

**LA TERCERA PERSONA DEL ESTADO TRINITARIO: JUECES,
ESTADO CONSTITUCIONAL Y TRADICIONES JURÍDICAS**

**THE THIRD PERSON OF THE TRINITARY STATE: JUDGES, CONSTITUTIONAL STATE AND
LAW TRADITIONS**

Dr. Marco Feoli Villalobos*

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica

“...La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra. Qué hacen, cuándo y cómo lo hacen no es, obviamente, una cuestión indiferente, sino de gran importancia...”
(Herbert L. A. Hart, Essays in jurisprudence and philosophy, p. 44).

RESUMEN: El presente artículo tiene como tema el determinar cómo se ha posicionado el juez ante la resolución de los conflictos que se someten a su conocimiento, tanto en lo relativo a la relación entre particulares, como con los demás órganos del Estado. En este trabajo se analizarán los modelos de judicatura a partir de las tradiciones jurídicas occidentales: civil law y common law. El objetivo es revisar cuáles son los rasgos distintivos más importantes del juez de cada una de estos sistemas, para entender sobre qué bases se ha construido el perfil de los jueces de nuestra región.

PALABRAS CLAVE: Estado Constitucional; civil law; common law; jurisdicción.

ABSTRACT: The topic of this paper is to determine how the judge has positioned itself to the resolution of disputes brought to its knowledge, both in regard to the relationship between individuals, as with other state organs. In this work the

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

judiciary models of civil law and common law will be analyzed. The aim is to review the most important distinguishing features of each judge of these systems, in order to understand on what basis is constructed the profile of the judges in our region.

KEYWORDS: Constitutuional State, civil law, common law, jurisdiction.

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2014.

INTRODUCCIÓN

Es conocida la historia del rey prusiano que construyó su palacio en las cercanías de un molino cuyas astas perturbaban el silencio de la construcción real. Esto provocó la molestia del soberano, por lo que ordenó derribar el molino. El molinero se enfrentó al monarca, pronunciando la célebre frase: “Majestad, aún hay jueces en Berlín”. El enfrentamiento entre el rey y el molinero no es cosa baladí, se trata de la disputa entre quien detenta el poder y quien no lo tiene y, sobre todo, se trata de los mecanismos con los que cuenta el ciudadano común y corriente para enfrentar las decisiones de la maquinaria estatal y, especialmente, de aquellos que competen a la judicatura.

El tema no es otro que determinar cómo se ha posicionado el juez de cara a resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, tanto en lo que concierne a la relación entre particulares, como con los demás órganos del estado. En este trabajo se analizarán los modelos de judicatura a partir de las clásicas tradiciones jurídicas occidentales –*civil law* y *common law*-¹. En definitiva, se pretende revisar cuáles son –o han sido históricamente- los rasgos distintivos más importantes del juez de cada una de estas familias. Una forma de entender, en

¹Gargarella, R. Domingo, P. y Roux, T. (2006).

consecuencia, sobre qué bases se ha construido también el perfil de los jueces de nuestra región.

A. JUECES, DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Antes de describir cuáles son los rasgos definitorios del juez en cada una de las familias jurídicas de occidente, es necesario definir cómo se entenderá en este trabajo un concepto esencial. Si el objetivo que subyace al artículo descansa en perfilar la relación entre judicatura y estado, en clave democrática, deben precisarse, necesariamente, los alcances del término democracia, porque, dicho más claro aún, el propósito es reflexionar sobre los jueces en la democracia.

Giovanni Sartori explica los intrincados caminos que ha recorrido la democracia desde sus orígenes hasta llegar a su concepción moderna. Desde el siglo III a.C. el concepto ha estado en permanente evolución. Hubo pensadores, como Aristóteles, que la consideró una de las formas equivocadas de gobierno. La democracia no fue siempre un sistema de organización bien valorado. Más aún, durante siglos, adelanta Sartori, el régimen político considerado óptimo fue la república –res pública: cosa pública-. De lo que no cabe duda es que la democracia de los modernos no es la democracia de los antiguos. Pareciera entonces incontrovertible que la democracia primigenia nacida en Grecia no es la misma –o al menos no se funda en los mismos criterios- que la democracia de los últimos siglos².

Para Dahl las democracias modernas se encuentran cruzadas por dos coordenadas: el debate público y el derecho a participar. En este punto es donde el autor considera que las democracias se convierten más en sistemas ideales que se persiguen a partir de aquellas dos coordenadas. Por eso, propone el término poliarquía, esto es *“...regímenes relativamente –pero no completamente- democráticos (...) las poliarquías son sistemas sustancialmente liberalizados y*

²Sartori, G. (1992):27 y Lijphart, A. (2008): 13.

popularizados, es decir muy representativos a la vez que francamente abiertos al debate público...”³.

El debate evidencia algo de suyo fundamental, la dificultad –sino imposibilidad- de encontrar un concepto unívoco de democracia. Para efecto de este artículo se sigue al profesor Luigi Ferrajoli en cuanto a que democracia es algo más que mecanismos de elección popular para acceder al poder decididos por la mayoría, con lo cual debe distinguirse entre el contenido formal y sustancial de la democracia y el surgimiento de la democracia constitucional como nuevo paradigma de organización política después de la II Guerra Mundial.

Para el filósofo italiano,

“...si las normas formales de la constitución garantizan la dimensión formal de la democracia política que se refiere al quién y el cómo de las decisiones, sus normas sustanciales – aquellas que establecen los principios y derechos fundamentales (...) garantizan lo que bien podemos denominar la dimensión material de la “democracia sustancial”, que se refiere a qué no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos por ella...”⁴.

³Dahl, R. (1989): 19. Existen 8 condiciones necesarias para que se dé la poliarquía: libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a buscar apoyo, diversidad de fuentes de información, elecciones libres e imparciales y finalmente instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y las otras formas de manifestación. La mayoría de países en este planteamiento se acercan más o menos al concepto de poliarquía, según haya un mayor o menor desarrollo de las dimensiones propuestas en la obra del profesor norteamericano

⁴Ferrajoli, L. (2008): 27-32.

La forma típica de organización occidental en la actualidad es el estado constitucional y democrático de derecho⁵. Una expresión que, como un mantra, se repite constantemente. El estado constitucional, más allá de los desvaríos con los que a veces se emplea, implica una profunda transformación. No es simplemente un proceso de evolución natural es, dice Zagrebelsky, la adecuación más perfecta al principio decimonónico del gobierno de las leyes, ahora todo, incluso la ley misma, debe someterse a un estrato más alto del derecho: la constitución⁶. La democracia en clave constitucional, acepta, como punto de partida, que la constitución política es una norma en la que se establecen no sólo contenidos procedimentales, sino también sustanciales, que incluyen una serie de derechos fundamentales, valores y principios que deben ser protegidos por el estado⁷. El estado constitucional estará definido por varios elementos: respeto y desarrollo por la dignidad humana, soberanía popular, constitución como pacto o contrato, división del poder, estado social y democrático de derecho, etc.⁸

Esta organización política y jurídica supone la implicación de distintos actores políticos. Quizás los más evidentes, aunque no los únicos, sean aquellos que representan a los tres poderes en los que tradicionalmente se ha dividido el estado⁹. La pregunta que emerge, entonces, es cómo ha sido la vinculación del

⁵Zagrebelsky, G. (2008): 21-34.

⁶Ídem.

⁷En la concepción del estado constitucional de derecho se ha entendido que existen una serie de valores vistos como derechos que se han de garantizar a toda costa, pues ello supone su esencia ontológica. Son los llamados derechos fundamentales. La evolución de los derechos fundamentales ha supuesto un largo período de consolidación social y jurídica. Uno de los momentos clave es la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, seguido también por la aprobación de tratados internacionales de carácter regional sobre derechos humanos. La entronización de los derechos fundamentales como categorías definitorias, no sólo de una moralidad básica –sustentada en la dignidad humana- sino también de una juridicidad básica, significan un replanteamiento fenomenológico del estado, que se entiende ahora como estado constitucional de derecho, expresión sincrética que refleja la satisfacción de derechos reivindicados en diferentes etapas históricas, ver: Corchete, MJ. (2007): 535-556. Al tiempo que operan para los ciudadanos como mecanismos de protección frente al abuso de los poderes públicos, legitiman el ejercicio del poder. Así, se puede hablar de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales. Ello implica una posición tanto omisiva, en el primer caso, –no impedir su ejercicio- como activa, en el segundo caso, –facilitar los medios que favorecen su ejercicio-. Sobre el tema de los derechos fundamentales y en especial sobre la discusión acerca de los derechos sociales puede consultarse entre otros: Bobbio, N. (1991): 39, Alexy, R. (2007): 67, Ferrajoli, L. (2008): 36 y D'Atena, A. (2004): 293-306 y Díez Picazo, LM. (2003): 34-36.

⁸Bustos Gisbert, R. (2005): 57-58.

⁹Ferrajoli, L. (2008): 104.

poder judicial, y de los jueces, en el desarrollo del estado, de la democracia y, más reciente, del estado constitucional de derecho.

Decir que la magistratura y sus pronunciamientos tienen diversas repercusiones no pareciera ser una afirmación que genere alguna clase de resistencia, resulta si se quiere bastante intuitiva. Con ella, sin embargo, se corre un riesgo; podría generar la sensación de que los jueces funcionan o podrían funcionar, exactamente igual en todos los sitios. Podría pensarse, erróneamente, que se trata de un actor institucional que tiene un perfil idéntico en, al menos, las democracias occidentales. Una visión homogenizada de la administración de justicia, que pase por alto que la forma de ver y hacer el derecho varía de un lugar a otro, trae consigo el peligro de obviar las diferencias que, de acuerdo a las clásicas familias jurídicas –*common law* y *civil law*-, contribuyen a explicar por qué la judicatura ha sido forjada según unas características específicas que hacen que su papel en el entramado democrático pueda favorecer o no ciertos perfiles. Corresponde en lo que sigue profundizar en los perfiles de juez, según las tradiciones jurídicas de occidente.

B. TRADICIONES O DOS MODELOS DE JUDICATURA

Cuando se habla de las familias jurídicas del *common law* o del *civil law* se están conceptualizando formas distintas de entender el derecho y las relaciones entre los actores institucionales. No es este el espacio para detallar la totalidad de las características de cada una, ni anclar el estudio en su evolución histórica. Interesa destacar la posición que le ha sido concedida al juez.

Por lo pronto, ha de decirse que la familia romano-germánica del *civil law*, encuentra su génesis en el derecho romano recibiendo la influencia determinante del derecho canónico. Esta tradición ha privilegiado el desarrollo del derecho civil y la codificación de las normas jurídicas. Poseen sistemas jurídicos del *civil law*

muchos países de Europa continental –como España o Italia- y los de América Latina.

En cuanto a la familia del *common law*, su origen lleva al siglo XI en Inglaterra. Se caracteriza, en el punto reseñado, porque la creación de las normas jurídicas no se agota en la ley escrita. A través de las decisiones contenidas en las sentencias judiciales se ha entendido, tradicionalmente, que también nace el derecho. El principio sería que es posible extraer reglas generales de los precedentes judiciales que se asumen como guías normativas para que los jueces, cuando tengan que resolver casos semejantes, se apoyen en esas resoluciones anteriores. En esta familia jurídica, principalmente, están comprendidos los sistemas del Reino Unido, las naciones de África, América y Oceanía que participan de la *Commonwealth*, la mayoría de los cuales aplican el derecho inglés y reconocen al monarca del Reino Unido como jefe de estado y los Estados Unidos de América¹⁰.

Ello incide también en el desempeño de los jueces. En los sistemas jurídicos del *common law* y el *civil law* se encuentran dos tipos de juez. Entiende Garapon que las relaciones entre justicia y política encuentran en estos modelos una causa explicativa. Adelanta, el ex magistrado francés, que en los países del *common law* la influencia política de los jueces es en la actualidad quizás menos visible porque es mucho más antigua y, en consecuencia, está bastante más enraizada en la sociedad¹¹.

En la tradición jurídica del *common law*, los jueces se han distinguido por asumir una posición de más autonomía, lo que permitió que el poder judicial ocupara un lugar simétrico respecto de los otros poderes. De esta manera, se asignó un peso significativo al derecho que surge de los pronunciamientos jurisprudenciales. Dicha dinámica consolidó un sistema de pesos y contrapesos.

¹⁰Al respecto ver: Iturralde Sesma, V. (1995):212, Waluchow, W. (2009): 309-356 y Merryman, JH. (1973).

¹¹Garapon, A. (1997): 49.

En cuanto al *civil law*, la posición de los jueces fue tradicionalmente menos incisiva. Aquí, la administración de justicia se ubicó, en principio, subordinada a los órganos políticos representativos y a las normas que estos producían. Primó la idea, profundamente arraigada, del principio de separación de poderes, entendido como la división en compartimentos estancos del poder. Hubo una resistencia a que los poderes traspasasen las competencias asignadas a cada uno para ejercer algún tipo de control sobre los otros¹².

Los países de tradición europea continental contaron con una judicatura de centenares de funcionarios, con no mucho prestigio y sí muchísimas responsabilidades disciplinarias, civiles y penales, así como una escasa participación popular en la administración de justicia. También se distinguieron por poseer sistemas jurídicos –sustantivos y procesales- muy detallados y nada flexibles. Mientras tanto, en los países de cultura jurídica anglosajona hubo una magistratura reducida, muy independiente, basada en una autoridad fuerte –que en algunos casos se origina en mecanismos de elección popular-, vinculación popular con la administración de justicia y sistemas jurídicos más flexibles basados, principalmente, en la costumbre y el precedente judicial. Como puede intuirse se trata de diferencias que inciden en la definición de dos modelos de juez¹³.

Un estudio sistemático y completo del aparato judicial, señala Damaska, implicaría obligatoriamente dar respuesta a tres preguntas: ¿cuáles son los atributos de los funcionarios que lo componen? ¿Qué tipo de relaciones se establecen con otros actores? y ¿de qué forma se toman las decisiones?¹⁴ En este apartado, se indagará el punto que más interesa, el referido a la primera interrogante según las tradiciones jurídicas.

De lo dicho hasta aquí se desprende que los jueces de tradición europea se definen según unos rasgos que han orientado históricamente su quehacer. Un

¹²Autel Barros, JL. (1998): 45.

¹³Idem.

¹⁴Damaska, M. (2000): 33.

quehacer más discreto y pasivo cuando se confronta con su par anglosajón. Pero ¿por qué ocurre esto? ¿En dónde residen las causas que sostienen que unos jueces asuman un rol más activo y otros no? Dos aspectos podrían lanzar algunas pistas que conduzcan a aclarar la cuestión: ¿cómo se llega a ser juez y cuáles son las garantías de independencia que asisten al administrador de justicia? Se pasará revista a estos dos puntos que se estiman fundamentales a fin de entender, al menos someramente, el perfil de un juez que, según se expondrá más adelante, ha supuesto en las últimas décadas un cambio respecto a su perfil más tradicional.

B.1 JUECES Y CAMINOS DE ACCESO

El primer punto por dilucidar, entonces, es quiénes seleccionan a los jueces: ¿otros actores políticos u otros magistrados –autoreclutamiento-? Optar por alguno de estos mecanismos tendrá diferentes repercusiones. Por ejemplo, siguiendo a Guarnieri y Pederzoli, cuando la selección es a través de concursos públicos a los que aplican jóvenes egresados se genera “...un proceso de socialización profesional esencialmente controlado por la organización judicial...”¹⁵. Las relaciones que se establecen con otros actores, verbigracia con los otros abogados, y la visión de la propia estructura judicial varían en función de esos caminos mediante los cuales se accede a la judicatura.

Los profesores italianos enfrentan el análisis identificando a las familias del *civil law* y del *common law* respectivamente, con dos formas de reclutamiento: profesional y concurso o burocrático¹⁶. En los países anglosajones –por ejemplo Reino Unido- los jueces son reclutados de entre los abogados de mayor experiencia y con mayor prestigio. Los nombra directamente la Corona a través de los filtros que ejercen el Lord Canciller y también, aunque en menor medida, los

¹⁵Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997): 7.

¹⁶Damaska, en sentido similar, habla de estructura jerárquica y de estructura paritaria. En la primera hay un cuerpo profesional y jerarquizado que resuelve con base en normas técnicas. En la segunda hay un grupo –no necesariamente profesional- tomando decisiones sobre la base de normas comunes no diferenciadas de la visión general de la comunidad, ver: Damaska, M. (2000): 35.

magistrados de más alto rango y los abogados más reputados. Mucha de esta influencia se ejerce de manera informal y sin criterios de selección claramente definidos, así, los políticos han dejado de tener un peso decisivo, al menos formalmente, prevaleciendo los criterios profesionales¹⁷. Otro aspecto a considerar es que los jueces de influencia inglesa se distinguen por proceder de las élites más poderosas de la sociedad, lo que hace que entre clases judiciales y clases dirigentes, en términos generales, se compartan las mismas visiones y perspectivas¹⁸.

Frente a este modelo propio de la tradición del *common law*, se encuentra el modelo burocrático de los países europeos continentales –y en consecuencia, de los latinoamericanos, tributarios de su impronta¹⁹-. Se parte de que los jueces como cualquier otro funcionario público deben cumplir con una serie de requisitos que garanticen su idoneidad. Es el concurso público la principal vía de acceso a la judicatura, con la cual se pretenden asegurar la imparcialidad y la calidad de los jueces. Participan, en general, jóvenes egresados sin experiencia en la práctica profesional, lo que contribuye a un alto nivel de corporativismo cuando no, afirman Guarnieri y Pederzoli, a una cerrazón y una “balcanización” de la estructura judicial frente a otros grupos y sectores, incluso de la propia abogacía²⁰.

Por ejemplo, en Alemania se deben cumplir dos rigurosas etapas que consumen casi diez años, una en la Facultad de Derecho, otra mediante *stages* de prácticas profesionales. En Francia se ha creado una Escuela Judicial en la que es necesario superar un periodo de formación, los requisitos de entrada son realizar pruebas teóricas y tener más de veintisiete años. Luego se entra como juez en

¹⁷Aunque debe aclararse que recientes reformas han hecho variar el peso tradicionalmente ejercido por el Lord Canciller. Al respecto puede consultarse: Le Sueur, A. (2007): 345. El libro analiza los procesos de reforma judicial efectuados en Inglaterra y Gales en 2003. Suponen el rompimiento de una rígida y aparente, hasta entonces, inmodificable estructura. Entre otras cosas, incluyó la supresión de varias de las prerrogativas del Lord Canciller en la designación de los jueces que lo convertían en ministro y juez y la creación de una Secretaría de Asuntos Constitucionales además de la creación de una nueva Corte Suprema en aras de lograr una mayor independencia entre los poderes del estado .

¹⁸Autel Barros, JL. (1998): 435.

¹⁹Cáceres Corrales, P. (1989): 436.

²⁰Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997): 39-41.

formación por treinta y un meses. Italia, igualmente, cuenta con mecanismos de acceso propiamente burocrático, el único filtro es el concurso público y un periodo de formación en los propios juzgados a cargo de funcionarios más experimentados que se extiende por quince meses. Por último, en España, que aunque contempla una selección *ad hoc* de reconocidos juristas, la principal forma de llegar a la judicatura consiste en realizar un examen y en la formación que se recibe de la Escuela Judicial, algo que puede consumir casi un lustro para los oferentes²¹.

Estos mecanismos de acceso permiten desarrollar un fuerte sentido de identidad que define con rigidez “...a los de adentro y a los de afuera...”²². En definitiva, en los sistemas burocráticos dos rasgos cruciales son: la existencia de instituciones destinadas al adiestramiento de los oferentes como fórmula de contrarrestar la inexperiencia y la formación que se recibe desde la propia organización judicial²³.

Aunque en América Latina la carrera judicial no ha seguido exactamente los mismos patrones que en los países europeos mencionados, dicho muy generalmente, los mecanismos de acceso, sobre todo en los últimos años, se acercan al modelo burocrático. Durante mucho tiempo la desorganización imperante facilitó que los puestos judiciales, no sólo los de los jueces de las cortes supremas, se convirtieran en parte del botín político por repartir entre quienes accedían al poder. Si bien no se podría asegurar que esta situación se haya eliminado del todo, recientemente se ha buscado, mediante la creación de escuelas judiciales –algunas de ellas de dudosa calidad- ejercer, a lo interno, un mejor control sobre la formación de los jueces. Un aspecto que se comparte con Europa es la influencia que tienen las jerarquías y que los procesos de socialización, porque muchos jueces provienen de la estructura judicial en la que se desempeñaban como administrativos o funcionarios auxiliares, se realiza también a lo interno²⁴.

²¹Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997): 39-41.

²²Damaska, M. (2000): 37.

²³Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997): 46.

²⁴Perdomo Pérez, R. (2004): 208-220 y Salas, L. y Rico, JM (1989).

B.2 JUECES E INDEPENDENCIA

El otro tema fundamental tiene que ver con la protección que se hace en cada modelo de la independencia judicial. Aunque ambas familias la reconocen como un elemento clave en el desempeño de los jueces, la conceptualización varía según se trate de un caso u otro. De cualquier forma debe diferenciarse también la independencia externa, aquella que se establece respecto a otros actores políticos, como el poder ejecutivo, de la independencia interna, que se relaciona con la independencia que tienen los jueces frente a los jueces de los niveles jerárquicos más altos de una organización judicial²⁵.

En los modelos profesionales los jueces cuentan con mayor independencia, e incluso, es poco común “hacer carrera” en el aparato judicial. En los modelos burocráticos, en cambio, existe un control más rígido de los niveles más altos hacia los niveles inferiores lo que favorece la existencia de una estructura más piramidal. En cuanto a la independencia externa, es decir la influencia de actores ajenos al propio sistema de justicia, la situación varía igualmente.

En las magistraturas profesionales, la influencia del sistema político se evidencia al momento del reclutamiento. En las burocráticas, los mecanismos de influencia están ínsitos en la estructura en sí misma. Afectan tanto la independencia interna como la externa porque no es sólo que los vértices del poder judicial ejercen control sobre los jueces de los otros niveles, además ciertos actores políticos tienen un rol de decisión importante –incluso en los consejos judiciales o de la judicatura creados en muchos poderes judiciales-²⁶. Son organizaciones jerarquizadas de tal forma que los funcionarios están en varios niveles y el poder se derrama desde arriba, los temas conflictivos son resueltos,

²⁵En relación a la independencia judicial pueden consultarse: Grande Yáñez, M. (2009): 240, Linares, S. (2003): 108-166 y Martínez Alarcón, ML. (2004).

²⁶Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997): 47-63.

casi sin excepción, en la cúspide de la pirámide²⁷. Al mismo tiempo se crean métodos de control a la libertad interpretativa de los jueces²⁸.

Esta visión verticalizada de la justicia continental encuentra su génesis, según Damaska, en el siglo XI cuando el movimiento de unidad dentro de la Iglesia Católica impuso un modelo rígido y jerárquico que luego tuvo una fuerte repercusión en el resto de instituciones. En el siglo XIII, los reyes de Francia diseñaron un cuerpo estratificado de funcionarios encargados de afirmar y consolidar el poder real. Con el fortalecimiento del absolutismo del siglo XVI y XVII las burocracias centralizadas se extienden a los principales países de Europa continental²⁹.

Debe reconocerse que si bien los dispositivos formales e informales de la familia del *civil law* han limitado muy fuertemente la creatividad del juez –al punto de intentar anularla- esto no significa que la judicatura del *common law* no tenga sus propias formas de control o de disciplina, o que su libertad creadora sea absoluta. El control básicamente se logra mediante el respeto que se concede a los precedentes judiciales. Garapone, por ejemplo, sostiene que los jueces del *common law* tienen ciertamente más independencia externa dado que una vez elegidos la influencia política desaparece casi por completo, no obstante en su opinión dentro del aparato de justicia el respeto por los pronunciamientos de los órganos superiores es tan alto que la independencia interna en la práctica se reduce igualmente³⁰.

²⁷Pásara, L. (2010): 81.

²⁸Damaska, M. (2000): 38, 42-67.

²⁹Damaska, M. (2000): 38, 42-67.

³⁰Garapon, A. (1997): 54.

B.3 DOS MODELOS DE JUDICATURA

Siguiendo a Cappelletti³¹, desde el punto de vista de la estructura, los tribunales del *civil law* son, en efecto, muy diferentes a los de los países del *common law*. En los países europeos se encuentra una corte suprema, en el vértice, dividida por materias –civil, penal, familia, etc.-. Esta división diluye el poder que pueden tener los jueces o, al menos, hace que sea inferior en comparación con otros países, como Estados Unidos.

Otra diferencia es que en los países del *civil law* se ha afincado una idea de desconfianza en la discrecionalidad de los poderes públicos. Esta desconfianza provoca que principios como el norteamericano *writ of certiorari*, que permite a los jueces de la Corte Suprema decidir qué conocer y qué no, no existan o que cuando se introducen lo sea más tangencialmente.

Pero quizás la diferencia más importante se encuentre en que al ser el europeo continental y también, insístase a riesgo de ser reiterativo, otros que han recibido su influencia como los latinoamericanos, un juez de carrera, que se integra al aparato judicial recién salido de la Facultad de Derecho siendo muy joven y una vez superados unos exámenes académicos, el tecnicismo del que está imbuido le impide tener una visión de la realidad que vaya más allá de la literalidad de las normas jurídicas. Este juez está formado más técnicamente y más controlado por los jueces superiores, con lo cual es menos dado a la creatividad y a asumir una posición “*policy oriented*”. Se trata de jueces jóvenes más volubles a las imposiciones de un sistema que entiende el derecho como el textualismo de la ley.

En síntesis, siguiendo de nuevo a los profesores de la Universidad de Bologna, en una judicatura burocrática de la familia jurídica del *civil law* se tiene³²:

1. La selección de funcionarios se organiza a partir de concursos públicos, sin que

³¹Cappelletti, M. (1984): 104-108.

³²Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997): 63-65.

la experiencia tenga mayor importancia. 2. La socialización del juez se realiza desde la propia estructura judicial. 3. La existencia de jerarquías fuertes que fomentan los ascensos y movimientos definidos por el vértice judicial. 4. Jueces generalistas contratados para conocer una gran variedad de materias. 5. Menor independencia interna.

En la judicatura profesional del *common law*, finalmente, los rasgos más relevantes son los siguientes: 1. Personal formado en la práctica. 2. La socialización se recibe fuera de la organización judicial, pues se accede a ella una vez se haya trenzado una larga experiencia profesional. 3. No existen promociones de jerarquía. 4. Se confía menos en los controles internos. 5. Existencia de más independencia interna.

Todas estas diferencias, termina Cappelletti, permiten dilucidar por qué un juez ha podido tener una actuación más decisiva y protagónica que el otro:

“...la struttura più diluida delle corti, il gran numero delle decisione irrilevanti che sommergono le poche rilevanti sul piano dell` indirizzo generale, il tipo di magistrati più anonimo e orientato alla Soutine: tutte queste caratteristiche cospirano a far sì che l` auctoritas della giurisprudenza sia meno grande, meno visibile, meno drammatica nei paesi di Civil Law che nella aree dove prevale invece la tradizione di Commo Law...”³³.

Estas caras de la justicia se traducen en dos vías para ejercer la judicatura. La judicatura no ha sido igual en todas las democracias. La principal conclusión que podría extraerse hasta aquí es que el juez de la tradición del *civil law* ha sido más pasivo debido, en gran parte, a la estructura en la que se encuentra, a las formas de selección y a la concepción que reivindica del derecho.

³³Cappelletti, M. (1984): 107.

A mayor abundamiento, señala Pásara, luego de los procesos revolucionarios europeos del siglo XVIII queda anclada la teoría que entiende que el poder del estado se divide en tres ramas las cuales se contrapesan unas respecto a las otras. No obstante, esta noción fue configurando al aparato judicial como ente apolítico, cuya apoliticidad se garantizaba mediante el sometimiento textual y acrítico a las normas jurídicas expedidas por los otros poderes³⁴. Tal imagen del juez, creyendo ser apolítico y sin ideología, lo inmuniza de abordar los problemas de la sociedad de la que es parte porque se sitúa como un simple aplicador de las reglas de las que lo abastecen los poderes legislativo y ejecutivo³⁵.

La cultura del juez que aplica normas mediante un silogismo perfecto, para resolver conflictos entre sujetos privados, se encontraba absolutamente aceptada. La idea de que el control y la limitación del poder se pudieran ejercer también desde la magistratura resultaba, si se quiere, contrafáctica. Amplía Calamandrei:

“...se comprende entonces cómo en este sistema la etapa judicial (...) es muy simple. El juez al cual se presenta un hecho, no debe hacer otra cosa que clasificarlo jurídicamente, es decir, reconocer en él los caracteres típicos de uno de los modelos previstos en el fichero, y una vez encontrado, no debe hacer otra cosa que leer en la ficha, fácilmente y con prontitud, la solución apropiada. Es éste el famoso silogismo judicial...”³⁶.

El juez ordinario se mantuvo relegado porque su función debía restringirse a aspectos que no tocaran el desempeño de los otros actores políticos³⁷. La judicatura perdió influencia política desde la Revolución Francesa, escribe Garapon; una forma de consolidar la primacía parlamentaria fue dividir la justicia

³⁴Pásara, L. (2010): 43-44.

³⁵Se proclama, subraya un autor, que el funcionario judicial sea un eunuco o inimputable político, ver: Martínez, M. (2009): 73.

³⁶Calamandrei, P. (1960): 71.

³⁷Aulet Barros, JL. (1998): 292.

en muchos cuerpos y concederles el conocimiento de materias concretas. Al mismo tiempo, el estado aisló las esferas susceptibles de afectarlo directamente y confió el resto –familia, civil, penal, laboral- al sistema judicial³⁸.

García Pascual, enumera otros factores que contribuyeron al debilitamiento de la función judicial en los países que recibieron influencia de la familia del *civil law*: aparición de códigos que fijaron reglas rígidas para la interpretación jurisdiccional, el fortalecimiento de categorías dogmáticas, la sustracción del derecho administrativo a la jurisdicción ordinaria y la inclusión del poder judicial en el ámbito de control de los otros poderes, en especial del ejecutivo³⁹.

En resumen, puede afirmarse que el juez de la tradición continental europea con base en una serie de elementos –institucionales, culturales, históricos y políticos- fue concebido como un funcionario público que resolvía conflictos, especialmente entre particulares, y cuya tarea quedaba cumplida al aplicar a un supuesto fáctico el contenido de las normas jurídicas que le venían dadas por los otros poderes públicos. Ha estado fuertemente controlado por factores externos e internos de la propia estructura judicial. El margen para que, con sus pronunciamientos, se incidiera a un nivel más general, más allá de casos concretos, fue más bien escaso.

El juez del sistema del *civil law*, en definitiva, ha sido visto como un ente pasivo e huido que se negó a impactar los modelos de sociedad en los que se encontraba inmerso. Ha estado encerrado en un aparato judicial que lo constreñía a subsumir simplemente hechos en normas formales, las facultades de influencia

³⁸Garapon, A. (1997): 56. Más aún, las diferencias entre dos tipos de juez pueden verse también claramente en las tradiciones constitucionales que surgen en ese periodo histórico. Así, la tradición constitucional inglesa, pero sobre todo la estadounidense –perteneciente, como se dijo, a la familia del *common law*- le concedió a los jueces un rol protagónico. En cambio, en Francia, frente a los jueces hubo desconfianza. La convicción de que los jueces tendrían que asumir un perfil restrictivo, que respetara la voluntad general expresada en la ley y en el parlamento, respondía a los abusos que se cometieron durante el pasado y frente a los cuales la magistratura fue cómplice, ver: Prieto Sanchís, L. (2010): 117-119.

³⁹García Pascual, C. (1997): 113.

en la cosa pública fueron claramente más precisas y limitadas que las del juez del sistema del *common law*⁴⁰.

A. ¿MOMENTO DE RUPTURA?

Los paradigmas de juez que se derivan de las familias jurídicas del *civil law* y del *common law* han sido utilizados por la doctrina desde hace muchísimo tiempo. Es una forma aún válida para describir cómo son los jueces. Muchos de los aspectos mencionados se mantienen vigentes, esto es, continúan siendo elementos que distinguen a la judicatura de los países herederos de la tradición jurídica continental europea de la de los países anglosajones. Los mecanismos de acceso o los procesos de socialización son dos ejemplos de que hay diferencias relevantes entre los jueces de las dos tradiciones que no han variado y que siguen hablando de dos formas distintas de ejercer la, mal llamada, administración de justicia.

Ahora bien, no debe soslayarse que en buena medida se trata de planteamientos teóricos que en la práctica podrían atomizarse, cuando menos atemperarse⁴¹. Sin embargo, las categorías perfiladas ofrecen condiciones que contribuyen a entender, y es esto lo más significativo, cómo fue históricamente asumido el juez de países como los nuestros. Dicho lo anterior, deviene importante llamar la atención sobre algo que varios autores han observado desde hace al menos dos décadas.

De Sousa y García resaltan que en este periodo se ha asistido a un aumento en la visibilidad del sistema judicial en prácticamente todo el mundo, incluidos los países de influencia romanista. Ello ha conducido, prosiguen los autores, a un protagonismo cada vez mayor de los tribunales en la vida pública⁴². El repertorio de decisiones que, en palabras de Guarnieri y Perdezoli, las

⁴⁰Ruiz Pérez, J. (1987): 39.

⁴¹Damaska (Mirjan). *Op. Cit.* p. 36.

⁴²De Sousa Santos, B. y García Villegas, M. (2001): 162.

democracias contemporáneas exigen hoy día a los tribunales es inmenso, así “...la importancia social y política de la justicia debe ya computarse entre las características que comparten todas las democracias, aunque se manifieste de diversas formas, y sobretodo, con diferente intensidad...”⁴³. Lo anterior evidencia un reposicionamiento de los jueces al adquirir mayor relevancia. Este reposicionamiento se ha visto impulsado, para citar solo dos casos, por la creación de mecanismos de control de constitucionalidad o por la instauración de cortes supranacionales cuyas resoluciones son de acatamiento obligatorio.

Si los jueces de herencia civilista han tenido en los últimos tiempos mayor protagonismo, en especial en lo que atañe al impacto que sus decisiones tienen sobre los otros brazos de estado, se ha dado un cambio que, atendiendo a las características históricas, no puede catalogarse como un tema menor. Es lo que algunos han llamado judicialización de la política o activismo judicial, dos fenómenos sobre los que aún debe continuar reflexionándose y que, en síntesis, hacen referencia a un incremento de la incidencia de la magistratura⁴⁴.

Aún es prematuro concluir que una expansión del poder judicial, en términos de incidencia⁴⁵, suponga un momento de ruptura definitiva de la larga tradición que impuso a los jueces de la familia del *civil law* un papel muy discreto y pasivo, sobre todo de cara al poder legislativo y el poder ejecutivo. Empero, no puede negarse que en la actualidad muchos temas, incluso algunos de la mayor trascendencia, se han desplazado del ámbito político para ser zanjados en el ámbito judicial.

Pueden enumerarse muchos ejemplos que documentan el giro de la judicatura de nuestro entorno. Sólo a modo orientativo, se citan los siguientes casos: la sentencia de 1 de junio de 1993 de la Corte Constitucional de Guatemala que de oficio restableció la institucionalidad en el país luego de que el entonces presidente, Jorge Serrano Elías, realizara un autogolpe de estado. El fallo del 6 de

⁴³Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997): 15-16.

⁴⁴Holland, K. (1991): 1-12, Couso, J. (2004): 29-48, Boscán Carrasquero, G. (2010): 51-83

⁴⁵Tate, N. and Vallinder, T. (1995): 2-4.

marzo de 2001, de un juez federal de la Corte Suprema argentina, que declaró nulas e insubsanables las leyes de punto final y obediencia debida mediante las cuales se dejaban impunes hechos cometidos durante la dictadura militar. La resolución del Supremo Tribunal de Brasil dictada en mayo de 2011 que reconoció las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las equiparó al matrimonio heterosexual. Más reciente todavía, las sentencias de 2012 y 2013 de jueces españoles que paralizaron la aplicación de una cuestionada ley de desahucios que, en medio de la fuerte crisis económica que azota al país, ha dejado sin casa a miles de personas.

Todas estas sentencias se caracterizan por tener dos elementos comunes: un mayor poder de decisión –en ciertos pronunciamientos incluso definitivo- y el reconocimiento de nuevos derechos para las personas. Ambos reflejan una modificación en cuanto al paradigma de juez explicado. Con estos casos se está describiendo un juez que interviene y no se conforma con aplicar una norma mecánicamente. Sus pronunciamientos tienen mayor incidencia social y hay una menor pasividad cuando se coloca de frente a los otros órganos estatales⁴⁶. Estos cambios merecen seguir estudiándose, convendría determinar si ellos son sólo fragmentarios, es decir, que únicamente incumban a ciertos niveles de la actividad jurisdiccional, como la que realizan los jueces constitucionales, o si, por el contrario, algo que en principio pareciera más improbable, se está ante una transformación en el modo en qué se ejerce la judicatura en los países de influencia romanista.

A MODO DE CONCLUSIÓN

En los países de tradición anglosajona el juez se configuró como conciencia jurídica de la sociedad por lo que ha estado dotado de amplios márgenes de maniobra para decidir. Su actuación como conciencia jurídica no se redujo a un ejercicio legalista y positivista, sino a la búsqueda de soluciones justas inspiradas

⁴⁶Tate, N. and Vallinder, T. (1995): 235 ss.

en valores más altos –como la solidaridad y la equidad-. El juez no ha sido visto como un burócrata⁴⁷.

Cosa distinta sucedió con el juez de tradición continental europea –el juez “boca de la ley”– que se ajustó a las rigideces del sistema legal. Existió rechazo, cuando no horror, a cualquier desplazamiento, por minúsculo que fuera, al terreno de lo metajurídico. El juez fue un burócrata más que limitó su participación, en el funcionamiento de la democracia, a aplicar automáticamente las normas jurídicas dictadas por los otros órganos del estado.

En síntesis, son estas las características que han permitido hablar de dos paradigmas de magistratura. Las diferencias entre uno y otro tienen en sí mismas valor teórico. No obstante, los cambios que hablan de un acercamiento entre ambos, ante el novedoso protagonismo que ha ido adquiriendo, en los últimos lustros, la judicatura del *civil law*, o cuando menos una parte de ella, suponen una cuestión que debe seguir siendo objeto de análisis. En la lógica del estado trinitario, el quehacer –valores, expectativas, conductas, aspiraciones, etc.- de quienes ejercen la actividad jurisdiccional en su nombre, en todos los niveles, merece toda la atención porque también es un indicador de la calidad de la democracia.

Los estudios sobre jueces, paradójicamente, suelen ser infrecuentes, ni juristas, ni politólogos han puesto demasiada atención en ellos, quizás por prejuicios en cuanto al abordaje que, a unos, parece demasiado politológico y, a otros, demasiado jurídico. En cualquier caso, como se indicó, reflexionar sobre los aparatos de justicia hace parte del examen acerca del desempeño de las democracias y esto implica a todos por igual. Si ya se tiene la idea de cómo han sido los jueces, en particular los de la región, posiblemente la tarea pendiente más importante sea continuar explorando en cómo son aquí y ahora. Para esto habrá oportunidad de volver, pero en otro momento.

⁴⁷Autel Barros, JL. (1998): 45

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Autel Barros, J. (1998) *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, CEDECS Editorial, Barcelona.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema, Madrid.

Boscán Carrasquero, G. (2010). *Judicialización y politización en América Latina: una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos*. *Revista Cuestiones Jurídicas*, volumen 4, número 2, julio-diciembre 51-83.

Bustos Gisbert, R. (2005). *La Constitución Red: un estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*. Editorial Oñati: IVAP, Bilbao.

Cáceres Corrales, P. (1989). *Crítica constitucional*. Editorial del Banco de la República.

Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Cappelletti, M. (1984). *Giudici legislatori?* Dott. A. Giuffré Editora, Milán

Corchete, MJ. (2007). *Derechos Fundamentales*. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 20, II semestre, España, 535-556.

Couso, J. (2004). *Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*. *Revista de Ciencias Políticas*, volumen 24, número 2, 2004, Chile, 29-48.

D' Atena, A. (2004). *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, número 1, enero-junio, 2004, Granada, 293-306.

Dahl, R. (1989). *La poliarquía*, Editorial Tecnos, Madrid.

Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

De Sousa Santos, B. y García Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Diez Picazo, LM. (2003). *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*, Editorial Trotta, Madrid.

Garapon, A. (1997). *Juez y democracia: una reflexión muy actual*, Flor del Viento Ediciones, España.

García Pascual, C. (1997). *Legitimidad democrática y poder judicial*. Edicions Alfons El Magnànim, Valencia.

Gargarella, R. Domingo, P. y Roux, T. (2006). *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Ashgate, Great Britain.

Grande Yáñez, M. (2009). *Independencia judicial: problemática ética*. Editorial Dykinson, Madrid.

Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (1997). *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Editorial Taurus, Madrid.

Holland, K. (1991). *Judicial activism in comparative perspective*. St. Martin Press, New York.

Iturralde Sesma, V. (2003). *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

Le Sueur, A. (2007). *Building the UKs new supreme court: National and comparative perspectives*. Oxford University Press, New York.

Lijphart, A. (2008). *Modelos de democracia: formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Editorial Ariel, Barcelona.

Linares, S. (2003). *La independencia judicial: conceptualización y medición* (pp. 108-166). En Burgos, G. edr. *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Colección Textos de aquí y ahora. Bogotá.

Martínez, M. (2009). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Editorial Universidad Nacional, Bogotá.

Martínez Alarcón, ML. (2004). *La independencia judicial*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Merryman, J. (1973). *La tradizioni di civil law: analisi di un giurista di common law*. Editorial AG, Varese.

Pásara, L. (2010). *Tres claves de la justicia en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima

Perdomo Pérez, R. (2004). *Los abogados de América Latina*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

Prieto Sanchís, L. (2010). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid.

Ruiz Pérez, J. (1987). *Juez y Sociedad*. Editorial Temis, Bogotá.

Salas, L. y Rico, JM. (1989). *La carrera judicial en América Latina*. Consulta realizada el 10 de mayo de 2011 de www.enj.org

Sartori, G. (1992). *Elementos de Teoría Política*. Alianza Universidad, Madrid.

Tate, N. and Vallinder, T. (1995). *The global expansion of judicial power*. New York University Press, New York.

Waluchow, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*. Editorial Marcial Pons, Madrid.

Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Editorial Trotta, Madrid.