdiccional (v. Pizzorusso, 1982, 181)— al principio de la legalidad, lo cual da por descontado la taxatividad, en la ley de constitución del órgano de autogobierno o cogobierno de la magistratura, de los ilícitos disciplinarios y de las correspondientes sanciones.

Todas éstas son cuestiones que han provocado las dudas constitucionales sobre la actividad del C.S.M. italiano y que conviene tener presente a la hora de disponer a tal respecto en una eventual constitución de un órgano similar en la Argentina. Sin embargo, dicha facultad disciplinaria no ha de descartar la responsabilidad profesional de los jueces, la cual puede tener derivaciones de orden penal que deben ser previstas mediante los respectivos tipos penales en los códigos correspondientes (casos de dolo, fraude o concusión y de justicia denegada), denunciadas e investigadas ante los jueces competentes, o bien de naturaleza civil de la cual, más allá de la responsabilidad personal del juez, la doctrina más reciente y la jurisprudencia cons-

titucional italianas han afirmado que el Estado responde en cada caso de ilícito cometido, sobre la base de los principios generales de la responsabilidad de la administración pública, pues el juez actúa con la calidad de órgano del Estado. Aquí también, entonces, es donde debe discutirse la necesidad de actuación y de relación con un Ministerio de Justicia, puesto que el procedimiento disciplinario, por ej. en Italia, comienza por iniciativa de dicho Ministerio o bien del procurador general ante la Corte de Casación (hipótesis no prevista en el art. 107, 2º, de la Constitución, y por ello de dudosa constitucionalidad). Sin embargo, y éste es el dato que es necesario resaltar, sobre la acción disciplinaria misma decide la respectiva Sección de Disciplina del C.S.M., cuyas sentencias son apelables ante la casación y cuyas distintas salas en estos casos deben actuar de forma unida.

De cualquier manera que sea, la fórmula más vasta de capacidad de autogobierno o cogobierno debe tener presente que, en razón de la amplitud y de la falta de legitimación popular del Poder Judicial, ha de tener como contrapartida correctora del posible corporativismo, una apertura del órgano de autogobierno o cogobierno no sólo a representantes de los otros poderes destinatarios de sus decisiones, sino también a las fuerzas y corrientes de opinión entre los magistrados que tengan una evidente implantación social, refrendada mediante la elección de sus miembros.

Mientras en el ámbito italiano esta última alternativa de composición del órgano de autogobierno o cogobierno de la justicia ha sido acogida plenamente (art. 104, 6º, Const.)³, en España se discute y se critica sobre el

³ Constitución italiana, art. 104: "La magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder. El Consejo Superior de la Magistratura está presidido por el presidente de la República. Forman parte de derecho en él, el primer presidente y el procurador general de la Corte de Casación. Los otros componentes son elegidos en dos tercios por todos los magistrados ordinarios entre los que pertenecen a las distintas categorías, y en un tercio por el Parlamento en sesión común entre los profesores ordinarios de universidad en materias jurídicas y abogados con quince

incontrol que supone la ausencia en el Consejo General del Poder Judicial (C.G.P.J.) de representantes de los demás poderes del Estado (v. Castellano, 1983). Sin embargo, en Venezuela, se reprocha que el Consejo de la Judicatura se constituya con una adecuada representación de las otras dos ramas del poder público que, equivocadamente, se califica como un "ingenioso sofisma" que encubriría la politización del Poder Judicial (cfr. Chiossone, 1980, 312-313); mientras, en Colombia, se afirma que el Consejo Superior de la Judicatura "nació con una tara antidemocrática" (v. Rojas, 1981, 151), puesto que luego de la primera elección hecha por el presidente de la República de sus consejeros, éstos —que provienen de la tradición judicial— serán renovados por cooptación, lo cual transforma a dicho Consejo Superior en una entidad externa a la rama judicial que sirve de puente entre ésta y la voluntad política del Ejecutivo.

Por lo visto, es difícil establecer las pautas de la mejor composición de un Consejo u órgano de autogobierno o cogobierno del Poder Judicial; de cualquier forma, la eventual fórmula que se obtenga para el caso argentino debería provenir de la sombría experiencia que otorga el absoluto predominio del Ejecutivo, la intervención sólo formal del Legislativo y la absoluta marginación del propio Poder Judicial en el sistema de reclutamiento y nombramiento de jueces seguido hasta ahora en los períodos constitucionales, sin dejar de tener presente el pésimo ejemplo procurado por los aberrantes métodos de los regímenes *de facto*. Así se podrá decidir si es conveniente y en su caso cómo y en qué proporción deben integrar el órgano de gobierno de la Justicia los representantes de los otros poderes del Estado, como también del estamento profesional de la abogacía y de los profesores de derecho. Mas no

años de ejercicio profesional. El Consejo elige un vicepresidente de entre los componentes designados por el Parlamento. Los miembros electivos del Consejo duran en su cargo cuatro años y no son inmediatamente reelegibles. Mientras duren en el cargo, no pueden estar inscritos en los registros profesionales, ni formar parte del Parlamento o de un Consejo Regional.

cabe duda de que la representación a la cual más cabe atenderse —y que debe prevalecer en el seno del órgano de autogobierno— es a la de los propios jueces, la cual ha de tener bien en cuenta el número de integrantes de cada una de las funciones judiciales a representar (Corte Suprema, Cámaras de Apelación y Juzgados federales, Cámaras de Apelación y Juzgados nacionales) con el objeto de que cada uno de esos niveles funcionales esté perfectamente presente en las decisiones que se adopten para el Poder Judicial. En este aspecto son emblemáticas las luchas llevadas a cabo para que la representatividad a que se alude fuera equilibrada en el seno del C.S.M. italiano y en el C.G.P.J. español, puesto que ambos órganos fueron proyectados y constituidos con una evidente tendencia hacia el mantenimiento en ellos del predominio de las categorías judiciales más elevadas, cuyos integrantes siempre han sido presumidos como más conservadores, hábida cuenta que todos ellos provenían —por razón de antigüedad— de las épocas fascista y franquista, respectivamente.

En efecto, en Italia la actuación de las normas relativas al C.S.M. se realizó sólo diez años después de la sanción de la Constitución. Sin embargo, esa ley (24 de marzo de 1958, no. 195) pretendía aún mantener la dependencia de la magistratura del ministro de justicia, lo cual se revelaba en la iniciativa otorgada a éste respecto a la actividad y las decisiones del C.S.M. y en el predominio de representatividad otorgado a los magistrados de casación, aprovechando la fórmula amplia utilizada por el art. 104, 4º, de la Constitución, según el cual los magistrados miembros del C.S.M. son elegidos "por todos los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las distintas categorías". También se estableció que cada magistrado debía votar solamente por la elección de los pertenecientes a su propia categoría. Esta ley de 1958 provocó innumerables críticas, más sólo después de veintitrés años, en un proceso en el cual se produjeron muchas sentencias de la Corte Constitucional destinadas a mejorar esa situación, se ha podido llegar al estado actual en que diez componentes

togados del C.S.M. son elegidos independientemente de la categoría a que pertenezcan, mientras los otros diez deben ser escogidos del siguiente modo: cuatro entre los magistrados de casación —de los cuales dos han de ser idóneos para las funciones directivas superiores—, dos entre los magistrados de apelación y cuatro de entre los magistrados del tribunal (art. 15). La elección se efectúa mediante un colegio único nacional con el sistema proporcional, sobre la base de listas concurrentes; cada una de las cuales debe contener, por lo menos, cuatro magistrados de casación —de los cuales dos han de ser idóneos para las funciones directivas superiores—, dos de apelación y cuatro del tribunal (art. 18). No es esta la mejor situación para la actuación del C.S.M., dice Pizzorusso (1982, 41), pero de todas maneras la representatividad de los magistrados en su dirección está asegurada mediante un procedimiento bastante democrático.

En el caso de España, el art. 122, 3º, de la Constitución sólo prevé una distribución de los veinte miembros, aparte del presidente del Consejo, de carácter genérico, atribuyendo doce a los jueces y magistrados y ocho a las dos Cámaras, sin prejuzgar en cuanto a aquéllos la categoría judicial a que deben pertenecer. El primitivo proyecto de ley orgánica del C.G.P.J. era totalmente aberrante, ya que, desconociendo el mandato constitucional sobre la unificación de las actuales carreras judiciales y en pugna con los más elementales principios de representatividad y democracia, exigía que en el Consejo hubiera, al menos, un presidente de Sala del Tribunal Supremo y un juez de Distrito, pudiendo los restantes puestos ser distribuidos en el Reglamento de Organización, lo que es claramente inconstitucional entre las categorías existentes, "atendiendo a su jerarquía en la carrera y al número de los miembros que la integran". Tan evidente concesión al principio de jerarquía —dice Movilla (1981, 14)— y el desprecio por la representatividad, fue paliado, en cierto modo, en el informe de la ponencia y la Comisión y en el texto definitivo (ley 1, 1980), que establece una nueva distribución

con base en tres magistrados del Tribunal Supremo, seis magistrados y tres jueces. Aunque la corrección de la primera redacción ha supuesto una mejora en cuanto a la representatividad, la distribución, aparte de afirmar a las categorías superiores, sigue incurriendo en una notable confusión entre los criterios de jerarquía y gobierno, olvidando que aquélla tiene únicamente un sentido funcional en los aspectos jurisdiccionales, pero nada significa en cuanto al gobierno del Poder Judicial. Pretender justificar con la mayor experiencia en la dedicación a la función de administrar justicia, la desigual distribución de puestos, es desconocer que aquella experiencia nada tiene que ver con una materia muy diferente, como es la relativa a la institucionalización política de la citada función y a las relaciones con otros poderes del Estado.

Por otra parte, la configuración de los diferentes órganos del C.G.P.J. deja ver muy claramente —insiste Movilla (1981, 14)— una desconfianza por los miembros de aquel de extracción parlamentaria —precisamente los legitimados por la soberanía popular— que acentúa su carácter estamental y corporativista. Aunque en la redacción definitiva han desaparecido algunos de los defectos más acusados del primer proyecto —como la necesidad de que el presidente del Consejo y del Tribunal Supremo pertenecieran a la carrera judicial o a la extraña composición de la Comisión Permanente, compuesta de cuatro miembros de los que dos al menos debían ser de procedencia judicial—, persisten algunos de ellos, como la estamentabilidad de la Sección Disciplinaria o de la Sección de Calificación, de cuyos cinco miembros, tres deben pertenecer a las distintas categorías judiciales, correspondiendo siempre la presidencia al miembro de la carrera judicial más antiguo. Una vez más aparece —según Movilla— latiendo la idea equivocada de que el C.G.P.J. es un órgano de gestión y defensa de intereses corporativistas, y no un instrumento político de garantía de la libertad y la seguridad de los ciudadanos.

D) *EL ASOCIACIONISMO DE LOS JUECES NO ES NI CORPORATIVISMO NI FALSO APOLITICISMO*

Tal como puede comprobarse de las experiencias italiana y española, la cuestión del autogobierno de la justicia es una dentro de la cual se pone de manifiesto un tema que ha sido crucial en el desarrollo histórico de la configuración de y hacia una justicia democrática en ambos países. Es la cuestión del asociacionismo de los jueces, o más concretamente, los esfuerzos realizados por los magistrados tendientes a organizarse para la gestión y defensa de sus intereses profesionales, aunque éstos deben ser entendidos en un sentido muy amplio y por encima de las simples reivindicaciones materiales.

La existencia de diferentes asociaciones o incluso hasta de sindicatos, pero sobre todo de tendencias o corrientes, ha caracterizado el proceso de democratización no sólo en los órganos de autogobierno, sino lo que es aún más trascendente, dentro de la propia administración de justicia.

Las alternativas del proceso que llevó a la reconstitución de la "Associazione Nazionali Magistrati" (A.N.M.) en Italia, desde el nacimiento de la República (1945) hasta 1974 y toda la lucha política interna en ella con la constitución, división y unificación de tendencias o corrientes, reflejan con bastante fidelidad las tensiones y conflictos acaecidos en la sociedad italiana en el mismo período (v. por todo, el completo trabajo de Canosa/Federico, 1974). Con ese panorama queda patentizado —pese al gran contraste ideológico que ha dividido a los jueces— una gran conquista social, cual es el acercamiento de los ciudadanos, mediante la difusión pública, al tema de los modos de concebir la función judicial y, particularmente, las relaciones entre justicia y política, entre juez y sociedad.

Sin embargo, esa situación de contraste ideológico ha sufrido una progresiva radicalización que ha servido para enfrentar ya no sólo orientaciones políticas opuestas, sino también tendencias jurisprudenciales y concepciones del

derecho que se inspiran en aquéllas. Con ello se vuelve a tocar en esta contribución un tema ya aludido pero que en virtud del referido proceso italiano es posible ahora ponerlo en plena evidencia. En efecto, tal como lo ha afirmado tan claramente Ferrajoli (v. 1973, 105 y ss.), según la orientación tradicional en Italia —y en todos los países de cultura jurídica positivista— representada por las corrientes de magistrados de derecha y centro-derecha, la actividad del juez como actividad de un órgano autónomo e independiente, institucionalmente delegado a la fiel aplicación de la ley, es una actividad técnica que por definición no debe tener nada de político. El apoliticismo es asumido como sinónimo y condición de imparcialidad y de independencia del juez y, por consiguiente, constituye un principio fundamental en su escala de valores profesionales. Correlativamente, como garantía de apoliticismo e independencia, se reclama la separación del juez con la sociedad civil —entendida ésta como ámbito de las dinámicas individuales y de intereses privados y particulares—, y, por tanto, se produce su integración en el sistema de los poderes del Estado que resulta ser el lugar de encuentro de los intereses generales y el depositario del bien común.

Según una diferente y opuesta orientación, o sea, aquella de los sectores más avanzados de la magistratura italiana asociada, la actividad judicial presenta, en cambio, una insuperable dimensión política a causa de las inevitables elecciones valorativas que necesariamente intervienen en cada decisión jurisdiccional. Esta orientación se une, en las posiciones del grupo de Magistratura Democrática (M.D.), a la convicción de que una sociedad capitalista, como lo es la italiana, no existen intereses unitarios y homogéneos sino intereses de clase contrapuestos, y al consiguiente rechazo de la concepción idealista del Estado como entidad *super partes*, órgano no de una clase o de una parte sino por encima de las clases y de las partes. El principal peligro para la independencia del juez, concebido como órgano de tutela de las libertades del ciudadano en conflicto potencial con el Estado, se identifica con

su gravitación dentro del área del poder y con los innumerables condicionamientos ideológicos y culturales a los que resulta sometido por el ambiente del cual proviene y en que vive.

Debe notarse que el contraste entre las dos orientaciones sintetizadas no se produce —sigue diciendo Ferrajoli (1973, 106)— entre quien entiende que la función judicial debe ser politizada y quien cree que ella debe ser apolítica; sino entre quien entiende que la función judicial *es*, porque no puede dejar de ser, política, y quien cree que ella *debe ser* apolítica. Es evidente, entonces, que también aquellos jueces que sostienen que la función judicial *debe ser* apolítica, hacen concretamente, en el ejercicio de sus funciones, consciente o inconscientemente, política.

Por tanto, el asunto más o menos valorativo del apolitismo del juez es en realidad un postulado "ideológico" detrás del cual se contrabandea determinada política de la justicia.

En esos términos (en razón de lo cual alguien ha hablado de "aires italianos" en la crítica al legalismo; v. Ollero, 1983, 24) aparece hoy también planteada en España la cuestión asociativa de los jueces, la cual, en razón de la juventud democrática del sistema político, implantado por la Constitución de 1978, se halla en pleno debate.

No deben, sin embargo, desatenderse las valientes luchas llevadas a cabo por las jóvenes generaciones de jueces con espíritu democrático —sobre todo en Catalunya— a comienzos de los años 70, cuando el régimen ejercía aún una práctica muy represiva (v. los folletos anónimos *El Gobierno y la Justicia*, que se editaron durante tres años —1971, 1972 y 1973, en Madrid—, y *Justicia y Política* —España, 1972—), reseñados diez años después por uno de los más conspicuos representantes (v. Andrés Ibáñez, 1980, 193-208), ahora miembro del C.G.P.J. En efecto, informa Perfecto Andrés Ibáñez que Justicia Democrática (J.D.) de Catalunya comienza ya en 1975 a presentarse públicamente bajo este nombre, pero desde mucho antes

mantenía estrechas relaciones con las primeras plataformas de oposición democrática al franquismo; por ej. con la Coordinadora de la Fuerzas Políticas de Catalunya que aglutinaba desde los sectores democristianos hasta el P.S.U.C. (Partido Comunista de Catalunya). Siguió también muy de cerca el proceso de constitución de la Asamblea de Catalunya, a la cual se adhirió en el momento de su fundación en 1971, sin participar en la sesión inaugural por razones de seguridad. Inmediatamente después de la muerte de Franco, en diciembre de 1975, J.D. se incorporó activamente a la Asamblea. Luego se inicia un proceso de sindicalización que alcanza plenitud de desarrollo en Catalunya, Galicia, Baleares y Asturias. Su diversidad respondía fundamentalmente al diverso grado de maduración de la idea sindical en cada una de las respectivas zonas, aunque actuaban sobre estatutos fundamentalmente idénticos, dirigidos a la mejora del servicio público de justicia, conforme a las exigencias de una sociedad democrática. Empero, los procedimientos judiciales para dirimir sobre la legalidad o la ilegalidad de esos estatutos fueron negativos, lo que señalaba con evidencia que no toda la magistratura estaba aunada por ese espíritu democrático. El proceso constituyente que se abrió entonces y la presunta aparición de disposiciones reguladoras de la materia, hizo entrar en vía muerta las experiencias propiamente sindicales, no así el movimiento asociativo que mantuvo un considerable desarrollo. El art. 127 de la Constitución, al prohibir la sindicalización de los jueces, magistrados y fiscales, y la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, al separar drásticamente a una de otra magistratura y a ambas del secretariado, han venido a poner punto final a uno de los más interesantes procesos de lucha por la democracia abiertos en el interior de las instituciones españolas. Precisamente en la primera mitad de 1983, dentro de la autorizada Asociación Profesional de Magistrados (A.P.M.), se ha reactivado la cuestión de la agrupación de los magistrados judiciales en corrientes y tendencias. Así, el 28 de mayo de 1983 ha nacido en Ma-

drid, por ej., "jueces para la Democracia" la cual también en Barcelona ha tenido acta de fundación por una treintena de jueces y magistrados el 5 de julio siguiente. Por otra parte, y en virtud del estatuto del ministerio fiscal, aprobado el 30 de diciembre de 1981, acaba de organizarse el Consejo Fiscal (10 de julio de 1983), que tendrá como misión asesorar al fiscal general del Estado para el nombramiento de los cargos de la carrera fiscal, conocer los expedientes disciplinarios dentro del cuerpo e instar las reformas convenientes al servicio y al ejercicio de la función del ministerio público; a la constitución de dicho Consejo concurrieron dos candidaturas, una marcadamente democrática que hizo su campaña poniendo el acento en la defensa de la Constitución y la democracia, y otra, con fiscales no pertenecientes a la Asociación de Fiscales de las provincias de La Coruña, Valladolid y Cáceres, que obtuvo solamente uno de los nueve puestos a cubrir.

E) CONCLUSIONES

De cuanto ha sido expuesto hasta ahora surge con bastante evidencia cuáles son los momentos o instancias de la administración de justicia en un Estado que pretenda ser social y democrático de derecho en los cuales es necesario profundizar el discurso democrático, si lo deseado es el acercamiento a la realidad social sobre la cual aquélla es llamada a pronunciarse. La proclamada pero nunca alcanzada independencia —tanto la externa como la interna— del Poder Judicial, según lo enseñan las experiencias italiana y española, es sólo posible de lograrse mediante el cumplimiento de los siguientes postulados básicos:

- 1) que el sistema de autogobierno o cogobierno que se modele sea aquel que mejor canaliza las necesarias representaciones de los estamentos judiciales cuyas voces y votos deben ser atendidos sin discriminaciones de carácter jerárquico a la hora de tomar decisiones que afecten al ámbito jurisdiccional, acogiendo, así mismo, un razonado equilibrio con los otros poderes del Estado median-

te una presencia de las correspondientes a la categoría de los profesionales de la abogacía y de la enseñanza del derecho. Y

2) que el proceso de toma de conciencia por jueces y magistrados de que su actividad jurisdiccional es una de naturaleza exquisitamente política, debe ampliarse a la esfera de expresión asociativa de ellos no sólo para la defensa de sus intereses corporativos, sino también para concretar la conexión de los intereses sociales de que son portadores sin llegar a lesionar los que están en juego en los conflictos en que son convocados a mediar.

*PUNTOS DE UN PROGRAMA ALTERNATIVO
DE PRACTICA JUDICIAL PARA UNA
REFORMA DEMOCRATICA DE LA JUSTICIA
ARGENTINA*

Un marco de referencias como el esbozado es el que ha permitido a los jueces italianos el haberse pronunciado con tanta autonomía en asuntos donde el mismo poder hegemónico ha estado comprendido. Las olas de escándalos descubiertos por los magistrados independientes y democráticos en los últimos años en Italia —algunos tan vecinos a la reciente realidad argentina (baste mencionar las conexiones rioplatenses de la organización secreta P-2)— ratifican la necesidad de concretar un programa alternativo de práctica judicial cuando se habla de reforma del Poder Judicial argentino. Semejante programa, aparte de los puntos básicos sobre los cuales ha versado este trabajo, ha de contener otros no menos importantes que aquí sólo se citarán y que se apoyan en una propuesta similar hecha en España (cfr.

Andrés Ibañez, 1977, 121 y ss.), pero que deben ser aco-
metidos.

— La efectiva *separación* de la magistratura con los demás poderes del Estado habrá de concretarse también en una revisión de la potestad sancionadora de la Administración en el sentido de atribuir en exclusiva al conocimiento judicial todas aquellas conductas que se produzcan en el ámbito propiamente penal.

— El presumible fortalecimiento del Poder Judicial impone su *responsabilización política* frente al pueblo, como poder estatal que es. De tal manera, ese control y apoyo al mismo tiempo de la opinión pública hará más firme la independencia frente a los demás poderes. Para que esto pueda ser posible, se hace preciso devolver la transparencia al ejercicio de la función mediante la desburocratización de ella y la búsqueda de nuevas formas que la conviertan en una actividad eficaz e inteligible.

— Es necesario arbitrar un *sistema adecuado de información*, auténtica y definitiva realización del tan fundamental como atrofiado principio de publicidad, generalizable a todas las fases y momentos del proceso. Aquí se comprenden todas las sugerencias en torno al restringido uso del secreto sumarial, como tutela de la presunción de inocencia del imputado y a la amplia difusión del contenido de los debates en los tribunales colegiados.

— Un objetivo que quizás aparezca como ambicioso pero que es absolutamente irrenunciable es el de arbitrar medios técnicos adecuados que permitan la presencia de auténticos representantes directos del pueblo en todos los niveles de la administración de justicia. A tal efecto, muy bien podría comenzarse por la introducción de la institución del *juez o tribunal electivo*, llamado a ejercer, mediante la resolución de los conflictos en su propio medio —el barrio, la fábrica, etc.— una justicia elemental, de dimensiones auténticamente humanas que se oriente por la vía de la futura y definitiva reasunción por la sociedad de la función judicial por medio de sus propias articulaciones. Pero, también, ya está ahí la Justicia de Paz, que

es la que sin duda ofrece concretas posibilidades de transformarse en el medio más idóneo que practique la comunicación Justicia-Pueblo.

— Sin embargo, no cabe duda de que la institución del *jurado*, tan sabiamente introducida por la Constitución nacional argentina (art. 102), prescribiendo que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán de ese modo, pero tan olvidada, constituye el mejor medio de acercamiento entre esa Justicia y el Pueblo. Acaba de replantearse en España la discusión entre la estricta necesidad de reactivar la institución del jurado —también prescripción constitucional en este país (art. 125)— o bien implementar la de los escabinos, tan difundida en Francia y Alemania, o la “Corte d’Assise” italiana. Ella constituye el verdadero camino hacia una democratización de la administración de justicia.

— Por lo que se refiere a la *carrera judicial* y a sus serios inconvenientes ya apuntados, se piensa en la constitución de un cuerpo de magistrados —integrador también de los futuros de carácter electivo—, democráticamente estructurado, ajeno a toda idea de rango o categoría (determinante siempre de alguna forma de dependencia), en que cada miembro sea apto para cualquier función y regidos por órganos colegiados de carácter provincial y otro nacional o central que vendrían a constituir los que ejerzan el autogobierno o cogobierno del Poder Judicial.

— De particular importancia es el tema del *ministerio fiscal*, tanto en lo que afecta a su encuadramiento orgánico como al particular estatuto de sus miembros. En cuanto al primer aspecto, se impone romper su actual vinculación al Ejecutivo como paso previo a conseguir un ministerio público efectivamente independiente y capaz de velar con eficacia por la observancia de la leyes en todos los niveles, incluido el público-administrativo. Una posible solución alternativa a este problema es la de colocar al ministerio fiscal bajo el control del Parlamento, mediante una comisión especializada de éste y en la cual deberían estar representadas todas las tendencias políticas. Esta propuesta

supone el establecimiento de una relación directa del ministerio fiscal con el órgano expresivo de la voluntad popular, lo cual permitirá la efectiva responsabilización de él ante la opinión pública.

— La inexistencia de hecho de una verdadera *policía judicial* es generalmente presentada como un problema relativo a la "infraestructura" instrumental de la justicia penal, como un problema de "medios materiales" que la administración de justicia tiene siempre planteado; en definitiva, el tema siempre es presentado como problema "exterior" a la actividad jurisdiccional. Con esta filosofía es que tradicionalmente ha debido ser la policía de seguridad la que ha asumido las funciones de carácter judicial, con lo cual, ya el juez no sólo ha dejado de dirigir las medidas instructorias, sino que ha pasado a *depende* él de la propia policía. En este sentido, la "policialización" del proceso penal es un hecho absolutamente comprobado. Obviamente, si esa función instructoria se contempla en el ámbito de la investigación de lo que hasta ahora ha sido llamado legislación antiterrorista, entonces se puede hablar de *militarización*. La dialéctica policía-justicia tiene en la Argentina unas connotaciones muy particulares que, por más que sea una cuestión muy antigua y hasta casi aceptada en los términos que aparece planteada, es precisamente uno de los temas capitales por donde empezar el proceso de democratización de la administración de justicia, porque tan cierto es que no hay policía eficaz al margen de la más rigurosa obervancia de los preceptos constitucionales, como que no puede haber una justicia digna que no controle y dirija de hecho y de derecho todo lo que se hace en su nombre.

FINAL

Este trabajo ha sido terminado al filo de concretarse el traspaso de poderes políticos de la última dictadura militar que ha asolado la Argentina (y nunca tan bien

empleado el verbo en participio pasado) al sistema democrático de gobierno que se instauró el 10 de diciembre de 1983. Esta tarea de traspaso ha sido en realidad fácil de cara al dolor, el drama y los daños que el país ha debido soportar en los últimos años sobre todo. El proceso de desmoronamiento del régimen militar ha sido realmente breve, asimismo, si se tiene en cuenta su período de incubación, cuyo comienzo, a la vista de los precedentes inmediatos aparecidos también —aunque incidentalmente— en este trabajo, puede fijarse en la primera interrupción de la legalidad democrática argentina acaecida en 1930, si no se quiere rebuscar desde los períodos indiano y colonial.

La coincidencia temporal referida permite, frente al evento histórico que supone el comienzo de una nueva era para la Nación argentina, sopesar la influencia que ha tenido la actitud de la administración de justicia, de sus instituciones y de los hombres que en buena parte han orientado a ella como cabezas de esa clase judicial que integraron. El juicio que surge de este análisis no puede ser menos que negativo. Empero, casi sin duda, la mayor carga de esta negatividad es atribuirle irremisiblemente a los individuos que integraron, más que nada, los niveles elevados del llamado Poder Judicial, en la medida en que con sus decisiones orientaron la jurisprudencia que se ha examinado en los últimos tramos del trabajo que aquí termina. Lo cual no obsta para resaltar que, como siempre ocurre en estos casos, quedan al margen actitudes muy loables de pocos hombres que, generalmente en los planos más bajos del cuerpo judicial, promueven su exclusión de tamaño juicio.

Semejante afirmación, que no es novedosa ni ajena a la conciencia de los dirigentes políticos del nuevo sistema democrático argentino y que por cierto no se emite alegremente, se enraíza —¿quién puede dudarlo?— en la explícita colaboración prestada por aquellos magistrados judiciales que con sus votos y sentencias fueron legitimando la intervención autoritaria sobre la sociedad argentina. Tras la máscara de la abstención política y de su inhi-

bición en cuestiones que se calificaban como ajenas a sus competencias, se fue cimentando la militarización del Estado y de sus relaciones con la sociedad civil. Esta situación acarrió el triste final de tantos miles de ciudadanos argentinos y extranjeros que habitaban el territorio nacional, los cuales terminaron arbitrariamente en las cárceles, fueron torturados salvajemente, partieron abruptamente hacia el destierro forzado, murieron o, sencillamente, "desaparecieron". Las responsabilidades son evidentes y el juicio histórico no ha de excluir a esos jueces.

La experiencia que ofrece este negro período de la administración de justicia argentina debe ser, a la postre, necesariamente provechosa para la tentativa de su reconstrucción democrática. Ahí está lo negativo, pero también el pasado positivo. Nadie hoy, de quienes vayan a encarar ese proceso de reorganizar el aparato judicial, puede escudarse en la ignorancia de lo acontecido, lo que en este trabajo ha sido quizás escuetamente reflejado.

No se ocultan las dificultades que supone echar a andar mecanismos atascados por una concepción enmohecida de su empleo, proveniente de un modelo de sociedad que se enraiza en principios privilegiantes, discriminantes, de su uso. Con esa perspectiva, además, se orientaron en general los nombramientos de magistrados durante los períodos *de facto* en la Argentina y particularmente en el último de ellos; es decir, al servicio de un esquema de relaciones sociales muy ligado a los intereses de quienes se apoderaban del aparato del Estado. Debe contarse, frente a tales dificultades, por otra parte, la voluntad pacificadora que indudablemente alienta a las nuevas autoridades, la cual, por cierto, implica la necesidad de superar conflictos y oposiciones estériles. En este sentido, la *Realpolitik* impondrá, quizá, contemplar con cierta cautela algunos casos de magistrados *de facto* cuyas actuaciones se hayan distanciado del violento poder militar.

Sin embargo, es misión ineludible, a la hora de proceder a la renovación de los cuadros en la justicia argentina, tener muy presente las enseñanzas tristemente surgidas.

El imperativo es el de proceder a no reconocer a los magistrados que carezcan, en el origen de sus nombramientos como tales, de los requisitos previstos por la Constitución nacional (art. 86, inc. 5), cual es fundamentalmente el de que sus designaciones se hayan hecho con el control —aunque mínimo— popular que supone el acuerdo que el Senado —como cámara parlamentaria— debe prestar. Sus permanencias en un régimen democrático, que deberían legitimarse por medio de la dación de ese acuerdo senatorial, podría levantar la suspicacia acerca de algún supuesto y oculto compromiso con el pasado régimen militar que nombró a dichos magistrados.

Como consecuencia de lo apuntado, es imprescindible entonces que se obre con la máxima prudencia, pero también con la mayor energía en el ámbito de la administración de justicia, teniendo muy presente las enseñanzas tristemente adquiridas. De ellas y por ellas, la tarea — que no va a ser sencilla— sí puede ser fructífera. Asimismo, también han de prepararse los instrumentos que sirvan para corregir —en una visión de futuro y aunque ello sea más lento— la propia estructura de organización constitucional del llamado Poder Judicial de la Nación, que refleja, como se ha visto, ciertas debilidades (sistemas de reclutamiento, nombramiento, promoción y remoción de magistrados, autogobierno o cogobierno y asociacionismo de los jueces), las cuales conspiran contra su propio talante democrático.

Esa es la obra y a su resultado feliz ha pretendido contribuir modestamente este trabajo.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRES IBÁÑEZ, P. (1978): *Uso alternativo del derecho y práctica judicial*, en *Sobre el uso alternativo del derecho*, Interdisciplinar (2), Valencia, ps. 61-93.

- BARCELLONA, P. (1973): *L'uso alternativo del diritto*, vol. I: Scienza giuridica e analisi marxista; vol. II: Ortodossia giuridica e pratica politica (varios autores), Biblioteca di cultura moderna, Roma-Bari. Versión cast., *El uso alternativo del derecho*, Barcelona, 1977.
- BUSTOS RAMIREZ, J. (1983): *Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología*, en *El pensamiento criminológico: Estado y control*, vol. II (dirigida por R. Bergalli y J. Ramírez), colección *Homo sociologicus*, no. 29, Barcelona, ps. II 35; también Bogotá, mismo año.
- CASTELLANO, P. (1983): *El Poder Judicial: no elegido e incontrolado*, en "El País", 11 de abril, p. 15, Madrid.
- CHIOSSONE, T. (1980): *Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Caracas.
- DIAZ, E. (1979): *Estado de derecho y sociedad democrática*, 7ma. ed., Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1973): *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, en P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, vol. I. ob. cit., ps. 103-132.
- MOVILLA ALVAREZ, C. (1981): *El autogobierno de la justicia*, en *Los comunistas y la reforma de la administración de justicia* (varios autores), ps. 7-16, Madrid.
- OLLERO, A. (1982): *Poder judicial y transición democrática en España*, en "Sociología y Psicología jurídicas", anuario, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, ps. 7-42, Barcelona.
- PIZZORUSSO, A. (1982): *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Istituzione italiana 6, Torino.
- SAAVEDRA LOPEZ, M. (1978): *Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho*, en *Sobre el uso alternativo del derecho* (varios autores), Interdisciplinar 2, ps. 33-60, Valencia.
- SENESE, S. (1973): *Apparato giuridico e logica del sistema*, en "Problemi del Socialismo", no. 18, 3a. serie, ps. 821-839.