

Comentarios sobre

**Jan van Zyl Smit, "Judicial Independence in Latin America. The Implications of Tenure and Appointment Processes"**

Por

Julio Ríos Figueroa

**Gracias e introducción**

Muchas gracias a los organizadores de esta interesante conferencia por la invitación

Me pidieron comentar el excelente reporte de Jan van Zyl Smit sobre independencia judicial en la región, el que ha sido un gusto leer.

El reporte de Jan va directo al tema que, en términos institucionales, es más relevante para la independencia de los jueces: duración en el cargo y proceso de selección (añadiría los procesos disciplinarios y de rendición de cuentas, pero ese es justamente el tema de la siguiente presentación).

Jan documenta la interesante variación que existe en estos dos rubros en la región latinoamericana.

En mis comentarios, quiero enfatizar algunos puntos que están en el reporte de Jan y que se han mencionado de uno modo u otro en esta conferencia esperando incentivar el debate.

Desde mi punto de vista, el reporte de Jan deja muy claro que

**En temas de diseño institucional sobre independencia judicial es claro lo que está mal, pero no sabemos qué es lo correcto**

Si pensamos que el objetivo es promover la independencia de los jueces de las "altas cortes" (supremas y constitucionales) respecto de los poderes electos (ejecutivo y legislativo), así como también respecto de

partes poderosas en los casos, entonces hay ejemplos de un muy mal diseño

- Duración muy corta de los jueces en sus cargos: Guatemala, Nicaragua, Perú (5 años), Bolivia (6 años)
- Proceso de nombramiento altamente politizado y concentrado en un órgano: Perú (congreso), República Dominicana (Consejo de la Judicatura politizado).

Si pensamos en los jueces inferiores y otras cortes y en el diseño institucional que busque promover su independencia frente a sus superiores en las altas cortes (y también respecto de quien sea que administre el ingreso, la promoción, y las sanciones en la carrera judicial), también hay ejemplos claros de mal diseño:

- Nombramientos temporales hechos unilateralmente por un solo actor, peor cuando es directamente el ejecutivo (Perú, de nuevo)
- Ingreso y promoción en la carrera judicial bajo influencia directa o indirecta de la Corte Suprema (Chile o Costa Rica y México)

Pero más allá de estos ejemplos claros de un mal diseño institucional, ¿cuál es el diseño correcto? Creo que no sabemos.

- Respecto a la duración en el cargo: ¿Por qué una duración de 9 años, como en Colombia, o 15 años, como en México, no cumple con el objetivo de dar estabilidad a los jueces y un horizonte suficientemente largo? Reconozco que hay debate sobre el tema y me gustaría que Jan defiendiera más claramente su preferencia, si entendí bien, por periodos vitalicios.
- Respecto al proceso de nombramiento: siempre y cuando se eviten los diseños institucionales que claramente limitan la independencia de los jueces, hay una variación entre distintos diseños que pueden igualmente servir su objetivo: promover que lleguen buenos jueces a las cortes, capaces y honestos, y que decidan libres de presiones indebidas.

Aceptando que hay diversos diseños que pueden cumplir este objetivo, hay un elemento mencionado en el reporte de Jan que yo creo que es útil para CUALQUIER TIPO DE DISEÑO de proceso de nombramiento para jueces de las altas cortes:

- La transparencia en el proceso de selección de candidatos, la justificación pública por parte de quien hace la selección explicando por qué son buenos candidatos, y una amplia y activa participación social en la deliberación pública sobre los candidatos.
  - En Argentina y Colombia, por ejemplo, que tienen modelos muy distintos de nombramiento de jueces, la transparencia en la selección y justificación de los nombramiento ha traído buenos resultados (cuando se implementa).
  - En contraste, en México un proceso oscuro y aceleradísimo ha producido algunos nombramientos cuestionables. En Perú, donde el proceso de selección se conoce como “la repartija”, la participación social ha producido ya dos veces la anulación de los nombramientos de jueces constitucionales y la reposición del proceso de nombramiento con mejores resultados.
- En suma, la transparencia y participación social, por tanto, parecen ser elementos que contribuyen a un mejor resultado dado que se tiene un proceso de nombramiento que NO es un evidentemente malo.

Existe, entonces, una interesante variación institucional en la región. ¿Es relevante? ¿Hace alguna diferencia en lo que realmente nos importa, la independencia judicial de facto? Aquí viene mi segundo comentario, creo que para comenzar a entender los efectos de los distintos diseños es relevante ir a buscar sus causas. En particular, quiero mencionar dos factores

**El “enemigo”:** ¿contra quién o qué se diseña el proceso de nombramiento?

## ¿El diseño se crea con una nuevas constituciones o mediante una reformas constitucional?

En este tema, me centraré en la duración y proceso de nombramiento de jueces de cortes inferiores, no supremas o constitucionales.

Como se mencionó ayer repetidamente: el fortalecimiento institucional del poder judicial implica a todos los jueces (y fiscales) en todos niveles su ingreso, promoción, y régimen disciplinario es clave, debemos evitar centrar la atención en las altas cortes.

Como Jan menciona en su reporte, el tema de la selección de estos “otros” jueces en general se ha encomendado a Consejos de la Judicatura, Consejos de la Magistratura, Consejo Nacional de Justicia, Judicial Council.

Es importante mencionar que en Europa (España, Francia, Italia) estos Consejos nacieron para aumentar la independencia de los jueces respecto del poder ejecutivo, pues era el Ministerio de Justicia quien se encargaba de la administración de la carrera judicial.

En América Latina, en contraste, los Consejos nacieron para aumentar la independencia de los jueces respecto de sus superiores de las altas cortes, pues en general (hay excepciones como en Argentina o Brasil) era la Corte Suprema la encargada del ingreso, promoción, y sanción de los jueces inferiores.

El control de la carrera judicial por parte de las Cortes Supremas generó regímenes clientelares donde los méritos profesionales y las capacidades intelectuales eran menos importantes que las conexiones familiares o de otro tipo con los magistrados o los políticos.

- En México, por ejemplo, durante más de 70 años la Corte Suprema controló a discreción los nombramientos de todos los jueces federales mediante lo que ellos llamaban un “Pacto Entre Caballeros” que consistía en tomar turnos para proponer

candidatos sabiendo que cualquier candidato se aceptaría de manera unánime.

- El nivel de clientelismo y corrupción llegó a niveles altos que propiciaron la creación de un Consejo de la Judicatura en la reforma de 1994, y desde entonces es el encargado de la carrera judicial, con el objetivo de realizar una selección y promoción de jueces más meritocrática.

El punto es, el diseño de los mecanismos de nombramiento y duración en el cargo de jueces ordinarios depende (en parte) de qué es lo que se busca corregir, es decir, cuál es la norma preexistente.

- En muchos países los Consejos de la Judicatura se crearon al inicio de la transición democrática, para tratar de limitar el clientelismo y promover la independencia judicial.
- En algunos casos, como en Brasil, como ayer nos recordó el ministro Ferreira Mendes, se creó el consejo de la judicatura hasta 2004 – porque había una norma preexistente de independencia y profesionalismo en el ámbito judicial.

### ¿Reforma o Nueva Constitución?

Tanto en México, en 1994, como en Brasil, en 2004, el Consejo de la Judicatura se creó mediante una reforma constitucional, y no durante un proceso constituyente. En cambio, en países como Colombia o Bolivia el Consejo fue creado con la nueva constitución (de 1991 y 1995, respectivamente).

Esto es importante para el diseño por al menos dos factores:

- Cuando se hace una nueva constitución el diseño de toda la rama judicial está en juego, y por tanto se puede crear un sistema más armónico (dependiendo de las dinámicas y balanza de poder en el constituyente, por supuesto).

- Cuando se hace una reforma, se cambia solo una pequeña parte , y la inercia en el funcionamiento de lo que NO se cambia afecta el desempeño de lo que se cambia
- No solo eso: cuando se hace una reforma constitucional los órganos que pierden poder por la creación del Consejo de la Judicatura –notablemente la Corte Suprema— buscan influir en su diseño y muchas veces logran diluir la efectividad de los Consejos. Por ejemplo, en Costa Rica y México, las Cortes Supremas ha intervenido de diversas formas el Consejo de la Judicatura desde su mismo diseño.
  - (En Brasil se cuestionó la constitucionalidad de la reforma que creaba el Consejo. En Colombia, en 1979 se creó un consejo por reforma que fue declarada inconstitucional por la corte suprema.)

Dicho sea de paso, todos los Tribunales Constitucionales (órganos independientes de la Corte Suprema encargados de la revisión constitucional) fueron creados con nuevas constituciones, ninguno por reforma constitucional.

En suma, y para concluir.

Lo que realmente nos importa es la independencia judicial *de facto*.

Pero creemos, como Jan menciona en su reporte, que elementos institucionales como el proceso de nombramiento de los jueces y la duración sus cargos tiene efectos sobre esta independencia.

Tenemos claro lo que se debe evitar en términos de diseño de estos elementos institucionales, pero dentro de los diseños aceptables todavía no sabemos con claridad cuál es el mejor.

Para acercarnos a evaluar los efectos de los distintos diseños es importante mirar las las causas de la interesante variación institucional que Jan documenta, establecer los objetivos específicos que se

buscaron con ese diseño, y después tratar de evaluar sus efectos o al menos identificar las condiciones que aumentan su efectividad.

Muchas gracias de nuevo por la invitación.