

# Sobre la carrera judicial y el sistema de nombramientos\*

**Carlos Peña González**

Decano de la Facultad de Derecho de la  
Universidad Diego Portales de Chile.

El tema del que me ocuparé en los minutos que siguen, es el de la carrera judicial con especial referencia a los sistemas de nombramiento de jueces. Es este un tema que no obstante su ruda apariencia –que parece convocar sólo reglamentaciones y preceptos– reúne en torno suyo buena parte de las cuestiones más frecuentemente asociadas, en la dogmática y en el derecho comparado, a la función jurisdiccional. Sostendré, en términos generales, que el tema de la carrera judicial, y en especial el de los sistemas de nombramiento, se relaciona tanto con el lugar que asignamos a los jueces al interior del Estado, como con el tipo de jueces que un Estado quiere tener para sí, y que por lo mismo, para decidir qué específico sistema de nombramiento ha de adoptarse, conviene revisar las características que reviste la profesión judicial y el sistema político al interior del Estado.

El plan de mi exposición es el que sigue. En la primera parte, procuraré poner de relieve el doble carácter –expresivo e instrumental– que posee la carrera judicial y en especial los sistemas de nombramiento. Luego de ello, revisaré someramente los modelos generales que, respecto de esta materia, es posible advertir en el derecho comparado. Por último, y a la luz de los antecedentes que acabo de anticipar, intentaré sugerir algunas conclusiones. Mi propósito, en general, es el de identificar algunas variables que habrán de tenerse en cuenta al tiempo de diseñar un sistema de nombramientos o evaluar un sistema existente.

Como acabo de señalar, la carrera judicial y en especial los sistemas de nombramiento, poseen un doble carácter: un carácter expresivo y otro instrumental. Por una parte, expresan el modo de concebir la función jurisdiccional; por la otra, constituyen un instru-

---

\* Ponencia presentada en el Seminario Internacional: "Reforma Judicial en el Perú: logros y retos; en busca de un plan de mediano plazo". Lima, marzo 1997.

mento para inducir determinados comportamientos en la judicatura. Permítanme que, como dije, comience mi exposición analizando estos aspectos.

Cómo deba ser la carrera judicial y si acaso esa carrera ha de contemplar o no un sistema de selección competitiva o algún otro sistema alternativo –es decir, el problema del que ahora me voy a ocupar– es una cuestión que depende, en último análisis, del lugar y las características que adscribamos a la función jurisdiccional al interior del Estado. En otros términos, la carrera judicial y el sistema de nombramientos que lleva asociado esa misma carrera, es una cuestión que depende estrictamente del lugar que asignemos a los jueces al interior del sistema político y legal. La carrera judicial, pues, no es una cuestión jurídica y políticamente inocente que pueda ser resuelta con ánimo desaprensivo; cosa distinta, se trata de una cuestión que, a mi juicio, atinge centralmente a la fisonomía que sea capaz de exhibir el Estado de Derecho. La carrera judicial expresa o trasunta el lugar que asignamos a los jueces al interior del Estado. Así, por ejemplo, la inexistencia de una carrera judicial –o sea, la inexistencia de reglas claras referidas a la selección y promoción de sus miembros– favorece que los jueces queden entregados al capricho del poder; que sean, como lo muestra la experiencia de países latinoamericanos, un instrumento del poder y no, como debiera ocurrir, un límite a ese mismo poder. Esto último –jueces como órganos que en vez de ser instrumentos del poder, son límites a ese mismo poder– se tiende a favorecer en cambio con el diseño de una carrera objetiva y estable que haga la vida de los jueces independiente de los vaivenes del sistema político. Por eso, como digo, y me interesa enfatizarlo especialmente, la carrera judicial es una cuestión que atinge, centralmente, al lugar y a la función que asignemos a los jueces al interior del sistema legal y político.

Pero además de esa función expresiva que la carrera cumple, se encuentra, todavía, la función instrumental que está llamada a cumplir. Constituye un conocimiento casi de sentido común –pero largamente acreditado en la sociología de las organizaciones– que las formas de evaluación y los factores que se consideran relevantes para ascender en una cierta función, operan como señales acerca del modo en que los sujetos que la desempeñan deben comportarse. En otros términos, al instituir un cierto tipo de carrera judicial, una cierta forma de evaluación de sus miembros y un cierto procedimiento para proceder a nombrarlos, se está ejecutando una función normativa, puesto que se está estableciendo un conjunto de prescripciones, la mayor parte tácitas, respecto del modo en que los jueces, en nuestro caso, deben comportarse.

La precedente importancia que reviste el tema de la carrera judicial y el sistema de calificaciones –como expresión del lugar que asignamos a los jueces y como instrumento para moldear su conducta– obliga a considerarlo como uno de los temas más delicados en el diseño del Poder Judicial. Muchos de los valores que estimamos deseables para la judicatura –como la independencia, la capacidad creativa y el compromiso con los derechos fundamentales subyacentes al sistema democrático– dependen en una medida importante de los rasgos que en cada caso presente o revista la carrera judicial. Una carrera judicial excesivamente jerarquizada, por ejemplo, en la que los ascensos dependan de la exclusiva voluntad del superior, sea éste otro juez o el poder político, es una carrera como ustedes intuitivamente comprenden, que desmedra la independencia objetiva, especialmente la independencia interna, que debe asistir en todo caso a la función jurisdiccional. A su turno,

la inexistencia de una carrera judicial, es decir, la posibilidad para sujetos externos a la función de incorporarse a ella en cualquier momento, desincentiva la profesionalización y el compromiso hacia la corporación judicial y, en último análisis, hacia el conjunto del sistema legal.

Creo que no exagero si avanzo la hipótesis de que el diseño de una carrera judicial es, por lo recién dicho, una de las cuestiones claves de un sistema judicial y, por lo mismo, en mi opinión, desatender este aspecto de la vida de la judicatura es desatender un aspecto decisivo de su desarrollo. Así lo muestra por lo demás la experiencia comparada, o sea, la experiencia de países que se inscriben en la misma tradición legal que el nuestro. Observar el derecho comparado, como lo voy a hacer de inmediato –dando curso a la segunda parte de mi exposición– no tiene por objeto asumir frente a él una actitud puramente imitativa, sino que, cosa distinta, observar el derecho comparado tiene por objeto, más que copiar instituciones, evitar errores que otros pudieran, antes que nosotros, haber cometido.

Ahora bien. ¿Cómo se ha resuelto en los sistemas legales occidentales el problema de la carrera judicial y, en especial, el sistema de nombramientos? La respuesta a esta pregunta –que será muy breve– permite, creo yo, proveerse de algunas variables que podrían facilitar luego la evaluación de la carrera y los sistemas de nombramiento. El derecho comparado al que voy a recurrir muy someramente no tiene por objeto lastrar esta exposición con datos puramente eruditos, sino, nada más, proveernos de ciertos conceptos que permitan, luego, evaluar los sistemas existentes.

En términos generales, me parece que los sistemas judiciales occidentales –entendiendo por tales en lo fundamental, los sistemas de la Europa occidental– han transitado, en el curso de este siglo, desde un modelo con fuerte acento jerarquizado y burocrático (podemos llamarlo un sistema técnico burocrático) a un modelo que acentúa la vinculación de la judicatura con el sistema político y la sociedad civil (para mayor comodidad, y sin que esto signifique prejuizgamiento alguno, podemos llamarlo modelo democrático). En ese mismo orden los voy a explicar, muy someramente, en lo que sigue.

El sistema técnico burocrático –cuya denominación posee, como ustedes ven, un marcado acento weberiano– es el que impera en la Europa occidental anterior a la segunda guerra mundial y que estuvo, o está a veces, en vigencia en países como España, Francia, Alemania o Italia. Lo que caracteriza a ese sistema es que pone un fuerte acento en la idea de que el personal de la judicatura sea sometido, y el sistema de nombramientos precedido, de un intenso proceso de selección que consulta la realización de concursos o la previa obtención de estudios especializados. La idea que subyace a este sistema es que la judicatura presta un importante servicio público de características esencialmente técnicas y que el mero título de abogado no basta para ejercerlas. Así como a nadie se le ocurriría que cualquier médico está, por el solo hecho de serlo, habilitado para dirigir un establecimiento hospitalario o realizar operaciones de alta sofisticación, así también el título de abogado sin ninguna otra calificación previamente acreditada, no bastaría para ejercer las delicadas funciones que supone la jurisdicción. Este sistema supone una alta incidencia del concurso y entiende que la antigüedad en el cargo es uno de los varios antecedentes que ese mismo concurso ha de tener en consideración.

Las virtudes de un sistema técnico burocrático como el que he venido presentando

en su forma pura, es que incentiva el desarrollo de la cultura jurídica en su conjunto. El sistema de concursos, por otra parte, permite objetivizar la selección del personal judicial. Como lo han sugerido Weber, Merryman y Damaska, este modelo burocrático –Damaska prefiere decir jerarquizado– suele estar asociado al surgimiento de una particular forma de razonamiento práctico, el paradigma dogmático, una de cuyas expresiones más simples y más intensas es el estilo exegético el que, a mi juicio, sigue integrando hasta hoy la matriz disciplinaria de los jueces. Si bien este modelo suele suscitar fuertes críticas –los reproches al juez de la exégesis en América Latina constituyen casi un lugar común– la verdad es que se trata de un sistema que posee importantes ventajas. Desde luego, en un modelo burocratizado la contingencia de la decisión disminuye y la existencia de una profesión judicial fuerte puede contribuir a la independencia y a la sustitución de la confianza en países que, como los de América Latina, cuentan con bajo grado de capital social. Al lado de esas ventajas, nada despreciables desde luego, se hallan, como suele ocurrir, algunas desventajas. La más obvia es que un sistema como éste puede conducir a un corporativismo exacerbado, esto es, a que el conjunto de los jueces configure intereses distintos, y a veces opuestos a los del conjunto de la sociedad y del Estado. A esa desventaja se suma todavía otra relacionada con las bases de legitimidad de las instituciones. No es fácil comprender cómo un conjunto de funcionarios profesionales y no electos pueden, a veces, como ocurre en aquellos países que admiten el *judicial review*, bloquear, por inconstitucionales, decisiones de la mayoría.

El sistema técnico-burocrático que acabo de presentar, evolucionó en la Europa de postguerra hacia el modelo que he denominado democrático. Una de las razones que suele esgrimirse para esta evolución radicaría en que el modelo técnico burocrático incentivó, en los hechos, a un tipo de juez aséptico, puramente técnico, despojado de vinculaciones con las valoraciones socialmente dominantes y aislado de la sociedad civil y política. Se suele decir que ese modelo acentuó el aislamiento corporativo de los miembros de la judicatura hasta transformarlos en funcionarios que más que actuar con independencia de factores políticos y sociales, actuaban con prescindencia de esos mismos factores. El modelo, sumado a la estructura verticalizada del Poder Judicial, acabaría incentivando jueces prescindentes en vez de jueces independientes. El caso Dreyfuss, en la Tercera República francesa y la experiencia nacional socialista serían muestras de esos defectos del sistema técnico burocrático. En razón de esos defectos, el modelo democrático, si bien mantiene el sistema de selección técnica al menos hasta un cierto nivel de la judicatura, hace participar a todos los sectores del Estado en el manejo de los sistemas de selección, reclutamiento y ascenso de jueces, mediante la institución de los Consejos de la Magistratura. Un ejemplo de ello, es el caso español o el francés.

Lo más notorio de este segundo modelo, es que intenta evitar que las funciones técnicas de casación, por una parte, y de gobierno judicial, por la otra, se confundan en un solo órgano. Como es sabido, cuando ello ocurre se desmedra gravemente la independencia interna de los jueces. Al dividirse la función de casación de la función de gobierno, se favorece la horizontalidad al interior de la jurisdicción y se fomentan condiciones objetivas de independencia interna. De otra parte, cabría agregar, este modelo –que con fines puramente expositivos he tendido a exagerar– suele ir acompañado del surgimiento de la juris-

dicción constitucional como cosa aparte del sistema judicial. En la medida que la jurisdicción constitucional debe hacer frente a las decisiones mayoritarias –es decir, debe bloquear las decisiones de un parlamento democráticamente electo, por ejemplo– parece natural que la selección y el nombramiento de los jueces constitucionales sea distinto y parece correcto, además, que no se espere de ellos que se comporten como jueces profesionales. Al lado de esas ventajas, el sistema exhibe una desventaja que deriva del hecho que su buen funcionamiento depende intensamente de variables contextuales: es fácil advertir que en un sistema político con rutinas clientelísticas o confianzas puramente verticales, el sistema acentúa una dependencia explícita de los jueces.

De otra parte, subyace a la precedente evolución –evolución en la que es fácil advertir las influencias del sistema político en el tratamiento de la cuestión judicial– una cuestión que ya no es política o histórica sino conceptual. Los sistemas de selección, reclutamiento y nombramiento de jueces depende también de la manera en que, conceptualmente, concebimos a la función jurisdiccional. Parece evidente que si concebimos a la tarea jurisdiccional como una tarea esencialmente técnica, en que los espacios de discreción son mínimos, tenderemos a favorecer un sistema que acentúe los componentes que he denominado burocráticos. Si, por el contrario, concebimos la labor de los jueces como una labor inevitablemente transida de discreción, en la que una amplia contingencia obliga a los jueces no sólo a inteligir, sino, también, a decidir, entonces, naturalmente, tenderemos a favorecer un sistema de selección y nombramiento que acentúe las vinculaciones entre la legitimidad del sistema político y el sistema judicial. Algo de esto es posible observar, por ejemplo, en lo que atinge a la jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional es aquel ámbito del sistema normativo en el que se maneja la frontera última del sistema político y, en definitiva, la sujeción de la política al derecho. Se trata de un ámbito del sistema normativo que posee alta contingencia y, por lo mismo, no parece sensato reclamar en este ámbito un diseño burocratizado y con tendencia al corporativismo.

Desde luego, y como ustedes saben, hace excepción a la gruesa evolución que he trazado, la tradición angloamericana. En esta tradición –y según se suele recordar, lo sugirió Hamilton en *El Federalista*– los jueces son considerados la rama menos peligrosa del poder (más peligrosas, solía decir Madison, son las facciones); existe una amplia tradición en el uso del razonamiento práctico; y, en fin, un fuerte constitucionalismo material. Esas características –debidas, seguramente, a la diversa evolución del Estado– me obligan a dejar aparte el caso angloamericano, al menos por un momento.

Ahora bien. ¿Qué podemos aprender de ese contraste entre esos modelos de cara a un análisis de los sistemas de nombramiento y los tipos de carrera judicial?

Me parece que, sin ánimo de exhaustividad, podemos identificar los siguientes aspectos como importantes. Algunos de ellos derivan directamente de lo que he dicho; otros, en tanto, creo que resultan sugeridos por esa exposición.

En primer lugar, y ante todo, me parece que al examinar la precedente evolución, debemos evitar la confianza excesiva en el constructivismo, o sea, en la idea de que es posible premeditar las instituciones sociales desde un gabinete de planificación. Presos de un suave constructivismo –y siguiendo la tradición europea de la postguerra– hemos efectuado reproches a los jueces latinoamericanos como si se tratara de jueces europeos presos

del paradigma dogmático o de la burocratización, cuando la verdad es que en la mayor parte de los estados latinoamericanos no ha habido burocracia judicial provista de una matriz disciplinaria específica, sino, en cambio, una forma menor de la administración pública, muy débil, sin matriz disciplinaria y sin identidad profesional. Tratamos de abrir la profesión judicial a la sociedad –por la vía de entregar nombramientos a un órgano plural– donde no hay, ni parece haber habido, profesión judicial. Por lo mismo tiendo a pensar si no será mejor procurar formas estrictamente técnico burocráticas hasta un cierto nivel de la judicatura, evitando un gobierno demasiado plural que impide que jueces a veces muy débiles puedan alcanzar identidad cultural y profesional. En otros términos, deseo sugerir la sospecha que en muchos de nuestros países pasa con los jueces lo que pasa con el Estado de Bienestar: hablamos de crisis de este último, cuando en verdad en América Latina no lo ha habido. Por lo mismo me pregunto si acaso el problema en nuestros países no radicará en la ausencia de una auténtica corporación judicial.

En segundo lugar, deseo llamar la atención acerca del tema de la jurisdicción constitucional y la necesidad de considerarla especialmente. Como ustedes saben, en el tema de la jurisdicción constitucional suele aparecer el tema –que instalaron en el debate constitucional Hamilton y especialmente Madison– de la dificultad contramayoritaria. Parece problemático admitir que sujetos no electos puedan sin embargo, bloquear mediante la interpretación constitucional, decisiones de la mayoría. Este problema, en mi opinión, resulta especialmente relevante en países en los que como Chile o Argentina admiten el *judicial review*. Donde existe alguna modalidad del *judicial review* el problema de la dificultad contramayoritaria adquiere especial importancia y obliga, entonces, a considerar con especial cuidado el sistema de nombramiento de jueces. Como es sabido, este problema condujo a soluciones como la sugerida por Kelsen –la idea de un parlamento negativo– y, en todo caso, a la mayor injerencia del sistema político en la generación de este tipo de jueces. Otras soluciones, como la que enseña la tradición norteamericana –y que fue especialmente alentada por Madison– es vincular el nombramiento de los jueces a aquellos órganos políticos que tienen menos peligro de adquirir un comportamiento faccioso. Cuánto grado de injerencia poseen los jueces en la interpretación constitucional, y por esta vía, en el manejo de las fronteras últimas del sistema político, es una cuestión que es necesario dilucidar para decidir qué sistema de nombramiento –si técnico o político– es el adecuado.

En tercer lugar, me parece útil considerar como variable enfrente de este problema la característica que reviste en cada caso el sistema político. Si bien –sobre todo en presencia de la dificultad contramayoritaria– resulta razonable prever algún grado de participación de órganos políticos en la designación de jueces –sobre todo, por ejemplo, en la designación de jueces de casación– ello no debe hacernos olvidar la baja calidad que posee el sistema político en nuestros países. El sistema político de nuestros países y las cámaras legislativas suelen ser órganos muy defectuosos y cuando no reproducen el verticalismo propio de nuestras estructuras sociales, se hipnotizan con diversas formas de populismo que están muy lejos de poseer los rasgos de racionalidad y argumentación pública que subyacen al ideal democrático. La injerencia del sistema político en la designación de jueces –una alternativa que posee amplias ventajas conceptuales en muchos casos– puede resultar, como suele decirse, un remedio peor que la enfermedad cuando de los conceptos

pasamos a los hechos, o sea, cuando de la idea de legitimidad democrática, pasamos a la vinculación fáctica entre un sistema político y de partidos de pobre institucionalización, por una parte, y el sistema judicial, por otra parte.

En cuarto lugar –y siguiendo con esta suerte de letanía en torno al tema– déjenme decirles que, en mi opinión, el tema de cuál sea el mejor sistema de nombramientos de jueces, es un típico dilema de política pública, con lo cual quiero decir que se trata de un problema en el que no sólo han de convocarse variables conceptuales –como la necesidad de que los jueces sean independientes o la mera instauración de reglas– sino de un problema en el que también, y por sobretodo, han de convocarse variables fácticas o empíricas, como la calidad del sistema político, la existencia o no de una genuina burocracia judicial, la vigencia o no de una cierta matriz disciplinaria, etcétera. Pues bien, haciendo pie en este punto de vista fáctico, tengo la impresión de que en América Latina (y algo de esto he adelantado ya) el problema no consiste en que tengamos jueces excesivamente profesionalizados y premunidos de una mirada exegética (jueces digamos, como los alemanes de principios de siglo en contra de los cuales se desató el movimiento del derecho libre), jueces que debamos, por decirlo así, aligerar conceptualmente para ponerlos en consonancia con las expectativas de la sociedad civil. Por el contrario, tengo la impresión de que en América Latina –en general– no contamos con una profesión judicial provista de rutinas conceptuales que al tener una cierta tonicidad corporativa contribuya a asegurar su independencia. Pienso, por lo mismo, que uno de los problemas urgentes en nuestros países es el de dar los pasos necesarios para que la profesión judicial se constituya. Uno de esos pasos –que juzgo decisivo– es el de la formación de jueces, a condición, claro está, de que la formación de los jueces posea acento técnico y no sólo enfatice la necesidad de un juez en sintonía con las valoraciones socialmente dominantes. El problema urgente de nuestros países, tiendo a pensar, no es tanto el de modernizar una profesión judicial anquilosada por el paradigma exegético y puesta de espaldas a la realidad, sino, cosa distinta, el problema parece ser el de constituir una profesión judicial provista de una matriz disciplinaria con alto sentido técnico. Para lograr ese objetivo se hace necesario, creo yo, sentar las bases de una corporación judicial técnicamente sólida y provista, como suele ocurrir con todas las profesiones, de identidad corporativa. La educación formal de jueces, sobretodo si está animada no por propósitos iluministas, sino provista de un fuerte sentido técnico, puede contribuir a ese objetivo. Tocqueville, en una de sus frases más felices, dijo que no importaba tanto la forma de gobierno que poseen los países, como el grado de gobierno con que cuentan. Suelo pensar si acaso no habrá en esta frase de Tocqueville algo que, cuando se trata del Poder Judicial, solemos olvidar, a saber, la necesidad de contar con corporaciones judiciales con capacidad técnica y rutinas argumentativas claramente asentadas, antes de contar con precisos sistemas de nombramiento, porque, a fin de cuentas, los sistemas de nombramiento carecen en sí mismos de valor y su funcionamiento depende, en rigor, tanto de la clase de corporación judicial de que se trata, como de la calidad del sistema político que con ella se relaciona.