

34
PRI



PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia
Universidad Católica Argentina Santa Marta de los Buenos Aires*



Noviembre 1996

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano

Dr. Alfredo Di Pietro

CONSEJO DIRECTIVO

CONSEJEROS TITULARES:

Por los Profesores Titulares:

Dr. Alfredo Battaglia

Dr. Hugo Carcavallo

Dr. Joaquín Ledesma

Por los Profesores Pro-titulares y Adjuntos:

Dr. Ernesto B. Polotto

Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorado:

Dr. Francisco Arias Pellerano

Dr. Oscar J. Ameal

CONSEJEROS SUPLENTES

Por los Profesores Titulares:

Dr. José A. Claría

Dr. Roberto López Cabana

Dr. Carlos A. Nogués

Por los Profesores Pro-titulares y Adjuntos:

Dr. Néstor Alberto Raymundo

Por los Directores de Institutos, Departamentos y Cursos de Doctorado:

Dr. Julio J. Martínez Vivot (h)

Dr. Jorge H. Alterini

Secretario Académico:

Dr. Osvaldo Onofre Alvarez

AUTORIDADES DE LA REVISTA

Director:

Dr. Alfredo Di Pietro

Secretario de Redacción:

Dr. Julio J. Martínez Vivot (h)

Junta Asesora:

Monseñor Dr. Néstor D. Villa, Dr. Hugo Carcavallo, Dr. Justo López,
Dr. Joaquín Rafael Ledesma, Dr. Néstor P. Sagüés, Dr. José O. Claría,
Dr. Gerardo Donato, Dr. Carlos Storni

PRUDENTIA IURIS

NOVIEMBRE 1996

NÚMERO 42

SUMARIO

PRIMERA SECCION:

ETICA Y POLITICA

- La ética y el ejercicio de la función pública.* Roberto Antonio Punte ... 7
- Etica y política: formulación general y problemas actuales.* José María Medrano. 23
- Los temas éticos según son percibidos por la sociedad.* Rosendo Fraga. 45
- Concepto de corrupción y respuestas estratégicas de los países latino-americanos. Necesidad de moralización de la gestión pública.* Hugo Alberto Verdera. 51
- La corrupción pública como fenómeno delictivo. Un primer balance de la estrategia y de los instrumentos de política criminal en la reciente experiencia jurídica europea.* Carlos Alberto Mahiques. 61
- Análisis de los proyectos de ley sobre ética pública.* María Susana Dri. 73

SEGUNDA SECCION:

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

- El Consejo de la Magistratura.* Alberto B. Bianchi. 93
- Consejo de la Magistratura.* Nestor P. Sagüés. 109
- El Consejo de la Magistratura: ¿Una creación paradójica?* Orlando J. Gallo. 113
- Consejo de la Magistratura. Entre lo jurídico y lo político: el equilibrio es posible.* María Susana Dri. 119
- Modelos de gobierno del Poder Judicial.* Pablo Lucas Murillo de la Cueva. 135

Este es un número especial de "Prudentia Iuris" dedicado a temas de derecho público. Se trata de los trabajos presentados durante el seminario sobre "ETICA Y FUNCION PUBLICA" realizado en junio de 1996, así como las exposiciones en la jornada sobre "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA" ocurrida el 30 de abril de 1996. En este caso se agrega una colaboración de uno de los grandes especialistas españoles en la materia .

La iniciativa corresponde a la Sección de Derecho Constitucional, Público Provincial y Municipal, del Centro de Investigaciones Jurídicas "Profesor Jorge J. Llambías", de esta Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. De esta manera se manifiesta la presencia activa de la universidad y sus especialistas en el tratamiento de problemas actuales, cumpliendo así el objetivo de que la investigación sea puesta al servicio de la sociedad.

**PRIMERA SECCION:
“ETICA Y POLITICA”**



LA ETICA Y EL EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA

ROBERTO ANTONIO PUNTE

I. MOTIVACIONES Y PROPÓSITOS:

El derecho guarda referencias directas con todos los ámbitos de la conducta humana y los valores, que a su vez integran el objeto propio de la ética. Ambas ciencias se entrecruzan sobre el mismo terreno del vivir humano, pues este es siempre un convivir, hecho de conductas que nos vinculan con “otros”: nuestros prójimos. Ineludiblemente las voces interiores de la conciencia, las tendencias del temperamento o las vocaciones personales, se sustentan en y por los “otros”, en estructuras móviles, tan complejas como delicadas, cuyos órdenes comienzan con el lenguaje y los hábitos inculcados o aprendidos, sobre los que se yerguen los deberes y mandatos de la educación familiar y formal, los usos y costumbres —las heredadas, las actuales, las copiadas— las normas públicas, los lazos contractuales, las orientaciones políticas, el peso de las amistades y los amores, de los odios y resentimientos. De ahí que los políticos y juristas hayan de atender los valores propuestos desde la ética para sostener por medio de las leyes las pautas mínimas necesarias para la vida social.

El primer término corresponde a las normas constitucionales, ya se las tome como fundamento formal o como expresión más jerarquizada del orden jurídico. El deber de “afianzar la justicia” resume un plexo de valores de paz, unión, defensa, libertad y bienestar, relacionados con el orden y la moral pública. Todo bajo la regla o razón de Dios. Estas pautas, sabidas a veces de modo rutinario, deben ser objeto de lectura renovada y profunda luego de la reforma de 1994, pues se ha encomendado al Congreso dictar una ley sobre ética en el ejercicio de la función pública, a la par que se sanciona e inhabilita a quien se enriquezca a costa del erario, equiparándolo al usurpador.

Son muchas las cuestiones que se abren a la reflexión. Por ejemplo, los vínculos de la acción política y el derecho con el orden moral; la interacción de los principios éticos generales con la vida social y la cultura en sus distintas manifestaciones, sea la política, las relaciones internacionales, la economía y los problemas de distribución, la pobreza y los desclasados, los medios de comunicación; las relaciones de las empresas con el público como dependien-

te, usuario, productor o consumidor, etc... En cada caso el siempre presente dilema sobre el fin y los medios; la llamada “razón de estado”; la pérdida de legitimidad de ejercicio por atentado contra el sistema democrático a través del enriquecimiento ilícito a costa del erario público. (Art. 36 in fine CN); las posibilidades reales de acotar, prevenir y sancionar los actos de corrupción.

Sin duda todos tenemos conciencia de que hay defectos graves en los aspectos éticos de nuestra convivencia social y política, lo que ha motivado un debate ya desde hace tiempo. Esto ha sido una de las causas de su tratamiento en las sesiones de Santa Fe. Pero dista de estar siquiera bien planteado, ya que hasta ahora prima lo anecdótico, lo picaresco, y todo parece quedar, o bien en casos individuales que se diluyen, o en una vaga noción de pesadumbre y asfixia colectiva que llama al desgano. Faltan aportes intelectuales que levanten la puntería y ubiquen adecuadamente los temas, pues “quien haya de hacer una adecuada investigación de la mejor constitución, forzoso le será definir primero cual es la vida más digna para escogerse” (Aristóteles, Política, Libro Séptimo).

II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

A riesgo de invadir campos ajenos considero un deber precisar siquiera preliminarmente y a modo de introducción algunos términos. Para ello he de ceñirme, con criterio de manual, al modo clásico de definir y ubicar estos temas.

Ética es la ciencia que se ocupa de las acciones humanas, según criterio de su bien o su mal. Por ser acciones implican razón y voluntad, y ésta, a su vez, la presencia de la libertad. La filosofía clásica considera “ser” a lo primero captado por la inteligencia y “bien” a lo primero querido por la voluntad, como objeto de la razón práctica. Todos deseamos nuestro bien o “lo bueno”, de modo que la primera regla ética o de la conducta, consiste en buscar o hacer el bien y evitar el mal. Tiene contenido real susceptible de ser identificado en cada caso concreto. Si quisiéramos darle aún un contenido más discernible para nuestra cultura actual, podríamos decir que la primera regla podría traducirse como “vale la vida, y disvale la muerte”. Si ampliamos el concepto vital a todas sus dimensiones podríamos agregar: “disvale el hambre, la enfermedad, la mentira, el pecado y la muerte”. Al glosar a Aristóteles, Tomás de Aquino destacó que el orden de los preceptos morales sigue el orden de la naturaleza. A su vez, aquél había reflexionado que “si el hombre, completado por la virtud, es el mejor de los animales, sin ley y sin justicia es el más malo de todos, porque puede hacer servir las armas de la razón al logro de sus caprichos”, lo que constituye un desvío o corrupción de su principio vital.

Para las ediciones modernas del Diccionario de la Real Academia, corrupción es el acto de alterar o trastocar la forma de alguna cosa, echar a perder, depravar o dañar, y recién en su tercera acepción lo referido a

sobornar o cohechar al Juez o a cualquier persona con dádiva. Otra acepción es pervertir o seducir a una persona, estragar, viciar. Pueden corromperse las costumbres, el habla, las letras y la voz corrupción define a la vez la acción de corromper y el efecto de corromperse.

En cuanto al contenido de la noción bien-mal cabe agregar que la respuesta metafísica es que surge “naturalmente”, de cada “cosa” por una ley inserta en su esencia o interior, siendo más o menos buena según su intrínseca perfección o defecto. En los actos humanos podemos distinguir entre el acto interior o sea la deliberación y resolución sobre el fin querido y los medios para alcanzarlo, y el acto exterior, o sea su concreción. El acto humano para ser íntegramente bueno debe serlo en la completa serie de sus elementos. En principio todo acto humano es algo bueno guiado por la razón, pero debe ser bueno el fin y buenos los medios, esto es, que no sean indignos, que sean proporcionados.

A esta altura cabe introducir el derecho, cuyo eje visible es la ley como regla de los actos, que induce a obrar o retiene de obrar. La palabra viene de ligar (lex -ligare-ob ligare). La regla de los actos humanos es la razón y la ley pertenece a ese orden y, más precisamente, al de la razón práctica que orienta tanto hacia el gran fin de la felicidad o beatitud como a cada felicidad particular. La ley atiende al llamado bien o felicidad común, pero como es parte de lo razonable, ha de seguir la regla fundamental de la justicia, o sea dar a cada uno lo suyo y en lo social esto se traduce en la llamada justicia distributiva consistente en dar a cada miembro de la comunidad la parte de bien que le corresponde según el lugar que ocupa en ella. De ahí se infieren sus posibles vicios cuando se generan desigualdades o no se da a cada uno lo suyo. La ética moderna, ya sea la asentada en el imperativo categórico (Kant) o la denominada ética de la responsabilidad no encuentra fácil camino para solucionar problemas que la concepción clásica resuelve, caso por caso, a través de la concreción de estos principios por esa facultad denominada virtud de la prudencia.

El carácter real y objetivo de estos principios implica que “hay en el hombre una aptitud natural para la virtud y la verdad, como la tiene para procurarse alimento y vestido, pero esta virtud actúa mejor cuando se disciplina en su propia perfección”. De ahí la necesidad natural de autoridad y ley, y que ésta sea razonable, posible, adecuada a las costumbres y al término medio de los ciudadanos. Nuestra encuesta se orienta — bajo estos principios — a la realidad de nuestra situación y a los remedios posibles.

III. LAS CUESTIONES ÉTICAS SON UN “TEMA DE NUESTRO TIEMPO.”

Tanto en la prensa como en las conversaciones diarias puede advertirse una necesidad social de mayor contenido de bien en las conductas y respuestas públicas a los problemas y dificultades de la convivencia y el gobierno. A

través del lenguaje se destacan conceptos tales como “conciencia, compromiso, solidaridad, responsabilidad, coherencia, transparencia”.

No siempre estos valores han ocupado u ocupan el primer plano, pues, por ejemplo, desde una perspectiva individualista, el énfasis puede recaer sobre otros como “derechos, libertad, intimidad, independencia, dejar hacer, eficacia, bienestar, placer”; y desde el socialismo “estado, popular, participación”. En el fondo se trata de valores distintos, ninguno dañoso de por sí, y todos necesarios en mayor o menor proporción para el buen funcionamiento social. Sólo surge el juicio negativo cuando hay una hipertrofia de alguno que ensombrece o perjudica a los demás. El paso al primer plano de dichos temas éticos se advierte junto a un correlativo hastío frente a la excesiva presencia de los valores pragmáticos; como “éxito, eficiencia, productividad”, que privilegian los resultados, ya sea para el bien y progreso de los individuos, o aún del conjunto, aun sabiendo cuanto hay que dejar de lado. Es que, si interesa principalmente el resultado, hay una correlativa despreocupación por los débiles y los vencidos y no importan los medios para llegar a estos fines.

La búsqueda de un mejor equilibrio ha hecho crecer la preocupación por la responsabilidad y las consecuencias, por la verdad, la coherencia y la validez de los medios. Si la riqueza y el progreso implican invasión, daño o destrucción del medio ambiente, o perjuicio para las personas, puede ser preferible detenerse y no hacerlo.

Son muchas y destacadas las voces que se están alzando. El “Catecismo de la Iglesia Católica” promulgado en 1992, a través de la Constitución Apostólica “Fidei Depositum” señala que la autoridad debe ejercerse como servicio (2231) según una justa jerarquía de valores, respetando los derechos individuales y el bien común, según criterios de razón y justicia (2236/7). Son deberes genéricos de los ciudadanos el amor a la patria y al bien común, y, concretamente, pagar los impuestos, votar, participar en la defensa, siendo ilícita la especulación, la apropiación y el uso privado de los bienes sociales, los trabajos mal hechos, el fraude fiscal, los gastos excesivos, el despilfarro y la corrupción, “mediante lo cual se varía el juicio de los que deben tomar decisiones conforme a derecho”.

Mariano Grondona destacó, en una serie de conferencias dadas en 1993, que luego de haber comprendido el respeto a las instituciones y la sujeción a las reglas de juego económicas, la lucha contra la corrupción surge como el tercer desafío de la democracia argentina. La corrupción es siempre un desvío de los fines, una desnaturalización. Cuando se trata del estado y de las cosas comunes, consiste en servirse de ellas para fines y beneficios particulares. Se manifiesta en grados, desde la propina o regalo, la exacción o extorsión para hacer lo debido, el cohecho o soborno para hacer lo no debido, el uso desviado de información confidencial, siempre con fin de lucro o ventaja. Se ampara y

prospera en el secreto y dentro del ámbito del monopolio de las decisiones burocráticas. Eduardo Cárdenas llamó “cleptocracia”, o sea gobierno de los ladrones a semejante situación. En una entrevista de Silvia Pisani al historiador Paul Johnson, éste diferencia el espíritu del progreso del siglo XIX, basado en un sistema institucional libre, adquirido paso a paso, con el concepto de riqueza fácil e inmediata. El historiador señala tres causas: el Estado demasiado extendido y con exceso de regulaciones, que obligan a la gente a deslizarse en un sistema subterráneo, así como el mal ejemplo de los funcionarios, empezando por los jefes, ministros y presidentes de gobierno, y siguiendo por la policía y la justicia.

Pedro Frías resumió en 5 “d” los estigmas de una sociedad “transgredida y transgresora”:, consistentes en la discrecionalidad, despilfarro (añadida al clientismo), duración (reelecciones), desencanto (la inoperancia de las reglas descompone la sociedad), deshonor (todos sospechosos, todos impunes, todos deshonrados). Estas “d” resumen “la situación de una sociedad dañada”, que sólo podrá restaurarse a través de nuevos usos y costumbres más que por las penas que castiguen.

Juan Carlos Cassagne (1991) señaló que antes la corrupción sólo era una dádiva a un Juez o funcionario, para obtener un favor, pero que hoy adquiere mayores dimensiones antifuncionales en la medida que se la exija para que sea otorgado lo que legítimamente corresponde. Analiza varias posibles respuestas, principalmente el cuidado en la selección de los funcionarios; y el refuerzo de la ejemplaridad social pues la contención debe ser social y no penal.

Entre las reacciones institucionales debe señalarse que, en oportunidad de existir acusaciones públicas respecto de algunos miembros, la Corte Suprema emitió una Acordada el 29 de noviembre de 1990 (nº 70/90), donde expresó que “El desarrollo y perfeccionamiento de las instituciones republicanas no sólo reposa en sus bondades manifiestas, sino también en la probidad de los hombres que la conducen y en la confianza que en estos depositen los gobernados... Exhortamos a la ciudadanía para que como contribución responsable para consolidar estos objetivos, formulen ante la autoridad judicial competente las denuncias que permitan obtener la purificación de las instituciones públicas en que están comprometidos todos los poderes del Estado”. La Unión Industrial Argentina, presentó un informe recomendando distintas medidas sobre el perfeccionamiento de las normas y su aplicación, juzgamiento oportuno “en tiempo y forma”, controles y códigos éticos para las empresas privadas y una ley análoga al AC “Acta Anticorrupción” de Estados Unidos.

Es interesante rescatar una observación de Carlos Floria. La corrupción, como todos los vicios, se aprovecha de una virtud desviada: la tolerancia convertida en resignación e impotencia, esto es, un mal realismo que la tiene

como inevitable. Se trata a la vez de un vicio y de una enfermedad, pero también de la manifestación de defectos técnicos. En tal sentido el corruptor conoce las fisuras y fallas del sistema. Por lo tanto, en su dimensión funcional la corrupción sirve como detectora de fallas, pues donde se difunde y arraiga existen fisuras y errores del sistema.

IV. LA ÉTICA EN LA CONSTITUCIÓN.

Como vimos al principio ya el preámbulo constitucional introdujo en 1853 una carga de valores a sostener por el estado que se estaba fundando. Unión, justicia, paz, bienestar, libertad, solidaridad. Y a lo largo del texto muchos más: igualdad, idoneidad, buen desempeño, razonabilidad, lealtad, patriotismo, fidelidad. Todo esto implica una sujeción del gobierno y los políticos a pautas éticas que constituyen la “moral pública” como distinguible del ámbito de las acciones privadas. Ahora, el artículo 36, siguiendo la mejor tradición de la ciencia política, equipara la corrupción a la usurpación. Luego de declarar insanablemente nulos los actos del usurpador, que habilitan incluso a la resistencia a la opresión, determina como igual atentado contra el sistema democrático los actos de “quien se enriquezca” por delitos contra el Estado, encomendando al Congreso el dictado de una “ley de ética pública”. Esto se suma a las previsiones republicanas de los arts. 1 y 33 y la censura del art. 29, reforzando así lo que Sagüés denomina “el presupuesto ético de la democracia”. Es que no hay democracia que no se funde en determinadas virtudes: razonabilidad, publicidad, alternancia, verdad.

Al tratar los elementos actuales de la virtud “republicana”, Sagüés enumera la “responsabilidad electoral” del propio candidato y de los votantes, y lo que suscite “conciencia” sobre “los límites y los fines del Poder”, que se concretan en el respeto a la ley, la igualdad, la austeridad y la decencia partidaria, además de la moralidad de la prensa. Diseña 3 órdenes de deberes: a) propios de cualquier gobierno: legalidad, trabajar por el bien común, decencia, servir a la comunidad. b) concernientes al ciudadano en la democracia: corrección electoral, conciencia de los fines y límites del poder, de la igualdad y la austeridad. c) del gobernante republicano: actuar públicamente para la promoción política y social de la libertad y derechos del pueblo.

Precisamente Aristóteles clasificó las formas de gobierno en “puras” según respeten sus propios principios; o impuras, cuando se corrompen. Al tratar sobre las causas de las revoluciones describe los modos de corrupción: la ilegalidad, los engaños, sofismas y recursos mañeros —pues frente a ellos surge la fuerza de los hechos—, la excesiva duración, “causa de tiranía en las oligarquías y las democracias”, la supremacía desproporcionada de un sector, porque “el poder es corruptor y pocos hombres son capaces de mantenerse puros en medio de la prosperidad”.

A su vez el enriquecimiento en los cargos públicos es malsano, pues “a la

masa de los ciudadanos no les irrita tanto el verse excluidos de los empleos, que se compensa con la ventaja de poder dedicarse a sus propios negocios, como les indigna ver a los magistrados robar los caudales públicos porque entonces tendrán un doble motivo de queja, puesto que se ven privados a la vez del poder y de las utilidades que él proporcione”.

Como se ve, en “La política” la consideración ética está presente y, además, la descripción no guarda grandes diferencias con problemas actuales. El autor no esquiva los consejos prácticos que siguen vigentes, tales como que “para evitar la dilapidación de las rentas públicas” debe obligarse “a rendir cuentas en presencia de todos los ciudadanos reunidos”, y una conclusión siempre actual: la mejor garantía de una constitución es la educación de los ciudadanos en el “principio propio” de cada constitución. “Los gobernantes han de tener amor sincero a la Constitución, gran capacidad y una gran virtud y justicia propia del principio especial en que el Gobierno se funde”. A la pregunta sobre como actuar cuando estos caracteres no reposan en una sola persona, responde que debe resolverse según la rareza o escasez de la cualidad específica, pues sería admisible un gran militar que no fuera probo, pero, “para elegir al guardián del tesoro público es preciso seguir otro camino, pues estas funciones exigen probidad extraordinaria, y una capacidad e inteligencia comunes”. Y a la objeción: “Si un ciudadano es capaz y adicto a la Constitución ¿para que exigirle además la virtud?”, contesta que, “sin duda, porque al lado de estas dos cualidades puede tener pasiones desenfrenadas” y si en tal caso no se sirve bien “ni a los propios intereses, ¿que será del cuidado de los públicos?”.

V. FENOMENOLOGÍA

He citado a Aristóteles no sólo por su claridad, sino también para resaltar la persistencia de estas cuestiones, ligadas inexorablemente a la caída naturaleza humana. Con el mismo propósito he de referirme a la perspectiva internacional. En ambos casos con la convicción de que no debe alimentarse en nosotros la desesperanza sino una convencida y creciente actitud de alerta y que nuestra insatisfacción se convierta en ímpetu de contención y cambio.

He de reseñar dos informes, el realizado por la revista “Time” en su número del 6 de mayo de 1996 y el de “Tranparency International”. Ambos hacen un mapa de situaciones de corrupción, siguiendo el orden de los continentes.

Del primer informe resumo los episodios más conocidos: México: la huída del ex-Presidente Carlos Salinas después que su hermano fue encarcelado y acusado de corrupción y asesinato de los candidatos a sucederlo.; Brasil: en 1992 el presidente Collor de Melo fue expulsado por juicio político aunque más tarde se lo sobreesayó en los cargos penales, y el ex tesorero de su partido P.C. Farías fue asesinado en circunstancias confusas.; Venezuela: el anterior

presiente Lusinchi no fue procesado por mediar prescripción pero cargos similares se levantaron contra el actual, Carlos Andrés Pérez; Colombia: El Presidente Samper rehusa renunciar bajo acusaciones de estar financiada su victoria electoral de 1994 por el cartel de las Drogas de Calí, y aunque el Congreso lo absolvió de tales cargos, el Vicepresidente renunció; Ecuador: en 1995 el vicepresidente Alberto Dahik fue sometido a juicio político por desvío de fondos públicos. Francia: las investigaciones sobre numerosos esquemas de comisiones indebidas llevaron a la expulsión de 3 ministros y de varios intendentes y dañaron la reputación del partido socialista; España: los escándalos arrastraron la pérdida electoral del partido socialista y más de una docena de altos oficiales públicos están implicados en el caso "Gal" por asesinatos de activistas del separatismo vasco; Italia: la actuación de los jueces llevó a que más de 3.000 políticos y hombres de negocios quedaran bajo investigación, incluido el ex primer Ministro Andreotti y su sucesor Silvio Berlusconi. El primero acusado de vínculos con la mafia y el segundo por evasión de impuestos y soborno a inspectores de impuestos; India: el Primer Ministro Narasima Rau fue acusado de corrupción por comprar votos para poder superar un planteo parlamentario en su contra; en otro escándalo se vieron envueltos 7 ministros y 25 políticos de primera línea; Kenia: el presidente se encuentra bajo investigación por la desaparición de 300 millones de dólares del Banco Central y por gastos de 83 millones en la construcción de un aeropuerto; Sur Corea: están acusados dos ex presidentes de soborno y de una masacre en 1980; Japón: después de una serie de escándalos el partido del Gobierno perdió el control en 1993, entre otras causas por grandes préstamos a empresas, sin suficientes garantías.

Con apoyo indirecto del Banco Mundial se están haciendo informes periódicos sobre la corrupción en 41 países a través de un organismo no gubernamental denominado "Transparencia internacional", calificando a los países bajo examen, considerando bueno de 7 para arriba y eximido a quien logra por encima de 4. En 1993 entre las las naciones eximidadas, estaban en Latinoamérica Chile con 7,94; y la Argentina con 5,24 en similar nivel con Portugal, Malasia, Taiwan, España, Corea, Hungría, Turquía y Grecia. Fueron aplazadas Colombia, México, Italia, Tailandia, India, Filipinas, Brasil, Venezuela, Paquistán, China e Indonesia. En el informe para 1993/95 Argentina fue retrogradada del puesto 15 al 35, con 3,41 puntos (antes 1980/5: 4,94, 1988/92: 5,91). Las causales han sido los escándalos en el PAMI, la venta de armas a Ecuador, el caso IBM-Banco Nación.

Es cierto que existen objeciones a estos informes, por su enfoque auto-exculpatorio respecto de los países que los impulsan y financian, así como por su excesiva dependencia respecto de fuentes locales muchas veces no independientes. Pero, aún así todos percibimos en el ambiente la verosimilitud de tales acusaciones, de modo que, con las indicadas reservas, y dentro de sus límites, cabe tenerlos como puntos de referencia válidos

VII. LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS EN CURSO.

Aunque el tema de los proyectos en estudio es tratado detalladamente por la Dra. Dri, quiero referirme aquí, por su vinculación con la reacción internacional ante fenómenos como los reseñados, que a fines de marzo de este año 21 países del hemisferio, incluida la Argentina suscribieron en Caracas, la "Convención Interamericana contra la Corrupción". Esto es continuación de una tarea que se ha venido desarrollando dentro de la OEA en los últimos años, como secuela de preocupaciones coincidentes en la Organización Mundial de Comercio —OMC— sucesora del Gatt, la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico —OCDE—, y el foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico. Sus objetivos son la transparencia en los negocios, e impedir que a través del soborno y la corrupción de funcionarios se tuerzan las decisiones de gobiernos y corporaciones.

El Tratado consta de 25 artículos. Considera actos de corrupción las exacciones, el cohecho, el enriquecimiento ilícito por aprovechamiento de información privilegiada, uso de bienes públicos y obtención de resoluciones favorables, así como el ocultamiento de los bienes por autores y copartícipes. A diferencia de un aspecto deficiente de nuestro flamante artículo 36, no considera necesario que los actos hayan producido perjuicio patrimonial al Estado.

Los países se comprometen a tipificar los delitos, asistirse y cooperar judicialmente, a levantar el secreto bancario y cooperar en la identificación, embargo y decomiso de los bienes, así como en la extradición de las personas. Este Tratado es de suma importancia, atenta la jerarquía otorgada en la pirámide jurídica a los compromisos internacionales en el nuevo art. 75 inc. 22 CN., y habrá de condicionar las iniciativas legislativas locales al momento de considerarse.

Precisamente es en nuestro Congreso donde nunca se ha advertido un gran entusiasmo, aunque hay presentados más de ochenta proyectos. Han resultado notoriamente ineficaces las normas existentes sobre registro de las declaraciones juradas del alto personal de la administración.

Ya en 1953 por Dto. 7843 del 4 de mayo, se creó el Registro de Declaraciones Juradas Patrimoniales del Personal de la Administración Pública, lo que fue completado por los Dtos. 1677/54 y 13.659/57. Un nuevo régimen fue creado a partir de 1963 a través del Dto. 4649/63, y rigió con pocas reformas virtualmente hasta fecha muy reciente. Por Dto. 614/89, del 28 de agosto de ese año se facultó a la Procuración del Tesoro a requerir se justifiquen los incrementos patrimoniales, esto es que los funcionarios además de su declaración jurada de entrada y salida podían ser intimados a justificar los incrementos. Estas facultades pasaron a la Secretaría General de la Presidencia según Dtos. 2367/90 y 557/91, pero nuevamente fueron

devueltas a la Procuración del Tesoro por Dto. 1314/91. La ley 22.140 regulatoria del personal de la administración pública contiene en su art. 27 inc. f) obligaciones sobre el particular, así como la ley 21.383, en sus arts. 3 y 6. Al crearse la Auditoría General de la Nación por la ley 24.156 se introdujeron previsiones en tal sentido en los arts. 104, 106 y especialmente en el 118 inc. j) facultándose a este organismo a controlar la legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada cualquiera fuera su modalidad de organización así como verificar se lleven los registros de declaraciones juradas del personal con el grado de director general en adelante. En su actual ubicación constitucional, —art. 85— le compete a la Auditoría el control externo del sector público nacional así como dictaminar sobre el desempeño y situación general de la administración pública. El Dto. 494 del 5 de abril de 1995 aprobó el actual régimen de declaraciones juradas patrimoniales y requerimientos de justificación de incrementos patrimoniales. Están obligados a presentarlas todos los funcionarios, de ministro para abajo, dentro de los primeros días de su designación y una complementaria a los 30 días después de cesado. Son renovables anualmente y se custodian en el Registro que lleva la Escribanía General de Gobierno. Además, según las facultades antes mencionadas la Procuración General del Tesoro puede exigirles que justifiquen en cualquier momento incrementos de significación. Pero no es tan sencillo, pues para esto se requiere previamente un sumario administrativo y debe pedirlo el instructor pertinente.

No hay mayores novedades en los proyectos denominados anticorrupción, que se han mandado recientemente al Congreso. Se introduce la obligación de ampliar la declaración cuando el incremento patrimonial supera el 10%, así como que los funcionarios no podrían recibir regalos de valor superior a los \$. 2.000. Se tipifica el tráfico de influencias, extendiendo la inversión de carga de la prueba a quien actúa como testafierro de un funcionario público, esto es, se pone a cargo de esa persona la tarea de mostrar que obtuvo sus bienes en forma legítima. También se crea el “arrepentido”, o sea un denunciante que colabora en la investigación de hechos ilícitos, con exención de pena para sí mismo.

VIII. TRASCENDENCIA DE LA CUESTIÓN. TEMAS RELEVADOS

En las lecturas y conversaciones preparatorias fui relevando temas que recogen estas preocupaciones. Los trato ahora, sin pretender sistematizarlos, ni que entre ellos haya alguna primacía u orden.

a) La corrupción de la Verdad o el “Doble Mensaje”.

Cabe evocar el viejo adagio de “Haz lo que yo digo, no lo que yo hago”, y se pueden recordar casos notorios como la caída del Presidente Nixon en USA

como consecuencia de haber negado su conocimiento temprano del espionaje político en el edificio "Watergate", o la burla al Presidente Bush por su frase "Lean mis labios". Hay doble mensaje cuando el gobierno convoca a pagar los impuestos y el mismo hace pagos "en negro", por "sobre", o por "adicionales no remunerativos", que no sufren por lo tanto descuentos para la seguridad social. O cuando los políticos evitan las investigaciones invocando inmunidades y privilegios funcionales, desviados de su finalidad de amparar la libertad de expresión y actuación en un parlamento, o votan impuestos para la población de los que se autoexcluyen. O cuando se convoca a la paz social y se elimina "por izquierda", a los enemigos (el caso de la represión argentina o brasileña o el reciente escándalo "GAL" en España). Dice Julián Marías "el error es una cosa, la mentira otra bien distinta: en la vida privada, en cuestiones de amistad y amor es inaceptable; en lo intelectual o en la vida pública concretamente en la política, es intolerable. Por eso es gravísimo que pueda ser impune, que no tenga consecuencias".

b) La riqueza y el éxito a través de la función pública.

Puede ser un provecho individual o de todo un grupo, o partido, o de los partidos en el poder. Así ha ocurrido con la clase política italiana (el "pentapartito"), dándose también el caso de la unión de gobernantes y opositores en un "pacto" de protección mutua que permite alternarse o compartir el poder, excluyendo a los nuevos o incorporándolos por la llamada cooptación (caso mexicano).

c) El enriquecimiento por privilegios y concesiones monopólicas

Siempre al amparo del poder ha existido la posibilidad de una renta monopólica por estar habilitado en forma exclusiva para determinados rubros o actividades. En este caso los beneficiarios son sectores "privados", cuyas empresas subsisten al amparo de decisiones públicas.

d) El poder que permite rodearse de amigos, familiares y "clientes" (nepotismo y clientismo).

En el estado clientista todos, aún los formalmente opositores o críticos, son en definitiva estipendiados o empleados por los administradores del poder. La función pública es una prebenda con la que se paga el apoyo incondicional o, según el caso, una beligerancia declamativa pero deliberadamente ineficaz.

La corrupción se presenta como un error provechoso y querido pues, por la otra parte, encuentra el silencio y la connivencia. Muchas veces entre políticos o dentro de las instituciones hay un concepto de "los trapos sucios se lavan en casa" y ante las acusaciones se dan explicaciones frívolas como táctica de distracción y se confía en el tiempo que todo lo diluye.

Aparece también lo que los italianos llaman el perdonismo o sea el amiguismo y la auto absolución entre pares, con desdibujamiento de la frontera entre lo bueno y lo malo.

e) La desigualdad ante la ley o ante la aplicación de la ley (“para los amigos todo, para los enemigos la ley”).

Es lo contrario de la república, y una de las formas más sutiles de la opresión. Todo funciona en apariencia, el Congreso hace las leyes y los tribunales las aplican, pero de modo desviado, beneficiando a unos y perjudicando a otros según la dicotomía “amigo-enemigo”, donde los primeros no sólo obtienen ventajas sino además gozan de impunidad por sus fechorías.

f) La razón de Estado para legitimar la acumulación o suma del poder público. Los estados prolongados de emergencia política o económica.

La invocación de catástrofes y malos agüeros ha sido un recurso de los políticos, para aumentar sus poderes y de esta manera poder enfrentar las amenazas, ya provinieran de los enemigos, ya de hechos de la naturaleza. Esto se presta a abusos que son consentidos para evitar los males mayores que se vislumbran. Pero suele ocurrir, o que tales males no existen, o los poderes son conservados aun cuando ya no subsistan sus causas o se los emplea para fines desviados, distintos de los que les dieron fundamento. Peor aún, a veces se los requiere para conjugar males que se han originado en actos propios del mismo grupo o persona gobernante. Sobran los ejemplos. Este es el caso de la transferencia al conjunto social de las secuelas del mal gobierno, a través de susceptibles emergencias económicas (1975/1996), o la apelación reiterada a facultades extraordinarias, como ha ocurrido con el abuso del estado de sitio, entre 1930 y 1983.

g) Falta de transparencia de la administración pública, en los criterios judiciales, en la representación política que facilita la discrecionalidad y la arbitrariedad.

En su nota sobre la posición de los jueces y la ética en la situación italiana el Dr. Mahiques expresa que “de una democracia sin alternancia, es decir, de una democracia bloqueada se sigue inexorablemente una falta de liderazgo durable e identificable y una dificultad real para ejercer un control efectivo por parte de la oposición. En tal contexto los partidos políticos ocupan todos los espacios institucionales y de poder, perdiendo su función de orientación de la opinión pública sacrificada en función de la gestión y retención de las posiciones dominantes. Así la democracia desaparece sumergida por las estructuras de poder, y la propia administración estatal se somete a los requerimientos y necesidades de los partidos”. Lo mismo ocurre con el permanente cambio legislativo, a lo que se le agrega la subordinación de la

interpretación judicial a los objetivos políticos de los gobernantes. Ambas implican la negación del estado de derecho, pues de este modo la ley y la sentencia no responden ni a la razonabilidad ni al bienestar general, sino al interés transitorio, a veces del gobierno, pero más frecuentemente de algún sector o de simples funcionarios, con su secuela tan comentada, la inseguridad jurídica.

h) La corrupción por el narcotráfico y la macrocriminalidad.

Un fenómeno particular de muchos estados, entre ellos varios en Sudamérica es el envenenamiento de la política por la corrupción general del narcotráfico. El ingreso de divisas a las arcas públicas por la actividad económica del narcotráfico o sus derivaciones de lavado de dinero, manifestadas rápidamente en el sector financiero y de la construcción, es siempre recibida con alborozo por los gobiernos, sobre todo si esto va acompañado de refuerzos a los fondos partidarios y personales. Pero, invariablemente, llega después la factura, consistente en la pretensión de compartir y aún de ejercer el poder. Existen casos trágicos como el colombiano, y otros menos notorios pues el “modus vivendi” alcanzado soslaya la publicación de esta realidad y mantiene libres de malas noticias a las primeras páginas de los diarios. Este maridaje de políticos y delincuentes está generando nuevas realidades, donde la macrocriminalidad, revestida de formas empresariales, está pasando a convertirse en un nuevo factor de poder internacional.

i) La responsabilidad ética de la prensa. Aspectos positivos y sombras en el paisaje.

La prensa ha tenido un papel definitorio en cuanto a la denuncia de muchísimas situaciones de corrupción, cuestión conocida sobre la que no cabe abundar. Existen, en cambio, aspectos negativos vinculados a su papel de transmisora. Así ocurre con la difusión de la ideología del éxito rápido y sin reglas, que todo lo justifica, así como con sus omisiones, todo lo cual redundando en una indirecta colaboración con la desorientación del público y la alimentación de rencores. No sólo cae esta crítica sobre los medios de prensa, que muchas veces se ven restringidos a raíz de lo que Julián Marias llama “el silencio de los responsables”, quienes, por temor a perder puestos y honores, distinciones, premios, elogios o menciones, ingresan en zonas de silencio. Esto resiente la convivencia,” mientras unos guardan silencio, otros vociferan y la dañada es muy a menudo la verdad.”

IX. CONCLUSIONES

Si creemos que hay un nexo entre ética y política, la corrupción aparece como un disvalor ético y como una disfunción política, un daño a la república. Como cuestión moral es también una cuestión política y pública, que trasciende la vida privada de las personas.

Hay cierta tendencia pesimista a su inevitabilidad expresada en frases tales como “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente” —Lord Acton—, o “sólo el comienzo es grande” —Heidegger—, que afecta desde varios puntos de vista, pues “si el supremo artificio de Satán es hacer creer que no existe, la trampa primera de la corrupción es convencer de que todos son corruptos y que todo está corrupto” —Grondona—. Detrás de la omnipotencia del corrupto impune esta la pretensión satánica de “ser como dioses”, colocándose mas allá de la ley humana y, en apariencia, de la misma ley divina.

Pero la realidad no desaparece detrás de los biombos. Y dentro de ella la capacidad de recrear las conductas valiosas: la ley clara y razonable, la justicia independiente y veloz como garantía contra la impunidad, las instituciones deliberativas como control, la prensa y los medios de comunicación como ámbito de denuncia y crítica, la modestia de los hombres públicos en lugar de la megalomanía, la política como pedagogía y la ejemplaridad como atributo dirigente.

NOTAS

- SAGÜES NÉSTOR PEDRO, “*El presupuesto ético de la democracia*” - P. UCA. Rosario 1921.
- GRONDONA MARIANO y otros “*La Corrupción*”. Planeta 1993.
- “*Catecismo de la Iglesia Católica*” - promulgado por la Constitución Apostólica. “*Fidei Depositum*”, 1992.
- ARISTÓTELES, “*La Política*”.
- ETIENNE GILSON, “*Santo Tomás de Aquino*”.
- “*Convención Interamericana contra la corrupción*” (Caracas, Venezuela - 29-3-96 OEA - CICOR - Doc. 14/96 - Rev. 2)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación: Acordada 70/90.
- Dtos. 1639/81, 414 del 5/4/95, 262 del 29/6/95, Res. Sec. Func. Pública N° 14 - 15/8/95: Dto. 7843 del 4-5-53, 1677/54, 13659/57, 4649/63, 614/89, 2367/90, 557/
- Leyes 22140/ 24156/ 21383
- Buenas Noticias - Servicio de Pastoral Universitarias N° 71 - mayo 1986.
- Notas:
 - “Jurados de acusación y fiscales especiales: la corrupción y la experiencia de EE.UU.” Edmundo S. Hendler. LL. 13- V-96.
 - “War Against Sleaze”, Time, 6/V/96.”
 - “Los dioses corruptos”, entrevista a M. Safouan, por H. Beccacece. LN.30-VI-96.
 - “La hora de la transparencia”, Jorge Blanco Villegas. LN. 14-X-95.
 - “Una sociedad transgresora”, Pedro Frías, La Nación.

“La corrupción en la administración pública”, Juan Carlos Cassagne - LN 14-2-91.
 “Devastador efecto de la corrupción en el poder” (Entrevista a Paul Johnson por Silvia Pisani) L.N. 27-IV-91.
 “Veinte notas sobre la corrupción”, Carlos Floria L.N. 16-VI-90.
 “Hay que defenderse” L.N. 17-VIII-95, Julián Marías.
 “Los periódicos” - 2-1-95, LN, Julián Marías.
 “Pecados de silencio” 15-1-95, Julián Marías.
 “La apertura de la mente” 2-3-95 Julián Marías.
 “Los jueces, la ética y la “revolución italiana”, Carlos A. Mahiques. ED. 30-V-94.
 “El Estado aparental”, J. L. de Imaz L.N. 20-1-95
 “Las sucursales de la mafia rusa”, Fscó. Herran L.N. 21-XII-95
 “La enfermedad social de la corrupción”, Adeito de Sousa F. El Universal - Bogotá 28-1-96
 “No hay democracia sin virtud” (Fr. Geoffray y ot.) L.N. 20-X-94

Nota: El fenómeno mafioso aparece vinculado a los problemas del poder político. Es incierto el nombre de esta palabra, puede significar “Muerte a Francia, Italia anhela”, o una adaptación del árabe “mash-vir”, que indica “lo que no existe”, pero es una nueva realidad: la asociación permanente, empresarial, para delinquir, en gran escala, de modo transaccional, lo que requiere mellar y diluir el poder público.



ETICA Y POLITICA: formulación general y problemas actuales

JOSÉ MARÍA MEDRANO

1. EL TEMA

El tema que he de tratar es más amplio que el que da al título a este Seminario. En efecto, la posible relación entre “Ética y política” excede —como es obvio— a la posible relación entre “Ética y función pública”. De todas maneras, parece claro que la “función pública” integra de algún modo “el universo político”. Los agentes que cumplen tal función, su índole, sus prácticas, sus procedimientos, sus finalidades, forman parte de la realidad política; así lo que se diga acerca de la moralidad de ésta vale, en su medida, para lo que se diga acerca de la moralidad de aquélla.

Como quedó dicho, se trata de examinar una posible relación y para ello, para llegar a la relación misma, debe examinarse previamente aquello que se va a relacionar, en este caso, la ética y la política. Estas aparecen como dos “mundos” distinguibles, bien como se distinguen las cosas que están completamente separadas en la realidad, bien como se distingue realmente el todo de sus partes o las partes de un mismo todo, bien como se distinguen sólo mentalmente los diversos aspectos de una misma realidad. Algunos encuentran una completa separación, otros hallan una mayor o menor vinculación.

Por otra parte, cabe recordar que las posibles relaciones pueden ser de identidad o de diversidad, de igualdad o desigualdad, de semejanza o de desemejanza, de causalidad. Pueden, además, ser relaciones mutuas, simétricas o asimétricas. Se nos aparecen así una multitud de relaciones que configuran una realidad compleja.

Adelantando algo en el camino emprendido, cabe preguntarse si la “ética” supone un “vacío político” y la “política” un “vacío ético”. Reflexiones similares pueden realizarse, por ejemplo, en torno a si la economía puede hacerse en el “vacío político” o la política en el “vacío económico”. O, análogamente, si cabe el derecho en el “vacío político” o la política en el “vacío jurídico”. Vale agregar que no pocas veces, cuando se ha pretendido desconocer las implicancias de tales cosas, e ignorar de este modo la compleja realidad, se ha caído en

diversas formas de “autismos”, en el peor sentido de este neologismo: “autismo político”, “autismo económico”, “autismo jurídico”.

Quedan así aludidos problemas que suelen presentarse al tratar nuestro tema, problemas que, por cierto, no pueden ser íntegramente planteados ni resueltos en el curso de esta disertación.

2. EL PROBLEMA LINGÜÍSTICO

Sabido es que las palabras que usamos en el lenguaje corriente son “multívocas”, es decir significan conceptos diferentes y apuntan a realidades dispares. Es necesario, pues, dividir las distintas acepciones de los vocablos, lo cual ocurre incluso en la terminología de las distintas disciplinas científicas y filosóficas. Así acontece, precisamente, con las palabras “ética” y “política”. En estos asuntos, además, los términos pueden tener un alcance práctico, es decir, pueden dirigir más o menos directamente las acciones humanas. Pueden tener un alcance normativo o estimativo, laudatorio o denigratorio. Nada más que como ejemplo ilustrativo, cabe recordar aquí la teoría del “improperio” que ensaya Ortega y Gasset. “Los improperios —dice Ortega— son palabras que significan realidades objetivas determinadas, pero que empleamos no en cuanto expresan éstas, sino para manifestar nuestros sentimientos personales”, normalmente, agrego, con afán agresivo. En este sentido, señala Ortega que “casi todas las palabras que usa la parlería política de nuestros conciudadanos son simples improperios. Clerical, no quiere decir, en labios de los liberales, hombre que cree en la utilidad de las órdenes religiosas para el buen vivir histórico de un pueblo; quiere decir directamente hombre despreciable. Liberal no equivale a partidario del sufragio universal que en voz de un reaccionario viene a significar hombre de escasa vergüenza”(1).

Por otra parte, las palabras tienen, como todas las realidades propiamente humanas, una nota de historicidad. Nacen, viven, cambian y mueren como nacen, viven, cambian y mueren los hombres mismos. En este sentido, la jerga política de nuestro tiempo tiene un origen más o menos determinado y, probablemente esté cambiando y modificándose ante nuestros ojos. Se ha dicho, en análoga línea de pensamiento, que en el tránsito del siglo XIV al XIX el vocabulario político parece hacerse “conciente” de tal historicidad y tiende a poner en primer plano connotaciones temporales. Así, la “utopía”, “lo que no está en ningún lugar”, se torna “ucronía”, “lo que no está en el tiempo presente”.

Hemos de abordar, pues, nuestro tema con el mayor rigor lingüístico posible.

(1) *José Ortega y Gasset*. “Pío Baroja: Anatomía de un alma dispersa”, en “El Espectador”, tomo I, Ed. de la Revista de Oriente, Madrid, 1976. págs. 196 y 197.

3. LA POLÍTICA

Como se dijo antes, “política” es una palabra multivalente, lo cual exige distinguir algunas de sus principales acepciones. Nótese que hay sentidos amplios y restringidos de la voz política, como hay sentidos encomiásticos y peyorativos de ella.

Para nuestro propósito, cabe ensayar un esclarecimiento del punto, apelando a los intentos de definir los sentidos principales mediante el esquema o paradigma que define por el “género próximo” y la “diferencia específica”. En general, cabe afirmar que no hay aparentemente demasiadas discrepancias acerca del “género próximo” de la política: esta sería una actividad humana social, o una “actividad humana que comporta relaciones humanas” mismas. He indicado que la ausencia de discrepancias puede ser sólo aparente, pues, por ejemplo, decir que la política es una “actividad humana” no aclara lo que en dicha actividad hay de “comportamiento”, es decir, de manera de “portarse” uno mismo, o de “conducta”, es decir, de la manera en que los hombres “conducen” o “dirigen” sus acciones. Por otra parte, decir “actividad humana” tiende a poner en primer plano la clásica distinción entre “actos del hombre” y “actos humanos”. Son éstos los que el hombre realiza poniendo en juego su inteligencia y su voluntad libre; los “actos del hombre” incluyen también aquellos en los que la inteligencia y la voluntad libre están ausentes, como las operaciones físico-químicas, vegetativas o meramente sensitivas que el hombre realiza o que se verifican en él.

Parece claro que un punto de vista sobre la racionalidad y la libertad del hombre son absolutamente relevantes para nuestro tema, porque sólo cuando media inteligencia y voluntad libre puede enjuiciarse ética o moralmente la actividad de las personas.

Sea que existe un acuerdo de fondo y total sobre la “actividad humana social” como “género próximo” de la política, sea que tal sentido se limite a poner en un terreno común los diversos puntos de vista sobre la racionalidad y la libertad humanas, lo cierto es que las discrepancias se acentúan cuando se discute lo que puede denominarse la “diferencia específica” de la política.

Efectivamente, “actividades humanas sociales” hay muchas, ¿cuáles de entre ellas son específicamente políticas? En este punto, los caminos se bifurcan en por lo menos dos caminos dispares que, por ser los principales, vamos a considerar en esta oportunidad. Unos encuentran la diferencia específica de la política en el “Estado”, en cuyo caso la política sería primera y fundamentalmente la actividad humana social que —más o menos directamente— forma y gobierna al Estado, entendido como “sociedad soberana” o como ente que resulta de la coexistencia y convergencia de territorio, población y poder. Otros encuentran la “diferencia específica” en el “poder”,

en cuyo caso política sería primera y fundamentalmente la actividad humana social que —más o menos directamente— forma, desarrolla y ejerce poder en la vida social. Naturalmente que ello abre nuevos debates en cuanto a qué se entiende por “Estado” y a qué se entiende por “poder”.

Sea de ello lo que fuere, parece que quienes encuentran la “diferencia específica” de la política en el “Estado” arriba a una noción propia y restringida de la política, en tanto que quienes encuentran la “diferencia específica” de la política en el “poder” llegan a una noción derivada y amplia. Nótese que sólo por una analogía de relaciones y de proporciones pudo extenderse el vocablo “política” de su primera acepción restringida, atinente a la “sociedad global”, a su segunda acepción amplia concerniente a relaciones y grupos “menores” y “parciales”. Para abonar lo expuesto, basta acudir al “Diccionario de la lengua” de la Real Academia Española.

Como ejemplo de una noción derivada y amplia de política puede citarse a *Robert A. Dahl*, para quien “un sistema político es cualquier sistema de relaciones humanas que comprende, en una extensión significativa, gobierno o autoridad o poder”(2).

En un intento de acortar noción tan amplia —y aún amplísima— *David Easton* propone lo siguiente: “Para diferenciar con claridad el sistema político societario de otros sistemas menos inclusivos, llamará *sistemas parapolíticos*” a las situaciones políticas internas de grupos y subgrupos, y reservará el concepto de “sistema político” para la vida política de la unidad más inclusiva que analizamos o sea la sociedad”(3).

Adelanto que aquí me ocuparé del “sistema político” y no de los “sistemas parapolíticos”, pues lo que nos convoca es la política y la ética “públicas” o “globales” y no la política y la ética “privadas” o “grupales”, como las que pueden hallarse en una sociedad comercial, en una entidad educativa privada o en un club deportivo.

Para nuestro propósito el punto queda suficientemente zanjado por *Max Weber*, quien al hablar, precisamente, sobre la ética política, indicó lo siguiente: “¿Qué entendemos por política? El concepto es extraordinariamente amplio y abarca cualquier género de actividad *directiva* autónoma. Se habla de la política de divisas de los Bancos, de la política de descuento del *Reichsbank*, de la política de un sindicato en una huelga, y se puede hablar igualmente de la política escolar de una ciudad o de una aldea, de la política que la presidencia de una asociación lleva en la dirección de ésta e incluso de

(2) *Robert A. Dahl*, “Análisis Sociológico de la Política”, Ed. Fontanella, Barcelona, 1968, pág. 14.

(3) *David Easton*, “Esquema para el análisis político”, Amarrortu, Buenos Aires, 1969, pág. 82.

la política de una esposa astuta que trata de gobernar a su marido. Naturalmente, no es este amplísimo concepto el que servirá de base a nuestras consideraciones en la tarde de hoy. Por política entenderemos la dirección o la influencia sobre la dirección de una asociación *política*, es decir, en nuestro tiempo de un *Estado*"(4).

Se trata aquí, pues, de la política en el sentido propio y restringido antes indicado, de la política pública especificada por el Estado.

4. DE LA POLÍTICA A LO POLÍTICO

En la lengua española, la sustantivación con el artículo neutro "lo" da al adjetivo bien un carácter abstracto, bien un carácter colectivo. Así, *lo bueno* puede significar *la bondad* en abstracto, o referirse a un conjunto de cosas buenas; *lo útil* puede aludir a *la utilidad* o designar colectivamente un grupo de objetos útiles(5).

En nuestro caso, decir "lo político" comporta mentar, por un lado, a la "esencia de la política", por otro lado, al conjunto de "cosas políticas". Esto último es lo que ahora nos interesa. Porque "lo político" es, en este sentido, un "universo" compuesto de realidades de muy diverso género que forman, sin embargo, una cierta unidad por su relación o referencia, más o menos próxima, a la realidad política primera y fundamental, es decir, a la actividad política misma. Quiere decir que en el "universo político" hay más cosas que la actividad política misma: las personas, los grupos, las cosas materiales, los medios e instrumentos, los hechos no humanos, los signos, los símbolos, las normas. Todas estas realidades integran "lo político" por su relación con la actividad política sin la cual tal "universo político" no existe. Así un objeto material cualquiera (un pedazo de género, por ejemplo), un gesto o una manera de saludar, (el brazo extendido, el puño cerrado), un hecho de la naturaleza, son susceptibles de politizarse. En semejante línea de pensamiento el Profesor *Manuel García Pelayo* ha indicado que la realidad política se integra con fenómenos políticos y politizados, condicionantes y condicionados. En la conocida "lista-tipo" de la Unesco se distinguen las ideas políticas, las instituciones políticas y los partidos grupos y opinión pública. Todo ello integra un abigarrado conjunto, que, como quedó dicho, se unifica por su relación con la realidad política primordial indicada antes. En este universo son distinguibles diversos planos, fases, procesos y dimensiones. Así la política gubernativa se distingue de la no gubernativa, la faz arquitectónica

(4) *Max Weber*, "El político y el científico", alianza Editorial, Madrid, 1972, pág. 82.

(5) *Samuel Gili Gava*, "Curso superior de sintaxis española", Spes S.A., Barcelona, 1955, pág. 200; *Real Academia Española (Comisión de gramática)*. "Esbozo de una nueva gramática de la lengua española", Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1979, pág. 408 y 409.

de la faz “agonal” o de lucha, la política electoral de la política burocrática, la faz estructural de la faz dinámica.

5. DE LO POLÍTICO A LOS POLÍTICOS

De la compleja realidad política han de destacarse aquí a los políticos, entendiéndolos por tales a quienes realizan —permanente u ocasionalmente— actos políticos. Se dice “políticos” en un sentido amplísimo, para poner de resalto que las personas son las que “hacen” política, como agentes o como pacientes. Fundamental e inevitablemente lo político tiene que ver con las personas y éstas, también fundamental e inevitablemente, se hallan inmersas en una realidad política que desarrolla o frustra sus posibilidades humanas.

En sentido similar ha dicho *Max Weber* que hay políticos profesionales, semiprofesionales y ocasionales “Políticos “ocasionales” —dice— lo somos todos nosotros cuando depositamos nuestros votos, aplaudimos o protestamos en una reunión “política”, hacemos un discurso “político” o realizamos cualquier otra manifestación de voluntad de género análogo, y para muchos hombres la relación con la política se reduce a esto”⁽⁶⁾.

A su vez, los políticos profesionales —siempre al decir de *Max Weber*— pueden vivir “para” la política o vivir “de” la política, y ocurre esto último cuando alguien hace de ello una fuente de ingresos económicos; la referida oposición no es en absoluto excluyente.

Por otra parte, hay políticos gubernativos-arquitectónicos y políticos no gubernativos-agonales; hay políticos burocráticos y políticos electorales; hay políticos partidarios y funcionarios del partido; hay políticos consejeros-asesores, decisores y ejecutores; hay políticos teóricos (teóricos, políticos y políticos teóricos, doctrinarios, ideólogos; intelectuales creadores, estudiosos transmisores, propagandistas difusores, divulgadores y manipuladores de ideas); hay políticos prácticos ajenos a la discusión teórica y doctrinal; hay políticos funcionarios y funcionarios políticos, distinguibles estos últimos de los funcionarios profesionales. Está la persona común y el ciudadano común, que puede decidir, en tanto que gobernado, obedecer o no obedecer, ignorar o aún resistir un mandato del gobernante.

En la medida que se avanza en las clasificaciones, aparecen interrogantes éticos, referidos al desempeño de cometidos tan dispares, ante la evidencia en que todo ello media —en algún grado— actividad propiamente humana, lo cual comporta inteligencia —bien o mal empleada—, libertad, —bien o mal ejercida—, responsabilidad —asumida o eludida. La ética surge, así, como un dato experiencial, que aparece cotidianamente.

⁽⁶⁾ *Max Weber*, ob. cit., pág. 93.

6. LA ÉTICA Y LO ÉTICO

Se llega así al otro sujeto de la relación buscada, es decir, a la ética. Cabe hacer aquí, como en el caso de la política, el correspondiente esclarecimiento semántico. Sabido es que en este campo la lengua española cuenta con dos vocablos, un helenismo y un latinismo, que se usan distinta o indistintamente, según los casos y situaciones: *ética* y *moral*. Para nuestros fines, hemos de tomar esas palabras como sinónimos, aunque ellas puedan tener connotaciones diferentes y, en otros contextos, significaciones dispares. Esto ocurre en el lenguaje corriente y también en el ámbito de las disciplinas científicas y filosóficas. Así, se ha dicho risueñamente que no es lo mismo decir “los inmorales nos han igualado” que decir “los no éticos nos han igualado”; asimismo, hay quienes rechazan un así llamado “discurso moral”, por los tintes farisaicos que le asignan a esta frase, y no harían lo mismo con un así llamado “discurso ético”; también se encuentra un alcance despectivo en la palabra “moralina” sin que exista algo equivalente derivado de la palabra “ética”.

Por otra parte, aquí nos interesa una realidad humana básica —la moralidad, la eticidad— para lo cual no es necesario abandonar la aludida equivalencia semántica. Esa realidad humana básica es lógica y cronológicamente anterior a los saberes que versan sobre ella, de modo que en esta disertación no pongo en primer plano a la ética como ciencia ni a la filosofía moral, ni discutiré especialmente las distintas escuelas y tendencias que existen en tales ámbitos, cada una con sus propias jergas y vocabulario.

Por otro lado, existe una cierta justificación histórica en la idea de tomar como sinónimos los vocablos “ética” y “moral”. Recuérdese que Marco Tulio Cicerón exhibió a veces un cierto prurito y aún una cierta vanidad en verter a la lengua latina voces griegas. Por lo que hace a nuestro tema, en su obra “El hado” (“De fato”), que nos ha llegado muy mutilada, dice lo siguiente: “...porque se refiere a las costumbres, que los griegos llaman ?, solemos llamar doctrina de las costumbres, a esta parte de la filosofía; mas atendiendo al enriquecimiento de la lengua latina, puede denominársele moral”(7) (el texto latino dice “...quíā pertinet ad mores, quod ? illi vocant, nos eam parten philosophia de moribus appellare solemus, sed decet augentem linguam Latinam nominare moralem;...”(8)).

Aunque, como puede verse, la preocupación principal de Cicerón parece consistir en hallar una denominación adecuada para un saber y no directa e

(7) Cicerón, “La Adivinación — El Hado” Hispamérica, Madrid, 1985, pág. 111.

(8) *M. Tulli Ciceronis*, “Scripta quae manserunt-omnia”, Fasc. 46, “De Adivinatione”, “De Fato”, “Timaeus”, Bibliotheca Aescriptorum Graecorum Romanorum Tevbniana, 131 a.

inmediatamente para el objeto de tal saber, la mencionada justificación histórica subsiste.

Estas alusiones históricas —y aún etimológicas— ponen en primer plano algunas vacilaciones propias de la actividad conciente y libre del hombre. Porque cuando uno se pregunta qué es “ethos” y qué son “mores”, desde antiguo aparece una cierta ambigüedad, ya que ello puede referirse a algo exterior al hombre, a las “costumbres” entendidas como “prácticas muy usadas y recibidas”, según dice el diccionario de la lengua. Por otro lado, los mismos vocablos evocan la respuesta interior, el carácter, formado porque en los hombres hay una aptitud natural para recibir las virtudes y excelencias morales. Parece que en griego el punto se aclara pues, como es sabido, en esa lengua hay dos palabras “ethos” de significado diferente, según se escriban con la letra “eta” o con la letra “épsilon”. Atendiendo a estas circunstancias, Aristóteles dejó escrito que “la ética procede de la costumbre, por lo que hasta su nombre se forma mediante una pequeña modificación de “costumbre”; los traductores comentan: “El nombre ética ? se deriva de ? (carácter), que Aristóteles supone modificación de ? (hábito, costumbre)”⁽⁹⁾. Antonio Gómez Robledo propone. “Para evitar confusiones, convendría tal vez que al escribir en nuestra grafía pusiéramos un circunflejo (êthos) siempre que entendemos aludir no a la costumbre sino al carácter —y me parece que es a esto último a lo que ordinariamente aludimos—⁽¹⁰⁾.”

Observa José Luis López Aranguren que en latín no hay una palabra para traducir *ethos* y otra para traducir *êthos*, sino que ambas se expresan con la misma: *mos*. Pero, dice, ello no significa que desde el principio se perdiesen sus distintas acepciones. Y añade: “...la obra moral del hombre parece consistir, al hilo de la etimología griega en la adquisición de un modo de ser. Pero este modo de ser se logra y afirma gradualmente, por lo cual se dan diferentes niveles de apropiación, por así decirlo. El más bajo sería el de *pathos*, el de los sentimientos, que son ciertamente míos, pero tal vez pasajeros y, de cualquier modo, escasamente dependientes de mi voluntad. Las costumbres significan ya un grado mucho más alto de posesión. Por encima de ellas, el carácter es la personalidad que hemos conquistado a través de la vida, lo que hemos hecho de nosotros mismos, viviendo”⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, Libro II, 1, 1103 a, edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marfás. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 19. Ver, además, Santo Tomás de Aquino, “Suma teológica”, I-II, 58, art. 1; del propio Santo Tomás, ver “Comentario de la ética a Nicómano”, Libro 2do. lección I, número 247.

⁽¹⁰⁾ Antonio Gómez Robledo, en Aristóteles, “Ética nicomaquea”, “Política”, versión española de Antonio Gómez Robledo, segunda ed., Porrúa, México, 1969, pág. 48.

⁽¹¹⁾ José Luis L. Aranguren, “Ética”, Alianza, Madrid, 1981, pág. 23.

Sea lo que fuere de esta incursión etimológica, lo cierto es que ella pone en primer plano aspectos relevantes de la vida ética o moral. Así, el tránsito de la “morada exterior” a la “morada interior” y de ésta a aquélla, mediante el uso, algún uso, de la inteligencia y de la libertad humana, quiere decir que el hombre no puede no obrar, no puede no elegir, por más limitadas y restringidas que sean sus posibilidades de elección. Y llegamos de esta manera al primer dato de la vida moral, es decir, a la moralidad —o eticidad, según la sinonimia aquí postulada—, es decir, a esa propiedad de los actos humanos —más o menos concientes y libres— según la cual éstos pueden ser calificados de buenos o malos por su ajuste o desajuste con principios y normas que tienden al perfeccionamiento —y no a la destrucción— de la persona. Ciertamente, aparecen en lo dicho un conjunto de conceptos —inteligencia, libertad, bien, mal, perfeccionamiento, principios, normas— que abren un haz de problemas, con las consiguientes discusiones y posturas dispares. Empero, lo ético y lo moral supone en todos los casos, algún punto de vista sobre tales cosas, expresadas con las mismas o con otras palabras. No puedo dejar de señalar aquí la división de escuelas y doctrinas sobre estos temas, doctrinas y escuelas que a veces se ignoran mutuamente, plantean los asuntos como si fueran “cuestiones de familia”, en “mesas separadas”, y desconocen, por tanto, los exactos alcances de sus desacuerdos o de sus posibles coincidencias.

En una concepción clásica, el bien moral y el mal moral tienen una cierta correspondencia con el bien “ontológico” y el mal “ontológico”, entendiéndose aquí por “ontológico” lo referido al ser de las cosas, tal y como las cosas son. La distinción aludida se puede entender con algún ejemplo. Decir “buena salud —bien ontológico— no importa necesariamente decir “salud santa”, ni decir “mala salud” —mal ontológico— importa decir “salud perversa”; hablar de un “buen automóvil” no implica ningún juicio sobre la “excelencia moral” de dicho artefacto. El bien ontológico es algo perfecto y perfectivo, y perfección no significa aquí exactamente una extraordinaria o insuperable excelencia, sino, simplemente, algo íntegro, completo, cabal, acabadamente realizado: un “buen libro”, un “buen árbol”, una “buena luz”. Es algo “bien hecho”, “completamente hecho”, “acabadamente hecho” (comparar con el latín: *perfacio*). Respetar la integridad del ser aparece —para la mentada concepción clásica— como una exigencia moral. Así, por ejemplo, si constituyen bienes y perfecciones del hombre su vida, su integridad física, su integridad moral, su integridad intelectual, resultan éticamente exigidos los comportamientos que respeten la vida, la integridad física, la integridad moral de las personas. Nótese que he dicho “perfección” o “perfeccionamiento” para poner en primer plano no sólo el efecto sino la acción de “perfeccionar”; acción requerida, encomendada, propuesta por normas y pautas morales. En este contexto, no se trata de algo ya hecho y terminado, sino de algo por hacer.

Desde luego que tales principios no pueden fundarse ahora adecuadamen-

te; ni la enunciación de ellos resuelve automáticamente los múltiples problemas morales o éticos que pueden presentarse, ni hace desaparecer la necesidad de particulares y difíciles juicios de conciencia.

De todas maneras, con lo dicho acerca de los actos morales hemos ingresado al ámbito de “lo moral” o “lo ético”. Tales actos son el primer dato de este universo, “lo moral”, “lo ético”, entendido esto como el conjunto de realidades morales y éticas. Cabe afirmar con respecto a ello algo semejante a las consideraciones formuladas acerca de “la política” y de “lo político”. A “lo ético” ingresan realidades de diverso género, además de los mismos actos morales: un repertorio de normas morales, generales y particulares, universales y concretas; obligaciones, deberes y derechos; hábitos buenos y malos, virtudes y vicios; intenciones y realizaciones; responsabilidades; méritos y deméritos; las circunstancias moralmente relevantes que configuran las distintas situaciones: las condiciones particulares del sujeto moral, la naturaleza del objeto de la acción, el tiempo, el lugar, los medios e instrumentos, los fines y motivos, los modos y procedimientos.

Este aparentemente inconexo conjunto tiene, sin embargo alguna unidad; como “lo político”, “lo ético” es una cierta totalidad, un “universo humano” que proviene de las múltiples relaciones de sus partes con la actividad conciente, libre y, por consiguiente, moralmente responsable de los hombres.

Por otro lado, no todas las acciones humanas son de la misma índole: hay acciones puramente individuales y acciones sociales; hay acciones humanas en la vida familiar, en la vida empresaria, en la vida profesional, en la vida comercial, en la vida política. Si tal dispersidad es propia de la actividad humana, y si es verdad que la moralidad acompaña a tales actos, específicamente diferentes, pareciera que las exigencias morales son en tal caso distintas y adecuadas a la naturaleza de cada actividad: exigencias éticas individuales, exigencias éticas familiares, exigencias éticas profesionales, exigencias éticas políticas. De esta manera aparece ya al relación que da el título a esta disertación. Desde luego, no todos están de acuerdo en plantear así el problema, y adelantar ya mediante tal planteo algún principio de solución. Sin perjuicio de señalar mi personal adhesión a lo dicho, no puedo dejar de mostrar algunas posiciones divergentes.

Además, la cuestión puede verse en el plano de los principios generales, de arriba-abajo; pero también puede ser analizada de abajo-arriba, es decir, a partir de una “casuística” compuesta de diversas situaciones que presentan fuertes interrogantes éticos. Para seleccionar tales “casos” puede aplicarse un criterio que pondere la importancia intrínseca de los problemas, en orden a la integridad total de la persona; en este trabajo preferiré un criterio “histórico”, atendido la “urgencia histórica” con que han aparecido o desaparecido del primer plano asuntos que afectaron y afectan profundamente la vida moral y política de nuestro país.

7. LA ÉTICA Y LA POLÍTICA VISTA DE ARRIBA HACIA ABAJO. LOS PLANTEOS GENERALES, TEÓRICOS Y DOCTRINALES.

El profesor *López Aranguren* indica varios planteos generales que parece adecuado recordar aquí. Algunos declaran la separación e incompatibilidad: el llamado “realismo político” deja de lado la moral y se queda con la política, el llamado “eticismo” aparta la política y retiene la moral. Los requerimientos políticos no toleran —dirían los “realistas”— ninguna intromisión de la ética, por la misma índole de la política, que sería primordialmente una férrea técnica de poder, sin escrúpulos morales perturbadores. Ello le exige atenerse a sus propios criterios para ser eficaz. El eticismo, por su parte, rechaza la política como una actividad envilecida y envilecedora: la repulsa proletaria y la repulsa burguesa coinciden en esto —sugiere *Aranguren*. El burguesismo apolítico se repliega sobre sí mismo, trata de limitar al mínimo el ámbito de lo público y encomienda tales tareas a políticos profesionales, a menudo advenedizos y logreros. De modo semejante piensan quienes se desinteresan de los problemas comunes, se abstienen, no participan en un campo que consideran encanallado, pues quieren ser personas “éticamente correctas”—.

Como observa de modo pertinente *Aranguren*, cabe preguntarse si se puede preservar más fácilmente la pureza moral en la vida privada que en la vida pública. Los empresarios, los comerciantes, los abogados, o los miembros de cualquier otra profesión ¿tienen necesariamente más rigor moral que los políticos? De todas maneras, puede pensarse, con *Aranguren*, si tales posturas son algo más que puro “verbalismo” o actitudes de gabinete. Nadie o casi nadie puede desentenderse totalmente de la política, como nadie o casi nadie puede desentenderse totalmente de la ética. Con relación a un tema semejante, observó *Martín Kriele*: “hay que distinguir entre la reflexión que hace experimentos y permanece totalmente en el campo de lo académico y la razón práctica de aquél que tiene la *responsabilidad* por una familia, una comunidad, un Estado y cuyas afirmaciones son tomadas literalmente. Toda razón, toda racionalidad material en el campo de la política comienza por aprender a distinguir entre lo que se opina “intelectualmente” y lo que se cree en el fondo realmente. Esto último es lo que uno lleva a cabo *seriamente* y lo que subyace a la *acción* práctica responsable⁽¹²⁾.”

Otra postura ante nuestro tema es lo que *Aranguren* llama “la imposibilidad trágica”, es decir aquella que surge cuando se quiere y se intenta ser al mismo tiempo éticamente bueno y políticamente eficaz; esto sería imposible para quienes así piensan, y conduce a vivir trágicamente, con mala conciencia, semejante imposibilidad.

(12) *José Luis L. Aranguren*, “Ética y Política”, 2º ed., Guaderrama, Madrid, 1968, *passim*.

Finalmente, cabe reseñar otras doctrinas que sí afirman la posibilidad de arribar y vivir una ética política, por más problemático y difícil que ello sea. Nótese que ahora no se dice ya “ética y política”, sino, directamente, “ética política”, por más específica y peculiar que ésta sea.

Si advertimos que en las cuestiones éticas en general y en las cuestiones ético-políticas en particular suelen aparecer principios generales, normas y circunstancias propias de cada caso, puede distinguirse el “principismo” o “doctrinarismo”, el “oportunismo” y el “prudencialismo”. En esta línea de pensamiento, dice *Utz*: “La aplicación de los principios morales generales se cumple, pues, a) no simplemente por deducción teórica, como imaginó la filosofía jurídico natural racionalista, ni tampoco mediante una simple acomodación a la situación concreta, como supone la moral de situación y también toda ética sociológica, sino c) mediante confrontación de las normas generales con la realidad social concreta, y buscando el orden óptimo de conformidad con la norma”⁽¹³⁾.

Esta última posición, que exige retener tanto los principios generales como las circunstancias del caso, se corresponde con la clásica moral de la prudencia, esto es, con la virtud cardinal que dirige la práctica de ese modo. Los principios son generales, como quedó dicho, pero la realidad no es general, sino particular e individual. Hace falta, pues, una virtud mediadora, una “doctrina de aplicación”. Este es el papel de la prudencia, que comporta conocer bien y querer bien, lo abstracto y lo concreto, la “teoría” y la “práctica”; se trata de “pre-ver”, de “ver-antes”; como dice *Santo Tomás*, se trata de “conocer lo futuro en lo presente o pasado”⁽¹⁴⁾; de aprovechar las experiencias pasadas y presentes, de controlar las circunstancias, de evitar los obstáculos. Claro está que hay que descartar toda idea de infalibilidad y de certeza absoluta. Como el propio *Santo Tomás* señala, siguiendo a *Aristóteles*, “no puede exigirse la misma certeza en todo” y “la certeza de la prudencia no puede ser tal que excluya todo cuidado”⁽¹⁵⁾. El “prudencialismo” comporta descartar, también, cualquier pretensión de solucionar los problemas éticos mediante recetas fijas.

En realidad, toda la vida personal, individual y social, está impregnada de “prudencia”. Lo saben los juristas, que han de determinar caso por caso qué leyes han de aplicar y cómo han de hacerlo; también lo saben el científico o el técnico, que han de determinar prudencialmente qué uso harán de su ciencia y de su técnica.

Desde luego que este esbozo de reseña de teorías generales no se ha

⁽¹³⁾ *Martín Kriele*, “Introducción a la Teoría del Estado”, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 49.

⁽¹⁴⁾ *Artur Fridolin Utz*, “Ética Social”, t. I, Herder, Barcelona, 1961, págs. 93/94.

⁽¹⁵⁾ *José Luis L. Aranguren*, “Ética y Política”, cit., pág. 106.

detenido en las grandes cuestiones que están en la base de todo ello. Qué es, en definitiva el hombre, en qué consiste su racionalidad, su libertad, su sociabilidad, su politicidad. Así, normalmente, la afirmación de una racionalidad “floja” determina también una moral “floja”, totalmente permisiva. Los problemas se multiplican si se consideran los problemas ético-político en el seno de vastas concepciones políticas: el marxismo —o los marxismos—, por ejemplo.

Sea de ello lo que fuere, parece cierto que dondequiera haya en la vida política un resquicio de racionalidad y de libertad aparece el problema ético, tanto en el gobernante como en el gobernado, en el ámbito público y en el privado, en la interacción entre ambos, en la sociedad política misma cuando aparecen comportamientos colectivos atribuibles directamente a la sociedad como tal y no a cada uno de sus integrantes.

8. LA ETICA Y LA POLÍTICA VISTA DE ABAJO HACIA ARRIBA. UNA “CASUÍSTICA”

Desde este punto de vista, nuestro asunto exhibe otros perfiles. Como indiqué antes, la selección de “casos” puede hacerse con arreglo a distintos criterios. Así, el profesor *López Aranguren* propone una tipología de lo que llama “situaciones extremas”, “tipología doble, —dice— pues habría que considerar las situaciones presuntamente injustas y las presuntamente justas. A la primera serie corresponderían la situación del “bandido”, del que ha roto todo vínculo en la legalidad establecida y, en particular, que atañe más a nuestro tema, del revolucionario terrorista o que emplea cualquier otro medio de violencia. A la segunda serie, quienes emplean también la violencia, pero no contra el orden sino al servicio del orden establecido.

...Y, en tercer, no será inoportuno considerar la situación de ambigüedad moral del sometido a un régimen fundamentalmente injusto, pero que, en contraste con el revolucionario, lo acata y, al someterse a él, en mayor o menor grado es siempre envilecido, contaminado por él y cómplice de él⁽¹⁵⁾.

Otro repertorio de situaciones ético-políticas aparece en el N°101 de la encíclica “*Veritatis Splendor*”. Dice allí Juan Pablo II: “en el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; el respeto de los derechos de los adversarios políticos; la tutela de los derechos de los acusados entre procesos y condenas; el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar el poder, son principios que tienen su base fundamental —así como su urgencia singular— en el orden trascendental de la persona y en las exigencias morales objetivas de funcionamiento de los Estados”.

Por mi parte he prestado atención a los problemas ético-políticos que he

percibido —y vivido— en la experiencia argentina de la última década: primero, la violencia política revolucionaria y subversiva, con la consiguiente descontrolada represión. Desaparecida esta trágica circunstancia, emergieron las notorias violaciones al principio de veracidad, al principio de idoneidad y al principio de probidad o incorruptibilidad, violaciones que en estos momentos configuran una crítica situación ético-política. Se vislumbra ahora un fuerte surgimiento de la pobreza, la miseria y la marginación como problemas ético-políticos, no ya como cuestiones económicas o técnicas. Con lo dicho quiero destacar un cierto dinamismo, un cambio medido por el tiempo histórico, en la aparición, auge, declinación, desaparición y posibles reapariciones de alternativas y dificultades ético-políticas, de a menudo no fácil ni inmediata solución.

9. LA VERACIDAD

No se trata aquí propiamente de la verdad, la verdad de las cosas, la verdad del entendimiento que juzga; se trata de la veracidad, del deber de decir la verdad y de obrar con verdad. Se trata de la manifestación exterior de la verdad o de las certezas y convicciones legítimas que se tengan. Para *Santo Tomás*, la veracidad es una parte “potencial” de la virtud de justicia, “debo” ser veraz porque ello es necesario para la conciencia social y la honestidad de las costumbres⁽¹⁶⁾.

Son pocos los que hacen la apología de la mentira, más son los que destacan la fecundidad de la mentira o de algunas mentiras. En general no se niega abiertamente el principio de veracidad, aunque a veces se lo invoque con hipocresía y mala fe. En expresivos párrafos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado enérgicamente la relevancia de este principio para la integridad de la vida social y política; dijo al respecto el Alto Tribunal: “...es preciso subrayar la importancia del principio cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y morales de nuestra cultura. Una de sus derivaciones es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean estos los particulares o el propio Estado. Y aquí resulta útil citar a *Guardini*, quien ha explicado que “la verdad no sólo dice sino que también actúa; pues también se puede mentir en acciones, actitudes y gestos, si parecen expresar algo que no es” (*Romano Guardini*, “Una ética para nuestro tiempo”, Madrid, 1963, pág. 23). De allí que el actuar contradictorio que transmite deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa *venire contra factum proprium no valet*, que sintetiza aspectos de densa

(16) *Santo Tomás de Aquino*, “Suma teológica”, II-II, q. 109, a.3.

dimensión ética del principio de la buena fe a que venimos aludiendo. No está de más reiterar que tales exigencias no sólo rigen en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los sujetos sino que también —y aun de modo más preponderante— son condiciones de validez del actuar estatal, pues cuanto más alta sea la función ejercida por los poderes del Estado, tanto más les será requerible que adecuen aquélla a las pautas fundamentales sin cuyo respecto la tarea de gobierno queda reducida a un puro acto de fuerza, carente de sentido y justificación⁽¹⁷⁾. Un análisis pormenorizado de este texto pondría de manifiesto la variedad y riqueza de los principios invocados, sin cuya observancia la vida social se vería seriamente comprometida.

Ahora bien, desde luego, no se trata —y menos en el ámbito político— de una “pura veracidad”, que exigiría decir siempre a cualquiera todo lo que se le pasa a uno por la cabeza. Se trata —como indica el propio *Romano Guardini*— de una “veracidad viva”, practicada con respecto a los otros, que pueden o no tener derecho a ser informados y que pueden o no ser dañados con una verdad agresiva, innecesaria e inoportuna⁽¹⁸⁾. Practicada también con respecto a la verdad misma, que puede ser incomprendida o inconveniente si es manifestada en el tiempo y en el lugar inadecuados. La “veracidad viva” exige sencillez, ausencia de arrogancia y de toda presión de infalibilidad. Deja todo el margen que merecen la discreción y aun el secreto, cuando éste es prometido, confiado o exigido. Así, ha de guardarse el secreto profesional y —desde luego— el sigilo sacramental. Sabido es que, en ciertas circunstancias, la violación de secreto puede ser un delito, como los que aparecen en los artículos 51, 153 a 157 y 222 de nuestro Código Penal. Este último artículo reprime al “que revelare secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación”. Quiere decir que la “verdad viva” y sus inherentes limitaciones tienen en el ámbito político exigencias especiales.

Ahora bien, el principio de veracidad —aun con las limitaciones apuntadas— está hoy fuertemente quebrantado y perjudicado entre nosotros. Por lo tanto, la misma posibilidad de llegar a la verdad aparece cuestionada y aun temida. “La verdad sospechosa” es frase que tiene en nuestros días nuevas connotaciones, particularmente en el ámbito político. La verdad despierta sospechas justamente por ser verdad. El que tiene la pretensión de ser veraz es sospechoso, porque la verdad es inaccesible y la pretensión de verdad es peligrosa. Por ello la pretensión de ser veraz es peligrosa. Se recusa a la verdad, consiguientemente a la veracidad y se abre así el camino para un

(17) *Fallos*, 312:1725, considerando 10 del voto de los jueces Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, págs. 1741/1742.

(18) Ver sobre ello *Romano Guardini*, “Una ética para nuestro tiempo”, Lumen, Buenos Aires, 1995, págs. 27 sgtes.; del mismo autor “Cartas sobre autoformación”, Lumen, Buenos Aires, 1996, págs. 13 y sgtes.

vasto repertorio de mendacidades y ocultamientos. La mentira oficiosa — para hacer prevalecer un interés oculto—, la mentira perniciosa —para causar daño—, las reservas mentales, los juicios temerarios, la maledicencia, la calumnia, el halago fácil, la adulación, la complacencia, la falta de preocupación por la verdad, por la exactitud y la precisión, por el valor de lo contextual. Todo ello erosiona la confianza mutua y las posibilidades de una convivencia social íntegramente sana. En tales faltas incurren no sólo ciudadanos comunes, sino también personajes extraordinariamente encumbrados, cuyos comportamientos contagian por la ejemplaridad de sus altas investiduras. Aun periodistas y empresarios y operadores de los medios de comunicación, que deberían ser “profesionales de la veracidad”, vulneran tales principios, prestándose a “campanas de prensa”, a informaciones deformadas, no verificadas ni debidamente confirmadas, a aseveraciones sobre temas que ignoran totalmente.

El resultado es un gran deterioro de la credibilidad. Simplemente no nos creemos, y la vida política se vuelve un mundo de suspicacias: “el ministro dijo...”, empero “fuentes bien informadas afirmaron”, etc. Ello puede conducir a las desesperanzadas opiniones de Ortega, quien afirma la ausencia de hombres veraces, que el imperio de la política es el imperio de la mentira, que para el político la mentira es un deber⁽¹⁹⁾.

10. LA IDONEIDAD

Según *Santo Tomás* para gobernar bien el gobernante requiere, además de legitimidad y fuerza, idoneidad, que comprende principalmente inteligencia o sagacidad, pericia o competencia, virtud y madurez. Es así que “la ruina del Estado proviene, al contrario, cuando se ponen al frente del gobierno los ineptos; imbéciles o ignorantes, viciosos o disolutos, imberbes o jóvenes petulantes”⁽²⁰⁾. Desde antiguo se han indicado aptitudes y calidades especiales para tener derecho “a poner las manos en la rueda de la historia”, como diría *Max Weber*. Más modestamente, a partir de la Revolución Francesa aparece el requisito de la “idoneidad” para el ejercicio de cargos públicos, idoneidad que no sólo incluye aptitud técnica sino también —entre otras— aptitud ética, “virtudes y talentos”, como decía el artículo VI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁽²¹⁾.

Ello plantea ciertamente problemas ético-políticos, pero también proble-

(19) *José Ortega y Gasset*, “El espectador”, t. I, 4ta. edición, “El arquero”, Revista de Occidente, Madrid, 1975, págs. 20/21.

(20) *Santiago Ramírez*, “Pueblos y Gobernantes al servicio del bien común”, Euroamérica, Madrid, 1956, pág. 85.

(21) Ver sobre el punto *Néstor Pedro Sagüés*, “Sobre la reglamentación del principio constitucional de idoneidad”, en “La Ley” 1980-C, págs. 12, 16 y siguientes.

mas jurídico-administrativos y aun jurídico-penales, pues es delito nombrar personas “en quienes no concurren los requisitos legales” (art. 253 del Código Penal), y es también delito aceptar tales cargos en esas condiciones.

Empero, cada tanto nos anoticiamos de situaciones sorprendentes: un fiscal nombrado sin tener título de abogado, una jueza que debe abandonar su magistratura porque no resultó suficientemente capaz para redactar sentencias. Menos notorios son los casos de personas que se enteran de los rudimentos del cargo encumbrado que van a ocupar cuando ingresan por primera vez al respectivo despacho. “Flojedad” moral hay, también, en quienes no tratan de mejorar y de perfeccionarse en el desempeño del trabajo.

El “Régimen Jurídico Básico de la Función Pública” vigente entre nosotros, exige “condiciones morales y de conducta”, “conducta correcta, digna y decorosa”, tanto para ingresar como para mantener en funciones. Curiosamente, alguna inconducta de esa índole puede determinar la cesantía de un funcionario de menor grado, pero ello no parece alcanzar siempre a las altas jerarquías, y no han faltado personajes envueltos en escandalosas circunstancias que han rehusado abandonar sus elevados empleos, para lo cual han invocado la intimidad de sus vidas privadas, sin advertir el efecto desquiciante que todo ello tiene en los ciudadanos y personas comunes.

11. LA PROBIIDAD Y LA CORRUPCIÓN

Mejor que “principios de probidad” sería decir “principio de incorruptibilidad”, pues ello da una idea más acabada, enérgica y exacta de lo que se quiere decir cuando se vulneran tales principios, pues la palabra “corrupción” suele tener una connotación profunda y funesta; un dejar de ser, un perder la propia esencia, un convertirse en mera apariencia de lo que se debe ser, una desnaturalización; cuando en otras lenguas se encuentran los vocablos ruina, perdición, disolución, destrucción, azote.

El Diccionario de la Real Academia Española dice que “corrupción” es “acción y efecto de corromper o corromperse”, Y “corromper”, en una primera acepción, es “alterar y trastocar la forma de alguna cosa”, en una segunda acepción es “hechar a perder, depravar, dañar, podrir”. Cabe unir aquí ambas acepciones, porque “alteraciones” y “transformación” hay muchas, incluso tan profundas que consistan en perder la “forma”, es decir en perder aquello que determina que algo sea lo que es y no otra cosa. Pero, en este contexto, “corrupción” no es cualquier alteración o transformación, sino que es una alteración o transformación que comporta degradación.

Tal degradación puede acontecer sin que cambie la apariencia de las cosas, como se corrompe un médico que emite a designio recetas que matan en vez de curar, aunque conserva la apariencia de médico y la receta que mata

parezca una verdadera receta. *Cicerón* propone un ejemplo semejante para un caso análogo⁽²²⁾.

Transformaciones degradantes de esa índole se verifican, desde luego, en los más diversos ámbitos. Aquí examinamos la corrupción en el ámbito político, se trata de saber quién se corrompe en este campo, qué se corrompe, cómo se corrompe. Hay personas que se corrompen: gobernantes, gobernados, funcionarios; políticos profesionales, no profesionales, ocasionales; agentes activos y agentes pasivos de la corrupción: corruptores y corrompidos. Hay actos políticos que se corrompen; relaciones e instituciones que se corrompen; hay sistemas corrompidos y corruptores, en la medida en que un sistema es un conjunto de partes fuertemente interrelacionadas que —en estos casos— ofrecen circunstancias que facilitan la corrupción: el lugar, el tiempo, los medios e instrumentos, los procedimientos, para no mencionar más que algunas de las siete circunstancias que enumeró *Cicerón*.

Una misma nota o característica parece surgir en todos los variados casos aludidos; aun los más recalcitrantes negadores de la noción de bien común, admitirían que lo específico de la política comporta la dirección de asuntos comunes, la administración de cosas comunes, la consecución de un bienestar general, la atención de intereses comunes. Pues bien, cuando alguien se apropia de bienes comunes, utiliza el poder político que tiene para atender sus asuntos privados, y en otras situaciones semejantes, aparece la corrupción política. Derechamente, cuando se abandona el bien común y se le antepone el bien particular con desmedro de lo que “es de todos porque es del todo”. La política propiamente dicha desaparece al desaparecer su esencial razón de ser; en su reemplazo surge una actividad que sólo por derivación del sentido originario puede seguir llamándose política, como puede seguir llamándose medicina a la actividad del médico que enferma y no cura.

Desde luego hay en política —como en otros ámbitos— sentidos amplios y sentidos restringidos de la palabra corrupción. Un sentido amplio incluiría todos los vicios que la afectan, perturban y deterioran. En sentidos más restringidos, la corrupción se define por la gravedad de la falta y por lo específico de algunos medios especialmente aptos para la corrupción. En este sentido, ya en *Aristóteles* se encuentra el señalamiento de que lo económico tiene en ésto un papel “imperialista” y totalizante; el afán de lucro y de riquezas desnaturaliza la actividad política, como, por otro, ocurre lo mismo con la apetencia desmedida de poder y con la acumulación de poder por el poder mismo. En este último punto hay que atender prudencialmente a los justos límites, porque si bien es cierto que, como se ha repetido muchas veces, “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”, también se ha dicho con verdad que “la impotencia corrompe” y que “la impotencia absoluta corrompe absolutamente”.

(22) *Marco Tulio Cicerón*, “Las Leyes”, Libro II, 5, 13.

En análoga línea de pensamiento, sentidos restringidos de la locución “corrupción política” se verifican en proposiciones como la siguiente: “el uso y abuso del poder público en beneficio propio”⁽²³⁾, donde “poder público” alude principalmente a los medios utilizados en la corrupción, y “beneficio propio” se refiere principalmente a beneficios económicos.

Más restringida aún resulta la siguiente definición: “corrupción política: se designa así al fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Corrupto es, por lo tanto, el comportamiento ilegal de aquél que ocupa una función en la estructura estatal”⁽²⁴⁾. Nótese que estas nociones remiten exclusivamente al campo jurídico y dejan de lado el aspecto estrictamente ético; así lo indica el propio autor: “la corrupción es vista en términos de legalidad e ilegalidad y no de moralidad o inmoralidad”. Tal planteo me parece insuficiente, por lo que diré más adelante. Sin perjuicio, desde luego, de lo iluminadores que resultan los análisis jurídicos, y el repertorio de casos de corrupción que nos ofrecen las leyes penales: cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, etc.

A más de los sentidos amplios y restringidos de “corrupción política”, hay otro posible criterio de división de las diversas acepciones de esta frase. Es el que se atiende a una cierta estimación o valoración, en cuyo caso se presentan sentidos negativos y peyorativos, por un lado y sentidos por lo menos “neutros”, “indiferentes” e incluso positivos y laudatorios, por otro lado. Así, un cierto relativismo cultural se abstiene de condenar moralmente a la corrupción política, en tanto lo que nosotros llamamos así es visto como algo normal y positivo en otras “culturas”. Asimismo se pondera la “funcionalidad” de alguna corrupción: permitiría destrabar complicaciones burocráticas, se lograrían con ello resultados benéficos que no se alcanzarían mediante conductas éticamente irreprochables. No oculto una cierta desazón ante estas posturas, que conducen en definitiva a consentir y justificar comportamientos deshonestos. Conocido es el peso que tienen los precedentes: admitida como lícita una corrupción, sin sanción de ningún tipo, la corrupción tiende a generalizarse. No se atiende ya ni a la cantidad ni a la calidad de la corrupción, si puede hablarse así. Recuerden frases “razionalizadoras” y

⁽²³⁾ *Peter Eigen*, “La corrupción en los países desarrollados y el desarrollo — un desafío de los 90” “Contribuciones”, año XII, N° 4, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, octubre-diciembre 1955, pág. 9.

⁽²⁴⁾ *Bobbio-Mateucci-Pasquino*, “Diccionario de Política”, T. I, siglo XXI, México, 1991, pág. 377.

Otros conceptos interesantes pueden verse en *Mariano Grondona*, “La corrupción”, Planeta, Buenos Aires, 1993.

“cohonestadoras”, como “corrupción hay en todas partes”, u otras. De esta manera los vericuetos justificadores pueden multiplicarse. Así, la expresión “robo para la corona” puede querer decir dos cosas dispares: “robo para la corona”, es decir, para una institución —partido, gobierno, sindicato— lo cual podría disculparse; y “robo para el ‘coronado’”, para beneficio personal del poderoso, lo cual merecería un reproche mayor. Ocioso me parece destacar lo moralmente desquiciante que resulta de semejantes razonamientos, a la corta o a la larga.

12. EL CRITERIO ÉTICO, EL CRITERIO JURÍDICO, EL CRITERIO JURÍDICO PENAL, LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

No se trata aquí de discutir la naturaleza moral del derecho ni temas semejantes. Se trata sí, de distinguir el orden ético del orden jurídico, lo cual es especialmente relevante en nuestra disertación, que ha pretendido enfocar los problemas desde un punto de vista propiamente moral. Con ello queda dicho que ambos órdenes no son coextensivos y que un reproche ético no es idéntico a un reproche jurídico. El orden jurídico alcanza a ciertos comportamientos exteriores, a ciertas relaciones humanas especialmente relevantes para la vida social. El orden moral es más amplio, incluye acciones e intenciones y en este ámbito no interesa sólo el mantenimiento de un cierto orden exterior, sino el perfil total de la persona en su vida individual y en su vida social. Es así que en el ámbito ético-político no aparecen sólo conductas y relaciones jurídicas. En cierto sentido, el orden moral es más exigente que el orden jurídico y, también en este sentido, puede admitirse que el orden jurídico comporta sólo un mínimo de orden moral. Para decirlo con un vocabulario clásico, lo que es “justo” jurídicamente puede o no estar “justificado” moralmente; el cumplimiento exterior de una obligación jurídica puede estar lleno de malas intenciones.

Si el orden jurídico es más reducido que el orden moral, el orden jurídico penal es más reducido aún. Incluye sólo ciertas conductas antijurídicas típicamente individualizadas y no caben allí interpretaciones extensivas ni analógicas.

A su vez, ya en el ámbito del derecho penal, lo atinente a las penas privativas de la libertad es aún más estrecho y exigente.

Quiere decir que los comportamientos y relaciones políticas que son éticamente relevantes pueden no serlo para el derecho en general, para el derecho penal en particular ni —ya en esta última órbita— para las penas privativas de la libertad. Remitir todo a criterios jurídicos y penales comporta, en rigor, un empobrecimiento ético, que llega, quizás, al extremo, cuando para cualquier caso se pide que alguien “vaya preso”.

Tal vez algunos ejemplos puedan aclarar el punto: un mentiroso en

política no es, por más encumbrado que sea, un delincuente del derecho penal. Su mendacidad puede ser extraordinariamente perniciosa para la vida social, pero no tiene necesariamente que ir preso por ello. La valoración de tales actos será otra, sus responsabilidades y posibles sanciones serán diversas, éticas y políticas, —si es que las hay— o jurídicas provenientes de otras ramas del derecho.

Siempre a título de ejemplo, un infractor a las leyes de entidades financieras o a otras normas semejantes no cae estrictamente en el ámbito del derecho penal. Su comportamiento habrá sido todo lo perjudicial que se quiera, pero no puede decirse que un infractor de esta naturaleza sea un delincuente.

En la misma línea ejemplificativa entran formas de malversación de caudales públicos que sí son delitos, pero no tienen, sin embargo, penas de prisión o reclusión.

Incluso el ejercicio de algunos derechos puede ser censurable desde un punto de vista ético político aunque, ciertamente, no lo sea desde el punto de vista jurídico. Así una jubilación claramente privilegiada, concedida a un político sin que haya mediado antigüedad, ni trabajo, ni aportes, ni edad suficientes, puede ser, según los casos, éticamente reprochable, máxime si se trata de una persona pudiente. Desde luego que en este caso no existe conducta antijurídica alguna.

Se trata, pues, de no reducir todo lo ético-político a lo jurídico, menos aún a lo jurídico penal y menos todavía a los delitos que merecen penas privativas de la libertad. El juez penal o el fiscal penal no son los únicos que han de tener “sensibilidad” ético política. Ello incumbe a todos nosotros, a todas las personas, sea cual sea el ambiente —público o privado— en que se mueven. Claro está que tal circunstancia no nos convierte en jueces, ni nos autoriza a realizar apresuradas condenas ante la menor sospecha, como si entre la suspicacia y la cárcel no mediara ninguna distancia.

13. CONSIDERACIONES FINALES

Lo ético político —o la moral política si se prefiere— tiene, como se ha visto, características y exigencias peculiares. En nuestro país, como dije antes, los problemas de esta índole se han ido sucediendo unos a otros en el centro de la escena. Las graves y reiteradas violaciones a los principios hoy directamente comprometidos —la veracidad, la idoneidad, la probidad— hacen un presente ético-político crítico, aún extremadamente crítico. A lo cual cabe agregar que la violencia política —vigente antaño— puede reaparecer y que, por otro lado, pueden surgir con más fuerza los requerimientos morales derivados de la pobreza, la miseria y la marginación. En este ámbito no cabe esperar todo del derecho penal, rama del derecho que, por otra parte, está

sujeta hoy en día a un fuerte debate acerca de sus fundamentos y, también, a una notoria politización (vgr. crítica a presuntos criterios “clasistas” que estaría imperando, a una política criminal “al servicio de las elites políticas y económicas”, la “complicidad con el orden establecido”, el así llamado “cientificismo descomprometido”, etc.).

Finalmente, señalo que los temas que he desarrollado deben ser tratados sin la menor petulancia, sin nada que comporte hipocresía o fariseísmo. Ningún ser humano puede aducir que formula sus críticas y consideraciones morales desde una absoluta impecabilidad y una total pureza ética. Ha de advertirse así no ya el discurso moral, sino el arrogante y soberbio discurso admonitorio. Tal ha sido la intención de este trabajo.

JOSÉ MARÍA MEDRANO

Abogado (UNBA).- Profesor Titular Ordinario de Ciencia Política I y Ciencia Política III y Director de la Maestría en Ciencias Políticas -UCA.- Fiscal ante las Cámaras Civil, Comercial y Cont. Adm. Federal.-

LOS TEMAS ETICOS SEGUN SON PERCIBIDOS POR LA SOCIEDAD

ROSENDO FRAGA

El tema de la corrupción es un fenómeno generalizado: hemos visto la Viceprimer Ministro sueca tener que renunciar a su candidatura por excederse en la tarjeta de crédito; hemos visto al secretario de la OTAN, ex Ministro de Defensa belga, tener que renunciar por un caso de soborno y de corrupción; lo estamos viendo en la campaña electoral rusa de estos días el gran argumento de los ex comunistas es esencialmente la corrupción del régimen de Yeltsin, y lo estamos viendo en la campaña electoral norteamericana —la corrupción como un tema importante planteado en la campaña. Si revisamos el mapa latinoamericano en los últimos meses el tema de la corrupción ha sido realmente un issue en todos los países.

En el caso mexicano está presente constantemente el problema de Salinas o del hermano de Salinas. En Colombia, el problema del narcotráfico y el presidente. En Brasil lo hemos visto muy claramente planteado en los últimos meses, con los temas de la radarización en la Amazonia: por ese soborno tuvieron que dimitir un ministro y un asesor del Presidente. En el Uruguay, el año pasado fue la primera vez que un funcionario en medio siglo fue preso por un caso de corrupción (un ex funcionario de la Administración Lacalle). En el Perú, el edecán de Fujimori fue preso por llevar drogas en el avión.

Por lo tanto no hay país de la región donde la corrupción no aparezca como un tema político. Si nos vamos al Asia, en Japón han caído varios primeros ministros en los últimos años por casos de corrupción. En Corea, el caso quizás más llamativo sea el del anterior presidente coreano, que lloró en la televisión denunciando que había constituido un fondo para subsidiar la política de dos mil millones de dólares de comisión, y que él se había quedado con una parte. A eso se sumó el candidato opositor quien reconoció que él también había recibido dinero de ese fondo. Aquí surge la primer pregunta y esto nos vincula con otro tema: ¿Hay o no más corrupción que antes? ¿Qué es lo que está pasando?

Mi opinión es que no: no es que hoy tengamos más corrupción que hace 5

o 10 o 20 años, el problema que se está produciendo es que evidentemente las sociedades están modificando los subniveles de tolerancia frente al fenómeno de la corrupción. Los medios de comunicación son otros de los vértices del problema. Empiezan a darle mayor transparencia a una serie de situaciones que en el pasado eran menos transparentes. Tiene mucho que ver con esta generalización —casi universalización de la corrupción como un hecho dominante en la política— el papel creciente de los medios de comunicación en cuanto a la transparencia.

Un ejemplo de ello es la crisis de decadencia de la familia real británica. Si uno lee la historia de la casa real, con los escándalos sexuales de la familia de Isabel II no está pasando algo demasiado diferente a lo que pasó muchas veces en el pasado. El problema es que ahora están los diarios, está la televisión, están los fotógrafos y esto se difunde cotidianamente, lo que nos está generando un impacto, muy diferente respecto al problema.

Si tomamos nuestro caso, el caso argentino, está muy claro. Cuando a la gente se le pregunta ¿cuál es el principal problema que tiene que resolverse en la Argentina? Primero, nítidamente responden “el desempleo” (50%), hay un 14% que dice “la corrupción”, después vienen los bajos salarios, la salud, la educación, la droga, la delincuencia. Después del desempleo aparece la corrupción como la segunda demanda. Cuando se pregunta ¿cuál es la primera motivación con la cual Ud. elige el candidato a intendente?, el 30% dice la honestidad. Más abajo vienen la eficiencia, la experiencia, etc. Es decir, la opinión pública da una mayor prioridad a este tema de la corrupción que hace un lustro.

Pero, un estudio de Transparency International dice que hoy más corrupción que hace 3 años. Francamente, no hay ningún indicador objetivo para fundamentar que hoy hay más corrupción que hace 3 años. Lo que sí ha cambiado es la percepción con respecto al fenómeno de la corrupción. Cuando se le pregunta a la gente, ¿en cuál sector, en qué grupos institucionales hay más corrupción?, se da una tendencia muy nítida al respecto. Cuanto más cerca del ejercicio del poder está un grupo institucional, mayor corrupción se le adjudica.

El hombre común tiende a identificar la corrupción con el ejercicio del poder: partidos políticos, Congreso, Gobierno Nacional, sindicatos, incluso más abajo Policía, Poder Judicial. Esto no es solamente un fenómeno local, es más bien un fenómeno universal. Cuando individualmente se le pregunta a la gente “Si a Ud. le piden una coima para hacer un trámite, ¿qué hace?”. Un 35% dice que lo denuncia a la justicia, un porcentaje muy similar dice que lo denuncia a los medios de comunicación, otros dicen no pago y no denuncio, y un 10% dice “pregunto cuánto me cobran y avanzo”.

Hay un segundo vértice del triángulo, y es que el problema de la corrupción en términos políticos está estrechamente vinculado al problema de

la justicia. Y esto tiene bastante que ver con algo que mencionó Medrano: yo diría que sociológicamente está absolutamente confirmado. Para la gente, para el 95% —ni siquiera digo el 90% de la población— la diferencia entre un inocente, un acusado, un imputado no procesado, un procesado, un condenado excarcelado es lo mismo. La gente diferencia entre está libre o está preso. Socialmente funciona así. Si una sociedad cree en la eficacia de su justicia, la corrupción es un problema que tiene solución. Si una sociedad no cree en la eficacia de su justicia, la corrupción empieza a plantearse como un problema sin solución. La justicia, en términos de percepción pública tiene el mismo problema que tiene la Iglesia o los militares: son percibidos corporativamente por la opinión pública. Un abogado, un ingeniero, un médico, un arquitecto, no son percibidos corporativamente. Es decir, la burocracia judicial, la burocracia militar, la burocracia eclesiástica, por llamarla de alguna manera, son percibidas corporativamente. Por lo tanto, acá hay una fuerte relación entre estos dos vértices del triángulo: la percepción de corrupción y la percepción sobre eficacia, funcionamiento e independencia de la justicia. Esto también nos lleva al tercer vértice del triángulo: el papel de los medio de comunicación.

Cuando uno mide la imagen de las instituciones, los medios de comunicación tienen el 60% de imagen positiva, después viene la Iglesia Católica que tiene el 50%, las Fuerza Armadas con 26% y de allí todas las demás para abajo. Los medios de comunicación han dado una mayor transparencia a toda una serie de situaciones: la comunicación en términos globales han jugado un papel positivo en tanto y en cuanto da una mayor transparencia a toda esta situación. Pero también esto genera otro tipo de situaciones, y es ¿en qué medida los medios de comunicación prejuizan?

Si los medios de comunicación dicen “fulano es culpable”, después esto empieza a ser un fuerte condicionamiento para la justicia en cuanto hay un prejuizamiento de la opinión pública generada por los medios y en consecuencia esto empieza a ser un condicionante de la acción judicial. En última instancia, en los EE.UU., el caso Simpson planteó todo este debate. En parte, hoy se está dando en la que los medios están cumpliendo y ocupando un papel en todo este problema de la ética y de la justicia.

Cuanto más se baja en la escala social, más se recurre a los medios en busca de justicia que a la propia estructura judicial. La realidad social va planteando en todo esto que cuando aparece un problema en un sector popular, lo primero que se tiende a hacer antes que buscar al Juez o incluso a la Policía, es ir a buscar a *Crónica* o *TN*.

Por otro lado, los medios de comunicación se transforman en el canal de manifestación, de difusión de todo este problema de la corrupción pero a la vez esto empieza a plantear un debate sobre cuál es el papel de los medios. Se plantea, además, cuál es el límite de la libertad de expresión, de la libertad de

prensa y los medios. La justicia es el límite: cuándo se accede o no; cuándo es presión o condicionamiento de los medios a la justicia. ¿Hay que limitar el tema de la difusión y básicamente el impacto de la TV sobre los chicos? Es otro de los temas a discutir.

El derecho de libre expresión de los medios, que ha sido casi un principio fundamental en las sociedades democráticas, frente a la realidad social actual obliga a plantearse sobre límites. Quizás lo que durante mucho tiempo sobre el problema de la pornografía y la moral en los medios de la comunicación planteó la Iglesia Católica sin ningún éxito. El debate hoy viene por otro lado, pero es un debate que empieza a avanzar, porque los daños sociales que se están verificando son realmente importantes.

Creo que en la década próxima se va a tener una actitud más crítica frente a los medios de comunicación, por ejemplo, respecto del énfasis en lo utilitario antes que por lo ético. De ahí que este extraordinario poder de la información, y de los medios audiovisuales, va a requerir un cierto sistema de regulación y de control.

Volviendo al tema de la corrupción, la Argentina no ha logrado hasta ahora demostrar que frente a la corrupción hay posibilidad de eficacia sancionatoria en la justicia. Este es el punto más débil del discurso local al decir "en todas partes hay corrupción". Es cierto que hoy, en cualquier país que uno pregunte, sobre todo cuando se miran las encuestas comparadas, la gente cree que la corrupción es alta. Esta percepción de que la corrupción es alta se está dando incluso en Alemania, donde se acaba de presentar un plan para luchar contra la corrupción. De ahí que el planteo local resulta vulnerable, pues el tema no es si hay corrupción en otros países, sino si se logra demostrar que hay capacidad de sanción, como posibilidad de terminar con la percepción de impunidad, pues el gran problema es la sensación del hombre común respecto a la impunidad. Esto es lo que creo que, en casos recientes como el de Angeloz, ha terminado presionando sobre el sistema político.

Este análisis nos lleva a otro tema, que yo lo deslicé pero dejé básicamente un poco al costado, y es la discusión entre el voto pragmático y el voto ético. En el pasado ha primado muchas veces el voto pragmático, a favor de quienes aparecían eficaces en el gobierno, esto no se ha perdido aunque la tendencia ética empiece a pesar gradualmente más. Surge el problema para quienes representan o apuntan a dar prioridad al valor ético en la política de tener también que resolver los aspectos propios del pragmatismo o sea, en términos de gestión eficaz en el gobierno. Si no, la gente, puesta en la opción, va a ser muy difícil que opte sólo por un voto ético si a la vez no hay garantía de resultados. De ahí que, aunque coincido en que los fenómenos políticos sustentados en aspectos éticos están teniendo una creciente importancia en todo el mundo, no debe dejar de verse que es preciso que se

combine con una cierta capacidad de gobierno para entonces llegar a ser realmente alternativa de poder y no solamente expresiones coyunturales de protesta política.

ROSENDO FRAGA

Abogado (UCA).- Director del Centro de Estudios para la Nueva Mayoría. Analista político y escritor. Miembro de la Academia Argentina de la Historia.-

CONCEPTO DE CORRUPCIÓN Y RESPUESTAS ESTRATÉGICAS DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS. NECESIDAD DE LA MORALIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

HUGO ALBERTO VERDERA

1. INTRODUCCIÓN

El fin del presente siglo XX pone en evidencia una realidad que es reconocida por los distintos niveles intelectuales que, como tales, se constituyen en rectores de la vida social, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Dicha realidad está constituida por la *“Reaparición de la necesidad ética”*, como elemento indispensable para una real posibilidad de la convivencia social. Y esto alcanza tanto al nivel público como el privado.

Corresponde, pues, desde un punto de vista estrictamente realista, contemplar, analizar y explicar esa *aparente “reaparición de la ética”* como única viabilidad del actuar humano en las relaciones económico-sociales, tanto públicas como privadas.

Para ello, se hace necesario realizar un diagnóstico de la situación de la sociedad moderna, para, desde esa realidad, dar respuesta válida a la necesidad ética *“resurgente”*.

A la denominada *“muerte de las ideologías”*, siguió consecuentemente una *descarnada y crítica realidad de la vida social*, cuyos elementos constitutivos principales son:

- * *La pobreza de grandes sectores de las sociedades nacionales;*
- * *La pobreza de los países del denominado mundo en desarrollo en contraste con la abundancia existente en los países rectores, pero con incongruencias internas aparentemente inexplicables;*
- * *La consolidación de una “cultura de la muerte”;*
- * *El fracaso de los modelos educativos modernos, con una reducción de la educación al plano exclusivamente informativo, con el resultado inevitable de una educación insatisfactoria y, como tal, ineficaz;*

* *El crecimiento desmesurado del aparato estatal;*

* *La carencia de un auténtico sentido solidario social y la irrupción de la corrupción pública, tanto en las sociedades hiperindustrializadas como en las postergadas en sus pretensiones de desarrollo.*

La lógica resultante del diagnóstico preseñalado fue la consolidación de una época de confusión y desasosiego, que llevó a que se generalizara en el mundo un profundo malestar y que comenzaran a escucharse en cada continente y en cada país voces que convocaban a los pueblos a tomar conciencia de esta acuciante realidad, puesto que se hacía indispensable inyectar un antídoto en el cuerpo social de las sociedades occidentales si se quería recuperar la convivencia social.

Y el único antídoto viable para superar esa situación de angustia y desasosiego generalizada era la exigencia de la verdad. Era necesario decir la verdad y aprender a escuchar la verdad, en los ámbitos institucionales, en sus dimensiones personal y comunitaria.

Este clamor general, que llevó a un descreimiento de la población en general hacia el actuar concreto de sus clases dirigentes, ya que las gentes se sintieron engañadas y defraudadas y comenzaron a exigir la verdad. Esto se vio con claridad en Italia, Francia, Brasil, Perú, Venezuela, Colombia.

Todos estos se constituyeron en aspectos que necesariamente exigían un *replanteo ético*, puesto que la confusión y la consecuente angustia del hombre contemporáneo, hacían impostergable la búsqueda de una solución que realmente facilitara una *recuperación de la convivencia social*.

La conformación de un estudio sobre los aspectos señalados, evidenció que un eje rector para remarcar la necesidad antedicha, lo constituye el *análisis de la fenomenología de la corrupción*. A los efectos de poder realizar adecuadas estrategias de lucha en su contra.

Claro está que la situación antedicha ha motivado reacciones y consecuentes resistencias. En otras palabras, no todos están realmente de acuerdo con esta necesidad de recuperación ética, ya que si algo amenaza a los liderazgos dirigenciales actuantes es una auténtica vigencia del imperativo ético.

Más aún, en los países subdesarrollados, que han visto gravemente agudizados sus problemas económicos más profundos, el hecho evidente "per se" es el que la corrupción está tan diseminada y que es tan devastadora para la economía y la sociedad, que se ha convertido en algo imposible de ignorar y mucho menos de ocultar.

2. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN (¿QUÉ ES LA CORRUPCIÓN?)

En su obra "La ética protestante y el espíritu del capitalismo", Max Weber

argüía que uno no debería comenzar con una definición, sino que debería derivar la definición de la observación de ejemplos específicos. Una definición, por tanto, debería ser gradualmente construida a partir de las partes que son tomadas de la realidad histórica para componerla. Así, el concepto final y definitivo no podría erigirse al principio de la investigación, sino que debería venir al final. Según esta metodología, si tratamos de determinar el objeto, del cual se intenta el análisis y la explicación histórica, no puede ser en la forma de una definición conceptual, sino por lo menos al principio únicamente de una descripción provisional.

Teniendo esto en cuenta, podemos afirmar que la bibliografía sobre la corrupción contiene varias definiciones útiles. Una definición frecuentemente mencionada de corrupción es: *“conducta que se desvía de los deberes formales de un rol público por ganancias de interés privado (personal, familiar o grupal), pecuniarias o relacionadas al status; o que viola las reglas contra el ejercicio de ciertos tipos de conductas de interés privado”*.

Históricamente, el concepto se ha referido tanto a la conducta política como a la sexual. Como en la palabra latina “*corruptus*”, “corrupto” invoca a una gama de imágenes del mal: designa aquéllo que destruye lo sano. Existe un tono moral en la palabra.

Las definiciones no son estáticas. La comprensión de lo que se considera corrupto en las sociedades evoluciona. A través del tiempo, las sociedades han podido hacer distinciones más finas entre “soborno” y “reciprocidad” o “transacción” permitidas, y han sido más capaces de hacer estas distinciones efectivas en términos prácticos. Y en cualquier momento en una sociedad, es muy probable que encontremos por lo menos *cuatro definiciones de soborno: “La de los moralistas más avanzados; la de la ley escrita; la de la ley puesta en vigor en algún grado; la de la práctica común”*.

Pero pese a este enfoque que considera en evolución el *concepto de corrupción*, lo real es que su *fundamento esencial está constituido por el elemento ético o moral*, teniendo esto en cuenta y en el *ámbito de la gestión pública*, que es el que nos interesa particularmente en este seminario, merece citarse la definición de corrupción dada por el Webster’s Third New International Dictionary: *“Inducción (de un funcionario político, por ejemplo) para cometer una violación en el deber”*. Se advierte aquí con claridad que el ilícito se configura por la *violación de un deber, de una obligación o conducta debida, en virtud de la función pública y de la norma objetiva de moralidad*.

3. RESPUESTAS ESTRATÉGICAS AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN: CORRUPCIÓN Y GESTIÓN PÚBLICA: NECESIDAD DE LA MORALIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

La corrupción involucra, por tanto, una serie de actividades diversas.

De este modo, una multitud de prácticas ilícitas son agrupadas bajo la

etiqueta general de “*corrupción*”. En esta *óptica de análisis esencialmente ética*, podemos citar como *conductas típicamente corruptas*: Las contribuciones políticas ilegales, el compartir información confidencial o secreta, la corrupción policial de varios tipos, las comisiones confidenciales para oficiales de adquisiciones, el fraude en el control de calidad, y muchos otros.

El fenómeno de la corrupción se ha convertido en uno de los problemas más importantes en el manejo de la administración pública. Comúnmente se asocia la corrupción al enriquecimiento ilícito, aun cuando ella puede revestir, desde el punto de vista legal, diversas manifestaciones. El enriquecimiento ilícito es también conocido como “delito de guante blanco”, “delincuencia en los negocios” o “delito de caballeros”, denominaciones que de por sí adquirirían un tinte de cierta prestancia o finura, lo que demuestra palmariamente un relativismo moral de base que desde el inicio estaría neutralizando toda estrategia de oposición efectiva.

No obstante lo señalado, lo real es que el *enriquecimiento ilícito* se ha convertido, por la vigencia de aquellas acepciones, como la *forma más corriente y generalizada que se da por medio de transacciones con el estado y es legalizada por una persona de reconocida prestancia socio-económica*.

Asimismo, el enriquecimiento ilícito como manifestación clara de la corrupción, a partir de disposiciones legales de orden público vigentes en diversos países se vincula estrechamente con actividades que generan incrementos patrimoniales en gran escala, como los derivados de los negocios del *narcotráfico*.

La corrupción, como *enfermedad mortal que afecta a la gestión pública*, debe ser, reiteramos, tipificada en concreto, ya que no puede obviarse que *el ejercicio de la función pública en un estado de derecho está sometido necesariamente a criterios de legalidad, eficiencia y moralidad*. Analizando *legislaciones vigentes en España y países iberoamericanos*, podemos tipificar una serie de conductas a las que se considera potencialmente violatorias del recto funcionamiento de la administración pública, tomando como ejemplo vigente (y válido para el resto de los países latinoamericanos), lo determinado por la *legislación colombiana*, como bien jurídico al que la ley quiere proteger, así, dicha ley penal sanciona, entre otras, las siguientes conductas de los funcionarios públicos:

- * Apropiación, uso indebido y aplicación oficial diferente de los bienes del Estado;
- * Abuso del cargo público;
- * Expedición de acto arbitrario o injusto;
- * Aceptación de dinero u otra utilidad para retardar, omitir o ejecutar un acto contrario a la ley, o simplemente para ejecutarlo dentro de la legalidad;

* Intervención en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal (inhabilidades e incompatibilidades), o sin observancia de los requisitos esenciales con el propósito de obtener un provecho ilícito;

* Interés en beneficio de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir;

* Expedición de resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley;

* Omisión o retardo de un acto propio del funcionario;

* Asesoría ilícita en asuntos de competencia propia del funcionario;

* Omisión de asuntos de su competencia;

* Omisión de denuncia;

* Revelación de documento o noticia que deba mantener en reserva o secreto;

* Utilización en provecho propio de descubrimiento científico u otra información que deba mantenerse en reserva;

* Representación, gestión o asesoría ilegales;

* Intervención en política;

* Empleo ilegal de la fuerza pública;

* Incremento patrimonial no justificado por razón del cargo o de las funciones.

Las medidas implementadas en los países latinoamericanos sobre la fenomenología de la corrupción, evidencian la paralizante presencia del fenómeno y ratifican su lamentable realidad. Pero también evidencian como se ha tomado plena conciencia de la urgencia en solucionar sus nocivos efectos para la posibilidad de una adecuada convivencia y, más aún, para la misma subsistencia de nuestros pueblos.

Empero, es también un dato objetivo de la vivencia propia de las sociedades latinoamericanas, que en ellas se ha ido generalizando un *crecido descreimiento*, una marcada *falta de credibilidad en la administración de justicia*, la que desanimaría al ciudadano común para poner en conocimiento de las autoridades los atropellos de que pueda ser víctima por parte de funcionarios públicos, si, en términos comunes, “nunca pasa nada con las denuncias”.

Se da así un *marcado desfasaje* entre la existencia concreta de legislación punitiva de las conductas ilícitas (conformadoras de la corrupción) y la sanción efectiva de los corruptos. Con el agravante de constituirse gradualmente en un marcado escepticismo en la opinión pública ante la realidad de la corrupción.

De ahí que se haga imprescindible, para solucionar este fenómeno, encontrar, dentro de una estrategia global, los adecuados “instrumentos de prevención” de la corrupción. Sólo citaremos, a modo de ejemplo de estudios y proyectos efectivizados en el marco latinoamericano, los instrumentados en Colombia por un conjunto de especialistas. Ellos son:

* *Involucrar a la ciudadanía en el desarrollo de métodos para combatir el flagelo de la corrupción.* Para concretar esto, se hace imprescindible una tarea de educación de la ciudadanía, respecto al concepto de bien común, interés público, que puede esperar de él, cuales son sus posibilidades. Y esta educación permitirá que el ciudadano se interese en exigir lo que por derecho debe darle el Estado, cuya razón de ser esencial es el logro del bien común temporal político.

* *Hacer partícipes a los medios de comunicación social para que colaboren en la lucha contra la corrupción mediante la promoción del periodismo de investigación y denuncia.* Se ha constatado que en los países latinoamericanos, gracias a la intervención periodística han tomado estado público varias conductas ilícitas. Empero, se aprecia que los medios de comunicación deben profundizar su trabajo en esta modalidad periodística, en bien de la comunidad.

* *Un tercer instrumento de prevención estaría dado por el hecho de destacar ejemplos positivos de gestión administrativa.* Esto obedece a una doble realidad: en primer lugar, así como no puede negarse la existencia de corrupción en la gestión pública, tampoco puede negarse la existencia de ejemplos de buen manejo de la cosa pública, y en segundo lugar, esta divulgación permitiría recuperar la credibilidad de la ciudadanía, por un lado, y facilitaría la acción de los propios funcionarios públicos, quienes podrán así encontrar modelos o arquetipos de gerencia administrativa correcta. Se buscaría que estos ejemplos reconocidos actúen como agentes multiplicadores en el manejo de la cosa pública.

Un experto sobre la temática de la corrupción, investigador y consultor internacional, *Robert Klitgaard* (Profesor de la Universidad de Durbam, de la República de Sudáfrica), ha señalado que “Hoy en día la mayor parte de los países de América Latina ha declarado la guerra a la pobreza y la corrupción”, y que “si los años ochenta fueron de apertura democrática y económica y de ajuste macropolítico y macroeconómico, la década actual será de ajuste institucional, de mejora de los instrumentos estatales y del mercado, así como de **lucha contra la corrupción** en los sectores privado y público”.

Ahora bien, este autor enuncia lo que denomina “*El principio del pez gordo*”, “que consiste en denunciar y perseguir a los grandes practicantes del soborno, la extorsión, el contrabando, la evasión de impuestos y otras actividades ilegales”. Agrega gráficamente: “Es menester freír peces gordos”, citando al respecto tres ejemplos internacionales, acaecidos en Hong Kong,

México e Italia. Sostiene acertadamente que el principio se sustenta en la necesidad de partir de una base ineludible: que “una campaña contra la corrupción debe ser creíble”. Y como todavía prevalecen “la cultura de la corrupción y especialmente el sentimiento de impunidad en los más altos niveles” en nuestros países iberoamericanos, como consecuencia “la gente tiene el pasmoso sentimiento de vergüenza estructural que caracteriza el subdesarrollo”, que plasmaría en el concepto generalizado: “Es horrible, pero no hay nada que uno pueda hacer al respecto. Es parte del sistema, parte de la cultura”.

Una adecuada e impostergable aplicación de este “principio el pez gordo”, permitirá romper con esta “cultura de la corrupción”.

Además, se hace necesario elaborar cambios estructurales que, a su vez, requieren de una *estrategia* contra la corrupción. Y tener una estrategia significa reconocer que no es posible atacar todas las formas de corrupción a la vez. Desarrollar una clara idea de los fines y los medios a corto, mediano y largo plazos.

Señala Klitgaard que el “freír peces gordos” será una tarea difícil, que tomará tiempo y algunas veces quizá no tendrá éxito, pero que “lo que estamos presenciando, no solamente en América Latina sino en todo el mundo, es un *cambio de actitudes* hacia la corrupción”. Y es que la esencia ética del ser humano, a nuestro modo de ver, se ha constituido nuevamente en dimensión significativa del actuar individual y social de los hombres.

4. CONCLUSIONES

1º La corrupción constituye una preocupante realidad que afecta seriamente a los países latinoamericanos, desintegrando las respectivas sociedades, con graves perjuicios morales y económicos. Así, se constituye en el único de los grandes males que ataca simultáneamente la moral social colectiva y la economía de los países iberoamericanos, con la consecuencia de impedir un desarrollo integral de nuestros pueblos.

2º La raíz esencial de la corrupción se encuentra en una real crisis moral de la sociedad, la que requiere inmediatas acciones preventivas —éticas y culturales— a través de la educación a todos los niveles, para superar el fatalismo interesado impuesto por la “cultura de la corrupción”, y conseguir la instauración de una conciencia social de responsabilidad. Así, es necesario preparar y educar partiendo de la convicción de que sólo viviendo los valores éticos se podrá librar el exigido combate contra la corrupción. Este combate, por tanto, se tiene que dar en todos los frentes; en la familia, en la escuela, en la empresa, en el sindicato, en el gremio, en la vida personal, en el movimiento, en el partido, en la función pública, en el ejercicio de cualquier clase de poder.

3º No puede desconocerse que en la existencia de la corrupción se encuentran también deficiencias estructurales en los sistemas de instituciones públicas y privadas.

4º Frente a la realidad de la existencia del fenómeno de la corrupción, así como a su crecimiento en los países iberoamericanos, las experiencias implementadas y los estudios de los expertos recomiendan la adopción de las siguientes medidas generales, con el objetivo de moralizar mediante instrumentos de prevención y represión el ejercicio de la función pública:

- * Fortalecer la *capacidad de investigación* de los actos de corrupción.
- * Robustecer los *organismos de control*, mediante la instauración de instrumentos idóneos, que permitan el control ciudadano sobre el ejercicio de la función pública.
- * Fortalecer las *comisiones de ética* en los organismos de elección popular.
- * Establecer *incentivos* para quienes produzcan buenos resultados en la función pública.
- * *Profesionalizar* los servicios públicos.
- * *Simplificar los procedimientos y delimitar la discrecionalidad.*
- * Incrementar los *sistemas de información y transparencia.*
- * Regular la *financiación de los partidos políticos.*
- * Fomentar la *cooperación para lograr la transparencia en las transacciones internacionales.*
- * *Eliminar la percepción de impunidad a través de la exposición y divulgación* de casos comprobados de corrupción de altos funcionarios.
- * Fortalecer la *independencia y responsabilidad de los medios de comunicación social y estimular la creación de tribunales de ética periodística*, para fortalecer el periodismo de investigación y denuncia.
- * Perfeccionar los sistemas de los diferentes países para *sancionar* en forma drástica —*económica y moralmente*— a los corruptos, y promover la *cooperación judicial internacional* con el intercambio de experiencias en la lucha contra la corrupción.
- * Promover la *institucionalización de pactos entre representantes del sector privado* por medio de los cuales se comprometen personal, institucional e irrevocablemente a no corromper a los funcionarios públicos.

BIBLIOGRAFÍA

1. AA.VV.: “*El principio del pez gordo. Estrategias para combatir la*

corrupción”, Editado por la Konrad Adenauer Stiftung, Planeta Colombiana Editorial S.A., 1993.

1. AA.VV.: “*Corrupción*”, editado por CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1995.

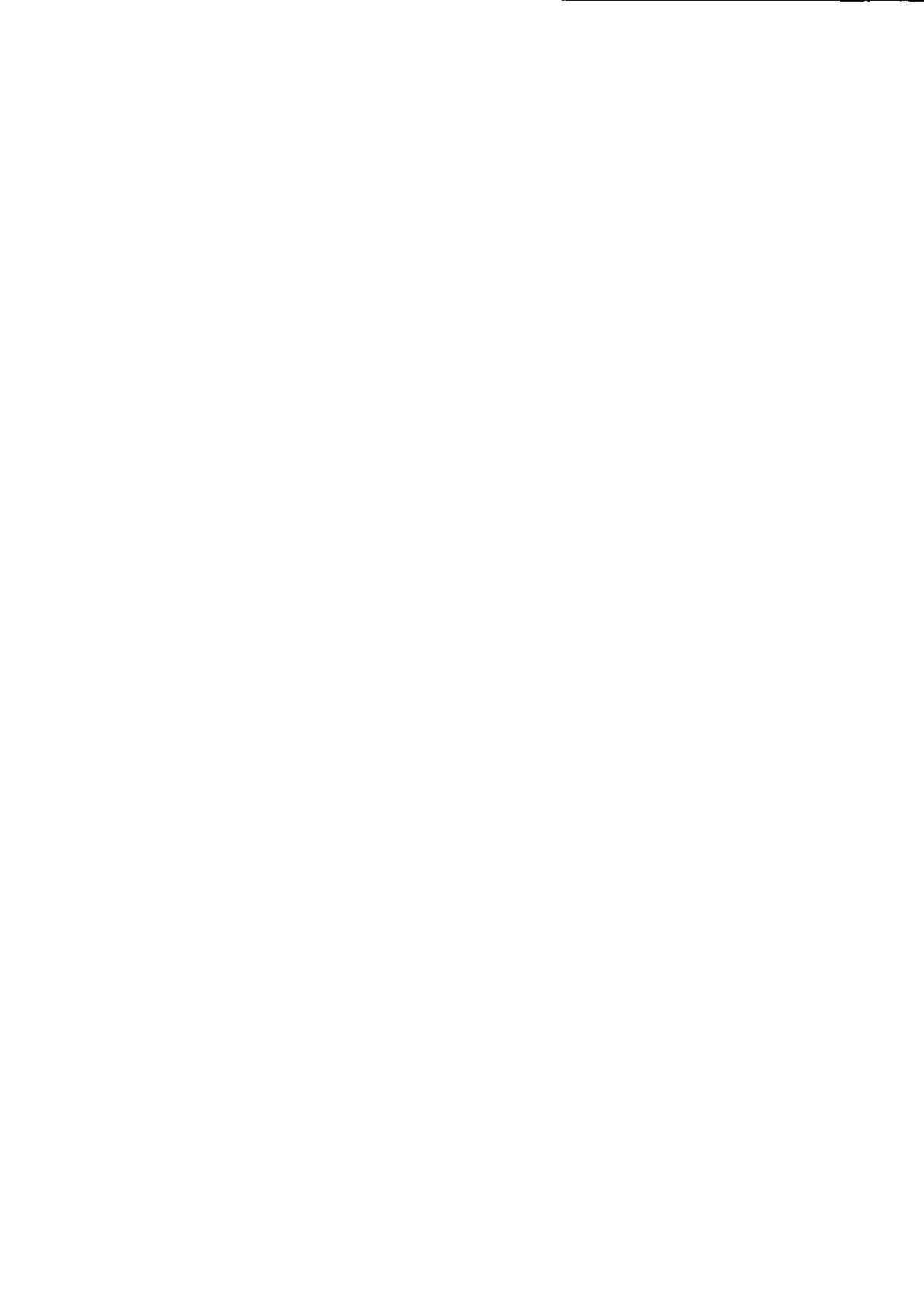
3. ROBERT E. KLITGAARD: “*Controlando la corrupción*”, Editado por La Konrad Adenauer Stiftung, Fundación Hanns Seidel (KAS), Editorial Quipus, La Paz, Bolivia, 1990.

4. ROBERT E. KLITGAARD: “*Elitismo y meritocracia en el desarrollo de los países*”, Editado por la Konrad Adenauer Stiftung (KAS), Internacional Editora, Caracas, Venezuela, 1992.

5. ENRIQUE VELAZCO RECKLING, Ph. D.; “*Normatividad y corrupción: ¿Causa y efecto?* (Estudio empírico sobre los registros y controles en Bolivia, los efectos de la normatividad vigente en la gestión empresarial y propuesta de simplificación y modernización)”, publicado por el Instituto de Asistencia Social, Económica y Tecnológica (INASET) con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer (KAS), La Paz, Bolivia, 1992.

HUGO ALBERTO VERDERA

Abogado y Escribano (UNC). Profesor Protitular Ordinario de “Filosofía del Derecho y Derecho Natural” (Derecho, UCA). Profesor de Doctrina Social de la Iglesia - C. Políticas UCA. Miembro activo de las fundaciones “Aletheia” y “Centro de Investigaciones de Ética Social - CIES”.



LA CORRUPCIÓN PÚBLICA COMO FENÓMENO DELICTIVO

Un primer balance de la estrategia y de los instrumentos de política criminal en la reciente experiencia jurídica europea.

CARLOS ALBERTO MAHÍQUES

1. La corrupción es una de las preocupaciones más acuciantes y afligentes de las sociedades modernas ya que su misma supervivencia parece estar amenazada por esta realidad que es a la vez un complejo fenómeno delictivo.

En el curso de este seminario se vienen examinando las distintas facetas del problema y a esta altura es posible discernir algunos aspectos fundamentales con vistas a elaborar un discurso racional⁽¹⁾ y un marco teórico apropiado para su comprensión y para el diseño de una estrategia de lucha en todos los frentes en que aquél se manifieste.

Para esto último y para precisar el objeto formal de este estudio, resulta imprescindible establecer un concepto de corrupción que, a modo de analogado principal, explicita lo más unívocamente posible el acto perturbador entrañado en aquel comportamiento social.

2. Se ha señalado acertadamente⁽²⁾ que no se puede hablar de corrupción sin hacer referencia simultáneamente al marco normativo dentro del cual se produce el acto o la actividad calificada de corrupta⁽³⁾.

(1) Ver: "La corrupción. El principio de un discurso racional a la luz de las ciencias penales", Carlos A. Beraldi. *La Ley*, diario del 16 de mayo de 1995.

(2) Confr. conferencia dictada en la Facultad de Derecho y C. Sociales de Córdoba por el profesor Ernesto Garzón Valdez el 29 de agosto de 1995 "Acerca del concepto de corrupción, public. en la Rev. "Doxa)".

(3) Garzón Valdez, en la conf. cit. llama al sistema normativo con respecto al cual un acto o una actividad es calificado de corrupto (a) "Sistema normativo relevante", esto es, el conjunto de reglas que, en cada caso concreto, regula una práctica social. En estos sistemas siempre aparece la figura de alguien con capacidad para tomar decisiones (un "decisor") que no tiene necesariamente que ser una "autoridad". Se puede ser un "decisor" en virtud del papel social que desempeña o de la posición que ocupa dentro del sistema normativo relevante, sin que por ello implique la

Cuando alguien acepta voluntariamente asumir un papel dentro de un sistema normativo y viola las obligaciones asumidas en ese carácter comete el delito o la infracción de corrupción que siempre implica un acto de deslealtad o de traición con respecto al sistema normativo⁽⁴⁾.

El acto o la actividad corruptora requiere casi siempre la intervención del decisor y de una o más personas, decisoras o no, pues una de las partes intenta influenciar el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el ordenamiento normativo⁽⁵⁾.

Incluso puede consistir en la obtención de algo para lo que se tiene derecho de acuerdo con el sistema normativo pero que debido a la violación de una obligación por parte del decisor, es sólo obtenible a través de un acto corrupto⁽⁶⁾.

El objetivo perseguido con la actividad corrupta es habitualmente la obtención de un beneficio, gratificación o ganancia para las partes involucradas en ella —generalmente de índole económica— y siempre superior a los costos del pago o servicio que la motiva.

Teniendo en consideración todos estos factores, *la corrupción podría definirse como la violación o desvío de una obligación de orden público*⁽⁷⁾. En

potestad para dictar disposiciones jurídicamente obligatorias. Pero además, para este autor los cargos oficiales imponen a quienes los ejercen una serie de deberes “institucionales”. El “decisor” que interesa para la consideración del fenómeno de la corrupción está sujeto a este tipo de deberes.

- (4) Acerca de la vinculación entre “corrupción” y “traición” cfr. Carl J. Friedrich, “Pathologie der Politik. Die Funktion der Misstände: Gewalt, Verrat, Korruption, Geheimhaltung, Propaganda”, Francfort/New York: Herder & Herder, 1973, pág. 104 ss., cit. por Garzón Valdéz, ob. cit.).
- (5) Sobre los casos de coautoría necesaria y codeincuencia en el código penal, ver Fierro, Guillermo J. “Teoría de la participación criminal”, Ediar, 1964, caps. 4 y 5, Bacigalupo, Enrique; “Manual de derecho penal, parte general” Temis-Ilanud, págs. 177 y ss.)
- (6) Garzón Valdéz, ob. cit. “passim”.
- (7) Garzón Valdéz, en ob. cit. distingue los intereses “gubernamentales” de los “públicos”. Ambos son “crímenes impersonales”, pero los primeros “son generados por la misma actividad de gobernar” mientras que los segundos “son tan ampliamente compartidos que podrá decirse que los posee la propia comunidad, tales como la paz pública, la salud o la defensa nacional”. Joel Feinberg, en “Harms to others. The moral limits of the criminal law”, New York Oxford: Oxford University Press 1984, pág. 64 lo ejemplifica diciendo que “un acto de envenenar el establecimiento de agua que afecta un interés de la comunidad y me perjudica directamente; el soborno de un funcionario público me afecta sólo indirecta y remotamente, pero me “amenaza” directamente con un daño en la medida en que pone en peligro el sistema de gobierno en cuyo funcionamiento normal y eficaz estoy interesado...”.

otras definiciones como la de Joseph S. Nye —cit. por Beraldi en ob. cit., pág. 2— el marco de criminalización incluye sólo actos cometidos en el desempeño de la función pública; subjetivamente connotados por el ánimo de enriquecimiento, beneficio personal o social por parte de quien está legitimado para decidir con el objeto de obtener un beneficio personal exterior a su actividad (“pay off”), donde también se favorece al destinatario —sobornante o inductor— por la conducta corrupta del decisor, y todo ello según un criterio jurídico delimitador que permita discernir cuando el acto se “desvió de las obligaciones normales o violó las normas”.

Un concepto multivalente como el aquí examinado impone reconocer, por de pronto, que aquella definición comprende fenómenos diversos y que, algunos de ellos, ingresan en el ámbito penal.

Nuestra reflexión, entonces, apunta a indicar cuales son los recursos que puede utilizar un orden normativo para impedir o reducir la corrupción que pone en riesgo al sistema político democrático. En particular aquellos que conforman el sistema de sanciones tanto para el que corrompe como para el que es corrompido⁽⁸⁾.

3. En esa perspectiva, la política criminal se hace cargo —como una política pública más— de fijar los principios y propósitos del Estado en materia de persecución penal⁽⁹⁾.

La criminología⁽¹⁰⁾ y la dogmática⁽¹¹⁾ son los otros dos instrumentos para

(8) Toda comunidad civilizada posee un orden normativo que incluye sanciones, que son recursos “externos al agente” aunque cabe aquí la advertencia de Nani L. Ranken en punto a que “...si las únicas estrategias disponibles fueran las externas...no estaría justificado tener esperanzas de progreso moral. Tales fuerzas son típicamente reactivas y sólo ganan guerras defensivas...”. “Morality in business: disharmony and its consequences” en *Journal of applied philosophy*, vol. 4. Nro. 1, 1987, págs. 41-48, p. 46).

(9) Así lo entendimos en un anterior trabajo; ver Carlos A. Mahiques, “Respuestas de política criminal a las manifestaciones de la delincuencia organizada. Algunas técnicas de control penal. La experiencia judicial comparada”, en *El Derecho*, diario del 20-1-94).

(10) Esta disciplina se aplica al análisis de los factores que producen el delito y de la personalidad de su autor, así como de la descripción del fenómeno criminal. Ver sobre este tema Cury Urzúa, E. “Derecho Penal”, pte. gral. tomo I, pág. 101 y ss., Edit. Jur. de Chile, 1992; Muñoz Conde, F. “Introducción al Derecho Penal” Bosch, Barcelona, 1985, pág. 120 y ss.).

(11) Jescheck la define como el “medio de la ciencia penal que, partiendo de los preceptos legales considerados como un ‘dogma’, elabora y estructura su contenido, ordenándolos en un sistema”. Ver Jescheck, Hans-H. “Tratado de derecho penal”, pte. gral. Bosch, Barcelona, 1981, T. I, pág. 58).

la realización de los fines impuestos por la política criminal y es a través de ésta como se encauzan institucionalmente los métodos represivos o alternativos (con finalidad reparadora, mediadora o asistencial) y se elaboran las distintas opciones que conduzcan a un eficaz control de la criminalidad.

En ese espacio de decisión política se organiza la respuesta adecuada a la agresión delictiva asignando significación típica y sanción a las conductas que afectan o ponen en riesgo bienes jurídicos, y adecuando el ordenamiento procesal para una más eficaz aplicación del derecho de fondo.

En un sistema republicano y democrático, la política penal del Estado tiene limitaciones que imponen el respeto a las garantías individuales de los ciudadanos y a los tratados internacionales y a los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, reserva y debido proceso legal.

Igualmente, todo el sistema democrático está interesado en respetar la autonomía individual, de lo que se sigue que tampoco puede admitirse una reducción significativa de la discrecionalidad en la actividad de los funcionarios, legisladores y jueces. “La dificultad empírica de controlar las violaciones del ejercicio legítimo de influencias es lo que justamente suele volver a las democracias mucho más vulnerables a la corrupción que los Estados totalitarios una de cuyas características es precisamente la imposición de vallas al ingreso de influencias ajenas al aparato decisor del Estado”⁽¹²⁾.

4. El fenómeno de la corrupción exhibe, por lo demás, numerosas ramificaciones internacionales porque los valores patrimoniales en juego son frecuentemente muy importantes. En consecuencia deberán considerarse para su examen no solo los instrumentos nacionales sino también los internacionales o comunitarios.

De cualquier modo, y a fin de simplificar la exposición del problema nos referiremos a la casuística que comprende los casos en los cuales el agente público violó sus deberes funcionales recibiendo en forma directa o indirecta —en tanto que contraprestación— una suma de dinero u otros valores patrimoniales. La corrupción, en un sentido amplio del término, se exterioriza y recubre con una serie de comportamientos disímiles que varían según el nivel de la organización, la reglamentación y el funcionamiento del sistema administrativo de cada país.

La Comunidad Internacional se encuentra —en cuanto concierne al avance en materia de convenios de cooperación para reprimir y prevenir la corrupción— en un estado de emergencia.

En ese ámbito se han perdido años en la redacción de instrumentos internacionales no vinculantes, como las llamadas “leyes modelo” o “recomendaciones”.

(12) Ver Garzón Valdez, ob. cit. “passim”).

Conviene recordar, no obstante, que la Comunidad Internacional ha logrado reforzar sus instrumentos jurídicos y judiciales en el terreno de la criminalidad económica y organizada aún cuando no se haya acordado en forma definitiva una definición sobre estos fenómenos⁽¹³⁾.

En la actualidad, y en términos generales, lo que se infiere de las convenciones internacionales que han sido ratificadas en materia de lavado de dinero y de delitos de operadores económicos, o de los llamados “insider trading”, es la obtención de un consenso, no tanto respecto de una definición como sobre los criterios o los datos esenciales de estos dos comportamientos delictivos⁽¹⁴⁾.

5. Para la comunidad internacional, la definición de corrupción en el sentido estricto del término (bribery), debe considerar ante todo el **propósito** buscado por el corruptor, es decir, la obtención de una suma de dinero o de un valor patrimonial mensurable mediante la desviación o neutralización del funcionamiento de la actividad estatal y de la aplicación de leyes.

La experiencia judicial comparada demuestra que la corrupción puede operar en todos los niveles del Estado. En el ámbito legislativo, por ejemplo, se advierte a través de diversas presiones realizadas sobre miembros del parlamento, del gobierno o de altos funcionarios de la Administración Pública, con poder decisorial en relación a la producción de las normas (por ej. leyes, decretos o reglamentos administrativos o el de la “tangente” negociada para obtener la promulgación de una reglamentación estatal que admitía la comercialización de un producto farmacéutico determinado, o que facilitaba la actividad de una cadena de televisión privada, etc.).

En lo atinente a la actividad administrativa se han detectado casos enderezados principalmente a falsear los procedimientos de atribución o concesión de servicios dispuesto por la Administración en relación a contratos de obra pública, transportes, provisión de instituciones estatales, etc.

En tercer lugar, la actividad corruptora también opera en el ámbito judicial o policial. Ejemplo de esto fueron los pagos realizados con el propósito de obtener de parte de los magistrados o funcionarios policiales una decisión que no habría sido dictada si aquel no se hubiera efectuado⁽¹⁵⁾.

En todos los supuestos se verificó, además, que el elemento perturbador

(13) Cfr. conclusiones de la 2da. Conferencia internacional sobre criminalidad transnacional organizada. Nápoles, 22.24 de Nov. de 1994.

(14) Cfr. Naciones Unidas, Convención de Viena de 1988.

(15) Entre otros, los casos de corrupción de miembros de la policía mexicana mencionada por Garzón Valdéz en la conf. cit. y nuestras estadísticas que muestran un poco realista 8% de agentes separados por motivos reglamentarios cada año.

del mecanismo estatal es generalmente puesto en movimiento por un particular o por dirigentes de empresas privadas.

6. En cuanto a los instrumentos político criminales existentes en Europa para combatir a la corrupción, y con el fin de llenar el vacío dejado por diversas reglamentaciones no vinculares o códigos de conducta (adoptados por asociaciones internacionales u organismos no aprobados por los respectivos gobiernos), el consejo de Ministros de la OCDE (Organisation de Coopération et Développement Economique) aprobó el 27 de mayo de 1994 el texto de una recomendación contra la corrupción en el comercio internacional.

Acerca de esta misma cuestión el Consejo de Europa (en ocasión de la 19a. sesión del Consejo de Ministros de Justicia reunido en Malta el 15 de junio de 1994) mediante resolución expresa, confió a un comité de expertos la tarea de examinar los numerosos y nuevos instrumentos con carácter legislativo a nivel nacional dictados para reforzar la represión de la corrupción y su necesidad o no de integrarlos a un documento multinacional.

De aquellos, el más reciente, completo y adecuado a las manifestaciones modernas de criminalidad, es la Convención Internacional Nro. 141 adoptada por el Consejo de Europa el 18 de noviembre de 1990 relativo al lavado de dinero, al descubrimiento y a la confiscación de los productos del crimen de la corrupción.

Esta convención está destinada a revestir un rol extremadamente importante en el futuro, visto que habrán de adherirse no solamente los países miembros del Consejo de Europa, (entre los cuales se encuentran los nuevos países miembros de la Europa Central y Oriental), sino también otros que han participado en su elaboración tales como los EE.UU., Canadá y Australia.

Las partes se comprometen allí a introducir en su propio derecho nacional la institución de la *confiscación* del producto de la corrupción como también la *punición del blanqueo o lavado del producto de la infracción*.

Los estados signatarios se comprometen además, a asegurar *la cooperación recíproca* en la mayor medida posible, precisamente en lo que concierne a la confiscación del producto del delito y a la punibilidad del lavado de dinero.

La importancia de este acuerdo multilateral reside también en que en el texto la infracción principal —a la que se llama “*predicated offence*”— no está limitada ni al producto del tráfico de estupefacientes, ni a otras formas delictivas específicas sino a un número indeterminado de infracciones.

La Convención otorga igualmente a los países miembros la facultad de indicar en el documento de ratificación aquellas infracciones o categorías delictivas de cada derecho penal nacional relativas a los delitos señalados y a

la corrupción, en tanto que infracción cometida por un funcionario público y por el particular que la induce o participa en su comisión.

Claro está que para toda la manera no prevista en la Convención Nro. 141 en materia de cooperación internacional, restan aplicables las convenciones bi o unilaterales de extradición.

A partir de estos acuerdos logrados por la Comunidad Europea, la condición para poder tipificar el blanqueo del producto de la corrupción y legalizar su confiscación está dada por la posibilidad de efectuar una investigación adecuada y eficiente a fin de establecer la naturaleza, la circulación y el destino de ese producto.

La encuesta o la investigación bancaria asume, en este marco, un rol de importancia fundamental puesto que sólo a su través podrá muchas veces establecerse la situación del producto de la corrupción antes de reclamar la confiscación. Asimismo resultará aquella la vía más idónea para dar con la identidad de personas que han cooperado —sea como encubridores o blanqueadores— a esconder o a ocultar el producto de la corrupción con el propósito de poder escapar a la intervención de la autoridad judicial penal.

Es justamente desde esta óptica que el magistrado penal europeo deberá proceder según el esquema del “paper tracing”, es decir, recorriendo, hasta el origen, el itinerario seguido por el producto de la corrupción a través de las cuentas bancarias que hayan sido utilizados por los autores principales del acto corruptor o del blanqueo.

El sistema jurídico de numerosos países prevé que una investigación de esas características sea efectuada no solamente sobre las cuentas bancarias de las personas imputadas o próximas a los imputados —prestanombres o testaferros— sino también sobre las que pertenecieran a terceras personas que hubieran colaborado inocentemente, es decir sin saber que sus cuentas eran utilizadas con fines ilícitos.

Al influjo del art. 4 de la Convención Nro. 141, una cierta organización de las respuestas político-criminales comenzó a plasmarse en los ordenamientos penal y procesal penal de los países que ratificaron la referida convención.

La Comunidad Internacional había adoptado ya en la Convención de Viena, una serie de instrumentos destinados a combatir y prevenir la desviación y el blanqueo de dinero demandado a las instituciones bancarias y financieras colaboración con las investigaciones penales. A esos fines se dictaron numerosos instrumentos internacionales que introdujeron la obligación para los bancos y financieras de identificar al cliente y a la operación económica efectuada; de expedirse acerca de la relación bancaria existente, la conservación de documentos relativos a la identificación o verificación de la causa económica de ciertas transacciones sospechosas; de notificar o denunciar a la autoridad judicial requerida y de incautar espontáneamente los bienes que aparezcan como sospechosos de origen ilícito.

Es notorio que, en la práctica, el respeto de esas obligaciones se revela particularmente difícil para los bancos. Tal dificultad crece cuando se trata de infracciones cometidas en el marco de transacciones usuales en el comercio internacional (basta recordar que la masa de bienes de la clientela gerenciada por el sistema bancario y financiero suizo está estimada en 2.100 millones de francos anuales).

La experiencia judicial europea demuestra que los casos de corrupción se “internacionalizan” con creciente frecuencia.

Se trata en muchos casos de sociedades extranjeras que corrompen a funcionarios públicos de otro país. El producto de la corrupción es entonces puesto a disposición de un funcionario corrupto o de un testaferro de este último con la cuenta bancaria abierta en el extranjero.

De allí la necesidad para la autoridad judicial de que opere respecto del agente corruptor o funcionario público una amplia cooperación de las autoridades judiciales de los terceros países involucrados. Es notoria la lentitud de los procedimientos en países como Suiza, Lischtestein, Luxemburgo y algunas islas del Caribe que contienen un sistema de oposiciones asfixiantes con vistas a garantizar los derechos de los clientes de los bancos. Sin embargo, éstas circunstancias, no configuran en sí mismas un obstáculo insuperable.

En efecto, el principio de la *doble punibilidad*, prevista por la Convención Europea de Cooperación Judicial en materia penal (artículo 5, a), es sin duda alguna un instrumento apto para reprimir la corrupción de funcionarios públicos aplicable en todos los casos con la sola excepción de aquellos actos vinculados al financiamiento de partidos políticos.

Tampoco el hecho de que el grueso de las sumas volcadas por los empresarios con el propósito de corromper vaya en buena medida a cuentas bancarias de hombres políticos no ha impedido el funcionamiento de los mecanismos de la Cooperación Judicial Internacional. Ejemplo de ello ha sido la sentencia de la 1er. Corte de Derecho Público del Tribunal Federal Suizo del 22 de junio de 1994, concerniente a la sociedad holding “Panamá” en el marco de una comisión rogatoria presentada por los fiscales de Milán. La doctrina que emerge de este pronunciamiento es, en cuanto a la confiscación de bienes, que si por caso, el autor de una infracción no puede ser juzgado porque fugó o murió, ello no será un obstáculo para incautar el producto obtenido por aquél a causa del acto de corrupción. Con este objeto, la autoridad judicial estará legitimada para llevar a cabo un procedimiento independiente que tenderá solamente a confiscar los bienes malhabidos porque ello así resulta del art. 13 párrafo segundo de la convención Nro. 141.

De esa manera, es igualmente posible la aplicación de principios probatorios diferentes de aquéllos que son propios de un procedimiento penal “in personam”, esto es, dirigido a determinar la culpabilidad o la inocencia de un

acusado. La novedad es la habilitación de un procedimiento "in rem" dirigido a saber si un bien, un objeto o valores, son o no el producto de una infracción penal, para lo cual será, en tales supuestos, viable, la inversión de la carga de la prueba (sobre todo en presencia de ciertas presunciones como la constatación de que el valor del objeto ingresado al patrimonio está en notoria desproporción con la actividad profesional del detentor). Una solución de este tipo ha sido adoptada en el Derecho Penal Suizo a partir de la entrada en vigor —el 1 de agosto de 1994— del nuevo artículo 59.

Una cuestión controvertida surgió cuando un bien en territorio suizo fue individualizado como proveniente de la corrupción, no de un funcionario de ese país, sino extranjero. En ese caso, atento a que el derecho penal suizo —como sucede en la mayoría de los países, excepto en los EE.UU. (en el que rige la "Foreign Corrupts Practices Act" del 19 de diciembre de 1977, modificada en 1988)— castiga exclusivamente la corrupción de funcionarios públicos nacionales y no extranjeros, el Tribunal Federal estableció que el Ministerio Público suizo podía proceder a la confiscación del producto de la corrupción de un funcionario italiano con la sola condición de que la Fiscalía Italiana hubiere demandado una medida similar.

La Convención Internacional 141 (art. 2, 13-17) vino a llenar una laguna existente en la Convención Europea en materia de cooperación judicial, que no preveía la posibilidad de actuar en materia de secuestro y confiscación del producto del delito, limitándola exclusivamente a los medios de prueba.

A partir de entonces, los estados que ratificaron la Convención Nro. 141 debieron declarar que la infracción de corrupción del funcionario público forma parte de las categorías de delitos a las cuales el texto de la convención servirá de base legal para los derechos nacionales. Esto viabilizó una mayor cooperación internacional comprensiva también de todo lo referido a la confiscación del producto de la corrupción oculto en territorio extranjero a la espera de la concreción de aquellas medidas. Los países partes pueden desde entonces tomar a su cargo medidas provisionales como el secuestro provisorio de bienes que puedan ser objeto de un futuro reclamo de confiscación (artículo 11, 12 de la Convención Nro. 141).

En orden a la represión del blanqueo del producto de la corrupción, la Convención de Viena —aprobada por la Confederación Diplomática de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1988 contra el tráfico del lavado solamente cuando estuviera vinculado al tráfico de drogas. En consecuencia, la legislación de numerosos estados no incluyeron la penalización del blanqueo cuando fuese producto de otros delitos.

Actualmente, varios estados han modificado su legislación sobre esta cuestión, criminalizando aquella actividad incluso cuando se tratara de producto de infracciones de otra naturaleza, entre las causales se halla la corrupción de los funcionarios públicos (así, por ej., en Bélgica, Italia, Suiza y EE.UU.).

En este punto fincó una de las controversias suscitadas por este cambio de criterio y particularmente acerca de si el blanqueo del producto de la corrupción era reprimible exclusivamente cuando se trate de corrupción de un funcionario público nacional o si la persecución penal se extendía a la conducta corrupta de un funcionario público extranjero⁽¹⁶⁾.

En efecto, para la mayoría de los códigos (por ej. art. 305 bis, del Código Penal Suizo) el blanqueo era punible en el caso de que el producto de la infracción hubiera sido blanqueado en territorio extranjero, y siempre y cuando la infracción fuera punible igualmente en el derecho suizo. Se sostuvo entonces que como la corrupción de funcionarios públicos extranjeros no es punible en el derecho suizo, por fuerza había que concluir también que el blanqueo en territorio suizo del producto de una infracción de corrupción de un funcionario extranjero tampoco será punible a la luz de la norma citada.

Como ya quedó expresado, sólo la legislación de EE.UU. reprime la corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Este último país en 1992 incluyó la penalización del blanqueo producto de la corrupción de funcionarios extranjeros (“Nunzio-Wylie Amendment”).

El sistema jurídico penal de casi todos los países del mundo prevee la represión de la corrupción de los funcionarios pertenecientes a su propia administración pública. Sin una previsión explícita en los textos legales, la doctrina y la jurisprudencia de casi todos aquellos interpretan la noción de “funcionario y autoridad pública” como comprensiva exclusivamente de los que se desempeñan en cada uno de esos países, quedando excluidos los funcionarios extranjeros y los de las organizaciones internacionales. Esta actitud está bien expresada por el principio según el cual “no corresponde al derecho penal de un país ocuparse de la lealtad y del buen funcionamiento de la Administración de otro país”.

Actualmente, sin embargo, la adhesión a este principio se ha debilitado en función de la evolución verificable en el pensamiento de la Comunidad Internacional, el cual se identifica cada vez más con los principios que se inspiran más en la solidaridad que en el interés nacional, y que procura hallar nuevas estrategias de cooperación mutua imprescindibles para contrarrestar el desarrollo de la criminalidad moderna, y principalmente de la criminalidad organizada.

Ejemplo de ello es la ya mencionada “Foreign Corruption Practices Act”, que adopta el modelo que considera a la corrupción como un delito “mundial”, convirtiéndolo en una infracción punible independientemente del lugar en que fue cometida y del país del cual dependía el funcionario en cuyo favor fue efectuada la entrega ilícita.

(16) “Quelle politique pénale pour l’Europe”, bajo la dir. de Mireille Delmas-Marty, Económica, París, 1993, pgs.91 y ss.).

A esta consideración del problema ha contribuido la verificación de que como crimen macrosocial, la corrupción pone en peligro el funcionamiento del sistema democrático y de toda la actividad estatal, especialmente el sistema judicial y policial. No son ajenas a aquella actividad ilegal muchas empresas privadas que mediante sobornos procuran asegurarse mercados, ya que al modo de las organizaciones criminales se interesan por paralizar el funcionamiento del aparato represivo a fin de llevar al sistema así corrupto a que continúe favoreciéndolas. Incluso en el curso de investigaciones judiciales desarrolladas estos últimos años ha sido posible constatar que, correlativamente al aumento del número de procesos, se correspondía un aumento de la presión de los sectores responsables de la corrupción dirigidos a demorar o paralizar las investigaciones. Con ese propósito fueron llevadas a cabo operaciones de envergadura enderezadas a deslegitimar y desprestigiar la actuación de las autoridades judiciales en cuanto expresión del poder del Estado.

La Comunidad Internacional ha comprendido que la existencia misma de la corrupción en un país representa un peligro mayor todavía para los otros en razón de la facilidad con la cual el fenómeno se desarrolla y se infiltra al contaminar otros sistemas estatales.

Pueden citarse situaciones que confirman lo expuesto.

Cuando el régimen que ejerce el poder político en un país determinado es corrupto, no hay que esperar investigaciones policiales o comisiones rogatorias provenientes de la autoridad judicial de ese país para incautar o confiscar el producto de la corrupción causadas por delitos cometidos en detrimento de los intereses financieros del mismo Estado. Es suficiente con recordar que los principales países europeos no recibieron durante mucho tiempo demandas con aquel fin de Filipinas, Haití o Paraguay.

Otro ejemplo está dado por aquellos países donde el crimen organizado controla en un momento dado sectores significativos del poder político o de la administración pública o judicial. Es el caso de Panamá durante el régimen de Noriega o de Colombia en el período anterior a la apertura de procedimientos judiciales contra los Carteles de Cali y Medellín, y más recientemente el de varias repúblicas de la ex Unión Soviética.

Sin formular un juicio definitivo, en los mismos motivos podría hallarse la explicación de por qué Italia recién en los años 1992-1993, llevó adelante centenares de procesos penales por corrupción de funcionarios públicos en número muy superior a investigaciones semejantes realizadas en el resto de todo el siglo XX⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Confr. Manacorda, Stéfano; "Le trimestre du monde"; dossier: "Mafias et criminalité transnationale", 1995, premier trimestre, pgs. 59 a 61.

Finalmente, está la situación de aquellos procesos judiciales concernientes a la corrupción de los partidos políticos y su vinculación con el gobierno de turno, donde se suelen utilizar los instrumentos del poder político (modificaciones a las leyes procesales, amnistías, sumarios disciplinarios contra magistrados, dependencia funcional del Ministerio Público, etc.), para impedir la prosecución de los procesos de corrupción.

Como se afirmó antes, y al margen de las razones de carácter político, económico y social, existe otra de naturaleza criminológica, ligada a la naturaleza misma de la infracción, que impone ampliar el frente de la lucha anticorrupción con la represión de la corrupción cometida por funcionarios extranjeros con derivaciones en terceros países.

El abordaje mismo de las cuestiones político-criminales suscitadas por el fenómeno de la corrupción, implica en sí un desafío para la comunidad internacional cuyo objetivo será lograr la síntesis superadora que permita compatibilizar, en una estrategia común, las cuatro funciones estatales nacionales —legislación, jurisdicción, persecución y concurrencia— que no obstante seguirán representando el corolario de la soberanía nacional en materia penal.

CARLOS ALBERTO MAHÍQUES.

Abogado (UNLP).- Profesor Titular de Derecho Penal II y de Derecho Penal Profundizado - UCA. Juez de Tribunal Oral en lo Criminal.-

ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE ÉTICA PÚBLICA

MARÍA SUSANA DRI

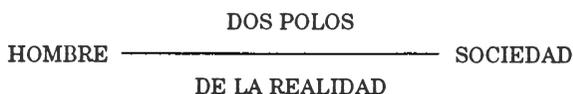
*“Lo que fue lo mismo será;
lo que se hizo lo mismo se hará;
no hay nada nuevo bajo el sol”.*
(Eclesiastés)

I. INTRODUCCIÓN

Desde la más remota antigüedad las relaciones de dominación entre quienes ejercen el mando y quienes deben obedecer se han visto interferidas por actitudes corruptas no siempre de la misma intensidad. No hay que ser un gran analista para percibir que la corrupción ha estado presente en las distintas civilizaciones y pueblos que nos precedieron y los efectos que ella ha provocado en la cultura.

Frente a la realidad, autores de todos los tiempos se ocuparon de indagar sus raíces y de establecer la necesidad de regirse por normas éticas... No hay pueblo ni pensador político que no haya mostrado preocupación frente a los excesos operados desde el poder.

Desde siempre las definiciones de *Poder* y de la *Naturaleza Humana*, han buscado explicar el fenómeno, teniendo en cuenta que en realidad *“No existe un hombre justo sobre la tierra que haga el bien sin pecar jamás”*. Lo cierto es que en ese oscilar entre los dos polos de su realidad, el hombre ha intentado regir su vida, buscando aquellos principios que pudieran orientarlo en su vida personal y de relación, de manera racional:



En esta búsqueda, de armonización entre las tendencias hacia la satisfacción de las necesidades privadas y las necesidades de la convivencia (lo público) el hombre ha intentado armonizar los dos extremos descubriendo —mediante la observación de la experiencia y con el auxilio de su razón— que

hay *principios* cuya evidencia se impone de manera inmediata. Entre ellos son los más comunes, los siguientes:

- compórtate con los demás como quieras que los demás se comporten contigo.

- da a cada uno lo suyo.
- no correspondas al bien con mal.
- cumple la palabra dada.
- obedece a la autoridad.

¿Quién, en su sano juicio, puede poner en duda estos principios? A poco de indagar descubrimos que los mismos:

- 1) son evidentes por sí mismos.
- 2) son descubiertos por la conciencia.
- 3) son percibidos como obligatorios.

Por eso cuando la persona adecua su conducta a la ética alcanza su perfección mediante la realización de su ser. Cuando esa conducta persigue además el orden público mediante la realización del bien común, conforma la ética pública y su resultado es la perfección de la sociedad.

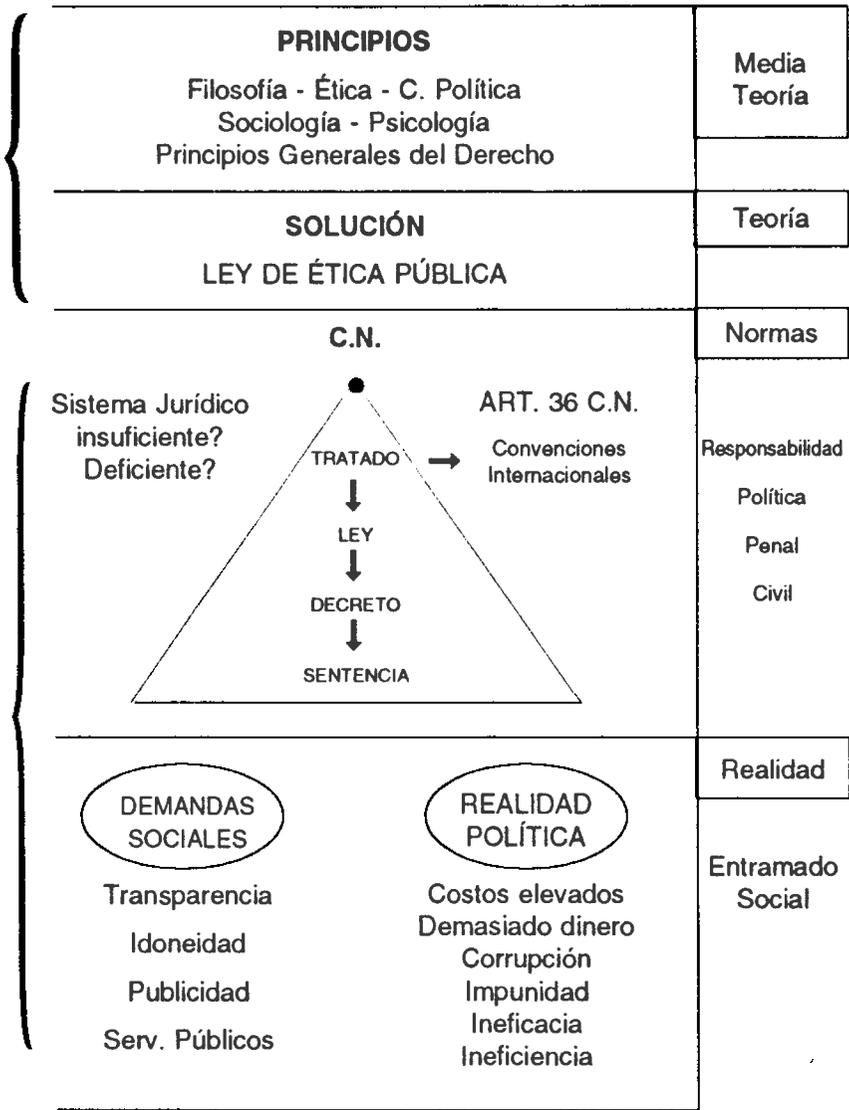
El sentido de esta introducción es demostrar que todo proyecto existencial, se basa en un sistema de valores, y ello se hace más evidente, si lo que vamos a analizar son los proyectos de ética pública presentados en el Congreso Nacional.

Esto es así porque frente a proyectos de leyes, es esencial conocer el contexto dentro del cuál vienen a dar una respuesta. Sólo de esta manera podremos comprender su adecuación a la realidad y su encuadre sistemático dentro de un proyecto mucho más amplio, tal es el contenido en el conjunto de normas del cual los mismos se insertarán.

Para comprender los proyectos en función de su contexto, resulta de utilidad el esquema clásico aprendido del Dr. Friedrich Lachmajer Prof. austríaco que tuve la suerte de escuchar en la Maestría de Ciencia de la Legislación (Universidad del Salvador. Argentina. Universidad de Pisa. Italia), que permite una aproximación integral al fenómeno y una evaluación pragmática de las soluciones proyectadas por legisladores para hacer frente al problema de la corrupción, o dicho de otra manera, de la falta de actitudes éticas por parte de un gran número de funcionarios públicos.

Cuando hablamos de “lucha contra la corrupción” reivindicamos el valor de “lo público” frente al avance desordenado de los apetitos privados. Queremos que los funcionarios dejen de pensar en sus intereses y se acuerden de una vez por todas de la Nación, del Estado, queremos reivindicar el valor de lo público tan depreciado en los últimos años.

TODO ANÁLISIS REQUIERE EL PLENO CONOCIMIENTO DEL CONTEXTO



Homo "Sapiens" es reemplazado por Homo "Videns" influencia videopolítica
Puede acelerar reacciones violentas

La ley de ética pública se hace necesaria como convención social

Es indudable que en la lucha contra la corrupción se ventila un gran conflicto. De un lado está la atracción hacia sumas cada vez más importantes de dinero que desbordan su cauce para arrastrar los intereses del Estado y de los ciudadanos que lo componen, del otro lado está el esfuerzo por contener y controlar ese desborde, porque la experiencia nos demuestra que no se puede derrotar, sino tan solo controlar, o al menos “reducirla” a niveles de supervivencia de “lo público”.

Mariano Grondona en la última de un ciclo de seis conferencias ofrecidas en la Facultad de Derecho de la UBA en 1992 recordaba a San Agustín quien dijo: “Ora como si todo lo esperaras de Dios; trabaja como si todo dependiera de ti” y decía que “La lucha contra la corrupción debiera seguir este criterio: *Lucha contra ella como si pudieras vencerla con todo; contempla con serenidad que ella subsiste, como si fuera invencible*”.

Siempre existieron los actos de corrupción en el Estado pero no siempre ellos entorpecieron de manera tan notoria el desarrollo de la Nación y esa es la característica de nuestro tiempo, a la par de encontrarse destruido el sentido de “vocación”.

Las medidas proyectadas han sido muchas, algunas para el corto plazo otras para producir sus efectos a largo plazo, pero lo cierto es que como quienes deben adoptarlas son los mismos que pueden sufrirlas, lo más probable es que todo el análisis no tenga más que una finalidad gatopardista, mientras que la inexistencia de castigos ejemplares perpetúa la impunidad.

II. LAS POSIBLES RESPUESTAS Y EL OBJETO DE ESTE ANÁLISIS

Hay dos soluciones que creemos imprescindibles aunque solo podrían producir sus resultados a largo plazo. Son las siguientes:

1) La formación de funcionarios públicos mediante la reforma de los planes educativos, a partir de una moral austera y fundada en los principios de servicio y vocación.

2) Una reorganización estructural de los pilares educativos de la sociedad que permitan nuevos desarrollos institucionales a partir de contenidos fuertemente axiológicos.

Lamentablemente pensar que la sociedad puede producir desde el seno de una clase dirigente corrupta una transformación moral, es también una utopía. Por eso y a fin de conocer las verdaderas intenciones de quienes nos dirigen, es interesante conocer las medidas que ellos mismos han proyectado y ver de qué manera, ellas pueden convertirse en un sistema de premios y castigos ejemplares, o si la idea generalizada, es llenar el Congreso Nacional de Proyectos para hacer que nada cambie.

Vamos a comenzar el análisis por la base, analizando la realidad y las demandas sociales.

Con carácter previo nos parece importante aclarar algunos conceptos:

Ética pública: Todas aquellas conductas que tienen que ver con el saber y hacer del hombre y de las instituciones con relación al bien común.

Función pública: Aquella actuación que existe en función del empleo público sin que sea determinante la remuneración o la estabilidad en el cargo.

Límites: El hombre público debe ser un hombre ejemplar en su vida pública y en su vida privada. Vale como ejemplo la actitud de Julio César quien repudió a su tercera esposa Pompea arguyendo que “la mujer del César no sólo debía ser una mujer honesta, sino además parecerlo”.

A) Primer Nivel: la realidad social

Lo primero que observa el ciudadano común es que frente a sus ojos y a pesar de sus necesidades, a partir de su voto se desarrolla un entramado de poder, que dice representarlo pero en realidad no se representa más que a sí mismo.

La corrupción política es un constante flagelo que recae sobre los tres poderes del estado, bajo distintas forma, pero con las mismas consecuencias:

1) *Apatía* ciudadana hacia la participación política lo que incide sobre el funcionamiento del sistema democrático.

2) *Pérdida de credibilidad* de las instituciones.

3) *Inestabilidad política*.

4) *Interferencia* en el *crecimiento económico*, puesto que, como bien sostuvo el Gral. Perón, el capital es cobarde y sólo invierte donde pueda asegurarse estabilidad económica y jurídica.

5) *Desequilibrio económico* (Detrás de cada juicio ganado al Estado es muy probable que se escondan actos de corrupción de funcionarios públicos como complicaciones burocráticas de un sistema donde todos quieren gozar los beneficios pero rehuyen las responsabilidades).

La corrupción se ve favorecida porque:

1) se ha perdido el sentido de lo que significa ser un servidor público, la cultura individualista siempre favoreció la lucha desleal bajo la excusa de que “el hombre es el lobo del hombre”.

2) la política resulta muy cara en función de los costos de acceso a los medios de comunicación en tiempos electorales, consultoras, propaganda, etc. la necesidad es hereje dice un refrán. Eso lleva a buscar dinero dentro de la función pública, como fuera de ella, de los grupos que necesitan decisiones del Poder.

3) el Estado maneja mucho dinero, ya sea bajo la forma de privatizaciones, concesiones, autorizaciones, etc. ofreciendo innumerables oportunidades.

Esta materia se ha convertido un fértil campo para la sociología. En este sentido Bertrand Lafaile ha centrado su atención en el estudio de la corrupción destacando que entre sus múltiples causas “la pérdida de la conciencia moral de la vida, porque el idealismo social y la religiosidad han desaparecido de las prácticas de los hombres que pujan y llegan al poder...” “el pragmatismo es la norma, el futuro es la meta, el beneficio grupal es la garantía de permanencia”.

Sin duda la complejidad de la burocracia estatal y la continua modificación de los mecanismos financieros y tributarios favorecen los actos de corrupción. Es importante destacar que el sociólogo francés destaca que “el centro de corrupción no se encuentra en el Estado, si hablamos de países democráticos. Su organización piramidal opera dentro de la sociedad privada y solamente sus nexos de succión de hallan dentro del Estado”...

En los Estados totalitarios, existe paridad entre privados y particulares en responsabilidades y beneficios.

Y vaticina el autor citado: “Finalmente debemos inferir que el proceso, dañino para las naciones podrá provocar a nivel de ensayo, dos fenómenos contrapuestos: la rebelión de las bases sociales y su refugio en el Estado, reconstruido y con poderes superiores a todos los inmediatos anteriores, o la continuidad del proceso de acumulación de beneficios ilegítimos, que podría subsistir en la medida que se trasnacionalice. Este último aspecto es fundamentalmente importante, por cuanto permite garantizar un respaldo político y económico no coyuntural a cada una de las estructuras locales corruptas que se integren”.

B) En este sentido la revista económica “Impulse” de Berlín publicó en 1995 un “Atlas Mundial de la corrupción”. Allí la Argentina figura ubicada entre los países sátrapas. Las distintas categorías que allí se incluyen son:

1. Los Angelicales: Son aquellos países donde el pago de coimas es la excepción: Alaska, Canadá, Estados Unidos, Portugal, Irlanda, Francia, Reino Unido, Alemania, Holanda, Noruega, Haití, República Sudafricana, Namibia, Ruanda, Burundi, Guinea Ecuatorial, Todo Benín, Burquina Faso, Guinea, Guinea Bisseau, Australia, Nueva Zelanda, Japón, Eire, Nepal, Bután, Bulgaria, Rumania, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Eslovenia, Croacia.

2. Los Muerde Poco: Existen sobornos, no son la regla general, y no son de gran cuantía. Chile, Ecuador, Marruecos, Argelia, Libia, Polonia, Ucrania, Kazajstán, Corea del Sur, Bélgica.

3. Los Sátrapas: Los sobornos están extendidos. Los montos pueden ser

altos: Argentina, Uruguay, Perú, México, Zimbawe, Angola, Congo, Gabón, Camerún, Tanzania, Kenia, Etiopía, Jordania, Siria, Turquía, Ghana, Costa de Marfil, España, Italia, Grecia, Hungría, Bielorrusia, Malasia.

4. Los Descarados: Lo habitual es el pago de sobornos por sumas elevadas. Colombia, Venezuela, Brasil, Bolivia, Paraguay, República Dominicana, Senegal, Rusia, China, Birmania, Arabia Saudita, Egipto, Zambia.

5. Los saqueadores: Imprescindible el soborno para hacer negocios. Zaire, Nigeria, Liberia, Irak, Pakistán, Bangladesh, Tailandia, Indonesia, Filipinas.

6. Países irrelevantes a efectos de hacer negocios: Groenlandia, Israel, Austria, Cuba, Panamá, Costa Rica, etc.

C) La corrupción no es un acto jurídico.

La corrupción como acto jurídico es muy difícil de tipificar. Nadie ha ido a la cárcel por el hecho de ser corrupto. Dicho concepto abarca una serie de actos ilícitos entre los que se encuentran:

- cohecho
- soborno
- concusión
- fraude
- aprovechamiento de puestos públicos para conseguir ventajas
- extorsión
- peculado
- influencia mentida
- infidelidad
- revelación de secretos.

En nuestro sistema la mayor parte de los delitos penales calificados como actos de corrupción se encuentran tipificados, el problema aparece cuando la Justicia no es capaz de aplicar castigos ejemplares y ella se convierte en sinónimo de enriquecimiento desmedido por parte de funcionarios públicos, ostensible y conocido y sin embargo impune.

Generalmente la corrupción política se caracteriza por el uso del cargo público para obtener ventajas privadas. Es influida por intereses privados que buscan obtener favores ilícitos por parte de los funcionarios electos. Lo más grave, frente al sistema de corrupción generalizado, es que se hace necesario pagar un "derecho" simplemente para obtener lo que corresponde en ley.

Las "tentaciones" provienen de:

-grupos de interés, corporaciones, asociaciones bancarias, consorcios vinculados a energía y combustibles, industrias farmacéuticas, etc.

Sin embargo, pocos se ocupan de analizar la actitud del “corruptor”, y esa es una actitud que denota la ilusión de no poner en riesgo, fuente que debe permanecer incólume. Para el funcionario la impunidad de hecho, para el corruptor la impunidad de derecho.

D) Anticuerpos

Frente a ello, al Parlamento —de composición política— se le requiere que responda generando los anticuerpos necesarios para corregir el rumbo, lo que la sociedad requiere son medidas de acción positiva, y no meras declaraciones:

Entre las medidas a su alcance se destacan:

1) *Códigos de Ética* destinados a regir las conductas de los funcionarios públicos.

2) *Juicio Político y Leyes especiales (Ministerio Público, Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento, Defensor del Pueblo, Auditoría General de la Nación).*

3) *Legislación de contenido Penal.* Los jueces penales reclaman instrumentos de prueba fundamentales como 1) la Creación de la figura del arrepentido, 2) Normas protectoras para los testigos que se presten a declarar.

4) Normas que regulen la afluencia del dinero en las *campañas electorales.*

5) Creación de *Tribunales o Comisiones Especiales.*

E) Teoría de la corrupción

Según Mario Montoya en “La lucha contra la Corrupción en Estados Unidos” una teoría de la corrupción podría caracterizarse por las siguientes peculiaridades:

1) El respeto de patrones de lealtad moral y virtud cívica es necesario para mantener el orden político justo, igual y estable. La ruptura de los patrones tradicionales se encuentra en la raíz del problema.

2) Extensas desigualdades en la riqueza, poder y status generan sistemática corrupción.

3) Los *cambios de vida*, unidos a la redistribución generan facciones que se convierten en centros objetivos de riqueza, poder, política y prudencia, que por su propia vitalidad usurpan o compran las funciones vitales de la política y el gobierno.

4) El *conflicto de fracciones y la continuada desigualdad* extiende la corrupción a toda la ciudadanía. La violencia pasa a ser el substractum de todas las relaciones.

5) La **socialización de la educación**. La vida familiar, la religión y la milicia también sostienen los valores comunes y las lealtades. La corrupción final del Estado se da cuando la ciudadanía desprecia a esas estructuras primarias. Esta circunstancia también es destacada por Bertrand Lasalle.

Según Patrik Dobel en su trabajo *La Corrupción del Estado "La corrupción de la sociedad o la corrupción estatal envuelve la incapacidad moral de los ciudadanos de realizar una actividad que implique llevar a cabo compromisos desinteresados hacia los símbolos y las instituciones, los cuales benefician al bien común"*.

El candidato corrupto generalmente busca ocultar sus actividades corruptas a los votantes, y todos los políticos se acusan, sin importarles que sea con bases falsas. Y esta estrategia es posible porque sobre todo político pesa la sospecha popular. De ahí que sea efectivo el aforismo "calumnia fuerte que algo quedará".

El resultado de este proceso es el descreimiento general. Hoy por hoy parecería que el votante ve a la corrupción como un hecho necesario y como algo común en la vida cotidiana. Hace unos días el mismo presidente de la Nación hizo referencia a que la corrupción era "normal" en todo el mundo, lo que también debemos creer que ha sido un furcio, porque lo malo puede ser común, pero no puede ser la "norma". Pensar que el soborno, la coima, la prevalencia del interés personal frente al bien común sea lo normal (lo necesario), nos quitaría toda perspectiva ética.

F) Algo anormal

Pero además, admitir la corrupción como algo *normal*, nos aleja de toda perspectiva de desarrollo económico porque:

1) *las inversiones* pueden ser mal orientadas. Es decir ellas no irán hacia adonde es necesario conforme una política del Estado madura, sino hacia adonde determinados funcionarios perciben como más redituable por ser suceptibles de esconder ganancias ilícitas a través de porcentajes, mayores costos y el manipuleo de los contratos con proveedores.

2) *las ganancias fáciles* solo atraen a *aventureros*, con lo que es posible lograr inversiones estables en planes de desarrollo.

3) no se establecerán *inversores extranjeros*, ni se alcanzará el beneficio de fondos internacionales.

Por eso, salvo para unos pocos, la corrupción conduce a la ruina de un país, y puede contribuir a la disgregación, al resentimiento y a la pérdida de la identidad nacional.

G) Segundo Nivel: Sistema Normativo:

Pirámide Jurídica: El vértice lo ocupa la Constitución Nacional, aunque

hoy deben considerarse las instancias supranacionales nacidas de la tendencia hacia la integración y la globalización de la economía, como es obvio, también significa globalización de la corrupción.

Dado que hoy, merced al art. 75 inc. 22, los tratados se encuentran por encima de las leyes nacionales, es importante tener presente la convención de Caracas de marzo de este año. Si bien ella no ha sido ratificada por el Congreso, se estima que eso sucederá en poco tiempo porque las presiones internacionales, tienen la misma intensidad que las que llevaron a renegociar la deuda externa.

En la Constitución Nacional, existen referencias expresas en los artículos 36 párr. 5º y 6º, y en el art. 38 in fine. Ello sin perjuicio de las atribuciones que tiene el Congreso Nacional en función del art. 75.

Un análisis interesante es el que surge de analizar los antecedentes de la reforma y de la introducción de la obligación de dictar una ley que regule la ética pública.

En el libro "La Constitución Reformada" los redactores de la Convención, Dres. García Lema, Masnatta, Barra, Paixao, etc. atribuyen la autoría a Antonio Cafiero mediante el Expediente Nº 3. Sin embargo, la redacción definitiva parece haber sido algo diferente, más centrado en el repudio en los golpes de estado, y donde también han influido otros autores presentando proyectos similares.

Con relación a la Justicia, digamos que el ámbito de impunidad, nos permite dudar acerca de su influencia e importancia.

H) Tercer Nivel: Teoría

Todo proyecto para convertirse en ley debe cumplir una serie de requisitos. La ley es el resultado de un proceso que nace a partir de:

demandas sociales
factores de presión

Los requisitos pueden agruparse en dos aspectos que señalamos esquemáticamente y que pueden ser aplicados a cada proyecto:

1) LEGALIDAD: ORGANO
 PROCEDIMIENTO.

2) RACIONALIDAD:

 COMUNICATIVA: adecuación y fluidez entre editor y receptor, mensaje correctamente entendido. En general parecería que este es el único grado de comprensión que ha pretendido cada proyecto. De hecho, la fecha de presentación de los proyectos coincide con campañas electorales.

 SISTEMÁTICA: en este punto la adecuación estructural requiere un doble tipo de análisis:

1) dentro del sistema jurídico analizando su inserción con relación al Sistema Jurídico en general.

2) con relación a la estructura interna de la misma norma lo que implica a su vez un análisis:

Sintáctico
Semántico.

PRAGMÁTICA: Adecuación con el universo de conductas posibles. Selección de los distintos instrumentos posibles.

TELEOLÓGICAS: Adecuación con las expectativas sociales. Debe evaluarse que efectivamente modifique conductas.

ETICAS: Adecuación a valores significativos: honestidad, idoneidad, igualdad, justicia, etc.

En este caso siempre actúa como límite que quienes deben dictar la norma pertenecen al grupo de poder y por lo tanto hay un verdadero conflicto de intereses.

Por eso me parece central evitar que siga repitiéndose la Historia: Los partidos políticos presentan proyectos antes de las elecciones y después los olvidan en el cajón. O lo que es más grave, el poder Ejecutivo ha comunicado a todos los medios el envío de dos proyectos de Modificación al Código Penal pero solo se ha tratado de un acto de comunicación, pues sólo los ha enviado a los medios de opinión pública. Mientras la lucha contra la corrupción se anunciaba con bombos y platillos, los proyectos no fueron enviados a la Cámara de Diputados ni a la de Senadores, en un acto de deslealtad que también merece ser calificado como corrupto.

I) Cuarto Nivel: Metateoría:

Indudablemente ya hemos hecho referencia a ellos al principio, al hablar de la ética como actitud moral y política, pero queremos remarcar que un buen legislador deberá recurrir a ella, para encontrar conceptos, detectar problemas, normas generales, etc. También se servirá de ella cuando evalúe los criterios de racionalidad.

III. ROL DEL PODER LEGISLATIVO

Su rol está limitado por los intereses de sus propios componentes que integran la clase política. Es llamativo que se hayan presentado tantos proyectos, generalmente coincidentes con las fechas de las elecciones y que no se haya sancionado ninguno.

Siendo los legisladores integrantes de una clase social que necesita dinero para su permanencia en el poder el rol del dinero adquiere una significancia

especial. Hoy ya no cuenta tanto la militancia, sino el acceso a las consultoras de imagen y de información y a los medios de opinión pública. Cuanto más popular es el medio, más caro el acceso y eso hace que se vean necesitados de patrocinadores. Pero en el mundo político, nada más alejado del altruísmo. Nadie da nada gratis a un político y eso genera distintos tipos de cuestionamientos.

En el análisis que sigue hemos limitado al análisis a los Proyectos ingresados a las dos Cámaras que integran el Congreso Nacional desde agosto de 1994, es decir tomando como referencia el dictado de la nueva Constitución. Ello en la medida que la misma ha establecido directivas concretas con relación al dictado de una ley de Etica Pública.

Esta constituye una de las normas constitucionales, reglamentarias de la Constitución, con relación a las cuales el Congreso Nacional se encuentra en mora.

Recordemos que también se encuentra en mora, con relación a la sanción de las leyes de:

- 1) Ministerio Público.
- 2) Auditoría de la Nación.
- 3) Consejo de la Magistratura.

Y no tengo que advertirlos con relación a la importancia que estas otras leyes pueden tener en la moralización de la vida de la administración pública.

¶ Pero volviendo al tema, he dividido los proyectos en dos grupos:

- 1) Proyectos globales, reglamentarios del art. 36 C.M. Son siete:

Diputados:

Ibarreche (TP 102 Expdte 3872-D-94)

Bulrich y otros (TP 165 Expdte 5597-D-94)

Raimondi y otros (TP 216 Expdte 5652-D-95)

Fadel y otros (TP 57 Expdte 2461-D-96#)

es una copia de otro proyecto ingresado dos años antes en el Senado por J. O. Bordón como primer firmante. (Expdte. 366-S-94)

Senadores:

Romero Feris (DAE Expdte. S-1167/95)

De la Rúa (DAE Expdte S-1736/95)

Menem (DAE S-1753/95)

	Ibarreche 8 arts.	Bullrich 10 arts.	Raimundi 25 arts.	Fadel 15 arts.	Romero Feris	De la Rúa 39 arts.	Menem
S u j e t o s	Alcanza 3 poderes (desde el presidente hasta último empleado) arts. 1 y 3	Todo aquel que ejerce función pública (P.E.) art. 1 y 4	Tres Poderes. Cualquier persona que amerita confianza y transparencia	Tres poderes. Cualquier funcionario	Tres poderes	Tres poderes. Toda persona que desempeñe funciones públicas	Poder Ejecutivo y organismos de contralor
O A R P G L A I N C O A S C	En cada caso el Juez natural fijado por ley. Jurisdicción contencioso administrativo	No establece	Auditoría General de la Nación	Comisión Nacional de Ética Pública	Comisión Legislativa Bicameral	2 Comisiones Permanentes en 1) Diputados 2) Senadores	Autoridad Jerrárquica Consejo Nacional de Ética Pública
in- com- pat.	—	arts. 4 y 5	cap. 3 arts. 5 y 6	art. 3	cap. III art. 5	Cap. II arts. 3 a 8	art. 4
Prin- ci- pios	Art. 2: describe deberes	Art. 1	—	Da pautas, no principios	Entre los deberes	Cap. IV art. 6	Da pautas e indicaciones
	—	—	cap. II arts. 3 y 4	Cap. III arts. 6 y 7	—	Cap. V arts 14 a 22	—
San- cio- nes	—	—	—	Cap. IV arts. 8 y 9	Cap. IV art. 5 a 10	Cap VI arts. 23 a 28	Art. 7
Par- ticu- lar- da- des	Fuero Cont. Administr.	Derog. Exenciones impositivas	Derog. exenciones. Gastos protocolares o reservados	CONADEP	Comisión legislativa bicameral. Dictar código de ética	Nombre. Organismo de control legislativo	Impulsar educación ética en planes educativos

Temas a analizar: (ver cuadro comparativo)

- 1) *Sujetos comprendidos:*
- 2) *Organos de aplicación:*
- 3) *Incompatibilidades*
- 4) *Principios*
- 5) *Declaraciones Juradas*
- 5) *Sanciones*
- 4) *Particularidades.*

2) Proyectos parciales sobre cuestiones específicas.

- (1) *Modificaciones al Código Penal.*
- (2) *Creación de Comisiones o Tribunales Especiales.*
- (3) *Leyes de incompatibilidades.*
- (4) *Declaraciones juradas*
- (5) *Responsabilidad civil*

Modificaciones al Código Penal:

En este punto no podemos dejar de hacer referencia a los dos proyectos encargados en 1995 al CPACF elaborados por un equipo dirigido por el Dr. Aguirre Obarrio, que el gobierno difundió en los medios de comunicación pública, y en especial en la publicación *El Cronista comercial*, pero nunca remitió al Congreso Nacional.

Expdte 5071-D-95: TP 181 Leconte y otros. Proyecto de Ley. Modificación del artículo 268 del Código Penal sobre enriquecimiento patrimonial durante y después de desempeñar un cargo público.

Diario de Asuntos Entrados 132 94, Expdte 0576 PE 94 rep. en expdte 418-S-96 Menem, Carlos S. Barra, Rodolfo: Modificación al Cód. Penal (Delitos contra la Administración Pública).

Diario A. Entrados Solana Expdte 1263-S-95 Código Penal Modificaciones.
TP 5 Expdte 384 94 Corchuelo Blasco, José Manual Mod.

Lo importante es que en esta materia llegó a dictarse un despacho de comisión unificando todos los proyectos existentes hacia fines de 1994, cuando la presión de la opinión pública se hizo muy cruenta contra la corrupción. Nunca fue tratado en el recinto.

Creación de Comisiones o Tribunales Especiales:

T.P. 85 94 Expdte 3333-D-94 Dip. Becerra N.E. y Pesce. Proyecto de ley de Creación de la Comisión Nacional de Ética Pública. (Ad-Hoc)

T.P. 91 94 Expdte 3555-D-94 Dip. Lafalla: Proyecto de ley de Creación de la comisión Nacional de Ética de la Función Pública”.

TP 189 95 Expdte 5272-D-95 Dip. Alberti Creación de la Comisión Bicameral Manos Limpias

Diario A. Entrados Expdte 1094/95 Romero Feris Creación de la Comisión Nacional de Lucha Contra la Corrupción

TP 158 Expdte 5439-D-94 Ortiz Maldonado, Creación de la Oficina Anticorrupción

TP 38 Expdte 1513-D-95 Sánchez Galdeano. Régimen sobre juicio de residencia aplicable a mandatarios, legisladores y funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional.

Leyes de incompatibilidades

Según Armando Grau en el artículo sobre incompatibilidades administrativas “Es el Estado en el cual se colocan el agente público que viola la prohibición de acumular cargos, ocupa una situación o ejerce una actividad lesiva a la administración pública”.

TP 15 95 Ortiz Maldonado de ley reproduce un proyecto anterior. Expdte 653-D-95

TP 58 Expdte 1938-D-93 Natale reproduce proyectos de Martínez Raymonda sobre incompatibilidad del ejercicio de cargo de ministro, secretario, subsecretario o asesor de quienes hubieran sido directivas de empresas que hubieran realizado negociaciones con el Estado.

Obsérvese que estos proyectos fueron reingresados lo cual significa que vienen de anteriores períodos y nunca fueron tratados.

Declaraciones Juradas

TP 70 Expdte 2173-D-95. De ley. Uzandizaga. Creación de un Registro Nacional de Bienes de Funcionarios Públicos (reproducción).

TP 20 Expdte 1477-D-94 Muñoz. De ley. Régimen de declaración Jurada del Patrimonio propio y de su grupo familiar, respecto de los integrantes de los poderes del Estado. (reproducción).

TP 126. Expdte. 3716-D-95 Flores y Vittar. Régimen para el archivo y conservación de declaraciones juradas públicas.

TP 40 Expdte 1726-D-96 Trettel Meyer, Modificación del art. 101 de la ley 11.683 para la eliminación del secreto para las declaraciones juradas.

TP 52 Expdte 2184-D-96 Bulacio. De ley. Régimen obligatorio de declaración jurada para todo funcionario público.

TP 5 Expdte 276-D-96 Carca y otros. Régimen de declaraciones juradas destinado a todo funcionario público.

TP 247 Expdte. 6030-D-9 Storani. De ley. Obligación de rendir cuentas de gastos protocolares para todo funcionario público.

TP 247 Expdte. 6032-D-95 Storani. De ley. Incluir como inciso d) del art. 101 de la ley 11.683, la excepción del secreto de las declaraciones juradas e informes tributarios de los integrantes de los tres poderes del Estado.

TP 10 Expdte 675-D-94 Ibarbia. De ley. Régimen obligatorio de Declaración patrimonial para el desempeño de la función pública (reproduce)

TP 19 Expdte 857-D-96. Balter. De Ley. Régimen de declaración jurada patrimonial para los funcionarios públicos. Creación de un cuerpo especial de auditores dentro de la Procuración General del Trabajo de la Nación.

Responsabilidad Civil

TP 4 Expdte 274-D-94 Vicchi. De ley. Cód. Civil. Modificaciones (reprod) Sustitución del art. 1112 sobre hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

El corpus analizado ha sido tomado por su materia preponderante, lo que no implica que a veces se incluyan materias no relacionadas con el nombre. La característica es que en materia de responsabilidad patrimonial, reformas al código penal, los temas se repiten y en gran parte son reproducciones de proyectos que caducaron por no haber sido tratados. Los que aumentan las penas para actos de corrupción de funcionarios públicos, suelen ser presentados en vísperas de elecciones.

Con relación al tan mentado proyecto que el poder ejecutivo publicó con carácter previo a las elecciones de estatuyentes, elaborado por el Dr. Aguirre y Obarrio y un equipo de destacados juristas, el mismo solo se difundió por medio de la prensa, apareciendo publicado en el Diario Cronista Comercial, sec. documentos el 16 de mayo de 1996, pero jamás fue remitido al Congreso Nacional para su tratamiento.

Lo cierto es que ninguno de estos proyectos tuvo ni siquiera media sanción de una de las Cámaras, lo cual demuestra que sólo son cortinas de humo. Por otro lado se da aquí el caso de que, quienes tendrían que votar nuevos organismos y penas, pueden ser los primeros en ser objeto de un nuevo sistema, con lo cual, su verdadero interés reside en mantener los canales de impunidad dejando las cosas tal como están.

IV. CONCLUSIÓN

La gravedad de situación frente a la globalización de la Economía, no sólo es una preocupación argentina, sino mundial, en especial de aquellos países del Primer Mundo que tienen importantes reglas anticorrupción, aún para los

inversores en el extranjero. Ello es así porque ellas les privan de la posibilidad de competir.

De las noticias publicadas en los diarios, y del corazón mismo de la pelea Barra-Cavallo, surge claramente existe una gran presión para eticizar al Estado.

La inserción de Argentina en el marco de la globalización se llevó adelante por la presión de EEUU y se divide en tres etapas, dos de las cuales se encuentran cumplidas pero quedarían truncas, si no se lleva a cabo la tercera.

1) Etapa de la reforma legislativa: Emergencia Económica y Reforma Administrativa.

2) Etapa de las privatizaciones: que ya está muy cerca de ser concluida sin que estén funcionando adecuadamente los Entes Reguladores y organismo de control.

3) Ambas se llevaron a cabo en medio de procedimientos desprolijos formal y materialmente, por eso para asegurar las inversiones extranjeras, es necesaria una reforma Etica. Vale la pena recordar los informes de Transparency Internacional y la firma del reciente de un Convenio Internacional Interamericano, donde los estados firmantes se comprometen a asumir una serie de conductas.

Pero no obstante lo expuesto, quiero que quede claro que sigo confiando en el hombre, en que siempre está abierta la posibilidad de que pueda activarse la luz interior de la conciencia. Por eso quiero terminar esta exposición volviendo sobre otra cita del Esclesiastés:

“Si ves que en una provincia se violan... Derecho y Justicia no te sorprendas porque todo grande tiene un superior que lo vigila y HAY OTROS POR ENCIMA DE ELLOS”.

BIBLIOGRAFÍA:

Estado de Derecho y corrupción. FÉLIX LOÑ. Contribuciones 2/92 pág. 151/176

Orden Constitucional, derecho de propiedad y corrupción. RICARDO M. ROJAS.

Contribuciones 2/92 pág 177/202

Proyectos presentados en la Convención Constituyente.

Proyectos presentados en el Congreso Nacional desde agosto de 1994.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Suscripta en Caracas marzo 1996.

Moralidad, Eficacia y Administración, por MARCELO CAMUSSO y HUGO DALBOSCO.

Proyecto de mod. reforma Penal elaborados por el Dr. Aguirre Obarrio y equipo a pedido del Colegio Público de Abogados. Nunca remitido al Congreso Nacional. Publicado en El Cronista Comercial.

Economía y corrupción. Conferencia de la economista Susan Rose Ackerman de la Universidad de Yale en la Universidad Torcuato Di Tella. Clarín 16/6/96 pág. 16 sup. económico.

La corrupción, asignatura pendiente en las reformas de América Latina, por MATT MOFFETT y JONATHAN FRIEDLAND - La Nación, sup. Wal Street Journal de las Américas, del 1/7/96.

La corrupción y su medida. La Nación. 7 de junio de 1996. Nota editorial.

Connivencia y corrupción, en Dos Primeras Año II N° 7, basado en el trabajo "La Corrupción en América Latina" del Profesor ALBERTO BOREA ODRIA.

Palabras sentido y verdad, por RODOLFO RABANAL. La Nación, junio 96

La Corrupción. MARIANO GRONDONA y art. Historia de la corrupción en Noticias pág. 92/93 1 de noviembre de 1992.

Funcionario Público que "pide" una dádiva conducta delictiva o atípica, por JOSÉ MARÍA ORGEIRA. LLey T 1983 A pág. 725/727.

La lucha contra la corrupción en los Estados Unidos, por MARIO D. MONTOYA, JA Doctrina 1992-IV pág. 943/956.

MARÍA SUSANA DRI

Abogado (UNBA).- Profesora Asistente de Derecho Constitucional - UCA.

**SEGUNDA SECCION:
EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA**



EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

ALBERTO B. BIANCHI

I. PLANTEO

La reforma constitucional puesta en vigencia en agosto de 1994, ha incorporado a su texto una serie de organismos. Algunos ya existían en nuestro derecho público y han adquirido ahora rango constitucional. Así, dentro del ámbito del Congreso de la Nación, aparecen la Auditoría General de la Nación (artículo 85)¹ —la que ya ha merecido algún desarrollo doctrinario²— a cuyo cargo se encuentra el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos y el Defensor del Pueblo (artículo 86)³ cuyo impulso doctrinario e institucional se debe —principalmente— a los trabajos de Jorge L. Maiorano⁴ quien se encuentra actualmente a cargo del organismo. Por otro lado ha recibido tratamiento constitucional el Ministerio Público, diseñado por el nuevo artículo 120 como un órgano independiente dotado de autonomía funcional y autarquía financiera.

La novedad principal en materia de órganos constitucionales, la constituye el consejo de la Magistratura creado por el artículo 114 de la Constitución,

¹ La Auditoría fue creada originalmente por la denominada Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público Nacional (Ley 24.156; B.O. 29.10.92).

² Véase Masnatta, Héctor: La Auditoría General de la Nación: los Organos de control en la Reforma Constitucional, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 187, abril de 1994, pp. 18/22.

³ Creado por Ley 24.284, B. O. 6.12.93, Adla 1994-A, p. 30, modificada parcialmente por ley 24.379, B.O. 12.10.94.

⁴ Maiorano, Jorge L.: El Ombudsman, Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1987. Con anterioridad a este trabajo se habían publicado otros trabajos en lengua castellana tales como: Padilla, Miguel M.: La Institución del Comisionado Parlamentario (El Ombudsman), Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976 y Rowat, Donald: El Ombudsman, el Defensor del Ciudadano, versión castellana de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

sobre el que también existen expresiones doctrinarias acreditadas⁵. Su creación —al igual que en el resto de las constituciones que lo contemplan— parece responder a la necesidad de dotar al Poder Judicial de un cuerpo profesional que afronte las exigencias modernas de la administración de una rama del Estado que, al igual que las restantes, ha visto crecer la complejidad de su manejo. En efecto, si bien es cierto que ha sido el Poder Ejecutivo quien con su tradicional liderazgo político y administrativo⁶ ha desarrollado la más compleja de la burocracias estatales al concentrar bajo su mando la mayoría de las oficinas públicas existentes, no lo es menos que tanto el Congreso como la administración de justicia requieren hoy también de una apoyatura técnica especializada. El Poder Judicial en particular, necesita hoy de la presencia de funcionarios que, sin ser magistrados dedicados a su tarea específica, realicen cometidos esenciales para la prestación eficaz de sus funciones jurisdiccionales. La Corte Suprema —sobre cuyo recargo de tareas no es preciso insistir demasiado—⁷ concentra actualmente la ejecución de un sinnúmero de tareas ajenas a sus cometidos específicos —ejecutadas en general por vía de superintendencia administrativa que alejan a sus magistrados del objeto central de sus preocupaciones. Este mismo problema en los Estados Unidos dio nacimiento —especialmente en los últimos veinte años— a una nueva disciplina que tiene ya enorme desarrollo bajo el nombre de *Administración*

⁵ Véase, por ejemplo: Sagüés, Néstor P.: El Consejo de la Magistratura, El Derecho 113-850.

⁶ Un análisis del liderazgo político del Poder Ejecutivo puede verse en Mayon, Carlos A.: El Liderazgo del Poder Ejecutivo, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 34/35/36, pp. 41/132.

⁷ Al igual que su par en los Estados Unidos en los años '20 cuando fue establecido el uso general del writ of certiorari, la Corte argentina ha sufrido en las últimas décadas un incremento notable de sus tareas producido por razones cuya explicación excede este comentario. Sin perjuicio de ello, pueden señalarse como causas principales, el aumento en la litigiosidad, el ensanchamiento de la base del recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia o la aparición de nuevas formas jurídicas (e.g. derecho ecológico). En los Estados Unidos son frecuentes los estudios estadísticos sobre la carga de tareas del Tribunal; puede verse por ejemplo: Casper, Gerherd and Posner, Richard, The Workload of the Supreme Court, American Bar Foundation, 1976. En la Argentina existen también numerosos estudios estadísticos sobre el mismo problema pero en general no están disponibles al público o son difíciles de hallar. La más actualizada y detallada de las obras disponibles es la de Cavagna Martínez, Mariano A., Bielsa, Rafael A. y Grana, E.R.: El Poder Judicial de la Nación, una Propuesta de Reconversión, Ed. La Ley (Feyde), Buenos Aires, 1994. En el Capítulo 5 de la Tercera Parte (pp. 147/179), se brindan una gran cantidad de estadísticas sobre el volumen de tareas de los tribunales del país. Un sólo dato —de los muchos que aportan estos autores— es revelador del recargo de tareas en la Corte Suprema. En Enero de 1993 existían en la Corte 6870 causas en trámite, cifra que se elevó a 19.333 en octubre de ese mismo año (p. 178).

(Administración de tribunales) y ocupa un importante número de libros, monografías y artículos.

Por ello, si pasamos revista al derecho comparado, veremos una presencia cada vez más asidua de este órgano en los nuevos ordenamientos constitucionales. Es de hacer notar sin embargo que —tal como ha ocurrido en otras oportunidades— ha sido el Derecho Público Provincial quien tomó la delantera habiendo incorporado a numerosas constituciones de nuestras provincias el Consejo de la Magistratura⁸ con anterioridad a su recepción en el ordenamiento federal⁹. De ello me ocuparé específicamente en el Capítulo III.b. de este trabajo, pero quiero dejar señalado desde ya que el Consejo en el orden nacional tiene ribetes específicos que lo distinguen de sus similares provinciales por las múltiples funciones que habrá de desarrollar. Sin embargo antes de entrar en esta explicación, creo que resulta útil examinar, siquiera brevemente, las experiencias que ofrecen otros países.

En el mundo de hoy, se advierten dos caminos diferentes para resolver el problema del recargo burocrático de los tribunales. Una primera solución apunta a la creación dentro de la esfera misma del Poder Judicial de organismos desconcentrados¹⁰, a quienes se encargan las tareas de administración, ejecución presupuestaria, realización de cursos de capacitación del personal, etc. Así lo han hecho, por ejemplo, los Estados Unidos y Chile. La segunda alternativa, está dada por aquellos países que han incorporado a sus instituciones el Consejo de la Magistratura. Efectivamente, tanto en Europa continental como en Iberoamérica, las constituciones han ido incorporando a sus textos un organismo muy similar a aquel con el que hoy cuenta la nuestra. Así por ejemplo —con diferentes denominaciones—¹¹ en Europa lo contem-

⁸ Entre las nuevas constituciones que contemplaron la existencia del Consejo de la Magistratura con anterioridad a la nacional están el Chaco, Río Negro, San Luis, Santiago del Estero, San Juan y Tierra del Fuego. Asimismo Buenos Aires, con su reciente Constitución de setiembre de 1994, lo ha incorporado también.

⁹ Un cuadro completo del panorama del Consejo de la Magistratura en el orden provincial puede verse en: Cavagna Martínez, M., Bielsa, R., y Grana, E.: *El Poder Judicial...*, ob. cit. pp. 394/400 (Anexo 2, apéndice a la parte quinta).

¹⁰ Recordemos, aun cuando ello es elemental, que en la teoría administrativa por desconcentración se entiende la técnica de crear órganos a los que se atribuye competencia pero sin dotarlos de personalidad jurídica, como ocurre cuando se descentraliza (Véase por ejemplo: Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, 1990, Abeledo Perrot, T. I, p. 619; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, 1991, Aberredo Perrot, T. I, p. 202).

¹¹ En España, por ejemplo, se lo denomina Consejo General del Poder Judicial y en otros países europeos (Francia, Italia, Grecia, Rumania, Turquía) recibe el nombre de Consejo Superior de la Magistratura. En los países Latinoamericanos se lo conoce con nombres análogos: Consejo Superior de la Judicatura en Colombia,

plan las constituciones de España, Italia, Francia, Portugal, Grecia, Turquía, Rumania y en nuestro continente Colombia, Venezuela, Perú, Paraguay y El Salvador. La lectura de estas constituciones revela que el Consejo de Magistratura cumple básicamente tres roles, los que necesariamente se hallan siempre reunidos. Dichos roles son (1) ser el órgano de autogobierno del Poder Judicial; (2) intervenir en el proceso de designación de los magistrados judiciales y (3) ejercer el régimen disciplinario de los jueces y participar en el procedimiento de remoción de los mismos. En algunos casos, también ejerce funciones de superintendencia.

El presente trabajo está orientado, entonces hacia dos fines: primero me propongo efectuar el examen de los antecedentes constitucionales y de las perspectivas institucionales que ofrece el nuevo artículo 114 de Constitución. Intentaré aquí desbrozar el camino de un instituto que —polémico por naturaleza— habrá de concentrar en el futuro más inmediato la atención de los estudiosos del derecho público; en segundo lugar quiero analizar si el Consejo de la Magistratura al restar las competencias a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial o más específicamente a la Corte Suprema, le quitará con ello poder o, en todo caso, se lo aumentará. La tesis en otras palabras es la siguiente: la Corte Suprema se encuentra hoy con un alto recargo de tareas que no hacen a su objeto específico como tribunal de justicia, lo que impide desarrollar en plenitud sus capacidades como tal. La pregunta, entonces, podría formularse así: ¿la aparición de un nuevo organismo que descargue algunas de esas tareas puede ser beneficioso para la Corte, en términos de una mejor concentración en sus competencias específicas, o se trata simplemente de una coparticipación en el poder que hasta ahora ejercía exclusivamente el tribunal?

II. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

a. En el derecho público provincial argentino.

El derecho constitucional de las provincias ofrece en la actualidad siete constituciones que prevén el Consejo de la Magistratura: Buenos Aires (artículo 175, Constitución de septiembre de 1994); Chaco (artículos 173/178, Constitución de 1957)¹²; Río Negro (artículos 220/222, Constitución de 1988)¹³;

Consejo Nacional de la Judicatura en El Salvador, Consejo de la Magistratura en Paraguay, Consejo Nacional de la Magistratura en Perú y Consejo de la Judicatura en Venezuela.

¹² En esta Provincia se dictó además la ley orgánica de funcionamiento del Consejo de la Magistratura (Ley 138 de 1958, luego modificada parcialmente por Ley 3804 de 1992).

¹³ En esta Provincia la Constitución ha sido reglamentada por la ley orgánica del Consejo de la Magistratura (Ley 2434 de 1991).

San Juan (artículos 214/217, Constitución de 1986); San Luis (artículos 197/200, Constitución de 1987); Santiago de Estero (artículo 166, Constitución de 1986) y Tierra del Fuego (artículos 160/162, Constitución de 1991).

En cuanto a su composición, todas estas constituciones siguen a su pionera —del Chaco— en donde se estableció una representación equilibrada entre los tres poderes públicos y los abogados de la matrícula provincial. En efecto, integran el Consejo de la Magistratura en esta Provincia, dos jueces del Superior Tribunal de Justicia, dos miembros de la Legislatura, el Fiscal de Estado y dos abogados que reúnan las condiciones para ser jueces del Superior Tribunal. Esta integración se repite luego —con ligeras variantes— en las restantes provincias. Así por ejemplo, en Río Negro se incorpora el Procurador General, en San Juan un ministro del Poder Ejecutivo al igual que en Tierra del Fuego, Santiago del Estero un juez de Cámara y en Buenos Aires —siguiendo el modelo nacional— se preve la integración con personas del quehacer científico y académico pero con carácter meramente consultivo.

Desde el punto de vista de la competencia asignada a los consejos de la magistratura provinciales, se observa que todos ellos intervienen en el proceso de designación de los magistrados judiciales, proponiendo los candidatos. Esta es la atribución genérica y básica que todos poseen. Además de ello, en el Chaco, Río Negro y Tierra del Fuego, el Consejo se constituye además en jurado de enjuiciamiento. Asimismo, en esta última, el Consejo propone la designación del vocal abogado del Tribunal de Cuentas y presta acuerdo además para la designación de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público.

Fuera de estos casos en los que específicamente las normas constitucionales crean el Consejo de la Magistratura, cabe mencionar que en Córdoba, por ley 8097¹⁴, fue creada la Comisión Asesora para la designación de magistrados inferiores, integrada por un juez del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal General de la Provincia, un diputado provincial, un miembro del Consejo de Partidos Políticos, un miembro de la Federación de Colegios de Abogados de la provincia, un miembro de la Federación de Colegio de Abogados de la circunscripción a la que pertenece el aspirante y un profesor titular por concurso de la Facultad de Derecho provincial. Como puede verse, esta Comisión reproduce la integración plural que se da en los consejos de la magistratura antes mencionados.

III. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

a. Pautas básicas.

En el orden federal en nuestro país, la reforma constitucional ha estable-

¹⁴ B.O. del 19.11.91.

cido el Consejo de la Magistratura en el artículo 114 de la Constitución — ubicado dentro de la Sección dedicada al Poder Judicial— norma esta que ha delegado en una ley del Congreso su organización y funcionamiento. Sin perjuicio de ello se han perfilado los lineamientos básicos del nuevo organismo.

En cuanto su composición se establece como norma genérica, que deberá procurarse el equilibrio entre los poderes del Estado y de los particulares vinculados con la administración de justicia. A tal efecto el Consejo deberá estar integrado por representantes de los órganos políticos, de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico,

Sus competencias están distribuidas en seis categorías: (1) Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores; (2) emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores; (3) administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia; (4) ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados (5) decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados y formular la acusación correspondiente (6) dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

A su vez, la decimotercera cláusula transitoria incorporada por la reforma determina que a partir de los trescientos sesenta días de su vigencia, los magistrados inferiores solamente podrán ser designados a propuesta del Consejo. Esto indica claramente que la ley que reglamente su funcionamiento deberá haber sido sancionada con bastante urgencia para evitar la paralización de los nuevos nombramientos.

De modo tal que este nuevo artículo constitucional —aun en ausencia de la ley que lo reglamente— permite formular algunas precisiones iniciales sobre el futuro funcionamiento del Consejo. En primer lugar se trata de órgano con poder de decisión sobre las materias de su competencia y no meramente asesor. En segundo lugar estará a su cargo la administración del Poder Judicial. Así lo establece específicamente el artículo 114 y ello surge especialmente de la facultad de ejecutar el presupuesto asignado a aquel y de la competencia para el citado de los reglamentos necesarios para la organización judicial. En tercer lugar aun cuando sus funciones están agrupadas en seis categorías de las mismas surgen nítidamente tres cometidos básicos: la selección de los jueces inferiores a la Corte Suprema¹⁵, el ejercicio del poder

¹⁵ Vale la pena recordar que sobre el tema de la designación de los jueces la doctrina tiene numerosos estudios que han reclamado una reforma o perfeccionamiento del sistema establecido por la Constitución. En esta línea pueden señalarse los

disciplinario sobre los mismos y la administración de los recursos económicos asignados al Poder Judicial.

De lo dicho surge que ha sido intención del legislador constituyente crear un órgano dotado de competencia específica para realizar, con un mayor grado de profesionalismo, ciertas tareas que antes correspondían directamen-

siguientes aportes: Alvarez Alonso, Salvador: Colegiación de Abogados y Carrera Judicial, *Jurisprudencia Argentina*, 1965-IV Sección Doctrina, p. 14.24; Bazán Lazcano, Marcelo: Reforma Constitucional, Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, *La Ley* 1988-E, pp. 1181-1184; Benet, Armando: Sistema de Designación de los Jueces en el Derecho Argentino y Comparado, *La Ley* 1991-A, pp. 831-834; Bergero, Eliseo B.: Las designaciones en el Poder Judicial (con especial referencia a la Pcia. de Córdoba), *La Ley* 125-822. Bidart Campos, Germán: La necesidad del acuerdo del senado para cargo judicial, *El Derecho* 137-664. Consejo para la Consolidación de la Democracia: Reforma Constitucional, dictamen preliminar, Eudeba, pp. 62-64 y 119-120. Buenos Aires, 1986; Dana Montaña, Salvador M.: Acerca de la designación de Magistrados, *Jurisprudencia Argentina*. Buenos 1979-II, sección doctrina, pp. 768-770; Ekmekdjian, Miguel Angel: Un nuevo elemento en el proceso de designación de los Magistrados Judiciales: la opinión del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, *La ley* 1990-E, pp. 1191-1193; Eliot, Sheldon D.: Garantías de independencia judicial en los Estados Unidos, Materiales para la Reforma constitucional, T. V. Afianzamiento del Poder Judicial, ps. 203-220 Comisión de Estudios Constitucionales, Buenos Aires, 1957; González Calderón, Juan A.: Opiniones e Iniciativas, Materiales para la Reforma Constitucional, T. II, ps. 89-95, 101-102. Comisión de Estudios Constitucionales. Buenos Aires, 1957; Lousteau Heguy, Guillermo A.: El nombramiento de los jueces sin acuerdo previo, *La Ley* 112-870; Lozada, Salvador M.: Régimen de designaciones Judiciales, *ADLA* XXVI-C p. 2776; Pintos, Carlos Alberto: Antecedentes para una ley sobre designaciones en el Poder Judicial, *La Ley* 1976-C, p. 467; Ramé, Roberto; Larrain, Ernesto y Aranda Lavarello, Eduardo: Acerca de una carrera Judicial abierta, *La Ley* 1980-B, p. 1133; Ramella, Pablo A.: Poder Judicial Competencia de los Superiores Tribunales de Provincias, en *La Reforma de las Constituciones Provinciales*, pág. 87, Asociación de Derecho Constitucional, Subsecretaría Parlamentaria del H. Senado de la Nación, Buenos Aires, 1985; Sagués, Néstor P.: El Perfeccionamiento de los mecanismos de selección de magistrados y su problemática Constitucional, *La Ley* 1977-C, p. 846; ídem, *La Escuela Judicial en La Argentina: El Centro de Estudios Judiciales de la Provincia del Chaco*, *Jurisprudencia Argentina*, 1978-II Sección doctrina, p. 644; Scelzi, José Licinio: La acordada 44 y la Independencia del Poder Judicial (necesidad de reformar el sistema constitucional para la designación de jueces), *La Ley* 1991-C, p. 741; Sentís Melendo, Santiago: Administración de Justicia y Carrera Judicial, *La Ley* 81-719; Sosa, Félix E.: La Selección de los Jueces y el Derecho Público Provincial, *La Ley* 1985-C, p. 1172; Sosa, Guadaluerto Lucas: El Derecho Transnacional, Constitucional y Público Provincial: La selección de los jueces y la independencia el Poder Judicial, *La Ley* 1991-D, p. 1137; Zaffaroni, Eugenio Raúl: Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático, *El Derecho*, diario del 27 de noviembre 1992.

te a los Poderes del Estado. La selección y remoción de los jueces, asignaciones que hasta ahora realizaban el Presidente y el Congreso —bajo pautas eminentemente políticas y con un alto grado de discrecionalidad— serán llevadas a cabo con la necesaria intervención del Consejo. La selección, como se ha visto, deberá realizarse mediante concursos públicos lo que supone —implícitamente— la creación de la denominada Escuela Judicial. La remoción a su vez, será realizada por un jurado de enjuiciamiento ante el cual actuará el Consejo como órgano acusador. Este jurado —según lo establece el nuevo artículo 115— deberá estar integrado por legisladores magistrados y abogados de la matrícula federal. En cuanto a la administración del Poder Judicial, la misma será detraída seguramente de la competencia ejercida hasta ahora por la Corte Suprema.

b. Interrogantes de un nuevo esquema institucional.

Explicadas así, muy suscintamente las pautas generales que sobre el Consejo ha delineado la Constitución, se abren un gran número de interrogantes algunos de los cuales seguramente serán despejados por la ley reglamentaria del artículo 114. Otros en cambio —por su propia naturaleza— quedarán para ser respondidos por la práctica jurisprudencial y el esfuerzo doctrinal de los especialistas. Sólo me propongo aquí efectuar un planteamiento preliminar de la cuestión y brindar las soluciones que provisionalmente me surgen. Sin perjuicio de ello destaco, en coincidencia con Bielsa y Lozano, que se trata de una institución que en mérito a su novedad en nuestro mundo jurídico —al menos en el orden nacional— y a su complejidad genera un gran esfuerzo de ingeniería política y normativa¹⁶.

b.I. Fuentes constitucionales del artículo 114.

El primero que tal vez sea necesario despejar es el origen de la nueva norma constitucional, esto es cuál ha sido la fuente de la misma en el derecho comparado y público provincial. Para detectar esta cuestión creo que debe atenderse a dos elementos: primero, la competencia del Consejo y segundo, su composición. En cuanto a lo primero tenemos que se trata —como ya dije— de un órgano con carácter decisorio y no de mero asesoramiento, a lo que se suma su función de administrador del Poder Judicial. Se trata, como puede verse, de un consejo que habrá de tener una fuerte presencia institucional. Ello lo acerca, en Latinoamérica, al sistema colombiano pues los restantes no parecen poseer una gravitación tan importante. En relación con los modelos europeos, si bien todos son bastante similares, creo que el español es quien más influencia ha tenido sobre el nuestro pues se advierte un paralelismo de competencias entre ambos bastante pronunciado. En lo atinente a la extrac-

¹⁶ Bielsa, R. y Lozano, *Independencia de los Jueces y Gobierno del Poder Judicial*, cit. p. 2.

ción sectorial de sus miembros, el Consejo argentino se ha apartado de los modelos europeos que presentan una impronta judicial pronunciada. El legislador constituyente nacional ha preferido la composición plural propia de los consejos iberoamericanos y provinciales. En suma, parece ser que el sistema colombiano es quien de todos ellos ha tenido mayor influencia en la gestación del artículo 114 de la Constitución.

Una segunda cuestión —bastante ardua de resolver por cierto— es la posición institucional del Consejo. En otras palabras, dentro de que poder del Estado se encuentra colocado. Si nos atuviéramos a la literalidad de la Constitución, la respuesta es sencilla, se trata de un órgano judicial en la medida que el artículo 114 está ubicado dentro de la Segunda Parte, Sección III, destinada al Poder Judicial. Pero creo que si bien provisionalmente esta postura es correcta, la composición plural del Consejo es susceptible de inducirnos a pensar que se trata de un órgano aparte de los tres poderes, esto es “extrapoder”, tal como Bidart Campos ha caracterizado a los ministros del Poder Ejecutivo¹⁷. En efecto, podría decirse —siguiendo un esquema constitucional muy rígido— que dentro de un poder no puede haber sino funcionarios de ese mismo poder, de lo contrario se produciría una intromisión en perjuicio de la separación de poderes. Recordemos de todos modos que los miembros del Consejo de la Magistratura que no tengan extracción judicial “representan” a los poderes políticos lo cual no los convierte necesariamente en funcionarios ejecutivos o legislativos.

Se trata indudablemente, de un tema opinable y además novedoso, pues es la primera vez que la Constitución presenta este desafío interpretativo, pero personalmente me inclino por admitir que el Consejo de la Magistratura es un órgano judicial. No sólo porque está ubicado dentro de la sección correspondiente a este poder sino porque, de sostenerse lo contrario, la afectación de la separación de poderes sería mayor aún. Pensemos tan sólo en algunas funciones del Consejo tales como la administración de muchas oficinas judiciales —tema al que me referiré más abajo— y el ejercicio del poder disciplinario sobre los jueces. ¿Podría sostenerse que algunas dependencias propias del Poder Judicial que hoy se encuentran bajo la superintendencia de la Corte Suprema y que necesariamente pasarán a depender del Consejo puedan quedar ubicadas en otro poder? ¿Es admisible, asimismo, que el monitoreo permanente de la actividad judicial que el Consejo desarrolle sea ejercido desde fuera y no desde dentro del Poder Judicial? Sobre este particular pensemos que existe una diferencia importante entre el juicio político del Congreso que se agota en un acto único y la vigilancia permanente que el Consejo ejercerá. Aún así podía argumentarse —siguiendo la doctrina de los órganos extrapoderes— que estamos ante un nuevo órgano de este

¹⁷ Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 343.

tipo. Pero con ello sólo conseguimos acudir a una comodidad hermenéutica que ofrece una solución simplista. Aquello que no logramos ubicar con precisión le es adjudicado a la masa residual de los órganos extrapoderes. Me parece preferible no inundar a la Constitución de éstos pues creo que con ello se desequilibra el esquema constitucional.

b.3. Relaciones con el Poder Judicial y los otros poderes.

En tercer término debe analizarse como se diseñará el nuevo esquema de relaciones entre el Consejo de la Magistratura y los poderes del Estado, ya que su inserción en el mundo constitucional tiene que producir necesariamente reacomodamientos de competencias y responsabilidades. En este sentido y como primera observación general tenemos que el Consejo habrá de absorber funciones que hoy ejercen tanto el Ejecutivo, como el Legislativo y el Judicial. En segundo lugar, debe ser señalado que, habida cuenta de la composición plural del Consejo, este mantendrá una estrecha vinculación con los tres poderes del Estado a través de los representantes que estos tendrán en su seno.

En lo que al Poder Judicial se refiere, y admitido que el Consejo es un órgano que le pertenece, se habrá de producir una “cohabitación” que obliga a establecer, en primer lugar, a quien corresponde la jefatura de esta rama de gobierno. Sin lugar a dudas esta jefatura seguirá ejerciéndola la Corte Suprema como máximo tribunal de la Nación. No podría ser otra manera. Parece muy difícil de admitir que un organismo no jurisdiccional como es el Consejo pueda ser cabeza o siquiera compartir la jefatura del Poder Judicial. Desde este punto de vista no podemos ni debemos olvidar que aun cuando la reforma haya “europeizado” a la Constitución con la inclusión del Jefe de Gabinete y del Consejo de la Magistratura, su estructura —al menos en lo judicial— sigue aferrada al sistema estadounidense donde la nota típica de la judicatura es la plena potestad de los jueces y en especial de la Corte Suprema de ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes y demás actor normativos¹⁸ a diferencia de los sistemas europeos que concentran dicho control en un órgano específico¹⁹. Por otra parte, el Consejo no tiene área de influencia en materia de designaciones ni de facultades disciplinarias sobre los jueces de la Corte. Sus cometidos están enfocados exclusivamente sobre los jueces de las instancias ordinarias. Si, en cambio, muchas de las funciones administrativas que hoy desempeña la Corte pasarán al Consejo y la encarga-

¹⁸ Si bien hoy día se acepta que órgano de la Administración puedan ejercer este control, lo cierto es que ello se trata de una cuestión excepcional que no rompe la regla enunciada en el texto. Sobre este punto véase: Bianchi, Alberto B.: Control de Constitucionalidad, abaco, buenos Aires, 1992, p. 245).

¹⁹ Sobre este punto puede consultarse, entre otras obras, Cruz Villalón, Pedro: La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

da de reglamentar ese traspaso será la ley que regule el funcionamiento de aquel. De modo que en este sentido el consejo aparece como el órgano de administración y autocontrol del Poder Judicial.

Un segundo aspecto no menos importante es la eventual apelación contra las decisiones del Consejo. Es un hecho que muchas de ellas habrán de generar un recurso y es preciso entonces pensar cual será la alzada del mismo. Un primer enfoque puede apuntar a que sea directamente la Corte Suprema quien resuelva el caso. Ello parece lógico en apariencia, pero no puedo ocultar que esta solución genera algunos problemas. La Corte Suprema puede ser alzada del Consejo a través de dos vías procesales: (1) el Recurso Extraordinario y (2) un recurso innominado que la ley reglamentaria prevea. En el mismo caso, nos encontraríamos con que el Consejo se convertiría en "superior tribunal de la causa" en los términos del artículo. De este modo el Consejo pasaría ser un órgano jurisdiccional y no lo es, a tenor de lo dicho en el párrafo anterior. En el segundo caso, la supuesta vía recursiva más que un recurso sería una acción de la cual conocería la Corte Suprema en instancia originaria. Y con ello se ampliarían los supuestos que para la misma prever el artículo 117 (ex 101). Quedaría así tergiversada la imposibilidad de ampliar esta competencia constitucional y excepcional lo cual motivó nada menos que el caso *Marbury y Madison*²⁰ hace casi dos siglos. No parece necesario tener que recordar que allí la Corte de los Estados Unidos, abrió la senda de control jurisdiccional de constitucionalidad declarando inconstitucional a la sección 12 de la Judiciary Art de 1789, por la presunta ampliación de la competencia originaria de la Corte en que había incurrido al permitirle emitir writ of mandamus sin intervención de instancia anterior. Tampoco es preciso abundar demasiado en que nuestra Corte Suprema repitió este principio con singular fidelidad en Eduardo Sojo²¹.

En tercer lugar no puede omitirse que el Consejo absorberá buena parte de la tarea administrativa que hoy realiza la Corte. En efecto, muchas de las dependencias administrativas que hoy se encuentran bajo la dirección del Tribunal pasarán al Consejo. Pero además es presumible que buena parte de la tarea reglamentaria que hoy compete a aquélla sea ejercida también por el Consejo. En este sentido el inciso 6º del artículo 114 en cuanto se refiere al dictado de los reglamentos relacionados con la organización judicial y los que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia, alude a disposiciones tales como el denominado Reglamento para la Justicia Nacional²², cuya elaboración quedará a cargo del Consejo.

²⁰ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

²¹ Fallos 32-120 (1887).

²² Acordada de fecha 17.12.52.

En lo atinente a las relaciones entre el Consejo y el Congreso, éste ha perdido a favor del primero su función acusadora de los jueces en el enjuiciamiento por irregularidades o mal desempeño de sus cargos. Si bien la seguirá teniendo a través de sus representantes —de conformidad con las reglas que la ley reglamentaria estipule—, se tratará de una actuación indirecta llevada a cabo, además, ante un órgano diferente pues la acusación será presentada no ya ante el Senado de la Nación sino ante el jury de enjuiciamiento cuya composición a tenor del artículo 115 es plural (legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal).

Por último, también el Poder Ejecutivo habrá de resignar algunas de sus competencias en relación con el Consejo. Hasta ahora la selección de los candidatos para ser jueces era de su resorte exclusivo y discrecional —salvo los requisitos mínimos que exigen los artículos 4, 5 y 6 del decreto 1285/87— mientras que ahora la selección se llevará a cabo mediante concursos públicos llevados a cabo dentro de la escuela judicial que se organice. Si bien la decisión final en la elección del candidato sigue siendo que debe hacerse entre los que figuren en la terna que el Consejo eleve al Ministerio de Justicia.

b.4. Pautas de la futura ley reglamentaria del artículo 114 de la Constitución.

Interesa por último examinar cuales serán las pautas de la futura ley reglamentaria del Consejo que la propia Constitución ha caracterizado como “especial” exigiendo además una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara legislativa para su sanción. Si bien no es posible adelantar a esta altura (octubre de 1994), como resolverá el Congreso los diferentes ítems que la ley contemplará, sí en cambio es posible decir cuales son. Así resulta inevitable que la ley establezca el número de miembros del Consejo, su jerarquía, requisitos para ocupar el cargo, los sistemas de elección y remoción de los mismos, el procedimiento ante el jury de enjuiciamiento, el procedimiento de los concursos públicos (de oposición o antecedentes o de ambos a la vez) para la selección de los candidatos a magistrados nacionales, la reglamentación de la llamada escuela judicial, etc. Una cuestión de importancia será también si la ley preveerá en definitiva la división en salas del Consejo. Es probable que así sea en la medida que —como señalé más arriba— el diseño constitucional establece tres categorías de funciones del Consejo bien diferenciadas, de modo que es previsible que cada una de ellas esté a cargo de una sala diferente. De tal modo existirá una división del trabajo interno que luego se integrará en una plenario de todos sus integrantes.

IV. CONCLUSIONES

Y bien, formuladas las precisiones anteriores cabe retornar a mi pregunta inicial, esto es si la aparición de un nuevo organismo que descargue algunas

de esas tareas puede ser beneficioso para la Corte, en términos de una mejor concentración en sus competencias específicas, o se trata simplemente de una coparticipación del poder que hasta ahora ejercía unívocamente el tribunal.

Reconozco que acometer al tarea de responder a este interrogante no es fácil y el margen de error es amplio. Aún así creo que puede ser intentado. Todo depende de que entendamos por “poder” de la Corte Suprema. Si aludimos con ello al manejo y ejecución del presupuesto, al nombramiento de empleados, a la adquisición de bienes, al ejercicio de la superintendencia en general y demás actividades de matiz burocrático, parece obvio que la Corte habrá de perder parte de sus roles actuales pues los mismos pasarán a ser de resorte del Consejo. Pero si, por el contrario, centramos el poder de la Corte en sus actividades específicas como supremo tribunal de la Nación, su pérdida no será tal. Antes bien, habrá de traducirse en una ganancia de tiempo lo que supone mayor y mejor concentración para el ejercicio del supremo poder del Tribunal, esto es, el control de constitucionalidad. He sostenido ya²³ que a través de este control la Corte Suprema, a lo largo de sus ciento treinta años de existencia, ha podido fijar —desde el ángulo institucional que le compete— las políticas básicas de la Nación. Basta dejar hablar por sí sola a la Corte para entender esta verdad.

Así, por ejemplo, en *Fisco Nacional contra Manuel Ocampo*²⁴, dejó establecida su posición institucional al decir que: “La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa en la esfera de sus atribuciones, la Soberanía Nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones. De sus fallos no hay recurso alguno a excepción del de revisión, interpuesto ante ella en los casos de jurisdicción originaria y exclusiva. Esta es la doctrina de la Constitución la doctrina de la ley y la que está en la naturaleza de las cosas. Es preciso confiar mucho en la pureza de los miembros de la Corte, en su amor a la justicia, en su solicitud por la verdad, en la superioridad del espíritu que alejará de ellos las debilidades del amor propio para reconocerles capacidad de enmendar su propio error... Ella puede cometer errores. Sus miembros no tienen la pretensión de hallarse investidos con el divino don de la infabilidad Pero cualquier Tribunal a que se invista con la facultad de juzgar en último resorte, ha de hallarse en la misma situación, pero no puede concebirse Tribunal alguno que no haya de ser desempeñado por hombres”.

Una hermosa frase —sin duda— que la Corte ha llevado a la práctica en

²³ Bianchi, Control de constitucionalidad, cit., p. 393.

²⁴ Fallos 12-134 (1872).

numerosas ocasiones. De hecho, esta doctrina ha sido mantenida en tiempos más recientes en Rodolfo J. Brieba²⁵ y reiterada a lo largo de su larga actuación cuando ha sostenido, por ejemplo, que sus sentencias deben ser lealmente acatadas, siendo sus decisiones intangibles, pudiendo imponerse directamente su cumplimiento a los jueces locales y federales²⁶, o bien señalando que tanto las partes como los órganos jurisdiccionales inferiores deben acatamiento a sus fallos²⁷.

Bajo estas premisas —y en el terreno constitucional especialmente— la Corte adhirió desde el principio al credo de *Marbury vs. Madison*²⁸. En *Sojo*²⁹, por ejemplo, repitió —con sincera creencia— pasajes enteros de la sentencia norteamericana. Igualmente lo hizo al adoptar la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables en *Cullen c/Llerena*³⁰, inspirada en esta ocasión por *Luther vs. Borden*³¹. Fuera de estos casos muy conocidos, sentó las bases para la interpretación de diversas cláusulas constitucionales en precedentes como *Empresa Plaza de Toros*³², *Argerich*³³, *Calvete*³⁴, *Alem*³⁵, *Oroño*³⁶, *Espina*³⁷, *Lino de la Torre*³⁸ o *Severo Chumbita*³⁹. Entrado ya el Siglo XX, fue ardiente defensora de la propiedad individual en *Hileret c/Pcia. de Tucumán*⁴⁰, postura que la emergencia locativa le hizo cambiar en *Ercolano c/Lanteri de Renshaw*⁴¹ veinte años después y que ha sido mantenida y ampliada hasta

²⁵ Fallos 306-2070 (1984), ver esp. cons. 7º.

²⁶ Fallos, 205:335; 289:446; 295:597.

²⁷ Fallos, 245:429; 255:119; 264:443; 293:531.

²⁸ 5 U.S.. (1 Cranch) 137 (1803).

²⁹ Fallos 23-120 (1887).

³⁰ Fallos 53-420 (1893).

³¹ 49 U.S. (7 Howard) 1 (1849).

³² Fallos 7-152 (1870).

³³ Fallos 1-130 (1864).

³⁴ Fallos 1-197 (1864).

³⁵ Fallos 54-432 (1893).

³⁶ Fallos 14-223 (1873).

³⁷ Fallos 54-334 (1893).

³⁸ Fallos 19-231 (1877).

³⁹ Fallos 17-22 (1875).

⁴⁰ Fallos 98-94 (1903).

⁴¹ Fallos 136-170 (1922).

Peralta c/Estado Nacional⁴². Estableció las bases de las relaciones entre el Congreso y el Presidente a través de la denominada delegación legislativa en A.M. Delfino⁴³, doctrina repetida con ritmo monocorde durante décadas⁴⁴ y remozada recientemente en Cocchia⁴⁵. Convalidó el ejercicio de la ley marcial en Rodríguez, Ruggero y Tambascio⁴⁶ y el procedimiento de expulsión de extranjeros establecido en la ley 4144⁴⁷. Sentó los límites de actuación constitucional de los Tribunales administrativos en Fernández Arias c/ Poggio⁴⁸, dio nacimiento a la Acción de Amparo en Siri⁴⁹ y Kot⁵⁰ e inauguró el control de razonabilidad de la actuación de los poderes políticos en Antonio Sofía⁵¹. A comienzos de siglo confirió autarquía a los municipios⁵², tesis que luego modificó setenta años mas tarde cuando en Rivademar c/Municipalidad de Rosario⁵³, les dio el carácter de entes autónomos⁵⁴. En la relación de las leyes con los tratados internacionales pasó de una equiparación absoluta en Martín & Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos⁵⁵ a la supremacía de éstos sobre aquéllas, doctrina esta inaugurada con Ekmekdjian⁵⁶, y mantenida luego en Fibraca⁵⁷ y Hagelin⁵⁸. Ha tenido vaivenes en la amplitud de reconocimiento de los derechos individuales. En épocas recientes casos

⁴² La Ley 1991-C, p. 141.

⁴³ Fallos 148-430 (1927).

⁴⁴ Ver por ejemplo, el caso Conevial c. Ana, Fallos 310-2193 (1987).

⁴⁵ La Ley diario del 30.5.1994 (sent. del 2.12.1993).

⁴⁶ Fallos 254-116 (1962).

⁴⁷ Caso Simón Shiemberg, Fallos 164-344 (1932).

⁴⁸ Fallos 247-646 (1960).

⁴⁹ Fallos 239-459 (1957).

⁵⁰ Fallos 241-291 (1958).

⁵¹ Fallos 243-504 (1959).

⁵² Municipalidad de La Plata c. Ferrocarril Sud, Fallos 114-282 (1911).

⁵³ Fallos 312-326 (1989).

⁵⁴ De todos modos cabe recordar que en un fallo posterior, Municipalidad de Rosario c/ Pcia. de Santa Fe, M. 574.XXII (4.6.91), la Corte retornó al criterio de la autarquía.

⁵⁵ Fallos 257-99 (1963).

⁵⁶ Ekmekdjian, Miguel Angel, c/Sofovich, Gerardo, E. 64 XXIII (7.7.92).

⁵⁷ Fibraca Constructora SCA c/comisión Técnico Mixta de Salto Grande, F.433.XXIII (7.7.93).

⁵⁸ Ragnar Hagelin c/PEN s/juicio de conocimiento, H. 19-XXV, 22.12.93.

como Bazterrica⁵⁹, Capalbo⁶⁰ y Ponzetti de Balbín⁶¹ ampliaron el horizonte del derecho a la intimidad frente al consumo de estupefacientes y a la intromisión de los medios de prensa. En el caso de la tenencia de estupefacientes la doctrina fue luego modificada en Montalvo⁶². Asimismo, la libertad de expresión ha salido triunfante en Servini de Cubría⁶³ un caso muy comprometido. El reconocimiento estatal de una asociación asimismo, fue interpretada con carácter estricto en Comunidad Homosexual Argentina⁶⁴.

Todos estos fallos recordados en muy apretada síntesis, ponen de manifiesto donde reside el verdadero poder de la Corte. El mismo que no se encuentra precisamente en el número de empleados que designa o la cantidad de contratos que celebra. Ciertamente nadie puede poner en duda que es más importante poder establecer la posición institucional de un país ante los tratados internacionales, fijar los límites de la separación de los poderes del Estado, asegurar la libertad individual durante el estado de sitio, desarrollar la dimensión de la libertad de expresión, considerar cuales son las limitaciones constitucionalmente válidas a la propiedad privada o determinar cuando se verifica la defensa en juicio.

De modo tal que la aparición del Consejo de la Magistratura en el horizonte de nuestras instituciones nacionales, si bien detraerá de la esfera del Tribunal competencias en el orden administrativo, no creo que ello pueda menguar la función esencial que la Constitución le encomienda. Parecería, por el contrario, que se abre para la Corte la oportunidad de poner más énfasis aún en su misión como superior tribunal de la Nación. De todos modos no olvidemos que en última instancia —y con esto no descubro verdad alguna— no son las leyes las que hacen las instituciones, sino que lo son los hombres que las gobiernan. Queda entonces librado a la voluntad de los jueces de la Corte y a los miembros del Consejo de la Magistratura determinar si aquélla habrá de aumentar o disminuir su poder.

⁵⁹ Fallos 308-1392 (1986).

⁶⁰ Fallos 308-1392 (1986).

⁶¹ Fallos 306-1892 (1984).

⁶² Causa M. 114-XXIII del 11.12.1990.

⁶³ Servini de Cubría, Maria Romilda s/Amparo S.289.XXIV, S.292 XXIV y S.303 XXIV (8.9.92).

⁶⁴ La Ley 1991-E, p. 679.

ALBERTO B. BIANCHI

Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA).- Profesor Titular de Derecho Constitucional en UCA y Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.- Asimismo es Profesor de Derecho Administrativo.- Su libro "Competencia Originaria de la Corte Suprema" mereció el premio "Facultad".-

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

NÉSTOR P. SAGÜÉS

El debate constitucional en torno al Consejo de la Magistratura gira hoy sobre dos puntos fundamentales: las competencias del mismo, y su composición. Son, efectivamente, sus temas básicos, los que definen el perfil y el rol institucional del Consejo.

Ambos asuntos pueden estudiarse desde distintas perspectivas. Una de ellas es de tipo crítico: ¿está bien que exista un Consejo de la Magistratura? ¿Es adecuado que la Constituyente de 1994 le haya conferido los superpoderes que menciona el art. 114 del nuevo texto constitucional? Otra, pragmática, es de corte partidista: ¿qué conviene al oficialismo por un lado, y a la primera oposición por el otro, en cuanto a la integración y a los poderes del Consejo? ¿Cómo lograr el manejo del Consejo por uno o más partidos políticos?

Por nuestra parte pretendemos abordar el asunto desde otro ángulo. En concreto, auscultar cuál ha sido la voluntad del constituyente —buena o mala, acertada o incorrecta—, para desde allí, pensar un diseño del Consejo de la Magistratura que tenga como primera meta ser fiel a ese mensaje constitucional, por más que el mismo resulte intrínsecamente polémico.

En ese quehacer, el documento más relevante es, sin hesitación, el informe del miembro informante por la mayoría en el seno de la asamblea constituyente, ya que su despacho es el que, al fin de cuentas, justificó en el recinto a la iniciativa. Las otras opiniones, aun vertidas en las comisiones internas de la convención, ceden ante lo expuesto por el referido miembro informante al someterse ante la convención a la nueva norma, ya que se formulan ante el pleno de la convención. Por lo demás, los asambleístas presentes sufragaron fundamentalmente en base a ese informe, y la mayoría de ellos no tuvo acceso a otras fuentes secundarias, como los aludidos debates en (por ejemplo), la comisión de redacción. En resumen, una cosa son los trascendidos —más o menos fidedignos— que pudo haber de lo actuado antes del tratamiento del proyecto por la convención, y otra lo que se manifestó y trató explícitamente en su plenario.

Un despacho concordado

El Consejo de la Magistratura ya había sido insertado en el “Pacto de

Olivos”, y figuraba concretamente en el texto de la ley de convocatoria a elección de convencionales constituyentes 24.309, en su tramo denominado “Núcleo de coincidencias básicas”.

En su libro “La reforma por dentro” (Buenos Aires 1994, ed. Planeta, pág. 214 y sigtes.), Alberto García Lema, a la sazón Procurador General del Tesoro y uno de los artífices del Pacto de Olivos, recuerda que el Consejo de la Magistratura no había contado con buen predicamento en los proyectos reformistas del radicalismo, y en cambio, sí en los finales de justicialismo, aunque con papeles modestos: una suerte de comisión asesora del Presidente para la preselección de los jueces. Sin embargo, posteriormente la idea del Consejo cobró auge, e incluso el radicalismo mocionó para dejar en sus manos todo el proceso de designación de jueces inferiores a la Corte Suprema. El justicialismo, en cambio, defendió la actuación de los poderes políticos en tal quehacer, y a la postre se arribó a una transacción retratada en el “Pacto de Olivos”.

Nadie podía, pues, llamarse a asombro. El art. 2º, punto “H”, de la ley de convocatoria 24.309, disciplinaba detalladamente al Consejo de la Magistratura. Como dicho punto se injertaba dentro del “paquete” de normas que la convención debía aprobar o rechazar en bloque, por sí o por no, tampoco había muchas posibilidades políticas de modificar lo planteado en el Pacto de Olivos. Una pequeña excepción era la facultad que iba a tener el Consejo de elaborar propuestas de jueces a través de concursos, ya que la ley 24.309 dejaba a la asamblea constituyente el “gran poder”, de prescribir si esas propuestas para el Poder Ejecutivo, debían ser de dos o de tres personas. En la convención de Santa Fe, el despacho mayoritario tuvo en este tramo dos miembros informantes que actuaban alternadamente. Uno de ellos era justicialista (García Lema) y el segundo radical (Paixao). Con relación al Consejo de la Magistratura, habló este último, pero su exposición contaba también con el visto bueno del otro. Había, entonces, un despacho mayoritario —significativamente predominante— y bien consensuado.

El “animus” del constituyente

Creo que aquí aparecen tres interrogantes clave: a) la trascendencia o irrelevancia de la reforma; b) las competencias del Consejo; c) su integración.

Con relación a lo primero, Paixao no utiliza eufemismo cuando destaca que si hay un Poder del Estado que precisa modificaciones, éste es el Judicial. Demanda, al respecto, una “profunda” reforma, que desde la Constitución “apunte a la recuperación de la confianza pública”. En síntesis, llama al Judicial “poder crítico” (en crisis).

La crisis judicial es, a su juicio, triple (“Diario de Sesiones”, págs. 2219/21). Tiene una dimensión técnica, una segunda institucional (por la antigüedad del diseño de ese Poder), y la final, política, “originada en la pérdida de

la confianza pública en quienes ejercen ciertas magistraturas, algunas de ellas importantes". Reconoce en resumen que la sociedad argentina demanda tres cosas: mayor transparencia en el sistema de reclutamiento de los jueces federales, mayor responsabilidad de éstos, y mayor confiabilidad, que se logrará cuando desempeñen mejor sus funciones específicas, que es la de resolver los litigios.

En conclusión, el miembro informante por la mayoría plantea una "importante reforma judicial", merced a la decisión del constituyente; y el "órgano central de esta reforma", es precisamente el Consejo de la Magistratura. Lo que se postula, por ende, no es un cuerpo secundario, supletorio o de orden inferior, sino alguien que —repetirá Paixao— asuma "funciones centrales".

Sobre los poderes del consejo, el miembro informante destaca tres. Uno, la selección de los futuros jueces inferiores a la Corte Suprema mediante concursos públicos, para después elevar una terna vinculante al Poder Ejecutivo: "por lo tanto, obligatoriamente el Poder Ejecutivo deberá elegir de ellas —las ternas— a uno de los nominados", que se someterá al Senado para que le preste (o no) acuerdo.

Otra función del Consejo es abrir el mecanismo de remoción de los magistrados inferiores a la Corte, en casos de inconducta, sobre lo que en definitiva decidirá el Jurado de Enjuiciamiento.

La tercera tarea que destaca es la remisión al Consejo de "la totalidad de los poderes de administración" del Poder Judicial. Paixao subrayó que así se decide revertir una tendencia que a lo largo de este siglo agrupó en la Corte Suprema competencias reglamentarias, disciplinarias, administrativas y de gestión, con resultados negativos, además de haberse olvidado la genuina esencia funcional (judicial) de aquella Corte. La reforma, en definitiva, trata —advierte— de poner fin a ese "proceso de concentración de poder administrativo en un tribunal de justicia".

En cuanto la composición del Consejo, el convencional que seguimos apoyó la idea de un cuerpo que llamó equilibrado y pluralista, con estas dos ideas fuerza: a) que no sea autogestionario (vale decir, que el Poder Judicial no sea dirigido en el Consejo exclusivamente por jueces); b) que los "poderes democráticos" retengan una significativa injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero que también sean acompañados por éstos y otros estamentos vinculados con la actividad forense.

Conclusiones

En el seno de la convención constituyente el debate sobre la reorganización constitucional del Poder Judicial no fue pacífico. Hubo numerosos discursos opuestos al despacho de la mayoría, en particular respecto a la

sustracción de competencias tradicionales de la Corte Suprema, y su transferencia al Consejo de la Magistratura, y en cuanto las incógnitas que plantea la integración concreta de éste, apenas esbozada en el nuevo art. 114 de la constitución, donde se habla de una representación equilibrada de órganos provenientes de la elección popular, jueces, abogados, y personalidades científicas y académicas. Otro punto controvertido fue si es o no un órgano extrapoder (v. al respecto la intervención del convencional Hitters, Diario de Sesiones, págs. 2427/8).

Tales impugnaciones, que en buena medida tiene fundamento, no afectan el hecho de saber cuál fue la intención y las directrices primarias del constituyente (mayoritario), al sancionar el precepto que comentamos. Podrá o no compartirse su criterio; pero el criterio —al menos en sus rasgos principales— existe, y debe presidir la instrumentación legislativa del Consejo.

En definitiva, pues, el Consejo de la Magistratura aparece como un órgano con rango constitucional destinado, en el programa del constituyente, a sanear el sistema judicial argentino. Su actuación en el escenario federal no es la de un partiquino, sino la de un primer actor.

Concebirlo pues como un ente auxiliar de la Corte Suprema de Justicia es un error conceptual, como sería también subordinar fácilmente sus decisiones, por ley, mediante un régimen recursivo generoso, al criterio de la Corte. Bien o mal, fue entendido por la convención reformadora de 1994 como órgano de administración y, en buena medida, de gobierno de la Judicatura. Al mismo tiempo, imaginado como fue también para garantizar la independencia del Poder Judicial, mal podría la ley ordinaria convertirlo (al graduar su composición específica) en una agencia del partido oficialista, o del Poder Ejecutivo, o del Poder Legislativo. Su integración, por ende, tiene que satisfacer dos cosas: que no implique un autogobierno absoluto de los jueces, pero que no domestique (para provecho de otras fuerzas políticas) a los jueces

Si se cae en el pecado de su desnaturalización, la clase política frustrará el objetivo del constituyente, y defraudará también a la sociedad argentina, que reclama un Poder Judicial imparcial e idóneo, apto para generar una dosis satisfactoria de legitimidad y seguridad jurídica.

NÉSTOR P. SAGÜES

Abogado y Doctor en Derecho.- Tratadista, autor de "Elementos de Derecho Constitucional", "El recurso extraordinario" entre otros.

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA ¿UNA CREACIÓN PARADOJAL?

ORLANDO J. GALLO

Existe en la sociedad argentina una especie de desazón que domina toda la vida ciudadana, ese sentimiento se refleja en dos actitudes aparentemente contradictorias entre si: por un lado una cierta desesperanza; y por el otro un reclamo sordo: el mejor funcionamiento de la justicia. La sociedad obra como si la administración de justicia le faltara.

Quienes estudiamos el Derecho Constitucional tenemos una especial predilección por el Poder Judicial, sin embargo lo enseñamos en los manuales de la asignatura, y en los programas como el tercer poder; ello tal vez se deba a una tradición docente, a que el Poder Judicial es el que más alejado se encuentra de las decisiones populares o, quizá por aquella expresión de Hamilton, devenida clásica, que es el más débil de los poderes porque carece de la espada y de la bolsa.

Sin embargo el Poder Judicial está muy lejos de ser el tercer poder. Muy por el contrario; en cierto sentido es el primero y más importante, pero no solo en el orden valorativo, porque su tarea es la de la realización y concreción de la justicia, sino también en el orden práctico, en la consideración propia del ciudadano común. Porque a diferencia de los programas de Derecho Constitucional, en la vida del hombre común, la administración de justicia realizada por el Poder Judicial, no constituye un tercio de su vida ciudadana, ni tampoco la mitad de ella, es el noventa por ciento de su vida. El ciudadano puede soportar un Congreso ineficiente para legislar, o una clase política divorciada de sus intereses y con poco sentido ético; puede aún soportar un Poder Ejecutivo con veleidades despóticas, pero cuando siente que no tiene un juez para ampararse, ni una justicia segura a quién recurrir, allí es cuando desespera, descrece de la organización política y siente que se conmueven los mismos cimientos del estado.

Quienes pactaron la reforma de 1994 tenían clara conciencia de esta crisis y consagraron en la constituyente tres órganos a los cuales le dieron categoría constitucional: el Consejo de la Magistratura para la selección y designación de los magistrados, el Jury de Enjuiciamiento, para la remoción de los

magistrados inferiores a la Corte Suprema y el Ministerio Público como órgano extrapoder, pero integrante de la Justicia Nacional, para defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Si bien se mira, el Poder Judicial de la Nación es quien ha experimentado la más profunda reforma de los tres poderes; sin embargo, tal vez porque no ha respondido a un verdadero sentir de los grupos políticos mayoritarios, esa reforma sigue siendo todavía un “flatus vocis”. No ha sido sancionada ninguna de las leyes que deben reglamentar estos institutos, a pesar que para el dictado de la reglamentación del Consejo de la Magistratura el plazo se encuentra ya vencido.

El Consejo de la Magistratura constituye una creación constitucional que podría importar uno de los más serios controles republicanos establecidos en la reforma de 1994.

Ahora se encuentra latente en todo el ámbito del quehacer jurídico la preocupación para que se implemente por el Poder Legislativo un órgano que apunte a los fines para los cuales fue concebido y creado: mejorar el sistema de selección de los Magistrados para elevar el nivel técnico y asegurar la eficacia de la administración de justicia.

La primera sorpresa que nos dio el texto constitucional fue que el artículo 114, al crear el Consejo de la Magistratura, le otorga facultades que van más allá de la selección de los magistrados. El Consejo de nuestra constitución es “un super Consejo”: tiene facultades de superintendencia, poderes disciplinarios sobre los jueces y maneja, además, el presupuesto y la administración de todo el Poder Judicial.

A partir de la sanción de este artículo por la Convención Reformadora es cuando se corporiza el temor de que una institución concebida para dar mayor plenitud e independencia a un Poder, termine con un resultado verdaderamente paradójico: que en lugar de aumentar la independencia del Poder Judicial, se la cercene.

Para empezar cabe decir que, dentro de la economía de nuestra constitución, seguidora del sistema llamado “americano” con una neta división de poderes y donde la organización de la administración de justicia constituye un verdadero poder: el Poder Judicial, el Consejo de la Magistratura de raigambre europea, aparece como una flor exótica. Este instituto nace en las constituciones europeas como la francesa de la cuarta república, la italiana de 1947, la francesa de la quinta república, la portuguesa de 1974 y la española de 1978, para no citar sino los ejemplos más resonantes.

En Europa la administración de justicia no ha constituido un verdadero poder, a diferencia de lo que ocurría en América. En la Europa continental quedó el resabio de la lucha de los parlamentos contra el poder absoluto de los monarcas; de modo tal que el parlamento, depositario de la soberanía

popular, miraba con desconfianza a los jueces que eran órganos selectos vinculados de algún modo a la aristocracia. Tal es así que en Francia, luego de la Revolución, se establece la casación, siendo la propia asamblea legislativa el órgano de casación respecto de las decisiones de los jueces. Es decir: por desconfianza a los jueces la Asamblea se constituyó en instancia extraordinaria y última de toda la administración de justicia. Asimismo en toda Europa continental y en la misma Inglaterra, nunca se reconoció la posibilidad que los jueces efectuaran el control de constitucionalidad de las leyes y actos de los poderes políticos.

Así llegamos hasta la segunda post-guerra, y para ese entonces, en la mayoría de los países europeos la administración de justicia todavía era un órgano dependiente del gobierno que manejaba no solo la designación y promoción de los jueces, sino también, su presupuesto y mantenía sobre ellos el poder disciplinario.

La creación de los Consejos de la Magistraturas o Consejos del Poder Judicial implicaba el traspaso de todas o algunas de esas facultades del Ejecutivo a un órgano técnico, no político, integrante del Poder Judicial, y constituido en su mayoría por jueces. Indudablemente estas creaciones contribuían notablemente a la independencia de la Justicia y a la constitución de su administración como un verdadero poder.

En cambio en América, desde el mismo inicio de su tradición constitucional, el Poder Judicial está concebido como un poder, que mantiene independencia respecto de los poderes políticos, cuyas decisiones puede dejar de aplicar cuando son contrarias a la constitución. Si se ha pensado en el Consejo de la Magistratura, es para evitar la ingerencia de los poderes políticos en la designación de los magistrados o bien para asegurar que el poder político nombre magistrados con idoneidad técnica, evitando así que se introduzca el partidismo en el seno del Poder Judicial. Por ello si al Consejo de la Magistratura se le otorgan mayores facultades, no va a ser para trasladarlas del Ejecutivo al Judicial como ocurrió en Europa, sino para quitárselas a los jueces otorgándoselas al Consejo. De allí el cuidado que es necesario tener, habida cuenta la raíz distinta de un mismo instituto sea en Europa y en América.

Por lo exótico del instituto dentro de nuestro sistema y por los peligros antes enunciados, el Consejo para la consolidación de la democracia dictaminó de un modo contrario a su inclusión, en la reforma constitucional que se gestaba casi diez años antes de la ocurrida en 1994.

Precisamente en los Estados Unidos, para mejorar el servicio de la justicia, se fueron creando órganos dependientes del Poder Judicial e integrados por jueces, que apuntan a solucionar los problemas que atentan contra una justicia más rápida y eficaz. Así: los problemas que podríamos llamar de política judicial se encuentran atendidos por la "Judicial Conference of de

United States”, organismo creado en 1922 y que apunta a implementar medidas para el mejoramiento del poder judicial.

A su vez en 1967, se crea el “Federal Judicial Center”, cuya principal función es la de investigar los problemas judiciales y la capacitación permanente dentro de la administración de justicia. A su vez, toda la tarea administrativa y presupuestaria del Poder Judicial la realiza el “Administrative Office of United States Courts”.

Como se ve, en los Estados Unidos la creación de estos órganos dependientes fundamentalmente de la Corte Suprema de Justicia, apuntó mas bien a asegurar la celeridad y eficacia de la administración de justicia más que a consolidar su independencia.

El modelo norteamericano fue seguido en cierta manera por Chile, que en 1990 creó la Corporación Administrativa del Poder Judicial la que, dependiendo de la Corte Suprema, resume las facultades administrativas, presupuestarias y de capacitación del Poder Judicial.

Pero nuestros reformadores de 1994, prefirieron, al igual que otros países Hispanoamericanos, adoptar un sistema similar a los europeos antes mencionados.

Sin embargo los Consejos en Europa se encuentran integrados con neta mayoría de jueces, en cambio en los ensayos hispanoamericanos y en el que promete la reforma de 1994, los jueces integrantes quedan en una franca minoría. En nuestro caso, a pesar que el mandato del artículo 114 es el de procurar en su composición el equilibrio entre la representación de los órganos políticos con los jueces de todas las instancias y los abogados de la matrícula federal, ese “equilibrio” dada la pluralidad de integrantes siempre dejará a los jueces en minoría dentro del Consejo.

Más aún, por cuanto en el proyecto del Ejecutivo que tiene la sanción del Senado, los abogados de la matrícula serán elegidos por elección directa de todos los abogados lo que importará, por la dinámica propia de nuestras costumbres, una politización de esa elección.

Lo mismo ocurrirá con los académicos que integrarán el Consejo habida cuenta que según el mencionado proyecto ellos no serán designados por las Academias sino por la elección política del Senado.

Por ello, volviendo a las facultades que nuestra constitución le atribuye al Consejo, que son muy grandes y que superan todos los antecedentes conocidos, va a ser dudoso que en su funcionamiento dicho Consejo responda al principio de legitimidad que le dio origen; porque ese órgano que nace de la desconfianza hacia los poderes políticos, por su intromisión en el Poder Judicial afectando su independencia, estará dominado por políticos resultando, como se dijera con anterioridad, una creación paradójica de nuestra constitución.

A nivel teórico puede no ser objetable que el Consejo tenga facultades administrativas, disciplinarias, presupuestarias y de superintendencia. Ello liberará a los magistrados de responsabilidades que no le son propias y en las cuales no se mueven cómodamente. Pero en el orden práctico, restarle esas facultades a los jueces para atribuir las a un órgano con preponderancia en su integración por los poderes políticos no conducirá a un aumento de la independencia del Poder Judicial, sino a su disminución.

En cuanto a su ubicación constitucional, el Consejo de la Magistratura integra el Poder Judicial como un órgano extrapoder a él referido. La reforma de 1994 establece un Poder Judicial con dos cabezas. Una diarquía desigual, como calificara Duverger al sistema establecido por la quinta república francesa respecto del Poder Ejecutivo, o un sistema planetario con dos soles, como calificara Sagüés a la creación similar de la Constitución Boliviana. En nuestro caso habrá una cabeza jurisdiccional constituida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una cabeza administrativa y de superintendencia constituida por el Consejo de la Magistratura.

El resultado práctico de esta creación queda aún en la nebulosa de esta reforma constitucional inconclusa.

En el seno de la convención reformadora de 1994, se intentaron manejar espacios de poder, para lo cual concurren los dos partidos principales que definieron la reforma. Ellos trabajaron con reservas mentales y no lograron definir en el seno de la asamblea el perfil de muchas instituciones creadas, entre ellas ésta, por cuanto en el fragor de las negociaciones ninguno logró preeminencia. Optaron entonces por el atajo de dejar deferida a la ley completar a la Constitución y hasta el día de hoy, no han podido o no han querido definir esas situaciones. Tal es así que prácticamente no se ha sancionado ninguna de las leyes cuya creación la Constitución encomienda.

La cuestión sigue sin resolver porque circunstancias coyunturales impiden que se expliciten las mayorías y que surjan las creaciones encomendadas por la Constitución. Nuestra dinámica política ha llevado a la inexistencia o paralización de los institutos que la Constitución ha creado. Esa misma parálisis acentúa el temor de que estas reformas efectuadas en el Poder Judicial, que son tal vez las más importantes, incluidas en 1994 respecto de cualquiera de los poderes, terminen no sirviendo a las finalidades para las cuales han sido pensadas y que le dieran legitimidad.

ORLANDO J. GALLO

Abogado (UNBA).- Doctor en Derecho (Universidad de Madrid). Ex Juez Federal. Ex Diputado Nacional. Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional - UCA.-



CONSEJO DE LA MAGISTRATURA ENTRE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO: EL EQUILIBRIO ES POSIBLE.

MARÍA SUSANA DRI

Sumario: I Diagnóstico. II. Razonabilidad y legalidades. Parámetros técnicos. IV. Consejo de la Magistratura. V. Jurado de Enjuiciamiento. VI. Normas de procedimiento del Juicio de Enjuiciamiento. VII Escuela Judicial.

I. DIAGNÓSTICO:

El Consejo de la Magistratura junto la Escuela Judicial y los concursos, son las instituciones que —con distintos matices—, y desde década del 60, han nacido con la pretensión de resolver la crisis contemporánea del Poder Judicial. Sin embargo, no siempre han resultado una respuesta eficaz, según dan cuenta las diversas experiencias constitucionales.

La crisis que padece nuestro sistema es triple: de calidad, de imparcialidad y eficacia y su impacto es vivido por los simples ciudadanos, como una nueva causa de disgregación social, de indefensión y de desamparo.

La Reforma Constitucional de 1994, con la introducción del Consejo de la Magistratura, y con pautas que parecen querer ser manipuladas por los detentadores de poder hacia un equilibrio inestable y peligroso, nos coloca ante el desafío de repensar la teoría clásica de la división de poderes elaborada sobre la obra de Montesquieu (es necesario que por la naturaleza de las cosas, el poder siga controlando al poder). Y, como si las dificultades fueran pocas, la redacción de los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional, lleva a transitar por andariveles de ambigüedad, al invadir los propósitos invocados por sus mentores para justificar su introducción.

La crisis por la que atraviesa la administración de justicia, no puede medirse de manera aislada, sino formando parte de un estado social donde nuevamente lo solidario confronta con lo individual, donde la ética es una disciplina tan teórica como la lógica, donde la moral promedio se manipula a través de los medios, y donde procesos de la vida real, son transmitidos por televisión y concitan más interés que las telenovelas.

Frente a este panorama, frente a la elasticidad con la que nuestras sociedades juzgan los valores morales —donde las normas jurídicas son arquitectónicamente deficientes—, la sociedad reclama como salvaguarda de sus derechos y libertades: una judicatura idónea, independiente de los partidos y factores de poder. El Soberano de Derecho, el Pueblo —aunque en los hechos el poder económico lo desplaza—, tiene la necesidad existencial de creer que más allá de la discrecionalidad e impunidad con que se mueve un poderoso sector de la estructura económica y política, existe una Justicia responsable y operativa.

El descrédito que hoy tiñe al Poder Judicial, no es responsabilidad exclusiva del cuerpo, sino de la sucesión de regímenes que han privilegiados el favoritismo político y han preferido las lealtades personales, en en desmedro de la calidad del Poder Judicial.

Siendo conscientes de la necesidad de revertir esa imagen, los Convencionales Constituyentes introdujeron el nuevo instituto obligando a reconstituir el sistema de fuerzas. Lamentablemente, las buenas intenciones declaradas en los discursos y en los proyectos presentados en la Convención de Santa Fe, se ven desdibujadas en los proyectos presentados en el Parlamento, pero los verdaderos responsables son los “redistribuidores del poder” que otorgaron al Consejo de la Magistratura las facultades que antes ejercía directa o indirectamente la Corte Suprema de Justicia: a) Administrar los recursos; b) ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados y c) dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial.

Cabe recordar que —el nacimiento de los Consejos de la Magistratura—, históricamente ha sido impulsado por la necesidad de:

- a) a “despartidizar” los elencos judiciales
- b) fomentar el ingreso y la promoción según los méritos de los postulantes,
- c) privilegiar el mérito personal en la materia, y no el pago o el regalo del que es nombrado,
- d) dado que lo que se trata es de administrar justicia, se pretende seleccionar a los mejores, con el pleno respeto de las pautas de igualdad e idoneidad.
- e) consolidar y robustecer la INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL, y en la forma mixta de selección y elección de los integrantes del Consejo, queda garantizada la menor injerencia del Poder Político y de los distintos factores de poder.

II. REGLAMENTACIÓN: LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD.

En el Congreso Nacional, sigue pendiente la reglamentación tendiente a

poner en acción el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, dando operatividad a los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional reformada en 1994, dentro de las pautas delineadas por los Constituyentes. Dichos artículos no pueden ser interpretados aisladamente, sino como integrando el Sistema Constitucional como un marco dotado de unidad, completitud, coherencia y consistencia.

Sin embargo, la redacción del artículo y las contradicciones intrínsecas de las facultades que literalmente se le acuerdan, con la independencia y autarquía del poder judicial, dan pie para interpretaciones ambiguas facilitando la extensión del debate, más allá de lo necesario.

Los legisladores nacionales no tienen como cometido “crear” el instituto, sino tan sólo volver operativas dos normas programáticas, cumpliendo con el mandato de los constituyentes. Por eso colocando en el vértice de la norma el principio de SUPREMACIA CONSTITUCIONAL, y apelando a los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado con relación a los principios de legalidad y RAZONABILIDAD, debe sancionarse la ley constitucional complementaria, sin nuevas dilaciones, porque los plazos ya están vencidos desde agosto de 1995, y su vigencia es esencial para el funcionamiento institucional de la República y para el restablecimiento de la confianza en la existencia de la Seguridad Jurídica. “Afianzar la Justicia”, “promover el bienestar general para nosotros para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, son dos objetivos que requieren una judicatura idónea, y un faro que alumbraba hacia la plena realización del BIEN COMUN, al que debe venir a servir el Consejo de la Magistratura.

Según los informes brindados por el Ministro de Justicia, Dr. Rodolfo Barra, en el Senado, la designación de jueces en la justicia federal se encuentra paralizada, existiendo 18 vacantes que no podrán cubrirse mientras el Congreso Nacional no logre avanzar plasmando un proyecto fruto de un consenso, que no puede edificarse más que sobre el pleno respeto del texto constitucional.

En la redacción de los artículos 114 y 115 de la C.N. se ha mantenido el esquema fundamental de la Constitución de 1853 en cuanto a la participación del Poder Ejecutivo y del Senado. Lo novedoso es haber introducido una instancia previa para selección de una terna de candidatos para los juzgados nacionales inferiores a la CSJN, y una nueva forma de Juicio Político. Se apunta a la capacidad, trayectoria y valía moral de los aspirantes.

En ese arduo camino para llegar a una propuesta que posibilite el acuerdo, debe partirse de los puntos básicos de coincidencia, que —por estar de acuerdo con los preceptos constitucionales interpretados armónicamente— permitirán una adecuada reglamentación de estos dos institutos tan importantes para la plena vigencia del Estado de Derecho.

Cuando hablamos de construir un proyecto entramos en el campo de la técnica legislativa. En este caso, la ley es mucho más que un proceso comunicacional entre el Legislador y el Pueblo. Es un proceso donde el Pueblo ha comunicado primero su voluntad por medio de sus convencionales constituyentes, y le ha dejado librado el Congreso, el dictar la ley complementaria.

Por eso, la voluntad del Pueblo aparece reflejada en el vértice y en la base, en un proceso dinámico que se retroalimenta en base a la realidad.

III. PARÁMETROS TÉCNICOS:

Sin duda, el Consejo de la Magistratura, es una pieza clave en la organización de la República (art. 1, 33, y 109) y por eso como ley complementaria de la Constitución, deberá tener bien claro desde sus simientes:

- a) Cuáles son sus fines, a partir de la realidad que pretende modificar.
- b) Determinar sus competencias y funciones.
- c) Como se lo integra cuantitativa y cualitativamente.

Lo primero que debe definirse es la unidad temática de las materias a regular, ver si existen normas generales coincidentes y luego una vez armada la estructura, desarrollar cada aspecto, tratando de respetar los principios de completitud, coherencia y consistencia, tratando de eliminar ambigüedades y de evitar LAGUNAS DE DERECHO.

En este punto debemos remarcar dos premisas, que no pueden ser soslayadas por los legisladores al dictar la Complementaria de la Constitución:

a) Las pautas impuestas claramente por el texto de la Constitución son imperativas: las leyes reglamentarias no pueden desvirtuarlas, ni pueden desconocer lo que es dicho claramente en términos de lenguaje natural.

b) La tarea de los legisladores debe comenzar por detectar cuál es el ámbito de lo discrecional:

Al legislador se le pide sabiduría y prudencia para mejorar lo discrecional, aceptar lo que no puede cambiar, y reconocer la diferencia sin perder jamás la visión del fin y su compromiso tan estrecho con el Bien Común.

Por eso, como propuesta de análisis, sostenemos que todo proyecto debe contar con una parte general, que defina la naturaleza, las cuestiones presupuestarias. Luego deben contemplarse cuatro partes bien diferenciadas:

- 1) PRIMERA PARTE: CONSEJO DE LA MAGISTRATURA:
- 2) SEGUNDA PARTE: JURADO DE ENJUICIAMIENTO
- 3) TERCERA PARTE: PROCEDIMIENTO PARA LA REMOCION DE MAGISTRADOS
- 4) CUARTA PARTE: ESCUELA JUDICIAL.

Hemos incluido todos estos temas por su estrecha vinculación, y para favorecer una interpretación armónica e integrada.

IV. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA:

A esta altura, después de haber concurrido a numerosas jornadas y exposiciones sobre el tema, y después de analizar el juego armónico de los arts. 108, 99 in. 4, 114 y 115, cabe concluir que el Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial.

Definida esta cuestión, la siguiente disyuntiva pasa por ver de qué manera el Consejo se imbrica en el Poder Judicial.

Dentro de los temas discrecionales, tanto la doctrina como los legisladores parecen estar de acuerdo con que los miembros duren cuatro años en sus funciones, y sean reelegibles por una vez de manera consecutiva, y que las condiciones de elegibilidad de los miembros sean las mismas que se requieren para ser Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

También resulta razonable que el Consejo, tanto como el Jurado, sean los órganos competentes para resolver acerca de la validez de los títulos de sus integrantes, para dictar su propio reglamento de funcionamiento interno; esos son los reglamentos a que hace referencia el art. 114 inc. 6..

Otro punto que también forma parte del consenso es que la organización del Consejo se divida en tres salas. Nosotros las hemos llamado Comisiones, simplemente porque hablar de Salas se asocia a capacidad decisoria propia en tanto que el Plenario es algo excepcional. Como sucede en las Cámaras de Apelaciones en la Justicia. En el caso que nos ocupa, la división que proponemos es funcional: las decisiones y los dictámenes vinculados a las atribuciones constitucionales, siempre deben ser sometidos al Plenario. Por eso, y porque las atribuciones se parecen más a las que tienen las Comisiones de las Cámaras en el Congreso, es que llamarlas “Comisiones”, nos parece más adecuado.

La división funcional del Consejo de la Magistratura en tres Comisiones: Administración, Presupuesto y Control, Disciplina y Acusación y Selección y Promoción de Magistrados y lo dota de una serie de dependencias administrativas especializadas tendientes a hacer más eficiente y racional la gestión a su cargo. Y dadas las características de los lineamientos que proponemos, nada impide que todo el aparato administrativo de la CSJN, pase a formar parte del Consejo de la Magistratura.

Destacamos que aquí no es fácil mantener un equilibrio estable, porque desde el vamos se parte de un “desequilibrio” natural: el Consejo de la Magistratura, es un órgano permanente del Poder Judicial, y por eso —entre otras razones que más adelante se enumeran— es necesario asegurarle la mayoría en el Plenario.

Por eso advertimos que una composición con 22 miembros debe contar con 11 magistrados para permitir la preeminencia del Poder Judicial. La mayoría se salva dándole doble voto al Presidente del cuerpo, que además es el Presidente de la Corte Suprema. Claro que por cada inclusión de algún miembro adicional del Poder político, profesional, o académico, habrá que incluir un nuevo integrante del Poder Judicial. A fin de que este siempre represente el 50% del cuerpo.

ORGANO PERMANENTE

Aunque redundante, es oportuno recalcar que el Consejo de la Magistratura pertenece al Poder Judicial y actúa en el ámbito del mismo, y por eso su Presidente no puede ser otro que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De acuerdo con la doctrina más calificada y ateniéndonos a la Constitución reformada en 1994, afirmamos que el Consejo de la Magistratura y por consiguiente el Jurado de Enjuiciamiento, tal como ella los recepta, son órganos permanentes del Poder Judicial:

a) Porque surge de los arts. 108, 99 inc. 4, 114 y 115, es decir del texto y su ubicación dentro de la Constitución Nacional.

b) Por el contenido de las competencias que le han sido atribuidas.

c) Porque la forma republicana de Gobierno, adoptada en el art. 1ro de la Constitución Nacional y demás artículos concordantes sólo admite tres poderes.

d) Porque de otro modo se violaría abiertamente la INDEPENDENCIA del Poder Judicial.

Es materia evidente que:

1) El Consejo de la Magistratura aparece situado dentro de la Sección Tercera : “Del Poder Judicial.”

2) La Constitución asigna al Poder Judicial la calidad de PODER ESTATAL INDEPENDIENTE

3) Le da al Poder Judicial una nueva estructura dentro de la cual la Corte Suprema de Justicia sigue ocupando el vértice, como suprema alzada y como máxima intérprete de la Constitución Nacional.

4) Dentro de la nueva estructura el Poder Judicial, la independencia judicial es presupuesto para la Seguridad Jurídica.

5) La Constitución Nacional determina la estructura en base a una división funcional de actividades, tendientes a convertir a la C.S.J.N. un órgano que ya no aparece ocupado por la compra de edificios o manejos de

personal, sino que ha quedado con las manos y la mente libre para abocarse a su tarea específica que es LA FUNCION DE JURISDICCION. La FUNCION DE ADMINISTRACION queda a cargo del Consejo de la Magistratura Y LA FUNCION DE ACTUACION a cargo del Ministerio Público.

Esta propuesta es perfectible, pero sus intenciones son educativas y pretenden llamar a la reflexión y a la prudencia, sobre las cuales deben edificarse las democracias sólidas. Los lineamientos que proponemos enarbolan la forma republicana de gobierno, el principio de división en Tres Poderes, la independencia del Poder Judicial, el sistema de frenos y contrapesos, la intención de limitar al máximo la influencia de los partidos políticos (suprimirla es imposible). Los límites vendrán de la pluralidad en cuanto al número, y en cuanto a la distinta forma de selección de sus integrantes.

Lamentablemente, muchas fuerzas políticas, mientras fingen oposición se niegan al cumplimiento de pautas constitucionales, arguyendo que el Consejo de la Magistratura será un apéndice del partido político de turno. Tampoco el Dictamen que ya cuenta con media sanción del Senado se muestra respetuoso de la Independencia del Poder Judicial. Y eso demuestra que —de alguna manera— se encuentra rota la cadena entre las demandas de la población y las actitudes de sus representantes.

Interesa destacar desde el principio cuales pueden ser las patologías, y en este sentido es justo reconocer que se trata de un instituto relativamente moderno, dentro del derecho constitucional comparado, y que su inclusión se ha generalizado en Europa y en América, aunque en todos los casos, con diferentes matices: Francia 1946 y 1958, Italia 1947, Perú 1993 (art. 150), Gabón (art. 58) Bolivia 1993, Turquía 1982 (art. 159), Venezuela 1961 y Grecia 1975. En muchos países el Consejo tiene un origen subconstitucional (Ley del Congreso). E incluso Irán recoge este instituto, lógicamente adaptado a su idiosincrasia.

En España según la Ley Orgánica 6/85 del 1 de julio libro II título II, el Consejo General del Poder Judicial es presidido por el Presidente del Tribunal Supremo, integrándose además por veinte vocales. Ellos son designados: diez a propuesta de cada cámara: cuatro entre juristas y abogados y seis entre magistrados.

Es interesante tener presente este último dato dado que en España de los 20 vocales que integran el consejo de la Magistratura, doce pertenecen al Poder Judicial. En Italia, de los 32 miembros que tiene el Consejo Superior de la Magistratura, 20 son jueces.

Estructura: Lineamientos básicos para una propuesta posible tomando una composición de 22 miembros:

- Funcionarios Judiciales: 11

CSJN: Su Presidente es también el Presidente del Consejo de la Magistratura. Es un cargo funcional y lo ejerce mientras dura su mandato en el más Alto Tribunal.

También se elegirán miembros del Tribunal de Casación, las Cámaras de Apelación y los Jueces de Primera Instancia

Los Jueces deben ser elegidos por los mismos magistrados en elección directa. Dentro del número se debe incluir un Juez Camarista por cada fuero y jurisdicción.

- **Funcionarios políticos:** siete

Cámara de Diputados: tres (dos mayoría-uno oposición)

Senadores: tres (dos mayoría-uno oposición)(sólo podrán elegirse entre los elegidos directamente por el pueblo por imperativo constitucional)

Poder Ejecutivo: Uno entendemos que el funcionario más adecuado para trasladar la visión del Poder Ejecutivo como totalidad es el Jefe de Gabinete, en la medida que como ministro coordinador trasciende al Ministro de Justicia, y además lo engloba, pero el que decide es el Presidente..

Los Diputados y Senadores deben ser propuestos por las respectivas cámaras con las mayoría absoluta sobre el total de los miembros y responder a los requisitos de idoneidad establecidos en esta ley. Si no existieran dentro de los 257 diputados tres con ocho años de antigüedad como abogados y dentro de los 72 senadores tres que no reunieran esas condiciones, se consideraran como piso los requisitos para ser Senador.

- **Abogados de la matrícula Federal:** Dos elegidos por elección directa.
- **Académicos y científicos:** 2: Seleccionados por el Congreso Nacional a partir de postulantes presentados por las Universidades Nacionales, Academia de Derecho, Colegio Público de Abogados e instituciones de similar prestigio.

Plenario: Comisiones: Comité Ejecutivo

El organismo debe ser dotado de efectividad y funcionalidad, y por eso se ha buscado que los integrantes del Consejo tengan directa injerencia en el ejercicio de sus funciones. Por eso, las tareas se han dividido en tres comisiones, sin perjuicio de que las competencias asignadas por la Constitución deban ser adoptadas en Plenario.

En la composición de las comisiones, deben contemplarse los parámetros para la mantención del equilibrio, teniendo en cuenta la calidad en que interviene cada miembro y las funciones que le han sido asignadas como grupo de trabajo y que las comisiones de Administración y Disciplina y

Acusación, deben estar compuestas en su mayoría por Jueces, respetándose también el principio de federalismo.

Esto significa que la comisión de selección será la más numerosa y allí tendrán plena participación todos los componentes del equilibrio, puesto que además el espíritu de la creación del Consejo está en permitir el acceso a los cargos de una judicatura idónea.

EN BUSQUEDA DEL EQUILIBRIO QUERIDO POR EL CONSTITUYENTE:

La interpretación de la palabra equilibrio, ha traído innumerables dificultades a quienes han pretendido interpretarla. En sentido ha sostenido el Dr. Natale en su libro "Comentarios sobre la Constitución" refiriéndose al art. 114 ("el equilibrio entre la representación"): "...Equilibrio estable o inestable? preguntaría un físico. No es fácil lograr el equilibrio. Se requiere alta dosis de capacidad. Supone satisfacer requerimientos que pueden ser dispares o contradictorios entre sí. Se encontrará el legislador apto para conseguir ese equilibrio? He aquí el quid de la cuestión. Porque si la ley se desequilibra ostensiblemente, todo el andamiaje de la creación constitucional puede derrumbarse estrepitosamente. Y nadie puede sensatamente desear que el Consejo de la Magistratura termine entre sus propios escombros. Porque la salud de las Instituciones requiere que estas funcionen bien". Y agrega el referido legislador "¿Entre quiénes manda la Constitución buscar equilibrio? Entre los representantes "de los órganos políticos de elección popular" es decir: presidente, senadores (cuando surjan de elección popular) y diputados, además "los jueces de todas las instancias", o sea de primera y segunda instancia. También "los abogados de la matrícula federal" que provendrán de padrones de inscripción en los foros de todo el país..y como si fuera poco la norma añade "otras personas del ámbito académico" (serán las Academias de Derecho) y "científico" (serán de la ciencia del Derecho). "

De esta manera adjudicando mayoría al Poder Judicial, se podrá asegurar que el mismo tenga el Gobierno y que el resto de los miembros, ejerza el control, especialmente en el área de selección de magistrados.

El esquema que acompañamos permite visualizar el sistema de interrelaciones y ver de que manera el Poder Judicial retiene la posibilidad de incidir con mayoría en las decisiones que tienen que ver con su independencia como poder, y con su autarquía(*).

Comisión de Administración, Presupuesto y Control:

Uno de los instrumentos que son necesarios para preservar su independencia política es que ESA DISPONIBILIDAD patrimonial quede en manos de magistrados y por eso, es que le hemos dado esa configuración tan

**PRESIDENTE C.M.
Presidente del Consejo de la Mag.**

Secretaría General

Sala (Ar 15 proy)	Sala (Art. 16)	Sala (Art. 17)
Selección y escuela judicial	Disciplina y acusación	de administración y financiera
Composición:	P.E. no puede integrarla	No se especifica composición
No se especifica composición		
Llamar a Concurso	decide imponer sanciones	fiscaliza (inc. 3, art. 114 C.N.)
Sustanciar concursos designando al jurado propuestas de temas	con recurso ante el Consejo (inc. 4, art. 114) C.N.	auditar
inc. 14 Planificar cursos de capacitación	propone acus. a funcionarios (inc. 5, art. 114)	control de legalidad
Plenario: Funciones en el art. 8	inc. 8	inc. 2
Inc. 11	inc. 9	adm. financiera (1)
Inc. 12		
Inc. 14		

81) Funciones: art. 18: La Administración Financiera tendrá a su cargo:

- 1) Elaborar el presupuesto anual. 2) Ejecutar el Presupuesto. 3) Dirigir la oficina de habilitación. 4) Administrar la Obra Social Poder Judicial. 5) Dirigir la imprenta. 6) Dirigir la Of. de Jurisp.
- 7) Dirigir la oficina de arquitectura judicial. 8) Llevar al registro de estadísticas e informática judiciales.
- 9) Disponer lo referente a la adquisición construcción y ventas de bienes muebles, aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes.
- 10) Llevar inventario de bienes muebles e inmuebles y registro de destino. 11) Realizar las contrataciones para la administración del Poder Judicial, coordinando con los diversos requerimientos.
- 12) Proponer los reglamentos internos necesarios para su funcionamiento. 13) Ejercer las demás funciones que establezcan los reglamentos internos.

Control: La Sala de Administración y Financiera, fiscaliza, audita.

Las decisiones del Administrador solo son revisables por el Presidente de la Corte e incluso éste puede avocarse, y parecería que también desistuirlo (según como se interprete el uso de las comas y los arts. 19 y 20 y n. supletoria de la ley 22.140).

Elección: Consejo a propuesta del Presidente de la Corte.

Funciones del plenario vinculadas a la administración financiera: 8 inc. 2 y 4.

Funciones del plenario que no pasan por las salas: inc. 1, inc. 2, inc. 6, inc. 7, inc. 10., inc. 13, inc., 15, inc. 16, inc. 17.

específica a la Comisión de Administración, Presupuesto y Control, con una estructura de naturaleza administrativa.

Es evidente que no podríamos hablar de independencia política del Poder Judicial, si no se lo hubiera dotado de disponibilidad plena en este sentido.

La autarquía judicial ya había sido otorgada por la ley 23.853, donde se facultaba a la CSJN, para elaborar el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial y remitirlo al Poder Ejecutivo para su incorporación al proyecto de ley de presupuesto y la misma se consolidó después de un largo camino de decretos que culminaron con el Decreto 2356/91.

Es indudable, que el desvío desde la Corte hacia el Consejo de las competencias administrativas, financieras y económicas, concernientes al Poder Judicial, puede encontrar muchos justificativos, y adquirir así la legitimidad técnica. De hecho, cabe reconocer que cuando un ente pierde poder patrimonial, frecuentemente pierde poder político, por eso, cuando se trata de analizar QUIEN recibe ese poder, se percibe claramente que las funciones del Ejecutivo y del Legislativo dentro del Consejo de la Magistratura, deben quedar profundamente limitadas.

Una cuestión a definir y que marca la supremacía del Poder Judicial, es qué sucederá si se plantean contiendas entre el Consejo de la Magistratura y la CSJN. Dado que la Constitución guarda silencio sobre el tema, la doctrina más calificada opina que será la Corte Suprema quien defina los conflictos de poderes.

En el ámbito de esta Comisión hemos colocado la Secretaría General de Administración cuyo funcionamiento será motivo de reglamentación interna, dentro de las facultades de superintendencia.

Se quiere que el Secretario Administrativo a cargo, posea título de contador público nacional, licenciado en administración de empresas y o en relaciones laborales, con ocho años en el ejercicio de la profesión. Será el encargado ejecutivo de administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley le asigne a la administración de justicia, en cumplimiento de decisiones del Plenario, o bien en ejercicio de facultades que por delegación le asigne el Plenario.

Conducirá la dirección de la contabilidad patrimonial del Poder Judicial y coordinará la gestión administrativa contable, y estará sujeto al control del Cuerpo de Auditores.

Esta Secretaría además de administrar recursos con personal especializado, aplica las políticas con relación al personal.

ROL LEGISLATIVO y ROL REGLAMENTARIO.

La reforma constitucional argentina de 1994 confió al Consejo de la

Magistratura, el dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para preservar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia, los relacionados con la organización y las funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.

Las normas reglamentarias deben ser muy claras en este sentido y NO CONFUNDIR estas normas referidas al principio de administración de justicia, CON LA FACULTAD DE EMITIR NORMAS DE ORGANIZACION del PROPIO CONSEJO.

Es importante tener presente que cuando el art. 114 inc. 6 dice “la organización judicial” se está refiriendo a la materia de las leyes 27 y 48 que establecen los tribunales federales y nacionales. El art. 75 inc. 20 de la Constitución confiere al Congreso la atribución de “establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia”, y por eso es el Poder Legislativo quien mantiene la jurisdicción y competencia de los tribunales que establece.

Recordemos que la facultad reglamentaria atribuida al Consejo de la Magistratura por el inc. 6 del art. 114 de la Constitución, está referida a una materia propia de competencia del Poder Legislativo y que en consecuencia, está contenida en la zona de reserva de la ley. Dicho inciso, contiene una norma programática, que sólo podrá ejercerse sobre la ley del Congreso que la haga operativa.

SELECCION DE MAGISTRADOS.

El Consejo de la Magistratura no es un órgano de designación, sino de selección de jueces. Es decir que recluta los candidatos que después deberán ser nombrados por otro órgano, el dictamen preliminar se hará por la comisión específica, que será la más numerosa y de más híbrida composición. La capacitación, la experiencia y la idoneidad serán la base para los concursos públicos de antecedentes exigidos por el art. 114 inc. 1 Esta comisión estará íntimamente vinculada con la Escuela Judicial.

Los arts. 114 inc.1 y 2 y 99 inc. 4) establecen como se produce el juego entre el Poder Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo.

REGIMEN DISCIPLINARIO Y REMOCION DE JUECES

En el sistema introducido con la reforma, el consejo ejerce facultades disciplinarias sobre los magistrados inferiores a la Corte Suprema y decide la apertura del procedimiento de remoción, formulando la acusación correspondiente. Quien resolverá en definitiva será un Jurado de Enjuiciamiento, con fallo irrecurrible. (Entendemos que el fallo es irrecurrible cuando es absolutorio, pero no cuando es condenatorio). Por eso, y considerando que

nadie más competente que los pares para aplicar sanciones, es que hemos proyectado la creación de una comisión cuya mayoría queda reservada a los jueces.

PECULIARIDADES DEL CONSEJO EJECUTIVO:

Dado que lo integran el Presidente de la Corte Suprema que es también el del Consejo de la Magistratura, los dos vicepresidentes son los Presidentes de las Comisiones de Disciplina y Acusaciones y Selección de Magistrados y el Secretario es a su vez el Presidente de la Comisión de Administración, Presupuesto y Control, y también participa el Secretario General Administrativo, la coordinación y operatividad queda garantizada.

ACTOS APELABLES E INAPELABLES:

A los efectos de determinar cuales de sus actos son “definitivos” son inapelables. Hemos considerado razonable, la división de sus funciones en dos tipo de actos:

a) actos de contenido esencialmente políticos: el Consejo actúa como órgano decisor último.

b) actos de contenido esencialmente administrativo: sus decisiones están sujetas a revisión jurisdiccional.

V. JURADO DE ENJUICIAMIENTO:

Se ha incluido en la misma ley especial, la reglamentación del art. 115 referido a la creación del Jurado de Enjuiciamiento para remover a los magistrados de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el Congreso Nacional estableciere.

En este caso, también hemos pretendido ajustarnos al texto de la ley, respetando el espíritu de los Convencionales constituyentes, dándole al citado cuerpo, que obviamente también consideramos formando parte del Poder Judicial, una integración equilibrada contemplando la presencia de legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

Dado que la norma no lo incluye, hemos excluido la representación del Poder Ejecutivo y hemos limitado las causales a las contenidas en el art. 53 de la Constitución Nacional, es decir a causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el desempeño de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber recibido la acusación resuelta por el Consejo de la Magistratura.

En este caso, y dado que lo que se busca es una sentencia imparcial, y dada la trascendencia que tiene la imparcialidad en este tipo de sanciones,

sobre todo por la vinculación que tiene la justicia federal con los procedimientos que involucran al poder político, es que nos ha parecido adecuada que magistrados, abogados de la matrícula, y legisladores, se encuentren representados equilibradamente.

V. NORMAS DE PROCEDIMIENTO DEL ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS:

Es indudable que este procedimiento debe ser regulado por la ley, y que rebasaría la capacidad de delegar del Congreso Nacional que esa facultad le fuera delegada tanto al Consejo de la Magistratura que cumple la primera Etapa, como al Jurado de Enjuiciamiento que pone fin a la cuestión. Por eso, las bases fundamentales del proceso han sido incluidas en la ley.

Como se advierte el criterio que predomina, es el de juicio oral y público, pero viendo al proceso como una continuidad que abarca dos etapas, una que se ventila ante el Consejo de la Magistratura que efectúa una instrucción preparatoria y otra ante el Jurado de la Magistratura, donde se lleva adelante el juicio de remoción, porque ya tiene un marco preestablecido (art. 114 inc. 5)

Por eso, se ha pretendido introducir un proceso ágil, caracterizado por el principio del derecho a la defensa en juicio, y partiendo del principio de la inocencia hasta que se demuestre lo contrario, pero incluyendo medidas precautorias como la suspensión en el cargo mientras el jurado dicte sentencia. También se lo ha hecho, para evitar que la institución se desnaturalice porque el incumplimiento de los plazos, conduzca a la absolución de todos los acusados.

En este queremos la importancia que tiene el cumplimiento de los plazos, sobre todo cuando según el mismo art. 115 tercer párrafo “Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.” Este párrafo ha sido severamente cuestionado por nuestros convencionales constituyentes, pues mal utilizado puede convertirse en la nueva llave para la impunidad.

VII. ESCUELA JUDICIAL:

En este caso, y valorando la importancia que la capacitación, la actualización y la adaptación a los nuevos modos de acceder a la tecnología, nos parece esencial darle a la Escuela Judicial un carácter autónomo. En este caso, si bien entendemos que la misma debe colocarse bajo la órbita del Consejo de la Magistratura, lo que se logra a partir de darle la mayoría en su cuerpo directivo, entendemos que también debe darse participación al mundo académico y al poder político, a fin de que ella responda a políticas coordinadas,

proyectadas a largo plazo y tendientes a afianzar la justicia, como acción y como valor.

La propuesta es que dicha escuela cuente con un presidente honorario (el Presidente de la CSJN) y un Director académico: uno de los miembros del Consejo de la Magistratura perteneciente al mundo académico y/o científico, acompañados por un Consejo Asesor de cuatro miembros: dos integrantes del Consejo y dos designados por el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Justicia. De esta manera, volverá a restablecerse el equilibrio y la cooperación, y podrá verse plasmada en el sistema de capacitación.

Un mayor nivel de idoneidad en el Sistema de Administración de Justicia, va a servir además como freno natural al clientelismo político en la medida que la posibilidad de capacitarse y los concursos públicos, van a dificultar la designación de quienes no reúnan suficientes méritos para merecer el título y la responsabilidad de ser Jueces de la Nación.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- 1) *Cuadernos de Derecho Constitucional*. BIDEGAIN. Abeledo Perrot 1995. T III
- 2) *Comentario de la reforma de 1994*. JAVIER A. LLORENTE
- 3) *La Constitución Reformada*. DROMI, MENEM.
- 4) *Tratado de Derecho Constitucional Tomo IV*, BIDART CAMPOS.
- 5) *Comentarios sobre la Constitución*, A. NATALE.
- 6) *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*. G. BADENI.
- 7) Artículos del Dr. NÉSTOR SAGÜES:
El Consejo de la Magistratura (ED 113-851)
El Consejo de la Magistratura y su inserción en el régimen de reclutamiento de jueces
J.A. 1989-IV-890.
- 8) *Administración de justicia y reforma judicial. La necesidad de un modelo y "Nuevo Proyecto"*, EUGENIO ZAFFARONI y LUCÍA LARRANDART en "Nuevo Proyecto" -
- 9) *El sistema constitucional español*. FERNÁNDEZ SEGADO
- 10) Artículos publicados en *La Ley* y *El Derecho*, años 1994-1995..
- 11) Legislación comparada internacional y provincial.

Proyectos consultados:

- Expdte 5023-D-94 Dip Orquín y otros
- Expdte 4228-D-94 Dip. Felgueras
- Expdte 562-D-94 Dip Folloni
- Expdte 513-D-95 Dip Soria
- Expdte 1137-D-95 Dip. Alvarez Echague
- Expdte 1282-D-95 Dip Maqueda
- Expdte 1766-D-95 Dip Balestrini
- Expdte 5207-D-94 Dip Cerdera
- Expdte 4488-D-94 Dip Hernández
- Expdte 1689-S-94 En. Alisando
- Expdte 670-S-95 y 712-S-95. En. Fadel y Bordón
- Expdte 580-S-95 En. Genoud y otros

Expdte 737-S-95 Sen. Aguirre Lanari

Expdte 913-S-95 Sen. Figueroa

Dictamen con media sanción del Senado del 7 de marzo de 1996.

Versiones taquigráficas de las reuniones especiales celebradas por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado con las explicaciones dadas por el Ministro de Justicia Dr. Rodolfo Barra, el Secretario García Lema,

Informes de Academia de Derecho, CPACF, FACA, Asociación de Abogados y la Fundación Integración.

Dictamen de la Procuración del Tesoro N° 488

MARÍA SUSANA DRI

Abogado (UNBA).- Profesora Asistente de Derecho Constitucional - UCA.

MODELOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL(*)

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

SUMARIO: 1.- Dos cuestiones previas. 1.1.- El poder de los jueces. 1.2.- El gobierno del Poder Judicial. 2.- Los modelos de gobierno del Poder Judicial. 2.1. El modelo externo. 2.2.- El modelo interno. 2.3.- El modelo institucional. 2.3.1.- El Consejo francés. 2.3.2.- El Consejo italiano. 2.3.3.- El Consejo portugués. 2.3.4.- El Consejo español. 2.3.5.- Hacia unas primeras conclusiones. 3.- ¿Gobierno o autogobierno del Poder Judicial? 4.- La historicidad de los modelos. 5.- La coherencia del sistema en el caso español. 5.1.- La disputa sobre la designación de los Vocales. 5.2.- Las competencias del Consejo General del Poder Judicial. 5.3.- La Llamada política judicial y el Consejo General del Poder Judicial.

1.- DOS CUESTIONES PREVIAS.

Me parece necesario, antes de plantear la cuestión de cuáles son los modelos en torno a los cuales puede organizarse el gobierno del Poder Judicial, establecer, primero, la naturaleza de ese poder⁽¹⁾ para, en un segundo momento, precisar qué se entiende por tal gobierno. Vayamos, pues, por partes.

1.1.- *El poder de los jueces.*

Como es notorio, la expresión Poder Judicial⁽²⁾ nos remite a la doctrina de

(*) Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre el Consejo de la Judicatura, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México y la Suprema Corte de Justicia. México D.F., 28 y 29 de setiembre de 1995.

(¹) Esta labor es necesaria porque a partir de la determinación de su naturaleza y contenido cobrarán sentido los diversos instrumentos encaminados a preservar su esfera de ejercicio y a garantizar la posición de quienes lo ejercen. Como dice Geoffrey y Marshall, *Teoría Constitucional*. Espasa-Calpe, Madrid, 1982, p. 159, "la creencia en la importancia de proteger al poder judicial de las interferencias del legislativo o del ejecutivo ha de fundamentarse, al menos, en la convicción de aquel poder tiene un ámbito propio de operación".

(²) Sobre la expresión Poder Judicial y su significado cfr. las consideraciones de Perfecto Andrés Ibáñez, en las pp. 14 ss. del libro que publica junto con Claudio Movilla Alvarez, *El Poder Judicial*. Tecnos, Madrid, 1986.

la separación de poderes y, en especial, a la formulación que de la misma hace Montesquieu, en el Capítulo VI, del Libro XI del Espíritu de las Leyes, la cual, a su vez, trae causa de la personal interpretación que su autor hizo de la realidad política de la Inglaterra de mediados del siglo XVIII y de elaboraciones anteriores de autores ingleses, especialmente de John Locke.

Así, este último, en su Ensayo sobre el Gobierno Civil⁽³⁾, segundo de sus Dos Tratados sobre el Gobierno Civil, aunque no identifica todavía al judicial como poder y parece subordinar en cierta medida a los jueces al Parlamento, pues a él le corresponde designarlos y una de sus cámaras es la suprema instancia judicial, considera imprescindible —dentro de la sociedad política que propone— que “jueces rectos e imparciales” se ocupen de resolver los litigios aplicando las leyes⁽⁴⁾.

En el planteamiento de Montesquieu las cosas están mucho más claras todavía en la medida en que distingue funciones materiales y órganos/poderes y preconiza la separación de unos y otros y la correlativa facultad positiva de acción en su propio dominio de cada uno de esos órganos/poderes y negativa de rechazar toda intromisión de los demás en el ámbito propio de cada uno. Entre ellos se cuenta, como sabemos, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil o, lo que es lo mismo, el poder de juzgar.

Es verdad que no es posible dividir las funciones materiales que desempeña el Estado y asignar cada una a un órgano/poder como si este fuera un compartimiento estanco y aquéllas pudieran ser divididas de forma exacta. También es cierto que el panorama orgánico a considerar a la hora de repartir el poder es más complejo que el contemplado en el Espíritu de las Leyes. En fin, es sabido que su concepción reductiva de la misión de los jueces —la boca que pronuncia las palabras de la ley— y su calificación del judicial como un poder “en que el que façon nul” no son acertadas. Creo que no es necesario insistir ahora en todo ello. Sí me interesa subrayar, sin embargo, que el Poder Judicial es un verdadero poder con un significado político bien preciso, aunque su proyección sea exquisitamente jurídica.

Porque poder es, sin duda, establecer de forma imperativa cuál es el derecho en los supuestos en que se dude acerca de la solución que ha de darse a una controversia, o hacer efectivos los límites que vinculan la acción de los gobernantes o imponer el respeto a los derechos que los ciudadanos tienen

(3) John Locke, Ensayo sobre el Gobierno Civil. Aguilar, Madrid, 1981, pp. 66, 96 y 97.

(4) En el marco de la teoría constitucional anglosajona, se debe a Sir William Blackstone, en sus Commentaries on the Laws of England (1765), la consideración del judicial como uno de los poderes del Estado, en paridad de condiciones con los otros dos. Fue, precisamente, su interpretación la que tuvieron en cuenta los artífices de la Constitución de los Estados Unidos. Cfr. Robert Stevens, *The Independence of the Judiciary. The view from the Lord Chancellor's Office*. Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 1.

reconocidos. Máxime si se tiene en cuenta que todos están obligados a cumplir las decisiones de los tribunales que hayan ganado firmeza. A la postre, basta para percibir plásticamente esta circunstancia recordar que los jueces son los que tienen la última palabra sobre nuestra libertad y nuestros bienes⁽⁵⁾.

Que ejerzan esa capacidad de decisión en unas condiciones muy singulares, en estricta sumisión a la Constitución y a las leyes, y a través de procedimientos contradictorios, rodeados de garantías, no quita nada a su conceptualización como poder ni a su relevancia política, aunque sea evidente que no actúan en función de los criterios de oportunidad o conveniencia que han de tener en cuenta quienes tienen en sus manos la dirección política de la comunidad, sino aplicando normas jurídicas que han de extraer del ordenamiento jurídico preestablecido. Tampoco es óbice la circunstancia de que ese poder, que objetivamente consiste en decir el Derecho, esto es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, subjetivamente resida, no en un órgano, sino en una pluralidad orgánica en la que cada juez o tribunal, en el ámbito de su competencia, ejerce en su plenitud la función jurisdiccional.

Se comprende así que se haya afirmado que el Judicial es el poder menos peligroso⁽⁶⁾, precisamente porque no dispone de la fuerza ni del dinero, sino solamente del juicio, del razonamiento, y depende, en último extremo, de la ayuda del Ejecutivo para hacer efectivas sus decisiones. Pero también se entiende que se haya dicho, a propósito del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que “la rama menos peligrosa del Gobierno americano es el más extraordinariamente poderoso tribunal que el mundo haya conocido nunca”⁽⁷⁾, en virtud de su facultad de revisar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos. Afirmación ésta, como la anterior, que podemos generalizar a todos los órganos jurisdiccionales situados en la cúspide del sistema judicial de un Estado de Derecho en la medida en que, hoy en día, las diferencias entre los sistemas de common law y de derecho codificado, por una

(5) Desde un punto de vista descriptivo, la función jurisdiccional puede definirse como “la actividad encaminada a verificar la voluntad normativa que ha de hacerse valer en un caso concreto, objeto de una controversia entre dos o más partes, con el fin de eliminar las incertidumbres surgidas en momento de la aplicación de las normas o de irrogar las sanciones previstas por la comisión de ilícitos, así como a asegurar la certeza del derecho y la reintegración del orden jurídico violado”. Cfr. Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato* 4^{ed.}. Cedam, Padua, 1993, p. 306. Sobre los rasgos constitucionales de la potestad jurisdiccional, véase Luis María Díez-Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*. Cívitas, Madrid, 1991, pp. 19 ss.

(6) Cfr. Alexander Hamilton, “The Judges as Guardians of the Constitution”, en el 78th *Federalist*.

(7) Cfr. Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press. New Haven y Londres, 1986, p. 1.

parte, y entre los sistemas de jurisdicción constitucional difusa o concentrada, por la otra, se han atenuado en buena parte y, en todo caso, no afectaría a esta consideración global de los jueces como custodios del respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Contribuye, en especial, a resaltar la trascendencia que ha adquirido la función de juzgar y, por tanto, la posición de los jueces, por una parte, el reconocimiento de que su labor no consiste en una aplicación mecánica de las normas preestablecidas sino que posee un innegable carácter creador. Por la otra, ayuda, también, a resaltar la relevancia que se les reconoce su indiscutida consideración como bastión principal sobre el que descansa la defensa jurídica de los derechos fundamentales. Sabemos que la separación de poderes y la garantía de los derechos individuales han sido, desde sus orígenes, rasgos definitorios del ideal del Estado de Derecho⁽⁸⁾. Ahora bien, me parece que hemos alcanzado un punto en el desarrollo de la cultura jurídico-política en el que, con una claridad antes inigualada, se ha convenido en identificar en esos derechos una suerte de moralidad constitucional común.

A ello ha contribuido en sobremanera el progresivo reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos, la instauración de sistemas internos específicos de protección de los mismos y la cada vez más precisa definición de sus contenidos esenciales que se ha conseguido mediante la jurisprudencia de unos y otros. Pues bien, los jueces, al ser los garantes naturales de esos derechos, no sólo disfrutaban de una posición objetiva sobresaliente, sino que también han asumido en la práctica un papel decisivo. En definitiva, figuran en primer plano porque, al aplicar la Constitución y las leyes, no sólo realizan el orden jurídico-formal sino que, también, hacen efectivo su fundamento material, esa especie de religión civil que expresan las declaraciones de derechos. De este modo, la comprensión del Poder Judicial no puede descansar en una visión exclusivamente técnica. Es decir limitada a las cuestiones de las formas y de los procedimientos. Eso equivaldría a reducir su significado al de una simple Administración de Justicia, con más de lo primero que de lo segundo. Por el contrario, es necesario asumir el significado del Poder Judicial en un Estado de Derecho y ser conscientes de que, desde la legalidad, entra en el campo de la legitimidad.

Esto supuesto, es evidente que el Poder Judicial no sólo se expresa objetivamente, sino que, además, se organiza subjetivamente y, desde esta

⁽⁸⁾ Cfr. al respecto, Pablo Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975. También, Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Edicusa, Madrid, 1967. Sobre la fórmula Estado social y democrático de Derecho que abre la Constitución española, cfr. Angel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1984. En general, recuerda Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, ...cit., p. 307, "la presencia de jueces tendencialmente independientes del poder político es considerado, en efecto, un principio característico del Estado liberal".

perspectiva, alcanza unos niveles de intensidad creciente, hasta llegar a su máxima expresión en los órganos que encabezan su organización.

Cuando llegamos a este punto comienzan a plantearse las cuestiones relacionadas con su gobierno. En efecto, la configuración orgánica y funcional del Poder Judicial en el seno del ordenamiento jurídico, así como el estatuto de los jueces dentro de ella, suscitan los problemas que es preciso afrontar en este debate. En el fondo lo que sucede es que aquí se implican aspectos generales de la limitación del poder con las exigencias que impone el ejercicio de la jurisdicción. Desde el primer punto de vista, la acumulación de poder en manos de los jueces va indisolublemente unida al régimen constitucional⁽⁹⁾, por lo que es preciso compensar con límites y contrapesos la capacidad de decisión que se les atribuye. Sin embargo, debido a la naturaleza del poder que ejercen, más que a través de los mecanismos institucionales interorgánicos⁽¹⁰⁾, ese equilibrio se consigue a través de la definición de las líneas maestras que caracterizan la forma de actuar de los jueces y su posición en el conjunto del orden jurídico.

Me refiero a su independencia y a la estricta sumisión a la Constitución y a las leyes a la hora de dictar sentencia. También, aunque no se manifiesten en todos los ordenamientos en la misma medida, su responsabilidad y la exclusividad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales y, desde el punto de vista orgánico, la unidad del Poder Judicial, con la consiguiente exclusión de las jurisdicciones especiales⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Que es un régimen inspirado en la lógica de los frenos y contrapesos, de los checks and balances, en cuanto instrumentos idóneos para lograr, a través de la recíproca limitación de los poderes, un equilibrio político e institucional del que resulte la libertad. Cfr. sobre estos aspectos del constitucionalismo y de su conexión con la separación de poderes Michel Troper, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. LGDJ, París, 1980, pp. 157 y ss.

⁽¹⁰⁾ Aunque también están presentes. El ejemplo más característico sería el ofrecido por la Constitución de los Estados Unidos, conforme a la cual los jueces federales son nombrados por el Presidente con el consejo y asentimiento del Senado. En España, podría traerse a colación, aunque a un nivel mucho menos significativo, la propuesta de una terna que los Parlamentos de las Comunidades Autónomas elevan al Consejo General del Poder Judicial para el nombramiento de uno de cada tres magistrados de su Sala de lo Civil y Penal, conforme al artículo 330.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁽¹¹⁾ El artículo 117 de la Constitución española contiene de una forma, a mi entender, acertada todos estos ingredientes. Por lo demás, véase Luis María Díez-Picazo Jiménez, "Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 34/1992, pp. 19 ss. Del mismo autor, *Régimen constitucional del Poder Judicial ...cit.*, pp. 102 ss. Cfr., también, Dieter Simon, *La independencia del juez*. Ariel, Barcelona, 1985. Juan Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del juez*. Cívitas, Madrid, 1990. Piedad González Granda, *Independencia del juez y control de su actividad*. Tirant lo Blach, Valencia, 1993.

1.2. *El gobierno del Poder Judicial*

Cuando suscitamos aquí la cuestión del gobierno del Poder Judicial, nos estamos planteando su significado objetivo: ¿en qué consiste ese gobierno? La perspectiva subjetiva —quién gobierna— la abordaremos más adelante.

Después de cuanto se acaba de decir, queda claro que ese gobierno no puede consistir en lo que comúnmente se da a entender con esa palabra. En efecto, si acudimos al Diccionario de la Lengua Española⁽¹²⁾ veremos que se refiere a la acción y efecto de gobernar o regir y a las ideas de mando o autoridad siempre sobre otros. Por otra parte, si relacionamos la voz “gobierno” con el Poder Ejecutivo o con los órganos que lo integran, comprobaremos que ese concepto objetivamente significa capacidad de dirección o de decisión sobre un conjunto de aparatos estatales y, en último extremo, sobre los ciudadanos.

Fácilmente se comprende que no es admisible someter a los jueces a la dirección, mando, regimiento o autoridad de sujetos externos al Poder Judicial⁽¹³⁾. Si la función jurisdiccional requiere la independencia judicial⁽¹⁴⁾, los jueces no han de tener ninguna otra obediencia distinta de la que deben a la Constitución y a las leyes. O sea a las normas que han de aplicar. Por tanto, exige excluir toda intervención externa de los demás órganos estatales encaminada a mediatizar su labor o que sea susceptible de producir ese efecto. Tampoco admite el sometimiento de un juez o tribunal a instrucciones de las instancias judiciales superiores. Nadie puede condicionar su ejercicio del poder judicial⁽¹⁵⁾. Precisamente por eso, requiere, también, que el estatuto jurídico del juez esté definido en términos tales que no implique ni permita condicionamientos o presiones sobre su actuar.

Por lo demás, como los jueces no están llamados a administrar ni a legislar, sino que se dedican de modo exclusivo a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y sobre esa labor no cabe, según se acaba de ver, ningún tipo de dirección ajena, esto quiere decir que el gobierno del que nos estamos

(12) Me refiero al de la Real Academia Española.

(13) Son interesantes las observaciones en torno a la posición del Poder Judicial de Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*^{9ª ed.}, t. II. Cedam, Padua, 1976, pp. 1279 ss.

(14) Para Andrés Ibáñez, *El Poder Judicial*, cit. p. 29, “referida al “tercer poder del Estado”, la situación de independencia sería, dentro de ese discurso, su forma específica de ser soberano. Presupuesto, por otra parte, de la necesaria colocación de los jueces en condiciones de ejercer su cometido de manera imparcial”.

(15) Cuestión distinta es que los órganos judiciales se vean vinculados por sus precedentes o por la doctrina establecida por la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores y, en especial, por la del que tenga por misión la unificación de doctrina. A mi entender aquí no está en juego la independencia judicial sino simplemente el funcionamiento del sistema de fuentes del derecho.

ocupando sólo puede tener un alcance personal. O, lo que es igual, ha de consistir esencialmente en el control de ese estatuto jurídico del juez⁽¹⁶⁾.

Así, pues, el llamado gobierno del Poder Judicial posee un significado diferente del que usualmente se atribuye a ese término. Los textos positivos y de las elaboraciones teóricas que, a partir o en torno a ellos, se ha construido corroboran que su núcleo básico se reduce al conjunto de decisiones relativas a la selección, ascensos, traslados, licencias y situaciones administrativas de los jueces, así como las concernientes a su régimen disciplinario. Hay que insistir en todo caso que el marco de referencia es siempre el de un Estado de Derecho porque hay que dar por supuesto que la regulación del proceso, la demarcación y planta de los tribunales, las reglas de competencia y otros principios básicos como el de unidad y responsabilidad de los jueces están claramente predeterminados por la Constitución y las leyes.

En otras palabras, tiene que ver con el sentido que tradicionalmente se ha dado a la voz gobierno y a expresiones como facultades gubernativas y otras semejantes dentro de las estructuras judiciales en nuestro país⁽¹⁷⁾. Al margen del valor de la tradición, creo que otras razones pueden justificar el mantenimiento de esta terminología aunque pudiera ocasionar alguna confusión inicial a quien se acercara por vez primera al estudio de ordenamientos, como el español, que la acogen. Entre ellas, no es la menos importante la de que contribuye a resaltar la condición de poder que distingue al Judicial y a poner

⁽¹⁶⁾ Sobre la función de gobierno del poder judicial, cfr. González Granda, *Independencia del juez ...cit.*, pp. 38 ss., en especial, 51 ss. Juan Antonio Xiol Ríos, "El autogobierno del Poder Judicial: la situación en España", en *Documentación Jurídica*, nº 45-46/1985, p. 153, refiere la función gubernativa a los nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. Vid., también, Andrés Ibáñez, *El Poder Judicial*, cit. pp. 21 y 35 ss. Subraya que el gobierno de los jueces "tiene que ser rigurosamente exterior al momento jurisdiccional" (p. 66). Díez-Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial ...cit.*, pp. 145 ss. identifica el gobierno del Poder Judicial con las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial, cuyo contenido mínimo está integrado por las atribuciones que, en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario, enuncia, sin propósitos exhaustivos, el artículo 122.2 de la Constitución. No obstante, en su posterior trabajo *La jurisdicción en España. Ensayo de valoración constitucional*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, p. 20, afirma que el "gobierno del Poder Judicial comprende la gestión de todos los medios personales y materiales al servicio de aquel", de manera que parece sostener una noción más amplia.

⁽¹⁷⁾ Véase el Libro II de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Xiol Ríos, "El autogobierno del Poder Judicial: la situación en España", ... cit. p. 152, dice al respecto: "En el caso de "gobierno del Poder Judicial" el concepto tiene tras de sí toda una historia que lo refiere sobre todo a ciertos aspectos más o menos limitados relacionados con la idea de intervención del ejecutivo en los nombramientos y ascensos". También, Andrés Ibáñez, *El Poder Judicial*, cit. pp. 42 ss. Además, Piedad González Granda, *Independencia del juez y control de su actividad...*, loc. ult. cit.

de manifiesto, al cobrar una entidad propia, que no puede diluirse, sin más, entre las competencias de unos u otros órganos, sino que requiere una reflexión específica y una decisión constitucional concreta encaminada a señalar quién es el que debe tomar las decisiones que integran ese haz de facultades y cómo debe hacerlo. Por último, al singularizar el problema del gobierno del Poder Judicial en torno a la aplicación de las normas relativas al estatuto personal de los jueces se está diciendo que ésta es una cuestión fundamental para la efectividad de su independencia.

2. LOS MODELOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL.

En líneas generales y advirtiendo ya desde el comienzo que se trata de un planteamiento excesivamente simplificador y que, por tanto, precisa de ulteriores matizaciones, pero que se utiliza porque sus términos esquemáticos facilitan el análisis y la discusión, puede afirmarse que, de la observación de las diferentes experiencias históricas, resultan tres grandes grupos de sistemas de organización del gobierno del Poder Judicial en un Estado de Derecho. Al primero cabe denominarlo externo porque en él las principales decisiones sobre el estatuto de los jueces se adoptan en sedes no judiciales. El segundo, por el contrario, es el modelo interno que confía, en principio o en última instancia en virtud de recurso, las decisiones en la materia a los propios órganos jurisdiccionales. El tercero y último es el que llamaremos institucional pues se distingue por encomendar el gobierno del poder judicial a órganos creados ex profeso por el constituyente para desempeñar ese cometido⁽¹⁸⁾.

2.1. *El modelo externo*

Es el construido a partir de las soluciones adoptadas en los Estados Unidos, las cuales, por su parte, se inspiran en el derecho inglés⁽¹⁹⁾.

La denominación de externo se explica porque, como se ha dicho, en él las

(18) Decía que esta división simplifica la realidad porque se fija fundamentalmente en la posición de los jueces de los tribunales superiores y, en los tres supuestos, enfatiza solamente alguno de los rasgos característicos de los sistemas positivos que se han tomado como referencia. Los modelos enunciados en el texto no existen, por tanto, en cuanto tales. Así, en las experiencias anglosajonas, hay intervenciones internas de órganos judiciales sobre el estatuto de los jueces inferiores. A su vez, en los ordenamientos continentales, hay casos en que sujetos externos al Poder Judicial inciden en lo que hemos dicho que es su gobierno. En fin, en los supuestos en que se ha acogido el modelo institucional, pueden pervivir en manos de los propios órganos jurisdiccionales decisiones gubernativas.

(19) En Inglaterra los jueces de los órganos judiciales superiores son nombrados por la Reina a propuesta del primer ministro, oído el Lord Canciller. En los demás casos es este último quien los nombra. El Lord Canciller, que preside la Cámara de los Lores, dirige, también, el Departamento de Justicia que es el encargado de asignar a cada tribunal los fondos y el personal que necesita. Los órganos judiciales gozan

principales decisiones sobre el estatuto judicial están atribuidas a órganos externos al Poder Judicial.

En efecto, en la experiencia americana se atribuye la selección de los jueces federales al Poder Ejecutivo. Al igual que los restantes funcionarios federales, son nombrados por el Presidente con el consejo y asentimiento del Senado, quien somete a los candidatos a un examen, en ocasiones riguroso, que no sólo se centra en la idoneidad técnica del propuesto para ejercer la función jurisdiccional sino también puede tener por objeto sus actitudes políticas o privadas anteriores⁽²⁰⁾. Tienen garantizada su permanencia en el

de autonomía administrativa y financiera para gestionar unos y otro. No existe una carrera judicial. Los jueces se seleccionan entre juristas de prestigio que culminan así su vida profesional y su nombramiento, en las jurisdicciones superiores, es vitalicio mientras observen buena conducta. Esta regla, conquistada por el Parlamento Largo (1640/1660), fue recogida por el Act of Settlement de 1701, que les asegura la permanencia en el cargo quamdiu se bene gesserint. Solamente podría acordar su cese la Reina a propuesta de las dos cámaras del Parlamento, cosa ésta que no sucede desde 1830. Los demás jueces están sometidos al control del poder disciplinario del Lord Canciller que puede pedir al soberano la remoción de los stipendiary judges o remover el mismo a los jueces de condado y a los jueces de paz por mala conducta o por incapacidad. Sobre la selección y estatuto de los jueces en Inglaterra, véase Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory analysis of the Courts of the United States, England and France*^{ed.}. Oxford University Press, Nueva York y Londres, 1993, pp. 31-32 y 48 ss. Asimismo, Robert Stevens, *The Independence of the Judiciary. The view from the Lord Chancellor's Office*, cit., pp. 40 ss. y 78 ss.

⁽²⁰⁾ Sobre la selección y el estatuto de los jueces en los Estados Unidos, cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, ...cit., pp. 21 ss. Respecto de la intervención del Senado conviene señalar que no se trata, sin embargo, de un control ideológico sesgado sino que lo que normalmente se pretende es evitar que lleguen a los tribunales personas radicalizadas en uno u otro sentido o claramente inadecuadas. Es significativo, en este orden de cosas, el episodio producido con motivo del examen por el Comité Judicial del Senado de la nominación del juez Robert H. Bork para el Tribunal Supremo por el Presidente Reagan en 1988. El senador Edward Kennedy, una vez producida la renuncia del interesado ante la fortísima contestación que levantó en la Comisión su candidatura, explicó que lo que había determinado esa resistencia no era la capacidad técnica del juez Bork, sino sus posiciones sobre la interpretación de la Constitución y de los derechos civiles, alejadas del común entendimiento de la misma. Kennedy concluyó señalando que el problema con Bork consistía simplemente en que era un extremista. Sobre el appointing power del Presidente y el ejercicio del advice and consent por el Senado en los nombramientos judiciales, vid. Abraham, *The Judicial Process* ..., cit., pp. 75 ss. Es muy interesante el estudio de Roberto Toniatti, "Appointing power" e indirizzo politico: le recenti nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema", en *Quaderni costituzionali*, n° 1/1987, pp. 187 ss. donde examina, además, con especial detalle las nominaciones del Presidente Reagan de William Rehnquist para la Presidencia de la Corte Suprema y de Antonin Scalia para juez de la misma. Evidentemente, esta facultad presiden-

cargo de por vida⁽²¹⁾ siempre que observen buena conducta, así como una retribución considerable⁽²²⁾ que no será disminuida mientras lo desempeñen. Corresponde al Senado, en acuerdo adoptado por mayoría de dos tercios, la facultad de exigir responsabilidad criminal (impeachment) a los jueces del Tribunal Supremo en los casos de traición, cohecho u otros graves crímenes o delitos (artículo 2.4 de la Constitución de 1787), previa acusación de la Cámara de Representantes. La eventual condena se traducirá en su destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos públicos⁽²³⁾.

cial permite al jefe del Ejecutivo encauzar de algún modo la orientación de la Corte Suprema o de los otros tribunales, al seleccionar a unas personas u otras para desempeñar los cargos judiciales. No obstante, la independencia de los jueces en el ejercicio de su responsabilidad hace que no siempre se conduzcan, al dictar sentencia, en el sentido que cabría esperar de ellos a la vista de su curriculum anterior. El Senado normalmente ratifica la nominación. Entre 1979 y 1986 los candidatos rechazados por el Senado han sido 30 sobre 143 designados, aunque haya que añadir a este porcentaje otros casos, pocos, de renuncia anticipada o supuestos similares.

- (21) Si bien pueden jubilarse con todo su sueldo a partir de los setenta años o después de haber servido durante un mínimo de diez años. En la práctica, sin embargo, los jueces federales y, en especial, los del Tribunal Supremo son reacios a abandonar el servicio activo. La mayoría de las vacantes se deben al fallecimiento de los titulares. Cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process ...cit.*, p. 41.
- (22) La del Chief Justice es superior a la del Presidente de los Estados Unidos y las de los ocho restantes miembros del Tribunal Supremo son equiparables a las de los miembros del gabinete. Cfr. Abraham, *The Judicial Process ...*, cit., pp. 40 ss.
- (23) En la decimocuarta edición del clásico libro de Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*. Princeton University Press, 1978, al comentar la sección tercera del artículo primero que regula el impeachment, si bien reconoce que es también aplicable a los restantes jueces federales e ilustra con ejemplos de aquellos que fueron sometidos en el pasado al mismo, se afirma que “a la vista de lo engorroso del procedimiento de juicio político y del tiempo que probablemente exigirá, se ha propuesto que se cree un tribunal especial para conocer de los casos de conducta impropia en el ejercicio del cargo, especialmente cuando se trata de los jueces inferiores de los Estados Unidos. Poca duda cabe —concluye— que el Congreso tiene atribuciones para crear dicho tribunal y para autorizar tales procedimientos”. Un paso de esa naturaleza se dio en 1980, con la *Judicial Council Reform and Judicial Conduct and Disability Act*, en cuya virtud los otros jueces federales responden, en caso de conducta perjudicial para la administración de justicia eficiente y rápida, ante el *Judicial Council* del circuito, integrado por magistrados designados por el presidente de ese tribunal de apelación, el cual puede sancionarlos aunque no removerlos. Ese mismo Consejo se pronunciará sobre la posible incapacidad física o psíquica de estos jueces para el cumplimiento de sus deberes. Cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process ... cit.*, pp. 42 ss. De acuerdo con la Sección 2ª (a) de Ley de 1980, que da una nueva redacción a la Sección 332 (a) del título 28, del Código de los Estados Unidos, ese Consejo Judicial del Circuito se compone de los siguientes miembros: el Chief Justice del circuito, que lo preside; un número de jueces del circuito establecido por el voto mayoritario de todos los de

Los Estados conocen otros sistemas entre los que se encuentran estas posibilidades: elección popular de los jueces, designación parlamentaria, designación por el gobernador del Estado de entre una lista de candidatos seleccionados por sus méritos y posterior sometimiento del elegido a la confirmación de los electores⁽²⁴⁾. Por otra parte, se determina también el período de su mandato, que a veces es muy corto⁽²⁵⁾.

esta categoría que estén en servicio activo; un número de jueces de distrito del circuito establecido por el voto mayoritario de todos los de esta categoría que estén en servicio activo. Deberá reunirse, al menos, dos veces al año y es competente para tomar todas las medidas que sean necesarias para una administración de justicia efectiva y ágil, incluyendo la potestad de imponer multas.

(24) En torno a los sistemas seguidos en los estados miembros de la Unión para designar a los jueces, véase Henry J. Abraham, *The Judicial Process ...cit.*, pp. 33 ss. Por otra parte, la American Judicature Society, organización ciudadana creada en 1913 para mejorar el trabajo de los tribunales, promueve activamente una campaña para acabar con los sistemas basados en criterios distintos de los méritos profesionales de los aspirantes al cargo de juez. Suyo es el siguiente resumen, vigente en febrero de 1993:

Sistema de méritos a través de una Comisión Seleccionadora	Nombramiento Gubernativo* o Legislativo** sin Comisión Seleccionadora	Elección partidista	Elección no partidista	Selección combinada de méritos y otros métodos
Alaska	California ^G	Alabama	Georgia	Arizona
Colorado	Maine ^G	Arkansas	Idaho	Florida
Connecticut	New Hampshire ^G	Illinois	Kentucky	Indiana
Delaware	New Jersey ^G	Louisiana	Michigan	Kansas
District of Columbia	Rhode Island ^{LG***}	Mississippi	Minnesota	Missouri
Hawaii	South Carolina ^L	North Carolina	Montana	New York
Iowa	Virginia ^L	Pennsylvania	Nevada	Oklahoma
Maryland		Texas	North Dakota	South Dakota
Massachusetts		West Virginia	Ohio	Tennessee
Nebraska			Oregon	
New Mexico			Washington	
Utah			Wisconsin	
Vermont				
Wyoming				

* Nombramiento por el Gobernador: G.

** Nombramiento por Legislativo: L.

*** Para el Tribunal Supremo, nombramiento por el Legislativo. Para el Tribunal Superior, nombramiento por el Gobernador.

Igualmente, se ha considerado la posibilidad de destituirlos por decisión del Congreso o por votación popular⁽²⁶⁾.

2.2. *El modelo interno.*

Este modelo responde al sistema afirmado en Europa continental desde los albores del régimen constitucional. Opera a partir de la figura del juez-funcionario que se integra en una carrera a la que se accede tras superar unas pruebas que acrediten su solvencia técnica y en la que se progresa a lo largo de los años. Aquí se confía a la ley la regulación minuciosa de todos los extremos significativos del estatuto judicial y se deja su aplicación al Poder Ejecutivo, normalmente a través del Ministerio de Justicia, salvo en aquellos aspectos de carácter disciplinario reservados a los propios órganos judiciales, normalmente a los de jerarquía superior. Es el caso de la Asamblea General de la Corte de Casación francesa, la cual ejerció estos cometidos, junto a otros de carácter consultivo en materia administrativa, hasta 1946⁽²⁷⁾. En otras experiencias, esas facultades disciplinarias podían estar en manos de las salas de gobierno de los tribunales.

El calificativo de interno dado a este modelo se justifica porque, bien de forma directa, bien en virtud de recurso, son las propias instancias judiciales las que resuelven las cuestiones que afectan a su estatuto mientras que la intervención ministerial tiene un carácter reglado que le priva normalmente de todo peligro.

⁽²⁵⁾ Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 38 ss., considera que un mandato corto de los jueces es perjudicial para su independencia.

⁽²⁶⁾ Cfr. Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, cit. pp. 38 ss., quien, por lo demás, entiende que el método establecido por la Constitución, nombramiento presidencial con el *advice and consent* del Senado y la permanencia indefinida en el cargo mientras los jueces observen buena conducta, es el mejor de todos los que se aplican en los Estados Unidos. A su juicio, “el alto nivel de integridad de que han sido ejemplo sus miembros —se refiere a los del Tribunal Supremo— justifica la conclusión de que el método de designación, la dignidad del cargo y la fuerza de la opinión pública han demostrado ser garantías adecuadas contra toda infracción del deber que pudiera ser merecedora de remoción” (pág. 45). En defensa de la idoneidad del sistema de la Constitución federal para preservar la independencia judicial, cfr. Alexander Hamilton, en *El Federalista* (78).

⁽²⁷⁾ A partir de ese momento, las decisiones en materia disciplinaria sobre magistrados pasaron al Consejo Superior de la Magistratura, creado por la Constitución de la IV República. Cfr. André Pouille, *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*. Masson, París, 1985, p. 375. También, Jean Vincent, Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard, *La justice et ses institutions*^{3ª ed.}. Dalloz, París, 1991, pp. 80 ss. y 332 ss.

Ahora bien, la verdad es que, en este sistema⁽²⁸⁾, que, en líneas generales, pervive en varios países, se acababa produciendo una cierta autonomía de las salas de gobierno de los tribunales, al convertirse en órganos disciplinarios — lo que, además, puede suponer que los magistrados se conviertan en juez y parte y deban afrontar tareas que les distraigan de su cometido fundamental— o se terminaba creando órganos de carácter consultivo, al principio, y de incierta naturaleza que colaboraban con el Gobierno en la adopción de las decisiones relativas al estatuto de los jueces⁽²⁹⁾.

2.3. *El modelo institucional.*

Con esta denominación se alude a aquellas experiencias, surgidas en ordenamientos, anteriormente, adscritos al modelo interno, que han optado por crear ex novo un nuevo órgano, de carácter colegiado, situado fuera de la dependencia del poder ejecutivo, en cuyas manos se ponen los instrumentos necesarios para resolver, de acuerdo con la Constitución y la ley, cuanto afecta al estatuto de los jueces. Como se dirá, van siendo cada vez más los ordenamientos que optan por esta solución, tanto en Europa como en América. Interesa, pues, poner de manifiesto cuáles son los ejemplos más importantes, con el objeto de señalar no sólo su origen y sus principales desarrollos, sino, también, los rasgos comunes a las distintas experiencias. Para alcanzar tal resultado, basta con recordar ahora las líneas más significativas de su régimen sin que sea preciso un análisis exhaustivo. El examen comienza en Francia, pues es allí donde surge, por vez primera, en 1946, este modelo. Prosigue, por orden cronológico, con el caso italiano y el portugués, para concluir con el español.

2.3.1. El Consejo francés.

Como es sabido, la alternativa a la que se acabó llegando en la Constitución de la IV República francesa en 1946 fue la de crear un órgano de tipo consiliar que asumiera las tareas de gobierno del Poder Judicial⁽³⁰⁾. Este

⁽²⁸⁾ Cuyas variantes históricas, normalmente en el contexto de monarquías que se inspiraban en los principios del liberalismo doctrinario, ofrecieron numerosas muestras de manipulación ministerial del estatuto judicial. Cfr. cuanto señala Luis María Díez-Picazo, *La jurisdicción en España ...cit.*, pp. 5 ss. sobre los rasgos históricos de la judicatura española, claramente inscrita en este modelo hasta la Constitución de 1978.

⁽²⁹⁾ Como el Consiglio Superiore della Magistratura, instituido en Italia con esas características en el Ministerio de Gracia y Justicia en 1907 por iniciativa de Vittorio Emanuele Orlando. Cfr. Luigi Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*. Jovene, Nápoles, 1973.

⁽³⁰⁾ El Consejo Superior de la Magistratura estaba integrado por catorce miembros. Lo

importante paso dado en Francia, que mantuvo la Constitución de 1958, no ha eliminado, sin embargo, la intervención del Poder Ejecutivo en las decisiones que afectan al estatuto de los jueces. Por una parte, porque el primer garante de su independencia, según el texto fundamental, es el Presidente de la República, del cual el Consejo Superior de la Magistratura es un órgano auxiliar⁽³¹⁾. Además, entre sus integrantes está el ministro de justicia, que es su vicepresidente⁽³²⁾. Por la otra, porque la promoción de los jueces ha venido dependiendo de una Comisión de Ascensos (Commission d'Avancement) susceptible de ser influido por el ejecutivo⁽³³⁾.

La Ley Constitucional 93-952, de 27 de julio de 1993, ha modificado el artículo 65⁽³⁴⁾ del texto de 1958, que regula su composición, estableciendo dos

presidía el Presidente de la República. Además, formaban parte de él: el Ministro de Justicia, que era el Vicepresidente; seis personalidades (con sus correspondientes suplentes) elegidas por la Asamblea Nacional, por mayoría de dos tercios, fuera de su seno; cuatro magistrados (con sus correspondientes suplentes) elegidos uno por cada una de las categorías judiciales (magistrados de casación, de apelación, de tribunal y jueces de paz); dos personalidades (y sus respectivos suplentes) designadas por el Presidente de la República fuera del Parlamento y de la magistratura pero en el seno de las profesiones jurídicas. El mandato de todos ellos era de seis años. El Consejo presentaba al Presidente de la República los magistrados a nombrar y debía asegurar su disciplina e independencia y la administración de los tribunales. Cfr. los artículos 83 y 84 de la Constitución de 1946.

(³¹) Según el artículo 64 de la Constitución, "El Presidente de la República garantiza la independencia de la autoridad judicial. Es asistido por el Consejo Superior de la Magistratura...". Adviértase que la Constitución de 1946 no subordinaba de este modo al Consejo respecto del Jefe del Estado, aunque sí le encomendase presidirlo (artículo 34). Por otra parte, conviene tener presente, también, que el Presidente de la IV República, como correspondía a su naturaleza parlamentaria, carecía de los importantes poderes que la Constitución de 1958 ha puesto en manos presidenciales.

(³²) Quien, naturalmente, puede suplir al Presidente de la República en su condición de Presidente del Consejo.

(³³) Como dice Georges Burdeau, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 811, la garantía de la inamovilidad "no se aplica al ascenso, lo que deja al Ministro de Justicia una cierta libertad para influir en la carrera de los magistrados". En el mismo sentido, Vincent, Guinchard, Montagnier y Varinard, *La justice et ses institutions ...* cit. pp. 416 ss. afirman que "la inamovilidad impide al Poder Ejecutivo atentar contra la situación y contra la independencia de los magistrados por medio de desgracias inmerecidas. Pero le queda todavía el atractivo de las recompensas aunque no pueda contar ya con la amenaza de los castigos".

(³⁴) En su versión original, el artículo 65 preveía la que ha sido la composición del Consejo hasta ahora. Formaban parte de él: el Jefe del Estado, el Ministro de

formaciones distintas del Consejo: una competente sobre los magistrados, otra competente sobre los fiscales. En ambos casos, además del presidente⁽³⁵⁾ y del vicepresidente, integran el órgano otros diez miembros. De ellos, tres son personalidades ajenas al Parlamento y al orden judicial y uno es consejero de Estado. En el primer caso, serán el Jefe del Estado y los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado quienes se encarguen de designar, uno cada uno, a esas personalidades y el Consejo de Estado designará a su consejero. Los otros seis miembros varían según la formación de que se trate. Así, para la competente sobre los magistrados, serán cinco jueces y un fiscal y para la competente sobre los fiscales, serán cinco fiscales y un juez.

El cambio es, por tanto, significativo⁽³⁶⁾. No obstante, no ha llegado a eliminar el carácter formalmente subordinado al Presidente de la República que el texto de 1958 atribuye al Consejo, cosa esta que sí se contempló en los trabajos parlamentarios que prepararon la reforma⁽³⁷⁾. Tampoco se ha llegado a reducir la posición del Ministro de Justicia a la de asistente, con voz pero sin voto, ni a atribuir al Presidente de la República el nombramiento de un vicepresidente ajeno al poder ejecutivo, ni a encomendar al Presidente del Consejo Constitucional la designación de la personalidad que se ha acabado atribuyendo al Jefe del Estado, extremos todos ellos contemplados en el proyecto.

Justicia y tres magistrados de la Corte de Casación y otros tres de las restantes jurisdicciones, un consejero de Estado y dos personalidades ajenas a la carrera judicial. El Presidente de la República era quien nombraba a todos ellos. De acuerdo con la Ordenanza 58-1271, de 22 de diciembre de 1958, que contenía su ley orgánica, los seis jueces eran escogidos a partir de una lista establecida por la Oficina de la Corte de Casación que contuviera, para cada categoría, el triple de nombres que puestos a elegir. El consejero de Estado era escogido a partir de una terna formada por la asamblea general del Consejo de Estado. En fin, las personalidades eran elegidas en razón de su competencia.

⁽³⁵⁾ Se conserva la norma que atribuye la presidencia del Consejo al primer presidente de la Corte de Casación cuando actúe como consejo disciplinario para los magistrados. En los supuestos en que se proceda disciplinariamente contra los integrantes del Ministerio Fiscal, presidirá el Procurador General ante la Corte de Casación.

⁽³⁶⁾ Roger Perrot, *Institutions judiciaires*⁶⁸ "d". Montechrestien, París, 1994, pp. 42 ss. apunta tres grandes motivos como causa de la reforma constitucional: mitigar el peso del ejecutivo democratizando el Consejo con una base parcialmente electiva; ampliar sus competencias; y situar bajo su dependencia al ministerio fiscal, hasta ese momento jerárquicamente subordinado al ministro de justicia.

⁽³⁷⁾ Véase el *Projet de loi constitutionnelle enregistré à la Présidence du Sénat le 11 mars 1993*. Sénat, Première Session Extraordinaire de 1992-1993, n° 231, recogido en la *Reseña de Derecho Parlamentario y Electoral*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno. Madrid, n° 12, abril-mayo 1993, pp. 72 ss.

En definitiva se ha reducido en uno el número de magistrados, que es sustituido por un fiscal, se ha aumentado en uno el de personalidades y se ha optado por el sistema de doble formación. Además, continúa existiendo una presencia gubernamental cualificada en el órgano. Finalmente, cabe apuntar que la Constitución sigue sin precisar cómo se realizará la designación de los magistrados y de los fiscales. Ha desaparecido, incluso, la disposición del texto de 1958 que atribuía al Presidente de la República el nombramiento de todos los integrantes del Consejo. Ahora, el artículo 65 *in fine* lo único que determina es que será la ley orgánica la que establezca las condiciones de aplicación de sus mandatos⁽³⁸⁾.

La Ley Orgánica 94-100, de 5 de febrero de 1994, sobre el Consejo Superior de la Magistratura⁽³⁹⁾ se ha encargado de hacerlo. De acuerdo con sus normas, los magistrados que componen su formación competente sobre los jueces han de ser elegidos del siguiente modo: 1º) Un magistrado de la Corte de Casación fuera de jerarquía, elegido por la asamblea de los magistrados fuera de jerarquía de ese Tribunal. 2º) Un primer presidente de Corte de Apelación elegido por la asamblea de primeros presidentes de Cortes de Apelación. 3º) Un presidente de Tribunal de Gran Instancia elegido por la asamblea de presidentes de Tribunales de Gran Instancia, de Primera Instancia o de Tribunales Superiores de Apelación. 4º) Dos magistrados y un fiscal elegidos por un sistema indirecto en los términos que resultan de los artículos 3 y 4⁽⁴⁰⁾. También precisa la ley orgánica que el consejero de Estado

⁽³⁸⁾ En efecto, mientras en el proyecto de ley constitucional se preveía expresamente que los consejeros magistrados serían elegidos, en el texto finalmente aprobado no se efectúa ninguna precisión al respecto.

⁽³⁹⁾ Ley orgánica cuya conformidad con la Constitución declaró el Consejo Constitucional en su decisión 93-337, de 27 de enero de 1994. Véase su texto en *Journal Officiel de la République Française*, de 1 de febrero de 1994, pp. 1776-1777. Por su parte, el Decreto 94-199, de 9 de marzo de 1994 relativo al Consejo Superior de la Magistratura (cfr. *Journal Officiel de la République Française*, de 10 de marzo de 1994, pp. 3779-3783), dicta las previsiones para la aplicación de la ley orgánica.

⁽⁴⁰⁾ En síntesis, se trata de deferir la decisión a sendos colegios electorales nacionales, uno de magistrados y otro de fiscales. El primero de 160 miembros. El segundo de 80. Los integrantes de cada colegio son elegidos a su vez por los magistrados y los fiscales a partir de circunscripciones que se corresponden con la demarcación territorial de las Cortes de Apelación. En cada una de ellas se elegirá el número de componentes del colegio que establezca el Consejo de Estado por decreto teniendo en cuenta la importancia de la circunscripción. Los electores que integran los colegios nacionales elegirán a los miembros del Consejo Superior de la Magistratura por escrutinio secreto a una vuelta, disponiendo cada elector de la posibilidad de votar por uno o por dos candidatos. Cfr. sobre todas estas cuestiones los artículos 15 y siguientes del Decreto 94-199.

miembro del Consejo Superior será elegido por la asamblea general del organismo al que pertenece (artículo 5).

Este Consejo, siempre de acuerdo con la Ley Orgánica 94-100, tiene un mandato de cuatro años que no pueden ser renovados de forma sucesiva (artículo 6).

Por lo que se refiere a las funciones, la nueva redacción del artículo 65 de la Constitución amplía los casos en los que es el propio Consejo el que propone el nombramiento de magistrados en lugar de limitarse a dar su parecer conforme a las propuestas del Ministro de Justicia⁽⁴¹⁾. Además, extiende su intervención al ámbito del Ministerio Fiscal, en el que es preceptivo su informe en todos los nombramientos que no corresponda efectuar al Consejo de Ministros y en todos los casos de sanciones disciplinarias⁽⁴²⁾. Igualmente, la Ley Orgánica prevé (artículo 20) la posibilidad de que cualquiera de las formaciones del Consejo encargue a uno o a varios de sus miembros la realización de misiones de información en la Corte de Casación, en los tribunales de apelación, en los tribunales y en la Escuela Nacional de la

(41) En la redacción inicial el Consejo solamente proponía los nombramientos de los miembros de la Corte de Casación y los de primer presidente de los Tribunales de Apelación. Ahora, propone también el nombramiento de los presidentes de los Tribunales de Gran Instancia. Véase, por lo demás, el artículo 15 de la Ley Orgánica 94-100, de 5 de febrero de 1994. Conforme a sus previsiones, en estos casos, la formación competente del Consejo, tras examinar los expedientes de los candidatos, adopta una propuesta a partir del informe de uno de sus miembros y la somete al Presidente de la República. En los demás supuestos, se limita a emitir, previo informe de uno de sus miembros, su parecer respecto de las propuestas del Ministro de Justicia que han de ser acompañadas de la lista de candidatos a cada plaza. El ponente, para elaborar su informe, tiene acceso a los expedientes de los candidatos y puede recabar del Ministro cuantas precisiones necesite. Tales precisiones y las observaciones que pueda hacer el magistrado interesado se reflejarán en su expediente. A propuesta del ponente el Consejo puede remitir al Ministro las observaciones que estime convenientes sobre el contenido del expediente examinado (artículo 17).

(42) Cfr. el artículo 17 de la Ley Orgánica 94-100, de 5 de febrero de 1994.

(43) Conviene advertir, sin embargo, que la jurisdicción contencioso-administrativa encomendada en Francia al Consejo de Estado, se rige por otras normas y que el Consejo Superior de la Magistratura no interviene en la selección, situaciones e incidencias que puedan afectar al miembro de aquél órgano. Por el contrario, llama la atención que buena parte de los aspectos sustantivos del estatuto personal de los integrantes de tan prestigiosa institución han sido dejados al respecto de las tradiciones: por ejemplo, los ascensos del auditor a maître de requêtes, se rigen por el criterio de la antigüedad y la inamovilidad se observa en la práctica, sin otras excepciones que las habidas bajo el régimen de Vichy. Sin embargo, ni lo uno ni lo otro está plasmado en normas jurídicas escritas. En otro orden de consideraciones, el Consejo de Estado, se consideró competente, bajo la IV República, para conocer

Magistratura. Ha desaparecido, en cambio, la exigencia constitucional expresa de la consulta al Conseil a la hora de ejercer el derecho de gracia⁽⁴³⁾.

2.3.2.- El Consejo italiano

La Constitución italiana de 1947 extrajo las consecuencias implícitas en la iniciativa francesa al establecer que la magistratura es un “orden autónomo e independiente de cualquier otro poder” (artículo 104) y al crear el Consejo Superior de la Magistratura para resolver, de conformidad con el ordenamiento jurídico, todo lo que afecte al estatuto personal de los jueces (artículo 105)⁽⁴⁴⁾, limitando la intervención del gobierno, mejor dicho, del

de los litigios relativos a la composición del Consejo Superior de la Magistratura y, en la actualidad, entiende de las reclamaciones que interpongan los magistrados contra los acuerdos de éste que les sancionen.

(44) A lo que se añade su potestad reglamentaria que comprende, además de la aprobación de su propio reglamento, la facultad de regular las prácticas de los auditores judiciales y la de dictar circulares y directivas sobre el ejercicio de sus funciones que afectan a los jueces y a los ciudadanos que se relacionen con él. También lleva a cabo tareas de propuesta y de asesoramiento al Parlamento y al Gobierno respecto de los problemas de la justicia. Ejerce, igualmente, una labor de dirección y coordinación en lo relativo a los aspectos administrativos de la jurisdicción. Finalmente, cabe decir que goza de una posición de autonomía constitucional frente a los demás órganos del Estado. Al igual que sucede en Francia, el Consejo Superior de la Magistratura no interviene en lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa, en manos de los Tribunales Administrativos Regionales y encabezada por el Consejo de Estado, órgano que conoce de las apelaciones contra las sentencias de éstos. Aunque, desde la Ley de 27 de abril de 1982, su Consejo de Presidencia ejerce las funciones de gobierno sobre la magistratura administrativa, desempeñando un papel análogo al del CSM, las garantías de la independencia de quienes integran esta jurisdicción son menos acusadas que las existentes para los jueces ordinarios.

Por lo demás, los actos del Consejo Superior de la Magistratura son susceptibles de ser revisados judicialmente. Ante los Tribunales Administrativos Regionales los que afecten al estatuto de los jueces y ante la Corte de Casación los de carácter disciplinario, que se consideran de naturaleza jurisdiccional. Sobre la potestad disciplinaria, cfr. Miguel Revenga Sánchez, “Responsabilidad y disciplina judicial. El caso italiano”, en Poder Judicial, n° 21/1991, pp. 59 ss. La posible legitimación del Consejo para promover un conflicto de atribuciones ante la Corte Constitucional en defensa de sus competencias, suscitó dudas en la doctrina, aunque predominan quienes proponían una respuesta afirmativa (Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*^{2ª ed.} Il Mulino, Bolonia, 1988, p. 369), frente a los que se pronunciaban en contra (cfr. Manlio Mazzotti, *I conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato*. Giuffrè Milán, 1972, pp. 190 ss.). La cuestión ha quedado despejada desde el momento en que la Corte Constitucional ha conocido de conflictos de atribuciones promovidos por el Consejo contra el Gobierno. Cfr. Marco Devoto, “Profili costituzionali del potere giudiziario e conflitto de

Ministro de Justicia a la organización y el funcionamiento los servicios relativos a la justicia (artículo 110) en todo aquello que no sea de la competencia del Consejo.

Desde el punto de vista de la configuración del órgano, lo significativo del paso dado en Italia, aunque siga estando presente el Presidente de la República, que preside el Consejo, es que desaparece la influencia ministerial claramente perceptible en el caso francés. En efecto, el artículo 104 de la Constitución de 1947 configura su composición del siguiente modo: el Primer Presidente y el Procurador General de la Corte de Casación son miembros natos. Los restantes consejeros, en número de treinta, son elegidos: dos tercios por todos los magistrados entre los jueces de todas las categorías⁽⁴⁵⁾ y un tercio por el Parlamento, en sesión conjunta, entre catedráticos de Universidad de materias jurídicas y abogados con más de quince años de servicio. Su mandato, como el de los consejero franceses, es de cuatro años.

Por eso, se ha dicho que, desde la perspectiva de la garantía de la independencia judicial, la opción italiana representa “una interesante forma de racionalización del modelo burocrático de derivación francesa”⁽⁴⁶⁾. También se comprende que se afirme que “la institución de un Consejo superior así compuesto ha venido a dar a la magistratura el rango de un auténtico “poder del Estado”, capaz de contraponerse a los otros y de romper aquella dependencia del ejecutivo que, en el período anterior, consentía la atribución al ministro de justicia de competencias inherentes a la administración del personal judicial”⁽⁴⁷⁾. O que se vea en este órgano, tal como lo configuró la Constitución de 1947, “la innovación de mayor relieve adoptada para potenciar la independencia de la Magistratura en los ordenamientos constitucionales de la Europa occidental inspirados en los principios del gobierno parlamentario o semiparlamentario”⁽⁴⁸⁾.

attribuzione contro il Ministro della Giustizia”, en *Diritto e Società*, n° 3/1994, pp. 449 ss.

(45) De los veinte consejeros togados, diez son elegidos entre los magistrados de todas las categorías. Los otros diez son elegidos: cuatro entre los magistrados de la casación; dos entre los magistrados de apelación y cuatro entre los magistrados de tribunal. La elección tiene lugar en un colegio único nacional, por medio de un sistema proporcional de listas concurrentes. Todo ello de acuerdo con el régimen establecido por la Ley de 3 de enero de 1981, n. 1.

(46) Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 310.

(47) Cfr. Alessandro Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*. Einaudi, Turín, 1982, p. 38. Órgano de garantía, por lo demás, que posee relevancia constitucional. Su cometido ha sido definido como “administración de la jurisdicción” (p. 82).

(48) Alessandro Pizzorusso, “El Consejo Superior de la Magistratura en Italia”, en *Documentación Jurídica*, n° 42/44, de abril-diciembre de 1984, pp. 657-658.

Seguramente, por esa razón, años más tarde, en Portugal, España y en otros países europeos y americanos⁽⁴⁹⁾ se ha seguido este camino.

2.3.3.- El Consejo portugués.

En efecto, en Portugal fue introducido por la Constitución de 1976 para encargarse del nombramiento de los jueces y para exigirles la responsabilidad disciplinaria⁽⁵⁰⁾. De acuerdo con la actual redacción de su artículo

(49) Es interesante comprobar el influjo de la solución italiana en América. Así, el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en México, en 1975, estableció como una de sus conclusiones la siguiente: "En la reorganización del aparato judicial latinoamericano, resulta conveniente la introducción de un Consejo Judicial o de la Magistratura, el que deberá ser organizado teniendo en cuenta las peculiares características de la realidad constitucional latinoamericana. Debe estar integrado mayoritariamente por funcionarios judiciales, cuya designación provenga de los mismos jueces, sin perjuicio de la representación de otros poderes y organizaciones, con el objeto de evitar que el organismo judicial se transforme en un cuerpo cerrado y estratificado. Su función será la de vigilar el cumplimiento de las garantías judiciales, especialmente, el nombramiento, promoción y responsabilidad de los jueces y el establecimiento de verdaderas carreras y políticas judiciales". Cfr. *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1977, p. 202. Véase, también, cuanto señala al respecto, en su ponencia, Héctor Fix-Zamudio, *ibídem*, pp. 43-45. Por lo demás, al igual que, con anterioridad se hizo en Costa Rica, Colombia, El Salvador, Perú y Venezuela, recientemente, tanto la Constitución de Paraguay de 1992, cuanto la reforma constitucional realizada en Argentina en 1994, han introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos esta institución. Sobre el Consejo de la Magistratura de este último país, previsto por el artículo 114 de la Constitución, cfr. Roberto Dromi y Eduardo Menem, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, pp. 372 ss.

México acaba de incorporarse, tras la reforma constitucional de 30 de diciembre de 1994, a este grupo de países. Sobre el Consejo de la Judicatura Federal, regulado por el artículo 100 de la Constitución y por los artículos 68 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de 25 de mayo de 1995. En general, sobre la importante modificación que esa revisión ha supuesto para el Poder Judicial mexicano, cfr. Mario Melgar Adalid (coord.), *Reformas al Poder Judicial*. UNAM, México, 1995 y, en especial, el trabajo de José Luis Soberanes Fernández, "El Consejo de la Judicatura Federal a la luz del Derecho Comparado", *ibídem* (pp. 213 ss.).

En la actualidad están en curso los trabajos preparatorios para elaborar la ley que instituya el Consejo de la Judicatura en Bolivia.

(50) Cfr. sobre el Consejo Superior de la Magistratura de Portugal, José Narciso Da Cunha Rodrigues, "Modelos de governo do poder judicial. Alternativas", en *Revista do Ministério Público*, n° 58/1994, pp. 28 ss., quien incluye una perspectiva comparada. Hay que tener en cuenta que la Constitución portuguesa, además del

220⁽⁵¹⁾ se trata de un órgano de diecisiete miembros. De ellos exige expresamente que siete sean elegidos de entre los jueces por sus pares, a través de un sistema proporcional. Además, impone la designación de otros siete por la Asamblea de la República sin establecer requisitos específicos⁽⁵²⁾ y encomien-

de la magistratura, contempla otros dos Consejos Superiores: el de los Tribunales Administrativos y Fiscales (artículo 219.2) y el del Ministerio Público (artículo 222.2), cuya composición se defiere a la ley. Respecto de este último, la norma fundamental limita la libertad de conformación del legislador, al establecer que debe componerse de miembros elegidos por la Asamblea de la República y miembros elegidos por y entre los miembros del Ministerio Público. Cfr., también, José Joaquín Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*^{6ª ed. rev.} Almedina, Coimbra, 1993, pp. 768-769.

(51) En Portugal el Consejo Superior de la Magistratura, introducido por la Constitución de 1976 para resolver el nombramiento, traslado y ascenso de los jueces, así como para exigirles la responsabilidad disciplinaria, ha conocido varias composiciones diferentes. El artículo 223 del texto fundamental remitía a la ley la regulación de su composición, exigiendo únicamente que en la misma figurasen miembros elegidos por los jueces entre ellos. La Ley Orgánica de 31 de diciembre de 1976 determinó la plena judicialización del Consejo. Lo integraban el Presidente del Tribunal Supremo y los presidentes de los tribunales de relação (segunda instancia) y doce miembros elegidos: dos jueces del Tribunal Supremo, seis de primera instancia y cuatro funcionarios judiciales. En 1977, el Estatuto de los Magistrados Judiciales (Ley de 13 de diciembre de 1977) modificó la composición del órgano. Pasaron a ser miembros natos de él el Jefe del Estado y el Presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de los tribunales de relação y el Provedor de Justiça (Defensor del Pueblo). Los miembros electivos eran cuatro personalidades designadas por la Asamblea de la República, dos jueces del Tribunal Supremo, seis jueces de derecho y cuatro funcionarios judiciales. Como consecuencia de la reforma constitucional de 1982 y de la Ley 21/1985, de 30 de julio, se produjo un nuevo cambio: el Consejo volvió a ser presidido por el Presidente del Tribunal Supremo integrándolo: dos vocales designados por el Presidente de la República, de ellos uno debía ser magistrado; siete miembros elegidos por la Asamblea de la República y otros siete elegidos por y entre los jueces. También formaban parte del Consejo seis funcionarios judiciales, elegidos por sus pares, que sólo intervenían en la discusión y votación de las cuestiones que afectasen a su estatuto. Posteriormente, el Consejo ha perdido sus competencias en esta cuestión, con lo que ha desaparecido, también esta parte de su composición. Después de tantas idas y venidas, la configuración del Consejo ha quedado constitucionalizada en los términos que se recogen en el texto.

(52) Excepto respecto de la mayoría necesaria para la designación parlamentaria. Conforme al artículo 166 h) de la Constitución, la Asamblea de la República ha de efectuar la elección por mayoría de dos tercios de los diputados presentes, a condición de que sea superior a la mayoría absoluta de los diputados en el desempeño efectivo de sus funciones.

(53) Cfr. también, el artículo 136 n) de la Constitución de Portugal.

da la designación de los otros dos restantes al Presidente de la República⁽⁵³⁾ aunque determina que uno de los dos ha de ser juez⁽⁵⁴⁾. En fin, la Constitución atribuye la presidencia del Consejo al Presidente del Tribunal Supremo, el cual, a su vez, es elegido por los miembros de ese alto órgano judicial, conforme al artículo 212.2 de la Constitución.

2.3.4.- El Consejo español

En España⁽⁵⁵⁾, el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del Poder Judicial, según el artículo 122 de la Constitución. Se compone de veinte vocales y de su Presidente, que es el del Tribunal Supremo, al cual los mismos vocales del Consejo, de acuerdo con el artículo 123.2 del texto fundamental, eligen. El mandato de todos ellos es de cinco años y, con la excepción del Presidente, al que cabe reelegir por una sola vez, no se les permite ser candidatos en la renovación sucesiva del órgano. Conforme al artículo 122.3, siempre de la Constitución, los vocales son designados del siguiente modo: doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que la ley orgánica establezca, y ocho por las Cortes Generales (cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado), por mayoría de tres quintos, entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional⁽⁵⁶⁾.

Al Consejo corresponde decidir todo lo relativo al estatuto de los jueces y

⁽⁵⁴⁾ Los siete consejeros elegidos por los jueces son renovados cada tres años. Los de designación parlamentaria y presidencial permanecen en el cargo durante la legislatura y el mandato del Jefe del Estado respectivamente.

⁽⁵⁵⁾ El mejor estudio sobre su régimen jurídico es el de Manuel Terol Becerra, *El Consejo General del Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Sobre los antecedentes españoles, por lo demás escasamente significativos, cfr. González Granda, *Independencia del juez...*, cit. pp. 40 ss. Véase, además, Luis Mosquera, "La posición del Poder Judicial en la Constitución Española de 1978", en Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría (eds.), *La Constitución Española de 1978*. Civitas, Madrid, 1980, pp. 696 ss. Andrés Ibáñez, *El Poder Judicial*, cit. pp. 48 ss. Díez-Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial ...cit.*, pp. 131 ss. Para una consideración fundamentalmente crítica, véase Andrés de la Oliva Santos, "Acerca del Consejo General del Poder Judicial(1)", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2/1994, pp. 273 ss. y, en especial, 289 ss. Marco Villagómez Cebrián, "Las atribuciones del órgano de Gobierno del Poder Judicial: Análisis comparado del sistema italiano y español", en *Poder Judicial*, nº 35/1995, pp. 311 ss., contrasta el Consejo italiano con el español, tras la reforma que éste experimentó en 1994.

⁽⁵⁶⁾ Sobre la composición y la polémica suscitada por los cambios que en la forma de designar a los Vocales judiciales introdujo la Ley Orgánica del Poder Judicial, en 1985, cfr. Manuel Gerpe Landfín, "La composición del Consejo General del Poder Judicial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9/1991, pp. 145 ss. Véase, también, infra.

magistrados, incluida su selección, materia en la que, hasta 1994, el Ministerio de Justicia retenía todavía las principales competencias⁽⁵⁷⁾. Vela por la independencia judicial, concurre a la integración de otros órganos⁽⁵⁸⁾, colabora en el ejercicio de las potestades normativas que corresponde a las Cortes y al Gobierno, así como a las asambleas legislativas y a los órganos ejecutivos superiores de las Comunidades Autónomas, en las materias relacionadas con la justicia⁽⁵⁹⁾, dispone de potestad reglamentaria para desarrollar los aspectos de la LOPJ relacionados con el estatuto de los jueces y magistrados⁽⁶⁰⁾ y dispone de instrumentos para estimular la adopción por el Gobierno, por las Cortes o por las Comunidades Autónomas de las iniciativas y medidas que

(57) En efecto, la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, ha modificado la LOPJ, devolviendo al Consejo General del Poder Judicial las competencias de selección de las que carecía desde 1985. Hasta este año y desde 1980, dispuso de ellas en virtud de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial. Carmen Fernández-Miranda Campaamor, "El Consejo General del Poder Judicial: de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio", en *Revista de Derecho Político*, nº 38/1993, pp. 37 ss. comparan el diferente régimen que establecieron estas dos leyes para el Consejo.

(58) En particular, designa, conforme al artículo 159.1 de la Constitución, a dos magistrados del Tribunal Constitucional y, en virtud de su artículo 124.4, ha de ser oído preceptivamente en el trámite de nombramiento del Fiscal General del Estado. Asimismo, designa, entre Magistrados del Tribunal Supremo, a ocho de los trece miembros de la Junta Electoral Central, órgano que encabeza la Administración Electoral, y, en este caso entre Magistrados de las Audiencias, a tres de los cinco miembros de las Juntas Electorales Provinciales, que son las llamadas a desempeñar directamente las principales operaciones electorales (artículos 9 y ss. de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General).

(59) Me refiero a la función consultiva que lleva a cabo mediante el informe preceptivo de los anteproyectos de leyes y de disposiciones generales, del Estado o de las Comunidades Autónomas que afecten a la Administración de Justicia en los términos previstos por la Ley Orgánica en sus artículos 108 y 109.3 de la LOPJ. En cambio, tiene otro alcance su intervención, consistente en la emisión de un informe, en los procedimientos motivados por las reclamaciones de indemnización formuladas por quienes aleguen haber sufrido perjuicios como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (artículo 121 de la Constitución y 292 ss. LOPJ). En tal caso, el cometido del Consejo se inscribe en un ámbito fundamentalmente administrativo.

(60) De acuerdo con el artículo 110 de la LOPJ. Sobre el particular, cfr. José María Porrás Ramírez, "Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial (A propósito de la nueva regulación introducida por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 87/1995, pp. 239 ss.

considere imprescindibles en relación con los juzgados y tribunales o con el proceso o, en general, con lo que afecte a la justicia⁽⁶¹⁾.

Además, el Consejo General es un órgano constitucional⁽⁶²⁾ y goza de una posición caracterizada por su autonomía. En consecuencia, es independiente de los demás órganos del Estado y está dotado de capacidad de autoorganización, que incluye la reglamentación de su funcionamiento interno. También goza de autonomía presupuestaria. Está legitimado, en fin, para plantear conflictos ante el Tribunal Constitucional en defensa de sus competencia⁽⁶³⁾.

2.3.5.- Hacia unas primeras conclusiones

Tras este rápido examen de las diferentes soluciones ensayadas hasta ahora en Francia, Italia, Portugal y España cabe extraer algunas conclusiones significativas. Veamos.

1ª La experiencia europea muestra que se ha recurrido a una institución de la naturaleza del Consejo solamente en aquellos ordenamientos en los que el Poder Judicial, a pesar de la eventual descentralización territorial del poder político, es único y se administra por jueces y magistrados profesionales, integrados en lo que, entre nosotros, se denomina carrera judicial. En este contexto, la función básica del Consejo es la de adoptar todas las decisiones

(61) Me refiero a la Memoria prevista en el artículo 109.1 de la LOPJ, así como a la Relación de Necesidades contemplada en el artículo 37.2 y al programa de recursos a aportar por las Comunidades Autónomas al que se alude el apartado cuarto de esa disposición legal.

(62) Cfr. Díez-Picazo, Régimen constitucional del Poder Judicial, ...cit., pp. 133 ss. Id. La jurisdicción en España ... cit., p. 21. La calificación del Consejo como órgano constitucional resulta con claridad del artículo 59.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Capítulo III de su Título IV. Más difícil es sostenerla desde las premisas que en sede doctrinal se utilizan para definir ese tipo de órganos. Sobre la cuestión, cfr. Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Manual de Derecho Político, Vol. I^{er} ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 207-208 y 216 ss.

(63) Respecto de la potestad de autoorganización, cfr. el artículo 110.1 de la LOPJ. Sobre la autonomía presupuestaria, cfr. los artículos 107.8 y 127.12 de la LOPJ. En cuanto a su legitimación para promover conflictos ante el Tribunal Constitucional frente al Gobierno, al Congreso de los Diputados o al Senado, véase el artículo 59 de la LOTC. Por lo demás, en relación con este precepto, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas parece incorporar a este último a la nómina de órganos constitucionales. De ser así, también frente a él podría promover conflictos el Consejo. Naturalmente, la legitimación activa se corresponde con la pasiva.

Por lo que se refiere a la fiscalización de sus actos, corresponde a la Sala Tercera del Tribunal Supremo (artículo 58.1 LOPJ).

relativas al estatuto personal de los jueces: desde su selección hasta su jubilación, pasando por todas las etapas e incidencias intermedias, incluidas las de carácter disciplinario. El Consejo desapodera, pues, al Poder Ejecutivo de estas materias. En cambio, carece de potestades jurisdiccionales.

2ª En segundo lugar, es preciso poner de manifiesto la dificultad que se aprecia en alcanzar soluciones estables. Al menos a eso apuntan los notables cambios experimentados en esos países en lo que se refiere a la composición del órgano. Esta circunstancia pone de relieve lo delicado de los intereses en juego y las resistencias que ofrecen, en unos casos, los miembros de la carrera judicial a someterse a las decisiones de este órgano y, en otras, las que presentan las fuerzas políticas que operan desde las instituciones representativas a dejar esta esfera de poder en manos de las organizaciones corporativas de los jueces.

3ª Las distintas opciones particulares adoptadas por los constituyentes apuntan, por lo demás, a un órgano relativamente numeroso y a la común preocupación por asegurar una destacada presencia en él de los jueces, pero sin que eso conduzca necesariamente a la exigencia constitucional de la elección de los miembros judiciales por los propios jueces.

4ª Se aprecia, también, el propósito de compensar la presencia judicial en el seno del Consejo a través de diversos expedientes, entre los que figuran los siguientes. Encomendar al Parlamento la designación de la totalidad o de un número relevante de sus miembros. O prever, cuando son más numerosos los que poseen la condición de jueces, mecanismos que equilibren posibles tendencias corporativas en su actuación. Desde esta perspectiva se ha de entender la solución italiana sobre la presidencia y la vicepresidencia del Consejo y, seguramente, el mantenimiento, en Francia, de la atribución presidencial de garantizar la independencia judicial con la asistencia del Consejo Superior de la Magistratura y la presencia en él de consejeros designados, junto a los elegidos. También debe entenderse de esta manera el sistema previsto en este país por la ley orgánica que lo regula para elegir a los magistrados y fiscales que han de integrar sus formaciones. Evidentemente, la opción de la Constitución española y, posteriormente, la de la Ley Orgánica del Poder Judicial se inscriben, igualmente, en esa línea al acompañar a los miembros judiciales de otros no pertenecientes a la magistratura y al encomendar a las Cortes la designación, por mayoría cualificada de la totalidad de los vocales.

5ª El discurso sobre la elección por los jueces de los miembros judiciales adquiere un sentido diferente en cada contexto. En efecto, no es lo mismo que se combine con la presencia de miembros del ejecutivo o que se prescindiera de ellos. Y tampoco es igual que esa elección tenga lugar cuando solamente afecta a la mitad de los componentes del órgano que cuando se aplique a sus dos terceras partes o a sus tres quintos, como sucede en Italia, en el primer

caso, y en Francia⁽⁶⁴⁾ o en España en el segundo. En ningún supuesto se ha dado el paso, sin embargo, de concebir jurídicamente al Consejo como una instancia representativa de los miembros de la carrera judicial. Más bien se ha afirmado lo contrario por parte del legislador y de la jurisprudencia, aunque existan planteamientos ideológicos en algunos sectores de la judicatura y de las fuerzas políticas que aboguen por convertir al órgano de gobierno del Poder Judicial en sede de representación de la carrera judicial o de las asociaciones de jueces y postulen su consideración como órgano de autogobierno no tanto del Poder Judicial cuanto de los propios jueces.

6ª Cabe subrayar que, sea cual sea el sistema concreto elegido, la polémica sobre la penetración de la política partidista en las designaciones y en el comportamiento de los consejeros ha sido inevitable, al igual que ha ocurrido con otros órganos constitucionales cuyos miembros son designados por el Parlamento. Parece, por tanto, que las causas no están ligadas tanto al concreto procedimiento de designación de los componentes de este órgano, cuanto a la relevancia de la función que desempeña y a las circunstancias particulares de cada sistema político. La condición de órgano constitucional propia del Consejo, el relieve de sus atribuciones y la naturaleza del Poder Judicial —me refiero a su dimensión política en cuanto poder del Estado— que aquél gobierna explican esa sensibilidad hacia este órgano. Sensibilidad que no tiene que ver, necesariamente, con la forma y el sentido real de sus decisiones, sino que, muy a menudo, responde a percepciones de sujetos ajenos al Consejo.

7ª Además de las funciones directamente relacionadas con el estatuto personal de los jueces, se atribuye a estos consejos relevantes cometidos conexos con ese núcleo esencial lo que les convierte en órganos consultivos del Parlamento y del Gobierno en todo lo que se refiera a la justicia entendida en el más amplio de los sentidos. Igualmente, se les confiere, en ocasiones, la facultad de intervenir en la formación de otros órganos, tal como sucede con el Consejo General del Poder Judicial español, que designa a dos magistrados del Tribunal Constitucional y ha de ser oído en el nombramiento del Fiscal General del Estado, además de nombrar a la mayor parte de los miembros de los principales órganos de la Administración Electoral.

8ª El modelo de Consejo que se ha institucionalizado en Europa no está llamado, en cambio, a gestionar cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, ni las estructuras organizativas de la jurisdicción, ni los correspondientes recursos presupuestarios, aunque sí le toque ejercer cometidos de supervisión, informe y propuesta al respecto. Es significativo que donde se le encomendaron competencias sobre personal no judicial, se ha terminado por retirárselas.

(64) Contando como si formaran un solo grupo de origen, aunque no lo sean exactamente en la realidad, los cinco magistrados, el fiscal y el consejero de Estado.

9ª Para facilitarle el desempeño de sus cometidos básicos, el Consejo, en estos ordenamientos, ha sido dotado de un especial status constitucional. En efecto, goza de autonomía en sus relaciones con los demás órganos constitucionales y en su propia organización y en el ejercicio de sus funciones. Entre ellas destaca la potestad normativa que se le reconoce no sólo a efectos de autoorganización, una función consultiva respecto del Gobierno y del Parlamento en materias relacionadas con la Justicia, así como la autonomía presupuestaria. Del mismo modo, cabe apuntar que suelen contar con instrumentos para defender jurídicamente su esfera de atribuciones. Todo ello no es incompatible con el sometimiento de sus decisiones al control jurisdiccional por parte del Tribunal Supremo y/o del Tribunal Constitucional, pero sí lo es con formas de responsabilidad política ante el Parlamento, pues estos Consejos son órganos de garantía que no toman parte en el proceso de dirección de la política nacional.

10ª No puede decirse que esta institución se haya universalizado, pero sí es perceptible un proceso de generalización de la misma, a pesar de las fuertes críticas de las que es objeto en cada país, así como una significativa aproximación de las normas que la regulan en diferentes ordenamientos jurídicos. Todo ello, seguramente, apunta a que, pese a padecer notorias deficiencias y limitaciones, el sistema que representa es, desde el punto de vista de los principios y desde la perspectiva de la eficacia en su realización, menos malo que los demás, a la hora de asegurar la independencia de los jueces en un Estado social y democrático de Derecho.

3. ¿GOBIERNO O AUTOGOBIERNO DEL PODER JUDICIAL?

Más que sobre la cuestión de los cometidos concretos de estos Consejos, por lo demás sustancialmente semejantes, me interesa insistir todavía, a propósito de ellos, sobre el aspecto de su composición para responder a la pregunta de si estos órganos deben ejercer el gobierno del Poder Judicial o si deben ser un instrumento para que los jueces se autogobiernen.

No se trata de una distinción meramente semántica. Al fin y al cabo, el discurso sobre el autogobierno de los jueces ha adquirido unas connotaciones muy precisas en el lenguaje político. Especialmente en Italia, que es donde ha experimentado una mayor elaboración, en parte gracias a la conceptualización constitucional de la magistratura como un orden autónomo, en parte por la relevancia específica que allí ha asumido, ante la falta de desarrollo de la Constitución y el bloqueo político que ha caracterizado a la República⁽⁶⁵⁾. Pero

(65) Sobre la crisis de la República, cfr. Carlo Chimenti, "Algunos rasgos fundamentales del parlamentarismo italiano", en la Revista de Estudios Políticos, nº 75/1992, pp. 7 ss. especialmente 33 ss. La suplencia del legislador, asumida en tiempos pasados por otras instituciones, especialmente por la Corte Constitucional, pero,

también en España, donde ha conducido a posiciones que, a partir de la afirmación de ese principio, que deducen del texto fundamental, concluyen, en sus formulaciones más extremas, no sólo en la necesidad de que los doce Vocales de origen judicial a los que se refiere el artículo 122 de la Constitución, sean elegidos por los jueces, sino también en la exigencia de que el Consejo se haga cargo de todas las competencias relacionadas con la Administración de Justicia, llegando a reivindicar, incluso, la iniciativa legislativa en ese sector.

El Consejo sería, en esos planteamientos⁽⁶⁶⁾, un órgano de representación de quienes integran el Poder Judicial y de gestión de las estructuras y cuerpos de funcionarios relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional del cual debería emanar la política judicial. En tales condiciones, la desaparición del Ministerio de Justicia sería una consecuencia casi inevitable. Ahora bien, al margen de que se considere que las cosas deban de ser así o no, se trata de establecer si los textos constitucionales asumen planteamientos de esa naturaleza o si, por el contrario, se orientan en otra dirección. Conviene, pues, avanzar con sosiego.

Ante todo, hay que precisar que la diferencia entre gobierno y autogobierno es importante, pues el primer término carece de implicaciones subjetivas, mientras que el segundo sí las posee. Es evidente que si se habla de autogobierno del Poder Judicial ha de realizarlo quien pertenezca al Poder Judicial y obre en condición de integrante de él. Planteadas así las cosas,

también, por la magistratura ha pasado, en los últimos tiempos, a convertirse en suplencia de los mecanismos de control del sistema constitucional en su conjunto e, incluso, en válvula de escape de las tensiones del sistema político. A mi juicio, los llamativos episodios que se viven en esta fase —que se dice de transición a la que se llama la Segunda República— son peculiares de la vida política transalpina, de manera que la traslación de las conclusiones que, a partir de los mismos, se obtengan a otras experiencias ha de hacerse con gran cautela. Sobre la continuidad o discontinuidad constitucional, desde el punto de vista formal y material, véase Giuseppe Ugo Rescigno, “A propósito de prima e seconda repubblica”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n° 103/1994, pp. 5 ss.

(66) Xiol Ríos, “El autogobierno del Poder Judicial: la situación en España”, cit. pp. 133 ss. se hace eco de ellos a lo largo de su estudio. Para un entendimiento amplio del cometido del Consejo, cfr. Federico Carlos Sainz de Robles, “El Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional impulsor de la reforma del Poder Judicial”, en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*. Editora Nacional/CGPJ, Madrid, 1983, pp. 815 ss. Del mismo autor, “Poder Judicial y Consejo General del Poder Judicial”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. IV. Civitas, Madrid, 1991, pp. 2985 ss. Respecto de concepción relativa del autogobierno, cfr. Juan Antonio Xiol Ríos, Juan José González Rias y Jorge Rodríguez-Zapata, *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado social y democrático de Derecho*. CGPJ, Madrid, 1990, pp. 16 ss.

aunque pueda haber otras fórmulas⁽⁶⁷⁾, que sean sus miembros los que designen a quienes hayan de ejercerlo y que medie entre unos y otros una relación representativa parece la fórmula más sencilla de conseguirlo. Sin embargo, considero necesario señalar que, razonando desde la independencia de los jueces, no se sigue forzosamente que, para asegurarla, no haya otra alternativa que la de establecer su autogobierno. Es más, puede decirse que en los ordenamientos constitucionales que han ejercido un mayor influjo esto no se ha producido nunca.

Al contrario, han prevalecido las exigencias de la moderación y del equilibrio. Es decir, la lógica de los frenos y contrapesos consustancial al derecho constitucional. En Estados Unidos o, si se quiere, en el modelo anglosajón, que hemos llamado externo, esto se aprecia con claridad. Por otra parte, en el ordenamiento de un Estado democrático, todo aquello que pueda conducir a la creación de compartimentos estancos o cuerpos separados ha de rechazarse. No pueden predominar legitimidades instrumentales —aunque descansen en exigencias tan importantes como la independencia judicial—

(67) Xiol Ríos, "El autogobierno del Poder Judicial: la situación en España", cit. pp. 133 analiza la idea de autogobierno, sus justificaciones y modalidades. A partir de la distinción entre autogobierno absoluto y relativo, entiende que el acogido por nuestra Constitución es de esta última clase. Relatividad que se extiende (p. 141) tanto a la composición del Consejo llamado a realizar ese autogobierno, cuanto a sus facultades. Por lo demás, lo encuentra compatible con la designación parlamentaria de los Vocales de origen judicial porque no se trata de una instancia de participación ni de representación de la judicatura sino de un órgano de carácter instrumental en la medida en que el "gobierno del Poder Judicial...ha de tener, necesariamente, un carácter accesorio frente al ejercicio de la actividad jurisdiccional, que es la verdadera manifestación de la actividad del Poder Judicial" (p. 144). No obstante, prefiere distinguir, tal como se hace en el texto, entre gobierno y autogobierno y reservar este último término para la hipótesis en que sean los propios jueces y magistrados los que, a través de la elección de sus representantes, formen el órgano encargado de resolver sobre su estatuto personal. Por lo demás, sobre autogobierno, heterogobierno y gobierno autónomo de la judicatura, cfr. Andrés Ibáñez, *El Poder Judicial*, cit. pp. 61 ss. y 88 y ss. quien rechaza la posibilidad de que el Consejo deba ser una instancia encargada de componer los intereses contrapuestos de los integrantes de las diferentes categorías judiciales (p. 63), pero también critica los argumentos que, so pretexto de obviar el corporativismo judicial, han conducido a excluir la participación de los jueces y magistrados en la designación de parte de los vocales del Consejo (p. 94). Así, dice que la regulación establecida en 1985 "mientras carece francamente de incidencia en el plano de la articulación institucional, que en lo esencial se mantiene, altera de forma evidente el cuadro constitucional. Al mismo tiempo, elimina del campo de la magistratura, que seguirá siendo la misma estructura jerárquico-burocrática, un importante factor de transformación interna: el mecanismo democrático-representativo y el fermento político que ponía en ella la concurrencia de los jueces por la vía asociativa a la formación del CGPJ" (p. 93).

frente a la soberanía popular que expresan la Constitución y las leyes. No es que el autogobierno de los jueces conduzca necesariamente a ello, pero sí puede favorecerlo. Y el Poder Judicial tiene una trascendencia tan grande que su propia relevancia exige cortar de raíz toda posibilidad de separarlo del tronco común del Estado democrático y asegurar que su gobierno se lleva a cabo, no para tutelar intereses particulares que pueden ser perfectamente respetables, sino para realizar el interés que todos los ciudadanos tienen en que los jueces sean libres e independientes en el ejercicio de sus funciones⁽⁶⁸⁾.

En todo caso, es evidente que no se pueden plantear soluciones universales, sino que es preciso estar a lo que, en cada caso, haya dispuesto el constituyente.

Así, son significativas las diferencias existentes entre las fórmulas más próximas a la adoptada en España. En efecto, si nos fijamos, en primer lugar en el ejemplo italiano⁽⁶⁹⁾, comprobaremos que, si bien en el Consiglio Superiore, como en el Consejo General, los miembros judiciales son mayoría, el texto fundamental de 1947 precisa que esos consejeros togados han de ser elegidos por los jueces⁽⁷⁰⁾, mientras que esto no sucede en España, donde el

⁽⁶⁸⁾ Pizzorusso, "L'“autogoverno” del Potere Giudiziario in Italia", cit. p. 181.

⁽⁶⁹⁾ Como recuerda Alessandro Pizzorusso, "L'“autogoverno” del Potere Giudiziario in Italia", en Documentación Jurídica, n° 45-46/1985, pp. 167 y 168, la expresión "órgano di autogoverno" fue aplicada por primera vez por el legislador en el artículo 15 de la Ley de 7 de mayo de 1981, n° 180 para designar un órgano que se haría cargo de funciones administrativas instrumentales a las jurisdicciones en el campo de la justicia militar. Sin embargo, no hay definiciones constitucionales ni legislativas sobre el carácter del Consiglio Superiore della Magistratura ni sobre el Consiglio di Presidenza del Consejo de Estado que desempeña los mismos cometidos que aquél sobre la magistratura administrativa. También observa Pizzorusso que, si bien la expresión "órgano di autogoverno" ha entrado en el lenguaje corriente, es muy discutible, en cambio, su idoneidad para describir las funciones que ejerce y el papel que desempeña. Cfr. al respecto, Sergio Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*. Cedam, Padua, 1964. Del mismo autor, "Materiali per un riesame della posizione del Consiglio Superiore della Magistratura", en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV. Giuffrè, Milán, 1977, pp. 1 ss. así como el capítulo dedicado a "Il potere giudiziario", en Giuliano Amato y Augusto Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*. Il Mulino, Bolonia, 1984, p. 744, donde afirma que el artículo 104.1 de la Constitución "introduce para la tutela de la independencia de la magistratura misma lo que se ha definido (con expresión impropia pero eficaz) un sistema de autogobierno del orden judicial (s.n.)".

⁽⁷⁰⁾ Concretamente, dos tercios de los miembros del Consiglio Superiore della Magistratura serán elegidos por "todos los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las diferentes categorías", según el artículo 104 de la Constitución. Obsérvese que esto no ha impedido que se dirijan fortísimas críticas al Consejo por lo que se ha considerado su politización extrema o, mejor dicho, por la reproducción en su

constituyente prefirió remitirse a la decisión que adoptara el legislador orgánico, sin señalar ningún criterio⁽⁷¹⁾ al respecto. Así, el silencio del texto fundamental en ese punto ha permitido concluir que el Consejo no está

seno de las posiciones adoptadas por las fuerzas políticas parlamentarias. Baste, por su autoridad, con citar al respecto a Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico ...cit.* pp. 1283 ss. Recientemente, es significativo en este sentido el artículo publicado en el diario *La Repubblica* de 29 de octubre de 1993 por Guido Neppi Modona, "La svolta del CSM". En concreto, afirma que "las mayorías del CSM ... han hecho siempre prevalecer criterios de homogeneidad respecto del sistema político sobre los requisitos de independencia, de profesionalidad y de mérito de los candidatos" a las sedes judiciales y a los cargos directivos de importancia estratégica. En todo caso, Marco Devoto, "Profili costituzionali del potere giudiziario, tra crisi della Presidenza del Consiglio Superiore...", cit., pp. 375 ss. recuerda que el propio Consiglio ha reiterado en numerosas ocasiones que no es un órgano representativo de la magistratura y que pretende distinguir su función de la que es propia de las asociaciones judiciales.

(71) La forma de designar a los vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial provocó una intensa disputa jurídica a raíz de que el legislador cambiara, en 1985, el criterio inicialmente seguido en 1980 al regular la composición de este órgano. Véase, al respecto, Terol Becerra, *El Consejo General del Poder Judicial*, cit. pp. 63 ss. Asimismo, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 45/1986, de 17 de abril y 108/1986, de 29 de julio y el auto, también del Tribunal Constitucional, 942/1985, de 18 de diciembre que despejaron las dudas de inconstitucionalidad suscitadas por la modificación legislativa, aunque no aplacasen la controversia política originada. En particular, la sentencia 108/1986, de 29 de julio, excluyó la posibilidad de que el Consejo General del Poder Judicial sea una expresión del autogobierno de la judicatura (f.j. 8^o). Tampoco admitió (f.j. 9^o), confirmando el criterio mantenido en la anterior sentencia 45/1986, de 17 de abril (f.j. 5^o), que asuma la representación del Poder Judicial. Véase la crítica que hace a estos planteamientos Díez-Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, ... cit., pp. 137 ss. En la actualidad el debate permanece y la coincidencia del final del mandato del tercer Consejo con el posible anticipo de las elecciones generales, ha polarizado, de nuevo, los términos en los que se plantea, después de un período en el que había discurrido con mayor sosiego. Así, se sigue objetando al sistema introducido por el legislador en 1985 que ha llevado la lógica del Estado de partidos al Consejo General del Poder Judicial, considerando, naturalmente, pernicioso, que los grupos parlamentarios se distribuyan, en función de su representación, los cupos de vocales a proponer. Por la otra parte, frente a las propuestas de regreso al procedimiento electivo de doce vocales por los jueces y magistrados, se aduce que esa solución conduce a tratar a la magistratura como una suerte de estamento corporativo con capacidad para controlar un importante órgano del Estado, sin una legitimación democrática que lo justifique y, además, favorecerá la transposición a su seno, a través de las asociaciones judiciales, de la pugna política partidaria, argumento que puede parecer paradójico, pues politización y corporativismo tienden excluirse, pero que responde a la realidad en la medida en que los planteamientos políticos se hagan desde una base corporativa.

constitucionalmente configurado como un órgano de autogobierno del Poder Judicial⁽⁷²⁾.

En otro orden de cuestiones, quien preside el Consiglio Superiore della Magistratura es el Presidente de la República lo que, si se justifica por su posición constitucional, no dejó de originar conflictos bajo el mandato de Francesco Cossiga, con menoscabo para la autonomía de ese órgano⁽⁷³⁾. Además, el vicepresidente, que es quien conducirá normalmente el quehacer cotidiano del órgano, ha de ser elegido entre los consejeros laicos en un intento de compensar el predominio judicial que existe en su seno. En cambio, conviene recordar que el presidente del Consejo español, es elegido por los Vocales⁽⁷⁴⁾ y no se exige que pertenezca a la carrera judicial, ya que la Ley Orgánica admite expresamente que pueda serlo un jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio de su profesión (artículo 123.1 LOPJ). Tampoco se exige que el Vicepresidente, también elegido por el Pleno del Consejo, haya de proceder de uno u otro grupo de Vocales (artículo 124.1 LOPJ).

También en el caso francés son más numerosos los jueces⁽⁷⁵⁾ que los restantes componentes del Conseil y la Constitución no exige que sean elegidos, aunque, luego, haya sido el legislador el que haya optado por la elección indirecta de los consejeros judiciales. Sin embargo, la presencia del Presidente de la República, que no es un Jefe del Estado moderador y arbitral, sino el más poderoso de los órganos constitucionales, y del Ministro de Justicia, aunque no iguale numéricamente la mayor participación de los magistrados, sí aporta el suficiente equilibrio institucional.

La Constitución portuguesa, en su actual redacción adopta, por su parte,

(72) Díez-Picazo, Régimen constitucional del Poder Judicial, ... cit., p. 142. Id. La jurisdicción en España ... cit., p. 22.

(73) Cfr., al respecto, Marco Devoto, "Profili costituzionali del potere giudiziario, tra crisi della Presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura e riforma delle istituzioni", en *Diritto e Società*, n° 2/1994, pp. 345 ss., en particular, pp. 353 ss. donde analiza los acontecimientos de 1991 que marcaron el punto álgido de unas relaciones que fueron conflictivas desde el comienzo de su mandato y que se caracterizaron por el empeño presidencial de "deslegitimar la institución consiliar" por entender que se había producido "una situación de autoexpansión de sus atribuciones y de inseguridad jurídica sobre el ser y el hacer del Consejo que no podía compartir" (p. 354).

(74) Es, además, el único de los miembros del Consejo que puede ser reelegido sucesivamente por una sola vez, conforme al artículo 123.1 de la LOPJ.

(75) Como ya se ha indicado, hemos considerado, tanto a los fiscales como al consejero de Estado, como magistrados frente a los miembros claramente políticos o no judiciales del Consejo.

una posición peculiar pues, si bien es cierto que, como se ha dicho, en el artículo 220, determina que siete de los miembros del Consejo serán jueces, elegidos por sus pares conforme al principio de la representación proporcional, no lo es menos que establece que otros siete serán elegidos por la Asamblea de la República. Las designaciones presidenciales no modifican necesariamente esta situación, ya que sólo una de las dos que le corresponde hacer al Jefe del Estado ha de recaer en un magistrado. Existe, pues, en el seno del Consejo Superior de la Magistratura de Portugal, un claro equilibrio entre sus distintos integrantes que se completa con la forma de elección de su Presidente, que es el del Tribunal Supremo, por los magistrados de éste, sin que la Constitución (artículo 212.2) exija que sea un juez⁽⁷⁶⁾.

Finalmente, del repaso de estos materiales, se desprende que no existe, en ninguna de las experiencias consideradas, la afirmación constitucional del principio del autogobierno de los jueces. Si acaso, el más preciso respecto de la función del Consejo es el ordenamiento español, que habla de él como el órgano de gobierno del Poder Judicial, pero sin asumir que se trate de un ente representativo ni, desde luego, de autogobierno de la magistratura⁽⁷⁷⁾.

Por lo demás, se aprecia en todos los casos que la presencia de jueces y magistrados dentro de ese órgano —la cual, excepto en el ejemplo portugués,

(76) Me estoy refiriendo a la configuración constitucional del órgano. La aplicación práctica de las previsiones de la norma fundamental indica, sin embargo, una intensa judicialización del Conselho porque, por una parte, la Asamblea de la República suele incluir jueces entre los consejeros que le corresponde elegir y, por la otra, el Presidente de la República ha venido designando a los Presidentes jubilados del Tribunal Supremo. No obstante, esto no impide que se rechace, también aquí, que el Conselho Superior da Magistratura realice una suerte de autogobierno judicial. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., pp. 768-769, lo excluye categóricamente. A su juicio, su composición indica que no se trata de un órgano de autogobierno de la magistratura, sino de un órgano independiente de la Administración de Justicia pero sin las características de los esquemas organizativos de la automovimentação corporativa, carentes de todo nexo con la representación democrática. Es un órgano que legitima la independencia de la judicatura al apartarla de la “opacidad corporativo-institucional”.

(77) Recordemos que siguen manteniéndose las tesis tanto del autogobierno absoluto, como del autogobierno relativo. Cfr. Carmen Fernández-Miranda Campoamor, “El Consejo General del Poder Judicial: de la Ley Orgánica 1/1980...”, cit., pp. 49-50. Ahora bien, si hay posiciones que deducen un principio de autogobierno judicial, no faltan quienes, simplemente, leen en la Constitución lo que en ella no está escrito. Esto es lo que hace, por ejemplo, Antonio Lorca Navarrete, *Introducción al Derecho Procesal. Organización judicial española y principios rectores del proceso español*² ed. corr. y actual. Dykinson, Madrid, 1995, p. 56, para quien el Consejo, “según el art. 122.2 C., es un órgano de autogobierno”, extremo en el que insiste varias veces, aunque en otras se limite a reproducir lo que sí dice el mencionado precepto constitucional.

es siempre mayoritaria— está suficientemente compensada. En un supuesto, por la presidencia del Jefe del Estado y por la participación en él de un miembro del Gobierno. En los otros, porque, junto a miembros de la carrera judicial, concurren a integrarlo juristas ajenos a ella. El mayor o menor protagonismo parlamentario en el proceso de su formación es otra variable a tener en cuenta, así como la posibilidad de abrir su presidencia y/o vicepresidencia a quien no pertenezca a la magistratura.

En definitiva, hablar del autogobierno judicial puede resultar eficaz, porque la expresión tiene una gran fuerza significativa. Sin embargo, no se corresponde la idea principal que transmite con la realidad jurídica de los ordenamientos considerados. Ni siquiera con los datos de la actualidad política allá donde el modelo institucional ha tenido una vigencia más intensa, pese a que en Italia sí ha cobrado carta de naturaleza esta fórmula. De ahí que haya sido preciso acudir a los adjetivos, contraponiendo al carácter absoluto del principio, el alcance solamente relativo de su realización práctica. En tales condiciones, parece conveniente prescindir de aquellos recursos verbales cuyos valores eufónicos no vayan acompañados del necesario soporte normativo. De este modo, será más fácil evitar los inconvenientes que surgen cuando, razonando a partir de postulados cuya bondad se defiende, se choca con una ordenación constitucional que no los recoge.

4. LA HISTORICIDAD DE LOS MODELOS.

Cada uno de los modelos refleja un modo diferente de asegurar la independencia de los jueces, aunque todos tienen el común marco de referencia del Estado de Derecho y de la democracia representativa, fuera de los cuales carecen de sentido. No puede, pues, hablarse de un paradigma universal, no existen fórmulas consagradas, ni un modelo ideal al cual deban ajustarse las experiencias positivas. Solamente hay diferentes soluciones históricas que han revelado su funcionalidad cada una en el seno de un ordenamiento jurídico concreto⁽⁷⁸⁾. Precisamente, por ser fruto de unas circunstancias determinadas, no es posible asegurar que el trasvase de una fórmula de un país a otro tenga en éste el mismo éxito que hubiere logrado en el primero. En efecto, puede suceder que lo que en unos ordenamientos se considera deseable, en otros se haya descartado por disfuncional, pero no

⁽⁷⁸⁾ Henry J. Abraham, *The Judicial Process...*, cit., p. 21, al referirse a los distintos sistemas que se siguen en Inglaterra, Estados Unidos y Francia en lo que respecta a la selección y al estatuto de los jueces, afirma: "Nevertheless the guiding principles for the selection and tenure of the judiciary in the three nations that concern us most here ... display a commonly held ideal: judges expected to be impartial and hence must be given assurance of independence, security, and dignity of tenure. When these requirements are present, the fact that different techniques govern selection in those lands is hardly of great significance".

porque lo sea en sí mismo, sino porque, en las particulares condiciones de un determinado Estado, esa solución, en relación con una conjunción de factores específicos, haya producido efectos indeseados.

Así, no cabe duda de que, pese a las numerosas críticas que recibe dentro de los Estados Unidos el sistema de reclutamiento de los jueces estatales, especialmente cuando se produce por medio de la elección popular combinada con un mandato corto, el gobierno del Poder Judicial que allí se practica no ha menoscabado el crédito de los jueces entre los ciudadanos, ni ha perjudicado gravemente el ejercicio de la función jurisdiccional. El americano sigue siendo, en el campo judicial, al igual que en los demás, un punto de referencia inexcusable para quien se interesa por el derecho público. Ahora bien, eso no quiere decir que el modelo que hemos llamado externo sea exportable a cualquier latitud. Entre otras cosas porque es fruto de una determinada cultura jurídico-política y requiere la observancia de usos y convenciones estrechamente vinculadas a ella sin las cuales no podría funcionar. Del mismo modo, trasladar a un sistema inspirado en el modelo anglosajón instituciones como el Consejo del Poder Judicial, estrechamente ligado a la consideración del juez como un funcionario público que se integra en una carrera cuyos pasos, situaciones e incidencias están predeterminados por la ley, es más probable que origine complicaciones en lugar de resolver conflictos.

Ahora bien, una cosa es afirmar que no existen paradigmas o que los modelos son inseparables del contexto en que surgen y otra sostener un relativismo casi absoluto en materia del gobierno del Poder Judicial. En efecto, los matices y reservas que es preciso apuntar cuando se debate sobre la cuestión desde una perspectiva general están compensados por la claridad de ideas que existe en torno al fin al que debe tender —preservar la independencia de los jueces— y el marco en el que tiene sentido: el Estado social y democrático de Derecho. Además, y ya dentro de cada ordenamiento, opera, junto al respeto a las opciones efectuadas de manera expresa por el constituyente, el requisito de la coherencia como ulterior elemento de corrección de esa indeterminación.

5. LA COHERENCIA DEL SISTEMA EN EL CASO ESPAÑOL.

Sabemos que, en España, desde la Constitución de 1978, el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno de éste. De su composición y del proceso mediante el que se designan sus componentes ha habido ocasión de hablar en las páginas precedentes. También se ha dado cuenta de su posición y de sus cometidos específicos. No se trata, pues, de reiterar ahora lo que ya se ha expuesto. En cambio, sí conviene reflexionar sobre algunos extremos respecto de los que persisten discrepancias de relieve en la doctrina y entre los agentes que intervienen en la contienda política. Asimismo, parece

oportuno precisar la perspectiva desde la que, a mi entender, debe enfocarse la política legislativa en lo que al Consejo atañe.

5.1. *La disputa sobre la designación de los Vocales*

Por lo que hace a las discrepancias, la principal es la que afecta a la forma de designar a los doce vocales de origen judicial.

En este sentido, se ha dicho⁽⁷⁹⁾ que el paso dado por el legislador español en 1985, al atribuir a las Cortes Generales la designación de todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial, debe entenderse como expresión del propósito de desarrollar el principio según el cual la justicia emana del pueblo “hasta el punto de hacer derivar el nombramiento de los componentes del órgano de gobierno de la magistratura solamente del Parlamento en cuanto único órgano dotado de representación política primaria”. En esa misma línea se han explicado las facultades del Consejo de proponer el nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional, elegir al Presidente del Tribunal Supremo, quien, al mismo tiempo preside el Consejo, y de plantear conflictos constitucionales de competencia como instrumentos “para reforzar ulteriormente su función en la construcción de un ordenamiento democrático”⁽⁸⁰⁾.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha aclarado que el texto constitucional no consagra ningún tipo de autogobierno judicial, ni erige al Consejo en representante de esa categoría que constituirían los miembros de la carrera judicial⁽⁸¹⁾. Sin embargo, la polémica sobre la forma de designación de los vocales de origen judicial no se ha disipado todavía⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato ... cit.*, p. 312, en línea con lo que afirma la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁽⁸⁰⁾ *Ult. loc. cit.* pp. 312-313.

⁽⁸¹⁾ Dice Luis María Díez-Picazo, *La jurisdicción en España ... cit.*, p. 23: “Con independencia de valoraciones técnico-jurídicas, parece que, en la medida en que se adhiere al modelo del Juez-funcionario, no existe alternativa realista a instituciones del tipo del Consejo General del Poder Judicial a la hora de garantizar la independencia externa de la judicatura; pero de ahí no se sigue —y, en este punto, más allá de las motivaciones coyunturales de 1985, la reforma se ha revelado positiva— que sea coherente con el principio de democracia transformar la judicatura, que no tiene otra legitimación sino la de ser un cuerpo de funcionarios, en una estructura absolutamente autónoma de los poderes representativos del Estado”.

⁽⁸²⁾ Ciertamente, tal como se ha dicho, la polémica que se suscitó a propósito de la parlamentarización de todo el proceso, de designación de los Vocales establecida por la LOPJ pervive todavía. Cfr., por ejemplo, De la Oliva Santos, “Acerca del

No obstante, si el tiempo no ha mitigado la virulencia con la que se expusieron inicialmente los argumentos a favor y en contra de cada opción, al menos, ha perfilado con mayor claridad las posiciones. Igualmente, se perciben signos que permiten pensar que no todos los que han defendieron a ultranza la elección por los jueces de los doce vocales judiciales mantienen ahora esa posición o lo hacen en los mismos términos en que se planteó inicialmente la disyuntiva. Por otra parte, existe una conciencia general de los riesgos que cada solución comporta. El mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia 108/1986, fundamento jurídico 13º, se refirió a unos y a otros⁽⁸³⁾.

Tal vez, por eso, convenga insistir más sobre el objetivo que sobre estos métodos. Quizás haya llegado ya el momento de poner el acento sobre la necesidad de que los vocales sean, jueces o juristas, personalmente independientes y reúnan condiciones de valía reconocidas de modo general. De ahí que no sea aventurado afirmar que, si se consigue establecer, mediante una convención constitucional⁽⁸⁴⁾, esa regla —es decir, la búsqueda de candidatos

Consejo General del Poder Judicial (1)”, cit., pp. 283 ss. Para una confrontación razonable de los diferentes puntos de vista, cfr., “Tema para debate: el Consejo General del Poder Judicial”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 4/1992, pp. 121 ss., con intervenciones, entre otras, de Pascual Sala Sánchez, Enrique Alvarez Conde y Manuel Gerpe Landín. Ultimamente, la Asociación Profesional de la Magistratura, en su Congreso, clausurado el 28 de octubre de 1995, ha vuelto a considerar la designación parlamentaria de todos los Vocales como una de las causas principales del que considera deterioro de la situación de la Justicia en España. En este sentido, ha vuelto a reclamar con energía lo que califica como la devolución a los jueces de sus derechos electorales en la formación del Consejo.

(83) En efecto, si apuntaba al riesgo de que, con la designación parlamentaria de los vocales de origen judicial, los puestos a cubrir se distribuyan “entre los distintos partidos, en proporción a su fuerza parlamentaria”, con lo que la “lógica del Estado de partidos” se extienda a un ámbito que debería quedar al margen de ella, también señalaba, un poco antes, que, de atribuirse esa designación a los propios jueces y magistrados, existiría el peligro de que “el procedimiento electoral traspase al seno de la Carrera Judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad”.

(84) El recurso a las convenciones constitucionales, es decir, a acuerdos entre los titulares de los órganos constitucionales o, como sería en este caso, entre los dirigentes de los principales partidos políticos, para resolver de común acuerdo cuestiones institucionales que afectan al interés general y que, por su propia naturaleza, conviene separar de la pugna política, no son desconocidos en la reciente experiencia española. En los albores del proceso constituyente, los Pactos de la Moncloa, de diciembre de 1977, orientaron la elaboración de la Constitución y encauzaron las relaciones sociales y políticas en un sentido democrático. Posteriormente, los Pactos Autonómicos de 31 de julio de 1981, racionalizaron el proceso autonómico e hicieron posible su plena conclusión. Más recientemente, el

solventes aceptables, si no para todos, al menos sí para una gran mayoría—habría acabado la disputa sobre la forma de designar a los miembros del Consejo con gran beneficio para la institución y para el conjunto del ordenamiento.

Ha habido ya algunos cambios en los planteamientos de quienes propugnaban el regreso, sin más, a la fórmula escogida en 1980. También puede vislumbrarse una mayor disponibilidad de casi todas las principales fuerzas políticas para avanzar por el camino indicado. Esto puede explicarse, a mi juicio, por varios factores.

Primero, por la comprobación de que cuando instituciones que no han sido diseñadas para albergarla o soportarla, se ven en el centro de la confrontación partidista, bien porque sus componentes la practican, bien porque así se quiera hacer ver desde fuera, no se obtienen beneficios políticos importantes y, en cambio, se progresa en una especie de esfuerzo destructor de esas instituciones y, en consecuencia, del Estado de Derecho. Ante la certeza de ese resultado, no sirve el pretexto de que fueron otros los que empezaron ese juego. Segundo, porque la aplicación del llamado sistema de cuotas para repartir los cargos públicos —en este caso, las Vocalías— de existir, ha sido consentida por todos los grupos parlamentarios relevantes, incluso por los que se oponen a la fórmula ahora vigente⁽⁸⁵⁾. Tercero, porque un observador

28 de febrero de 1992, el Presidente del Gobierno y el Presidente del Partido Popular, primer partido de la oposición, firmaron los Acuerdos Autonómicos que han hecho posible la ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas que, al constituirse al amparo del artículo 143 de la Constitución, tuvieron limitado, durante cinco años, el acceso a los mayores niveles de autogobierno que permite el texto fundamental. Sobre las convenciones constitucionales, cfr. Giuseppe Ugo Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*. Cedam, Padua, 1972.

⁽⁸⁵⁾ Por lo demás, son muy significativas las consideraciones favorables a la denominada *lottizzazione*, tal como se ha practicado en Italia en los nombramientos de los Magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Magistratura —no en otros niveles— de una persona poco proclive a favorecer componendas como Giuseppe Ugo Rescigno, en “A propósito di prima e seconda repubblica”, cit., p. 16, nota 20. En particular, afirma: “El acuerdo para la Corte ha sido el siguiente hasta 1994 (si bien es evidente que después de 1994 ya no será más así): dos designaciones para la DC, una parte para el PCI (después PDS), una para el PSI, la quinta para uno de los partidos menores del arco constitucional (PSDI, PRI, PLI), en el bien entendido de que el Presidente de la República equilibraría las designaciones de los partidos menores; el nombramiento de los jueces de designación presidencial también se ha efectuado siguiendo criterios análogos (los expertos en la materia saben que el Presidente de la República ha nombrado generalmente juez al estudioso designado por el partido al que le correspondiese, según el acuerdo); se han establecido acuerdos análogos, con proporciones análogas (si bien con números absolutos diferentes, como es obvio, por tratarse de diez miembros de designación parlamentaria), para los miembros del Consejo Superior de la Magis-

atento tendrá que reconocer que el funcionamiento de los órganos constitucionales cuyos miembros son designados por las Cortes Generales mediante mayorías cualificadas no sigue necesariamente los patrones de la pugna parlamentaria. A la postre, las personas son honestas e independientes y no se alinean mecánicamente en posiciones predeterminadas por instancias externas a las instituciones. Y si, pese a todo, tuvieran la tentación de hacerlo, la existencia de una opinión pública libre serviría, por una parte, como elemento disuasorio y, por la otra, expresaría una contundente sanción —no por política menos efectiva— a quienes antepusieran intereses de parte a sus obligaciones institucionales⁽⁸⁶⁾.

tratura. Debo precisar que esto no me escandaliza en absoluto. Más aún, lo considero el único sistema seriamente practicable en un sistema como el que ha sido el italiano. La denominada *lottizzazione* no ha sido un mal en sí mismo, al igual que no es un mal el que se establezcan reglas claras y transparentes para la designación de las personas para los cargos (dado que los nombramientos no suelen proceder del Espíritu Santo, sino que siempre provienen de alguien de carne y hueso); está mal el uso irresponsable que, a menudo, se ha hecho de ella, al designar los partidos a personas absolutamente carentes de méritos, profesionalmente inadecuadas, frecuentemente, incluso, corrompidas. Sin embargo, este juicio no vale para los casos arriba recordados: en general, puede decirse que, en ellos, los partidos han designado a personas altamente cualificadas, honestas, competentes y estimadas, lo que prueba que la *lottizzazione*, si se quiere, puede funcionar muy bien. Por lo demás, muy pronto veremos cómo los nuevos poderosos usan sus poderes de *lottizzazione* (pues se darán cuenta, ironía de las cosas, de que, después de haberla descalificado tanto, no pueden prescindir de ella)”.

⁽⁸⁶⁾ Sobre la virtualidad de la opinión pública como medio de control vertical del poder, cfr. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1963, pp. 390 ss. En torno a la responsabilidad política difusa, es decir, aquella que surge, precisamente, ante la opinión y que se exige a través de la crítica social, cfr. la monografía de Giuseppe Ugo Rescigno, *La responsabilità politica*. Giuffrè, Milán, 1967. Frente a quienes consideren que la elección por los jueces de los Vocales de origen judicial conjuraría el riesgo de la denominada politización del Consejo, me permito recordar, de nuevo, la experiencia italiana, en la que la elección de dos terceras partes de los consejeros por los propios jueces no ha impedido la politización del Consiglio Superiore della Magistratura con una intensidad desconocida en España. Por otra parte, plantear, en defecto de la elección judicial de estos Vocales, una suerte de derecho exclusivo de presentación a las Cortes Generales por las asociaciones judiciales —arbitrando cupos para cada una en función de su representatividad— de los candidatos que deberían ser votados por las Cámaras (cfr. la propuesta del Portavoz del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados, D. Rodrigo Rato Figaredo, recogida por el diario ABC del 14 de octubre de 1995, p. 27), ofrece serios inconvenientes. En efecto, no dejaría de ser una solución fundamentalmente corporativa que, sin embargo, mantiene el principio de las denostadas cuotas desde otro punto de vista. Además, devalúa la posición de las Cortes y, desde luego, la del Consejo, que correría el riesgo de verse

5.2. Las competencias del Consejo General del Poder Judicial

Ahora bien, al margen de lo anterior, sobre lo que no deben existir dudas, precisamente por coherencia constitucional, es sobre la necesidad de dotar al Consejo de todos los resortes que el texto fundamental no ponga expresamente en manos de otros órganos y afecten a las materias a las que se refiere el artículo 122.2 Esto es: nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de jueces y magistrados y, en general, todas aquellas decisiones que incidan en el estatuto judicial.

En efecto, no parecía razonable que el cometido del Consejo quedara circunscrito a los márgenes fijados por la LOPJ en 1985, que sólo recogían el mínimo constitucionalmente posible de atribuciones que puede desempeñar⁽⁸⁷⁾. Era, pues, justa la crítica que se dirigió contra ella apuntando la contradicción que suponía reforzar, por una parte, la legitimación del órgano y, por la otra, recortar sus competencias en aspectos tan significativos como la selección de los jueces. La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, ha puesto de manifiesto que es posible, sin originar ningún quebranto, ampliar su campo de actuación y el conjunto de instrumentos de los que debe servirse para cumplir con su cometido.

Así, ha corregido buena parte de las insuficiencias del texto de 1985, como sucede con la facultad de informe del Consejo —tanto en relación con los sujetos que pueden recabarla, cuanto respecto de la materias en que ha de utilizarse— y con sus potestades reglamentarias y disciplinaria⁽⁸⁸⁾, además de devolverle la competencia de selección y de completar su estatuto de órgano constitucional con la autonomía presupuestaria. Es indudable que, gracias a esos cambios, que han incrementado sustancialmente las competencias del Consejo en todos los campos, se ha conseguido reforzar su posición

reducido a una suerte de colegio profesional de la judicatura. Eso, sin contar con que podría abrir el camino para que el mero hecho de pertenecer a una asociación de funcionarios sea título bastante para determinar la composición de las tres quintas partes del órgano constitucional que gobierna al Poder Judicial. Es decir, a los jueces y magistrados que administran a todos la justicia que emana del pueblo.

(87) Díez-Picazo, Régimen constitucional del Poder Judicial ... cit., p. 146.

(88) Véase, por ejemplo, cuanto señala, el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre las insuficiencias de este texto legal que la experiencia de su aplicación ha puesto de relieve. A propósito de uno de los aspectos en discusión, cfr. Javier Delgado Barrio, "Independencia judicial y titularidad de la potestad disciplinaria", en Boletín de Información. Ministerio de Justicia, nº 1691/1993, pp. 5656 ss.

institucional respecto a los órganos constitucionales con los que está llamado a relacionarse⁽⁸⁹⁾.

Además, ese fortalecimiento de sus poderes, inevitablemente ha de repercutir en el peso que, en adelante, adquirirán todas sus decisiones: ya sean actos singulares, acuerdos, informes o las opiniones o declaraciones que exprese en uso de su poder de externación⁽⁹⁰⁾. Si todos ellos se beneficiarán de la mayor autoridad que produce el incremento de las potestades, me parece que esto será especialmente visible en esas manifestaciones que pretenden, bien amparar la independencia de algún juez o magistrado que, conforme al artículo 14.1 de la Ley se considere perturbado en ella y recabe el apoyo institucional del Consejo, cuanto a las que, excepcionalmente, expresen el Presidente, el Pleno o la Comisión Permanente, al fijar la posición del órgano, ante circunstancias precisas de la vida política o social que, por afectar gravemente al modo en que se ejerce la función jurisdiccional o, en general, requieran ese pronunciamiento. Me parece que, en las nuevas condiciones, esas declaraciones van a adquirir una mayor eficacia.

Cosa esta que es muy importante, especialmente cuando se trate de hacer frente a muchas de las amenazas que acechan a la independencia judicial desde posiciones hasta ahora inéditas. Pensemos por ejemplo en las que proceden de la presión de la opinión pública o, mejor, de ciertas líneas de actuación seguidas por los medios de información de masas.

(89) Los aspectos formales tienen su importancia a la hora de determinar la posición de un órgano con la relevancia constitucional que posee el Consejo. No añaden potestad, o no lo hacen de modo significativo, pero contribuyen a asentar la autoridad. Así, por ejemplo, no es probable que sus informes surtan un efecto distinto si se remiten al Gobierno para que éste los tenga en cuenta al elaborar un anteproyecto de ley que si se envían a las Cortes para que los consideren al tramitar el correspondiente proyecto. Sin embargo, en el primer caso se asesora al Gobierno, en el segundo al Parlamento, lo que, sin duda, posee una mayor relevancia. Del mismo modo, no es previsible que varíe el presupuesto del Consejo si éste, en vez de elaborar solamente el anteproyecto, lo establece para que se incorpore como una sección en la correspondiente Ley. Sin embargo, tiene una señalada trascendencia el que no se someta previamente a la aprobación gubernamental. Tal como se indica en el texto, el artículo 11 de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre ha modificado el artículo 107.12 de la LOPJ en el sentido de disponer ahora que el Pleno del Consejo será competente para "elaborar el presupuesto del Consejo General del Poder Judicial que se integrará en los Generales del Estado, en una sección independiente". Es decir, de atribuírsele la elaboración del anteproyecto de presupuesto, se ha pasado a reconocerle autonomía presupuestaria. Esto, es muy llamativo y equipara al Consejo, en esta materia, al Tribunal Constitucional: cfr. la disposición adicional 2ª.1 de la LOTC.

(90) Véase sobre ese poder de externación o exteriorización, Valeria Piergigli, "Potere di esternazione e pubbliche funzioni: una valutazione d'insieme", en *Diritto e Società*, n° 3/1993, pp. 415 ss.

Es precisa una observación final sobre el ámbito competencial del Consejo. La reforma de 1994 y los planteamientos que, en torno a la cuestión de los medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia parecen predominar, han abandonado toda perspectiva de centrar su gestión en el órgano de gobierno del Poder Judicial. Siguiendo las pautas establecidas por sus modelos europeos, especialmente por el italiano, es el Poder Ejecutivo el encargado de adoptar las decisiones correspondientes en materia presupuestaria y de ejecutarlas, naturalmente teniendo en cuenta las iniciativas y propuestas del Consejo y obrando tras considerar los informes que éste ha de presentar. No se vislumbra, desde esta perspectiva, la desaparición del Poder Ejecutivo del ámbito de la provisión de las infraestructuras de la Justicia⁽⁹¹⁾.

En cambio, sí es perceptible un desplazamiento de buena parte de esos cometidos desde el Gobierno a los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 62/1990, de 30 de marzo (f.j.4º), nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de que estas Comunidades asuman competencias “sobre estos medios personales y materiales, en cuanto no esenciales a la función jurisdiccional”, ni al núcleo básico de la Administración de Justicia que, conforme al artículo 149.1-5ª de la Constitución, son competencia exclusiva del Estado. Así, pues, abierta la vía a la transferencia de lo que esa misma sentencia ha llamado “administración de la Administración de Justicia”, se ha abierto un proceso que apunta a que el grueso del esfuerzo encaminado a sostener con recursos y con personas al Poder Judicial acabe recayendo en las Comunidades Autónomas⁽⁹²⁾.

Por ahora se ha transferido ya la competencia sobre los medios materiales al País Vasco, Cataluña, Galicia y la Comunidad Valenciana. Y se prevé inminente la transferencia a Cataluña y al País Vasco de la gestión sobre los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, excluidos los secretarios judiciales que, por formar parte de los tribunales han de

(91) Conviene recordar, en lo que a los jueces y magistrados afecta, que la LOPJ se ha preocupado, también de asegurar su independencia económica y que, a tal efecto, además de proclamar su garantía mediante retribuciones adecuadas a la dignidad de la función jurisdiccional y un régimen de seguridad social que los proteja, a ellos y a sus familiares, tanto durante el servicio activo, cuanto durante la jubilación, reserva a la Ley la fijación de ese régimen retributivo (artículos 402 y 403 LOPJ).

(92) Cfr. sobre estas cuestiones Juan Fernando López Aguilar, *Justicia y Estado Autonómico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de la Constitución de 1978*. Civitas, Madrid, 1995, pp. 87 ss. Véanse, además, las referencias que hace Enrique Álvarez Conde, “El ámbito competencial del Consejo General del Poder Judicial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 16/1993, pp. 9 ss.

permanecer en manos del Estado. Si todo este proceso se lleva a su pleno desarrollo, las competencias del Gobierno central se limitarían, desde esta perspectiva de mera administración, a proveer lo necesario para la Audiencia Nacional y para el Tribunal Supremo, únicos órganos jurisdiccionales con competencia en todo el territorio español.

No me parece, en principio, que ese reparto competencial deba producir efectos negativos. Al contrario, en la medida en que acerque la adopción de las decisiones a lugar donde deben ser aplicadas, puede redundar en beneficio de la funcionalidad de la Administración Judicial. Las experiencias habidas hasta ahora así lo señalan. Por lo demás, el posible riesgo de incidir en disparidades en el régimen funcional o en las dotaciones materiales no debe sobrevalorarse. No sólo porque la competencia central no ha evitado llamativas diferencias entre los medios a disposición de unos y otros órganos judiciales, sino también, porque la Constitución asegura la existencia de instrumentos que ponen en manos del Estado la definición del estatuto básico de los funcionarios y la vigilancia de su respeto así como la garantía de una dotación suficiente para todos los juzgados y tribunales. En este punto, la función del Consejo ha de ser especialmente destacada.

5.3. La llamada política judicial y el Consejo General del Poder Judicial

Naturalmente, la regla de la coherencia que conduce a seguir potenciando las posibilidades que un ente de estas características posee desarrollando en su favor los aspectos que, sin estar expresamente mencionados en la Constitución, sí pueden considerarse implícitos en ella, no debe conducir a la invasión del terreno de otros órganos ni a pretender para el Consejo, atribuciones que lo desnaturalicen. Algo así podría ocurrir en el caso de que se le atribuyera iniciativa legislativa en las materias conexas a la Justicia como organización o se profundizara en la línea que señalan las apelaciones para que el Consejo desarrolle una política judicial propia.

Sobre la iniciativa legislativa ha existido una gran confusión, facilitada por la deficiente técnica de la Ley Orgánica 1/1980. En efecto, ese texto legal, en su artículo 3, afirmaba que el Consejo poseía facultades de “iniciativa o propuesta y, en otro caso de informe” en determinadas materias. Entre ellas se incluían los proyectos de ley relacionados con el proceso, la Administración de Justicia o el régimen penitenciario. La interpretación correcta de tal precepto conducía a entender que el Consejo debía informar esos proyectos o instar su adopción. No obstante, fue interpretada por algunos sectores como el reconocimiento de iniciativa legislativa a este órgano⁽⁹³⁾.

⁽⁹³⁾ Cfr., en torno al artículo 3 de esa Ley Orgánica 10/1980 y a las interpretaciones mencionadas, Xiol, González Rivas y Rodríguez-Zapata, *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 57 ss.

Es evidente que ese planteamiento carece de toda justificación. No sólo porque la mencionada Ley Orgánica 1/1980 nunca lo acogió, sino, sencillamente, porque no puede ser acogido. Una cosa es que el Consejo posea facultades de iniciativa o propuesta —lo que aunque no se prevea de modo expreso en las normas jurídicas siempre podrá ejercer porque forma parte de la naturaleza de las cosas— y otra que se faculte para poner en marcha el procedimiento legislativo. En España eso sólo pueden hacerlo el Gobierno, los parlamentarios, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas ante el Congreso de los Diputados⁽⁹⁴⁾ y los ciudadanos. Nadie más⁽⁹⁵⁾. Por otra parte, el ejemplo del Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo italiano que la posee, residuo de una proyectada tercera cámara especializada en el área socioeconómica, no es el mejor, dada la reconocida obsolescencia de esa institución.

En otro orden de cuestiones estrechamente relacionadas con la anterior, y aun siendo muy relevante la posición del Consejo General, no creo que deba ser llamado a ejercer una suerte de política judicial. La orientación política, aunque sea en un ámbito muy preciso, debe quedar en manos de los sujetos que operan en el ámbito parlamentario. Ellos, precisamente por gozar de investidura democrática y participar en los circuitos en los que se exige la responsabilidad política, son los encargados de plasmar en las normas que producen la dirección política sostenida por la mayoría.

El Consejo no puede entrar en ese juego. No es un sujeto activo del proceso político. Por el contrario es un órgano de garantía que actúa conforme a Derecho, no en virtud de criterios de oportunidad. Por eso carece de vínculos

(94) Es verdad que el artículo 87.2 de la Constitución, al regular la iniciativa legislativa de las Asambleas de las Comunidades Autónomas, dice que “podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley”. Ahora bien, fácilmente se comprende que, de ese modo, no ejercen, en sentido propio, ninguna facultad significativa pues el Gobierno es libre de atender o no tal solicitud sin que, cualquiera que sea su decisión, pueda la Asamblea hacer nada al respecto: si estima la solicitud, porque se trataría de un proyecto de ley; si no la estima, porque no tiene ningún modo de combatir la negativa gubernamental. Así, pues, la genuina iniciativa legislativa de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas es la que se indica en el texto.

(95) Conviene recordar, que la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, le atribuye, en su artículo 3 “facultades de iniciativa y propuesta” en una serie de materias. Como es evidente, no se trataba, en modo alguno, de iniciativa legislativa la que allí se contemplaba pues el artículo 87 de la Constitución, que la regula, no faculta al legislador para ampliar el número de sujetos habilitados para poner en marcha el procedimiento legislativo y entre ellos no figura el Consejo General del Poder Judicial. Cfr. en Andrés Ibáñez, *El Poder Judicial*, cit. pp. 70 ss. un resumen del debate, a principios de los ochenta, en torno a esta cuestión.

de responsabilidad política. El Consejo no puede ser disuelto. Tampoco cabe remover a sus miembros si no es como consecuencia de un proceso penal ante el Tribunal Supremo o de una decisión de su propio Pleno, en los casos tasados y con las garantías que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 57.2 y 119.2).

Esto es importante. La comparecencia del Presidente del Consejo ante las cámaras de las Cortes Generales con motivo de la presentación de la Memoria anual, prevista en el artículo 109.2 de la Ley Orgánica como posibilidad y convertida en habitual en la práctica, y el debate que, durante ella, se produce entre el Presidente y los portavoces de los grupos parlamentarios en torno a esa Memoria, no altera lo dicho. En fin, la previsión legal según la cual el contenido de la Memoria podrá dar lugar a mociones y preguntas de obligada contestación por parte del Consejo, o a la adopción de otras medidas, tampoco varía lo afirmado.

En realidad, la relación entre las Cortes y el Consejo que contempla ese artículo de la Ley Orgánica se agota en el marco de la función de información parlamentaria. Fuera de ella, no hay mecanismos que permitan hacer efectiva ninguna suerte de control, ni, mucho menos, de responsabilidad⁽⁹⁶⁾. El Presidente del Consejo se limita a informar. Del mismo modo, el Consejo ilustra a las cámaras al responder las preguntas que, al amparo del citado artículo 109.2 de la LOPJ, le dirijan o, sencillamente, al atender al principio de colaboración con las Cortes que establece, para todos los poderes públicos, el artículo 109, en este caso de la Constitución, remitiendo la documentación que le soliciten⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Carmen Fernández-Miranda Campoamor, "El Consejo General del Poder Judicial: de la Ley Orgánica 1/1980...", cit., pp. 62 ss. Asimismo, José Luis Peñaranda Ramos, "Información parlamentaria, poderes públicos y sector público", en Instrumentos de información de las Cámaras Parlamentarias. Cuadernos y Debates, nº 52. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 72. ss. Precisamente porque no existen formas de control parlamentario sobre el Consejo, ni responsabilidad política de éste, José María Porras Ramírez, "Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria...", cit., pp. 251 ss. plantea la necesidad de arbitrar instrumentos que compensen el evidente poder de que dispone el Consejo, especialmente, desde que, tras la reforma de 1994, goza de una potestad normativa con eficacia ad extra. Dice este autor que, ahora, es especialmente necesario buscar el modo de colmar tal déficit de control parlamentario, haciendo corresponder el poder político que supone la creación normativa con una responsabilización del Consejo por su ejercicio.

⁽⁹⁷⁾ Por otra parte, ante la solicitud, por parte de las cámaras de las Cortes Generales, para que comparezca ante alguna de sus comisiones un miembro del Consejo a los efectos de ilustrar a sus componentes, por ejemplo, sobre los detalles de los informes que aquél haya emitido a propósito de un anteproyecto de ley, el Consejo ha contestado negativamente. Su rechazo a iniciativas de esta naturaleza se ha

Pero nada más. Las mociones que las cámaras puedan aprobar, a propósito de la Memoria, no vinculan al Consejo, cuya autonomía constitucional le permite actuar en el modo que considere conveniente dentro de las previsiones constitucionales y legales. Y, desde luego, fuera del supuesto previsto en el artículo 109.2 de la LOPJ, las cámaras de las Cortes Generales no pueden forzar la comparecencia de ningún componente del órgano de gobierno del Poder Judicial.

Todo esto no es óbice para afirmar el valor político del Consejo y de sus actos⁽⁹⁸⁾.

Desde el momento en que es el órgano de gobierno de un poder del Estado es, también, una instancia política. Pero eso no le convierte en un centro de orientación política. Lo político está en el trasfondo y en el contexto: el ordenamiento jurídico que lo acogen; la posición que, dentro de él, le corresponde; las normas que ha de aplicar; las repercusiones de sus decisiones. Pero no se encuentra —no se debe encontrar— en su proceder, en su actuación concreta, porque su función no es activa, de dirección u orientación, sino de garantía de la independencia judicial. Su cometido es, pues, institucional. Así, aunque sea, en el sentido al que me estoy refiriendo, un órgano político, no hace política. El gobierno del Poder Judicial es una actividad jurídica, regulada por normas que prescriben sus formas y sus contenidos, que no son libres en cuanto al fondo. Y, ciertamente, es ajena a la confrontación democrática por la dirección de la vida nacional⁽⁹⁹⁾.

basado en la consideración de que sus informes son actos de un órgano colegiado. Por tanto, sus miembros pueden explicar su personal criterio pero no el del órgano, que se reduce a lo plasmado en el texto que mereció la aprobación del Pleno del mismo. El Consejo, pues, sólo se manifiesta a través de sus acuerdos y los Vocales no pueden sustituir la apreciación colegiada que en ellos se refleja. Cosa distinta es que su Presidente o cualquiera otro de sus componentes comparezcan en calidad de expertos ante una comisión parlamentaria para expresar sus opiniones personales sobre un tema jurídico del que esa comisión se esté ocupando.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. sobre el valor político del Consejo y de sus actos, Marco Devoto, "Profili costituzionali del Potere Giudiziario, tra crisi de la Presidenza del Consiglio della Magistratura...", cit., pp. 378 ss., quien niega, sin embargo, que participe en la función de orientación política.

⁽⁹⁹⁾ Cosa distinta es que pueda hablarse, a propósito del ejercicio de sus competencias, en aquellos casos en lo que no se trate de decisiones regladas, de un poder de dirección política del Consejo. Cfr. Andrés Ibáñez, *El Poder Judicial*, cit. pp. 65-66. En este sentido, Marco Devoto, "Profili costituzionali del Potere Giudiziario, tra Presidenza del Consiglio Superiore...", cit., pp. 380-381, subraya el carácter intrínsecamente político de la materia de la que se ocupa el Consejo. En particular, dice: "Ciertamente, tiene un significado político la opción que prefiere, para ocupar un juzgado de instrucción, a un brillante joven que todavía no ha llegado a la cincuentena o a un presidente próximo a la jubilación; lo tiene primar la

antigüedad o unas determinadas aptitudes para la provisión de los cargos de gobierno. Resistir a los requerimientos gubernamentales para ampliar los plazos de un concurso... tratar de impedir que se les encomienden a los jueces —sobre todo por el poder político— cometidos extrajudiciales más o menos prestigiosos o lucrativos. Mantener la composición actual de la primera sección penal del Tribunal de Casación o tratar de modificarla por cualquier medio...”. No obstante, insiste en que eso no significa que el Consejo deba instrumentalizar esa circunstancia para comparecer en el campo donde se forja la dirección de la política nacional. Y, mucho menos, para entrar en contraste con los otros órganos constitucionales y sujetos sociales llamados a protagonizar esa pugna. Por eso, sólo es posible considerar política la orientación que preside sus relaciones con los demás órganos constitucionales si ese adjetivo lo matizamos en el sentido propuesto. En realidad, todo órgano al que se le atribuyan competencias en cuyo ejercicio disponga de un margen de apreciación y de decisión, aunque sea reducido, goza, por eso mismo, de una capacidad de orientación propia caracterizada por la búsqueda de unos objetivos específicos predeterminados y por un concreto estilo o forma de perseguirlos. Máxime cuando se trata de órganos con una posición institucional tan destacada como la del Consejo. Ahora bien, por eso mismo, es preciso ser muy prudentes con el uso de los términos para no inducir a error ni conducir a consecuencias en abierto contraste con las normas constitucionales que regulan la distribución del poder.

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Catedrático en Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba (España). Jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo General del Poder Judicial en España.



Se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos CYAN,
Potosí 4471, Buenos Aires, TEL. 982-4426
en el mes de noviembre de 1996