

# CONDICIONAMIENTO RECIPROCO ENTRE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y UNA ABOGACIA FUERTE E INDEPENDIENTE<sup>(\*)</sup>

por

*JOSE ANIBAL CAGNONI*

I. Al abogar por la independencia mutua entre los tres poderes del Gobierno, advertía MONTESQUIEU que el poder de juzgar unido al de legislar "sería arbitrario" y unido al poder de ejecutar "podría tener la fuerza de un opresor".

Sentenciando sobre "el poder de juzgar, tan terrible para los hombres", proponía luego que no se le confiara a un cuerpo permanente sino a personas "en ciertas épocas del año" de manera tal que se temiera "a la magistratura, pero no a los magistrados".

Y si bien no le hemos seguido en este último consejo, sí, ya desde la primera de nuestras Constituciones, hemos consagrado a la vez, un Poder Judicial dotado del mismo nivel institucional que el de los otros dos Poderes del Gobierno -bien que, debe decirse, sin los medios o instrumentos completos para que esa igualdad sea plenamente efectiva- y su independencia respecto de ellos.

En el discurso pronunciado el 6 de mayo de 1829 el miembro de la Comisión redactora del proyecto de la primera Constitución, D. José Ellauri dijo: "El Poder Judicial, cuya completa organización se deberá a las Leyes secundarias, se ve en el Proyecto constituido en tal independencia, que ella sola basta para asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos juzguen, sino las Leyes". Y agregaba sin solución de continuidad, tal vez reconociendo el trecho entre idealidad y realidad: "Si en este ramo, el más difícil, y complicado, sin duda, podemos algún día conseguir la perfección, no quedará nada que desear para ver afianzada la libertad".

Y en el "Manifiesto" dirigido a "los Pueblos" el 30 de Junio del siguiente año, antes de la Jura solemne de la Constitución que había aprobado nueve meses antes, expresó la Asamblea General Constituyente y Legislativa: "Vuestros Jueces en el ejercicio de la Judicatura, no dependerán ya del que manda, ni las sentencias que pronuncian serán el producto de su influjo...".

---

(\*) Ponencia presentada al IX Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (U.I.B.A.) celebrado en Punta del Este del 16 al 19 de Abril de 1994.

II. La Constitución de 1830 atribuyó el Poder étático de legislar administrar, y juzgar, confiriéndolo respectivamente a los "tres Altos Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial" (artículo 14), en fórmulas, también respectivas, similares.

Dispuso en su artículo 91 que el "Poder Judicial se ejercerá por una Alta Corte de Justicia, tribunal o tribunales de apelaciones, en la forma que estableciera la ley".

Es el texto que esencialmente rige actualmente en virtud del artículo 233 y a través de las sucesivas Constituciones. Sólo cabe anotar las variaciones gramaticales operadas que, se reitera, no afectan la disposición desde su origen: el tiempo verbal ha cambiado ("será ejercido") y la referencia actual identifica a "la Suprema Corte de Justicia y... los Tribunales y Juzgados".

Resulta del texto, además, que, salvo las competencias atribuidas directamente por la Constitución a la Suprema Corte de Justicia, es la Ley la que distribuye las competencias jurisdiccionales y fija el orden y las formalidades de los juicios (artículos 91 y 157 de la Constitución de 1830, y 233 y 18, respectivamente, de la Constitución actual).

A partir de 1907 y con la promulgación en este año de la Ley que estableció la Alta -hoy, Suprema, a partir de 1934- Corte de Justicia, quedó estructurado el Poder Judicial.

La reforma constitucional que entró en vigencia el 3 de enero de 1918 mantuvo la normativa de la primera en cuanto concierne al Poder Judicial; y a partir de la siguiente, 1934, con variantes que importaron asegurar la administración interna del sistema orgánico judicial, quedó consolidado el régimen jurídico del mismo, hasta la actualidad.

Debe destacarse que en la Constitución de 1934 se admitió definitivamente en forma expresa la atribución de una competencia que algunos jueces, bien que en forma muy minoritaria, habían sostenido afirmativamente: el poder de declarar la inconstitucionalidad de actos legislativos disponiendo a petición del interesado o a solicitud del Juez actuante en un juicio, la inaplicabilidad de las normas legales así declaradas, asignando a la Suprema Corte de Justicia la potestad exclusiva y originaria.

En la reforma constitucional sancionada en diciembre del año 1951, a su vez, se incluyó entre los actos legislativos pasivos de esta declaración y de esta inaplicabilidad al caso concreto, junto a las leyes sancionadas por el Poder Legislativo, el producto del ejercicio de la función legislativa de los órganos deliberantes departamentales, las Juntas Departamentales, permitiendo la aplicación del instituto, también a los "decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción".

En esta última reforma constitucional el propio Constituyente creó directamente un nuevo sistema orgánico jurisdiccional, cumpliendo aquél por sí lo que el Constituyente de 1934 había encomendado al Legislador, mandato

que éste no llevó a su cumplimiento entre una y otra reforma incluyendo interín la de 1942.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo es así un nuevo sistema orgánico atribuido de función jurisdiccional, independiente de cualesquiera de los otros sistemas orgánicos establecidos en la Constitución, tres de ellos con calidad de Poderes de Gobierno y los otros dos no (el Tribunal de Cuentas y la Corte Electoral) así como de los sistemas orgánicos locales establecidos en la Constitución (los Gobiernos Departamentales).

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo es independiente del Poder Judicial también, aunque le viene atribuida por la Constitución la misma función, la jurisdiccional.

Siempre recordamos la última admirable lección que pronunciara nuestro Maestro, el Profesor de Derecho Constitucional y también quien fuera Presidente del Colegio de Abogados, D. Aníbal Luis Barbagelata, lección lamentablemente no conservada, en la que afirmaba que del análisis de sus elementos constitutivos y potestades, resultaba para el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo la calidad y rango de un verdadero Poder del Gobierno, bien que no recibe esta denominación.

Y no la recibe por una circunstancia técnico-jurídica muy clara: mientras el Poder Judicial tiene atribuida la función jurisdiccional de principio: es potestad suya el juzgar, salvo en los casos expresos que la Constitución asigna ese poder a otro órgano, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo tiene atribución especial: es potestad suya el juzgar sólo en los casos en que expresamente la Constitución le atribuye este poder (poder de declarar la nulidad de actos administrativos definitivos o de reservar la acción de reparación ante el Poder Judicial aún confirmando el acto, artículos 309 y 310 de la Constitución actual; y de entender en las contiendas de competencia o diferencias interadministrativas basadas en la legislación, artículo 313).

Pero por su condición de órgano jurisdiccional le es aplicable, igualmente, cuanto se diga respecto de la independencia del órgano y de sus integrantes en estas reflexiones.

**III.** El querer de los primeros constituyentes patrios de establecer y procurar proteger eficazmente, la doble independencia, la del Poder Judicial como cuerpo de Magistrados encargados de juzgar, y la de los Jueces al juzgar quedó plasmado como intención, nítidamente en las mentadas declaraciones:

"El Poder Judicial, cuya completa organización se deberá a las Leyes secundarias, se ve en el Proyecto constituido en tal independencia, que ella sola basta para asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos

juzguen, sino las Leyes"; expresó el Miembro informante de la Comisión de la Asamblea de manera que la independencia del Poder Judicial debía ser garantía de aplicación de una Justicia objetiva expresión de las Leyes.

"Vuestros Jueces en el ejercicio de la Judicatura, no dependerán ya del que manda, ni las sentencias que pronuncian serán el producto de su influjo..." señalaron los Constituyentes en el Manifiesto, completando así la idea esencial de que tan importante es para la aplicación de la Justicia entre los hombres, la independencia del Poder Judicial, del Cuerpo de Magistrados, como la de que cada uno de éstos al momento de dictar su sentencia.

Corresponde que abordemos ahora el examen de ambos tópicos y de su consagración a la luz de las disposiciones constitucionales que sin apartarse de las primeras normas constitucionales dictadas en el tiempo, sino, antes bien, completándolas y desarrollándolas, forman hoy el conjunto de disposiciones constitucionales vigentes con respecto al Poder Judicial; y que abordemos luego el examen de las formas de mejorar aún las cautelas para que el principio, el doble principio -independencia del Poder Judicial, independencia del Juez- puedan ganar en mayor efectividad, ambas con el objetivo superior de evidente interés general: el pronunciar Justicia con la mayor objetividad que en una sociedad humana sea accesible.

**IV.** En cuanto a la independencia del Poder Judicial, nuestra Constitución no hace una proclamación expresa de ella.

Otras Constituciones sí lo hacen, pudiendo citarse como ejemplo la disposición del primer inciso del artículo 104 de la Constitución de la República Italiana: "La magistratura constituye un orden autónomo e independiente de todo otro poder", o, también como ejemplo más reciente, el primer inciso del artículo 248 de la Constitución Nacional del Paraguay: "Queda garantizada la independencia del Poder Judicial", cuya segunda frase en puridad refiere a otro tema, la atribución exclusiva de la función jurisdiccional ("Sólo éste puede conocer y decidir en acto de carácter contencioso"). En otro extremo, en cambio, puede recordarse la disposición de la Constitución de la República Francesa que constituye al Presidente de la República en "fiador de la independencia de la autoridad judicial" (artículo 64, primer inciso), bien que al caso concreto conviene recordar que en Francia (paradójamente la tierra de Montesquieu) la "autoridad judicial" no tiene entidad ni régimen de Poder del Gobierno, y todavía las especiales características de la propia organización institucional francesa y las circunstancias de su surgimiento ("El Presidente de la República "Es el fiador de la independencia nacional..." reza el artículo 5°).

La ausencia de tal declaración explícita no obsta a la positividad jurídico-constitucional del principio de independencia del Poder Judicial frente a todas

las demás autoridades. El Poder Judicial, así calificado además, es un Poder del Gobierno de igual naturaleza e idéntico nivel con respecto a los otros dos Poderes, bien que la consideración política y la opinión corriente olviden tal extremo: el artículo 82 (y su antecedente, el artículo 14 de la primera Constitución) y el contexto constitucional consagran, sin nombrarlo, el principio de la separación o división de los Poderes del Gobierno, cuya esencia está, precisamente, en la independencia de cada uno con respecto a los otros, en el ejercicio de las respectivas atribuciones constitucionales.

V. En orden a la independencia del Poder Judicial importa fundamentalmente los instrumentos, medios o requisitos en la organización y en el funcionamiento, de manera que ellos faciliten la efectividad de la independencia o eviten interferencias que la afecten en su efectividad.

La Constitución ha optado por la unidad de organización juntando la administración del sistema al ejercicio de la función jurisdiccional atribuyendo aquélla al órgano que es el Tribunal Supremo en orden a la última y, también, el tribunal de competencia exclusiva de justicia constitucional.

Los sistemas más recientes, en cambio, difieren en dos aspectos en relación a la fórmula adoptada.

Por un lado han separado la función administrativa del Poder Judicial, asignándole exclusivamente el ejercicio de la función jurisdiccional, que es su esencia y razón de ser, y confiando la administración a un órgano independiente de los demás Poderes. En este sentido bueno es citar las soluciones de las Constituciones del Reino de España y de la República Italiana en las cuales los órganos indicados son, respectivamente, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Superior de la Magistratura.

Lo que merece destacarse es la integración en ambos órganos. En el Consejo Italiano, dos tercios de sus componentes son "elegidos... por todos los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las diversas categorías" (inciso cuarto del artículo 104 de la Constitución Italiana); y en el Consejo español trece de sus miembros sobre el total de veintiuno son jueces: su Presidente que lo es el Presidente del Tribunal Supremo y otros doce Jueces de las diversas categorías judiciales, y, aún, los otros ocho miembros propuestos por mitades por el Congreso de los Diputados y por el Senado deben ser "abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión" (artículo 122.3 de la Constitución Española).

En segundo lugar, en lo que refiere a la designación de los miembros del órgano, ya la primera Constitución dispuso que "su nombramiento se hará por la Asamblea General" (artículo 95).

La actual Constitución, además de exigir el voto de los dos tercios del total de componentes de la Asamblea General (reunión de ambas Cámaras) - como la de 1952, no así la de 1934, que se refería a los presentes, ni la de 1942 que requería sólo mayoría de presentes- dispuso que si "dentro de los noventa días de producida la vacancia" no se hiciese la designación, la Asamblea General automáticamente pierde la potestad de hacerlo ya en el caso, y accede al cargo el miembro más antiguo de los Tribunales de Apelaciones, y a igual antigüedad se prefiere al que "tenga más años en el ejercicio de la Judicatura o del Ministerio Público o Fiscal" (actual artículo 236).

Bueno es recordar que esta forma de designación subsidiaria fue propuesta por el Colegio de Abogados del Uruguay al redactar la Asamblea General el proyecto de reforma que se plebiscitó favorablemente en noviembre de 1966 (en el seno de la Comisión de Legislación asesora del Directorio del Colegio, de la cual formábamos parte por entonces, se estudiaron otras inquietudes dirigidas al mejoramiento de la Justicia, como la formación especializada de los Jueces o futuros Jueces -hace unos años se concretó para este fin el Centro de Estudios Judiciales en el que participan la Suprema Corte de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad-, o el establecimiento en la Constitución de un porcentaje mínimo obligatorio del Presupuesto Nacional destinado al Presupuesto del Poder Judicial.

En tercer lugar la gestión administrativa del Poder Judicial compete a la Suprema Corte de Justicia a la que se atribuye la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica de Tribunales, Juzgados y demás dependencias.

**VI.** En orden a la independencia de los Jueces, ante todo, conviene señalar que ella significa que cada Juez, como agente del Poder étático en la parcela de su competencia, ha de juzgar (declarar lo que "es suyo" de cada persona según el Derecho vigente), entendiéndolo según su propia y exclusiva convicción en conciencia cuál es el sentido del Derecho aplicable.

Varios son, unos externos a la persona del Juez, otros internos o propios, los elementos o requisitos que pueden asegurar en la medida de lo posible dentro de la falibilidad de las cosas humanas, esa independencia.

Entre los primeros, corresponde mencionar la designación. En nuestra Constitución esta potestad se atribuye a la Suprema Corte de Justicia, con la limitación o condición de la previa venia del Senado cuando se trata de los miembros de los Tribunales de Apelaciones.

El sistema, aunque podría ser confrontado con otros más modernos -casos español, italiano- tiene la indudable ventaja de sustraer la designación a los órganos políticos (como en cambio, sucede en el caso argentino, por ejemplo).

No existe entre nosotros norma similar a la de la Constitución italiana que dispone que "Los nombramientos de los magistrados se efectúan por concurso" (artículo 106), pero en cambio, corresponde valorar positivamente el funcionamiento del ya indicado Centro de Estudios Judiciales para la formación especializada de futuros Jueces; y en cuanto a la carrera judicial la reciente iniciativa de la Suprema Corte de Justicia sobre calificación de los Jueces.

Como lo querían nuestros primeros Constituyentes es excelente que los Jueces puedan tener permanentemente el sentimiento de no depender en el ejercicio de su función "del que manda", ni aún del que manda -administra- el sistema.

Concorre a ello, además, la garantía de la inamovilidad, de manera de asegurar la permanencia en el cargo mientras exista el "buen comportamiento" o la "buena comportación" expresados en la Constitución (artículos 243 y 246, respectivamente) y en el desarrollo legal que surge de la Ley orgánica de la Judicatura N° 15.750 (artículos 109 a 116).

Las cautelas de la independencia que significa el sistema de incompatibilidades y prohibiciones (artículos 251 y 252 de la Carta) conllevan necesariamente, aunque no sólo ellas sino la propia naturaleza del cargo, a la compensación económica que debe ser irreductible, esto es, mantener realmente el nivel de aquélla (Las Constituciones de los Estados Unidos y de la República Argentina, disponen expresamente que no podrán disminuirse mientras permanecen en el desempeño de sus puestos o cargos, y la última añade "en manera alguna", artículos III, Sección 1, y 96, respectivamente).

Los elementos o requisitos internos que aseguren la independencia del Juez están representados por un buen nivel de conocimientos jurídicos y su actualización constante, pues así como el abogado que no estudia arriesga a ser cada día menos abogado, como sentenciaba el maestro Couture, el juez que no se actualiza -y agregó, no sólo en el Derecho sino también en el conocimiento humano y social y en su evolución- arriesga caer en la rutina y en el formalismo.

Ello dice relación también con el sentimiento de estar ejerciendo -verdadero gobernante, en el más amplio concepto- una función del Estado, a la vez la más difícil y la más alta.

**VII.** Hemos anunciado (supra, III, párrafo final) el abordaje de posibilidades de mejoramiento en la búsqueda de afianzar la independencia judicial en su doble vertiente.

Insertos la Magistratura y los magistrados en un aparato estatal con sus debilidades actuales y en una sociedad con su idiosincrasia, sus costumbres, y el influjo poderoso del mundo como es a fines de este siglo, no puede predicarse idealidades, pero sí, modestamente, algunos elementos posibles.

Más allá de episodios menores que empañan la visión o pueden desviar de lo esencial, cabe preguntarse si el Poder Judicial siendo "tan" Poder del Gobierno como los otros dos, es el más débil, por qué fundamento constitucional?. Que no existe.

Y aunque no todo, ciertamente, gira alrededor de la disponibilidad de recursos financieros, sí cabe señalar que importa. Las soluciones -que requieren reforma de la Constitución- se orientan en el establecimiento de un porcentaje mínimo obligatorio del Presupuesto Nacional para el Presupuesto judicial, o en la atribución de iniciativa exclusiva otorgada a la Suprema Corte de Justicia para proyectar el Presupuesto excluyendo la intervención del Poder Ejecutivo, o -tercera posibilidad- asignar a ésta la potestad de fijar su propio Presupuesto por acto suyo dentro de aquel mínimo señalado. Lo cual no será ninguna herejía desde que de esta potestad goza cada Cámara con la finalidad de asegurar la independencia legislativa.

Por otra parte, sin reforma constitucional, nada impide un compromiso político de fijar el mínimo porcentual indicado. En otro orden, -más allá de la potestad actual de desconcentrar fundada en la norma del numeral 2º del artículo 239- una reforma podría descargar la gestión administrativa en una Sala de Gobierno o de Administración, tal como primitivamente preveía el proyecto de ley constitucional en debate, extremo que, sin explicación, ha desaparecido del texto en discusión en el Senado.

En cuanto a los jueces la mayor idoneidad posible y exigible es factor coadyuvante al afianzamiento de su independencia. Remuneraciones atractivas y garantizadas en su permanencia, sin sobresaltos periódicos, puede ser atractivo para el ingreso a los cuadros de la Magistratura.

En cuanto a éste, el concurso como medio de demostrar aptitudes de manera objetiva, indica que el seleccionado por mejor no debe nada sino a sus condiciones y conduce a mejorar el sistema.

**VIII.** Qué significa las calificaciones de "fuerte e independiente" aplicadas al otro extremo de este arco dialéctico?.

La fortaleza puede ser aplicada al ejercicio de la abogacía o bien, en otro sentido, al colectivo formado por quienes la ejercen.

En efecto. Circunstancias diversas han ido convirtiendo más y más la figura del abogado actuando individualmente en la asociación -cualquiera sea la forma jurídico-formal de ésta de esfuerzos. Esta asociación correctamente aplicada en equipo fortalece el ejercicio de la abogacía, más allá de tornarse necesaria.

Y en sentido colectivo una abogacía fuerte resulta de la colegiación. Las circunstancias han variado y, entre otros factores la integración regional -que



a través de pasos que no han de ser ni lineales ni rápidos- lleva, por necesidad a lo que en algún momento pudo suscitar reservas grandes, pero que la evolución de la sociedad y del relacionamiento entre los Estados indica como un camino viable y conveniente.

En cuanto a la independencia refiere, nos parece, a que el abogado en el ejercicio de su profesión esté en condiciones de no actuar sino según su convicción en orden al Derecho y a su acuerdo con las situaciones individuales que debe defender. Las circunstancias actuales no juegan, sin duda, en favor de ella; aunque no creemos que deba cederse a los criterios éticos que deben presidir su actuación. La multiplicación en que se encuentra hoy el ejercicio de la profesión en cuanto al trabajo dependiente puede suscitar y suscita problemas de colisión con la conciencia jurídica, y, por tanto con el ejercicio de la abogacía con independencia.

Tal vez, por ello, la independencia del abogado requiera hoy el auxilio - fortalecimiento- mediante la colegiación que indicamos.

**IX.** La credibilidad en la Justicia como medio de aplicación efectiva del Derecho sobre todo para aquellos sectores de la sociedad que carecen o hallan difícil el acceso a la defensa de sus derechos, necesita de una Justicia independiente en cuanto Poder y en lo que refiere a cada uno de los que tienen la función de garantizar la vida -entendida no sólo en su expresión primaria, sino también en su dignidad humana- el honor, la seguridad, el trabajo y la propiedad.

Requiere también una Abogacía en tanto actuación concreta y en cuanto cuerpo, que sea efectivamente colaboradora de los Jueces, en el juego dialéctico de aplicación del Derecho.

Si logramos, por ambos medios, elevar la credibilidad de la solución judicial -razón sobre astucia, fuerza, prepotencia, poder económico- daremos un paso a una real humanización de las relaciones sociales.

