

HACIA LA DURACIÓN LIMITADA DEL OFICIO JUDICIAL

Martín D. HAISSINER* y Prof. Dr. Daniel R. PASTOR**

Fecha de recepción: 29 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 1 de diciembre de 2018

Resumen

La creencia de que los jueces deben gozar de una permanencia indeterminada en su cargo, mientras dure su buena conducta, se encuentra fuertemente vinculada con la idea de que con ello se garantizará la independencia del Poder Judicial sobre las otras fuerzas políticas. En este trabajo se analizan los orígenes de esta asociación y se cuestiona su validez en la práctica argentina. Basado en la idea de que el poder de unos seres sobre otros es un mal que debe ser limitado, el trabajo propone reconsiderar la inamovilidad de los oficios judiciales y someter la difícil tarea de juzgar al prójimo a límites semejantes a los establecidos para los restantes poderes.

Palabras clave: Duración limitada – Permanencia en el cargo – Oficios judiciales – cargos permanentes – Independencia judicial

Title: Towards a Limited Tenure of the Judiciary

Abstract

The belief that judges should have lifetime appointments, holding their offices during good behavior, is strongly linked with the idea that in this way the independence of the Judiciary will be protected against other political forces. The essay inquires into the origins of this association and challenges the validity of this assumption. Based on the understanding that the power of some beings over the others is an evil that has to be restricted, a reexamination of judge's tenures is proposed,

* Abogado, Universidad de Buenos Aires. Becario de la Fundación Fulbright para su LL.M. en Yale Law School. Visiting J.D. en Columbia Law School, seleccionado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinador Ejecutivo del Instituto de Neurociencias y Derecho de la Fundación INECO. Contacto: martinhaissiner@gmail.com.

** Abogado y Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la misma universidad. Codirector del Instituto de Neurociencias y Derecho de la Fundación INECO. Becario de la DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico) para cursar estudios en el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Colonia (Alemania). Becario de investigación postdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto para las Ciencias Conjuntas del Derecho Penal de la Universidad de Múnich. Miembro del Consejo Científico e investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen. Contacto: danielpastor@yahoo.com.

in order to limit the complicated task of judging, with similar constrains that those established for the other branches.

Keywords: Limited tenure – Lifetime appointments – Judicial independence – Good behavior clause

Sumario

I. Una extendida creencia colocada en el banco de pruebas; II. ¿Por qué cargos judiciales permanentes?; III. Nada dura para siempre; IV. Otras experiencias de inamovilidad temporal; V. Los grandes fracasos del modelo permanente; VI. Hacia una nueva arquitectura de la limitación temporal de los oficios judiciales; VII. Bibliografía.

El poder no pertenece a nadie; es un lugar ocupado solo provisionalmente (Daniel Innerarity).

I. Una extendida creencia colocada en el banco de pruebas

Conocer y decidir son los verbos que condensan la misión que justifica la existencia de personas investidas del poder de juzgar a los demás. Los órdenes jurídicos sintetizan estas tareas atribuyendo a un poder público las consignas de saber acerca de unos hechos *ab initio* inciertos y aplicar la ley sustantiva al resultado de esa encuesta, a partir de las afirmaciones de las partes cuya confrontación es la esencia misma de las controversias judiciales que se ventilan por medio de un proceso justo.¹

Pero más que de este esquema lógico, la calidad del resultado de los juicios depende del desempeño de las autoridades encargadas de llevarlos a cabo, incluso más que de la actuación de aquellas personas que dictan las leyes: es determinante para el sistema de enjuiciamiento el modelo de organización judicial y la capacitación de su personal, su dedicación a las tareas y, en fin, sus valores éticos.

¹ Estas reflexiones trabajan con la mente puesta, sobre todo, en la jurisdicción penal, aunque casi todo lo dicho es trasladable de modo natural a los demás fueros del poder judicial. Más allá de que la penal es el área en la cual los autores de este trabajo desarrollan su vida profesional teórica y práctica, el encanto de esta rama del mundo legal, no en última instancia por el morbo que genera, la colocó siempre en un lugar alto del podio de la didáctica jurídica. Basta con recordar que la norma más renombrada para enseñar derecho tiene la estructura de la regla típica del derecho penal: Dado A debe ser B. Esto, por no hablar del entretenido atractivo que tiene todo juicio criminal frente, digamos, a un proceso sucesorio, a la ejecución de un pagaré o a un divorcio a petición de ambos cónyuges.

Al realizar la función procesal, especialmente la penal, el poder judicial contribuye a la misión que convalida la existencia del Estado constitucional y democrático de derecho: asegurar una convivencia social pacífica y próspera.² Por consiguiente, la tarea del tercer poder del Estado es solo la de resolver adecuadamente controversias judiciales. Esta labor es la que legitima el poder del que dispone la judicatura y justifica el alto costo que pagan los contribuyentes para mantenerla. Ante una manifestación de conflictividad social, quien lesiona la ley (incumple un contrato o concreta un crimen) ejerce siempre, aunque en distintos grados, violencia contra otro. Los funcionarios estatales involucrados en el proceso judicial ejercen siempre, aunque en distintos grados, la fuerza pública contra quienes, real o presuntamente, infringen las normas. En estas situaciones, las personas quedan a merced del poder de otras. Ciertamente, el incumplimiento de las normas es ilegítimo y la reacción pública, legítima. El enjuiciamiento del infractor y su eventual condena (a pagar una suma de dinero o a pasar unos años en prisión) son una manifestación de fuerza. Una fuerza inevitable justificada como reacción a la evitable fuerza ejercida por el infractor de la ley.³

Este poder que ejercen los jueces es similar, en su arrogante facticidad⁴, al que aplican los violadores de la ley sobre quienes sufren las consecuencias de esos actos, pero que es peor todavía si resulta aplicado de modo desviado, con alegre indiferencia por el derecho y las pruebas, por aquellos que, como decía el buen marqués, deberían temblar al disponer de las vidas y haciendas de los hombres. De allí la asimetría ferrajoliana que debe existir entre crimen y castigo.⁵

Un componente clave para otorgar autoridad moral a semejante poder de enjuiciamiento del Estado es la imparcialidad del juzgador, ideal que es asegurado, entre otras garantías, por la independencia de la jurisdicción, entendida con el alcance de ser el juez un tercero no solo entre las partes (imparcialidad), sino también respecto de los otros dos departamentos del poder público.⁶

A su vez, como mecanismo tradicional para prevenir la dependencia de la jurisdicción respecto de los demás poderes del Estado se ha recurrido, aunque no en todas partes, al carácter permanente

² VOLK, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (trad. NANZER/NÚÑEZ/PASTOR/SARRABAYROUSE), Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 45.

³ PASTOR, "El futuro de la jurisdicción penal entre oficios temporales y máquinas de juzgar", en *Diario Penal*, n.º 175, 1.º de diciembre de 2017.

⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 346.

⁵ PASTOR, "La sabiduría está del lado del acusado (A propósito de la denominada ley de las víctimas)", en *Diario Penal*, n.º 159, 11 de agosto de 2017.

⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, *supra* nota 4, p. 407 ss.

de los oficios judiciales. También de los cargos del ministerio público, pero en este caso con muchas más excepciones en el panorama de los Estados contemporáneos.

La idea de que con la permanencia se garantiza la independencia puede ser puesta en duda. Y no solo para que nos mantengamos entretenidos los que trabajamos en las cosas tan serias del conocimiento, en tanto que la duda es a la ciencia lo que el balón es al fútbol. Tampoco, exclusivamente, porque es observable un hallazgo muy importante: es evidente que en esta cuestión el primer término (permanencia) no es condición del segundo (independencia). Y sí, sobre todo pero no únicamente, porque pensar que con la estabilidad permanente en el cargo se asegura la independencia judicial es una idea muy mala.

Por tanto, la hipótesis que someteremos a experimentación es la siguiente: el carácter transitorio de los oficios judiciales garantiza la independencia, la imparcialidad y la objetividad del juicio cuando menos igual —o quizás incluso mejor— que el modo permanente, siendo que, además, la limitación temporal ofrece otras ventajas adicionales para acrecentar la calidad del desempeño de la judicatura.

Es preciso aclarar que el análisis, a partir de aquí ahora sí de modo exclusivo, pone bajo el microscopio (o sobre el telescopio, lo cual hoy es lo mismo⁷) la jurisdicción penal tal como se desenvuelve en la Argentina, y que, posiblemente, la propuesta que es formulada sea una iniciativa cuya audacia es proporcional al insostenible desempeño de esa jurisdicción.⁸

Las propuestas formuladas lo son, por supuesto, de *lege ferenda*, dado que requieren una reforma relevante del orden constitucional, del derecho sustantivo, de la organización judicial y del régimen procesal, con el obstáculo adicional de que, al afectar esas modificaciones futuras, de modo necesario, a las demás ramas de la judicatura, se requerirá el consenso o la derrota de los grupos de presión que dominan esos otros sectores de la jurisdicción, aunque la intuición señala que, si la propuesta de reforma ofrece buenas razones para ser deseable en la quinta de lo penal, lo debería ser también para todos los fueros del poder judicial.

⁷ Piénsese en los maravillosos descubrimientos de la astrobiología.

⁸ En general, naturalmente, pues hay numerosos funcionarios de lo penal que se desempeñan correctamente y que se ven involucrados en una universalización de las críticas que es inevitable para el análisis del problema, como inevitable es también que esos servidores públicos no puedan impedir verse incluidos como componentes de un poder judicial decepcionante, dado que permanecen en sus puestos por su propia decisión.

Con esas restricciones, entonces, comienza este trabajo a presentar sus fundamentos con la exploración de los alcances del (supuesto) vínculo entre indeterminación del mandato e independencia de los jueces.

II. ¿Por qué cargos judiciales permanentes?

Según una tradición muy arraigada —y que, por consiguiente, es defendida en modo automático ante la primera objeción— los oficios judiciales deben ser de duración permanente para asegurar la independencia del juicio. Jueces y fiscales, al estilo de casi todas las normativas argentinas y mundiales, duran en sus cargos lo que dura su buen comportamiento, con lo cual, con buena letra, seguirán en el puesto hasta su renuncia o muerte. Es una idea de los pensadores ingleses que a partir del siglo XVII comenzaron a consolidar en declaraciones un Estado constitucional de derecho fundado en la estricta separación entre los departamentos del poder público con una especial preocupación por garantizar la independencia del tercero.⁹ La democracia en los Estados Unidos tuvo en HAMILTON al paladín del carácter permanente del cargo judicial mientras dure el buen comportamiento del magistrado.¹⁰

Con este criterio se pretendía conseguir independencia judicial en el entendimiento de que, una vez designado en el oficio, el juez no necesitaba servir a los intereses de los demás poderes para renovar su cargo, algo que podría suceder con los puestos temporales. Esta modalidad permanente tendría también la ventaja de contar con funcionarios de alto profesionalismo y serviría además para proteger su independencia también frente al cambiante humor del electorado y a otras presiones distintas de las de los demás poderes públicos.

Por ello, para comprender con mayor detalle las opiniones que tensionan la solución del problema, debe ser repasada brevemente la historia constitucional norteamericana y su diferente desarrollo respecto del camino seguido por el pensamiento ilustrado del continente europeo.

En primer lugar, mientras que en Europa continental se pensaba en un diseño de gobierno que reemplazara a los antiguos soberanos absolutos por entonces destituidos y algunos incluso decapitados, en los Estados Unidos el temor se enfocaba en las diversas facciones populares que trataban de amalgamarse y que, por tanto, debían ser contenidas. Así, mientras los primeros

⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, *supra* nota 4, p. 48 ss.

¹⁰ Art. III, secc. 1 de la Constitución Federal de los EE.UU.: "*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good behavior*"; principio que fue copiado, traducido y pegado en el hoy art. 110 de la CN argentina.

proyectaban un esquema que resolviera su *miedo a las minorías*, los segundos, en cambio, se dirigían a combatir su *miedo a las mayorías*.

En este contexto, los norteamericanos establecieron un sistema de pesos y contrapesos en el que ningún poder pudiera ser ejercido de forma tiránica y por sobre los demás, con controles recíprocos y garantizando la limitación de las atribuciones. El poder judicial fue construido con base en una elección doblemente indirecta —los jueces eran elegidos por el poder ejecutivo y el legislativo que, a su vez, eran también designados por vías democráticas indirectas—, con personas que debían ser abogados, generalmente de renombre, con capacidad para ejercer el control constitucional de las disposiciones mayoritarias y constreñidos por las propias decisiones de sus precedentes (*stare decisis*).

ANDRÉS IBÁÑEZ, al respecto, explica que “lo que en el marco de las vicisitudes revolucionarias francesas había llevado a la mitificación sin reservas del órgano de la soberanía nacional, en el contexto de las norteamericanas se tradujo en escepticismo y predisposición a la desconfianza frente a lo que podría dar lugar a una forma de despotismo. Despotismo de la mayoría, pero despotismo al fin”.¹¹ Tal desconfianza se tradujo, en cuanto a la organización judicial, en un diseño completamente antitético al seguido en Europa, en donde los jueces eran meros funcionarios en el marco del ejecutivo y rígidamente controlados por el legislativo. En el nuevo modelo americano, los jueces serían de designación gubernamental, pero desvinculados del ejercicio de funciones ejecutivas y encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes en el marco de las controversias judiciales que estuvieran llamados a conocer.

Fue así, entonces, como, con la intención de acentuar aún más el carácter contra-mayoritario del órgano y de preservar su independencia de los restantes poderes democráticos, los denominados, tan tiernamente, padres fundadores de los Estados Unidos estatuyeron la inamovilidad permanente de los jueces en sus cargos con la *good behavior clause*.

Incluso en Europa, quienes más apasionadamente defendieron la duración indeterminada de los cargos judiciales, apoyaban sus construcciones teóricas sobre importantes temores a las mayorías populares. En esta línea, p. ej., es conocida la posición de CONSTANT, quien planteó su modelo de Estado en contraposición con las ideas de ROUSSEAU y, especialmente, contra la ausencia de límites

¹¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, *supra* nota 4, p. 68.

al principio de soberanía popular de este. Así, expresaba que “*el pueblo que lo puede todo es tan peligroso o más que un tirano*”.¹² Por eso, CONSTANT propuso una administración de justicia cuyos jueces eran designados por nombramiento real, de forma perpetua e inamovible, pues así entendía que se respetaba el principio de juez natural. Acompañaban a estas propuestas remuneraciones elevadas y total independencia en el desarrollo de las funciones, lo que se plasmaba en la protección absoluta de las sentencias de cualquier interferencia de otra autoridad. Finalmente, el modelo se completaba con severas sanciones para quienes cayeran en prevaricación.

Tanto en el sistema americano como en el europeo continental, como vemos, la idea de jueces cuyo mandato fuera de duración determinada estuvo fuertemente cargada de temores, no solo a las influencias de los restantes poderes, sino también a los designios y presiones que las mayorías pudieran ejercer. Sin embargo, aunque es innegable que la función contra-mayoritaria del poder judicial es esencial a la existencia misma de la democracia, también lo es que la inamovilidad permanente no es la única ni la mejor manera de garantizar la eficiencia en tal función. Con otras palabras, mientras que el carácter permanente de los cargos puede ser una forma de alejar a los funcionarios del escrutinio popular —si es que acaso eso fuera aún hoy posible o deseable—, no necesariamente garantizará mejor la independencia de los jueces respecto de los otros poderes o del carácter contra-mayoritario que sus funciones deben tener.

El desarrollo de la jurisdicción argentina tiene un origen particular y distinto de los dos modelos antes expuestos. Los pensadores de nuestra naciente república no temían especialmente a las clases ilustradas ni al poder del pueblo. Sus mayores preocupaciones, en cambio, se centraban en controlar a la desarticulada población, en habitar un territorio hasta entonces desértico y en asegurar el progreso económico de la nación.¹³ Esas misiones solo podían alcanzarse mediante un control centralizado y fuerte del poder. En consecuencia, con el establecimiento de jueces permanentes, a cargo de un control de constitucionalidad difuso —pero no constreñidos por decisiones anteriores— y sujetos a fuertes códigos legales, se garantizaba, en teoría, la presencia federal en todas las provincias con un efectivo dominio judicial sobre la nueva nación. Este es el ámbito en el que la permanencia indeterminada de los cargos judiciales debe ser situada.

¹² CONSTANT, Benjamin, *Cours de Politique constitutionnelle*, París, 1872, p. 279 y ss.

¹³ BÖHMER, “División de poderes ‘a la argentina’: democracia en las formas, monarquía en el fondo”, en BERENSZTEIN/RODRÍGUEZ LARRETA/ STURZENEGGER, *El país que queremos: principios, estrategia y agenda para alcanzar una Argentina mejor*, Buenos Aires, Temas, 2006.

La Argentina tuvo en GONZÁLEZ a su HAMILTON: “Se ha propuesto nuestra Constitución..., con la inamovilidad de los jueces, asegurar su independencia... Una ley que crease un tribunal nacional con funciones limitadas en el tiempo, sería nula en cuanto a ese tiempo, y no podría desempeñar ninguna parte del poder judicial de la nación”.¹⁴

Más allá de la eficacia que hubieran podido tener, en la consecución de esos objetivos, las medidas fundadas en esas razones, lo cierto es que incluso los teóricos de aquella época reconocían que el esquema creado se encontraba pensado para un momento determinado y que, cumplidos los objetivos, se necesitaría una reestructuración del Estado acorde a estándares liberales más elevados. Sugerimos entonces explorar otras experiencias para poder pensar el modelo más conveniente para asegurar la independencia judicial a la luz de circunstancias y necesidades cambiantes.

III. Nada dura para siempre

Ya desde la consolidación del régimen permanente de los oficios judiciales fueron diseñados sistemas de duración acotada temporalmente. Ambos modelos siguen conviviendo hasta hoy.

Aunque en los Estados Unidos predominaron para la federación las ideas que sostenía HAMILTON, hubo críticas desde aquel entonces que alertaron sobre la distancia que, entre los magistrados y los ciudadanos, ponía la duración sin plazos del oficio judicial. En esta línea, JEFFERSON fue, posiblemente, el más saliente defensor del carácter electivo y temporal de los puestos del poder judicial y de la fiscalía, fundado en la idea contraria: que el sometimiento periódico de esos funcionarios al escrutinio popular tendría mejores cartas para garantizar el buen comportamiento, también en términos de independencia, del poder judicial.¹⁵

¹⁴ GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada & Cía., 1897, p. 628 ss.

¹⁵ Así le escribía a su amigo Samuel Kercheval, en la carta que le envió el 12 de junio de 1816 y que fue luego publicada: “En el poder judicial, los jueces de las cortes superiores no dependen de nadie más que de sí mismos. En Inglaterra, donde los jueces eran nombrados y removidos a discreción de un ejecutivo hereditario, poder del que se temían y han derivado los mayores atropellos, fue un gran logro el establecerlos de por vida, para hacerlos más independientes del ejecutivo. Pero en un gobierno apoyado en la voluntad pública, este principio opera en la dirección contraria (...). [L]os hemos hecho independientes de la nación en sí. Son inamovibles, excepto por su propio poder (...). Los jueces de los tribunales inferiores (...) son vitalicios y perpetúan su propio poder en sucesión por siempre, de modo que la facción que una vez los estatuyó en el estrado de un distrito no pueda nunca ser disuelta, mientras mantiene al condado encadenado, por siempre y de forma indisoluble. Mientras tanto, estos jueces son el verdadero ejecutivo, como también el judicial, en todas nuestras menores y más ordinarias preocupaciones”. El texto original puede ser encontrado en

Más cercanos a nuestro tiempo, algunos estudiosos que se dedicaron a teorizar sobre el modelo norteamericano expresaron sus preocupaciones por el mandato vitalicio de los magistrados. Así, p. ej., PRAKASH¹⁶ sostiene que la duración indeterminada de los oficios actúa de forma contraria a la obvia esencia republicana de las restantes disposiciones de la Constitución y que, por consiguiente, los jueces son impropriadamente librados de su rol de agentes del pueblo. En igual sentido, MCGINNIS¹⁷ explica que el carácter vitalicio de los cargos hace a los jueces arrogantes e incontrolables para la democracia. EASTERBROOK¹⁸ también lamenta que la provisión analizada permita a los magistrados ser autócratas que prácticamente no rinden cuentas a nadie y que no tienen contacto con las preocupaciones ordinarias de los ciudadanos para decidir sobre sus derechos fundamentales. MONAGHAN¹⁹, en igual sentido, argumenta que la difundida desconfianza sobre estos sujetos que detentan poder, aunque relativamente fuera de escrutinio, transforma al mandato permanente en modelo desconfiable que debe ser abolido.

Con la preferencia por el mandato limitado en el tiempo, obviamente, no se pretende dismantelar la independencia de los jueces respecto de las presiones políticas ni se concede que esa pueda ser una consecuencia necesaria de este modelo. Al contrario, como destaca REDISH²⁰, la Constitución protege siempre a los jueces de las presiones políticas y, consecuentemente, los hace menos receptivos a las demandas democráticas que a los integrantes de los demás poderes.

Otro de los puntos señalados con gran criterio tuvo que ver con la rigidez que este tipo de ejercicio permanente del poder otorgaba a la interpretación constitucional y normativa. Así, pareciera ser cierto que la función de una Constitución es la de ser un ancla en el pasado, que crea reglas de guía social hasta tanto una supermayoría actual las cambia.²¹ Sin embargo, tal carácter pétreo puede crear problemas cuando los hechos sociales sobre los que las reglas se crearon dejan de ser ciertos. De tal forma, en los Estados Unidos existen importantes programas de incentivos al

<http://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-samuel-kercheval/> [enlace verificado el 6 de diciembre de 2018].

¹⁶ PRAKASH, "American's Aristocracy", en *Yale Law Journal*, n.º 109, 1999, p. 571 ss. y 584.

¹⁷ MCGINNIS, "Justice without Justices", en *Constitutional Commentary*, n.º 16, 1999, pp. 541 ss.

¹⁸ EASTERBROOK, "Geritol Justice: Is the Supreme Court Senile?", en *The New Republic*, 19 de agosto de 1991.

¹⁹ MONAGHAN, "The Confirmation Process: Law or Politics", en *Harvard Law Review*, n.º 101, 1988, p. 1212.

²⁰ REDISH, "Judicial Discipline, Judicial Independence, and the Constitution: A: Textual and Structural Analysis", en *Southern California Law Review*, n.º 72, 1999, pp. 673 ss.

²¹ EASTERBROOK, "Abstraction and Authority", en *University of Chicago Law Review*, n.º 59, 1992, pp. 349 ss.

retiro, como forma de compensar la inamovilidad permanente del mandato.²² Claro está que ninguno de los críticos mencionados pretende transformar a los jueces en un “simulacro de las personas en cuya representación interpretan y aplican la ley”.²³ Ello no desconoce, empero, el innegable hecho de que un mayor recambio puede garantizar mejor la conexión con la comunidad a la que sirven los magistrados.²⁴

De cualquier modo, es importante aclarar que todas las objeciones que se reseñaron en los párrafos anteriores se encuentran principalmente vinculadas al oficio de los jueces federales de los Estados Unidos y no, por el contrario, a sus pares de las jurisdicciones estatales. La diferente regulación que tienen el sistema federal y los estatales se debe, precisamente, a los riesgos que se tratan de mitigar. Así, mientras que como garantía del sistema de pesos y contrapesos con el que se pensó el sistema republicano de los Estados Unidos, fue considerado necesario asegurar la inamovilidad permanente de los jueces en su cargo, en la jurisdicción ordinaria, en cambio, no se pensó como necesaria tal disposición. De este modo, cada uno de los estados que conforman la nación a la que nos referimos posee alguna provisión que limita el mandato judicial. A modo de ejemplo es posible mencionar los casos de California²⁵, Illinois²⁶, Kansas²⁷, New York²⁸, Texas²⁹ y Washington³⁰, independientemente de que los restantes estados³¹ también dispusieron algún término fijo al mandato judicial.

²² OPESKIN, “Models of Judicial Tenure: Reconsidering Life Limits, Age Limits and Term Limits for Judges”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 35, 2015, pp. 627 ss.

²³ OPESKIN, *supra* nota 22.

²⁴ OPESKIN, *supra* nota 22.

²⁵ El gobernador nombra a los integrantes del tribunal supremo y de las cámaras de apelaciones por un plazo de doce años, prorrogable por igual plazo. Los jueces de juicio son elegidos en elecciones no partidarias por un plazo de seis años, que también es prorrogable por igual cantidad de tiempo.

²⁶ Los jueces son elegidos en elecciones partidarias. El mandato inicial es de diez años para los jueces de cámara y seis años para los de juicio, y ambos pueden retener sus cargos por igual plazo.

²⁷ La mayoría de los jueces son seleccionados a través de un proceso de mérito, en el que participa una comisión que realiza las nominaciones. El mandato inicial es de un año y es prorrogable, aunque el plazo subsiguiente varía según el nivel del magistrado. Además, en catorce distritos de este estado los jueces son elegidos por voto partidario.

²⁸ Los jueces de cámara son nominados por una comisión especial y elegidos con base en el mérito. Sus mandatos pueden durar catorce años, mientras que los de la División de Apelaciones de la Suprema Corte duran tan solo cinco años. Estos últimos jueces y aquellos que detentan los cargos de grado ordinario son seleccionados en elecciones partidarias.

²⁹ Todos los jueces obtienen su cargo por elecciones partidarias. Los jueces de apelaciones son elegidos por un plazo de seis años, mientras que los jueces de distrito por cuatro años. Pueden ser reelegidos por plazos adicionales.

³⁰ Los magistrados son elegidos a través de una elección no partidaria. Los jueces de cámara por un plazo de seis años y los de grado por cuatro años. Todos pueden ser reelegidos para cumplir mandatos adicionales.

³¹ Ver <https://courts.uslegal.com/selection-of-judges/state-by-state-summary-of-judicial-selection/> [enlace verificado el 6 de diciembre de 2018].

IV. Otras experiencias de inamovilidad temporal

En la praxis de los países con una tradición continental, cuyas constituciones siguieron los lineamientos kelsenianos, los mandatos de los jueces que integran las cortes constitucionales suelen ser fijos y no renovables. En efecto, casi todos los tribunales constitucionales de Europa establecen un tiempo de nueve años para la duración del mandato de sus jueces (p. ej. España: art. 159.3 de su Constitución, pero también Francia, Italia y Portugal establecen el plazo de nueve años para la duración del mandato de juez constitucional). Naciones como Alemania (doce años de ejercicio del cargo o sesenta y ocho de vida) y Sudáfrica (doce años de ejercicio del cargo o setenta y cinco de vida, pero pueden retirarse antes si tienen quince años como juez al momento de cumplir sesenta y cinco años) combinan términos fijos con límites de edad para el ejercicio de la jurisdicción en los tribunales de mayor jerarquía.

Nueve años, sin posibilidad de reelección, dura el mandato de los jueces de la Corte Penal Internacional (ECPI, art. 36.9.a).

Los magistrados de la Corte Suprema de Uruguay, la democracia de mayor calidad de Sudamérica, permanecen en el puesto hasta un máximo de diez años (Constitución de la ROU, art. 237, que permite que vuelvan a ser elegidos tras una vacancia de medio tiempo).

En otros países, como Reino Unido, Canadá, Australia, Israel, India y Brasil, los jueces son retirados al cumplir una determinada edad. Así, entonces, estos Estados colocan un límite final a la duración de los oficios judiciales, dado que la edad a la que se llega a un cargo de tal jerarquía suele ser elevada y, en consecuencia, los mandatos suelen rondar los doce años en promedio.³²

El régimen de la organización judicial nacional de la República Argentina, aunque vinculado en la actualidad a esa idea de establecer algún término a la duración del cargo judicial, es sumamente engañoso al respecto. Inspirado históricamente en su fuente constitucional americana, sigue teniendo toda la apariencia del modelo permanente cuasi-vitalicio tradicional (CN, art. 110). Sin embargo, también pareciera que la propia Constitución Nacional, hoy en día, dispone una duración limitada para el cargo de juez, con un término de caducidad preciso, en conexión con el avance de la vida de las personas ("la edad de setenta y cinco años": CN, art. 99, inc. 4.º). Pero el propio texto

³² CHANDRACHUD, "Does Life tenure Make Judges More Independent: A comparative Study of Judicial Appointments in India", en *Conn. J. Int'l L.*, n.º 28, 2013.

constitucional permite que los jueces continúen en su cargo más allá de esa edad, con lo cual volvimos, o por fin llegamos, al modelo vitalicio (CN, art. 99, inc. 4.º, último párrafo).³³

Según este peculiar sistema, es conferida al Presidente de la Nación la atribución de nombrar a los jueces nacionales con acuerdo del Senado (CN, art. 99, inc. 4.º), para que desempeñen ese mandato “mientras dure su buena conducta” (CN, art. 110). Este régimen prevé también, como se adelantó, que un “nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años” (CN, art. 99, inc. 4.º, último párrafo). Asimismo, este nuevo nombramiento posterior a los setenta y cinco años tiene su plazo de caducidad: “Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años”. Pero igualmente que para el supuesto básico de los setenta y cinco años, hecha la caducidad, hecha la trampa, pues pasados esos cinco años extra, los nombramientos en cuestión “podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite” (CN, art. 99, inc. 4.º, último párrafo).³⁴

Se ve así que, en un primer supuesto es contemplado un *dies ad quem* para el mandato judicial, pues cualquiera que haya sido el momento de la designación, el nombramiento caduca al cumplir el juez los setenta y cinco años. Esto supone, por definición, duraciones muy diversas para el mandato de todos aquellos magistrados que dejen la función al alcanzar la edad de caducidad. Un segundo supuesto está previsto para los jueces nombrados o renombrados a partir de los setenta y cinco años de edad. En esos casos el nombramiento, siempre sometido al procedimiento usual, está restringido al plazo de cinco años, de modo que este sí es un caso de mandato judicial de duración exactamente determinada (CN, art. 99, inc. 4.º, últ. párr., *in fine*). Pero esto se desvanece con la posibilidad de renombramiento indefinido que esa norma permite cada vez que es alcanzado el plazo de caducidad de cinco años, con el cual, ya se dijo, no hay un término infranqueable.³⁵

³³ La provincia de Salta establece, en el art. 156, 1.º párrafo, de su Constitución, que los jueces de la Corte de Justicia duran seis años en sus funciones, pudiendo ser designados nuevamente por igual procedimiento y período. De nuevo lo mismo: un régimen limitado con vocación de vitalicio.

³⁴ Se trata de una modificación incorporada por la reforma de 1994, por la cual, además, la propia CN tituló a este sistema como *nombramiento de duración limitada sometido a un término de caducidad* (CN, Disposición Transitoria Undécima: “La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el Artículo 99 inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional”).

³⁵ En el caso de fiscales, es perceptible una mayor tendencia a la duración limitada de esta función pública, especial, pero no solamente, en los EE.UU., aunque, fuera de ese país, en general la duración determinada está prevista para los cargos más altos. Algunos ejemplos: el fiscal de la CPI dura en el cargo nueve años y no puede ser reelegido (ECPI, art. 42.4); en España

Así pues, el problema central que trata este ensayo, relativo a la relación entre calidad institucional de la jurisdicción en función de la duración del oficio judicial, sigue abierto. Pero antes de sugerir una propuesta superadora, resulta imprescindible, para una mejor justificación de su necesidad, derrotar empíricamente el mito según el cual la duración permanente del oficio de juez garantiza la independencia judicial.

V. Los grandes fracasos del modelo permanente

En la historia argentina reciente hay experiencias robustas que demuestran que la independencia de la judicatura penal respecto del poder ejecutivo brilló por su ausencia cuando más se la necesitaba: los crímenes de gobierno. El tratamiento oficial de esos delitos (por su complejidad, gravedad y por ocasionar siempre ganancias y pérdidas al gobierno del momento) supone un dolor de cabeza para todo poder judicial independiente que deba fundar sus decisiones en la ley aplicable a los hechos debidamente probados. Que la injerencia de los gobiernos en supuestos de este tipo sea difícilmente evitable no equivale a que sea legítima ni a que las resoluciones judiciales dictadas bajo esa influencia sean correctas.

Un primer ejemplo es el de los crímenes contra la humanidad cometidos por el último Estado totalitario argentino. Respecto de estos hechos punibles de la dictadura de 1976-1983, al tiempo de su perpetración, no existió prácticamente averiguación judicial alguna, a pesar de su gravedad y de que se trató de delitos masivos y evidentes. Más allá de que incluso hoy se enjuician hipótesis de participación de funcionarios judiciales en los hechos, lo destacado para este trabajo es que el poder judicial no se interesó en el momento por los crímenes cometidos por los tiranos de aquel entonces. Durante el gobierno de Raúl Alfonsín (1983-1989) se debió iniciar por resolución formal del poder ejecutivo la investigación de estos crímenes aunque eran notorios y a pesar de que el régimen de represión penal actúa obligatoriamente de oficio bajo el sistema de la acción pública. El legislativo de aquel momento limitó, por iniciativa del ejecutivo, el enjuiciamiento así iniciado con normas que cancelaban los alcances de la responsabilización penal de los autores (leyes conocidas como de "punto final" y "obediencia debida") y el poder judicial (salvo pocas excepciones) convalidó la constitucionalidad de esas leyes, incluida la Corte Suprema. Después de las escasas condenas que sí pudieron ser dictadas, el gobierno de Carlos Menem (1989-1999) recurrió a sus facultades de gracia

el Fiscal General del Estado es nombrado por un plazo de cuatro años, no renovables; el Fiscal General de Córdoba tiene un mandato de cinco años y puede ser designado nuevamente (art. 173 de la CPC); el Fiscal General de la ciudad de Buenos Aires dura en su puesto siete años y puede ser reelegido con intervalo de un periodo completo (CCABA, art. 126).

para indultar a condenados y también a imputados remanentes. La constitucionalidad de los indultos fue avalada mayoritariamente por el poder judicial, también por la Corte Suprema. Tanto las leyes de impunidad como los decretos de indulto, mucho tiempo después, fueron declarados jurídicamente ilegítimos por el poder judicial, inconstitucionales y privados de todo efecto. Esto comenzó en 2001 aisladamente y solo se masificó en los estrados judiciales cuando el gobierno de Néstor Kirchner (2003-2007) dejó en claro abiertamente que el ejecutivo impulsaba la privación de todo efecto a las leyes de impunidad y que pretendía el consiguiente enjuiciamiento de todos los imputados. La invalidez e inaplicabilidad de las leyes de “punto final” y “obediencia debida” y de los decretos de indulto fue decidida por todos los tribunales y, desde 2005, avalada en todos los casos por la Corte Suprema.³⁶

Algo similar sucede con los casos llamados de corrupción (delitos de gobierno contra el patrimonio público). Aparentemente resulta muy difícil que esos hechos sean investigados por el poder judicial durante el mandato de los funcionarios de gobierno sospechados de cometerlos. Solo tras el cambio de gobierno esos delitos comienzan a ser procesados, quizás ya demasiado tarde.

Estos ejemplos permiten trazar algunas hipótesis de trabajo. En primer lugar, resulta plausible la idea de que los crímenes del gobierno de turno no son investigados por el poder judicial mientras sus supuestos autores siguen en el poder. Además, en segundo lugar, el alcance de las investigaciones judiciales posteriores parece depender de los deseos del gobierno de ese momento. En tercer y último lugar, se percibe un posible alineamiento entre la voluntad del gobierno de turno respecto del tratamiento judicial de esos hechos y lo realmente decidido por la judicatura en los casos concretos. Ahora bien, es posible —y por eso hablamos de hipótesis— que estas alineaciones entre poder judicial y gobierno de turno no tengan nada de dependencia, sino que se trate de decisiones judiciales todas correctas que solo casualmente coinciden con los intereses del gobierno de turno.³⁷

Sin embargo, si dicha coincidencia no fuera tal, la independencia de jueces y fiscales pareciera haberse ido a pique en estas experiencias en razón de cierta sumisión casi natural del judicial al ejecutivo. Una dependencia que el carácter permanente de los cargos, evidentemente, no logra conjurar, pues a pesar del buen comportamiento el puesto se puede perder por la nada infrecuente posibilidad de manipulación que los otros poderes hacen (con la consecuente presión) de los

³⁶ PASTOR, *Independencia judicial y reforma del sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, pp. 25 ss.

³⁷ PASTOR, *supra* nota 36, pp. 27 ss.

mecanismos de destitución de unos funcionarios que, de modo comprensible, están, como decía Constant, “siempre temiendo perder la plaza”.

Por el lado opuesto, la inexistencia de una organización judicial horizontal introduce la noción de carrera funcional, por lo cual, si bien es posible que gracias al modelo permanente el juez no le tema a la destitución si no se comporta bien con el ejecutivo, sí deberá ir olvidándose de obtener un ascenso.

En fin, en países de precaria legalidad democrática, los poderes ejecutivos, con mínima intervención del parlamento o de los consejos judiciales, dominan mayormente la carrera de jueces y fiscales, exigen un absoluto compromiso con el gobierno a aquellos que van a designar en puestos claves de la función (competencia para investigar los crímenes de gobierno), tienen un poder de veto absoluto respecto de la postulación de quienes son considerados indeseables para ocupar esos cargos, utilizan las vacancias prolongadas para integrar los puestos libres con adeptos o, cuando menos, con funcionarios sin estabilidad que sufren una continua vigilancia de la que depende su futuro y, finalmente, cuentan con el dominio de los mecanismos de destitución de aquellos que no responden al disciplinamiento.³⁸

Todo esto muestra que uno de los campos en los que es necesaria una actualización de la judicatura penal es en el de su independencia de los demás sujetos públicos, de modo de poder someter la delincuencia de estos, que es la que más justifica la existencia del poder judicial, a una investigación eficaz y a la imposición de los castigos correspondientes si fuera el caso. De otro modo, la judicatura penal sería algo solo residual y bastante inútil.

VI. Hacia una nueva arquitectura de la limitación temporal de los oficios judiciales

Ante el evidente fracaso que el régimen de cargos permanentes en el poder judicial tuvo en la experiencia argentina reciente —aunque no solo por ello—, resulta necesario diseñar un modelo estricta y estrechamente limitado de duración del poder de juzgar, pero que tampoco se identifique, en todos sus aspectos, con los modelos temporales conocidos.

Parece preferible que la designación de jueces y fiscales sea efectuada para un período limitado, durante cuyo ejercicio, desde ya, el oficio sea inamovible como siempre (mientras dure la buena

³⁸ PASTOR, *supra* nota 36, p. 36.

conducta del funcionario). Es lo que se conoce como inamovilidad transitoria³⁹ o estabilidad relativa del cargo.⁴⁰

El nombramiento para el cargo no debe ser resorte de una elección popular, sino de designación por vía indirecta, a cargo de un consejo del poder judicial con adecuada representación de los partidos de la sociedad, que evalúe racional y fundadamente los méritos de los aspirantes en competencias abiertas y transparentes y con decisiones que tengan esas mismas calidades.

Según las normativas de algunos países, ya invocadas, esa duración podría situarse entre unos seis y doce años, aunque este lapso, por supuesto, puede quedar abierto a una profundización del debate: es negociable.

El cargo no debe ser renovable. El funcionario saliente podría postularse nuevamente para un puesto en el ministerio público o en un órgano más propiamente judicial después de transcurrido un tiempo similar al de la duración del cargo que deja atrás.

Esta propuesta ofrece una herramienta indispensable para que el ejercicio del poder de juzgar a los demás sea algo más humano y contenido. En la historia reciente de la jurisdicción argentina el carácter permanente condujo a una práctica judicial sumamente autoritaria, en lo penal, por parte de una corporación que, elevada por varias razones al rango más propio de una nobleza feudal que de un funcionariado público, perdió de vista por completo cuáles eran sus metas, sus métodos y sus límites.⁴¹

Las designaciones deberían ser efectuadas escalonadamente para evitar toda coincidencia cronológica con el mandato del ejecutivo y la duración de cada legislatura. Justamente para reforzar

³⁹ SAGÜÉS, “¿Inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria?”, en *La Ley*, n.º 1982-B, pp. 751 y ss.

⁴⁰ FERREYRA, R. Gustavo: “La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, en: AA.VV., *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

⁴¹ En la Argentina los funcionarios de lo judicial conciben la permanencia en el cargo como un título de propiedad: su tribunal, su fiscalía, su juzgado. Con algo también de señorío con el personal: sus empleados. Un sesgo nobiliario está presente también en la inmunidad impositiva de la que gozan y en las regalías que perciben, situación violatoria de la más elemental igualdad respecto de los demás funcionarios públicos, de responsabilidades similares o mayores, que, pobres y vulnerables, reciben, del mismo Estado, salarios de hambre (docentes, médicos, policías, etc.). Según ANDRÉS IBAÑEZ, no puede justificarse “la conversión de los jueces en una suerte de grupo privilegiado por la percepción de sueldos estratosféricos, como es el caso de algunos, altos magistrados sobre todo, de ciertos países latinoamericanos. En supuestos de esta clase, y más cuando, como es usual, la designación para tales cargos suele estar interferida políticamente, se impone la pregunta de si hay que hablar del coste de la independencia (que es el tópico de la retórica oficial) o más bien del precio de la sumisión” (ANDRÉS IBAÑEZ, *supra* nota 4, p. 143).

la independencia debe ser evitada toda situación que permita una renovación del personal de la judicatura que vaya al compás del cambio de las más altas autoridades de la administración y de los miembros del parlamento. Un sistema adecuado para ello es contar con jueces en expectativa, es decir, con aspirantes que, una vez seleccionados para el cargo y en condiciones de ocuparlo inmediatamente, integren una lista, singularmente extensa (unos veinte candidatos, p. ej.), que tenga una validez de unos cinco años, de la cual, según el orden de mérito y, por supuesto, previa aceptación del involucrado, vayan siendo escogidos los nuevos magistrados a medida que se originen las vacantes en los cargos.

Precisamente a raíz del modelo que, para organizar la dotación de su Corte de Justicia, escogió la Provincia de Salta, ya mencionado, surgieron controversias en las que fue discutido si la duración temporal de esos cargos judiciales afectaba o no la independencia de dicho poder. A raíz de estas, la Federación Argentina de la Magistratura presentó una acción declarativa de certeza contra la provincia, con la convicción de que la designación periódica de los magistrados contradecía el principio de inamovilidad del artículo 110 de la Constitución Nacional. Aunque finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que no le correspondía ejercer su competencia originaria en el pleito y, por ello, no se expidió sobre el fondo, sí fue enfático el Procurador Fiscal al sostener que la estabilidad judicial no se veía comprometida por la duración determinada del mandato.⁴²

De cualquier modo, la Corte Suprema argentina se vio recientemente en la necesidad de expedirse respecto a la edad de retiro jubilatorio de los jueces y, allí, trazó algunos lineamientos a favor de la validez constitucional de los mandatos judiciales de duración limitada.⁴³ Entendió que la inamovilidad únicamente consistía en que la permanencia en el cargo de un magistrado no se

⁴² Dictamen del Procurador Fiscal en el caso "Federación Argentina de la Magistratura c/Salta Provincia s/ acción declarativa" (Fallos: 340:1614, Dictamen S.C.F. 880, L. XLIII). Allí sostuvo: "[a] mi modo de ver, no resulta de la interpretación del artículo 110 ni de ningún otro precepto de la Constitución Nacional, la prohibición de que los estados provinciales le impongan límites objetivos a la estabilidad en sus cargos de los magistrados judiciales, al menos en tanto esos límites no generen un riesgo para la independencia de los jueces [...]. Esta exégesis, finalmente, se ajusta a los Principios de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura que han sido receptados por la Corte Interamericana en su conteste jurisprudencia (Corte IDH, 'Chocrón Chocrón vs. Venezuela', sentencia del 1/07/11, considerando 99, y 'Reverón Trujillo', ya citado, párrafo 75). El artículo 11 de dichos principios dispone que '[l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos' y su artículo 12, que '[s]e garantizará la inamovilidad de los jueces [...] hasta que cumplan la edad para su jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto'".

⁴³ Caso "Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa", sentencia del 28/03/2017 (Fallos: 340:257).

encuentre condicionada a la exclusiva voluntad discrecional de otros poderes. Eso, sin embargo, no implicaba que la única forma de asegurar la estabilidad fuera la de establecer que el cargo judicial tuviera carácter permanente. La Corte concluyó que, en “otros términos, la inamovilidad no exige un cargo de por vida, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen bien y legalmente, de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley”.⁴⁴

Más enfático aun, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfG*) sentenció recientemente que la introducción de jueces temporales, prevista excepcionalmente para procedimientos administrativos⁴⁵, es compatible con el derecho constitucional, pues no lesiona el principio de independencia judicial previsto por el art. 97 de la Ley Fundamental.⁴⁶ Para KRONISCH, el *BVerfG* desmintió así la creencia, surgida de la costumbre y consolidada en la práctica, según la cual solo los jueces vitalicios son jueces independientes.⁴⁷ En lo que para este ensayo más importa, esta sentencia sostuvo que el derecho constitucional alemán no contempla un principio por el cual los cargos judiciales deban ser siempre vitalicios.⁴⁸ El *BVerfG* tampoco vislumbra, en la institución de jueces temporales, un peligro para la independencia judicial o para la imparcialidad de los juicios, garantías que considera mejor aseguradas por las cualidades personales que debe poseer quien va a ser designado juez, que por la estabilidad indeterminada en el puesto.⁴⁹

La judicatura temporal, en tren de anticipar objeciones a la posición defendida en este trabajo, tiene también sus desventajas. Crea incertidumbre laboral en las personas que ocupan esas plazas judiciales (como sucede con los cargos políticos del ejecutivo y del legislativo, trabajos que, por buenas razones democráticas, son de días contados). Por conducto de esa situación, las preocupaciones por el futuro del empleo, del juez próximo a la caducidad del cargo, pueden afectar el desempeño del oficio en el presente. Quizá se podrá pensar, además, en un debilitamiento del profesionalismo que dan los años trabajando siempre sentado en la misma silla, aunque esto tal vez no sea algo digno de alabanza.

⁴⁴ *Supra* nota 43, voto del juez Lorenzetti, considerando 22.

⁴⁵ § 17.3 de la VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung = Ley de Organización de los Tribunales Administrativos).

⁴⁶ Sentencia del 22/3/2018, publicada en *NJW* 2018, p. 1935 y ss.

⁴⁷ Ver KRONISCH, “Verfassungsmässigkeit des Richters auf Zeit”, en *NJW*, 2018, p. 1925.

⁴⁸ KRONISCH, *supra* nota 47, p. 1923.

⁴⁹ KRONISCH, *supra* nota 47, p. 1924.

Las ventajas parecen ser superiores. En términos de independencia, quien de todos modos en unos años se irá a la calle no puede ser amenazado eficazmente con un posible adelantamiento de ese estado. El magistrado de mandato temporal está mucho mejor preparado para resistir las presiones, en razón de su desinterés e indiferencia para seguir perteneciendo al grupo, un anhelo de permanecer que el modelo vitalicio permite si las vicisitudes del oficio son superadas y el cuerpo aguanta. Este sería, en el sistema temporal, un futuro imposible, así que nada de someterse para seguir adelante o para seguir más cómodamente adelante, sin tantas fricciones.

Otro argumento en favor de la permanencia limitada puede también deducirse de JEFFERSON. Así como afirmamos que la posibilidad de que los jueces sean designados por tiempo determinado, como los restantes representantes de gobierno, podría acarrear el riesgo de que vivamos una dictadura de las mayorías, debemos reconocer que también existe el riesgo de que el mecanismo inverso, la designación casi vitalicia, se convierta en un ejercicio contra-mayoritario insano. No ya por su inclinación a tutelar las minorías, sino únicamente por crear un cuerpo retrógrado y conservador, que siempre represente los intereses e ideas de las generaciones pasadas.

En tanto que existen muchas maneras de asegurarnos la diversidad y representación de los diferentes sectores en el estrato judicial, no parece ser la duración indeterminada del cargo la mejor forma de hacerlo. Piénsese, p. ej., en la extraña situación en la que se encuentran ciudadanos que son juzgados por magistrados que fueron nombrados hace treinta y cinco años en sus plazas y que, por ende, representan a facciones o grupos que, tal vez, ya ni siquiera existan.

La experiencia enseña que quien sabe que estará allí *para siempre* termina cumpliendo con sus deberes apenas al mínimo, lo cual lleva, ante todo, a un ejercicio desviado de la función, dado que la arbitrariedad exige apenas un esfuerzo básico. Se produce también una erosión que aniquila los conocimientos indispensables para juzgar un mundo tan rápidamente cambiante, sin que haya incentivos para actualizarse, con lo cual una tarea, tan delicada, termina siendo prestada con toda desidia e indolencia por la suerte que les toque a aquellos que se ven afectados por este ejercicio patológico del poder de juzgar a los demás.

Una propuesta de duración limitada en el tiempo del oficio judicial tiene como música de fondo, además, un cierto espíritu de jurado, dado que esta posición coloca, junto a los jueces populares accidentales —que actúan en una fase determinada del proceso penal en la que tienen competencia para dictar una decisión y nada más—, unos jueces profesionales —no permanentes— para la toma

de todas las resoluciones judiciales que no son de competencia exclusiva del jurado. Una judicatura de duración limitada sería también la más horizontal de las organizaciones judiciales horizontales.

Vinculado al juicio penal por jurados, que el derecho federal argentino *muy* expresamente impone⁵⁰, la CN estableció que los demás jueces del sistema, los profesionales, fueran abogados, que en el caso de los elegidos para la Corte Suprema deberán contar con un mínimo de ocho años de ejercicio.⁵¹ Aquí también la costumbre y el interés corporativo tergiversaron la norma y transformaron abogado en egresado de una facultad de derecho y ampliaron la noción de ejercicio de la abogacía a tiempo transcurrido desde la graduación, con independencia del tipo de labor que durante ese lapso efectuó el graduado. Así naufragó un modelo constitucional que entendía que juez solo podía ser alguien que antes hubiera experimentado el litigio desde el lugar de las partes, es decir, desde un sitio sin poder que sufre el poder. La duración por tiempo determinado de los mandatos judiciales recobra esa buena idea, pues la imposibilidad de ser funcionario judicial toda la vida consigue que los jueces lleguen a su puesto con un amplio conocimiento de los padecimientos de las partes y de los representantes de la partes, en particular en sistemas judiciales tan nefastos como la jurisdicción penal argentina.

Conectada con ello, otra mejoría para la función jurisdiccional que trae este modelo es la limitación, también temporal, del poder. Especialmente en materia penal, que unos seres humanos dispongan de la potestad de juzgar a sus conciudadanos ya es un mal en sí mismo, el más terrible para las personas⁵², aunque un mal necesario. Ahora bien, si siendo malo es breve, no será tan malo. Es una lección básica de democracia, aplicable sin excusas desde que la falsa necesidad entre permanencia e independencia quedó desenmascarada.

No sobran las palabras de INNERARITY: “Este carácter disperso, extra-oficial, distribuido, caótico y limitado del poder, tiene una dimensión positiva que ha de interpretarse como el resultado más o menos intencional de una larga marcha de la humanidad por descentralizarlo. En la democracia el poder está en todas partes y en ningún sitio, en el sentido de que no pertenece propiamente a nadie, ni siquiera a los que lo ejercen. Las democracias tienen procedimientos para que nadie ocupe ese lugar, para someterlo a la confirmación popular o revocarlo. Para que el poder

⁵⁰ CN, arts. 24, 75, inc. 12, y 118.

⁵¹ CN, art. 111.

⁵² Como lo consideraba Montesquieu según nos lo recuerda ANDRÉS IBÁÑEZ en su *Prólogo a IPPOLITO, El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de juzgar*, Madrid, Trotta, 2018, p. 14.

sea democrático no puede ser monopolizado ni estabilizado para siempre, ni capturado por nadie. El poder es un lugar de tránsito e inestable, que se ejerce pero no se detenta y que generalmente se realiza de manera acordada, limitada y compartida. Debemos a LEFORT la mejor explicación, a mi juicio, de este estado de hechos cuando definía el poder en una democracia como un lugar vacío. El poder no pertenece a nadie; es un lugar ocupado solo provisionalmente”.⁵³

En estos tiempos en los cuales la democracia requiere ser refundada por medio de una nueva Ilustración radical⁵⁴, el filósofo del derecho, no en vano neoiluminista, IPPOLITO, actualizando las ideas de MONTEQUIEU acerca de los límites del derecho penal como núcleo del constitucionalismo democrático, indica, con cita de LOCKE, que todo poder político, el de juzgar principalmente, “por más que necesario para regular la convivencia civil, representa una permanente y temible amenaza de prevaricaciones y abusos en perjuicio de los sujetos”.⁵⁵ Y así como la división de los departamentos del poder sirve “para contener su intrínseca vocación despótica —asociada a constantes inclinaciones humanas bien acreditadas por la experiencia—”⁵⁶, son necesarios también otros límites jurídicos al poder: los temporales. La alternancia de los sujetos en el poder es una garantía de democracia. IPPOLITO vuelve a insistir con MONTEQUIEU y, en este caso, con su figura del *buen pastor*, cuyo pesado bastón, otorgado para proteger a las ovejas de las fieras, siempre puede abatirse sobre el pacífico rebaño, por lo cual el barón, ante el pastor, recomienda una sana “desconfianza del bastón que empuña: Es una experiencia eterna —escribe— que todo hombre que tiene poder sienta la inclinación a abusar de él mientras no encuentre límites”.⁵⁷

La rotación en el cargo, un tiempo juez, un tiempo ciudadano de a pie, sin los desmedidos privilegios y poderes que el estamento judicial de modo permanente otorga a quienes ejercen el poder de juzgar y castigar, generará, sin duda, funcionarios más humanos, más comprensivos, más concededores de la realidad cotidiana de los justiciables y, por tanto, más democráticos. Hoy, justamente por la inamovilidad permanente, jueces y fiscales están colocados en unas torres de marfil opulentas, muy fortificadas y con un alto poder de fuego que utilizan de un modo abusivo y arbitrario. Mirada la vida desde allí, como la miran estos funcionarios públicos, es evidente que,

⁵³ INNERARITY, “¿Quién manda aquí?”, en *El País*, edición del 5/11/2017.

⁵⁴ GARCÉS, *Nueva Ilustración radical*, Madrid, Anagrama, 2018.

⁵⁵ IPPOLITO, *supra* nota 52, p. 38.

⁵⁶ IPPOLITO, *supra* nota 52, p. 38.

⁵⁷ IPPOLITO, *supra* nota 52, p. 38.

según se percibe demasiado a menudo, no conocen ni entienden cómo se juzga ni el mundo que juzgan.

VII. Bibliografía

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.

BÖHMER, Martín F., “División de poderes ‘a la argentina’: democracia en las formas, monarquía en el fondo”, en BERENZSTEIN, Sergio/RODRÍGUEZ LARRETA, Horacio/ STURZENEGGER, Federico, *El país que queremos: principios, estrategia y agenda para alcanzar una Argentina mejor*, Buenos Aires, Temas, 2006.

CHANDRACHUD, Abhinav, “Does Life tenure Make Judges More Independent: A comparative Study of Judicial Appointments in India”, en *Conn. J. Int’l L.*, n.º 28, 2013.

CONSTANT, Benjamin, *Cours de Politique constitutionnelle*, París, 1872.

EASTERBROOK, Gregg, “Geritol Justice: Is the Supreme Court Senile?”, en *The New Republic*, 19 de agosto de 1991.

EASTERBROOK, Frank H., “Abstraction and Authority”, en *University of Chicago Law Review*, n.º 59, 1992.

FERREYRA, R. Gustavo, “La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, en: AA.VV., *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada & Cía., 1897.

INNERARITY, Daniel, “¿Quién manda aquí?”, en *El País*, edición del 5/11/2017.

IPPOLITO, Dario, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de juzgar*, Madrid, Trotta, 2018.

KRONISCH, Joachim, “Verfassungsmässigkeit des Richters auf Zeit”, en *NJW*, 2018.

MCGINNIS, John O., “Justice without Justices”, en *Constitutional Commentary*, n.º 16, 1999.

MONAGHAN, Henry Paul, “The Confirmation Process: Law or Politics”, en *Harvard Law Review*, n.º 101, 1988.

VOLK, Klaus, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* trad. NANZER/NÚÑEZ/PASTOR/SARRABAYROUSE, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

OPESKIN, Brian, “Models of Judicial Tenure: Reconsidering Life Limits, Age Limits and Term Limits for Judges”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 35, 2015.

PASTOR, Daniel R., *Independencia judicial y reforma del sistema penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

— “La sabiduría está del lado del acusado (A propósito de la denominada ley de las víctimas)”, en *Diario Penal*, n.º 159, 11 de agosto de 2017.

— “El futuro de la jurisdicción penal entre oficios temporales y máquinas de juzgar”, en *Diario Penal*, n.º 175, 1 de diciembre de 2017.

PRAKASH, Saikrishna B., “American’s Aristocracy”, en *Yale Law Journal*, n.º 109, 1999.

REDISH, Martin H., “Judicial Discipline, Judicial Independence, and the Constitution: A: Textual and Structural Analysis”, en *Southern California Law Review*, n.º 72, 1999.

SAGÜÉS, Néstor, “¿Inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria?”, en *La Ley*, n.º 1982-B